وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الموصل

كلية الحقوق

بحث بعنوان

الدفوع الشكلية في قانون المرافعات العراقي

بحث مقدّم الى كلية الحقوق جامعة الموصل كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في الحقوق

تقدّم به الطالب

صفوان صائب عزيز

بإشراف الدكتور

ياسر باسم ذنون

١٤٤٢هـ

٢٠٢١م

بِســـــــــــمِ اللهِ الرّحمنِ الرّحيمِ

(إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيراً)

صدق الله العظيم

سورة النساء

آية : ٥٨

الإهداء...

اهدي هذا العمل ..

الى اللذين أوصلاني الى ما أنا عليه ،، **امي وابي** ..

الى،،

جميع أصدقائي الذين كانوا معي منذ طفولتي الى الأن..

قائمة المحتويات(الفهرست)

ت	الموضوع	الصفحة
١	المقدمة	٥- ٨
٢	**المبحث الأول** **ماهية الدفوع الشكلية**	٩- ١٩
٣	**المطلب الأول** **مفهوم الدفوع الشكلية**	٩-١٤
٤	الفرع الأول تعريف الدفوع الشكلية	٩- ١٢
٥	الفرع الثاني خصائص الدفوع الشكلية	١٢- ١٤
٦	**المطلب الثاني** **شروط الدفوع الشكلية وانواعها**	١٤- ١٨
٧	الفرع الأول شروط الدفوع الشكلية	١٤- ١٥
٨	الفرع الثاني انواع الدفوع الشكلية	١٥- ١٨
٩	**المطلب الثالث** **تميز الدفوع الشكلية عن المفاهيم المشابهة لها**	١٨- ١٩
١٠	**المبحث الثاني** **أحكام الدفوع الشكلية**	٢٠- ٢٢
١١	المطلب الأول المبادئ التي تحكم الدفوع الشكلية	٢٠- ٢١

١٢	المطلب الثاني سقوط الدفوع الشكلية	٢١- ٢٢
١٣	**المبحث الثالث** **أثار التمسك بالدفوع الشكلية**	٢٣- ٢٦
١٤	المطلب الأول كيفية الفصل في الدفوع الشكلية	٢٣- ٢٤
١٥	المطلب الثاني الحكم الصادر في الدفع الشكلي	٢٤- ٢٦
١٦	الخاتمة الإستنتاجات	٢٧
١٧	قائمة المراجع	٢٨- ٣٠

المقدمة

نظرا لاهمية الدفوع الشكلية في قانون المرافعات ، لأرتباطها الوثيق بالنظام القضائي نفسه، لأن قانون المرافعات يحدد جزاءا على مخالفة الإجراءات الشكلية الواجبة الإتباع قبل وأثناء سير الدعاوى.

وللدفوع الشكلية معنى محدد في قانون المرافعات من حيث التمسك بالجزاء المترتب على مخالفتها، وحق الخصوم في التمسك بهذه الدفوع حق اصيل واساسي ، وعليه تم تحديد الجزاء المترتب على مخالفته للقضاء على ما يحتمل ان ينتج عن مخالفته او الإبداع به من مشاكل قد تؤدي الى عرقلة سير الدعوى لو لم يتم تحديد هذا الجزاء بتنظيم اجراءات الإبداء بهذا الحق والدفع به، وبطبيعة فان وضع الجزاء لا يعتبر حجة للتعسف بحق الخصوم في ذلك ولا يودي الى تفضيل الشكل على المضمون(الموضوع).

أهمية البحث

تكمن أهمية هذا البحث في:

في اجراء موازنة دقيقة بين التشدد والتساهل في الشكلية، من خلال بيان الاحكام التي تنظم الدفوع الشكلية،والأثار التي تترتب على التمسك بهذه الدفوع ، من حيث وقت إبداء هذه الدفوع و من حيث سقوطها، ومدى إستنفاذ ولاية المحكمة في الحكم فيها.

مشكلة البحث:

ان مشكلة هذا البحث تكمن في صعوبة الموازنة بين التشديد في الدفوع الشكلية والتساهل فيها ، لان في كليما مضار تتمثل في ان التشديد في الدفوع الشكلية يؤدي الى جمود نظام التقاضي وعرقلة سير العدالة، اما التساهل في الشكلية يؤدي الى الفوضى في العمل القضائي وفتح باب الاحتيال امام الخصوم على اجراءات الدعوى.

فرضية البحث

في اطار فرضية البحث سنتناول الإحكام التي تنظم الدفوع الشكلية لمعرفة وقت إبداؤها وكيفية سقوطها، وسنبين اثار التمسك بها. كي يتسنى لنا بيان التنظيم القانوني الذي يحكم الدفوع الشكلية.

منهجية البحث

سنعتمد في هذا البحث على المنهج العلمي السليم، ولبيان دقة المشرع العراقي من عدمها في بعض الاحكام التي تنظم الدفوع الشكلية يتوجب علينا ان نعتمد على المنهج العلمي القانوني المقارن في بعض جزئيات البحث.

هيكلية البحث

يتكون هذا البحث من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة .

حيث سنبين ماهية الدفوع الشكلية في المبحث الأول وذلك في ثلاثة مطالب، نخصص الأول لمفهوم الدفوع الشكلية وونتناول في الثاني شروط الدفوع الشكلية وانواعها ، اما الثالث فسنعرض فيه لتميز الدفوع الشكلية عن المفاهيم المشابهة لها .

اما المبحث الثاني سنخصصه لبيان احكام الدفوع الشكلية، حيث سنبين المبادئ التي تحكم الدفوع الشكلية في مطلب اول ، قبل ان نبين كيفية سقوط الدفوع الشكلية في مطلب ثان واخير.

اما المبحث الثالث فسنخصصه للحديث عن اثار الدفوع في مطلبين إثنين نبين في أولهما كيفية الفصل في الدفوع

الشـــكلية، فـــي حـــين ســـنتكلم عـــن الحكـــم الصـــادر فـــي الـــدفوع الشكلية في المطلب الثاني.

المبحث الاول

ماهية الدفوع الشكلية

في هذا المبحث سنحاول و تعريف الدفوع الشكليه في المطلب الاول وذلك من الناحية الفقهية والقانونية ثم سنخصص المطلب الثاني لبعضها خصائص الدفوع الشكلية ، وذلك قبل ان نبين شروط الدفوع الشكليه في المطلب الثالث مع واخيرا سنحاول ان نميز الدفوع الشكليه عن بعض المفاهيم المشابهه لها في المطلب الرابع و الاخير وذلك على النحو المفصل و الاتي:_

المطلب الاول

مفهوم الدفوع الشكلية

سنعرض لهذا المطلب في فرعين نخصص الأول لتعريف الدفوع الشكلية ونتناول في الثاني خصائص الدفوع الشكلية وعلى النحو الأتي:-

الفرع الاول

تعريف الدفوع الشكلية

اولا- تعريف الدفع الشكلي في الاصطلاح القانوني

قبل ان بين المدلول الاصطلاحي الى الدفع الشكلي لابد لنا ان نعرف الدفع بشكل عام فقد تباينا موقف التشريعات بشانها فمنهم نعرفها في القانون العراقي ومنهم من لم يعرفها القانون المصري واللبناني، فقد عرف المشرع العراقي الدفع في قانون المرافعات المدنيه بانه" **هو الاثبات بدعوه من جانب المدعى عليه تدفعوا دعوى المدعي وتستلزم ردها كلا و بعضا**[1].

