Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 14 - Issue 2- September 2024 ايلول ٢٠٢٤ - العدد ٢- المجلد ١٤

Waiver of invalidity in civil lawsuits

[1] Assist. Lecturer. Sakhr Ahmed Nassif [2] Assist. Lecturer. Zaid Saadi Hamdi
[1] College of Law and Political Science/University of Diyala

Abstract:

The portrayal of waiver as an expression of will is inaccurate; Because, as some people imagine it to be merely an expression of the will without taking into account the content of the will itself, it is more correct to say that it is a will issued by the person concerned and do not be distracted from the fact that the law takes into account the will without its expression. Because the will has no legal value unless it comes into existence. As for the position of legislation regarding the stipulation of the idea of waiving adherence to invalidity, they differ among themselves in multiple directions. There are laws that referred to the idea of waiving invalidity and regulated it with special texts, including the Egyptian Civil and Commercial Procedures Code, which stipulates that invalidity It disappears if it is waived by the person for whose benefit it was legislated, explicitly or implicitly, with the exception of cases in which the invalidity is related to public order. To distinguish between waiving the claim to invalidity and the legal facts that negate the right to claim the invalidity, both are legal means that limit procedural invalidity. They play a role in preserving the judicial procedure. Therefore, they agree that they are means of punishment on the one hand, but they differ in several matters on the other hand, the most prominent of which is the waiver of the claim to invalidity, a judicial procedure that forms part of the dispute and creates a procedural effect on it, while the dropped facts are not judicial procedures, but rather material facts that create a direct legal effect in addition to The Iraqi Civil Procedure Code did not include an integrated theory of invalidity that distinguishes between formal and substantive defects in the procedure, similar to French law. Therefore, the research had to be divided into two sections, the first of which included the nature of the waiver of invalidity, while the second specialized in studying the effect of the waiver of invalidity.

1: Email:
SahkarJassm@yahoo.com
2: Email:
zaid.ssaid12@gmail.com

DOI
10.37651/aujlps.2024.149707.1254

Submitted: 13/6/2024
Accepted: 4/7/2024
Published: 2/9/2024

Keywords:
Nullity
Waiver
civil lawsuit

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

التنازل عن البطلان في الدعاوى المدنية

[١] م. م صخر احمد نصيف [٢] م. م زيد سعدي حمدي
كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة ديالى

المستخلص

تصوير التنازل كونه تعبير عن الإرادة فيه عدم دقة؛ لأنه وكما يتصوره البعض مجرد تعبير عن الإرادة دون الاعتداد بمضمون الإرادة ذاتها، فالأصح أن يقال بأنه إرادة صادرة من صاحب الشأن ولا ينصرف الذهن بأن القانون يعتد بالإرادة دون التعبير عنها؛ لان الإرادة لا قيمة قانونية لها إلاّ إذا ظهرت إلى الوجود أما عن موقف التشريعات من النص على فكرة التنازل عن التمسك بالبطلان تختلف فيما بينها لاتجاهات متعددة فهناك قوانين أشارت إلى فكرة التنازل عن البطلان ونظمتها بنصوص خاصة، ومنها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بنصها على أن البطلان يزول إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق البطلان فيها بالنظام العام، وللتمييز بين التنازل عن التمسك بالبطلان والوقائع القانونية المسقطة لحق التمسك بالبطلان كلاهما وسائل قانونية تحد من البطلان الإجرائي، فهما يلعبان دوراً في المحافظة على الإجراء القضائي، ولذلك فهما يتفقان كونهما وسائل موجهة للجزاء من جهة، الا انهما يختلفان بعدة أمور من جهة اخرى، وأبرزها التنازل عن التمسك بالبطلان إجراء قضائي يشكل جزءً من الخصومة ويرتب أثراً إجرائياً فيها، بينما الوقائع المسقطة ليست إجراءات قضائية وإنما وقائع مادية ترتب أثراً قانونياً مباشرة اضافةً إلى أن قانون المرافعات المدنية العراقي لم يتضمن نظرية متكاملة في البطلان تميّز بين العيوب الشكلية والموضوعية في الإجراء اسوة بالقانون الفرنسي ، لذا كان لابد من تقسيم البحث الى مبحثين تضمن الاول منهما ماهية التنازل عن البطلان بينما اختص الثاني بدراسة اثر التنازل عن البطلان .

الكلمات المفتاحية: البطلان، التنازل ، الدعوى المدنية.

المقدمة

إن الغاية القصوى والأساسية من إنشاء مرفق القضاء هي إقامة العدل بين الناس، وإعطاء كل ذي حق حقه ، وهذه الغاية محفوفة بمخاطر شديدة وصعوبات عديدة، فإذا كانت العدالة والحقيقة لا تنفصلان، وكان المجتمع الذي نعيش فيه ليس مثالياً، فإن الوصول إلى قضاء تتطابق قراراته مع الحقيقة الواقعية يصبح أمراً صعب المنال.

والأصل في المجتمعات الحديثة التي يسود فيها مبدأ الشرعية وسيادة القانون على الحكام والمحكومين هو احترام القانون بشكل تلقائي واختياري، وإذا عجزت الحماية القانونية عن تحقيق الحماية للحقوق الموضوعية، فلا يبقى أمام صاحب الحق سوى الالتجاء

إلى القضاء طالبا إياه الحماية القضائية؛ لأن القصاص ممنوع من قبل الشخص ذاته فلا يجوز لأحد أن يقتص لنفسه

إن إعمال البطلان يؤدي إلى حماية مرفق العدالة، كما أنه يحمي القاضي من نفسه بجواز تنحيه عن نظر الدعوى، كما أنه يؤدي إلى حماية الخصوم من بعضهم بعضا ومن تحكم القاضي وظلمه، ويجعل الخصومة المدنية خالية من أية إشكاليات، ومن الوصول إلى حكم عادل .

وقد اقتصرت هذه الدراسة على بحث البطلان في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي مقارنة مع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري دون غيرهما.

وتحديد الدراسة بهذه الصورة يرجع إلى هذين القانونين هما بمثابة الأم لباقي

القوانين الإجرائية الأخرى.

أولا : أهمية البحث

ونظرية البطلان هي احدى الجزاءات الاجرائية التي يفرضها المشرع على مخالفة العمل الاجرائي للمقتضى او النموذج الذي رسمه القانون له ومن هنا تأخذ اهميتها الا ان نظرية البطلان لم تلقى العناية الكافية لامن قبل الفقه ولا من قبل المشرع ، اذ هي نظرية حديثة النشوء فأول ما ظهرت كانت على شكل نصوص منفردة تنظم حالات خاصة وليست قاعدة عامة تشمل كل اجراءات قانون المرافعات ونجد ان تشريع الفرنسي قد قطع خطوات كبيرة في هذا المجال كذلك الامر في قانون المرافعات المصري الجديد اما الفقهاء العراقيون فلم يعطوا البطلان الاهمية التي تتناسب ومكانته في قانون المرافعات ، اذ اقتصروا على شرح

او بيان النصوص التي أوردها المشرع العراقي ولم يتطرقوا لفكرة الاخذ بنظرية عامة للبطلان ينص عليها قانون المرافعات العراقي تسري او تشمل كل اجراءات التقاضي ومن هنا يأتي الهدف من البحث وهو دراسة وبحث نظرية البطلان وامكانية الاخذ بها كنظرية عامة في قانون المرافعات العراقي اسوة بالقوانين العربية الاخرى التي اخذت بها.

ثانيا : أسباب اختيار الموضوع

هي بيان ان البطلان نظرية عامة لها شروطها وانواعها واحكامها ويمكن ان تطبيق على جميع الاعمال الاجرائية شأنها في ذلك شأن باقي نظريات القانون الأخرى . و بيان عدم الاقتصار على العيوب الشكلية التي تلحق العمل الاجرائي وانما ايضاً العيوب الموضوعية لاطراف العمل الاجرائي - بيان عدم الاقتصار على الغاء العمل الاجرائي الباطل بوصفه اثراً وحيداً يترتب.

على بطلان الاجراء وانما امكانية الاستعانة او اللجوء الى طرق او تدابير اخرى للحد من اثار البطلان والحيلولة دون الغاء العمل الاجرائي الباطل وبالتالي الرجوع الى ما قبل اتخاذ ذلك الاجراء ، وذلك اما بتصحيح العيب الذي لحق الاجراء وامكانية اعمال الاجزاء الباقية الصحيحة من العمل الاجرائي المعيب او امكانية اعمال الاجراء الباطل بتحوله الى عمل اجرائي اخر اذا ما توافرت فيه.

ثالثا : مشكلة البحث

تكمن مشكلة الدراسة في القصور التشريعي للتنظيم القانوني لبطلان العمل الإجرائي في القانون العراقي والمصري ، ذلك أن المشرع العراقي ولم يكونا موفقين عندما نظما البطلان بصورته الحالية، فلم يوفقا بين خطر البطلان على الخصم الذي يؤدي إلى ضياع حقوقه الإجرائية وبين خطر إهدار الشكل بحيث يهدر معه ضمانات التقاضي التي يكفلها للخصم الآخر، وكذلك التوفيق من جهة أخرى بين ما يفرضه القانون من بطلان على المخالفات الإجرائية مع ما يترتب على ذلك من ضياع للحقوق الموضوعية، وبين التضييق من البطلان والتقليل من حالات الحماية لهذه الحقوق كما أن القانونين المذكورين تناولا البطلان الأسباب شكلية، دون أن ينظما البطلان

ان موضوع التنازل عن بطلان الاجراء القضائي موضوع مهم للغاية ومن المواضيع التي تم التطرق اليها بنوع من الاختصار لا تتناسب مع اهميته الكبيرة في هذا الصدد وبصراحة هنالك الكثير من المشكلات التي يثيرها هذا البحث منها عدم وضع التشريع العراقي لأي نظرية في البطلان بل تطرق لهذا الموضوع بنوع من الاستحياء هنالك عدة

وسائل للحد من البطلان ما هو موقف المشرع العراقي من هذه الوسائل هل الوسائل المتبعة للحد من البطلان الاجرائي فعلا تقلل من البطلان ام هنالك طرق أخرى.

