الشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية في القانون العراقي واللبناني

جعفر يحيى جعفر*

** الجامعة الإسلامية في لبنان*

Article Info

Received: April 2024 **Accepted:** may 2024

Author[1] email: jaafar.law@gmail.com.

Orcid: https://orcid.org/0009-0003-4449-3169

الخلاصة

إن الدفوع الشكلية هي الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الدعوى دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يدعيه الخصم الآخر، فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بما يطلبه هذا الخصم، كأن يُجيب أن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل، علي ذلك الدفوع الشكلية هي تلك التي يُطعن فيها الخصم بقانونية إجراءات الدعوى بقصد تعطيل سيرها دون التعرض لأصل الحق الموضوعي الذي يستند اليه المدعي، ونظراً لأهمية الدفوع الشكلية في حماية حق المدعى عليه، فإنها ترقى إلى مستوى الدعوى وتعد أحد أوجه استعمالاتها خاصة عندما يطعن فيها الخصم في قانونية إجراءات الدعوى بقصد تعطيل سيرها وعدم تعرضها إلى الحق الموضوعي الذي يستند إليه المدعي ولكنه يتعرض إلى عدم صحة الإجراءات التي رفعت بها عريضة الدعوى، ولهذه الدفوع مفهوم وقواعد وتطبيقات ستكون محور معالجتنا في هذه الدراسة العلمية.

الكلمات المفتاحية: (شروط الدفوع، النظام العام، القانون العراقي).

General conditions for the validity of formal defenses in Iraqi and Lebanese law

Jaafar Yahya Jaafar*

**** Islamic university of Lebanon***

Abstract

Formal defenses are the means by which the opponent resorts and challenges the validity of the lawsuit procedures without affecting the essence of the right claimed by the other party. Thus, he temporarily avoids being judged with what this party requests, such as answering that the lawsuit was filed with a court without jurisdiction or was filed with an invalid procedure. These formal defenses are those in which the opponent challenges the legality of the lawsuit procedures with the intention of disrupting its progress without affecting the essence of the substantive right on which the plaintiff relies. Given the importance of formal defenses in protecting the defendant's right, they rise to the level of the lawsuit and are one of the aspects of their uses, especially when the opponent challenges them in a lawsuit. The legality of the lawsuit procedures with the intention of disrupting its progress and not affecting the substantive right on which the plaintiff relies, but he is exposed to the invalidity of the procedures by which the lawsuit petition was filed. These defenses have a concept, rules, and applications that will be the focus of our treatment in this scientific study.

Keywords: (conditions of defences, public order, Iraqi law).

المقدمة

أولًا: مدخل تعريفي بموضوع البحث

تحتل الدفوع الشكلية مكاناً مهماً في قانون المرافعات لأنها ترتبط بالنظام القضائي نفسه، حيث يبين قانون المرافعات الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المنظمة لإجراءات المرافعات. وللدفوع الشكلية معنى محدد جداً في قانون المرافعات مرتبط بكيفية التمسك بهذا الجزاء. إن حق الخصم في التمسك بالدفوع الشكلية حق أساسي ، فمن أجل المحافظة على الأشكال والأوضاع التي نص عليها قانون المرافعات كان من الضروري وضع الجزاء على مخالفتها وتحديد كيفية التمسك به حتى تحترم أوامر القانون ونواهيه ، ولكن في الوقت ذاته يجب ألا يؤدي هذا الجزاء إلى تفضيل الشكل على الموضوع والتعسف في استخدامه وغل يد القاضي حتى مع إمكانية التصحيح.

