الجزاء الإجرائي المرتد

((دراسة مقارنة))

أ.م.د . يلسر بلسم ذنون
كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص

الجزاء الإجرائي من الدراسات القانونية الحيوية ، لسببين : أولهما أن
هة تنطوي على جانب فلسفي وثانيهما ان تنطوي على جانب عملي ، إذ
تقوم فكرة الجزاء الإجرائي على أساس مخالفة العمل الإجرائي للنموذج المحدد في
القاعدة القانونية الإجرائية ، وهذه المخالفة تستدعي إيقاع إحدى الجزاءات
الإجرائية والتي منها البطلان أو السقوط أو الانعدام أو عدم القبول أو غيها وذلك
بحسب الأحوال ، أيا منً هذه الجزاءات يؤدي إلى عدم إنتاج العمل الإجرائي
المخالف للنموذج المحدد في المقارنة القانونية الإجرائية لأثارهِ وإذا كانت
الخصومة المدنية (الأعمال الإجرائية) تشكل محلا للجزاءً الإجرائي بصورة
عامة ، فإن هذه الة تهدف بالدرجة الأساس إلى بحث تحديد الأثر الذي
يباشره الجزاء على الأعمال الإجرائية غير المعيبة والتي يفترض أن تكون بمنأى
عن الجزاء الإجرائي وهذه الأعمال قد تكون سابقة على العمل الإجرائي الذي
شابه العيب وقد تكون لاحقة عليه

Abstract

Criminal procedural legal studies vital for two reasons: first, that the study involves the philosophical and the second to involve a practical aspect, since the idea of the penalty motion on the basis of violation of procedural work of the model specified in the rule of legal procedure, and the offense calls for the rhythm of a sanctions procedure and which ones invalidity or fall, or lack or non-acceptance or other, depending on circumstances, none of these sanctions will not produce procedural work contrary to the model specified in the comparison of legal procedural effects and if the litigation of civil (procedural work) are subject to a penalty motion in general, this study aims mainly to discuss the setting of the impact on the business carried on Criminal Procedure is defective, which is supposed to be free from the penalty procedural and this business may be on the previous work that the procedural defect may be similar to it later

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين وبعد :

أولا : مدخل تعريفي بموضوع البحث :

إن القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك اجتماعية تنظم الروابط ما بين الأفراد في المجتمع وتكون مقترنة بجزاء ، والجزاء يعتبر مصدر الإلزام الذي يجب ان تحتويه القاعدة القانونية ، إذ ان معيار فعالية القاعدة القانونية يقاس ار الجزاء الوارد فيها أي بمقدار فعاليته فيها ، وهذا الأمر يصدق على القواعد الموضوعية والإجرائية على حد سواء ، إذ تخلف عنصر الجزاء في القاعدة لونية – سواء كانت موضوعية أو إجرائية – يجعل منها قاعدة توجيهية ولا ترقى إلى وصف القاعدة القانونية [1] .

من هذا المنطلق تعدد دراسات موضوع الجزاء الإجرائي من الدراسات القانونية الحيوية وذلك لسببين : أولهما ان هذه الدراسة تنطوي على جانب فلسفي وثانيهما ان تنطوي على جانب عملي ، إذ تقوم فكرة الجزاء الإجرائي على أساس مخالفة العمل الإجرائي ىدد في القاعدة القانونية الإجرائية ، وهذه المخالفة تستدعي إيقاع إحدى الجزاءات الإجرائية والتي منها البطلان أو السقوط أو الانعدام أو عدم القبول أو غيرها وذلك بحسب الأحوال ، أياً من هذه الجزاءات يؤدي إلى عدم إنتاج العمل الإجرائي المخالف للنموذج المحدد في المقارنة القانونية الإجرائية لأثارهِ وإذا كانت الخصومة المدنية (الأعمال الإجرائية) تشكل محلا للجزاء الإجرائي بصورة عامة ، فإن هذه الدراسة تهدف بالدرجة الأساس إلى بحث تحديد الأثر الذي يباشره الجزاء على الأعمال الإجرائية غير المعيبة والتي يفترض أن تكون بمنأىزاء الإجرائي وهذه الأعمال قد تكون سابقة على العمل الإجرائي الذي شابه العيب وقد تكون لاحقة عليه .

([1]) د . شمس الدين الوكيل ، الموجز لدراسة القانون ، ط١ ، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٥ ، ص ١٣-٢٠ ؛ د . منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، ط٢ ، ١٩٧٠ ، بلا مكان نشر ، ص ٣٠ .

ثانيا : تساؤلات البحث :

أن هذه الدراسة تثير العديد من الدراسات ، ومن هذه التساؤلات ما يأتي : ما هو التأثير الذي يتركه الجزاء الإجرائي على الأعمال السابقة واللاحقة على العمل الإجرائي المعيب الذي وقع عليه الجزاء ؟ ومن ناحية أخرى فإن القاعدة العامة في قانون المرافعات المدنية هي قاعدة نسبية العمل الإجرائي ، ومقتضى مبدأ النسبية هو أن العمل الإجرائي لا يفيد إلا من اتخذه ولا يضر ، وهذا المبدأ ينطبق على كافة الأعمال الإجرائية بما في ذلك الطعن ، فيا ترى هل يخضع الجزاء الإجرائي إلى مبدأ النسبية ؟ أضف إلى ما تقدم ان الخصومة باعتبارها كتلة من الإجراءات القضائية تبدأ بالمطالبة القضائية وتنتهي بالحكم الصادر في موضوع الدعوى هي محل الجزاء الإجرائي ، فهل يقتصر أثر الجزاء على العمل الإجرائي المعيب لوحده وفقا لمبدأ النسبية أم أنه يمكن أن يتعداه إلى غيره من الأعمال الإجرائية غير المعيبة خلافاً لمقتضى مبدأ النسبية ؟ وأن صح أثر الجزاء الإجرائي في العمل المعيب إلى غيره من الأعمال الإجرائية غير المعيبة ، فما هو معيار هذا الامتداد ؟ هل يبرر ذلك على أساس أن الخصومة كتلة من الإجراءات القضائية ؟ أم يتعين البحث عن معيار محدد ؟ وأخيرا ثمة تساؤل مهم يطرح نفسه في هذا المجال ، ان صح القول بفكرة ارتداد أثر الجزاء الإجرائي ، فهل يكون الارتداد باتجاه العمال الإجرائية اللاحقة للعمل الإجرائي المعيب وفق تطبيقاً للقاعدة القاضية بأن ما بني على باطل فهو باطل أم يصح أن يكون الارتداد إلى عمل إجرائي سابق على العمل الإجرائي المعيب اللاحق ؟

ثالثا : منهجية البحث :

اعتمدت الدراسة في موضوع البحث هذا على المنهج المقارن ، وقد بدت المقارنة ما بين قانون المرافعات المدنية العراقي وقانون الإجراءات المدنية المصري ، فضلا عن المنهج التحليلي والذي يقوم على أساس تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية وترجيح الأفضل من بينها بما يخدم موضوع البحث ولا يغفل الباحث الأخذ بالمنهج التطبيقي والذي تمثل بالأحكام القضائية وذلك في حدود ما هو متاح من أحكام القضاء العراقي والمصري .

رابعا : خطة البحث :

قسم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث ، مبحث تمهيدي تناولنا فيه التعريف بالجزاء الإجرائي ، فقسمناه إلى مطلبين ، تناولنا في المطلب الأول ، تعريف الجزاء الإجرائي ، حين تناولنا في المطلب الثاني ، خصائص الجزاء الإجرائي .

وتناولنا في المبحث الأول ، محل الجزاء الإجرائي ، فقسمناه إلى ثلاثة كان المطلب الأول في تعريف الخصومة ، في حين تناولنا في المطلب الثاني ، الطبيعة القانونية للخصومة ، بينما تناولنا في المطلب الثالث ، تمييز الخصومة عما يشتبه بها .

أما المبحث الثاني ، فقد خصصناه لبيان تأثير الجزاء الإجرائي على العمل الإجرائي المعيب ، فتناولنا في المطلب الأول ، مبدأ نسبية أثر الجزاء الإجرائي ، بينما خصصنا المطلب الثاني لبيان امتداد أثر الجزاء الإجرائي ، أما المطلب الثالث ، فقد خصصناه لبيان ارتداد اثر الجزاء الإجرائي ، فضلا من خاتمة المبحث والتي تضمنت أهم النتائج والتوصيات .

مبحث تمهيدي

أن قانون المرافعات المدنية يوصف بأنه قانون جزائي ، فهو قانون لا يهدف إلى تقرير الحقوق كالقانون الموضوعي ، وإنما هو إجرائي يرسم الطرق الواجب أتباعها لترتيب الجزاء الذي قدرته القوانين الموضعية [1] ، ويفرض جزاء إجرائي على مخالفة هذا الطريق أو الشكل ، فهو يهدف بذلك إلى احترام قواعد قانون المرافعات المدنية ، لذا سنتناول في هذا المبحث دراسة التعريف بالجزاء الإجرائي في مطلبين ، الأول نخصصه لبيان تعريف الجزاء الإجرائي ، والثاني نبحث فيه عن خصائص الجزاء الإجرائي .

المطلب الأول

تعريف الجزاء الإجرائي

سنتناول المطلب بيان المقصود بالجزاء الإجرائي لغة ثم اصطلاحا كالآتي:

أولا : تعريف الجزاء الإجرائي لغة :

إن مصطلح (الجزاء الإجرائي) هو مصطلح مركب من كلمتين (الجزاء) و (الإجرائي) لذا سنبين المقصود بكل مفرده على حده للوصول إلى التعريف اللغوي الإجمالي

فالمقصود بالجزاء لغة : المكافأة على الشيء ، ويقال جزاه به وعليه جزاء وجازاه مجازاة وجز ، وقول ؟؟ : من يفعل الخير لا يعدم جوازيه والجزاء اسم للمصدر كالعافية ، أبو هيثم الجزاء يكّون ثوابا ويكون عقاباً [2] .

وجزى عنه هذا أي قض [1] ، ويقال : أجزى عنه مجزى فلانا ومجزاته ،

([1]) د . نشأة عبد الرحمن الاخرس ، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م ، ص ٢٦ .

([2]) ابن منظور ، لسان الرب ، ج١ ، ط٤ ، دار صادر ، بيروت – لبنان ، بلا سنة طبع : ص ١٤٣ .

(جازاه) أثابهُ

(اجتزاه) : طلب منه الجزاء

(تجازى) الدين : تقاضاه فهو متجازٍ

والجازية : الثواب ٠ والعقاب [٢]

وجاء في قوله تعالى (وَلَمَّا بَلَغَ أَشُدَّهُ آتَيْنَاهُ حُكما وَعِلما وكذلكَ نجْزِي المُحْسِنِينَ E [٣]

(أي ومثل ذلك الجزاء العجيب نجزي المحسنين فكل من أحسن في عمله أحسن الله جزاءه وجعل عاقبة الخير من جملة ما به وهذا عام يدخل تحته جزاء يوسف على صبره الحسن) [٤] .

كما جاء في قوله تعالى (وَخلق اللهُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ بِالحَق وَلِتجْزَى كل نفس بِمَا كسَبَت وَهُمْ لا يُظلمُونَ E [٥] .

ليدل سبحانه بها على قدرته أو ليعدل ، أي ليجزي كل بالذي كسبته أو بكسبها وهم أي النفوس المدلول عليها بكل نفس لا يظلمون [٦] .

وما أخرج البخاري في صحيحه ء البراء (τ) قال قال النبي (ρ) ((**أن أول ما نبدأ به في يومنا هذا ان نصلي ثم نرجع فننحر من فعله فقد أصاب سنتنا ومن ذبح قبل فإنما هجم قدمه لأهله ليس من النسك في شيء فقام أبو بردة**

---

(١) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح حقيق محمود خاطر ، ج١ ، طبعة جديدة ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م ، ص ٤٤ .

(٢) ابراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، ج١ ، مطبعة مصر ، ؟؟ - ١٩٦٠م ، ص١٢٢ .

(٣) سورة يوسف : الآية / ٢٢ .

(٤) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، فتح القدير بينرواية والدراية من علم التفسير ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٤ .

(٥) سورة الجاثية : الآية / ٢٢ .

(٦) العلامة أبي الفضل شهاب الدين سيد محمود الالوسي البغدادي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، ج٢٥ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٥١ .

بن نيار وقد ذبح فقال أنا عندي جذعة فقال أذبحها ولن تجزي عن احد بعدك))

قال مطرف عن عامر عن البراءال النبي (ρ) ((**من ذبح بعد الصلاة تم نكسه وأصاب سنة المسلمين**)) [1] .

وجاء في شرح هذا الحديث أنه من نسك قبل الاة فلا نسك له أي من ذبح قبل الصلاة فلا ذبح له أي لا يقع عن الأضحية [2] .

ومن خلال ما تقدم نرى ان المقصود بالجزاء هو العقوبة لأنه الأقرب إلى المراد هنا ، باعتبار ان الجزاء هو العقوبة التي تفرض على مخالفة العمل الإجرائي للقاعدة الإجرائية ، فبعقوبة هنا ذات طابع موضوعي وليس شخصي كما هو الأمر في قانون العقوبات ، إذ تفرض هذه العقوبة على العمل الإجرائي المعيب .

أما كلمة (الإجرائي) لغة :- فهي مصدر للفعل جرا فيقال : جرا واجرى اجراء[3]

كما تأتي كلمة إجراء بمعنى السير والحركة ، فقد جاء في قوله تعالى (وَالشَّمْسُ تَجْرِي لِمُسْتَقَرٍّ لَهَا **الْعَزِيزِ الْعَلِيمِ**) [4] وجاء في تفسير **(وَالشَمْسُ تجْرِي لِمُسْتقرٍّ لهَا)** لحد معين ينتهي فيه دورها فشبه بمستقر المسافر إذا قطع مسيرة أو لكبد السماء فإن حركتها فيه يوجد فيها بطء بحيث يظن ان هناك وقفة قال (**وَالشمْسُ تجْرِي لِمُسْتقرٍّ لهَا**E [5] .

([1]) محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجعفي ، الجامع الصحيح المختصر ، تحقيق : د . مصطفى ديب البغا ، ج٥ ، دار ابن كثير ، اليمامة – بيروت ، ١٤٠٧ – ١٩٨٧م ، ص ٢١٩٠ .

([2]) احمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي ، فتحي شرح صحيح البخاري ، تحقيق : محب الدين الخطيب ، ج١٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، ص ٤ .

([3]) لويس معلوف ، المنجد والآداب والعلوم، ط١١،المطبعة الكاثولكية، بيروت، ١٩٠٨ ، ص ٨٨ .

([4]) سورة يس : الآية ٣٨ .

([5]) البيضاو تفسير البيضاوي ، ج٤ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سن طبع ، ص ٤٣٣ .

كما تأتي كلمة (إجراء) بمعنى الجـــري ، كما جاء في قوله تعـالى (**تِلْـكَ حُدُودُ اللهِ وَمَن يُطِـعِ اللهَ وَرَسُـولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَاتٍ تجْرِيَ مِن تحْتِهَـا الْأنهَـارُ خالِدِينَ فِيهَا وَذلِكَ الفوْزُ العَظِيمُ** E [1] .