سيحاول الباحث الاجابة على هذه التسؤلات ولا يدعي الكمال فيه بل هو جهد متواضع قد يحتمل الصواب وقد يحتمل الخطاء الأسباب موضوعية، يضاف إلى المشكلات السابقة، أن المشرع العراقي جعلا.

شرط الضرر معيارا كمناط للبطلان وأساسا له سواء ورد النص على البطلان، أم لم يرد، ومن ثم لم يفرقا بين الحالتين، وهذا يعد قصورا تشريعيا، كما أن ورود عبارة العيب

الجوهري في نصوص البطلان لم يتم توضيح ماهيته.

رابعا: خطة البحث

على ذلك سيتم إن شاء الله تقسيم البحث الى مبحثين :

المبحث الأول يتناول مفهوم التنازل عن البطلان وسيتم تقسيمة الى ثلاث مطالب سنتناول في المطلب الأول معنى التنازل عن التمسك بالبطلان وطبيعته القانونية وفي المطلب الثاني تمييز التنازل عن البطلان عن غيره وشروط التنازل والمطلب الثالث صور التنازل عن البطلان، والمبحث الثاني أثر التنازل في البطلان الاجرائي وسيتم تقسيمة الى مطلبين الأول أثر التنازل على حق التمسك بالبطلان والثاني أثر التنازل على الإجراء القضائي

المبحث الاول : مفهوم التنازل عن البطلان

المطلب الأول : معنى التنازل عن التمسك بالبطلان وطبيعته القانونية

المطلب الثاني : تمييز التنازل عن البطلان عن غيره وشروط التنازل

المطلب الثالث : صور التنازل عن البطلان

المبحث الثاني : أثر التنازل في البطلان الاجرائي

المطلب الأول: أثر التنازل على حق التمسك بالبطلان

المطلب الثاني: أثر التنازل على الإجراء القضائي

I. المبحث الاول

مفهوم التنازل عن التمسك بالبطلان

لدراسة دور التنازل في الحد من البطلان الإجرائي من الطبيعي أولاً بيان مفهوم التنازل عن التمسك بالبطلان من خلال بيان المقصود بهذا التنازل وطبيعته القانونية وتمييزه من غيره وذكر شروط التمسك به، وسيكون بتقسيم المطلب على فرعين: في الأول نتناول معنى التنازل عن التمسك بالبطلان، بينما الثاني سيكون لبيان طبيعته القانونية، أما الثالث فسيخصص لبيان تمييز فكرة التنازل من بعض المفاهيم المقاربة، والفرع الأخير فهو لبيان شروط التنازل.

I.أ. المطلب الاول

معنى التنازل عن التمسك بالبطلان وطبيعته القانونية

في بادء الامر لابد من معرفة ما هو معنى التنازل بشكل عام في اللغة وفي الاصطلاح اذ انه هنالك الكثير من التعاريف التي اثيرت في هذا الموضوع والتي تثير اللبس والغموض كثيرا هذا سوف يكون محور الاول من هذا المطلب

اما في المحور الثاني سوف نتكلم عن طبيعته القانونية اذ ان كثير من الشراح قد اغفل هذه المسألة المهمة في هذا الصدد وسنقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي

الفرع الاول: معنى التنازل عن التمسك بالبطلان

الفرع الثاني: طبيعة القانونية للتنازل عن التمسك بالبطلان

I.أ.١. الفرع الاول

معنى التنازل عن التمسك بالبطلان

التنازل لغةً من نزل نزولاً أي هبط من علو إلى سفل ويقال نزل فلان عن الأمر والحق أي تركه فكأنه كان مستعلياً ومستولياً عليه ثم تركه واستنزل فلان أي حط من مرتبته[١] .

(١). زين الدين أبو عبد الله الرازي، *مختار الصحاح*، ط١، (بيروت – لبنان: المكتبة العصرية،)١٩٩٩، ص٦٨٨.

اما اصطلاحاً، فقد وردت تعاريف عدة للتنازل عن التمسك بالبطلان، فمنهم من عرفه بأنه "تعبير عن الإرادة صادر من صاحب الشأن – من تقرر البطلان لمصلحته – يهدر بموجبه حقه بالبطلان فيحول الإجراء الباطل إلى إجراء صحيح بأثر رجعي "[١]، ولا يسلم هذا التعريف من المآخذ وهي :-

١. تصوير التنازل كونه تعبير عن الإرادة فيه عدم دقة؛ لأنه يصوره مجرد تعبير عن الإرادة دون الاعتداد بمضمون الإرادة ذاتها، فالأصح أن يقال بأنه إرادة صادرة من صاحب الشأن ولا ينصرف الذهن بأن القانون يعتد بالإرادة دون التعبير عنها لان الإرادة لا قيمة قانونية له إلاّ إذا ظهرت إلى الوجود
٢. افتراض التنازل يحول الإجراء الباطل إلى صحيح وهذا غير دقيق؛ لأن الإجراء يضل معيباً ويبقى العيب ملتصقاً به ولكنه يرتب أثر الإجراء السليم.

وهناك أيضاً من عرفه "إعلان الخصم صاحب المصلحة عن ارادته في النزول عن التمسك بالجزاء، أياً كانت طريقة التعبير عن إرادة النزول سواء كان تعبيراً صريحاً أم ضمنياً "[٢]، وهذا التعريف رغم انه يتلافى جزئياً ما وقع به السابق من افتراض التحوّل في الإجراء إلاّ أنّه يركز أيضاً على فكرة إعلان الإرادة والتعبير عنها.

التنازل عن البطلان يعرفه الباحث : وهو صلاحية يمنحها القانون لمن استحقة الاحتجاج بالبطلان ممكن من خلالها او يمكنها من خلالها بترك الاحتجاج بالبطلان وعدم المطالبه به اثناء تقديم الدفوع وكما يعدو من امثلة عدة الصورة ترك الدعوى على الرغم من استحقاق المدعي الحكم لصالها بموجب البطلان

ينطلق التنازل من مبدأ حرية الإرادة فالإرادة كما لها الحق في الاتجاه نحو تفعيل الجزاء الإجرائي إذا توافرت شروطه فهي حرة أيضاً في التنازل عنه ففي اللحظة ذاتها التي ينشأ فيها العيب ينشأ حقاً إجرائياً بالتمسك بالبطلان وينشأ حق أخر للخصم بالتنازل عنه[٣]، ولهذا فأن القوانين إنما تجيز التنازل؛ لان ذلك يتناسب مع مبدأ حرية الإرادة كما أن في الوقت نفسه وسيلة فعالة من وسائل الحد من البطلان الإجرائي، وهذا يتناسب مع سياسة التشريعات

(١). د. أحمد هندي ، *التمسك بالبطلان في قانون المرافعات*، ط١، (الاسكندرية – مصر: دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٥)، ص٣٨.

(٢). د. ايمن أحمد رمضان، *الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات*، ط١، (دار الجامعة الجديدة للنشر: ٢٠٠٥)، ص٧٠٠.

(٣). في بعض الأحيان ينشأ حقاً للخصم بالتمسك بالجزاء ولكن القانون من تلقاء نفسه يسقط هذا الجزاء دون النظر الى إرادة الخصم، كسقوط الدفع بالبطلان أو الدفع بعدم الاختصاص المكاني بالتعرض لموضوع الدعوى، فالقانون يمنح الخصم حقاً إجرائياً بالتمسك بهذا الجزاء. ويسقط الحق بالتمسك بالجزاء من تلقاء نفسه، بتحقق هذه الوقائع دون النظر الى إرادة الخصم .

الإجرائية في المحافظة على الإجراءات القضائية والوقاية من الهدر الإجرائي الذي يسببه البطلان الإجرائي.

ولأنّ التنازل إرادة صادرة من الخصم الموجه إليه الإجراء، تتجه لإسقاط حقها الخاص بالبطلان، فلا يشترط فيها أن تقترن بقبول الطرف الأخر في الدعوى، فلا يتوقف ترتيب الأثر على قبول الخصم الأخر وموافقته فالتنازل يصب في مصلحته في الغالب، وعلى افترض رفضه فلا يعتد بذلك طالما تنازل الخصم عن البطلان مالم يكن الخصم الرافض له مصلحة في عدم التنازل[١] .

وإذا كان التنازل لا يتوقف على قبول الخصم، فأنه من جانب أخر لا يتوقف على قرار من المحكمة بخلاف التمسك بالبطلان الذي يترتب أثره لحظة صدور قرار منها بإبطال الإجراء، ولذلك يرتب الاقرار أثراً في إسقاط حق الخصم بالتمسك بالجزاء الإجرائي بمجرد وجود إرادة سليمة معبر عنها بالوسائل القانونية، ولذلك يعد ملزما للخصم ولا يستطيع العدول عنه لأنه إسقاط والساقط لا يعود[٢].

فيمكن القول بأن التنازل عن البطلان (ارادة من الخصم معبر عنها بشكل صريح أو ضمني مسقطة لحقه في التمسك بالبطلان الإجرائي)، لذلك، فالتنازل عن البطلان هو:-

أما عن مواقف التشريعات من النص على فكرة التنازل عن التمسك بالبطلان، فهي تختلف في اتجاهات متعددة: فهناك قوانين أشارت إلى فكرة التنازل عن البطلان ونظمتها بنصوص خاصة، منها المادة (٢٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري "يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق البطلان فيها بالنظام العام"[٣] .

وهناك من لم ينص بإشارة صريحة إلى التمسك ببطلان الإجراء القضائي وإنما نظم حالة التنازل عن الإجراء ولأنّ الدفع هو صورة من صور الإجراء القضائي فيشمل بحكم هذه

---

(١). د. اجياد ثامر نايف الدليمي، *احكام التنازل وابطال عريضة الدعوى واثاره القانونية*، (مصر: دار الكتب القانونية ،٢٠١٢)، ص٩٦.