وهذا التعريف مقتبس من مجلة الاحكام حيث عرفت الماده ١٦٣١ منها الدفع بانه: **الاتيان بدعوه من قبل المدعي عليه تدفعوا دعوى المدعي.**

ياقدع احد من جهه القرض كذا قرشا مقال المدعى عليه...انا كنت[2].

انقسم الفقهي العراقي علي مؤيد ومعارض لهذا التعريف مذهب اتجاه الى ان قانون المرافعات العراقي لم يكن موفقا في تعريف الدفع ذلك الان حقيقه الدفع " تلجا اليها المدعى عليه للرد على طلبات المدعي سواء كانت موجهة

---

[1] : راجع المادة (٨) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

[2] : علي حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الأحكام ،ط١،ج٤، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠١٠، ص١٩٠.

لموضوع الحق المدعى به او متعلقة بالخصومة لعيب في الاجراءات القضائية.

بينما يذهب الرأي المؤيد لموقف المشرع العراقي ، فيرى انه كان موفقا في الدفع ذلك ان الدعوة هي" **طلب شخص حقه من اخر امام القضاء فهي اجراءات قضائيه وخصومه و موضوع مدعي به**. لما كان الدفع دعوهةمن جانب المدعى عليه في كل ما يبغي المدعي رده في دفع يشمله التعريف ويدخل ضمنه سواء تعلق ذلك بسرعة الدعوة عن موضوع عن اشخاص من حيث توجيه الدعوة[1].

هذا فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي اما المشرعان اللبناني والمصرى فان موقفهما كان افضل من موقف المشرع العراقي فلا نجد في هذين القانونين تعريف الدفع بصورة عامة في المشرع اللبناني على الرغم من انه لم يعرف الدفع عموما الا انه عرف الدفع الاجرائي في قانون اصول المحاكمات المدنيه اللبناني رقم ٩٠ لسنه ١٩٨٣.

ولم نجد في القانونين المصري والعراقي تعريف الدفوع الاجرائية بخلاف القانون الفرنسي و اللبناني حيث عرفها المشرع اللبناني بانها" **كل سبب يرمى به الخصم الى اعلان عدم قانونية المحاكمة او سقوطها او وقف سيرها**"[2].

اما الحكمة من الدفوع هي اقامة موازنة عادلة بين الخصوم لذلك فقد اعطى المشرع للمدعي الحق في اقامة الدعوة في نفس الوقت اعطى للمدعى عليه الحق في الدفاع عن نفسه في وسائل الدفاع المشروع كافة.

ثانيا- تعريف الدفوع الشكليه في الاصطلاح الفقهي

ان المتتبع الى اقوال الفقهاء القدامى يجد انه م قد ذكروا الدفع باعتباره وجه من وجوه الجواب على الدعوة، في حين يسال المدعى عليه عن الدعوة فانه يجيب اما بالاقرار او او الانكار. فقد اختلف الفقهاء في اعتبار امتناعه ابداء رايه جوابا عن الدعوة على قولين:

---

[1] : ندى خير الدين سعيد العبيدي، الدفوع الإجرائية في الدعوى المدنية، رسالة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة الموصل،٢٠١٤،ص٨.

[2] : راجع المادة (٥٢) من اصول المحاكمات اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ المعدل.

القول الاول: ان المدعى عليه ان امتنع عن الاقرار والانكار ولم يكن به افه في لسانه او سمعه يعدو منكرا ناكلا، وقد ذهب بعض فقهاء الحنفيه والمالكيه في قول الشافعية والحنابلة هذا.[1]

القول الثاني: ان المدعى عليه في هذه الحالة (اي في حالة السكوت) لا يترك حتى يقر، ذهب الى هذا ابو يوسف، والمالكية في قول وعند ابي حنفية انه يحبس الى ان يجيب، اما ان يكون جواب المدعي عليه افضل دعوى المدعي، وكما ذكر في ان الفقهاء ذكروا الدفع باعتباره وجه من وجوه الجواب على الدعوه. يضع الفقهاء تعريف للدفع وذلك لانهم اعتبره نوع من انواع الدعوه ويقصد به احد الامرين:-

- اما اسقاط الخصومة عن المطلوب، و اثبات عدم صحة المطالبة اليه او اسقاط دعوى المدعي و اثبات عدم توجه اي حق له على المطلوب[2].

صحيح ان الدفع دعوه، وهذا ما لا خلاف فيه الا ان الفقهاء لم يصرحوا بتعريف له، حتى في تعريفهم للدعوه، و لو اخذنا مثلا تعريف التمرتاشي٤، حيث عرفها بانها(عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره او دفعه عن حق نفسه). هذا بالنسبه للفقهاء القدامى.

ام الفقهاء المحدثون فقد ذكروا الدفع، وصرح الكثير منهم بتعريف له ومن اهم هذه التعريفات ما يلي:-

اولا: تعريف مجلة الاحكام العدلية الذي يمكن القول انه اول تعريف للدفع على اعتبار ان المجلة كانت اول تقنين مدني لفقه المعاملات في الشريعة الاسلامية، فقد جاء فيها ان الدفع هو(الاتيان بدعوة من قبل المدعي عليه ترفع دعوى المدعي). والملاحظ على هذا التعريف بانه عرف الدفع بانه(دعوى ... تدفع دعوى المدعي) وكلمة "تدفع" في دور ينبغي عدم موجوده. وكما ان التعريف لم يبين وقت الدفع اي هل هو يقبل قبل الحكم او بعده؟

وقد جعل الدفع قاصرا على المدعى عليه مع ان الدفع المدعى عليه، كمال و قيمه الدعوة على احد الورثة في شيء يخص التركة، اقامه احد الورثة بدفع الدعوى فان هذا الدفع الصحيح و يسمع.

ثانيا: تعريف الشيخ علي قراعة:-

---

[1] : ابن عابدين (محمد علاء الدين افندي) قرة عيون الأخيار ، تكملة حاشية ابن عابدين ،دار عالم الكتب ،سننة ٢٠٠٣، ص١١.
[2] : ياسين محمد نعيم ، نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النفائس ، عمان ،٢٠٠٢، ص٥٨٦.

الدفع هو" دعوى من قبل المدعي عليه او ممن ينصبه المدعى عليه خصم عنه، يقصد بها دفع الخصومة عنها او ابطال دعوى المدعي"[1].

ويختلف هذا التعريف عن سابقه بان واضعه يجعل الدفع قاصرا على المدعى عليه بان يدخل فيها من ينتصبه المدعي عليه خصما عنه، كالوصي والقيم، وكما له قيمه الدعوى على احد الورثة فدفع وارث اخر غير المدعي عليه الدعوى. الا انه مع ذلك يبقى غير جامع للجواز ابداع الدفع من غير المدعي عليه كلمه الضرر و المحكمه.