وجاء في تفسير **(تجْرِيَ مِن تحْتِهَا)** أي من تحت أشجارها وأبنيتها وقد مر الكلام في ذلك الأنهار [2] .

والإجراء : التدبير والمعاملة ، دائرة اء في لغة المحاكم : هي دائرة التنفيـذ إليها حق تنفيذ الأحكام الصالحة للتنفيذ ، بناء على طلب صـاحب العلاقـة وبعد إبرازه استدعاء يوقعه هو أو وكيله المحامي ، وإبرازه صورة رسـمية مـن الحكم المطلوب تنفيذه [3] .

وما رواه أبو داود في سننه عن مطرف قال قال أبي انطلقت في وفد بني عامر إلى رسول الله (ρ) فقلنا أنت سيدنا فقال السيد الله تبارك وتعالى قلنـا وأفضـلنا فضلا وأعظمنا طولا فقال قولوا بقولكم أو بعض قولكم ولايستجيرنكم الشيطان [4].

وجاء في شرح (لايستجيرنكم الشيطان) أي لا يتخذنكم جريا بفتحً الجيم وكسر الراء وتشديد التحتية أي كثير الجري في طريقه ومتابعة خطواته [5] .

وان كلمة الإجرائي في اللغة تطلق على كل ما يتعلق بالشكل ، وهذا الشكل قد يعني الوسيلة أو مجموعة الوسائل القانونية التي يقررها القانون لحمايـة الحقـوق الموضوعية ، وقد يعني مجموعة الإجراءات التي تتبع أمام المحاكم.

([1]) سورة النساء : الآية ١٣ .

([2]) العلامة ابي الفضل شهاب الدين السيد محمود الالوسي البغدادي ، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، ج٤ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٢٣٣ .

([3]) ران مسعود ، الرائد ، ط٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ٣٨ .

([4]) ابو داود السجستاني الازدي ، سنن أبي داود ، محمد محي الدين عبد الحميد ج٤ ، دار الفكر ، بلا سنة طبع ، ص ٢٥٤ .

([5]) محمد شمس الحق العظيم ابادي ، عون المعبود شرح سنن أبي داود ، ج١٣ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، ص ١١١ .

ومن خلال ما تقدم نخلص القول بأن المقصود بالجزاء الإجرائي في إطار المعنى اللغوي هو العقوبة المترتبة على مخالفة الشكل الذي فرضه القانون .

ثانيا : تعريف الجزاء الإجرائي اصطلاحا :

من الملاحظ ان القانون لم يعرف الجزاء الإجرائي [1] ، وإنما ترك تحديد الجزاء للفقه ، ولقد تعددت التعريفات التي تناولت الجزاء الإجرائي ، فقد عرف الجزاء الإجرائي بأنه (هو عدم صلاحية العمل الإجرائي لتوليد الآثار التي يمكن له تولد كان خالياً من العيب – أي لو لم تحصل المخالفة – أما الوصف الذي يلحق بالعمل فهو تكييف قانوني لهذا العمل ، ينتج عنه وبشكل مباشر أثر إجرائي ، هذا الأثر هو عدم أنتاج العمل الإجرائي للآثار التي يمكن له توليدها لو أتخذ بشكل صحيح) [2] .

يلاحظ التعريف استخدامه عبارة (عدم صلاحية العمل الإجرائي لتوليد الآثار التي يمكن له توليدها لو كانً خاليا من العيب)

وان مثل هذا الاستخدام غير صحيح ، فهل كل مخالفة تقع في الإجراء لنموذجه القانوني تجعله عاجز عن إنتاج أثره ؟ وهل يتفق ذلك مع السياسة التشريعية ؟

للإجابة على ذلك نقول هناك ارتباط بين العمل الإجرائي وبين تحقق الغاية من الإجراء ، مثال ذلك التبليغ القضائي فهو كإجراء يهدف إلى تحقيق غاية معينة هي تمكين شخص ما من العلم بأمر معين ، وقد تتحقق هذه الغاية ومع ذلك يكون الإعلان باًطلا ، وان نجاح أي تشريع بهذا الخصوص يتوقف على مدى موائمته بين الشكل والمضمون ، فيجب ان لا يغلب الشكل على المضمون بحيث يؤدي إلى ضياع الحقوق .

([1]) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، كما ينظر : قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨.

([2]) د . أيمن احمد رمضان ، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات ، دار الجامعة الجديد للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥م ، ص ١٤٢ .

كما عرف الجزاء الإجرائي بأنه (هو عبارة عن تكييف قانوني للعمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع مفترض القاعدة القانونية الإجرائية) [١] .

ولقد انتقد يف لاستخدامه تعبير (تكييف) والذي يوحي بأننا أمام مسألة غامضة أو مبهمة ومن ثم قمنا بتكييفها للخروج من هذا الغموض ، وهذا لا يتلائم مع مصطلح الجزاء الإجرائي الذي يتسم بالوضوح والشمولية .

كما عرف الجزاء الإجرائي بأنه (الأثر الذي يرتبه قانون المرافعات في مواجهة الخصم المسؤول عن مخالفة قواعده) [٢].

يلاحظ على هذا التعريف انه قصر أثر الجزاء الإجرائي على الخصم المخالف وذلك بقوله (في مواجهة الخصم المسؤول) في حين ان مخالفة العمل الإجرائي للنموذج القانوني الذي تحدده القاعدة الإجرائية قد يقع من قبل القضاء ، مثال ذلك صدور الحكم دون التوقيع عليه ، كما تقع من قبل المخالفة من قبل المعاون القضائي أو المبلغ وبعضها قد يقع من قبل وكلاءوم أو من قبل الغير كما في الشهادة والخبرة حيث ان إجراءات التقاضي في قانون المرافعات متنوعة ويقوم بها أشخاص عديدون ، وان حصر أثر الجزاء الإجرائي في مواجهة الخصم هو قول غير دقيق .

في حين عرف جانبالجزاء الإجرائي بأنه (هو وصف للعمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذجه ، أما لعدم اتخاذه أصلًا أو لاتخاذه بشكل معيب) .

وهذا الجزاء الإجرائي يوجد كامنا في القاعدة الإجرائية ، وهو يشكل الوصف السلبي لثر هذه القاعدة ، أما الوصف الايجابي لها فهو صحتها أو مطابقتها مع نموذجها القانوني وبالتالي صلاحيتها لتوليد أثارها المة في القانون .

حيث ان فعالية القاعدة القانونية تقاس بمدى إمكانية إنزال الجزاء عند مخالفة العمل الإجرائي للأمر الذي تتضمنه هذه القاعدة إذ ان تحديد إجراءات ومواعيد في قانون المرافعات المدنية لا تتحقق الغاية منها ما لم تستند على جزاءات تضمن

---

(١) د . نبيل إسماعيل عمر ، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع ن ص ٤٦ .

(٢) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

احترامها إذا ما تمت مخالفتها ، ومن هنا تظهر أهمية الجزاء الإجرائي ، إلا أنه لا بد من الإشارة إلى انه يجب ان يغلب الشكل على المضمون بحيث يؤدي إلى ضياع الحقوق ولا نضيق الشكل بحيث تصبح العبرة بالمضمون مع إهدار الشكل ، وان نجاح أي تشريع بهذا الخصوص يتوقف على مدى موائمته بين الشكل والمضمون [1] .

ان المشرع العراقي كان موفقا في عدم إيراد تعريف للجزاء الإجرائي فهو دون شك توجه سليم إذ ان إيراد أي تعريف ينبغي ان يكون مانعاً جامعاً ، الأمر الذي لا يتصور تحقيقه نظًرا للتطور الذي هو سنة الحياة ، وهذا هو موقف المشرع المصري كذلك .

المطلب الثاني

خصائص الجزاء الإجرائي

بعد ان بينا المقصود بالجزاء الإجرائي سنقوم ببيان أهم الخصائص التي تميز بها الجزاء الإجرائي وهي كالآتي :

أولا : الجًزاء الإجرائي موضوعي :

يقصد بهذه الخاصية ان الجزاءات الإجرائية على اختلاف صورها وأنواعها ذات أثر موضوعي تفرض على العمل الإجرائي الذي خالف القاعدة الإجرائية [2] .

إذ أن العائي هو جزء من الخصومة [3] والتي تعتبر مركز قانوني إجرائي يتكون من مجموعة من الإجراءات القضائية التي تهدف إلى حسم النزاع

([1]) سوزان محمد شحادة ا، العيب الجوهري وأثره في بطلان الإجراءات القضائية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ، ٢٠٠٩ : ص١ .

([2]) وعدي سليمان علي المزوري ، الجزاءات الإجرائية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥ .

([3]) د . أدهم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٨٨م ، ص ١٣٠ .

وإنزال حكم القانون عليه ، ولتحقيق هذا الهدف يضع المشرع مجموعة من الجزاءات الإجرائية ، ويحدد لكل جزاء محلاً يرد عليه ، فأبطال عريضة الدعوى المدنية جزاء محلهُ الخصومة ككل بوصفها مجموعة من الإجراءات [١] .

كما أنه لابد من الإشارة إلى ان محل العمل الإجرائي له معنيان

الأول : هو ما يرد عليه العمل الإجرائي ويكون الم مفترضاً لصحة العمل كتقديم الخصم طلبات ودفوع أوامر القاضي بتقديم مستندات أو إحضار الشاهد .

أما المعنى الثاني : فيقصد به موضوع العمل الإجرائي الذي يتضمنه هذا العمل ويُعد المحل عنصرا من عناصر العمل وفي كلا المعنيين يشترط أن يكون موجوداً أو معنيا وقابلا لأن يكون محل لعمل إجرائي صحيح ومشروع [٢] ، وعليه فأن ميزة الجزاءات الإجرائية أنها تفرض على العمل الإجرائي المخالف للقواعد التي تنظمه وهذا ما يميزها عن الجزاءات الجنائية أو المدنية إذ أن الأخيرة تفرض أما على الشخص الذي تسبب في المخالفة أو على ذمته المالية حسب الأحوال [٣] .

ثانيا : الجزاء الإجرائي واسع الأهداف :

ان المشرع يقرر في سبيل حسن سير القضاء إجراءات ومواعيد محددة يجب على الخصوم كما يجب على القضاة مراعاتها ، فإنه من البديهي ان يترتب على مخالفة تلك الإجراءات والمواعيد جزاءات معينة ليضمن احترامها ولبظم أداء العدالة على النحو الذي قدره المشرع في المواعيد المحددة أو المقدرة لها [٤] .

([١]) آدم جياد نايف الدليمي ، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرئية (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١١م ، ص ٢٤ .

([٢]) سوزان محمد شحاذة العرموطي ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

([٣]) وعدي سليمان علي المزوري ، مصدر سابق ، ص ١٥ .

([٤]) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

فالقانون الإجرائي هو قانون حركة النشاط القضائي ونطاق مباشرته ويتمثل بكونه قانون الإنفاذ القضائي للقانون الموضوعي [1] .

لذا تتميز الجزاءات بأنها غ قصد من النصوص التي تتناول بالتنظيم هذه الجزاءات تحقيق غايات وأهداف معينة والمقصود بالشمولية هنا هي الشمولية من حيث الأهداف وليس الشمولية في التطبيق ، إذ تعد الجزاءات الإجرائية بأنها ذات أهداف أوسع من أهداف جزاءات القانون الموضوعي والمتمثلة بالتعويض لأحد الخصوم على الخصم الآخر ، لذلك فأن الجزاء الإجرائي ذو مضمون وأهداف أكبر .

ثالثا : الجزاء الإجرائي نسبي في أثره :

ان القواعد الإجرائية تنظم الأعمال الإجرائية التي تصدر عن الشخص الإجرائي وتتمدد الجزاءات الإجرائية التي يمكن ان تفرض على هذه الأعمال عند مخالفتها لها ، لذا فأن هذه الجزاءات تقع على سلوك الأشخاص الذين تتوجه القاعدة الإجرائية بخطابها إليهم [2] .

إذ لا يستفيد من الإجراء إلا من أتخذه ولا يضار منه إلا من أتخذ في مواجهته هذا ما جسدته المادة (١٧٦ / ١) من قانون المرافعات المدنية إذ نصت على ما يأتي:

(لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه) [3]

وينعكس مبدأ نسبية العمل الإجرائي على فكرة الجزاء الإجرائي ويهيمن على أثرها الذي تباشره في الأعمال الإجرائية ، ويتجلى ذلك الانعكاس في ان الجزاء نسبي في أثره [1] .

---

(١) د . منصور حاتم محسن و د . هادي حسين الكعبي ، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز (دراسة مقارنة) ، بلا نشر ، بابل ، بلا سنة طبع ، ص ٥ .

(٢) وعدي سليمان على المزوري ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(٣) الفقرة الأولى من المادة ١٧٦٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ .

المبحث الأول

محل الجزاء الإجرائي

بعد ان انتهينا من بيان المقصود بالجزاء والخصائص التي تميز بهـا هـذا الجزاء ، صار لا بد من بيان المحل الذي يرد عليـه هـذا الجـزاء ، والمتمثـل بالخصومة لذا ينبغي الوقوف على التعريف بالخصومة في مطلب أول ، والطبيعة القانونية للخصومة في مط ، وتميز الخصومة عما يشتبه بها في مطلـب ثالث .

المطلب الأول

التعريف بالخصومة

سنتناول في هذا المطلب بيان المقصود بالخصومة لغة ثـم بيـان المقصـود بالخصومة اصطلاحا كالآتي :

أولا : تعريف الخصومة لغة :

يقصد بالخصومة لغة : الجدل ، خاصمه خصاما ومخاصمه فخصمه يخصـمه خصما ، غلبه بالحجة ، والخصومة الاسم من التخاصم والاختصام ، والخصـم : معروف ، واختصم الاصموا ، وخصمك : الـذي يخاصـمك ، وجمعـه خصوم ، وقد يكون الخصم للاثنين والجمع والمؤنث [٢]

والخصومة مصدر خصم ، النزاع ، والخصم المخاصم والمجادل [٣] .

وقد جاء في قوله تعالى (وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُوا الْمِحْرَابَ E [٤]

---

(١) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ وما بعدها ، وسيأتي تناول هذا الموضوع بشكل مفصل في المبحث الثاني .

(٢) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، لسان العرب ، ج١٢ ، ط١ ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ١٨٠ .

(٣) جبران مسعود ، معم الرائد ، ط٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ٣٨ .

(٤) سورة ص : الآية : ٢١ .

لا خلاف بين أهل التفسير أن المراد بالخصم هنا الملكان والخصم مصدر يقع على الواحد والاثنين والجماعة [1] .

كما جاء في قوله تعالى (**هَذانِ خصْمَانِ اختصَمُوا فِي رَبِّهِمْ** E [2]

وقد جاء في تفسير (**هَذانِ خصْمَانِ**) أي المؤمنين خصم والكفار الخمسة خصم وهو يطلق على الواحد والجماعة [3] .

وما رواه البخاري في سننه أنه ، حدثني بن مرحوم حدثنا يحيا بن سليم عن إسماعيل بن أميه عن سعيد بن أبي سعيد عن أبي هيرة (τ) عن النبي (ρ) قال : ((**الله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حر فأكل ثمنه ورجل أستأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعط أجرهُ**)) [4] .