(٢). د. أحمد هندي، مصدر سابق، ص٤٧ .

(٣). وقد طبق القضاء المصري فكرة التنازل عن التمسك بالبطلان، إذ قضت محكمة النقض "المقرر – فى قضاء محكمة النقض – أنه يتعين على المحكمة إلاّ تقضى فى الدعوى إلاّ بعد التحقق من صحة الإعلانات التي يجرى بها الميعاد قبل رفعها وحصول الإعلان وفق صحيح القانون أو التنازل من قبل من شرع لمصلحته الإعلان " الطعن رقم ٣١٩٦ لسنة ٧٢ جلسة ٢٠١٩/١/١٤، منشور في موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٨وانظر في هذا الاتجاه أيضاً، المادة (٢٥)، من قانون اصول المحاكمات الاردنية. والمادة (٥٩) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني. والمادة (٢٠)، من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

المادة وهذا ما سار عليه القانون العراقي إذا أشار في المادة (٨٩) من قانون المرافعات العراقي إلى التنازل عن الإجراء " إذا تنازل الخصم أثناء الدعوى عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعة صراحة اعتبر الإجراء أو الورقة كان لم تكن " .

I.ب. المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للتنازل عن التمسك بالبطلان

لابد من الإشارة أن التنازل عن التمسك بالبطلان بحد ذاته إجراء قضائياً في الدعوى صادر من الخصم المتنازل فهو عمل قانوني إيجابي يعد جزءً من الخصومة ويؤثر مباشرة في الدعوى لأنه ينهي التمسك بإجراء قضائي متمثل بالدفع بالبطلان

فإذا قلنا أن الإرادة تكفي في اللجوء للتنازل دون أن يكون لها دور في تحديد مضمون العمل واثاره فيكون التنازل مجرد واقعة إرادية، أما إذا كان للإرادة دوراً في تحديد مضمون العمل، فتكون طبيعته القانونية تصرفاً قانونياً إجرائياً[١].

وعلى الرغم من أن الفقه الإجرائي يمر على فكرة التنازل عن البطلان أو الإجراء إلاّ أنّه في الغالب يغفل تناول الطبيعة القانونية وهنالك اتجاهين في هذا الخصوص :-

فالتنازل عن التمسك بالبطلان كونه تنازلا عن دفع من الدفوع الإجرائية فيعد تصرفاً قانونياً إجرائياً تطبق عليه كل القواعد التي تسري على التصرفات القانونية بالقدر الذي يتناسب مع طبيعته في ظل قانون المرافعات.

اذ أن الإرادة لها دور في الالتجاء إلى العمل – التنازل عن البطلان– ولذلك لا يعد التنازل واقعة مادية محضة؛ لان الإرادة لها دور في الاتجاه نحو الفعل، وهذا أمر بديهي؛ لأن أي عمل صادر من الخصم هو عمل ارادي يعد تصرفاً قانونياً إجرائياً، وعلى أساس ذلك فان التنازل عن التمسك بالبطلان يعد :

الاتجاه الأول تصرفاً قانونياً: لأن إرادة الخصم وقت التمسك بالبطلان لم تتجه فقط إلى العمل- التنازل - وإنما اتجهت لترتيب آثاره وهو إنهاء حق إجرائي قائم للخصم، ففي وقت تشكل الرغبة لديه أراد الوصول إلى الغاية وهي إسقاط حقه بالتمسك بالبطلان، ولذلك توقع تحقيق هذه الغاية فقرر التنازل عنه ، فالخصم حينما يتنازل عن التمسك ببطلان الإجراء إنما يريد

(١).د. عباس العبودي، *شرح أحكام قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية* – ، (بغداد – العراق: مكتبة السنهوري ، ط١، ٢٠١٥)، ص١٤٩.

العمل وهو التنازل ويريد آثاره أيضاً وهي إسقاط حق التمسك بالبطلان، ولذلك يصح القول بأنه تصرفاً قانونياً إجرائياً،

الاتجاه الثاني إجراء قضائياً: لأنه تنطبق عليه كل ما يتعلق بالعمل الإجرائي من سمات كونه مسلك إيجابي وجزء من الخصومة ويرتب أثراً إجرائياً فيها، ويتمثل هذا الأثر في إنهاء حق الخصم بالتمسك بالبطلان.

من كل ما تقدم نصل إلى نتيجة مفادها بأن التنازل عن التمسك بالبطلان ما هو إلاّ تصرفاً قانونياً من جانب واحد تنطبق عليه القواعد الخاصة بالتصرفات القانونية ولا يلزم لصحة التنازل أو لإتمامه أن يصادف قبولاً من جانب المدعى عليه شريطة صدوره من صاحب المصلحة مستوفياً لشروطه القانونية.

I.ب.١. الفرع الاول

تمييز التنازل عن التمسك بالبطلان عن غيره

التنازل عن التمسك بالبطلان كوسيلة للحد منه له أحكامه الخاصة وآثاره النهائية على الحكم القضائي ورغم ذلك يقع من البعض خلط بينه وبين الأنظمة القانونية التي تشبهه وخاصة في الأثر النهائي وسنميز في هذا الفرع بين هذا التنازل وبين فكرتين نجد في كتابات البعض خلطاً بينهما وهما:-

أولاً التمييز بين التنازل عن التمسك بالبطلان والوقائع القانونية المسقطة لحق التمسك بالبطلان :

وذهب البعض إلى القول بأن الوقائع القانونية المسقطة، ما هي إلاّ تنازل عن التمسك بالبطلان، ولكن يمكن ان نقول بأن التنازل عن التمسك بالبطلان يختلف اختلافاً جذرياً عن الوقائع القانونية المسقطة؛ صحيح أن التنازل والوقائع المسقطة يختلفان في جوانب معينة إلاّ أنهما يتشابهان في جوانب عدة ، ونقاط التشابه تتمثل في:-

١. كلاهما وسائل قانونية تحد من البطلان الإجرائي، فهما يلعبان دوراً في المحافظة على الإجراء القضائي، ولذلك فهما يتفقان كونهما وسائل موجهة للجزاء وليس للعيب الإجرائي.

٢. كلاهما ينتهيان إلى نتيجة واحدة، وهي عدم قدرة الخصم بالتمسك بالبطلان بعد حصول التنازل أو الواقعة القانونية المسقطة [١].
٣. التنازل عن التمسك بالبطلان والوقائع القانونية المسقطة يبقيان العيب الإجرائي على حاله فلا يصحح العيب أو يتحوّل إلى اخر صحيح ، إنما يسقط الحق بالتمسك بالبطلان على الرغم من وجوده.

الا انهما يختلفان بعدة امور، وأبرزها:-

١. التنازل عن التمسك بالبطلان إجراء قضائي يشكل جزءً من الخصومة ويرتب أثراً إجرائياً فيها، بينما الوقائع المسقطة ليست إجراءات قضائية وإنما وقائع مادية ترتب أثراً قانونياً مباشراً.
٢. التنازل عن التمسك بالبطلان تصرف قانوني إجرائي من جانب واحد، بينما الوقائع القانونية المسقطة - كالتعرض لموضوع الدعوى - هي وقائع قانونية مادية لا دور للإرادة في ترتيب آثارها ولا حتى في اللجوء اليها .
٣. لكي يرتب التنازل أثره يفترض في الشخص أن تكون لديه إرادة وان تكون ارادته صحيحة وينظر لعيوب الإرادة وقت التنازل عن التمسك بالبطلان بخلاف ذلك في الوقائع المسقطة فلا ينظر لإرادة الفرد ولا اهليته ولا لعيوب الإرادة فالتعرض لموضوع الدعوى يسقط حق الخصم بالتمسك بالبطلان ولو أعلن الخصم إرادة عكسية لأثار التعرض لموضوع الدعوى.
٤. يستخلص التنازل الضمني من وقائع لا حد ولا حصر لها، بينما الوقائع المسقطة محددة في القانون لا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها لأنها ترد خلاف القواعد العامة ضد مصلحة الخصم ولا يجوز حرمان صاحب الحق من حقه إلاّ بنص صريح [٢].

ثانياً: التمييز بين التنازل عن التمسك بالبطلان و تصحيح البطلان :

التنازل عن التمسك بالبطلان، كتصرف قانوني يتميز عن تصحيح البطلان الإجرائي ورغم ذلك وقع خلط بينهما حينما صوّر البعض التنازل تصحيحاً للبطلان، أي جعل التنازل إحدى وسائل التصحيح الواقعة بقوة القانون[٣].

ويتشابه كل من التنازل والتصحيح في نقاط معينة ويختلف في أخرى، ويكمن التشابه بينهما في:-

(١). د. علي ابو عطية هيكل ا، *فكرة الاعفاء من لجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب*، (الاسكندرية – مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧)، ص٨١ .
(٢). د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زعلول، مصدر سابق، ص٦٨٧.
(٣). د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زعلول، مصدر سابق، ص٦٨٦. د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢١٦.

١. كل من التنازل والتصحيح وسائل قانونية تقلل من حالات البطلان، ولذلك أجازت التشريعات كل منهما لأنها تتناسب مع سياستها الرامية للتقليل من حالات البطلان قدر الامكان.
٢. ينتهيان إلى النتيجة نفسها فالتصحيح والتنازل يمنعان الخصم في التمسك بالدفع بالبطلان فبعد إتمام التصحيح أو التنازل لا حق للخصم في التمسك بالبطلان.