الفرع الثاني

خصائص الدفوع الشكلية

للدفوع الشكلية خصائص تقترن بها وتميزها عن باقي الدفوع الاخرى وتضفي هذه الخصائص طامعاً خاصاً ، فالدفع الشكلي ينصب على الاجراءات ، كذلك فان مباشرة بمعنى هذه الدفع مرتبط يترتب بتوفيق زمن معين .

ولمعرفة هذه الخصائص سوف نعرض لها فقرتين على النحو الأتي :

اولا- : الدفع الشكلي وسيلة تنصب على الاجراءات.

يعرف الاجراء القضائي الملك الايجابي الذي يكون جزء من الخصوم ويترتب اثراً اجرائياً مباشراً فيها.

ومن التعريف المتقدم يتبين ان للاجراء القضائي ثلاث سمات وهي

١- الاجراء القضائي ملك ايجابي يتم النظر الدعوى، من شانه ان يرتب اثراً قانونياً سوا كان في بدء إقامتها او تعديل نطاقها من حيث السبب او الموضوع او الاشخاص او التأثير في سيرها او إنهائها[2].

ان يكون الاجراء القضائي جزءاً من الدعوى المدنية ولهذا لا يمكن ان تعد الاعمال الممهدة للدعوى اجراءاً قضائياً كما في حالة اعذار المدين او توكيل محامي على انه اذا تمسك الخصم بهذه الاعمال وجد اقامة دعوى فأن تلك

---

[1] :قراعة علي ، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ،مطبعة النهضة ، مصر ، ١٩٢٥، ص٥٤.

[2] : ادم وهيب النداوي ،المراعات المدنية ، دار ابن الأثير ، جامعة الموصل ، ٢٠١١، ص ١٣٥٠.

الاعمال تعد اجراءات قضائية ، لانها تتضمن عملاً قانونياً اجرائياً يؤثر تاثيراً مباشراً في سير الدعوى[1].

وتعرف الاجراءات بانهاً الشكل الذي يعمل بها المتقاضون للحصول على العدل او يعمل بها القضاة لاداء العدل .

ثانيا: مباشرة هذا الدفع مرتبط بترتيب و ميعاد معين

يجب ابداء هذا الدفع قبل الدخول غي اساس الدعوى او موضوعها زقبل الادلاء بأي دفع موضوعي او الدفع بعدم القبول والا سقط الحق فيه مالم يكن متعلقا بالنظام العام[2].

ويعزى السبب في ابداء الدفوع الشكلية قبل الكلام في الموضوع الا ان الدفوع الشكلية توجه الى الاجراءات المطالبه بالحق دون التعرض لهذا الحق . اذا ناقش المدعى عليه مدى احقية المدعي في الحق المطلوب اي اذا تعرض المدعى عليه لموضوع الطلب هذا يدل على تسليم بصحة الاجراءات الطلب وعدم اعتراضه عليه ، اي تنازله عن الدفع المتعلق بها ، ومن جهةٍ اخرى يقتضي حسن السير القضاء ان تفصل المحكمة اولاً في مسالة الاجراءات قبل مناقشة الموضوع حتى اذا تم الفصل في هذه المسائل باجابه الدفوع الشكلية (الاجرائية) فأن الخصومة تنتهي امام المحكمه من الفصل في الموضوع اما اذا تبين للمحكمة تحت الاجراءات فانها تنظر الموضوع[3]،فاذا توافرت في الدعوى عدة دفوع نبديها فلم يرتب المشرع العراقي كيفية الإدلاء بالدفوع الأجرائية[4]، بعكس المشرع اللبناني الذي وضعت ترتيباً لهذه الدفوع بحيث اذا خالف الخصم هذا الترتيب وجب الحكم بعدم قبول الدفع الذي تأثر الأدلاء به عن ميعاده[5]،اما المشرع الفرنسي فقد نص على وجوب يبداء جميع الدفوع الشكلية معا وقبل التكلم في موضوع على عكس المشرع اللبناني الذي سمح بذلك عند قيام سببه[6]، وكل ما يتقدم كان يتعلق بالدفوع الشكلية النسبية وما وما يميز هذه الدفوع انها غير متعلقة بالنظام العام بل مقررة لأحد الخصوم ولذلك ولانها غير متعلقة بالنظام العام الا تضر بنظام التقاضي[7] .اما الدفوع الشكلية المطلقة فهي بعكس النسبية يمكن التقدم بها في اية وسيلة من مراحل الدعوى وهي متعلقة بالنظام العام ، لذا فان من حق اي

---

[1] : وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية ، دار الفكر العربي ، بدون مكان نشر ، ١٩٧٨، ص ٢٥. كذلك عباس العبودي ن شرح قانون المرافعات المدنية العراقي ، دار الكتب ، الموصل ،٢٠٠٠، ص١٣١- ١٣٢.

[2] : احمد مسلم ، اصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٩٧١، ص ٥٧٣.

[3] : امينة النمر ، اصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، بدون مكان طبع ، ١٩٨٨، ص ١٢٨.

[4] : راجع المواد (٧٣، ٧٤، ٧٨، ٧٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[5] ندى خير الدين ،المصدر السابق ، ص ١٥.

[6] : راجع المادة (٧٣) اجراءات، فرنسي.

[7] : نجيلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات ، بحث منشور في مجلة الرافدين ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ،مجلد ٢، العدد٢٥ ، ٢٠٠٥، ص ٩٨- ٩٩.

طرف من اطراف الدعوى الدفع بها امام المحكمة و في اي مرحلة من مراحل التقاضي فيها ، كما انه من حق محكمة الموضوع ان تثيرها من تلقاء نفسها

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية رقم ٥٩٦٩ في ١٧، ٢، ٢٠٠٢ بما ياتي (..... وحيث ان الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها او بسبب نوع الدعوى وقيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها استنادا الى احكام الماده ٧٧ مرافعات مدنيه المعدل ، لذلك تقرا تقضي الحكم المميز).

المطلب الثاني

شروط الدفوع الشكلية وأنواعها

نعرض لهذا المطلب في فرعين نتناول في الأول شروط الدفوع الشكلية ونخصص الثاني لأنواع الدفوع الشكلية وعلى النحو الأتي:

الفرع الأول

شروط الدفوع الشكلية

بما ان الدفع دعوى فانه يشترط للدفع ما يشترط للدعوى :-

١- شرط الاهلية في المتداعيين، والصفة في كل منهما ، وتعين المدعى به معلوميته .

٢- شرط كونها في مجلس القضاء.

٣-شرط احتمال ثبوت المدعي بها عقلاً وعرفاً.