وجاء في شرح هذا الحديث ان الله سبحانه وتعالى خصم لجميع الظالمين إلا انه أراد التشديد على هؤلاء بالتصريح والخصم يطلق على الواحِ على الاثنين وعلى الأكثر من ذلك [5] .

وقال الأخطل يذكر سحابا :

إذا طعنت فيه الجنوب تحاملت يه الجنوب تحاملت بأعجاز جدارٍ تداعى خضومها

أي تجاوب جوانبها بالرعد [1] .

([1]) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، فتح القدير بين الرواية والدراية من علم التفسير ، ج٤ ، دار الفكر ، بلا سنة طبع ، ص ٤٢٥ .

([2]) سورة الحج : الآية ١٩ .

([3]) محمد بن احمد وآخرون ، تفسير الجلالين ، ج١ ، ط١ ، دار الحديث ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص ٤٣٥ .

([4]) محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجعفي ، الجامع الصحيح المختصر ، مصدر سابق ، ج٢ ، ص ٧٧٦ .

([5]) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير ، ج٤ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٤٢٥ .

ونرى ان المقصود بالخصومة لغة هي الجدل لأن كل خصم يجادل بكل ما يتعلق آخر ، وهذا يتفق مع ان الخصومة لا تبدأ إلا عند طلب الخصم من المحكمة استدعاء خصمه ليجادله في حقه ويغلبه في حجته ، فقد جاء في قوله تعالى (خلق الإنسان من نطفة فإذا هو خصيم مبين) [٢] .

فقد جاء في شرح (**فإذا هو خصيم مبين**) منطيق ومجادل [٣]

ثانيا : تعريف الخصومة اصطلاحاً :

من الملاحظ ان قانون المرافعات العراقي وكذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لم يتناولا تعريف الخصومة وإنما تركا تحديد مفهوم الخصومة للفقه [٤]

وقد تعددت التعريفات التي تناولت الخصومة ، فقد عرفت الخصومة بأنها (علاقة قانونية تقوم بين شخصين مشتبكين في قضية ، فهي المركز القانوني الناشئ من مطالبة قضائية ، والمتضمن بالنسبة للخصوم علاقة قانونية معينة) [٥]

يلاحظ على هذا التعريف بأنه عرف الخصومة بأنها علاقة قانونية تقوم بين شخصين في حين ان العلانية قد تقوم بين شخصين أو أكثر فكان من الأفضل ان يعرف الخصومة بأنها علاقة قانونية بين شخصين أو أكثر .

كما يلاحظ على هذا التعريف أنه ينظر إلى الخصومة من زاوية واحدة وهي شكل الخصومة دون أن يحدد مضمون الخصومة ذاتها والتي هي مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة

---

(١) ابو منصور محمد بن احمد الأزهري ، تهذيب اللغة ، تحقيق : محمد عوض مرعب ، ج٧ ، ط١ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص ٧٢ .

(٢) سورة النحل : الآية ٤ .

(٣) البيضاوي ، تفسير بضاوي ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص ٣٨٦ .

(٤) قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ، كما ينظر : قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .

(٥) د . أحمد مسلم ، التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة ، بلا دار نشر ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٨ ، ص ١ .

كما عرفت الخصومة بأنها (مجموعة الأعمال المرتبطة بغرض تطبيق إرادة القانون في حالة معينة – بالنسبة إلى مال يدعي حماية القانون له – بواسطة أعضاء من القضاء العادي) [1].

يلاحهذا التعريف أنه ذكر عبارة (بالنسبة إلى مال يدعي حماية القانون له فكان من الأفضل ان يذكر عبارة (بالنسبة إلى مال أو حق يدعى حماية القانون له) .

كما يسجل على هذا التعريف استخدام عبارة (في حالة معينة) في حين ان استخدام كلمة قضية معينة يكون أقرب إلى المعنى القانوني ، أما كلمة (حالة) معينة يكون أقرب إلى المصطلحات الطبية أكثر منه إلى المصحات القانونية .

وعرفت الخصومة بأنها (وسيلة للتعبير عن عرض النزاع على القضاء) [2] .

وأنتقد هذا التعريه استعمل تعبير (وسيلة عرض النزاع) استعمالا مطلقا ، وهذه الوسيلة على أطلاقها تشمل جميع الإجراءات القضائية ولا تقتصر على الإجراءات اللازمة للصدور الحكم .

كما ان استخدام مصطلح النزاع في التعريف جاء في غير محله ، ذلك ان التنازع واختلاف وجهات النظر بين الخصوم يسمى قبل عرضه على القضاء نزاعاً ، ويسمى منازعة بعد عرضه على القضاء ، وبعبارة أخرى فان النزاع حقيقة سابقة على الخصومة ، يتم حله دون أية خصومة فهو ظاهرة غير قضائية ، أما المنازعة فهي ظاهرة ترتبط بالخصومة ، فالخصومة تفترض وجود منازعة، أما النزاع فقد يستمر حتى بعد صدور الحكم في المنازعة [3].

([1]) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون رافعات ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٩ ، ص ٣٢ .

([2]) د . عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص ١٩٦ .

([3]) أجياد ثامر نايف الدليمي ، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية ، مصدر سابق ، ص ٣١ .

كما عرفت الخصومة بأنها (الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء) [1] .

يلاحظ على هذا التعريف انه ينظر إلى الخصومة من زاوية واحدة وهي وقت بدء الخصومة ، دون أن يتناول مضمون الخصومة والتي هي مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة التي ترمي إلى صدور حكم في قضية معينة .

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها (مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم والقاضي وأعوانه ، وفقا لنظام يرسمه قانون المرافعات ، وتبدأ بالمطالبة القضائية وتستمر إلى حين صدور الحكم في موضوعها ، وانقضائها بغير حكم في الموضوع) [2] .

ونحن وأن كنا نتفق مع هذا التعريف الأخير للخصومة ، وذلك لأنه تناول تعريف الخصومة من جميع عناصرها فلم يركز على زاوية معينة في الخصومة دون أخرى ، ولكن يلاحظ علىيف استخدم عبارة (وتستمر إلى حين صدور الحكم في موضوعها) وكان من الأفضل ان ينص على العبارة الآتية (وتستمر إلى حين صدرحكم بات في موضوعها) لأن الخصومة قد تفتح مرة أخرى في مرحلة الاستئناف عند نقض الحكم والفصل فيها إذا كانت قد تهيأت للفصل أو إعادتها إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للسير فيها وفقًا للنهج الذي بينته محكمة الاستئناف أو التمييز .

أما القانون العراقي والمصري فلم يتناولون تعريف الخصومة ، وهذا أمر جيد حيث ان التعريف هو من واجب الفقه وليس المشرع [3] .

([1]) د . فتحي والي ، الوسيط في القضاء المدني ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ : ص ٣٤٧ .

([2]) أ . أجياد ثامر نايف الدليمي ، إبطال عريلدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

([3]) قانون المرافعات اله العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، كما ينظر قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للخصومة

بالرغم من اتفاق الفقهاء على ان الخصومة هي وحدة قانونية متكاملة ولكنهم اختلفوا في تحديد طبيعة هذه الخصومة[1] .

فذهب رأي إلى القول بالطبيعة العقدية أو شبه العقخصومة ، في حين ذهب رأي أخر إلى القول بان الخصومة هي رابطة قانونية ، بينما ذهب رأي أخر إلى القول بان الخصومة هي عمل قانوني مركب أم الرأي الأخير فذهب إلى القول بان الخصومة هي شكل قانوني للعمل القضائي ، لذا سنبين هذه الآراء كالآتي :

أولا : الخصومة عقد أو شبهً عقد :

ثمة رأي قديم يرى المقصود بالخصومة هي عقد أو شبه عقد قضائي وتعود فكرة العقد القضائي إلى فكرة رومانية الأصل فحواها ان الخصوم حينما يلجئون إلى القضاء فأنهم يرتضون الخضوع لحكم القانون كما يرتضون تطبيق القانون على لة المحكمة وفقا لإجراءات التقاضًي التي بينها قانون المرافعات المدنية ، ويبرر القائلون بفكرة العقد القضائي رائيهم هذا بأنه يشترط للحكم بإبطال عريضة الدعوى بناء على طلب المدعي موافقة المدعى عليه [2] .

ولكن فكرة العقد القضائي قد تعرضت للنقد لأن المدعي إنما يلجأ إلى القضاء مرغما لأنه لا يستطيع اقتضاء حقه اختيارا لأنه لًو تمكن من ذلك ما لجأ إلى القضاء ، أما المدعى عليه فهو يتحمل الخصومة رضا أو لم يرضى ، أما سبب توقف الحكم بإبطال عريضة الدعوى على رضا المدعى عليه فتقدم على الرغبة في الفصل في النزاع حتى لا يبقى المدعى عليه مهددا برفًع دى جديدة عليه

([1]) د . فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص ٣٤٧ .

([2]) د . ياسر باسم و أجياد الدليمي ، بحوث ودراسات في القانون الخاص ، ج١ ، ط١ ، مكتبة الجيل العربي للنشر و التوزيع ، الموصل ، ص ١٦ .

والدليل على ذلك أنه حيث لا يكون لهذا الاعتبار وجود فأن الحكم بإبطال عريضة الدعوى بناء على طلب المدعي لا يتوقف على رضا المدعى عليه [1] .

ونحن نتفق مع أصحاب الرأي الأخير فيما ذهبوا إليه من ان هذه النظرية لا تصلح كأساس لتكييف د الخصومة القضائية لان ذلك يتعارض مع ما للقاضي من دور ايجابي في العمل القضائي ، حيث يمارس القاضي دوراً فعالا في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة وصولا إلى تحقيق العدل الناجز .

ثانيا : الخصومة رابطةً قانونية واحدة :

يرى أغلب الفقهاء – في كل من ألمانيا وايطاليا – الخصومة كرابطة قانونية واحدة ذات طبيعة إجرائية وهذه الفكرة ليست جديدة في الوسط الفقهي فقد عرفت منذ العصور الوسطى ، وظهرت هذه النظرية بعد هذا في كتابات بعض الفقهاء الألمان مثل Hollweg على انه ينسب للفقيه الألماني oskav Bulow فضل في إحيائها واتخاذها أساساً لتنظيم الخصومة وذلك في كتابه الشهير (Die Lehre von den prozessein) [2] .

وترى هذه النظرية ان المطالبة القضائية تنشى رابطة قانونية إجرائية بين الخصوم أو بينهم وبين الدولة أو القاضي ، وهي رابطة واحدة ولكنها مركبة لأنها تخولهم إجرائية وتفرض عليهم واجبات إجرائية متعددة وهي رابطة مستقلة عن الحق الموضوعي وحق الدعوى ولكن هذه النظرية لم تنجو من النقد فقد وجهت إليها انتقادات منها ، ان القول بأن الخصومة رابطة قانونية يترتب عليه نتيجة غير منطقية ولا يمكن التسليم بها ، وهي اعتبار الخصومة مجرد أثر للمطالبة القضائية في حين ان المطالبة القضائية هي عبارة عن إجراء من إجراءات الخصومة القضائية ، كما يلاحظ على هذه النظرية أنها تعرف المركز القانوني للخصوم وليس تعريف للخصومة نفسها ، كما يسجل على هذه النظرية أنها تستخدم وصف

---

(1) أ . أجياد ثامر نايف الدليمي ، إبطال عريضة الدعوى للإهمال بالواجبات الإجرائية ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

(2) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

الرابطة القانونية على هذا أمر لا يمكن التسليم به أيضا ذلك لأن فكرة الرابطة تقتضي ان يكون هناك تقابل بالالتزامات والحقوق [1] .

أي ان واجب القاضي في الفصل في الطلبات يقابله حق الخصوم في إثارة النزاع أو في الحصول على حكم فيه ، وإذا أردنا أن نسلم بوجود رابطة قانونية بين القاضي والخصوم فيجب أثبات ان التزام القاضي يقابله الحق في اقتضاء هذا الالتزام ، وهذا لا يمكن التسليم به لان القاضي يلتزم بالنظر في الطلبات المرفوعة إليه من قبل الدولة ، كما ان المطالبة القضائية ليست هي مصدر التزام القاضي فالقاضي يلتزم بنظر الطلب لأن وظيفته هذه ناشئة عن التزامه قبل الدولة ، فلا يمثل الطلب بالنسبة له إلا المادة اللازمة لممارسة وظيفته [2] .

ونحن نتفق مع أصحاب الرأي الأخير في ان هذه النظرية لا تصلح كأساس لتحديد طبيعة الخصومة القضائية ، حيث توجد أكثر من رابطة قانونية بين الخصوم أنفسهم وبين اللوم وهذا يتنافى مع وحدة الخصومة القضائية التي تنادي بها هذه النظرية .

كما ان الخصومة القضائية تختلف عن الرابطة القانونية من حيث سببها ، فسبب الخصومة هو المطالبة القضائية في حين ان سبب الرابطة القانونية هو احد مصادر الالتزام .

ثالثاً : الخصومة عمل قانوني مركب :

يوجد عمل قانوني مركب إذا كانت هناك نتيجة قانونية لا يمكن لعمل منفرد ان يرتبها وحده بل يجب ان يتضافر في سبيلها أكثر من عمل [3] .

بحيث يعتبر العمل السابق مفترضا للعمل الإجرائي اللاحق فالحكم لا يوجد وحده بغير أعمال الخصومة السابقة [1].

---

(1) د . وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٧٨م ، ص ١٣ .

(2) د . فتحي والي ، نظريات البطلان في قانون المرافعات ، مذكر سابق ، ص ٣٩ وما بعدها.

(3) د . فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩ .

إجراءات التقاضي في قانون المرافعات متنوعة ويقوم به أشخاص عديدون ، فيقوم ؟؟ موظفون عاملون مثل القاضي والمعاون القضائي والمبلغ وبعضها يقوم بها وكلائهم من المحامين وقد يقوم بها الغير كما في الشهادة والخبرة[٢] .

وتهدف هذه الأعمال المختلفة كلها إلى غاية واحدة هي صدور حكم يطبق القانون وهذه الوحدة التي تجمع الأعمال الإجرائية تؤدي إلى اعتبارها عمل قانوني مركب[٣] .

إلا ان هذه النظرية لم تنجو من النقد فقد تعرضت إلى عدة انتقادات يمكن إجمالها فيما يأتي :

١- الخصومة ليست عملا قانونيا مركبا بل مجموعة من الأعمال المختلفة والمتناقضة ، كما أن العمل ألتتابعي يقتضي التجانس وهذا غير موجود في أعمال الخصومة [٤] .

وهذا ما يميز العمل المركب عن العمل التتابعي إذ ان هذا العمل الأخير يتكون من عدة أعمال ، وليس من عمل واحد – تتابع زمنيا ومنطقيا للعمل الذي يليه [٥] .