أما الاختلاف بينهما، فيبرز في:-

١. التنازل عن التمسك بالبطلان تصرف قانوني صادر بإرادة الخصم أما التصحيح هو إضافة مقتضى ناقص أو معيب للإجراء القضائي ولا يتم بالضرورة من قبل القائم بالإجراء.
٢. نطاق التنازل يقتصر فقط على القواعد المقررة للمصلحة الخاصة بينما التصحيح يمتد لكل القواعد الإجرائية المقررة لمصلحة عامة أو خاصة.
٣. العيب الإجرائي يبقى بعد التنازل عن التمسك بالبطلان رغم سقوط حق الخصم بالتمسك بالبطلان أما تصحيح البطلان فهو يصحح العيب الإجرائي ويزيل العيب من الإجراء بعد تصحيحه وعليه ولطالما زال العيب فلا يبقى محل للتمسك ببطلانه.
٤. التصحيح هو وسيلة قانونية لتفادي البطلان موجهه إلى المخالفة الموجبة للحكم ببطلان العيب أما التنازل فهو من القيود التي تضعها التشريعات والموجهة بالتحديد للجزاء الإجرائي[١]. فالتصحيح هو تصحيح للمخالفة بينما التنازل هو مسقط للتمسك بالجزاء.

I.ب.٢. الفرع الثاني

شروط التنازل عن الحق بالتمسك بالبطلان

توصلنا فيما مضى إلى أن التنازل عن التمسك بالبطلان هو إجراء قضائياً وفي الوقت ذاته تصرفاً قانونياً بارادة واحدة ولذلك يفترض توفر أبرز العناصر الواجب توفره في التصرف القانوني والإجراء القضائي

وينبغي الإشارة مقدما إلى أن التنازل عن التمسك بالبطلان لا يشترط فيها شكلاً معينا كبعض الإجراءات القضائية فهي تصح سواء كتابة أو شفاها وهذا ما سنفصله عند الحديث عن صور التنازل، ولذلك سنركز في هذا الفرع على أبرز الشروط وهي:-

(١). د. أحمد ابو الوفا، الدفوع، *نظرية الدفوع في قانون المرافعات*، ط٥، (الاسكندرية – مصر: منشأة المعارف ، ١٩٧٧)، ص١٤٦.

الشرط الأول: صدور التنازل من قبل صاحب الصفة :

وصاحب الصفة في التنازل عن البطلان هو من شرع البطلان لمصلحته أي من وجه إليه الإجراء [١] لان الضمانة التي قصدها المشرع اختلت لوجود عيب في الإجراء الموجه إليه، ولذلك لا يحق لأي طرف أخر في الدعوى سواء كان خصما في الدعوى أو المحكمة ممارسة حق التمسك بالبطلان طالما لم يقرر البطلان لمصلحته وإذا تقرر الحق بالتمسك بالبطلان لأكثر من خصم في الدعوى جاز لأي منهم التنازل عن حقه هذا [٢] وهذا الشرط ما هو إلاّ تطبيق للقاعدة الإجرائية بعدم قبول أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه مصلحة قائمة يقرها القانون.

ومن الجدير بالذكر ان القانون العراقي اشترطت المادة (٥٢) من قانون المرافعات العراقي تفويضاً خاصاً للتنازل عن الحق [٣] فالتنازل عن البطلان الإجرائي يحتاج لتفويض خاص من قبل الموكل ولا تكفي الوكالة العامة لذلك فالمحامي لا يحق له التنازل عن التمسك ببطلان الإجراء القضائي مالم يكن مفوضاً من قبل الموكل.

الشرط الثاني: وجود إرادة التنازل:

لان التنازل تصرف ارادي من جانب واحد فيفترض وجود الإرادة وصحتها .

فإذا لم تكن هذه الإرادة موجودة فلا يمكن الكلام عن التنازل وحتى تكون الإرادة موجودة لابد من وجود اهلية التنازل والأهلية المطلوبة هي أهلية التقاضي [٤]؛ لأن الخصم لم ينقل حقه الذي تنازل عنه للغير وإذا كان التنازل يفيد الخصم فهي نتيجة غير مباشرة له [٥] ولأنّ القانون اشترط الأهلية لقبول الدعوى فمن باب أولى انه يشترطها لمباشرة أحد إجراءاتها أو التنازل عنها، ومتى ما وجد القاضي أن الخصم لا تتوفر فيه هذه الأهلية بطل تنازله.

(١). ولا يمكن صدور التنازل من قبل من قام بالإجراء وان كان الإجراء معيباً ؛ لأن البطلان لا يتقرر لمن يتسبب به.
(٢). د. علي ابو عطية هيكل، در الجامعة الجديد مرجع سابق، ص٩١.
(٣). تنص المادة (٢/٥٢)، من قانون المرافعات العراقي على " الوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الاقرار بحق ولا التنازل عنه .....".
(٤). وشرط الأهلية بديهي في الإجراء القضائي لأنه يفترض فيه اكتمال اهلية التقاضي في الخصوم وقت رفع الدعوى.
(٥). د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زعلول، مصدر سابق، ص٦٨١.

ولا يكفي وجود الإرادة كي يرتب التنازل أثره بل يشترط عدم تعيبها بأي عيب من عيوب الارادة، فيجب أن تكون واعية وحرة ، فإذا كان المتنازل مكرهاً ، لا يصح تنازله؛ لأن الإرادة لم تكن حرة بالإلتجاء إليه على الرغم من وجودها

اما الكشف عن الإرادة، فمن السهل الوصول إلى ذلك إذا كانت بمظهر صريح، أما إذا ظهرت بشكل ضمني يقع على القاضي التزام بضرورة التأكد من اتجاه الإرادة للتنازل عن التمسك بالبطلان.

ويشترط أيضاً في التنازل أن يكون أثناء الدعوى، أما التنازل السابق إذا لم يقدم أمام المحكمة اثناء النظر في الدعوى فلا يعتد به وقد أشار المشرع العراقي إلى ذلك صراحة في المادة (٨٩) في قانون المرافعات بالقول " إذا تنازل الخصم اثناء الدعوى عن إجراء ..."، مما يفهم أن التنازل كي يترتب أثره يشترط تقديمه أثناء الدعوى وأمام المحكمة التي تنظر فيها.

الشرط الثالث: إلاّ يكون البطلان متعلقاً بالمصلحة العامة:

ليس كل دفع بالتمسك بالبطلان - كمحل للتنازل- يجيز القانون التنازل عنه، فالدفع بالبطلان المتعلق بالنظام العام هو خارج نطاق التنازل عن التمسك بالبطلان لأنه يخضع لقواعد تختلف عن الدفع المتعلق بالمصلحة الخاصة والعلة من ذلك واضحة لان المصالح العامة تسمو فوق أي اعتبار[١].

فلا يجوز مثلاً النزول عن الحق في طلب بطلان صحيفة الاستئناف لرفعها بعد الميعاد القانوني ولا يجوز التنازل عن بطلان الخبرة إذا كان الخبير غير مقيد في جدول الخبراء أو أنجز عمله دون تحليفه اليمين أو إذا لم يوقع المبلغ على ورقة التبليغ فهذه الصور من العيوب الإجرائية لا يمكن التنازل عنها من قبل أي جهة من الجهات لأنها مقررة للمصلحة العامة.

والوصول إلى معرفة تعلق البطلان بالنظام العام من عدمه من خلال النظر إلى طبيعة المصلحة المراد حمايتها من الشكل، فإذا توصلت المحكمة إلى تعلق الشكل بمصلحة عامة يفترض ابطال كل تنازل يرد عليه لأنه متعلق برعاية مصلحة لا تدخل في سلطة الخصم التنازل عن عيوبها[٢] فيجوز للخصم التمسك بالبطلان بعد تنازله ويجوز ذلك لغيره من ذوي المصلحة وللمحكمة من تلقاء نفسها القضاء بالبطلان.

(١). د. الانصاري حسن النيداني، *العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها*، ط١، (الاسكندرية – مصر: دار الجامعية الجديدة ، ٢٠٠٩)، ص٣٢١.
(٢). د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢١٦. د. أحمد هندي، مصدر سابق، ص٥٤. د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، مصدر سابق، ص٢٤٤.

أما الدفع بالبطلان المقرر لمصلحة أحد الخصوم، فجائز التنازل عنه من قبل الخصم المقرر لمصلحته، فبطلان التبليغ لعدم إجرائه في المدة المحددة قانوناً أو بطلانه لعدم التبليغ في المحل المختار المعين، فهذه الصور من العيوب مقررة لمصلحة الخصوم يمكن التنازل عنها بشكل صريح أو ضمني لعدم تعلقها بالنظام العام[١].

وقد أشار قانون المرافعات المصري إلى هذا الشرط في المادة(٢٢) منه " يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمنا وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق البطلان فيها بالنظام العام"[٢]، ولم يشر القانون العراقي لذلك، رغم انه من البديهي أن كل ما يتعلق بالنظام العام لا يمكن التنازل عنه رعاية للمصلحة العامة التي يحميها. لكن ولتاكيد على هذه المسئلة نهيب بالمشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع المصري الى انه الحلات المتعلقة بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه

I.ج. المطلب الثالث

صور التنازل عن البطلان

هنالك عدة صور للتنازل عن البطلان منها من حيث وقت صدوره ومن حيث التعبير عن الارادة الذي يهمنا هنا هو من حيث التعبير عن الارادة والذي سيتطرق لها الباحث حيث ان

الإرادة هي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين ولا قيمة قانونية له مالم يظهر إلى العالم الخارجي وتظهر بصور متعددة صريحة منها أو ضمنية ويضيف البعض صورة ثالثة وهي المفترضة، وعلى أثر ذلك تتعدد صور التنازل عن البطلان الإجرائي بحسب الطريقة التي يعبر فيها عن الارادة سنتولى تفصيل هذه الأنواع في فقرات ثلاثة نخصص الأولى للتنازل الصريح والثانية للتنازل الضمني،.

اولا: التنازل الصريح

بداية نقول ان مرجع التنازل هي الإرادة فيكون التنازل صريحاً إذا كان التعبير عنها - عنصرها المادي المحسوس – صريحا وذلك باستعمال وسيلة تكشف بذاتها عنها، فيكون مجرد استعمالها دالاً على ما تهدف إليه من أثر قانوني.

(١). د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زعلول، مصدر سابق، ص٦٨٣.
(٢)، د. محمد العشماوي، د. عبد الوهاب العشماوي ، *قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن* ، (القاهرة – مصر: المطبعة النموذجية ، ١٩٥٧)، ص٢٨١ هامش رقم ١.