٤- ويشترط اضافة لذلك:

-عدم التناقض: لان تناقض يظهر كذب صاحبه ، وعليه فإن كان لدفع متناقضاً مع كلام سابق صادر من المدعى عليه ، لم يقبل الدفع ، سواء كان الكلام صادراً في جواب الدعوى او في دفع اخر سبق ان أبداه المدعي عليه ان كان الصادراً طابع مجلس القضاء ، جاء في لسان الحكام لو قال المدعى عليه عند سؤال القاضي أياه عن الدفع ، لا دفع لي! ، ثم جاء بالدفع ، فقد قيل يجيب يجب ان تكون المسالة على الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد ، ويفهم من

هـذا الـنص ان هنـاك قبـولا عـن حنفيـة بعـدم قبـول الـدفع اذا كـان متناقضـا مـع كلام صادر من المدعى عليه قبل ابداءه بهذا الدفع .

- ويشـترط لقبـول الـدفع ان يراعـى وقـت إبدائـه: فهنـاك مـن الفقهـاء مـن اشـترط لقبـول الـدفع ان يبـدي قبـل الحكـم ، امـا بعـده مـا لا يقبـل ، وبعـدهم اشـترط اب يبدي بعد اقامة البيّنة .

- اشترط لصحة الدفع وقبوله ، أن يوجه الدعوى صحيحة .

الفرع الثاني

انواع الدفوع الشكلية

أن الاعتـداء علـى حقـوق الافـراد ومراكـزهم القانونيـة يخـول لهـم ووفقـاً للقـانون حـق اسـتعمال الـدعوى لتقريـر الحمايـة لهـذه الحقـوق والمراكـز ، و يأخـذون فـي ذلـك صـفه المـدعي ، لكـن المشـرع لـم يقـف عنـد هـذا الحـد وحرصـا منـه علـى احـداث تـوازن قـانوني يضـمن مـن خلالـه حـق كـل مـواطن فـي الـدفاع عـن نفسـه ومنعـا مـن التعسـف فـي اسـتعمال الحـق فـي الـدعوى ، عمـل علـى منـع المـدعى عليـه حـق الـدفاع عـن نفسـه ومواجهـة ادعـاء المـدعي . بـأن قـرر المشـرع مـنح المـدعي عليـه حـق إبـداء الـدفوع الشـكلية و هـي كمـا سـبق بيانهـا بأنهـا الوسـيله التـي يطعـن بهـا الخصـم فـي صـحة الخصـومة ، او فـي الاجـراءات المكونـه لهـا دون المساس بأصل الحق .

اولاً : الدفوع المتعلقه بعدم الاختصاص :

: يقصـد بالاختصـاص لغـةً التفضـيل و الانفـراد ، امـا اصـطلاحاً هـو السـلطة التـي خولهـا المشـرع لهيئـة مـن الهيئـات القضـائية للفصـل فـي المنازعـات ، فقواعـد الاختصـاص التـي تـدخل فـي سـلطة كـل محكمـة والاختصـاص ينشـا بسـبب توزيـع العمـل مـن قبـل المشـرع بـين المحـاكم و الجهـات القضـائية المختلفـة و فكـرة الاختصـاص تفـرض اساسـاً تعـدد داخـل الدولـة الواحـدة ، وبـذلك يعتبـر الاختصـاص حـد مـن الولايـة المحكمـة بسـبب وجـود محـاكم اخـرى تتبع نفس الجهة القضائية .

الاصـل ان يصـدر الحكـم مـن المحكمـه المختصـة باصـداره وفقـاً للقواعـد العامـة فـي تحديـد الاختصـاص ، وفـي هـذه الحالـة يقـال ان الحكـم مـن حيـث الشـكل وذلـك اذا تـوفرت بقيـة عناصـر الصـحة الشـكلية للحكـم وعلـى العكـس يكـون

الحكم باطلاً لعدم صلاحيه المحكمة الحكم في الدعوى بسبب عدم الاختصاص[1].

وهذه الدفوع على نوعين :

١- الدفع بعدم الإختصاص النوعي .

٢- الدفع بعدم الإختصاص الأقليمي[2].

ثانياً: الدفوع المتعلقة بالإحالة : يعتبر الدفع بالإحالة كوسيلة من وسائل الدفاع شأنها في ذلك شأن الدفوع السابقه الذكر يجب ابداءها قبل التطرق لمواضيع النزاع . ويمكن ان نجد في بعض الحالات ان دعوى واحدة تختص بها اكثر من محكمة كما اذا تعدد المدعى عليهم وكان مواطنهم متعددة ، واذا اتفق على موطن مختار لتنفيذ العقد ، فيرفع المدعي الدعوى امام المحكمة المختصة ، قبل الفصل في الدعوى الاولى لعدم رضائه عن اتجاه المحكمه في التحقيق في القضية المرفوعة امامها ، ويتوفى اثناء سيرها فيدفعها ورثه امام محكمه اخرى لجهلهم بقيام النزاع امام المحكمه الاولى ، ومن خلال هذا يمكن تعريف الدفع بالاحالة على انه منع المحكمة من الفصل في الدعوى المطروحة عليها وأحالتها لمحكمة اخرى مختصة ، اما لقيام ذات النزاع امام محكمة اخرى واما لقيام دعوى اخرى مرتبطة به .

يرفع بطلب الاحالة في صورتين مختلفتين وهما : تشمل الصوره الاولى في حالة ما اذا كان ذات النزاع مطروحاً امام المحكمتين السابقتين لنظام قضائي واحد .

اما الصورة الثانية فتكون في حالة ما اذا كان النزاع المطروح امام المحكمه بينه وبين النزاع المطروح على المحكمة الاخرى ارتباط يجعل من المصلحة الجمع بينهما لتسهيل الفصل بينهما ومنع تعارض الأحكام .

ثالثاً: الدفوع المتعلقة بأجراء الفصل والبطلان : الدفع باجراء الفصل يعد هذا فعلاً دفعاً شكلياً لانه يهدف الى وقف الخصومة ويخضع هذا الدفع سلطة تقديرية للمحكمة .

اما الدفع بالبطلان فهو دفع شكلي يجب ابداؤه قبل أي دفع او طلب اخر و الا سقط الحق فيه[3]، وتفصل فيه المحكمة قبل التعرض . والحديث عن البطلان يدفعنا الى التفصيل في مفهومه وانواعه والاحكام الخاصة به حيث تعتبر نظرية البطلان من أهم النظريات في المجال الإجرائي، فماهو مضمونها ،و ماهي المبادئ التي تحكمها؟.

---

[1] : ايمن أحمد رمضان ، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات ن رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، مصر ٢٠٠٣، ص٤٨٤.

[2] : رامداني سهام و سعدي سعاد، الدفوع الشكلية على ضوء الاجراءات المدنية والادارية ، رسالة ماجستير والعلوم السياسية ، جامعة بجايا، قسم القانون الخاص ، الجزائر ، ٢٠١٣، ص ٢٥.

[3] المادة (٧٣) من قانون المرافعات العراقي النافذ.

ماهية البطلان: يقتضي منا هذا العنصر التطرق لما يلي:

أولا: تعريف البطلان:[1]

لقد عرفه الأستاذ أحمد هندي بأنه: الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة الإجراء لنموذجه القانوني فينعدم أثره الذي كان يولده لو كان الإجراء صحيحا، فإذا لم يتوفر في الإجراء أحد الشروط اللازمة لصحته فإن الإجراءات تكون باطلة.