٢- ان الخصومة لا ترتب بذاتها أثرًا قانونيًا ، فإذا انتهت الخصومة بحكم في الموضوع فأن النتائج التي تترتب بعدً ذلك إنما تعُد أثارا للحكم وليست أثارًا للخصومة ، أما إذا انقضت الخصومة بطريق آخر كالإبطال أو الصلح فلا يترتب عليها أي أثر .

---

(١) د . سيد احمد محمود ، أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٢٠ .

(٢) د . وجدي راغب ، مصدر سابق ، ص ١٤ .

(٣) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات مصدر سابق ، ص ٤٧ .

(٤) د . وجدي راغب ، مصدر سابق ، ص ١٥ .

(٥) د . سيد احمد محمود ، مصدر سابق ، ص ٤٢٠ .

٣- الخصومة بوصفها وحدة واحدة لا تكورحيحة أو باطلة ، وإنما ترد حالة الصحة والبطلان على الإجراء القضائي ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الخصومة كلها ، إنما يلحق البطلان فحسب بالإجراءات المترتبة عليه [١] .

رابعا : الخصومة هًي الشكل القانوني للعمل القضائي :

ذهب جانب من الف الأساس الحقيقي لوحدة الخصومة هي وحدة الغاية فالخصومة هي مجموعة من الإجراءات التي ينظمها القانون لأداء العمل القضائي ، وهذا يعني ان ما يوحد إجراءات الخصومة هو أنها تمثل الشكل القانوني للعمل القضائي .

وحتى يضمن القانون عدالة عمل القاضي فأنه يحيط العمل بضمانات شكلية عديدة يهدف بها إلى معرفة القاضي لحقيقة الوقائع المعروضة عليه وتمكينه من تطبيق القانون تطبيقا صحيحا عليها [٢] .

وقد انتقدت هذه النظرية بالقول بأن الإجراء القضائي ليس شكلا ، وإنما هو عمل قانوني والشكل عنصر من عناصره أو ظرف له ، والإجراءات القضائية تكون الخصومة ولكنها لا تعد شكلا لها [٣] .

ونحن لا نتفق فيما ذهب إليه الرأي الأخير في انتقاده لهذه النظرية وذلك للأسباب الآتية :

١- ان هذا الرأي لا يميز بين الشكل الإجرائي للعمل القضائي وبين شكلية الإجراء [٤] ، فالأول يتحقق لمجرد التنظيم التشريعي لإجراءات العمل القضائي ، أما شكلية الإجراء القضائي فتعني ان المشرع لا يكتفي بوضع نظام لسير

---

(١) د . ياسر باسم واجياد الدليمي ، بحوث ودراسات في القانون الخاص ، مصدر سابق : ص٢٠ وما بعدها

(٢) د . وجدي راغب ، مصدر سابق ، ص ١٥ وما بعدها .

(٣) أ . أجياد ثامر نايف الدليمي ، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الاجرائية ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٤) د . وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ٦٣١ .

الإجراءات .د شكلا لكل إجراء على حـــدة يجـــب ان يـــتم بـــه الإجـــراء القضائي[1] .

فهذه النظرية لا تقصد بالخصومة شكلية الإجراء بل تقصد الشكل الإجرائي للعمل ي وبالتالي فأن هذه النظرية لا تعد الإجراء القضائي شـــكلا كمـــاً صـــوره أصحاب هذا الرأي .

لذا وبعد ان قمنا بعرض النظريات المختلفة التي تتناول بيان طبيعـــة الخصـــومة القضائية ثم بينا الحجج التي تستند إليها ، فأننا نرجح النظرية التـــي تـــذهب إلـــى القول بأن الخصومة هي الشكل القانوني للعمل القض، كون الخصـــومة هـــي مجموعة من الإجراءات التي ينظمها القانون لأداء العمل القضائي ، فالخصـــومة إنما تمثل الشكل القانوني العام للعمل القضائي ، لذا فأن محل الجزاء الإجرائي هو الخصومة باعتبارها مجموعة من الإجراءات التي ينظمها القـــانون لأداء العمـــل القضائي ، وهذه النظرية تفسر الكثير من الأوضاع القانونية ، حيث لا يمكـــن ان يكون محل الجزاء الإجرائي هو العقد القضائي وذلك بعد ان بينا ان الخصومة هي ليست عقد حيث ان المدعي يلجأ إلى القضاء مرغما لاقتضاء حقه لأنه لا يـــتمكن من اقتضاء حقه اختياراً ، كذلك بالنسبة للمدعى عليه فأنه يتحملخصومة رضـــا أو لم يرضا كما لا يمكن القول بأن محل الجزاء الإجرائي هي الرابطة القانونيـــة حيث ان ذلك يفترض وجود حقوق والتزامات متقابلة وهذا غيـــر متصـــور فـــي الخصومة لأن القاضي يلتزم بالنظر في الطلبات المقدمة إليه ، وهو يلتزم بالتزامه هذا قبل الدولة وليس قبل الخصوم .

كما ان محل الجزاء الإجرائي لا يمكـــن ان يكـــون عمـــل قـــانوني مركـــب لأن الخصومة هي مجموعة من الأعمال ليست عمل واحد كما أن الخصومة باعتبارها عمل قانوني واحد لا تكون صحيحة أو باطلة إنما ترد حالة الصحة والبطلان على الإجراء القضائي ولا يترتب على بطلان ء بطلان الخصومة كلها ، وهـــذا يتنافى مع القول بان الخصومة عمل قانوني مركب .

([1]) د . ادهم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

المطلب الثالث

تميز الخصومة عما يشتبه بها

بعد أن بينا في المطلب الثاني من المبحث الأول محل الجزاء الإجرائي والمتمثل بالخصومة ، سنتناول في هذا المطلب تميز الخصومة عن غيرها من المصطلحات الإجرائية الأخرى كالآتي :

أولاً : تميز الخصومة المدنية عن الدعوى :

تختلف الخصومة المدنية عن الدعوى من حيث الطبيعة كما تختلف الخصومة المدنية عن الدعوى من حيث الآثار والجزاء وهذا ما سوف نبينه فما يأتي :

١- من حيث الطبيعة :

تتميز الدعوى عن الخصومة من عدة وجوه ، فمن ناحية تختلف الدعوى عن الخصومة في كون الدعوى سابقة على الخصومة فهي وسيلة لحماية الحق توجد دائما سواء لجأ الشخص إلى القضاء أو لم يلجأ بخلاف الخصومة فهي لا توجد إلا بتقديم طلب [١] .

حيث لا يباشر القضاء وظيفته إلا بناللب فلو علم القاضي بوجود نزاع بين شخصين فأنه لا يستطيع دون طلب أحدهما ولذلك لا تبدأ الخصومة إلا بناء على طلب يتقدم به المدعى إلى القضاء ، يسمى بالمطالبة القضائية [٢] .

كما لا يوجد تطابق بين أشخاص الخصومة وأطراف الدعوى حيث ان أطراف الدعوى هم المدعي وان تعددوا والمدعى عليه وان تعددوا أما أشخاص الخصومة فقد تتضمن أشخاصا آخرين يتدخلون بإرادتهم أو يدخلون جبرا عنهم كذلك فأن الإرادة الخاصة لها دور في الدعوى لأنها حق اختياري بعكس الخصومة فأن دور الإرادة لا يكون إلا في نطاق محدود [٣] .

---

(١) أ . أجياد ثامر نايف الدليمي ، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الاجرائية ، مصدر سابق ، ص ٤٥ .

(٢) د . عبد التواب مبارك ، الوجيز في القضاء المدني ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥م ، ص ٤٢٦ .

(٣) د . سيد احمد محمود ، مصدر سابق ، ص ٤١٦ .

ومن ناحية أخر،جود الخصومة يتوقف على تقديم طلب ، وهـذا الطلـب القضائي يجب ان تتوفر فيه الشروط الشكلية التي نص القانون عليها كضرورة ان تتم بعريضة تتوفر فيها بيانات معينة في حين يشترط القانون في الدعوى شـروطاً مختلفة لقبولها تتمثل في الأهلية والصفة والمصلحة [١] .

كما ان الدعوى تستند دائما إلى حقٍ أما الخصومة فهـي تقـوم بمجـرد اتخـاذ الإجراءات الشكلية التي يتطلبها قانون المرافعات بغير التفات إلـى تـوافر حـق لرافعها ، وان انقضاء الخصومة ، لأي سبب مـن الأسـباب دون الفصـل فـي موضوعها لا يؤثر على حق رافع الدعوى إلا إذا سقط ذلك الحق بالتقـادم وهـذا الانقضاء لا يمنع من تجديد المطالبة القضائية ، فمن يتنازل عـن الخصـومة لا يعتبر متنازلا عن الحق الذي يدعيه لأنه أنما يتنازل عـن مجموعـة إجـراءات باشرها في سبيل الحصول على حقه ، أما انقضاء الدعوى فأنه يؤدي حتماً إلـى زوال أصل الحق المدعى به [٢] .

وجدير بالذكر ان المشرع العراقي وقع في خلط بين الدعوى وبين الخصومة حيث عرف المشرع العـراقي في قانون المرافعات الد، بأنها (طلب شخص حقـه من آخر أمام القضاء) [٣]

ومن هذا التعريف للدعوى يتضح ان المشرع لم يميـز بـين الـدعوى والطلـب القضائي الذي يعتبر أول إجراء للخصومة فالدعوى هي وسيلانونية للحصـول على حماية القضاء للحقوق الموضوعية ، أما الطلب القضائي فهو الإجراء الـذي يستعمل فيه الشخص حقه في رفع الدعوى .

لذا يجب عدم الخلط بين الدعوى بوصفها أداة فنية تعطي لصاحبها متى تـوفرت

---

(١) أ . أجياد ثامر نايف الدليمي ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .

(٢) د . احمد ابو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ص ١٤٣وما بعدها.

(٣) المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

شروط قبولها ، الصلاحية في نظر أدعائه أمام القضاء ، وبين وسيلة مباشـرتها عن طريق الخصومة [1].

أما المشرع المصري فإنه لم يعرف الدعوى في قانون المرافعات [2] .

٢- اختلاف الخصومة عن الدعوى من حيث الآثار والجزاء :

الدعوى حق أما ان يوجد أو لا يوجد وينشأ هذا الحق ويستنفذ بمجرد نشأته أما الخصومة فمركز متطور يولد أثارا متعددة حسبً تجدد الأعمال الإجرائية المختلفة لذلك ينسب كل عمل إجرائي يتم بعد بدء الخصومة إليها وليس للدعوى .

كما أن الخصومة تختلف عن الدعوى من حيث الجزاء حيث أن جـزاء ممارسـة حق الدعوى عند التعسف فيه هو جزاء مدني أي التعويض أما جزاء عدم مباشرة الخصومة يكون إجرائيا وقد يكون ماليا (كالحكم بالمصاريف) فهذه الجـزاءات تتعلق بالخصومة وليس الدعوى .

وعلى الرغم من الاختلاف بينهما إلا ان الخصومة ليست منبته الصـلة بالـدعوى بحيث يمكن ان تقوم وتنتهي بصرف النظر عن وجود هذا الحق ثم يثبـت عـدم وجوده فهو أمر غير جائز بالنسبة لحق الدعوى لأن الخصومة لا تولـد إلا بـأداة يعبر فيها عن حق الدعوى وهي الطلب القضائي .

ثانيا : تميزً الخصومة عن الحق الموضوعي :

تختلف الخصومة عن الحق الموضوعي ، حيث ان عناصر الخصومة (من حيث الأشخاص والموضوع والسبب) تختلف عن عناصر الحق الموضوعي المدعى به فعنصر الأشخاص في الخصومة لا يقتصر على أطراف الحق المدعى به بل يتسع لشخص قد لا يكونً طرفا في الحق المدعى به موضوع الخصومة .

أما موضوع الخصومة فينصب على الطلبات والاعترافات أو الدفوع التي يقـدمها الخصوم والتي تسعى للحصول على الحماية القضـائية ، أمـا موضـوع الحـق الموضوعي فقد يكون الأداء (عمل أو امتناع عن عمل أو بإعطاء) إذا كان حقـاً

---

(١) أ . أجياد ثامر نايف الدليمي ، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية ، مصدر سابق ، ص ٤٤ وما بعدها .

(٢) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ .

شخين السلطة التي يباشرها الشخص على الشـــيء إذا كـــان حقـــا عينيا[1] .

وكذلك سبب الخصومة هو معالجة الاعتداء على الحق الموضوعي أو الوقاية منه مما يوصل إلى تحقيق الحماية القضائية أما سبب الحق الموضوعي فهو الواقعـــة القانونية (الإرادة المنفردة أو الإرادتاُو القانون) أو المادية (الفعل الضـــار أو الفعل النافع) [2] .

(1) د . سيد احمد محمود ، مصدر سابق ، ص ٤١٥ وما بعدها .

(2) د . ياسر باسم واجياد الدليمي ، بحوث ودراسات في القانون الخاص ، مصدر سابق ، ص ١٤ وما بعدها

المبحث الثاني

تأثير الجزاء الإجرائي على العمل الإجرائي المعيب

بعد أن انن بيان المقصود بالجزاء الإجرائي والمحل الذي يرد عليه والمتمثل بالخصومة باعتبارها مجموعة من الإجراءات المتتابعة والمرتبطة بتسلسل زمني ، والتي تبدأ بالمطالبة القضائية وتنهي بصدور الحكم ، وبما ان لإجرائي هو جزء من الخصومة [1] ، لذا فهل يترتب على مخالفة هذا العمل للقاعدة الإجرائية اقتصار اثر الجزاء الإجرائي على هذا العمل المعيب ، أم يمكن تصور امتداد أثر الجزاء للأعمال اللاحقة عليه تطبيقا لقاعدة ما بني على الباطل فهو باطل ، كما هل يتصور ارتداد اثر الجزاء الإجرائي على الأعمال السابقة للعمل الإجرائي المعيب ؟ هذا ما سوف نبينه فيما يأتي :

المطلب الأول

مبدأ نسبية أثر الجزاء الإجرائي

القاعدة العامة هي ان الخصوم مستقلين في مراكزهم الإجرائية في الخصومة ، وان ما يقوم به أحد الخصوم لا يفيد ولا يضر به الآخرين فالمبدأ العام هو نسبية الأعمال الإجرائية [2] .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي إذ نصت على ما يأتي :

(لا يفيد من الطعن إلا من رفعه و يحتج به إلا على من رفع عليه)

كذلك ما نصت عليه الفقرة ا من المادة (٢١٨) من قانون المرافعات المصري والتي نصت على ما يأتي :

(فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التي ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه)

---

(١) د . آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

(٢) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ٤٤٩ .

ويترتب على ذلك انه لا يستفيد ولا يضار من الطعن غير أطرافه ، ومؤدى هـذه القاعدة أنه إذا تعدد المحكوم عليهم أو المحكوم لهم في الخصومة الأصلية فأنـه لا يستفيد من الطعن ولا يحتج بهذا الطعن إلا على المحكوم عليه الذي رفع الطعـن في مواجهته .

مثال ذلك : إذا صدر حكم من المحكمة على أكثر من خصم فطعن أحد الخصـوم في الحكم ولم يطعن الباقون ، فإذا عدل الحكم المطعون فيه ، أو ألغى في خصومه الطعن ، فإن الطاعن وحده هو الذي يستفيد بهذه النتيجة ولا يستفيد الخصم الذي لم يطعن في الحكم [1] .