وتختلف صور التعبير الصريح عن الإرادة فقد يكون بالكلام ويؤدي اللسان هذه الالفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة بواسطة رسول أو وكيل وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة سواء كانت مكتوبة باليد أو بالآلة الطابعة أو بأي طريقة أخرى وقد يكون التعبير أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً فإشارة الأخرس الواضحة غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ولا تقتصر الإشارة على الأخرس، فالإشارة من غير الأخرس التي تعارف الناس عليها على أساس أن لها معنى خاص تعد تعبيراً صريحاً عن الإرادة [١].

فالتنازل الصريح عن البطلان الإجرائي يُتخذ شكل إعلان إرادي صريح وقاطع في نزول صاحب الحق في التمسك بحقه المتمثل بالدفع بالبطلان، ولا يشترط شكلاً خاصاً فيه، فكل الصور السابقة للتعبير الصريح عن الإرادة يمكن اتخاذها كوسائل للتعبير الصريح عن إرادة صاحب الحق بالتنازل عن التمسك بالبطلان [٢]، فيستوي أن يكون التعبير عن إرادة التنازل شفاهاً بالجلسة دون التقييد بألفاظ معينة، أو قد يقع كتابة بلائحة تقدم إلى المحكمة ذاتها، أو بالإشارة التي تعبر بشكل قطعي وجازم عن إرادة التنازل.

فالمهم أن يكون اللفظ أو الإشارة أو الكتابة دالة بصورة واضحة عن إرادة التنازل عن التمسك بالبطلان .

وقد أشارت التشريعات لهذه الصورة من التنازل، فقد نصت المادة (٨٩) من قانون المرافعات العراقي إلى ذلك بالقول "إذا تنازل الخصم اثناء الدعوى عن إجراء أو ورقة من اوراق المرافعة صراحة ...". وقد أشارت إلى ذلك أيضاً المادة (٢٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري " يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع البطلان لمصلحته صراحة أو ضمنا ..."

ثانيا: التنازل الضمني

فقد يتخذ التعبير عن الإرادة سلوك معين يفهم من خلاله إتجاه إرادة الشخص إلى الفعل أو الرجوع عنه وتسمى هذه الصورة بالتعبير الضمني أو غير المباشر عن الإرادة [٣]، وتكون الإرادة ضمنية إذا كان المظهر الذي اتخذه الشخص ليس في ذاته موضوعاً للكشف

(١) .د. عبد الرزاق السنهوري، المجلد الاول، ج١، *الوسيط في شرح القانوني الجديد - مصادر الالتزام-* ، المجلد الأول، ج١، (بيروت – لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٠)، ص ١٨٨.

(٢). د. أحمد السيد صاوي، *شرح قانون المرافعات المدنية*، (القاهرة – مصر: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦)، ص٦٥٨ .

(٣). وتنص المادة (٢/٩٠)، من القانون المدني المصري " يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الأطراف على أن يكون صريحاً " ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني العراقي.

عن الارادة ولكن لا يمكن تفسيره دون وجود هذه الإرادة[١] ولذلك فأن التعبير الضمني ليس له صورة محددة، فقد يكون بلفظ معين أو بالكتابة أو بأي طريقة أخرى لا يعبر فيها الخصم بشكل صريح عن اتجاه ارادته للفعل وإنما يُكشف عنها بوسيلة غير مباشرة.

والتنازل الضمني عن البطلان هو سلوك من الخصم يدل بالضرورة على إرادة من قام به في النزول عنه، أو بمعنى أوضح هو سلوك من الخصم يدل على استعداده لتحمل آثار العمل المعيب[٢]، سواء كان هذا السلوك ايجابياً أم سلبياً سواء بقول أم عمل أم إجراء دالاً بذاته على التنازل عن التمسك بالبطلان دلالة لا تحتمل الشك وتعبر عن إرادة لدى الخصم باتخاذ هذا السلوك، وحتى تتكشف عن إرادة الخصم الضمنية للنزول عن البطلان يفترض أن يكون هناك علم مسبق للخصم بالإجراء وبالعيب الموجب للبطلان فيه [٣].

وإذا صدر من الخصم - صاحب المصلحة بالتمسك بالبطلان - سلوكا أو موقفاً (قول أو فعل أو إجراء) يدل بذاته دلالة جازمة لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على قصد الخصم بترك حقه في البطلان، ولم يصدر عنه ما يناقض تلك الدلالة من تحفظات، فان النزول ينتج أثره ويترتب على الإجراء المعيب آثار الإجراء الصحيح[٤].

ويبرز في التنازل الضمني دوراً واضحاً للقاضي بالكشف عن اتجاه إرادة الخصم، إذ يقع على عاتقه الكشف من خلال الوقائع عن اتجاه نية الخصم بالتنازل عن التمسك بالبطلان من عدمه، فاتخاذه موقف معين لا يعني تنازله عن البطلان مالم يتحقق القاضي بما لا يقبل الشك من اتجاه إرادة الخصم نحو التنازل [٥]، والقاضي في استخلاصه للنزول الضمني لا يخضع لرقابة محكمة التمييز إلاّ في وجوب بيان أسباب معقولة وكافية لاستنتاجه[٦].

---

(١). د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٨٩.

(٢). د. نبيل اسماعيل عمر، *إعلان الأوراق القضائية، إعلان الأوراق القضائية* – ، ط١، (الاسكندرية – مصر: منشأة المعارف ، ١٩٨١)، ص٢٣٤. د. أحمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٦٨٥.

(٣). وقضت محكمة النقض المصرية "..... والنزول الضمني عن الحق المسقط له - وعلى ما هو مقرر في قضاء محكمة النقض - يكون بقول أو عمل أو إجراء دال بذاته على ترك الحق دلالة لا تحكمها الشك ومتى تم النزول عن التمسك بالبطلان صراحة أو ضمناً فإنه يقع باتاً فلا يجوز النزول عنه أو التحلل من آثاره ..". الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٨٠ جلسة ٢٠١٢/٩/٢٥ منشور على موقع محكمة النقض المصرية. www.hjc.iq/qview . تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٦/١١.

(٤). د. أحمد هندي، مصدر سابق، ص٤٤. انظر كذلك، د. أحمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥٦٧ .

(٥) وقضت محكمة النقض المصرية بالطعن رقم ٧٠٧ في ١٩٨٢/١١/١٨ السنة ٤٩ ق " استخلاص النزول الضمني عن الدفوع الشكلية من إطلاقات محكمة الموضوع، طلب تأجيل الدعوى لتقديم مستندات لا يعد تنازلا عن الدفع الشكلي ". مشار إليه د. أحمد مليجي، ج٢، مصدر سابق، ص٧٠٣.

(٦). . د. أحمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥٦٣.

فعلى القاضي البحث عن إرادة الخصم في سلوكه، وهو يبحث عما إذا كان العمل الذي يراد اعتباره تنازلاً يمكن أن يتفق في ذهن من قام به مع إرادة التمسك بالبطلان من عدمه، فإذا وجد أن العملين يمكن أن يتوافقا دون وقوع مخالفة للمنطق فلا يفترض في الحالة هذه وجود تنازلاً ضمنياً، أما إذا كان سلوك الخصم اللاحق على نشوء حقه يعني بالضرورة أن من قام به أراد التنازل، فلا يقبل من بعده التمسك بالبطلان لأنه عبر من خلال مواقفه عن إرادته الضمنية بالتنازل، لذلك فقد يقوم بعمل أو موقف معين مع وجود إرادة عكسية للتمسك بالبطلان، ومن ثم لا يمكن الأخذ بالمواقف منفصلة عن إرادة الخصم [١].

أما عدم حضور الخصم أو حضوره مع سكوته بعد اتخاذ الإجراء المعيب، فلا يفهم منه تنازلاً عن التمسك بالبطلان، فمطلق سكوت الخصم لا يحمل على أساس تنازل عن الحق، إذ لا ينسب إلى الساكت قول فالسكوت المجرد موقف سلبي لا يدل على شيء ولا يقترن بأي مسلك بينما التعبير الضمني عن الإرادة وضع إيجابي لذلك مجرد استلام الخصم ورقة التبليغ لا يعد تنازلاً عن التمسك بالعيوب التي شابت ورقة أو إجراءات التبليغ وكذلك استلام صورة الحكم المبلغ والحال ينطبق على التأخير عن إبداء الدفع والسكوت عن إبدائه في الجلسة الأولى[٢].

ولم يشر المشرع العراقي إلى التنازل الضمني، فالمادة (٨٩) من قانون المرافعات حصرت التنازل عن الإجراء بالصريح وهذا خلاف ما ذهب اليه القضاء العراقي [٣] وخلاف ما ذهب اليه قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الذي أشار إليه بشكل صريح في المادة (٢٣) .

وهناك من يدافع عن موقف المشرع العراقي ويعتقد أن رأيه صائباً [٤] ويبرر ذلك بأن بأن التنازل فيه معنى الإسقاط ويلزم أن يكون صريحاً لا يؤخذ من ظروف تدل عليه لكن هذا الرائي محل نظر لأن المهم وجود الإرادة دون النظر إلى طريقة التعبير عنها سواء كانت بصورة صريحة أم ضمنية، فطالما أن الإرادة ظهرت فيفترض ترتب الأثر عليها وإذا كانت

(١). د. حسن الانصاري النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، مصدر سابق، ص٢٤٦.
(٢). د. أحمد هندي، مصدر سابق، ص٤١.
(٣). من الجدير بالذكر ان بعض قرارات لمحكمة التمييز العراقية التي اجازت التنازل الضمني، ومنها التنازل عن ابطال عريضة الدعوى، إذ قضت "١.قرار الابطال ليس حكما فاصلا في النزاع، فالمدعي له أن يصرف النظر عن طلبه بإبطال عريضة الدعوى صراحة أو ضمنا قبل أن تصدر المحكمة قرار بالإبطال. ٢. حضور المدعى علي أو وكيله للجلسات التالية التي طلب فيها الابطال واتفاقه في احدها مع المدعى عليه أو وكيله على تأجيل الدعوى دليل على صرفه النظر على طلب الابطال ضمنا ". القرار رقم ٣٨٥٧ / شخصية في ٢/٢٣/ ١٩٧١، منشور في النشرة القضائية – العدد الاول – السنة الثانية – اذار – ١٩٧٢، ص٩٣-٩٤.
(٤). د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، محمد رياض فيصل، "التنازل عن إجراء أو ورقة في الدعوى المدنية – دراسة مقارنة-"، *بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك*، العدد (١٢)، (٢٠١٥):، ص٣٥٢.