أما الأستاذ الغوثي بن ملحة فقد عرفه بأنه جزاء عدم مراعاة الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية الذي يعترض الخصومة ولربما يؤدي بها إلى القضاء عليها وعدم وجودها.

ثانيا: البطلان في القانون المقارن:

١- قواعد البطلان في التشريع الروماني: كان التشريع الروماني يحتم استيفاء أشكال وصيغ وبيانات خاصة ويعتبرها واجبة المراعاة حتى في أتفه تفاصيلها.بحيث تسقط الدعوى إذا خلت أوراقها من كلمة واحدة من هذه العبارة الخاصة.

٢- قواعد البطلان في التشريع الفرنسي: كان يقوم على قاعدة لا بطلان بغير إضرار بالخصم الذي تمسك به.

٣- قواعد البطلان في التشريع المصري: أخذ القانون المصري بقاعدة أنه لا بطلان إلا بنص، أما إذا لم ينص القانون عليه فلا يكون بطلانا واجبا إلا إذا كان العيب الذي شاب الإجراء عيبا جوهريا ويشترط أن يكون من يتمسك بالبطلان قد أصابه ضرر من جراء ذلك.

ثالثا- صور البطلانإذا كان البطلان أو عدم صحة الإجراءات المدفوع به ليس من النظام العام فيجوز للقاضي أن يمنح أجلا للخصوم لتصحيحه ويرجع أثر هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراء المطعون فيه بالبطلان أو بعدم الصحة

١- البطلان المقرر لمصلحة الخصوم: أي المتعلق بالمصلحة الخاصة وهو البطلان الناشئ عن مخالفة قاعدة قررها المشرع لحماية مصالح الخصوم وهو الغالب في إجراءات التقاضي.كما يطلق عليه صفة البطلان النسبي الذي قرره المشرع لحماية الخصوم ولا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس باعتمادهم لرفض الاستئناف شكلا على أوجه البطلان وعدم صحة الإجراءات في محملها

[1] : ايمن احمد رمضان ، المصدر السابق،ص ٤٩٦.

ليست من النظام العام لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

٢- البطلان المتعلق بالنظام العام: أي المقرر للمصلحة العامة وهذا النوع ينشأ عن مخالفة قاعدة تستهدف حماية المصلحة العامة كمخالفة قاعدة من قواعد الاختصاص النوعي أو الأهلية وحقيقة الأمر إن المشرع عندما يحمي المصلحة الخاصة يحمي في الوقت نفسه المصلحة العامة باعتبار أن ما يحقق خير الفرد يحقق خير المجموع كما أنه عندما يحمي المصلحة العامة يحمي في الوقت نفسه المصالح الخاصة لكن ذلك لا يمنع من اصطدام مصلحة الفرد بمصلحة المجتمع ومن هنا تنشأ ضرورة تغليب إحداهما على الأخرى. خاصة وأن المصلحة العامة فوق الجميع إلا أن الإشكال يقوم في تحديد مفهومها أو مفهوم النظام العام ذلك أن هذا الأخير يتغير عبر التاريخ وعبر المجتمعات ومن تم فإنه لا يمكن أن يوضع للنظام العام ضابطا محددا وإن أمكن تعريفه بصيغة عامة بأنه يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع ونظرا لغموض فكرة النظام العام واختلاف وجهات النظر بشأنها توسعا وتضييقا، فإن المشرع يعمل أحيانا على مساعدة القاضي بالنص على ما يعتبره متعلقا بالنظام العام(و البطلان المطلق تطبيقا لعبارة – تحت طائلة البطلان- ومن تم فإنه يجوز لقضاة الموضوع إثارة هذا البطلان تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى. ولما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بالتالي فإن الملاحظة الواجب ذكرها فيما يخص فكرة النظام العام أن تطبيقه يتطلب حنكة ودقة القاضي في استقراء النصوص القانونية لاستنباط قصد المشرع من كل مادة وما إذا كان مضمونها يتعلق بالنظام العام أو لا لأننا نجد المشرع أحيانا يعبر صراحة عن تعلق قاعدة ما بالنظام العام .

تصحيح البطلان

أولا - تعريف التصحيح:

يقصد بتصحيح البطلان زواله وعدم قابلية العمل الإجرائي المعيب للإبطال حيث أن الغالب هو تعلق البطلان بالمصلحة الخاصة للأفراد وهذا يعني أن أكثر الأعمال الإجرائية المعيبة قابلة للتصحيح لأن هذا الأخير لا يجوز في البطلان المتعلق بالنظام العام لأنه يمس المصالح العليا للمجتمع .

وقد جعل المشرع التصحيح وسيلة لاستمرار الخصومة وتحقيق غاياتها وإرجاع القدرة للعمل الإجرائي ليحقق الأثر القانوني الذي وجد من أجله ويرجع أثر هذا التصحيح إلى تاريخ الإجراءات المطعون فيها بالبطلان أو

بعدم الصحة. لموضوع الدعوى ، ويجب ابداؤه في عريضة الاعتراض او الاستئناف و الا سقط الحق فيه..[1]

المطلب الثالث

تمييز الدفوع الشكلية مما يشتبه بها

للتميز اهمية كبيرة في اية الدراسة ولمعرفة ماهية الدفوع الشكلية لابد من تمييزها مما يشتبه بها في المعنى، لذلك نبين في هذا المطلب تمييز الدفع الشكلي عن غيره وذلك عن طريق تقسيم هذا المطلب الى الفرعين الاتيين :

الفرع الاول : تمييز الدفوع الشكلية عن الدفوع الموضوعية

الدفوع الموضوعية هي الدفوع التي يلجا اليها المدعي عليه ليثبت ان دعوى خصمه ليس لها اساس قانوني . وهي دفوع تتعلق بأصل حق الذي تنظمه القوانين المقررة للحقوق القانون المدني والقانون التجاري ، والدفع الموضوع هو كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب من المدعي ويشبه الدفع الموضوعي الدفع الشكلي في ان كليهما مطلق لا يحددها حصر او العقد او المبادئ والقواعد العامة او الى اي الدليل يصح سبباً او وسيلة لأسقاط الحق و براءة الذمة .

اما الدفوع الشكلية فهي الاخرى لا تقع تحت حصر لانها تتعلق بالاجراءات والاجراءات لاحصر لها . و يتشابهان ايضاً في ضرورة توافر الشروط العامة لقبول الدفع امام القضاء - التي ذكرناها .

الفرع الثاني : تمييز الدفوع الشكلية عن الدفع بعدم القبول :

الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي الى الطعن في عدم توافر الشروط اللازمة للسماع دعوى وهي الصفة ، المصلحة ، الحق بكونها حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع دعوى بطلب تقريره .