يتضح مما تقدم ان هاتان المادتان قد وضعتا قاعدة عامة فحواها أنه لا يفيـد مـن الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع في مواجهته وهذه القاعدة تعتبر تطبيقا لمبدأ نسبية الإجراءات القضائية .

وينعكس مبدأ نسبية العمل الإجرائي على فكرة الجزاء ويهيمن على أثرهـا الـذي تباشره في الأعمال الإجرائية ويتجلى ذلك الانعكاس في قاعدة ان الجزاء نسبي في آثره [2] .

فالمبدأ العام هو ان أثر الجزاء يقتصر على الإجراء المعيب ولا ينال بحسب هـذا الأصل من الإجراءات الأخرى [3] .

وحيث أنه لا بد من الإشارة إلى أنه لا يقصد بالإجراء القضائي التصرف القانوني إنما يقصد به العمل القضائي ، فهو واقعة قانونية إرادية تتجه فيه إرادة الشـخص إلى الإجراء ولكن لا دور لإرادته في تحديد أثاره وإنما الذي يحدد هذه الآثار هو

([1]) د . حسام مهنى صادق عبد الجواد وآخرون ، الآثار الإجرائية للحكم القضائي المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، بلا مكان نشر ، بلا سنة طبع ، ص ٧٤ .

([2]) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

([3]) د . احمد أبو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

القانون [1] ، وبعد أن بينا ان الجزاء الإجرائي كقاعدة عامة هو نسبي في أثـره ، لذا فأن التساؤل الذي يثار هنا هو ما المقصود بمبدأ النسبية ؟

فمبدأ النسبية يأتي بمعنى الخصوصية أو الانفراد ، فقد جاء للجرجاني في كتابـه التعريفات ، وقوله ولا نسـبة يخرج باقي الأعـ النسبية [2] ، فـقاعدة نسبـية الإجراءات تعني فرديتها [3] .

فمبدأ نسبية أثر الجزاء الإجرائي يعني أنه إذا قررت المحكمة بطلان الإجراء فأن أثره يبدو في إهدار القيمة القانونية لهذا الإجـراء فكأنه لم يباشـر ، ولا اثـر للبطلان على الإجرت السابقة عليه [4] أو الإجراءات اللاحقة له [5] .

وهذا ما أكده المشرع المصري إذ نص في قانون المرافعات المدنيـة والتجاريـة المصري على ما يأتي :

(لا يترتب على بطلان الإجراء ، بطلان الإجراءات السابقة عليه أو اللاحقـة إذا لم تكن مبينة عليه) [6] .

فالقاعدة إذن هي أنه إذا أعن العمل الإجرائي [7] ، فالأصـل ان الجـزاء يقتصر أثره على الإجراء المعيب ولا يمتد بحسب هذا الأصل إلـى غيـره مـن الإجراءات [8] .

أما المشرع العراقي فأنه بالرغم من تعدد حالات الجزاء الإجرائي وتناثرهـا فـي شتى مراحل الخصومة إلا انه لم يضع قاعدة عامة توضح اثر الجزاء الإجرائـي

---

(1) د . آدم وهيب النعداوي ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

(2) الجرجا، كتاب التعريفات ، ج١ ، بلا مكان طبع ولا سنة نشر ، ص ٢٤٢ .

(3) د . احمد مسلم ، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٦٨٨ .

(4) كريم خميس خصباك البديري ، حق التقاضي في الد الجزائية ، ط١ ، اطروحة دكتوراه في القانون الجنائي ، كلية الحقوق ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٧٠ .

(5) د . احمد ابو الوفا ، نظرية الدفوع في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

(6) الفقرة الثالثة من المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

(7) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٦٤٧ .

(8) د . ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .

على العمل الإجرائي المعيب ذاته ، وكذلك أثر الجزاء على الأعمال اللاحقة أو السابقة على العمل الإجرائي المعيب ، وكما أنه لم يضع المعيار الذي يمكن على أساسه تكيف مدى تأثير العمل الإجرائي المعيب على الأعمال اللاحقة أو السابقة

وا المشرع العراقي إلى أيراد نص مشابه لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والتي تنص على ما يأتي :

(لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو اللاحقة)

ولا تفرق هذه القاعدة بين الإجراءات المتعلقة بالنظام العام أو المتعلقة بمصلحة الخصوم ، فكل ما هنالك ان مخالفة قواعد الإجراءات المتعلقة بالنظام العام يمكن للمحكمة ان تقرره من تلقاء نفسها ، أما مخالفة قواعد الإجراءات غير المتعلقة بالنظام العام فيكون التمسك بالجزاء الإجرائي بناء على دفع يتقدم به من له حق التمسك به من الخصوم [1] .

فالجزاء الإجرائي إنما وضع لحماية مصلحة الخصوم فلا بد لهم من التمسك به فور اطلاعهم بوقوع المخالفة وقبل الإدلاء بوجه من أوجه الدفاع في الموضوع أو بدفع عدم القبول ، فإذا حضر الخصم جلسة المحاكمة غير المبلغة إليه أصولياً لكن قدم لائحة دفاعه فلا يحق له بعد ذلك أن يدلي ببطلان التبليغ ، ولكن إذا لم يتيح للخصم الإدلاء بالعيب في مرحلة المحاكمة الابتدائية كما في حالة تغيبه عن باقي جلسات المرافعة التي اتخذ فيها الإجراء المخالف للقاعدة الإجرائية ، فأنه لا يفقد الحق بالإدلاء بالعيب أمام محكمة الاستئناف [2] أو محكمة التمييز وهو ما أجازهُ المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري إذ نص على ما يأتي :

([1]) د . آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

([2]) د . عفيف شمس الدين ، المحاكمات المدنية بين النص واجتهاد ، ط١ ، بلا دار نشر ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٣ .

(يجوز استئناف الأحكام الصادرة بصفة أنتهائية من محاكم الدرجة الأولى بسبب مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام ، أو وقوع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم) [1] .

يتضح من نص هذه المادة ان المشرع المصري أجاز صراحة للخصم ان يستأنف الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى إذا وقع عيب في الإجراءات أدى إلى التأثير في الحكم .

كما أجاز المشرع المصري للخم ان يطعن في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف إذا وقع بطلان في الإجراءات أثرت في الحكم ، إذ نص المشرع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يأتي :

(للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية :

٢- إذ وقع بطلان في الحكبطلان في الإجراءات أثر في الحكم) [2] .

إذ يستنتج من هذه المادة ان المشرع المصري أجاز للخصم ان يطعن في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض متى كان هناك عيب في لتي اتخذت أمام محكمة الاستئناف والتي من شأنها ان تؤثر في الحكم.

وهو ما أكده قضاء محكمة النقض فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه (إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض بقبول الدعيين – ببطلان صحيفة الاستئناف واعتباره كأن لم يكن – استنادا إلىً ما جاء في المذكرة المقدمة من المطعون ضده في فترة حجز القضية للحكم ولأول مرة ، دون ان يثبت من صورتها الرسمية المقدمة من الطاغين بملف الطعن إعلانهما بها أو اطلاعهما عليها وفي هذا مخالفة للإجراءات الأساسية الواجب مراعاتها ، وإذا كانت محكمة الاستئناف قد قبلت المذكرة المقدمة من المطعون ضده دون إعلان الطاعنين بها ، واستندت في قضائها على بها ، فأن ذلك ينطوي على بطلان في الإجراءات من

([1]) المادة (٢٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

([2]فقرة الثانية من المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية المصري .

شأنه التأثير في الحكم المطعون بما يستوجب نقضه (٣٠ / ١١ / ٧١ س ٢٢ ص ٩٤٦) [١]

يتضح من هذا القرار ان بطلان الإجراءات التي اتخذت من قبل محكمة الاستئناف في القضية المنظورة أمامها أتاح للخصم ان يطعن في الحكم الصادر منها أمام محكمة النقض ، وهذا ما يعتبر تطبيقا لنص الفقرة الثانية من المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والتي أجازت للخصوم ان يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف إذا وقع بطلان في الإجت في الحكم ، إذ لا يجوز للمحكمة ان تنظر في طلبات قدمت في الدعوى لم يعلم أو يعلن بها الخصم .

أما المشرع العراقي فقد بين حالات الطعن في الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى أمام محكمة الاستئناف ولكن لم يكن من بين هذه الأسباب بطلان الإجراءات فقد نص في قانون المرافعات المدنية العراقي بما يأتي :

(إذا صدر حكم البداءة بناء على غش وقع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو شهادة زور أو بسبب إخفاء الخصم ورقة قاطعة في الدعوى ....) [٢]

فلم يكن من بين هذه الأسباب التي تجيز استئناف الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى بطلان الإجراءات .

لذا ندعوا المشرع العراقي إلى تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (١٨٧) من قانون المرافعات المدنية ليصبح كالآتي :

(٢- إذا صدر حكم البداءة بناء على غش وقع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو شهادة زور أو بسبب إخفاء الخصم ورقة قاطعة في الدعوى أو بسبب بطلان في الإجراءات أثر في الحكم) .

---

(١) احمد وهبة ، مبادئ النقض في المرافعات ، ط١ ، الناشر عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٦٢ وما بعدها .

(٢) الفقرة الثانية من المادة ١٨٧ من قانون المرافعات المدنية العراقي .

حيث ان إيراد مثل هكذا فقرة تؤدي إلى عدم حرمان الخصم من مرحلة من مراحل التقاضي ، لأن المشرع العراقي أجاز الطعن في الحكم بسبب مخالفة الإجراءات أمام محكمة التمييز ولم ينص على ذلك فيما يتعلق بالاستئناف ، فقد نص المشرع في قانون المرافعات المدنية على ما يأتي :

(للخصوم ان يطعنوا تمييزا ، لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداءة أو محاكم الأحوال الشخصية ، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة ، وذلك في الأحوال الآتية :

٣- إذ وقع في الإجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم) [١] .

يتضح من نص هذه المادة ان المشرع العراقي أجاز للخصم ان يطعن تميزا في الحكم إذ وقع خطأ في الإجراءات الأصولية التي أتبعت عند رؤية الدعوى ، وهذا ما أكده قضاء محكمة التمييز فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية انه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون .... لأن تبليغ دائرة كهرباء ديالى لا يعني تبليغ وزالكهرباء وبذلك لم يلحقه علم بمواعيد المرافعات ليتسنى لممثلهُ القانوني الحضور وإبداء دفوعه بشأن الدعوى ومن ضمنها إجراءات الكشف لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لإجراء التبليغات الأصولية وفق أحكام المادة (٢١ / ٥) من قانون المرافعات المدنية ثم السير بالدعوى وإصدار الحكم الذي يتراءى لها وفق القانون ...) [٢] .

يتضح من القرار أعلاه ان طعن الخصم وهو وزير الكهرباء بعدم صحة الإجراءات المتبعة في التبليغ أدى إلى نقض الحكم المميز لذا فأن الخصم إذا لم

---

[١] الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

[٢] ينظر : القرار رقم ٧٧٨ في ٦ / ٤ / ٢٠٠٨ ، مشار إليه لدى المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، للسنوات ٢٠٠٦ / ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ ، ط٢ ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦٦ .

يتمكن من التمسك ببطلانه أثناء نظر الدعوى فأن ذلك لا يفقده الحق بالإدلاء بالعيب أمام محكمة التمييز .

وأخيرا لابد من الإشارة إلى ان الحكم بالبطلان تكون له طبيعة كاشفة إذا كان متعلقا بإجراء مرتبط بالنظام العام ، ويكون منشئا إذا كان البطلان متعلق بمصالح الخصوم [1] .

المطلب الثاني

امتداد أثر الجزاء الإجرائي

ان العمل الإجرائي لا يعيش عيشة مستقلة بل هو يحيا في مجموعة يتجه معها إلى تحقيق هدف معين ، فوجود العضو في الجماعة يؤدي إلى التأثير بها والتأثر فيها [2]

وهذه الوحدة تؤدي إلى نتيجة حتمية هي ان يصبح كل عمل وان تم مستقلا عن غيره ، فأنه يكون مرتبطا بهذا الغير ارتباطا يفقده استقلاله عن غيره [3] .

ويفهم من هذه الحقيقة ان بطلان العمل الإجرائي يؤدي إلى بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به دون الأعمال المستقلة عنه [4]

إلا ان السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ما معنى الارتباط ؟ في الحقيقة اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا السؤال كالآتي :

الرأي الأول : ذهب الفقيه بنيان إلى القول بأنه يشترط لكي يؤثر العمل الإجرائي المعيب في الأعمال التالية ، عليه ان تكون المخالفة قد أثرت في سير الأعمال اللاحقة للخصومة بشرط أن يكون هذا التأثير جوهريا [1] .

([1]) د . سميح عبد القادر المجالي ، أثر الجزاء الإجرائي في المركز القانوني للمتهم ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص ٣١٩ .

([2]) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٦٦٧ .

([3]) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ .

([4]) د . احمد ابو الوفا ، اصول المحاكمات المدنية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٤٨٣ .

ولكن يسجل على هذا الرأي أنه يؤدي إلى توسيع نطاق البطلان فبطلان عمل ما يؤدي التأثير على نحو ما في سير الأعمال التي تليها ، إذ ان القانون يستلزم وجود علاقة بين الإجراء الباطل والإجراءات التالية له [٢] .

الرأي الثاني : يذهب هذا الرأي إلى انه لا يشترط لوجود الارتباط انيكون العمل السابق مقدمة ضرورية وشرعية للعمل اللاحق ، بل يكفي ان تكون هناك رابطة بين المعلمين مقتضاها أن يجد العمل اللاحق في العمل السابق أساسه المنطقي سواء فيما يتصل بصحته أو بحقيقة الوقائع التي يثبتها [٣] .

ولكن يؤخذ على هذا الرأي اعتماده على عناصر منطقية لتقدير صحة أو بطلان العمل اللاحق وهذه العناصر غير القانونية لا يمكن ان تكون أساساً للفصل في مسألة قانونية بحته [٤] .

الرأي الثالث : يذهب هذا الرأي إلى القول بأن المقصود بالارتباط هو الارتباط القانوني الذي يجعل العمل السابق مفترضا لصحة العمل اللاحق [٥] .

فعليه إذا حكم ببطلان إجراء معين ، أدى ذلك إلى بطلان الإجراءات اللاحقة عليه ، إذا كانت مبينة عليه ، لأن ما بني على باطل فهو باطل ويعتبر الإجراء مبني على إجراء أخر ، إذا وجد بينهما ارتباط قانوني يجعل الأول مفترض لازم لصحة الإجراء الثاني ، ولذلك يؤدي الحكم ببطلان صحيفة الدعوى إلى بطلان إجراءات الخصومة اللاحقة عليها بما في ذلك الحكم الصادر فيها [٦] .

---

(١) أسامة عبد الله محمدالكيلاني ، البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح ، نابلس – فلسطين ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٩ .

(٢) د . احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٣٨٢ .

(٣) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٦٧٦ .