الغاية من اشتراط حصر التنازل بالصريح لتقليل آثار التنازل السلبية إلاّ أن التنازل في البطلان يعد وسيلة للمحافظة على الإجراء القضائي ولا خوف منه على حقوق الخصوم الإجرائية والموضوعية بل على العكس هو من يحافظ عليها ولذلك يجب أن تزال أمامه العقبات للوصول إلى هذه الغاية، ومن أبرزها حصره بالتنازل الصريح فقط، لذلك نهيب بالمشرع العراقي لان ياخذ بما اخذ به المشرع المصري من الاشارة الى التنازل عن الاجراء الباطل ويكون ذلك بشكل صريح او ضمني للاسباب السابق ذكرها

II. المبحث الثاني

أثر التنازل في البطلان الاجرائي

إذا عبّر صاحب الحق بالتمسك بالبطلان عن رغبته بالتنازل وتحققت كل شروط البطلان الأخرى التي أشرنا اليه فيفترض توليد أثره في الإجراء وهذه الآثار منها ما يكون متعلقاً بحقوق الخصم المتنازل وحقوق الخصوم الأخرين ومنها آثار تتصل بالإجراء القضائي المعيب أو غيره من الإجراءات في الدعوى.

ولبحث أثر التنازل في التمسك بالبطلان نفسه سنقسم هذا المطلب على فرعين في الاول نبين أثره على الحقوق الإجرائية، وفي الثاني نتناول أثره بالنسبة إلى الإجراء القضائي.

II.أ. المطلب الاول

أثر التنازل على حق التمسك بالبطلان

يمس التنازل عن الإجراء القضائي حق التمسك بالبطلان سواء بالنسبة للخصم المتنازل أم لأخرين داخل الخصومة ولتسليط الضوء بشكل كبير على آثار التنازل على حق التمسك بالبطلان، سنقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الأولى لبحث أثر التنازل على حق التمسك بالبطلان بالنسبة للخصم المتنازل نفسه والثانية تخصص لدراسة أثر التنازل على حق التمسك بالبطلان للخصوم الأخرين.

II.١. الفرع الاول

أثر التنازل بالنسبة لحق الخصم المتنازل

لاشك أن الشخص الأول المؤثر فيه التنازل هو الخصم المتنازل عن حقه بالتمسك بالبطلان، فهو عبر عن إرادته برضائه بالعيب وترتيب أثر الإجراء الصحيح في مواجهته، ولذلك فالخصم المتنازل يسقط حقه بالدفع بالبطلان أياً كانت صورة التنازل صريحاً كان أو

ضمنياً وسواء كان قبل إبداء الدفع أم بعده والسبب في سقوط حقه هو أن الإجراء بعد التنازل يعد كأنه لم يكن وبسلوك الخصم لطريق التنازل فانه يكون قد قبل ترتيب أثر الإجراء الصحيح على إجراء معيب متحقق فيه مفترض البطلان مما قلل من فرص وقوعه وتلافى آثاره في انهاء وجود الإجراء القضائي.

ولا يشترط لتقرير التنازل عن البطلان ان يتم اقراره من قبل المحكمة [١] فمجرد وقوعه أمام القضاء يرتب أثره بالنسبة للخصم المتنازل، فلا يتوقف على موافقة الخصم الأخر ويسري في مواجهته وان كان قد اعترض على هذا الامر لأن التنازل حق من الحقوق المقررة للخصم[٢].

ويترتب على سقوط حق الخصم بالتمسك بالبطلان جملة من الآثار تصب في فعالية زيادة التنازل كوسيلة للحد من البطلان الإجرائي، وهي:-

١. عدم امكان تمسكه بالجزاء (البطلان) مرة أخرى سواء كان ذلك أمام المحكمة نفسها التي تم التنازل أمامها أم أمام أية محكمة أخرى في أي درجة من درجات التقاضي[٣]، فالخصم المتنازل عن حقه أمام محكمة الموضوع لا يحق له إثارة الدفع ببطلان العيب الذي تنازل عنه أمام محاكم الاستئناف أو التمييز.
٢. لا يجوز للخصم بعد تنازله عن البطلان العدول عن هذا التنازل أو التحلل من آثاره فإذا صدر الأخير أصبح نهائياً ملزما للخصم بما يمنعه من توجيه طلبات إلى المتنازل إليه تتضمن انكاراً لهذا التنازل

II.أ.٢. الفرع الثاني

أثر التنازل على حق بقية الخصوم

ويفترض في هذه الحالة تعدد الخصوم، فإذا تقرر البطلان لأحدهم كان صاحب الحق وحده بالتمسك بالبطلان، أما إذا تعددوا وتقرر البطلان لأكثر من خصم، فالقاعدة التي تحكم التنازل في ظل هذا التصور هي قاعدة نسبية التنازل وبالتحديد نسبية أثر التنازل، فلا يسقط

(١) .خلاف ذلك في حال التمسك بالبطلان، فالتمسك بالبطلان في صورة دفع أو طعن يحتاج كلاهما الى حكم من المحكمة، وبدون هذا الحكم لا تترتب الاثار على الإجراء القضائي سواء كانت إجرائية أم موضوعية، ويترتب على ذلك أن التمسك بالبطلان يمكن للخصم العدول عنه طالما لم تفصل المحكمة في الدفع فينبغي الاعتداد بالإرادة الأخيرة للخصم.

(٢). فقد قضت محكمة النقض المصرية بذلك بالقول " متى ما كان التنازل ينصب على إجراء من إجراءات الدعوى فانه ينتج أثره بمجرد التصريح به لأنه يعد في هذه الحالة نزولا عن حق يتم ويتحقق آثاره بغير الحاجة الى قبول الخصم الأخر ". الطعن رقم ٨٥٤ في ١٩٧٢/٤/١١ مشار إليه لدى د. معوض عبد التواب، *التعليق على قانون المرافعات*، المجلد الثالث، بدون طبعة، (القاهرة: كنوز للإصدارات القانونية ٢٠١٠)، ص٤٦٤.

(٣). د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٣١٧

إلاّ حق الخصم المتنازل دون غيره من الخصوم، سواء كانوا خصماً اصلياً أم شخصاً ثالثاً في الدعوى[١].

وتفريعاً على ذلك، إذا تنازل بعض الخصوم عن حقهم في التمسك بالبطلان ترتب سقوط حقهم فقط، أما البقية فيبقى حقهم قائماً، ولا يحق للمحكمة أن تقضي بسقوطه بسبب تنازل أحد الخصوم والا تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه.

بتالي اذا بطل التبليغ القضائي بالنسبة للمدعى عليهم وتنازل أحد الخصوم، فيترتب بالنسبة لهذا الأخير آثار التبليغ الصحيح، بينما يحق لبقية الخصوم التمسك ببطلان التبليغ.

ولكن هل تطبق القاعدة المتقدمة في حال التضامن بين الخصوم وحالة عدم تجزئة موضوع الدعوى، بمعنى أخر هل التنازل يبقى قاصراً نطاقه على الخصم نفسه ولو كان هناك تضامن بين الخصوم أو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ؟

يتفق الفقه على قاعدة أن التضامن يقع فيما ينفع لا فيما يضر، أي أن المتضامن يكون نائباً عن زميله فيما ينفع لا فيما يضر[٢]، وبما أن التنازل عن البطلان يضر الخصم الأخر؛ لأنه يفقده وسيلة لهدم الإجراء القضائي المعيب، فلا نيابة بينهما في هذه الحالة ومن ثم تنطبق قاعدة نسبية أثر التنازل بين الخصوم.

كذلك لو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة وتنازل أحد الخصوم عن حقه بالدفع ببطلان الإجراء الموجه اليه، سقط الحق بالنسبة له، وبقى على حاله بالنسبة لبقية الخصوم، فإذا تمسك أي منهم بعد ثبوت الحق له بطل الإجراء بالنسبة للكل، وسرى البطلان وترتبت آثاره بحق الجميع ومنهم الخصم الذي تنازل عنه لان موضوع الدعوى كونه غير قابل للتجزئة فهو لا يحتمل إلاّ حلاً واحداً، فإذا كانت عريضة الدعوى أو الطعن باطلاً بالنسبة لجميع المدعى عليهم وتمسك بعضهم ببطلان الإجراء وتنازل الأخر وحكمت المحكمة بالبطلان سرى البطلان بحق الجميع ومنهم من تنازل عن حقه بالبطلان، والكلام المتقدم لا يختلف عما قلناه عند الحديث عن فكرة الانتقاص، فالإجراء إذا وجه إلى اشخاص عدة وكان باطلاً بحق بعضهم وصحيحاً بالنسبة لآخرين بطل بحق الجميع[٣].

يفهم مما سبق أن الخصم إذا تنازل عن التمسك بالبطلان، فليس من الضروري أن تترتب آثار التنازل على الإجراء القضائي المعيب، بل قد تسري آثار البطلان رغم تنازله عن حقه وذلك إذا وجد تضامن بين الخصوم أو تعدد الخصوم وكان موضوع الدعوى غير قابل

(١).د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، محمد رياض فيصل، مصدر سابق، ص٣٨٢، ص٣٨٣.
(٢) . د. حسن الانصاري النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، مصدر سابق، ص٢٤٨.