ولم يشر المشرع العراقي الى تسمية الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات العراقي وانما اكتفى بالنص على صورة من صورهِ و هي حاله عدم توجيه الخصومة وهذا الموقف لا يتناسب مطلقاً الاهمية التي يحتلها هذا الدفع . بعكس المشرع اللبناني الذي عرفه بانه الدفع الذي يرمي الى الطعن في عدم توافر الشروط اللازمه لسماع الدعوى و هي الصفة والمصلحة والحق بكونها حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره .

[1] :علي عوذ حسن ، المدر السابق ، ٣٥.

المبحث الثاني

احكام الدفوع الشكلية

نتناول في هذا المبحث الاحكام الخاصة بالدفوع الشكلية من حيث المبادئ التي تحكمها ومن حيث سقوطها وذلك في مطلبين و على النحو الاتي

المطلب الاول

المبادئ التي تحكم الدفوع الشكلية

يهدف الدفع الشكلي او تاجيل الفصل في الموضوع (أصل الحق) حتى نستوفي الدعوى بالشكل الصحيح . ومن اهم الدفوع الشكليه الدفع بعدم الاختصاص ، الدفع بالإحالة للدعوى .....

تظهر الدفوع الشكلية عند بكل شكل يتعلق بالاجراءات وعلى هذا فمنطقياً ان يكون الدفع الشكلي هو الاول لعدم تعلقه بالاجراءات ويأتي الدفع الموضوعي لتعلقه باصل الحق ومن ثم تخضع الدفوع الشكلية لأحكام عامة تشترك اغلبها فيها منذ وقت ابداءها لغاية سقوطها .

اولاً: إثارة الدفوع الشكلية :

يقتضي المنطق القانوني ان يبدا الخصم في بدايه النزاع متمسكاً بالجزاء الذي رتبه القانون على مخالفه الشكل ، ثم يتدرج بعد ذلك الى موضوع النزاع ، فاذا قام الخصم بالتعرض الى موضوع النزاع ولم يتطرق الى الدفوع الشكلية ، ثم ان مبادئ العداله تقتضي عدم ابقاء المدعي مهدداً بالدفوع الشكلية في جميع مراحل الدعوى ومن ثم تراضي الخصم في إبدائها يكون نتيجة ابداء الفصل في موضوع الدعوى ، وبذلك تهديد الاجراءات والقرارات التي تصدر اثناء نظرها في الدعوى سواء بالالغاء او بزوال الخصومة فمثلاً اذا دفع الخصم ببطلان اجراءات بعد ذلك الى زوال كافه الاجراءات اللاحقة له متى كان هو اساسها [1].

---

[1]: رامداني سهاد ، ص ٥٧.

ثانياً: وقت ابداء الدفوع الشكلية :

الاصل العام ان وقت ابداء الدفوع الشكليةيكون قبل التطرق لموضوع النزاع وذلك حفاظا على سلامة الاجراءات ضمن البديهي أن لا يبقى الخصم او المدعي مهدداً بزوال الخصومة او الغاء او تأجيل فيها .

لءلك نص المشرع على وجوب أبداءها قبل التطرق الى موضوع النزاع ، وذلك تمت طائلة سقوط الحق وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في ماده ٧٣ مرافعات العراقي ، الا سقط الحق فيه .

المطلب الثاني

سقوط الدفوع الشكلية

القاعدة هي ان التمسك بالدفاع الشكلية يتم في بدء المرافعة وقبل مناقشة الموضوع او الأدلاء بأي دفع اخر ، والاصل اب يرمي بالدفع في لائحة خطية ولكن ليس هناك ما يمنع الأدلاء به شفاهاً امام المحكمة وبحضور الخصم الاخر او بغيابه فيدون في محضر الجلسة وأن هذه الاحكام واجبة الاحترام والالتزام من قبل الخصوم والا سقط الحق في ابداءها

و عليه سنتناول اسباب سقوط الدفوع الشكلية بشيء من الايجاز و على النحو الاتي:

اولاً: سقوط الحق في التمسك بالدفع الشكلي بسبب التكلم في الموضوع:

المقصود بالتكلم في الموضوع الذي يسقط الحق في التمسك بالدفع شكلية هو الذي يبدي بعد التطرق للموضوع ، وعلة ذلك هي انها اتيحت الفرصة للخصوم لابداء الدفوع الشكلية في اية حالة كانت عليها الخصومة.

يشيع الخصم على الانتظار و الى قرب نهاية الاجراءات للتمسك بالدفع الشكلي فيضيع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة ، فيضطر المدعي الى بدء خصومة من جديد بعد ما تكون قطعت شوطاً كبيراً[1].

ثانياً: سقوط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية بسبب رفض الطلبات المتعلقه بالموضوع :

يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي ، اذا طلب الخصم رفض الطلبات خصمه بالموضوع او الناقشاها او عرض دفع كل المطلوب منه او بعضه او طلب ادخال نظام في الدعوه او طلب تاجيل لتقديم المستندات التي تثبت

[1] : فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، مصر ١٩٨٠، ص ٥٣٧.

براءة ذمته كله من الدين او بعضه او طلب التاجيل الاطلاع على مستند معين قدمه قسمه ، كذلك اذا دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص المحلي ثم طلب التاجيل ليثبت بتقديم مستندات معينة تبرأ ذمته من الدين و قدمها فانه يكون قد عدل عن حقه في التمسك بعدم الاختصاص كذلك اذا طلب المدعى عليه في اول جلسه محددة لنظر القضيه تأجيلها لتحقيق الصلح ، واحيلت فلا يجوز بعد ذلك التمسك بعدم الأختصاص المحكمة ، سواء أبدى طلب او الدفاع شفاهة او في مذكرة مكتوبة ، وسواء تضمن اعتراضاً على الإدعاء العام او لا ولهذا فأنه اذا ترك المدعي عليه الامر للمحكمة ، فأنه ليس له ان يتمسك بالدفع الشكلي بعد ذلك .

ثالثاً: سقوط الحق في التمسك في الدفوع الشكلية بسبب طلب ضم الدعوى:
قد يسقط حق المدعى عليه في التمسك بالدفع الشكلي اذا ضم دعوى الى اخرى اذا كانتا مرفوعتين امام نفي المحكمة لأن المدعى عليه بذلك يسلم ضمناً بصحة اجراءات الخصوم بقيامها امام المحكمة المختصة .

رابعاً سقوط الحق في التمسك بالدفوع الشكلية بسبب التقادم او الانقضاء :

يسقط ايضاً حق الخصم بالتمسك بالدفع الشكلي اذا تمسك بما من شأنه ان يؤدي الى زوال خصومة بغير الحكم في موضوعها . كما لو تمسك بسقوطها او انقضائها بالتقادم ، فقدت تنقضي الخصومة بصفة أصلية دون يمتد الإنقضاء ليشمل الحق في الدعوى والتي تبقى قائمة بدورها وبالتالي يمكن اعادة عرض الخصومة من جديد ما لم تنقضي الدعوى لسبب اخر لاسيما التقاعدم.