(٤) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق : ص ٢٢٧ وما بعدها ؛ و د . سميح عبد القادر المجالي ، ص ٣٣٣ .

(٥) د . فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص ٤٨٥ .

(٦) اسامة عبد الله محمد زيد الكيلاني ، مصدر سابق ، ص ٨٠ وما بعدها .

بعد أن قمنا بعرض أراء الفقهاء المختلفة التي تناولت بيان المقصود بالارتباط بين العمل الاجرائي الباطل والأعمال اللاحقة عليه فنحن نميل إلى ترجيح الرأي الأخير الذي يذهب إلى القول بأن المقصود بالارتباط هو الارتباط القانوني الذي يجعل العمل السابق مفترضا لصحة العمل اللاحق لان القانون هو وحده الذي يبين أهمية الإجراء الباطل بالنسبة لما تلاه من أعمال إج فإذا كان من غير الممكن القيام بالإجراء اللاحق بمعزل عن الإجراء الباطل ، فيمتد البطلان إلى هذا العمل الاجرائي اللاحق بناء على فكرة الارتباط القانوني ، فقد نص المشرع العراقي في قانون المرافعاتالعراقي على ما يأتي (تراعي المحكمة محل عمل وإقامة الشخص المطلوب تبليغه عند إصدار ورقة التبليغ إليه على ان لا تقل المدة بين تاريخ تبليغه واليوم المعين للمرافعة عن ثلاثة أيام ، وتستثنى من ذلك الأمور المستعجلة) [1] .

وعليه فأن الارتباط الذي يبرر البطلان هو الذي يجعل من العمل السابق مفترضا لصحة العمل اللاحق عليه ، أي ان القانون يشترط لصحة العمل اللاحق ان يسبقه عمل آخر صحيح ، حيث يترتب على بطلان العمل السابق بطلان العمل أو الأعمال اللاحقة عليه .

كما نص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية على ما يأتي :

(يترتب على انقطاع السير في الدعوى وقف لمدد القانونية التي كانت سا حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع)[2].

يتضح من هذه المادة ان المشرع يشترط لصحة العمل اللاحق ان يسبقه عمل آخر صحيح ، وبناء على ما تقدم فأن الارتباط الذي يبرر البطلان هو الارتباط القانوني الذي يمن العمل السابق شرطا لصحة العملً اللاحق .

أما الرأي الأول فلا يمكن الأخذ به لأنه يؤدي إلى توسيع نطاق البطلان أما الرأي الثاني فلا يمكن الأخذ به أيضاً لأنه يؤدي إلى جعل الرابطة بين الأعمال الإجرائية

([1]) المادة (٢٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

([2]) الفقرة الثالثة من المادة (٨٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

تقوم على أساس منطقي وهذا الرأي لا يمكن التسليم به كما بين الفقــه لأن هــذه المسالة هي مسالة قانونية بحته .

فالقاعدة في امتداد الجزاء من إجراء سابق إلى إجراء لاحق هي فكــرة الارتبــاط القانوني فيجب ان يكون الإجراء باطلاً حتى يشوبه البطلان وإنما يلزم ان يكــون الإجراء المعيب السابق أساس الإجراء اللاحق [١] .

بعد ان بينا موقف الفقه من مسألة امتداد أثر الجزاء الاجرائي سنتناول فيما يلــي موقف التشريع والقضاء من هذه المسألة كالآتي :

فبالنسبة لموقف المشرع المصري من مسألة امتداد أثر الجزاء الاجرائي فقد نص في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على ما يأتي :

(لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليــه أو الإجــراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه) [٢] .

فهذه الفقرة تعالج مسألة تأثير بطلان العمل الاجرائي في أعمال الخصومة الأخرى ، سواء في ما تلته من أعمال إجرائية أو ما سبقته من أعمال الخصومة [٣] .

فلا تعني عبارة (مبنية عليه) الواردة في المادة (٢٤ / ٣) من قانون المرافعات مجرد الارتباط المنطقي بل يجب وجود ارتباط قانوني بين العملين ، بحيث يعتبــر العمل السابق مفترضا قانونيا للإجراء اللاحق [٤] .

وتطبيقا لما تقدم ، فقد كرس قضاء محكمة النقض هذا المبدأ فقد جاء فــي قــرار لمحكمة النقض المصرية ان (صحيفة افتتاح الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها فإذا حكم ببطلانها فأنه ينبني على ذلك إلغــاء جميــع الإجــراءات اللاحقة لها وزوال جميع الآثار التي ترتبت عليها واعتبار الخصومة لم تنعقد وان

---

(١) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .

(٢) الفقرة الثالثة من المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

(٣) د . فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص ٤٨٤ .

(٤) د . احمد ابو الوفا ، التعليق على نصوص قانون االفعات ، ط٥ ، منشأة المعارف الإسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ٢٠٧ .

كان ذلك لا يمنع صاحب المصلحة من تجديد الخصومة – إذا شاء – بـــإجراءات مبتدأ متى انتفى المانع القانوني من ذلك [1] .

يتضح من هذا القرار امتداد أثر الجزاء الاجرائي على الأعمال اللاحقة على العمل الاجرائي المعيب ، فعريضة الدعوى هي الأساس الذي تقـوم عليهـا إجـراءات الخصومة الأخرى فبطلان هذا الإجرتب عليه بطلان إجراءات الخصـــومة اللاحقّة عليه وذلك استنادا إلى فكرة الارتباط بين العمل الاجرائي الباطل والأعمال الإجرائية اللاحقة عليه ، وقد جسد هذا القرار فكـرة الارتبـاط بـين الأعمـال الإجرائية ، إذ جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية أنـه (بمجـرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضـــي المنتـــدب اقـــرب جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم بإخطار الغائب ... بقرار إحالة الدعوى من التحقيق إلى المرافعة ... وكان البين من الأوراق ان الطاعنة لم تحضـــر جلســـة التحقيق أمام محكمة أول درجة ... وحيث أصدرت المحكمـــة قرارهـــا بشـــطب الدعوى رغم عدم إخطاعنة بقرار الإحالة ... فان قرارها يكـــون مشـــوباً بالبطلان) [2] .

يتضح من هذا القرار ان بطلان التبليغ أو عدم القيام به يترتب عليه بطلان الحكم الصادر بالدعوى ويعتبر تطبيقًا لامتداد أثر الجزاء الاجرائي إلى الأعمال اللاحقة على العمل الاجرائي المعيب متى كانت مرتبطة به برابطة قانونية .

كما أن هناك العديد من الأمثلة على امتداد أثر الجزاء الاجرائي ، فمـثلا تعتبـر صحيفة افتتاح الخصومة المفترض القانوني اللازم لغالبية الأعمـال الإجرائيـة ، بحيث يترتب على بطلان هذه الصحيفة بطلأعمال الإجرائية التـــي تليهـــا ، ولهذا فان سائر الطلبات والدفوع تعتبر باطلة تبعا لبطلان صحيفة افتتاح الدعوى ،

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٦٥٢/ ٤٩ ق في ٢٢ / ٦ / ٨١) ، (١١٥ / ٣٨ ق في ١٥ / ٥ / ٧٣) س ٢٤ ، ص ٧٤٨ ؛ أورده احـــمد وهبة ، موسوعة مبادئ النقض في المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٢٥٥ .

([2]) ينظر : قرار محكمة النقض المرقم ٦٩ في ٣١ / ٧ / ١٩٩٠ .

كاعمال التحقيق التي تجري في الخصومة ، والأحكام التي تصدر فيها[1] .

بعد ان بينا موقف القانون والقضاء المصري من مسألة امتداد أثر الجزاء الاجرائي سنبين فيما يلي موقف المشرع والقضاء العراقي من هذه المسالة :

فبالنسبة للمشرع العراقي فأنه قد نص في قانون المرافعات المدنية العراقي على ما يأتي :

(إذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباطا بدعوى مقامه قبلا بمحكمة أخرى فلها ان تقرر توحيد الدعويين ضبارة الدعوى إلى المحكمة الأخرى والقرار الصادر من المحكمة الأخرى برفض التوحيد يكون قابلاً للتمييز) [2] .

ويتضح من نص هذه المادة ان المشرع العراقي قد استخدم مصطلح الارتباط ولكنه لم يبين المقصود بالارتباط ، كما ان المشرع العراقي لم يضع قاعدة يمكن الاستناد إليها في تقدير مدى تأثير العمل الاجرائي المعيب على الأعمال الإجرائية اللاحقة له وإنما نظم المشرع أثر هذا الجزاء بنصوص عديدة ومتفرقة في قانون المرافعات المدنية العراقي إذ نص على ما يأتي :

(إذا كان النقض بسبب مخالفة الإجراءات يعاد نظر الدعوى من المحكمة التي أصدرت الحكم من النقطة التي وقع النقض من أجلها وتبقى الإجراءات السابقة على النقض معتبرة) [3] .

يستنتج من هذه المادة أنه إذا نقض الحكم بسبب مخالفة الإجراءات فان الجزاء المترتب هو بطلان العمل الاجرائي المعيب والأعمال الإجرائية اللاحقة عليه دون ان يميز المشرع العراقي بين ارتباط العمل الاجرائي المعيب بالأعمال الإجرائية اللاحقة عليه من عدمه .

لذا ندعوا المشرع العراقي إلى سلوك الاتجاه الذي اتخذه المشرع المصري في تقرير امتداد أثر الجزاء الاجرائي الى الأعمال اللاحقة عليه من عدمه والمتمثل

---

(1) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٦٧٧ .

(2) المادة (٧٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(3) رة الثالثة من المادة (٢١٢) من قانون المرافعات العراقي .

ـتباط ، مع بيان ان المقصود بالارتباط هنا هو الارتباط القانوني لوضـــع حد للاختلاف الفقهي من مسالة تحديد المقصود بالارتباط ، خصوصا وان القضاء العراقي قد كرس في العديد من قراراته مبدأ امتداد أثر الجـزاء الاجرائـي إلـى الإعمال التالية للعمل الاجرائي المعيب ، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز أنـه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقـانون ... حيث ان تقرير الخبراء المروريين المؤرخ في ١٨ / ١٠ / ٢٠٠٧ والذي تـم اعتماده سببا للحكم وفق مقتضياتحكام المادة (١٤٠) من قانون الإثبات فالكشف لم تجري بدلالة الشخص الثالث والخبراء لم يؤدوا اليمين القانونية رغم أنهم ليسوا خبراء قضائيين مما كان يقتضي على المحكمة إعادة إجراء الكشف وفق المفـاهيم المتقدمة ... وحيث ان محكمة الاستئناف لم تراع ما تقدم مما أخل بصحة حكمهـا المميز قرر نقدة الاضبارة للسير فيها وفـق وجهـة النظـر القانونيـة المتقدمة...) [1] .

يتضح من هذا القرار انه رتب على عدم مراعاة المفاهيم المذكورة ومنها ما نص عليها قانون الإثبات والمتمثلة بأداء اليمين الثانوية بطلان تقرير الخبراء ، وان هذا البطلان لا يقتصر على هذا العمل الاجرائي المعيب بل امتد إلى مـا تـلاه مـن إجراءات مما أدى إلى نقض الحكم وإعادة الاضبارة للسير فيها وفق وجهة النظر القانونية المتقدمة .

ـا جاء في قرار لمحكمة التمييز انه (لدى التدقيق والمداولة مـن قبـل الهيئـة الموسعة الأولى لمحكمة التمييز وجد ان طلب التصحيح واقع ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً وحيث ان القرار التمييزي المطلوب تصحيحه قـد ذهـب إلـى اعتبار الطعن التمييزي واقعا (خارج المدة القانونية المقررة في المـادة (٢١٦) ـن قانون المرافعات وأمدها سبعة أيام) وهذا غير صحيح قانوناً بالنظر لوقـائع

([1]) قرار محكمة التميز رقم ٣٢٦ في ١٠ / ٤ / ٢٠٠٨ مشار إليه لدى المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية فـي قضاء محكمة التمـييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦ / ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ ، مصدر سابق ، ص ١٦٦ .

الدعوى والأخطاء القانونية التي وقعت فيها محكمة الموضوع ذلك ان المرافعة كان تجري حضوريا بحق المدّعى عليه لحضور وكيله بعض جلسات المرافعة ثم تغيبه بعد ذلك وان محكمة الموضوع قررت في جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٨٢ إفهام ختام المرافعة وعينت يوم ٣ / ١ / ١٩٨٣ موعد للنطق بالحكم غير ان المحكمة لم تنطق بالحكم في الموعد المذكور وإنما اتخذ التالي (حيث لم يتسن لهذه المحكمة تفهيم القرار في موعده بالنظر لكثرة الدعاوي قرر فتح باب المرافعة مجددا استنادا للمادة (١٥٧/ ٢) مرافعات وتعيين يوم ٩ / ٣ / ١٩٨٣ موعدا للمرافعة ولم تقوم محكمة الموضوع بتبليغ المدعي أو الطرفين بالحضور في الموعد الجدي ولوحظ ان وكيل المدعى عليه قد حضر جلسة المرافعة المؤرخة ٩ /٣ / ١٩٨٣ واستمرت الدعوى تتأجل لغرض تبليغ المدعي .... وفي جلسة ٢٧ / ٦ / ١٩٨٣ اتخذت محكمة الموضوع قرارا يقضي بإبطال عريضة الدعوى وحيث ان الهيئة الموسعة ترى بأنه كان على محكمة الموضوع وقد قررت فتح باب المرافعة مجددا رغم عدم وجود المبرر القانوني لذلك ان تقوم بتبليغ الطرفين بالموعد الجديد ليتسنى لهما العلم بقرار المحكمة والمضي في المرافعة فيها ، محكمة الموضوع لم تهتم بهذا الإجراء القانوني فان جميع القرارات التالية لقرارها بفتح باب المرافعة تكون معدومة قانونا ولا يترتب عليها أي اثر قانوني ... قرر نقض قرار الإبطال المميز المؤرخ في ٢٧ / ٦ / ١٩٨٣ ... وإعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها للسير والفصل في الدعوى بعد تبليغ الطرفين بموعد المرافعة ...) [1] .

يتضح من هذا القرار انه يشترط لصحة العمل اللاحق ان يسبقه عمل آخر صحيح ، وبما ان المدعي لم يتم تبليغه وفقا لقانون المرافعات المدنية فان هذا الإجراء وما يتلوه من إجراءات المحكمة يكون باطلا ، لأنه لا يمكن مباشرة إجراءات المرافعة دون تبليغ المدعي تبليغا صحيحا وفقاً لقانون المرافعات المدنية .

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٠ / موسوعة أمولى / ٨٤ – ٨٥ في ٢٩ / ١٢ / ٨٤ ، مشار إليه في إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم المرافعات المدنية ، ج١ ، منشورات دار الكندي ، بغداد ، ١٤١٨ – ١٩٩٨ ، ص ٥ وما بعدها .

نخلص مما تقدم ان العمل الإجرائي لا يعيش عيشة مستقلة ، بل هو ينشأ في مجموعة يهدف معها إلى الوصول إلى تحقيق غاية معينة ، ووجود العمل الإجرائي مع بقية الأعمال الإجرائية يترتب بها والتأثير فيها ، وبما ان العمل الإجرائي هو حلقة من حلقات الخصومة ، فأنه يبدوا منطقيا ان يترتب على بطلان العمل الإجرائي بطلان الأعمال اللاحقة المرتبطة به .