إن مسألة تقرير الدفوع الشكلية ليست بالمسألة السهلة لأنها تحتاج إلى موازنة دقيقة بين مسألتين هما التشدد في الشكلية و التساهل فيها. وكلا الأمرين له أضراره فالتشدد في الشكلية يؤدي إلى جمود نظام التقاضي وعرقلة سير العدالة ويؤدي إلى إبطال الدعاوى، مما يرهق القضاء بدعاوى مكررة لا تنقطع سلسلتها إلا بعد أمد بعيد . أما التساهل في الشكلية فقد يؤدي إلى فوضى في العمل القضائي والى إتاحة الفرصة أمام الخصوم للاحتيال على إجراءات التقاضي كسباً للوقت أو للمماطلة عند شعور الخصم بانه على وشك أن يخسر دعواه أو دفعه. وتعد الطلبات والدفوع التي تقدم في الدعاوي من الأساسيات التي قد تؤثر في مجرى الدعوى.

ويعد موضوع الدفوع القانونية من المسائل الجديرة بالاهتمام التي تستحق الدراسة والبحث فيها، نظراً لما لهذا الموضوع من أهمية في التطبيق العملي وما يترتب عليه من نتائج مهمة أو من الممكن أن يتم حسم النزاع بصفه مؤقتة إذا كان شكلياً ومن ثم موضوعياً، فعندما يلجأ المدعي إلى القضاء يتعين عليه أن يستند إلى حق. ويتخذ الإجراءات الشكلية الصحيحة التي نص عليها قانون أصول المحاكمات وذلك حتى تنعقد الخصومة. أي أن المشرع قد أجاز له الالتجاء إلى القضاء لحماية الحق الذي يدعيه، فإن لم تستعمل هذه الشروط يحق للمدعى عليه أن يجيب على ما يدعيه خصمه من طلبات بدفع لا يتصور إلا أن يوجه إلى الخصومة فيكون شكلياً، أو إلى أصل الحق الذي يدعيه خصمه فيكون موضوعياً..

ومن هنا وجدنا الحاجة ماسة لتناول الشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية في القانون العراقي واللبناني.

ثانيًا: أهمية الموضوع

تنبع أهمية موضوع هذه الدراسة من أهمية إن حق الخصوم في إبداء الدفوع الشكلية من الضمانات الأساسية لأطراف الدعوى تستند إلى أسس شرعية وقانونية للدفوع وتتميز عن الدفوع الأخرى المتعلقة بالدعوى وتتطلب شروطاً لإثارتها مثل وجود مركز قانوني للشخص أو وجود حق تم الاعتداء عليه بالإضافة إلى شروط أخرى مثل شرط الصفة والمصلحة وقد نظمت القوانين هذه الدفوع من خلال الأحكام الإجرائية حسب نوع هذه الدفوع الشكلية مثل الدفوع التي تتعلق بالنظام العام والدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام حتى يتم قبولها بإصدار قرار من المحكمة لينتج أثاره القانونية من حيث قبول الدفع الشكلي وإجراءات الطعن في قرار قبول الدفع وإعادة طرح موضوع الدعوى استناداً إلى قرار قبول الدفع الشكلي. وقد خلا قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لعام ١٩٧١ المعدل النافذ نصاً صريحاً حول حق أطراف الدعوى الجزائية بإبداء الدفوع الشكلية، وإنما تضمن نصوصاً عامة حول الحق في الدفاع كما في المواد (١٥٩/أ، ١٩٠/ب، ٢٣٠، ٢٣١، ٣٦١). إلا أن قانون المرافعات المدنية وهو المرجع لكافة القوانين الإجرائية فيما لم يرد به نص، قد ذكر في المواد (٧٣ – ٨١) على حق الخصوم في

إبداء الدفوع الشكلية.
ويرى الباحث أن هذا الموضوع مهم من الناحيتين النظرية والعملية، ومن الضروري البحث في الشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية في القانون العراقي واللبناني.

ثالثًا: أهداف البحث

١- لفت انتباه الطلاب والدارسين الباحثين إلى أهمية موضوع الدراسة لما له من فائدة علمية ونظرية.
٢- الوقوف على الشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية ، وأساسها وطبيعتها الإجرائية.
٣- بيان الشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية، وأحكامها.