للتجزئة ونجح احدهم في تقرير البطلان بعد التمسك به، وعليه يمكن القول أن فكرة التضامن وعدم التجزئة قد تقف عائق أمام التنازل في لعب دورها في الحد من البطلان الإجرائي.

II.ب. المطلب الثاني

أثر التنازل على الإجراء القضائي

تترتب على التنازل عن البطلان آثار موضوعية تتعلق بمحل التنازل نفسه (الإجراء القضائي المعيب) وتمس أيضاً غيره من الإجراءات القضائية داخل الخصومة القضائية وخارجها، سنتناول في هذا الفرع تأثير التنازل عن البطلان على الإجراء المعيب المتنازل عنه في الفقرة الاولى، وفي الثانية تخصص لبحث أثر التنازل على الإجراءات القضائية الأخرى .

II.ب.١. الفرع الاول

أثر التنازل على الإجراء المعيب.

لاشك أن الإجراء المعيب سيتأثر في حال تنازل الخصم عن البطلان؛ لأنه محل التنازل، إذ سيسقط حق الخصم المتنازل في التمسك به لأن الإجراء المتمثل بالدفع بالبطلان أصبح كأنه لم يكن بعد التنازل.

وإذا تنازل الخصم عن بطلان العيب وترتبت آثار الإجراء الصحيح، فما هو أثر التنازل على العيب الإجرائي

ذهب اتجاه في الفقه إلى القول بأن النزول عن الحق بالتمسك بالبطلان ما هو إلاّ تصحيح للإجراء المعيب، ولذلك يدرج هذا الفقه التنازل عن البطلان ضمن حالات تصحيح الإجراء الباطل، ولكن ما أثر هذا التصحيح على العيب الإجرائي هناك رائيين تحت هذا الاتجاه:-

الرأي الأول: يرى بأن العيب بالنزول عن التمسك به يتم تصحيحه ولكن لا يتحوّل الإجراء الباطل إلى صحيح بل يبقى العيب على حاله على الرغم من تصحح البطلان [١] وهذا الرئي محل نقد فكيف يمكن أن يصحح البطلان على الرغم من بقاء العيب فالمفروض أن البطلان تم تصحيحه نتيجة إزالة العيب الوارد فيه فلا يمكن الجمع بين تصحيح العيب وبين بقائه في

(١) انظر. د.عباس العبودي، فهو يصنف التنازل عن التمسك بالبطلان ضمن صور التصحيح مع بقاء العيب، انظر د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢١٦

الوقت ذاته، وإذا كان هذا الرأي يفترض أن التصحيح تم بقوة القانون دون إضافة أي مقتضى لتكملة النقص أو لإزالة العيب في الإجراء القضائي

بينما يذهب رأي أخر إلى القول بأن التنازل يصحح البطلان، ويحوّل في الوقت ذاته الإجراء من باطل إلى صحيح بأثر رجعي من لحظة اتخاذه[١] لذلك فان العيب الإجرائي بعد التنازل لا يبقى له أي وجود وتتولد كل الآثار السليمة للإجراء من لحظة اتخاذه، ووقع هذا الرأي في خطأ وهو افتراض تحوّل الإجراء من باطل إلى صحيح، وهذا ما لا يتفق مع شروط تحوّل الإجراء الباطل

بينما **يميل اتجاه ثالث** [٢]، بأن التنازل عن البطلان لا يصحح الإجراء الباطل ولا يؤثر في الإجراء المعيب فيظل باقياً محملاً بالعيب بعد التنازل عن بطلانه ولكن آثار العيب لا ينفذ فيظل الإجراء المعيب بمنأى عن أي جزاء يهدده ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل أن الإجراء المعيب يولد آثار الإجراء الصحيح كما لو لم يكن أي عيب فيه نتيجة إسقاط الخصم لحقه بالتمسك للبطلان بإرادته المنفردة .

لذلك، فان هذا الاتجاه يرفض الاتجاه الأول بكل الآراء الواردة فيه [٣]:-

١. فهو يرفض فكرة تصحيح العيب بالتنازل عن التمسك بالبطلان.
٢. ويرفض فكرة تحوّل الإجراء المعيب إلى صحيح أيضاً؛ لأن ذلك يصطدم مع فكرة تحوّل الإجراء القضائي، المنصوص عليها صراحة في المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري

واستناداً لما تقدم فان أثر التنازل على الإجراء المعيب تتمثل بأن العيب الإجرائي يبقى على حاله لا يتحوّل الإجراء إلى أخر صحيح؛ لأن إرادة الخصم صاحب المصلحة ارتضته وتغافلت عنه نتيجة تنازلها وعدم تمسكها ببطلانه وطالما لا يوجد طرف أخر يتمسك بالبطلان، ولا تستطيع المحكمة من تلقاء نفسها القضاء به

(١). د. أحمد هندي، مصدر سابق، ص٤٤ ٥٧٤.
(٢).د. نبيل اسماعيل عمر، *إعلان الأوراق القضائية، مصدر سابق، ص٢٣٣. عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات*، ط١، (الاسكندرية – مصر: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦)، ص٢٠١.
(٣). د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص ٧٩.

II.ب.٢. الفرع الثاني

أثر التنازل على الإجراءات القضائية الأخرى .

إذا كان التنازل عن الإجراء القضائي المعيب يسقط حق الخصم بالتمسك ببطلان هذا الإجراء مع بقاء العيب الإجرائي وترتيب آثار الإجراء الصحيح عليه، نتسأل في هذه الفقرة عن أثر التنازل على العيوب الإجرائية الأخرى السابقة على الإجراء المتنازل عن التمسك بطلانه اواللاحقة عليه؟

القاعدة هي أن أثر التنازل عن الإجراء لا يمتد إلى الإجراءات القضائية الأخرى سواء أمام محكمة الموضوع أم أمام محكمة الطعن [١]، استناداً إلى مبدأ نسبية التنازل، وتطبيقاً لذلك فان تنازل الخصم عن التمسك ببطلان إجراء قضائي معيب لا يمس ولا يؤثر على العيوب الإجرائية الأخرى في الدعوى سواء كانت سابقة على الإجراء القضائي المعيب أم لاحقه له فلا يعد تنازل الخصم عن عيب إجرائي قرينة عن تنازله عن أي عيب إجرائي أخر سابق أو لاحق فيحق للخصم التمسك ببطلان أي عيب إجرائي أخر وفق القيود القانونية الموسومة في قانون المرافعات.

فالتنازل لا يؤدي إلى اجازة ارتكاب المخالفة نفسها مرة ثانية، سواء في الدعوى ذاتها أم في دعوى أخرى[٢]، فإذا تكرر العيب ذاته في إجراء أخر في الدعوى نفسها، فتنازل الخصم عن هذا العيب أول مرة لا يعني تنازله عن العيب ذاته في أي إجراء أخر، بل يحق له التمسك ببطلان العيب مرة أخرى ولا يفهم من تنازله السابق قرينة على تنازله عن التمسك بإعمال الجزاء مرة أخرى، فلو تنازل الخصم عن ابطال التبليغ لعدم تبليغه في موطنه المختار أمام محكمة الموضوع، ثم تبلغ في غير موطنه المختار أمام محكمة الاستئناف لا يفهم من تنازله السابق تنازلاً أخر أمام محكمة الاستئناف بل يحق له التمسك بالبطلان وفقاً للقيود القانونية.

وكذلك الحال لو أبطلت عريضة الدعوى وتكرر العيب ذاته في الدعوى بعد تجديدها، وسبق الخصم التنازل عنه في الدعوى السابقة قبل ابطالها، فيحق له التمسك بالبطلان لهذا العيب، ولا يفهم من ذلك أيضاً قرينة على تنازله عن تمسكه بالبطلان.

يلخص مما تقدم أن التنازل عن بطلان العيب الإجرائي لا يؤثر في العيوب الإجرائية الأخرى فيبقى حق الخصم قائما بتفعيل الجزاء الإجرائي ولا يقتصر على العيوب الإجرائية

(١) د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، محمد رياض فيصل، مصدر سابق، ص٣٨١، ص٣٨٤.
(٢). د. فتحي والي، د. أحمد ماهر زعلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص٦٨٤.

بل يمتد لأي عيب في الإجراء القضائي نفسه وكذلك العيب ذاته المتنازل عنه في إجراء أخر فإرادة الشخص حينما تتجه إلى التنازل عن بطلان إجراء معيب لا تمتد إلى غيرها مالم يصرح الخصم بذلك صراحة أو يفهم ضمنا من خلال قول أو فعل معين.

الخاتمة

انتهى الباحث الى عدة نتائج لابد من ذكرها كالاتي:

النتائج

١_ التنازل عن البطلان ارادة من الخصم معبر عنها بشكل صريح أو ضمني مسقطة لحقه في التمسك بالبطلان الإجرائي.

ان المشرع العراقي بشكل عام لم يضعا من النصوص التي تعالج البطلان ما أدى إلى عدم وجود نظرية عامة له ومتكاملة تعالج جميع جوانبه، ذلك إنما ببعض من الوسائل التي تؤثر في العيب الإجرائي وتعدم فعاليته في ابطال الإجراء القضائي سواء كان متصل بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة، فكرة الغاية من الشكل، فحينما تتحقق الغاية من الشكل تمنع أثر العيب الإجرائي وتعد فكرة الغاية من الأفكار الحديثة المستجدة في القانون الإجرائي، فالنظرة إلى الإجراء كونه وسيلة ليست غاية بحد ذاته، نظرة حديثة قياساً بالأفكار التي كانت تقدس الشكل، وتعده المعيار لصحة الإجراء من عدمه، وأخذت بعض التشريعات بهذه الفكرة في إطار نظرية عامة لكل الإجراءات كما في القانون المصري، وبعضها الأخر أخذ به في نطاق تطبيقات معينة كما في القانون العراقي، أما القانون الفرنسي فقد اعتمد معياراً أخراً مرادفاً لفكرة الغاية ألا وهو معيار الضرر من العيب الإجرائي وطبقه بشكل عام على كل صور البطلان النصوص التي تعالج البطلان.