المطلب الثالث

ارتداد أثر الجزاء الإجرائي

بعد ان انتهينا في المطلب الثاني من بحث من بيان امتداد اثر الجزاء الإجرائي الى الأعمال اللاحقة على العمل الإجرائي المعيب متى كانت مرتبطة به ، لذا سنتناول في هذا المطلب صحة هذا القول بالنسبة لارتداد اثر الجزاء الإجرائي إلى الأعمال السابقة على العمل الإجرائي المعيب ؟

الغالب يذهب إلى ان الأعمال السابقة على العمل الإجرائي الباطل لا تتأثر بهذا البطلان ، متى كانت صحيحة بذاتها [1] .

فهذه الأعمال قد بوشرت استقلالا عن العمل الباطل ، فلا تمتد إليها أثار البطلان ولا تتأثر بالإجراء اللاحق المعيب وما ينال من جزاء متى تمت هذه الأعمال صحيحة في ذاتها ولذلك لا تزول الإجراءات السابقة على الإجراء الباطل ، بل ى هذه الإجراءات منتجة لأثارها الوظيفية والأمثلة على ذلك عديدة ، فبطلان الحكم لا يؤثر في صحةحيفة الدعوى [*] ولا في صحة الأعمال الإجرائية السابقة على الحكم [2] .

([1]) د . مفلح عواد القضاة ، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي ، ط٣ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مان – الأردن ، ١٩٩٨، ص ٢٩٤ .

([*]) ان المشرع المصري يستخدم مصطلح صحيفة الدعوى ، اما المشرع العراقي فيستخدم مصطلح (عريضة الدعوى) .

([2]) د . وجدي راغب ، مئ الخصومة المدنية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٧٨ ، ص٩١ .

كما ان بطلان إعلان الحكم (*) لا يؤثر على صحة الحكم (١) .

في حين ان فريقا من الفقهاء يذهب إلى القول بأن هذه القاعدة يجب ان لا تؤخذ على إطلاقها فالعمل اللاحق قد يؤثر في العمل السابق فيؤدي إلى بطلانه ، وذلك إذا كان العمل اللاحق عنصرًا من عناصر العمل السابق أو شروطًا من شروطه ، ففي هذه الحالة يوجد بين المعلمين رابطة تبرر تأثير بطلان العمل اللاحق في صحة العمل السابق (٢) .

كما يحاول رأي تحديد الرابطة بين العمل الإجرائي المعيب والعمل السابق عليه والتي تبرر إبطال العمل السابق نتيجة لبطلان العمل اللاحق ، فيفرق بين الرابطة العامة والرابطة الخاصة والرابطة العامة التي توجد بين الأعمال الإجرائية جميعها لاتحادها في الاتجاه إلى الغاية النهائية من الخصومة ، وهذه لا تكفي ليؤثر بطلان العمل في الأعمال السابقة عليه ، أما الرابطة الخاصة فهي صلة بين العمل الباطل وأعمال سابقة علية تؤدي إلى بطلان العمل الأول يمنن تحقيق الغاية من الأعمال السابقة ، وبالتالي يؤدي إلى بطلان الأعمال السابقة المرتبطة به بهذه الرابطة كتكملة ضرورية ويضرب هذا الفريق مثلاً على ذلك بطلان الإضافات على الشهادة يؤدي إلى بطلان الشهادة إذا كانت هذه الإضافة تعدل في الشهادة (٣) .

ولكن يؤخذ على هذا الرأي بأنه لا يمكن القول بصدد عمل سابق وعمل لاحق باطل يؤثر فيه ، وإنما نكون في حقيقة الأمر بصدد عمل واحد مركب من عدة أجزاء ، لا يصدق على كل جزء منها اصطلاح العمل ، ولهذا فإذا كان أحد الأجزاء معيبًا فأن هذا يؤدي إذا كان الإجراء لا يقبل الانقسام إلى بطلان العمل كله ، وعليه نكون بصدد عمل واحد مكون من جزئيين ، فالشهادة والإضافة هما

(*) كما ان المشرع المصري يستخم مصطلح (إعلان) اما المشرع العراقي فيستخدم مصطلح (تبليغ)

(١) د . عبد المنعم الشرقاوي و د . فتحي والي ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، شارع عبد الخالق ثروت ، ١٩٧٦ – ١٩٧٧ ، ص ٩٧ .

(٢) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٦٧٠ .

(٣) أسامة عبد الله محمد زيد الكيلاني ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .

عمل واحد ، ولا يمكن لذلك القول في المثال السابق ان بطلان العمل اللاحق قد اثر في العمل السابق [1] .

ونحن وان كنا نتفق مع ما ذهب إليه الرأي السابق في تبرير أثر الجزاء الإجرائي إلى الأعمال السابقة عليه ، ولكن نرى انه يمكن ان يكون لبطلان العمل اللاحق أثر في العمل السابق وذلك للأسباب الآتية :

١- إذا كان بطلان العمل الإجرائي لا يؤثر في صحة الأعمال السابقة عليه فانه قد يؤدي إلى ان تكون هذه الأعمال – وان كانت صحيحة ليست ذي فائدة في الخصومة التي تمت فيها لذا فيرتد أثر الجزاء الإجرائي إلى العمل أو الأعمال السابقة بناء على فكرة الارتباط فيؤدي إلى إبطالها ، ولكن لا يمكن القول بأن العمل الإجرائي السابق باطل ، إذ يجب التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ فالعمل يعتبر صحيحاً وافقا لمقتضيات النموذج الذي رسمه القانون له ويعتبر بهذا صالحا لتوليد الآثار التي رتبها القانون عليه ، فإذا تدخلت واقعة لاحقة وحالت دون إنتاج العمل لآثاره القانونية كلها أو بعضها ، فإن هذه الواقعة وان أدت إلى عدم نفاذ العمل الإجرائي إلا إنها لا تؤثر في صحته [2] .

٢- كما ان المشرع في كثير من الأوقات يبين تأثيرا ليس مواتيا ينشأ من إجراء لاحق ويسمى إجراء سابق تم اتخاذه بشكل صحيح ، والأمثلة على ذلك عديدة منها ما نص عليه قانون المرافعات المدنية العراقي ، إذ نص على ما يأتي :

(تترك الدعوى للمراجعة إذا أتفق الطرفان على، أو إذا لم يحضرا رغم تبليغهما أو رغم تبليغ المدعي ، فإذا بقيت الدعوى كذلك عشرة أيام ولم يطلب المدعي أو اطليه السير فيها تعتبر عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون)[3].

فقد عالجت هذه المادة حالت ترك الدعوى للمراجعة إذا اتفق الطرفان على ذلك أو إذا لم يحضرا رغم تبليغهما أو رغم تبليغ المدعي ، فإذا بقيت كذلك عشرة أيام ولم

---

(1) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٢٣٧ .

(2) د . فتحي والي ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٦٧٤ .

(3) الفقرة الأولى من المادة (٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

يطلب المدعي أو المدعى عليه السير فيها تعتبر الدعوى مبطلة بحكم القانون ، اء هو جزاء مرتد بسبب غياب الخصوم وتخلفهم عن السير في الدعوى.

كما نص قانون المرافعات المدنية العراقستمرار انقطاع السير في الدعوى وأثره على عريضة الدعوى إذ نص على ما يأتي :

(إذا استمر انقطاع سير الدعوى بلا عذر مقبول ستة أشهر ولم تستأنف الدعوى سيرها في خلال هذه المدة تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون) [1] .

وهذا الجزاء أيضا مرتد نتيجة تخلف الخصوم عن الحضور والسير فالدعوى بلا عذر مقبول .

كما ان المشرع المصري نعانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يأتي:

(إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه ، حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها ، وإلا قررت شطبها ، فإذا انقض ستون يوماً ولم يطلب احد الخصوم السير فيها أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها اعتبرت كأن لم تكن)[2].

فالجزاء في هذه الحالة أيضا هو جزاء مرتد إلى الأعمال السابقة على العمل الإجرائي المعيب ، فلا يقتصر الجزاء الإجرائي على العمل المعيب وهو الغياب وعدم السير في الدعوى وإنما يرتد الى إبطال عريضة الدعوى واعتبار الدعوى كأن لم تكن .

بعد ان انتهينا من بيان موقف الفقه من مسالة ارتداد اثر الجزاء الإجرائي على الأعمال السابقة للعمل الإجرائي المعيب ، سنبين فيما يأتي موقف المشرع والقضاء السوري من هذه المسألة كالآتي :

مشرع المصري فقد نص في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على ما يأتي :

(لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه) [1] .

([1]) المادة (٨٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

([2]) الفقرة الاولى من المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري

يتضح من هذه الفقرة أنها تعالج مشكلة تأثير بطلان العمل الإجرائي في أعمال الخصومة الأخرى .

وإننا إذا رجعنا إلى نص هذه الفقرة نجد أنها قد ساوت بين الحالتين في الحكم ، فسواء كان العمل الإجرائي السابق أو اللاحق صحيح في ذاته ولكن بني على إجراء باطل ، فإن العمل السابق أو التالي يكون هو أيضًا باطل ، وترجع العلة في ذلا لا نستطيع ان نعدم أثر الارتباط بين العمل اللاحق المعيب والعمل السابق الصحيح [٢].

وقد جاء في حكم هائمة النقض المصرية أنه (وان اعتبار الدعوى مرفوعة إلى المحكمة بإيداع صحيفتها قلمً الكتاب وفقا لما نصت عليه المادة (١/٦٣) من قانون المرافعات ، إلا انه قرن ذلك باعلان الصحيفة إلى المدعى عليه في موعد حددته المادة (٧٠) من ذات القانون بثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم الكاتب رتب على عدم الإعلان اعتبار الدعوى لم تكن ... ومن ثم فما كان يسوغ لمحكمة الاستئناف ان تمضي بعد ذلك في نظر الموضوع ، بل كان عليها ان تقف عند حد القضاء بالبطلان ، فإن هي جاوزا ذلك وقضت بالموضوع فإن قضائها يكون وارد على غير خصومه منعقدة وفقا للقانون الذي يعتبر التقاضي على درجتين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي لا يجوز للمحكمة مخالفته لما كان ذلك ، فأن الحكم المطعون فيه إذا تصدى للقضاء في موضوع الدعوى فأنه يكون قد خالف القانون .

قرار محكمة النقض المصرية رقم (٤١٩ / ٤٦ ق في ٢٧ /١ / ٧٩ س ٣٠ غ ص ٤٠٩) ، (٣٨/٢١٥ ق في ١٥ / ٥ / ٧٣ س ٢٤ ص ٧٤٨) [٣] .

يتضح من هذا القرار انالإعلان (التبليغ) لم يتم بالشكل الذي بينه قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والذي يشترط ان يتم التبليغ خلال ثلاثة

) الفقرة الثالثة من المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية المصري .

([٢]) د . أيمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ .

([٣]) احمد وهبة ، موسوعة مباديء النقض في المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ وما بعدها .

أشهر من تاريخ تقديم صحيفة الدعوى (عريضة الدعوى) قلم الكتاب مما ترتب عل عدم القيام بالتبليغ إلى ارتداد أثر الجزاء الإجرائي إلى الأعمال السابقة على العمل الإجراي المعيب مما أدى إلى بطلان صحيفة الدعوى (عريضة الدعوى).

أي لا تعد الخصومة منعقدة في الدعوى إلا بإعلان (تبليغ) صحيفتها إلى المدعى عليه [1]

أما بالنسبة للمشرع العراقي فأنه لم يضع قاعدة عامة بالنسبة لارتداد أثر الجزاء على الأعمال السابقة للعمل الإجرائي المعيب لذا ندعوا المشرع العراقي إلى إيراد نص مشابه لنص الفالثة من المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ ، مع بيان ان المقصود بالارتباط هنا هو الارتباط القانوني وليس المنطقي ، وذلك لوضع حد للاحتدام الفقهي كما أسلفنا سابقا ، وذلك كأن يورد النص الآتي :

(لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مرتبطة قانونا به)

حيث ان أيراد مثل هكذا نص يحقق العديد من المزايا منها :

١- وضع نظرية عامة لامتداد ، اثر الجزاء الإجرائي على الأعمال اللاحقة والسابقة عليه ، حيث يضع المعيار الذي على أساسه يمكن تحديد مدى امتداد أو ارتداد أثر الجزاء الإجرائي على الأعمال السابقة واللاحقة عليه ، خصوصاً وان المشرع العراقي لم يضع معيار أو قاعدة يمكن على أساسه تحديد مدى ارتداد أثر الجزاء الإجرائي إلى الأعمال اللاحقة أو السابقة للعمل الإجرائي المعيب .

٢- كما ان من شأن هذا النص أن يضع حد للخلافات الفقهية فيما يتعلق بمسالة تحديد المقصود بالارتباط بين العمل الإجرائي المعيب وما سبقه أو تلاه من أعمال الخصومة ، إذ يبين هذا النصرصود بالارتباط هو الارتباط القانوني .

وفيما يلي سنتناول بعض التطبيقات القضائية لارتداد أثر الجزاء الإجرائي على الأعمال السابقة على العمل الإجرائي المعيب فقد جاء في قرار لمحكمة

---

(1) د . فارس عمر علي الجرجري ، التبليغات القضائية ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ١٨١

التمـــييز العراقية الاتحادية (ذلك ان المدعي لم يحضر جلسة المرافعة المؤرخـــة في ٧ / ١٠ / ٢٠٠٧ وحضرها فقط المدعى عليـــه (ع . ع) ... وان المـــدعى عليه طلب إبطال عريضة الدعوى وقررت المحكمة ذلك ودونت قرارها بمحضر الجلسة ... استنادا للفقرة (٢) من المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية...)[١].

وهذا الجزاء هو جزاء مرتد بسبب غياب المدعي مما ترتب عليه بطلان عريضة الدعوى ، فهذا القرار يبين ارتداد أثر الجزاء الإجرائي إلى الأعمال السابقة علـــى العمل الإجرائي المعيب فعريضة الدعوى هي ليست باطلة في ذاتها ولكن الجـــزاء المفروض هو بسبب غياب المدعي والذي امتد إلى عريضـــة الـــدعوى فشـــملها بالبطلان ، حيث نصرن المرافعات المدنية العراقي على ما يأتي :

(إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه فله ان يطلب إبطال عريضة الدعوى أو يطلب النظر في دفعه للدعوى غيابا ، وعندئذ تبت المحكمة في الـــدعوى بمـــا تراه موافقا للقانون)[٢].