رابعًا: مشكلة البحث

إن الدفوع الشكلية تتعلق بإجراءات الدعوى فكل دفع يوجه إلى إجراءات الدعوى هو دفع شكلي وباعتبار أن الدفع الشكلي لا يتعلق بموضوع الدعوى وإنما بإجراءاتها فإن هذه الدفوع لا تقع تحت حصر الدفوع الشكلية. وإن كانت أهم هذه الدفوع تتعلق بصحة اتصال المحكمة بالدعوى، أو بالدفوع المتعلقة بصفة رافع الدعوى، أو بالدفوع المتعلقة بانقضاء الدعوى، أو بالدفوع المتعلقة ببطلان الدعوى. ولا شك أن هذه الدفوع شرعت المصلحة الخصوم، ولا يجوز للمحكمة التعرض لها من تلقاء نفسها، على خلاف الدفوع الشكلية المتصلة بالنظام العام التي تحكم المحكمة بها من تلقاء نفسها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، فيعد هذا الأمر انتقالاً للحق من الخصم إلى المحكمة حتى لا يقوم الخصم باستغلال هذا الدفع في تأخير الفصل في الدعوى إذ يطعن بمقتضاها في صحة هذه الإجراءات دون الدخول في موضوع الدعوى ودون التعرض لأصل الحق الذي يزعمه المدعي في دعواه، فعندما يدفع المدعى عليه دعوى المدعي بدفع شكلي فهو لا يتعرض للحق بأي صورة من الصور، وإنما يقصد بدفعه الشكلي هذا تفادي الحكم عليه بما يطلبه خصمه بصفة مؤقتة، وإثارتها من تلقاء نفسها إذا لم يثرها الخصوم، ذلك أن هذه الدفوع شرعت من أجل الصالح العام. باعتبار أنه لا يترتب على قبول الدفع الشكلي سقوط الحق المدعى به بل للمدعى تجديد دعواه بعد تصحيح الإجراءات الباطلة، لأن الحكم بالدفع الشكلي يفصل في الدعوى بصفة مؤقتة ولا يتناول الموضوع على عكس الدفوع الموضوعية، إذ يترتب على قبولها الحكم في الدعوى بصفة دائمة والحكم الصادر بها حكم في الموضوع وبالتالي فإن البت في الدفع الشكلي لا يعد فصلاً في الدعوى ولا يجوز حجية الأمر المقضي به، فهو عائق مؤقت لا يمس أصل النزاع ويقصد به تأخير الحكم للمدعي بما جاء في دعواه، لحين قيامه برفع الدعوى بإجراءات صحيحة، بهدف الحد من المسائل المتنازع عليها وتقديم الحجج الفعالة للدفاع عن الخصم. إن العمل الإجرائي يجب أن يستوفي شروط صحته الشكلية وإلا كان عرضة للبطلان وبالتالي إهدار مردود النشاط الذي جرى من أجلهوعليه تظهر إشكالية الدراسة في السؤال الرئيسي التالي:
ما الشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية في القانون العراقي واللبناني ؟

خامسًا: منهج البحث وخطته

لما كان الهدف من البحث هو الشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية في القانون العراقي واللبناني، فإن المنهج المناسب لبحث هذا الموضوع هو منهج البحث الوصفي التحليلي، وذلك من خلال محاولة جمع عناصر هذا الموضوع المنتشرة بين ثنايا القوانين.
ومن أجل تحقيق الهدف والغاية من البحث تم تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول

إثارة الدفع قبل ختام المحاكمة وإبداء الدفع بصورة جازمة و صريحة

يقصد بختام المحاكمة إغلاق الطريق أمام الدفاع بإنهاء إجراءات المحاكمة الشفوية والكتابية ومن ثم فإن حق المتهم في إبداء الدفوع المذكورة إنما ينحصر في الوقت الذي يسبق ذلك القرار[١], حيث أنه لا تمتد حرية الخصوم في إثارة الدفع إلى ما بعد إعلان ختام المحاكمة في الدعوى، إذ يترتب على هذا الإعلان انقطاع صلة الخصوم بالدعوى، ولا يكون لهم اتصال بها، إلا بالقدر الذي تصرح به المحكمة، إذ يجوز للمحكمة أن تعيد فتح المحاكمة للتثبت في أي أمر ترى أنه ضروري للفصل في الدعوى، وتعد إعادة الدعوى إلى المرافعة ليست حقاً للخصوم، بل هو أمر متروك لتقدير محكمة الموضوع[٢]. وعليه سيتم دراسة هذا المبحث في المطلبيين التاليين:

المطلب الأول

إثارة الدفع قبل ختم المحاكمة

يجب إبداء الدفع الشكلي قبل التكلم في الموضوع أي في بدء الخصومة وإلا سقط الحق منها[٣]، ويعتبر صاحبها متنازلاً عنها، فالتكلم في موضوع الدعوى أو إبداء أي دفع موضوعي يسقط الحق في الدفوع الشكلية, فالأصل أن تفصل المحكمة في الدفع الشكلي قبل بحث موضوع الدعوى؛ لأن الفصل في الدفع الشكلي يغني المحكمة من التعرض للموضوع والنظر فيه، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تؤجل الفصل في الدفع لبعد سماع المرافعة في الموضوع وتفصل فيهما معا بحكم واحد على أن تبين حكمها صراحة بما حكمت به في كل منهما [٤] والحقيقة قد يكون هذا من أسباب الإطالة في المحاكم اليوم، حيث تنظر المحكمة في الموضوع لشهور ثم تحكم برفض الدعوى لسبب شكلي، فعلى القاضي أن يتمعن في الدفوع الشكلية منذ البداية ويحكم بها فوراً توفيراً لوقت وجهد المحكمة، ولعدم الإطالة والتأخير في إرجاع الحقوق لأصحابها.

وعلي ذلك فمبنى هذه القاعدة أنه ليس من حسن سير القضاء أن يسمع للخصم بعد الكلام في موضوع الدعوى، بإبداء دفع شكلي متعلق بال إجراءات قد يترتب عليه زوال الخصومة دون الحكم في موضوعها بعد أن تكون المحكمة قد قطعت شوطاً كبيراً في نظرها وتحقيقها وأوشكت في الانتهاء منها, وعلي ذلك نصت المحكمة اللبنانية علي أنه:" ..... وحيث أن موضوع هذه الدعوى هو في الحقيقة المطالبة ببدل المثل لأن المدة الزمنية المطالب ببدل الإشغال خلالها تعود إلى ما بعد سقوط حق المستأجر بالتمديد القانوني، وبالتالي فإن الدعوى هذه ترمي إلى المطالبة بالبدل نفسه المطالب به في الدعوى المشار إليها من قبل المستأنف، و إن إثارة هذا الأمر يشكل دفعة بسبق الادعاء، وهذا الدفع هو من الدفوع الإجرائية التي يجب الإدلاء بها قبل المناقشة في الموضوع.

وحيث أن المدعى عليه المستأنف قد أدلى بالدفع المذكور بعد المناقشة في الموضوع، فيكون إدلاؤه مردوداً شكلاً، ويكون الحكم المستأنف قد جاء في محله القانوني لهذه الجهة، وما يدلي به المستأنف مردودة..... قبول الاستئناف شكلاً وردّه أساساً وتصديق الحكم المستأنف ومصادرة التأمين ورد طلب التدخل وتضمين المستأنف الرسوم والنفقات وتضمين طالبة التدخل رسوم طلبها، ورد طلب العطل والضرر، ورد كل ما زاد أو خالف من أسباب ومطالب. قرارا صدر وافهم علنا بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٩[٥]".

---

[1]- مأمون سلامة, قانون الإجراءات الجنائية معلّقاً عليه بالفقه وأحكام النقض, دار الفكر العربي , القاهرة, ١٩٨٠, ص ٩٣٥.

[٢]-عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق علي قانون المرافعات، دار محمود للنشر والتوزيع, القاهرة, ٢٠١١, ص ١١٧٤.