٢.في حال إذا شاب الإجراء عيب جوهري يترتب عليه ضرر للخصم، يتبين في هذه الحالة أن المشرع قد تطلب لتمسك الخصم بالبطلان حصول عيب جوهري يؤدي إلى إلحاق الضرر به، دون الالتفات إلى تحقق الغاية التي رسمها المشرع من الإجراء الذي تم مخالفته، ولعل في اشتراط أن يكون العيب جوهرياً نقطة إيجابية تسجل للمشرع العراقي ، حيث أنه لا يمكن للخصوم أن يتمسكوا بكل عيب يمس العمل الإجرائي ليحكم بالبطلان، وفي هذه الحالة أجد أن المشرع العراقي قد اعتمدا معياراً لا بطلان بغير ضرر وهو يقدم بذلك مصلحة الأفراد على المصلحة العامة في سير الدعوى وسرعة البت بإجراءاتها. لكي تؤدي الغاية كوسيلة تحد من البطلان الإجرائي دورها على اتم وجه، يفترض إلاّ يقف أمام المتمسك بالبطلان أي وسيلة تسهل عليه اثبات تخلف الغاية، ولذلك لا نقف مع توجه القانون المصري بافتراض تخلف الغاية بمجرد ثبوت العيب إذا كان البطلان منصوص عليه، فالمفترض نفي هذه القرينة كما

فعل القانون الفرنسي حينما الزم الخصم بإثبات الضرر على الرغم من ثبوت المخالفة الإجرائية ولو كان العيب متصل بالنظام العام، وهنا يتضح اقصى ما يمكن أن تأدية فكرة الغاية - الضرر- للحد من البطلان الإجرائي، خاصة في إطار القانون الفرنسي؛ لأنه ربط العيب الشكلي ولو تعلق بالنظام العام بإثبات المتمسك بالبطلان تضرره من العيب.

٣.التنازل عن التمسك بالبطلان ما هو إلاّ تصرفاً قانونياً من جانب واحد تنطبق عليه القواعد الخاصة بالتصرفات القانونية ولا يلزم لصحة التنازل أو لإتمامه أن يصادف قبولاً من جانب المدعى عليه.

٤.من اهم شروط التنازل صدوره من صاحب صفة وان لا يكون متعلق بالنظام العام.

التنازل قد يكون بشكل صريح او ضمني فيما يتعلق بآثار الإجراء الباطل على غيره من الإجراءات، فإنني أجد أن المشرع يترتب على التنازل عن الاجراء الباطل عدم امكانية الرجوع عن التنازل من قبل الطرف المتنازل.

٥. لتعرض لموضوع الدعوى ويعني أي طلب أو دفع يمس موضوع الدعوى فعلياً، وقد يكون ذلك التعرض شفاها أو بمذكرة مكتوبة تقدم للمحكمة، ويشترط لترتيب أثره أن يكون الطلب أو الدفع جازماً دالاً بوضوح على التعرض لموضوع الدعوى، وان يقع التعرض أمام المحكمة ذاتها وفي الدعوى ذاتها، وبعد اتخاذ الإجراء ومن قبل الخصم المقرر البطلان لمصحته ، يسري أثر قاعدة التعرض لموضوع الدعوى على كل الإجراءات القضائية باستثناء القانون العراقي الذي حصره في التبليغات القضائية، فأي إجراء سواء قبل النظر في الدعوى أم بعدها يتليه تعرض لموضوع الدعوى يسقط حق الخصم بالتمسك ببطلان عيوب الإجراء الشكلية، أما مدى سريان قاعدة التعرض لموضوع الدعوى من حيث نوع البطلان، فهناك خلاف بين القوانين، ويشذ بذلك القانون الفرنسي، فجعل سريانه يمتد لكلا صورتي البطلان مؤكداً سعة القانون الفرنسي في تكريس وسائل الحد من البطلان الإجرائي وتعزيزها.

التوصيات

١. أوصي بأن يفرق المشرع العراقي بين النص الصريح على البطلان وباقي النصوص القانونية الأخرى لأن المشرع بنصه الصريح على البطلان إنما أراد ترتيب آثار قانونية عن باقي النصوص وإعطاء قرينة قانونية للشخص المتمسك بالبطلان تعفيه من إثبات الضرر في حال النص الصريح، وعلى المتمسك ضده بالبطلان إثبات عدم وقوع الضرر لتفادي الحكم بالبطلان.
٢. حذف المادة (١/١٧٩) والمادة (١٨٩) من قانون المرافعات المدنية كي تشمل بحكم الفقرة السابقة من المقترحات لأن حكمها يلزم المحكمة برد الطعن شكلاً دون امهال رافعه مدة

معينة لإكمال النقص فيه إذا خلت عريضة الطعن من أسبابها، في حين يتوجب اخضاع كل العيوب في أي إجراء قضائي إلى قاعدة موحدة في التصحيح تقتضي إجراؤه كلما كان ممكنا، والزام المحكمة بإمهال الخصم مدة معينة لإجراؤه قبل الحكم ببطلانه.

البطلان، مما خلق مشاكل يومية ومستمرة أمام المحاكم وكان الأولى بالمشرع العراقي الأخذ بنظرية انتقاص الإجراء الباطل، وتحول الإجراء الباطل وفتح الباب أمام المحاكم لإعمال هذه النظريات وفق ضوابط وأسس للتخفف من آثار البطلان.

٣. لم يتطرق المشرع العراقي إلى آثار البطلان سواءً على الأعمال السابقة أو اللاحقة للبطلان على عكس ما فعل المشرعي المصري في المادة (٢٤/٣) إذ نصت: ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه. وعليه، فإن المشرع الكويتي والأردني مدعو إلى إضافة مادة إلى النصوص القانونية المتعلقة بالبطلان يعالج فيها آثار البطلان على الأعمال الإجرائية السابقة واللاحقة للإجراء الباطل.

٤. تضمين قانون المرافعات العراقي نظرية متكاملة بالبطلان، تميّز بين العيوب الشكلية والموضوعية في الإجراء اسوة بالقانون الفرنسي وتعديل حكم المادة (١٩١) من قانون المرافعات العراقي ، والاخذ بفكرة تحول الإجراء القضائي على ان يكون النص بالشكل الاتي (للمستأنف عليه)، الى ما قبل الجلسة الأولى المعينة للمرافعة في الاستئناف الاصلي ، ان يقدم استئنافاً متقابلاً ولو انقضت مدة الاستئناف بالنسبة اليه، ويسقط الاستئناف المتقابل اذا حكم برد الاستئناف الاصلي شكلا، ويتحول الى استئناف اصلي اذا كان قد رفع اثناء سريان مدة الاستئناف.

٥. نهيب بالمشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع المصري بالاشارة الى ان التنازل عن الاجراء يمكن ان يكون بشكل صريح او ضمني فيما لا يتعلق بالنظام العام وتعديل حكم الفقرة (٣/٧٣) الخاصة بفكرة حضور الخصم، ودوره في الحد من بطلان التبليغ والتأكيد على أن حضور الخصم لا يمنع التمسك ببعض العيوب التي لا تتحقق الغاية منها بالحضور كما يلزم الأخذ بفكرة الحضور المجرد، ويكون النص بالشكل الآتي (بحضور المراد تبليغه أو من يقوم مقامه في الجلسة المحددة، لا يثبت الحق له بالتمسك ببطلان التبليغ . ويغني حضوره المجرد عن التبليغ، مالم يخل ذلك بحقه في الدفاع، ويعد حضوره دليل على عدم اختلال حقه مالم يثبت العكس.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية:

١- احمد ابو الوفا ، *نظرية الدفوع في قانون المرافعات* ، مصر: منشأة المعارف – الاسكندرية، ١٩٩٧.

٢- احمد سيد صاوي ، *شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية* ، دار النهضة العربية: ٢٠٠٦
٣- احمد مليجي، *الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات*، ج١، ج٢، ج٣، ط٨، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية ، ٢٠١٨.
٤- احمد هندي ، *التمسك بالبطلان في قانون المرافعات* ،ط١، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة ، بدون سنة نشر .
٥- الانصاري حسن النيداني ، *العيوب المبطلة للحكم و طرق التمسك بها* ، مصر: دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .
٦- ايمن احمد رمضان، *الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات* ،ط١، دار الجامعة الجديدة: ٢٠٠٥
٧- جياد ثامر نايف الدليمي ، *احكام التنازل وابطال عريضة الدعوى واثاره القانونية* ، مصر: دار الكتب القانونية ، ٢٠١٢
٨- د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، *نظرية البطلان في قانون المرافعات*، ط٢، بدون مكان طبع: ١٩٩٧.
٩- زين الدين ابو عبد الله الرازي ، *مختار الصحاح* ، لبنان: المكتبة العصرية ، ١٩٩٩ .
١٠- عباس العبودي ، *شرح احكام قانون المرافعات المدنية ، دارسة مقارنه* ، بغداد: مكتبة السنهوري ، ط١، ٢٠١٥.
١١- عبد الرزاق السنهوري ، *الوسيط* ، ج١، لبنان: منشورات الحلبي ، ٢٠٠٠.
١٢- علي ابو عطية هيكل ، *فكرة الاعفاء من الجزاء الاجرائي رغم بقاء العيب* ، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة ، ٢٠١٧.
١٣- محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي ، *قواعد قانون المرافعات في التشريع المصري* ، القاهرة: المطبعة النموذجية ، ١٩٥٧.
١٤- نبيل اسماعيل عمر ، *إعلان الأوراق القضائية – دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي*، ط١، مصر: منشأة المعارف – الاسكندرية، ١٩٨١.

ثانيا: البحوث:

١- ياسر باسم ذنون ، محمد رياض فيصل ، "التنازل عن الاجراء القضائي في الدعوى المدنية _دراسة مقارنة"، بحث منشور في *مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية كركوك* ، (٢٠١٥).