كما جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية الاتية انه (لدى التدقيق والمداولـــة وجد ان محكمة الموضوع قد أجلت الدعوى الاستئنافية إلى يـــوم ٢ / ٧ / ١٩٨٨ ولعدم حضور الطرفين قررت المحكمة ترك الدعوى للمرافعة وبناء على مراجعة وكيل المستأنف ضمن المدة القانونية قررت المحكمة تعين يـــوم المرافعـــة وبلـــغ الطرفان بالحضوجرت المرافعة بحقهما حضوريا وبتـــاريخ ١٣ / ٥ / ١٩٨٩ لم يحضر الطرفان رغم تبليغهما بالحضور وعدم إرسالهما معذرة مشروعة ، لـــذا قررت المحكمة إبطال عريضة الدعوى لسبق ترك الـــدعوى للمراجعـــة اســـتنادا لأحكام المادة (٥٩) فقرة (٣) من قانون المرافعات ... وحيث ان قرار الإبطال قد صدر بتاريخ ١٣ / ٥ / ١٩٨٩ وان المستأنف المميز قد طعن في هـــذا القـــرار

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ٣٨٩ في ١١ / ١٠ / ٢٠٠٧ ، مشار إليه لدى المحامي علاء صبري التميمي ، مصدر سابق ، ص ٨ .

(٢) الفقرة الثانية من المادة (٥٦) من قانون المرافعات العراقي .

واستوفالرسم بتاريخ ١١ / ٦ / ١٩٨٩ لذا يكون الطعن مقدم بعد مضي المـــدة القانونية وعليه قرر رد عريضة التمييز شكلاً ...) [١] .

يتضح من هذا القرار أيضا ان الجزاء هو جزاء مرتد لأن الجزاء الواقـع بسـبب الغياب ارتد إلى عريضة الدعوى ، ولكن يلاحظ على هذا القرار أنه كيـف هـذا ن استنادا إلى نص المادة (٣/٥٩) وهذا غير دقيق لأن هذه الفقرة لا تتعلـق بمعالجة مشكلة ترك الدعوى وكان يجب تكييفها استنادا إلى نص المـادة (٣/٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على :

(إذا لم يحضر الطرفان للمرة الثانية فلا تترك الدعوى للمراجعـة وإنمـا تقـرر المحكمة إبطال عريضتها) .

ومعنى ذلك ان المحكمة متى وجدت ان الطرفين لم يحضرا المرافعة رغم تبلغهـا أو تبليغ المدعي دون عذر وكانت الدعوى قد سبق تركها للمراجعة فتلزم المحكمة بإبطالها [٢] .

نخلص مما تقدم ان الجزاء الإجرائي قد يرتد إلى الأعمال السـابقة علـى العمـل الإجرائي المعيب متى كانت مرتبطة به ، بحيث يؤدي بطلان العمل اللاحق علـى الأعمال السابقة إلى جعل هذه الأخيرة وان تمت صحيحة غيـر ذات فائـدة فـي لتي تمت فيها ، فالأعمال الإجرائية تكون فائدتها بإيصال الخصومة إلى نهايتها الطبيعية بصدور حكم في موضوعها ينهي النزاع ، فإذا كان الحكم المنهي للخصومة قد جاء باطلاً فأنه يترتب عليه ان الأعمال السـابقة عليـه وان كانـت صحيحة فأنها تكون غير ذي فائدة وبالتالي فيرتد إليها أثر الجزاء الإجرائي .

---

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٤٤٥ / مدنية أولى ٨٩ في تاريخ ٢١ / ١١ / ١٩٨٩ مشار إليه لدى ابراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص ٩ وما بعدها

(٢) القاضي مدحتالمحـمود ، شـرح المرافعات المدنية العـراقي ، ج١ ، شركة الحسام ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص ٩٢ .

الخـــــاتمـــــة

بعد أن انتهينا من بيان مفردات هذا البحث سنبين أهم النتائج والتوصيات وهي كالآتي :

أولا النتائج :

١- ان كل من المشرع العراقي والمشرع المصري لم يعرفا الجزاء الإجرائي إنما تركا مسألة تعريف الجزاء للفقه الذي اختلف في إلا إننا نتفق مع الفقه الذي يعرف الجزاء الإجرائي بأنه (هو وصف للعمل الإجرائي الذي لا يتطابق مع نموذجه – أما لعدم اتخاذه أصلا أو لاذه بشكل معيب) ، حيث يشكل هذا التعريف الوصف السلبي والوصف الايجابي للقاعدة الإجرائية .

٢- كما يتمتع الرائي بخصائص تميزه عن غيره من أنواع الجزاء ومن هذه الخصائص (١- ان الجزاء الإجرائي موضوعي ٢- الجزاء الإجرائي واسع الأهداف ٣- الجزاء الإجرائي نسبي في أثره) .

٣- ان محل الجزاء الإجرائي هو الخصومة باعتبارها مجموعة من الإجراءات القضائية الخصوم أو ممثلوهم والقاضي وأعوانه ، وفقا لنظام يرسمه قانون المرافعات ، وتبدأ بالمطالبة القضائية وتستمر إلى حين صدور حكم بات في موضوعها أو انقضائها بغير حكم في الموضوع .

٤- بالرغم من أتفاق الفقهاء على ان الخصومة هي وحدة قانونية متكاملة ولكنهم ي تحديد أساس هذه الخصومة فذهب رأي إلى ان الخصومة هي ذات طبيعة عقدية أو شبه عقدية في حين ذهب رأي ثاني إلى القول بأن الخصومة هي رابطة قانونية ، بينما ذهب رأي إلى القول بأن الخصومة هي عمل قانوني مركب ، أما الرأي الأخير والذي نرجحه للأسباب التي ذكرناها يذهب إلى القول بأن الخصومة هي شكل قانوني للعمل القضائي .

٥- ان مبدأ نسبية العمل الإجرائي ينعكس على فكرة الجزاء ويهيمن على أثرها الذي تباشره في الأعمال الإجرائية ويتجلى ذلك الانعكاس في قاعدة ان الجزاء نسبي في أثره ، فالأصل ان الجزاء يقتصر في أثره على الأجراء المعيب ولا يمتد بحسب هذا الأصل إلى غيره من الإجراءات .

٦- ان العمل الإجرائي لا يعيش عيشة مستقلة بل هو يحيا في مجموعة يتجه معها إلى تحقيق غاية معينة ووجود العضو في الجماعة يؤدي إلى تأثير كل منهما بالآخر وتأثره به ، وبما ان العمل الإجرائي هو حلقة من حلقات التسلسل القانوني للخصومة ، فأنه يبدو منطقيا ان يترتب علىً بطلان العمل الإجرائي بطلان الأعمال اللاحقة أو السابقة عليه متى كانت مرتبطة به إلا ان المقصود بالارتباط هنا هو ليس الارتباط المنطقي وإنما الارتباط القانوني حيث يكون العمل السابق مفترضا لصحة العمل اللاحق .

ثانياً : التوصيات :

١- نوصي المشرع العراقي بإيراد نص مماثل لنص الفقرة الثالثة من المادة (٢٤) على ان يبين في نهاية هذه الفقرة ان المقصود بالارتباط هنا هو الارتباط القانوني كالآتي :

(لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو اللاحقة إذا لم تكن مرتبطة قانونا به)

حيث ان هذه الفقرة تعالج مشكلة تأثير بطلان العمل الإجرائي الباطل على الأعمال اللاحقة أو السابقة عليه .

٢- كما نوصي المشرع العراقي بتعديل نص الفقرة الثانية من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي بحيث يصبح نص الفقرة الثانية كالآتي :

(٢- إذا صدر حكم البداءة بناء على غش وقع من الخصم أو بناء على ورقة مزورة أو شهادة زور أو بسبب إخفاء الخصم ورقة قاطعة في الدعوى أو بسبب بطلان في الإجراءات أثر في الحكم) .

حتى لا يحرم الخصم من درجة من درجات التقاضي ، أي يكون بإمكانه استئناف الحكم الصادر متى كان فيه مخالفة في الإجراءات .

قائمة المصادر

أولا : القرآن الكريم

ثانًيا كتب التفسير :

١- العلامة أبي الفضل شهاب الدين سيد محمود الالا البغدادي ، **روح المعاني في ير القرآن العظيم والسبع المثاني** ، ج٤ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٢- العلامة أبي الفضل شهاب الدين سيد محمود الالا البغدادي ، **روح المعاني في تلرآن العظيم والسبع المثاني** ، ج٢٥ ، دار أحيـــاء التـــراث العربـــي ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٣- البيضاوي ، **تفسير البيضاوي** ، ج٤ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٤- محمد بن احمد وآخرون ، **تفسير الجلالين** ، ج١ ، ط١ ، دار الحديث ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

٥- د بن علي بن محمد الشوكاني ، **فتح القدير بين فني الرواية والدراية من علم التفسير** ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

ثالثا : كتب الحديث :

١- أبو داؤد السجسنى الازدي ، **سنن أبي داؤد** ، تحقيق محمد محمد محـــي الـــدين عبد الحميد ، ج٤ ، دار الفكر ، بلا سنة طبع .

٢- احمد بن علي بن حجر ابو الفضل العسقلالشافعي ، **فـــتح البـــاري** ، شـــرح صحيح البخاري ، تحقيق الدين الخصيب ، ج١٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٣- محمد بن إسماعيل أبوعبد الله البخاري الجعفي ، **الجامع الصـــحيح المختصـــر** ، تحقيق د . مصطفى ديب البغا ، ج٢ ، ط٣ ، بيروت ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

٤-محمد بن إسماعيل. الله البخاري الجعفي ، **الجامع الصحيح المختصر** ، تحقيق د . مصطفى ديب البغا ، ج٥ ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .

٥-محمد بن علي الشوكاني ، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير** ، ج٤ ، دار الفكر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٦-محمد مس الحق العظيم بادي ، **عون المعبود شرح سنن أبي داؤد** ، ج١٣ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ .

٧- الجرجاني ، **كتاب التعريفات** ، ج١ ، بلا مكان ولا سنة نشر .

رابعا : كتب اللغة :

١- إبراهيم مصطفى وآخرون ، **المعجم الوسيط** ، ج١ ، مطبعة مصر ، ١٨٣٠هـ - ١٩٩٦م .

٢- ابن منظور ، **لسان العرب** ، ج١ ، ط٤ ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

٣- أبو منصور محمد بن احمد أزهري ، **تهذيب اللغة** ، تحقيق محمد عوض مرعب ، ج٧ ، ط١ ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١ .

٤- جبران مسعود ، **الرائد** ، ط٢ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٧ .

٥- لويس معلوف ، **المنجد في اللغة والآداب والعلوم** ، ط١١ ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، ١٩٨٠.

٦-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرزي ، **مختار الصحاح** ، تحقيق محمود خاطر ، ج١ ، طبعة جديدة ، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

٧-محمد بن مكرم بن منظور الأفريقيمصري ، **لسان العرب** ، ج٢٢ ، ط١ ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع .

خامسا : كتب القانون :

١- إبراهيم المشاهدي ، **المختار من قضاء محكمة التمييز قسم المرافعات** ، ج١ ، منشورات دار الكندي ، بغداد ، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م .

٢- د . احمد أبو الوفا ، **أصول المحاكمات المدنية** ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٣ .

٣- د . احمد أبو الوفا ، **التعليق على نصوص قانون المرافعات** ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .

٤- احمد هبة ، **موسوعة مبادئ النقض في المرافعات** ، الكتاب الثالث ، ط١ ، دار الكتب ، ١٩٧٩.

٥- احمد هبة ، **موسوعة مبادئ النقض في المرافعات من (يناير سنة ١٩٧٢ حتى ٣٠ يونيو سنة ١٩٨٥)** ، ط١ ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

٦- د . ادم وهيب النداوي ، **المرافعات المدنية** ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٨٨ .

٧- د . أيمن احمد رمضان ، **الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات** ، دار الجامعة العربية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ .

٨- د . حسام ه صادق عبد الجواد وآخرون ، **الآثار الإجرائية للحكم القضائي المدني (دارسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية)** ، المركز القومي للصادرات القانونية ، بلا مكان نشر ، بلا سنة طبع .

٩- د . عباس العبودي ، **شرح أحكام قانون المرافعات المدنية** ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠ .

١٠- د . عبد التواب مبارك ، **الوجيز في أصول القضاء المدني** ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

١١- د . عبد الحكم فوده ، **البطلان في قانون الإجراءات الجنائية** ، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٦- ١٩٩٧ .

١٢- د . عبد المنعم الشرقاوي و د . فتحي والي ، **المرافعات المدنية والتجارية** ، دار النهضة العرة ، شارع عبد الخالق ثروت ، ١٩٧٦ – ١٩٧٧ .

١٣- المنامي علاء صبري التميمي ، **المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات** ، ٢٠٠٦ / ٢٠٠٧ / ٢٠٠٨ ، ط٢ ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠٠٩ .

١٤- د . فارس عمر علي الجرجري ، **التبليغات القضائية** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧ .

١٥- د . فتحي والي ، **الوسيط في شرح القضاء المدني** ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ .

١٦- د . فتحي والي ، **نظرية البطلان في قانون المرافعات** ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٩ .

١٧- القاضي مدحت المحمود ، **شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته القضائية** ، ج١ ، شركة الحسام ، بغداد ، ١٩٩٤ .

١٨- د . مفلح عواد القضاة ، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي** ، ط٣ ، مكتبة دار الثقافة ، عمان – الأردن ، ١٩٩٨ .

١٩- د . منصور حاتم محسن و د . هادي حسن الكعبي ، **الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز (دراسة مقارنة)** ، بلا دار نشر ، بابل ، بلا سنة طبع .

٢٠- د . نبيل إسماعيل عمر ، **عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات** ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بلا سنة طبع .

٢١- د . نشأت عبد الرحمن الاحُرس ، **شرح قانون أصول المحاكمات المدنية** ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨م .

٢٢- د . وجدي راغب ، **مبادئ الخصومة المدنية** ، ط١ ، دار الفكر العربي ، مصر ، ١٩٧٨ .

٢٣- د . سيد احمد محمود ، **أصول التقاضي وفقا لقانون المرافعات** ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٥ .

٢٤- د . احمد مسلم ، **التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة** ، بلا دار نشر ، عمان – الأردن ، ١٩٩٨ .

٢٥- د . سميح عبد القادر المجالي ، **أثر الجزاء الإجرائي في المركز القانوني للمتهم – دراسة مقارنة** ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦ .

سادساً : الرسائل :

١- أسامة عبد الله مد زيد الكيلاني ، **البطلان في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني (دراسة مقارنة)** ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس ، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، ٢٠٠٨ .

٢- وزان محمد شحاذة العرموطي ، **العيب الجوهري وأثره في بطلان الإجراءات القضائية** ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الشرق الأوسط ، ٢٠٠٩ .

٣- وعدي سليمان علي المزوري ،جزاءات **الإجرائية (دراسة مقارنة)** ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٠ .

سابعا : الاطاريح :

١- أجياد نايف الدليمي ، **إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية (دراسة تاصيلية تحليلية مقارنة)** ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠١١ .

٢- كريم خميس خصباك البديري ، **حق التقاضي في الدعوى الجزائية** ، ط١ ، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي ، كلية الحقوق ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٨ .

ثامنا : البحوث :

١- د . ياسر باسم و أجياد الدليمي ، **بحوث ودراسات في القانون الخاص** ، ج١ ، ط١ ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، بلا سنة طبع .

تاسعا : القوانين :

١- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٢- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النافذ .