المبحث الثالث

آثار التمسك بالدفوع الشكلية

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الأول كيفية الفصل في الدفوع الشكلية، اما الثاني سنتحدث فيه عن الحكم الصادر في الدفع الشكلي وعلى التفصيل الأتي:-

المطلب الأول

كيفية الفصل في الدفوع الشكلية

للمحكمة سلطة تقديرية للفصل فيها طبقا لإحدى الشكلين الآتيين:

١- **الفصل في الدفع الشكلي على استقلال:** الأصل أن تقضي المحكمة في الدفع الشكلي أولا لأنه قد يغنيها عن التطرق للموضوع و من الناحية المنهجية فإنه يجب على المحكمة أن تتطرق إلى دراسة من الناحية الإجرائية فيجب عليها أن تتطرق إلى الدفوع الشكلية فإما أن تصرح بقبولها و هذا يغنيها عن التطرق للدفوع بعدم القبول و الدفوع الموضوعية . لأن الدفوع الشكلية تعتبر الحلقة الأولى من الحلقات التي تتكون منها الأعمال الإجرائية ، فيجب على الخصم أن يتجاوز هذه الحلقة و إلا يعثر فيها و تجدر الإشارة إلى أنه لا تتصدى المحكمة للدفوع إلا إذا كانت مختصة بنظر الموضوع .

٢- **ضم الدفع الشكلي للموضوع:** قد يحدث أن تجد المحكمة نفسها مضطرة لكي تفصل في الدفع الشكلي أن تتناول موضوع الدعوى بالبحث والتحقيق والتمحيص حتى تحكم في الدفع بقبوله أو رفضه على ضوء ما يتضح لها من موضوع النزاع لذلك فيجوز لها لمواجهة مثل هذه الحالة أن يأمر بضم الدفع الشكلي للموضوع ليقضى فيهما معا(.لكن تتقيد سلطة المحكمة في هذا الضم بقيدين:

الأول: يجب عليها تمكين الخصوم من تقديم دفاعهم الموضوعي فإذا لم يكن الخصوم قد أبدوا دفاعهم في الموضوع وجب عليها تنبيههم الى الضم لتجنب ان يمتنع الخصوم عن الدفع الموضوعي انتظارا للفصل في الدفوع الإجرائية ثم يفاجأوا بحكم المحكمة في الموضوع لذا يكون هذا الحكم باطلا لإخلاله بحق دستوري ألا وهو حق الدفاع.[١]

[١] : ايمن احمد رمضان ، المصدر السابق ، ص ٥٢٠.

الثاني: يجب أن تبين المحكمة إذا قضت في الموضوع ما حكمت به فلا يكفي أن تفصل المحكمة في موضوع الدعوى ويقال أنها قضت ضمنيا برفض الدفع الشكلي. وما تجدر الإشارة إليه أن ما يجري العمل به في الميدان هو ضم الدفع الشكلي للموضوع ونادرا ما يفصل فيه على استقلال وهذا له أثر سلبي كبير على حقوق الخصوم وعلى وتيرة سير العمل القضائي حيث أن الخصوم مضطرين حتى بعد تقديم دفوع شكلية إلى انتظار تبادل المذكرات في الموضوع ليفصل القاضي في النهاية في الدفع الشكلي وتنتهي الخصومة عند هذا الحد رغم أنه كان بإمكانه الفصل فيه في بادئ الأمر قبل تناول الموضوع وبذلك يختصر الوقت والجهد على الخصوم وعلى نفسه وعلى جهاز العدالة.

المطلب الثاني

الحكم الصادر في الدفع الشكلي

إن إبداء الدفوع الشكلية يستلزم الفصل فيها بحكم سواء قبلت أو رفضت ، فما هي طبيعة هذا الحكم وما هو أثره على الموضوع عند استئنافه؟

١-طبيعة الحكم الصادر في الدفع الشكلي:

لا يعد الحكم في الدفع الإجرائي قضاءا موضوعيا وإنما هو حكم إجرائي لا يرتب حجية الأمر المقضي فيه ويجوز إذا أدى إلى زوال الخصومة رفع الدعوى من جديد للمطالبة بذات الحق بإجراءات جديدة، لكنه يعد حكم قطعي يستنفذ سلطة المحكمة بالنسبة للمسألة الإجرائية التي فصل فيها داخل الخصومة ذاتها.

٢ - الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام :

قبل الحديث عن الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام لابد لنا من تحديد فكرة النظام العام التي تسود النظام الإجرائي ، فقيل أنه إذا كانت القاعدة القانونية ترمي لتحقيق المصلحة العامة فهي تتعلق بالنظام العام و إذا رمت لتحقيق المصلحة الخاصة فهي لا تتعلق بالنظام العام ، فالقاعدة القانونية التي تهدف إلى حماية الحرية الفردية في كافة مظاهرها و إبطال جميع الإتفاقيات التي تشكل الإعتداء على السلامة الجسدية و المعنوية للأفراد فلا شك أنها تهدف لتحقيق مصلحة الجماعة ، كذلك القواعد التي تهدف لحماية النظم الأساسية في المجتمع كنظام الأسرة و حالة الأفراد المدنية و تلك التي تهدف لكفالة و حماية نظام القضاء و سلامة مرفق العدالة كتلك المتعلقة بالتنظيم القضائي و تحديد درجات التقاضي و طرق الطعن و قواعد الإختصاص النوعي . و تشكيل المحاكم و غيرها من القواعد كلها ترمي إلى تحقيق الصالح العام ،

بالتالي لا علاقة لها بالمصالح الخاصة و من ثمة فهي تتعلق بالنظام العام و مخالفة تلك القواعد يتولد عنها دفع شكلي متعلق بالنظام العام و أن عدم إختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى يعتبر من النظام العام و تقضي به المحكمة ، و لو من تلقاء نفسها و في أية حالة كانت عليها الدعوى . و تجدر الإشارة أن التمسك بالدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام يتم و لو لأول مرة أمام جهة الإستئناف ، بل يجوز التمسك به و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا ما دام أساسه الواقعي مطروح أمام قضاة الموضوع [1].

٣ –لا تستنفذ المحكمة ولايتها في الدفع الشكلي :

الحكم الصادر في الدفع الشكلي هو من الأحكام الصادرة في الموضوع ، فلا تستنفذ المحكمة ولايتها عندما تفصل فيه . و من ثمة يحق للخصم أن يعيد رفع الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم دون أن يدفع عليه بسبق الفصل في الدعوى فإذا قضي ببطلان عريضة إفتتاح الدعوى ، لعدم تعيين موضوع أو سبب الطلب القضائي فيحق للخصم أن يعيد من جديد رفع الدعوى بعدما يكون قد قام بإستيفاء المقتضى الذي أدى إلى البطلان و يقبل الحكم الصادر في الدفع الشكلي الطعن فيه بالإستئناف لأنه يعد من الأحكام القطعية و الأصل أن ينقل الطعن إلى جهة الإستئناف المسائل المتعلقة بهذا الدفع و التي كانت مطروحة أمام محكمة الدرجة الأولى و ذلك في الحدود التي رفع عنها الطعن فيجب على جهة الإستئناف أن تفصل في الطعن فإذا ما أيدت الحكم فلا إشكال يثور حينئذ أما إذا ألغت الحكم المستأنف ففي هذه الحالة فيجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لأنها لم تستنفذ ولايتها بعد ، إحتراما لمبدأ التقاضي على درجتين .

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة حيث يجوز لجهة الإستئناف إذا ما طعن لديها في الحكم الصادر في الدفع الشكلي أن تتصدى لموضوع النزاع و ذلك بشرط أن تكون القضية مهيأة للفصل فيها و ذلك ما تقضي به المادة ١٠٩ من قانون الإجراءات المدنية .

و مثال ذلك كما إذا ضمت المحكمة الدفع الشكلي للموضوع و سمحت للخصوم أن يتكلموا في الموضوع فأبدوا دفاعهم فيما يخص ذلك ، فإذا فصلت المحكمة في الدعوى و تبين لها أن الدفع الشكلي الذي تمسك به المدعى عليه مؤسس ، فإقتصرت حينئذ على الحكم في الدفع الشكلي . بالحكم بعدم الإختصاص النوعي أو المحلي أو بإبطال إجراءت رفع الدعوى ، فوقع الإستئناف في هذا الحكم فتبين لجهة الإستئناف أن المحكمة قد

[1] : مجدي احمد عزام ، منشور في شبكة المحامين العرب اللكترونية، تاريخ الزيارة ، ٢٠١٩/٤/١٩.

أخطأت عندما صرحت بعدم إختصاصها أو بإبطال إجراءات رفع الدعوى ، فإنتهت إلى إلغاء الحكم المعاد ، ففي هذه الحالة وإذا كانت القضية غير مهيأة للفصل فيها فيجب عليها أن تعيدها إلى محكمة الدرجة الأولى إحتراما لمبدأ التقاضي على درجتين . لأن هذه الأخيرة لم تفصل في موضوع الدعوى و بالتالي لم تستنفذ ولايتها . أما إذا أصبحت القضية مهيأة للفصل فيها بعد إبطال الحكم المعاد من الجهة الإستئنافية ففي هذه الحالة يحق لهذه الأخيرة إما أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى إحتراما لمبدأ التقاضي على درجتين .

و إما أن تستعمل حقها في التصدي و تفصل في القضية و حق الجهة الإستئنافية في التصدي للقضية هي مسألة خاضعة لسلطتها التقديرية فلا معقب عليها من قبل المحكمة العليا ، فلها أن تستعمل هذه الرخصة أو لا تستعملها.

إن استعمال الدعوى يخضع إلى اتباع إجراءات مختلفة وشكليات متنوعة هدفها توفير ضمانات لصالح المتقاضين وقيام القضاء على أسس مضبوطة حتى تتم حماية كل خصم من تعسف الخصم الآخر والقاضي، وتحديدا لمراكز الخصوم إزاء بعضهم في الخصومة وعليه فإن احترام الإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية أمر ضروري وواجب الأخذ به من قبل جميع الأطراف في الخصومة واحترامه من قبل المحكمة، لذلك أصبح من الطبيعي أن لا يقتصر عمل المشرع على تدوين تلك الشكليات والإجراءات بغير أن يضع جزاءا للإخلال بها لحمل الأفراد والمحاكم على اتباعها.

الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث توصلنا إلى عدة استنتاجات هي:

١- ان الدفوع الشكلية كقاعدة يجب إبداؤها قبل التطرق لموضوع الدعوى مالم يكن الدفع من النظام العام.

٢- يجب ان تكون الدفوع المقدمة خالية من التناقض كشرط لصحتها.

٣- وان كان النظر في الدفع الشكلي لايتم الا من قبل المحكمة المختصة الا انه يجوز لها استثناءاً اذا وجدت نفسها مضطرة ان تنظر فيه وذلك بضم الشكل للموضوع.

٤- ان الحكم الصادر في الدفع الشكلي لا يترتب عليه اي حجية الامر المقضي فيه بإعتباره حكما اجرائيا وليس قضاء موضوعيا.

٥- يسقط الحق في الدفع الشكلي اذا تمسك الخصم بما من شأنه ان يؤدي الى بغير الحكم في موضوعها.

٦- ان الدفوع الشكلية قد وضعت من اجل تنظيم سير القضاء وإستقراره الا انها في الوقت ذاته تؤدي الى التعقيد بالنسبة للخصوم وربما الى وقت الدعوى.

قائمة المراجع

اولا: الكتب :-

١- ابن عابدين ، محمد علاء الدين افندي ، قرة عيون الاخيار ، تكملة حاشية ابن عابدين، سنة ، ٢٠٠٣ .

٢- ياسين محمد نعيم ، نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، عمان ، ٢٠٠٠ .

٣- قراعة علي ، الاصول القضائية في المرافعات الشرعية، مصر ، ١٩٢٥ .

٤- ندى خير الدين سعيد العبيدي ، الدفوع الاجرائية في الدعوى المدنية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جميع الموصل ، ٢٠١٤ .

٥- وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، بدون مكان نشر،١٩٧٨ .

٦- آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، جامعة الموصل ، ٢٠١١ .

٧- عباس العبودي ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي ، الموصل ٢٠٠٠ .

٨- وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، الاسكندرية ، بدون نشر سنة ، مصر.

٩- احمد مسلم ، اصول المرافعات ، الاسكندرية ، ١٩٧١ .

١٠-امينة النمر ، اصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، ١٩٨٨ .

١١-ضياء شيت خطاب ، الوجيز شرح قانون المرافعات المدنية ، بغداد ، ١٩٧٣ .

١٢-علي عوذ حسن ، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية ، الاسكندرية ، ١٩٩٦.

١٣- فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، د ، ط ، مصر ، ١٩٨٠ .

ثانيا: البحوث القانونية:-

١- قاسم رضا علو ، الدفوع الشكلية ، بحث مقدم الى وزارة العدل ، ١٩٨٧ .

٢- ايمن احمد رمضان ، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات ، رسالة ماجستير ، جامعة الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٣ .

٣- رامداني سهام / سعدي سعاد ، الدفوع الشكلية على ضوء الاجراءات المدنية والادارية ، رسالة ماجستير ، جامعة بجاية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٣ .

ثالثا: المجلات :-

١- علي حيدر ، شرح مجلة الاحكام ، بيروت ، ٢٠١٠ .

٢- نجلاء توفيق فليح ، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٥ .

٣- فارس علي عمر الجرجري ، الدفع بعدم القبول ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٨ .

رابعا: المواد القانونية والقرارات القضائية:-

١- المادة (٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٢- المادة (٥٢) من اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ .

٣- المواد (٧٣-٧٤-٧٨-٧٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

٤- المادة (٧٣) اجراءات الفرنسي .

٥- قرار محكمة التمييز ، هيئة الاحوال الشخصية ، رقم ٥٩٦٩ ، ٢٠٠٢ .

٦- المادة (٧٣) من قانون المرافعات العراقي النافذ .