[٣]- رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧م، ص٣٢٤.

[٤]- محمد العشماوي, شرح قواعد المرافعات, مكتبة الآداب, ١٩٩٨, ص٢٢٤. وجدي راغب, الموجز في مبادئ القضاء المدني: قانون المرافعات, دار الفكر العربي, ١٩٧٧, ص ٣٦٤. محمد عزمي البكري, موسوعة الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء, الطبعة الأولي, دار محمود للنشر والتوزيع, ٢٠١٤, ص٧٧.

[٥]- محكمة الاستئناف المدنية في لبنان الشمالي قرار رقم ٥٨٥ تاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٩ - الرئيسة (المخالفة) ريما شبارو - المستشاران: البير ضومط وأماني حمدان).

ومقتضى تلك القاعدة المتقدمة أن المتمسك بدفع شكلي أمام المحكمة يجب عليه أن يبدئ الدفع في مذكرة دفاعه وإلا سقط حقه في إبدائها لأن مذكرة دفاعه يجب أن تتضمن كافة الدفوع التي يعتمد عليها في مناهضة الدعوى[١]، مما يعتبر تعرضاً للموضوع مسقطاً الحق في التمسك بالدفع الشكلي وذلك لأن إتاحة الفرصة للخصوم لإبداء الدفوع في أي حالة كانت عليها الخصومة يشجع الخصم على الانتظار إلى قرب نهاية الإجراءات للتمسك بالدفع الشكلي فيضيع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة ويضطر المدعي إلى بدء الخصومة من جديد بعد أن تكون قد قطعت شوطاً كبيراً[٢].

وعلي ذلك فتكلم صاحب المصلحة في الموضوع سقط حقه فيها ويعتبر تنازلاً منه، إلا أنه يستثنى من هذا الشروط:

الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام مثل الدفع بعدم الاختصاص الولائي، فيجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى, حيث أن شرط الدفع قبل ختام المحاكمة يقتصر على الدفوع التي لا تتعلَّق بالنظام العام، ذلك أنه مما يتنافى وطبيعة الدفوع المتعلِّقة بالنظام العام وجوب إبدائها في وقت محدد, والأصل أن محكمة الموضوع تفصل في الدفوع الشكلية التي لا تتعلق بالنظام العام مثل الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو القيمي قبل البحث في الموضوع الدعوى كون الفصل في هذه الدفوع قد يغنيها عن الفصل في الموضوع، ويجب على الخصم التمسك به قبل الدخول في أساس موضوع الدعوى، سواء قدم الطلبات بشكل شفوياً أو تحريرياً، يترتب عليه سقوط الحق في إثارة الدفع الشكلي غير المتعلق بالنظام العام، و إن تقدير الكلام في الموضوع يعتبر مسقطاً للحق في الدفع الشكلي، يخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي، إلا أن عليه أن يحدد نطاق هذه الصلة بالموضوع حيث يبني النتيجة التي توصل إليها بهذا الصدد على أسباب سائغة، وبالتالي، فإن النزول الضمني عن التمسك بالدفع الشكلي، لا يتم إلا إذا أتى المدعى عليه بعمل أو أبدى كلاماً يستفاد منه في أنه تخلى عن حقه في التمسك بالدفع، فلا يعتبر كلاماً في الموضوع يسقط الحق في التمسك بالدفع الشكلي التعرض للموضوع بصفة عامة، أو استخدام عبارات ذات طابع شكلي محض، كالقول بأن الادعاء لا أساس له فهذا القول لا يعتبر طلباً أو دفعاً في الموضوع بالمعنى الدقيق.

وإذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية[٣]، مع تبليغ الطرفين بمراجعة المحكمة بالموعد المحدد وإذا لم يحضر الطرفين تترك الدعوى للمراجعة، فإذ بقيت دون مراجعة تعد مبطلة بحكم القانون[٤] إلا إذا كان موضوع الدعوى يتعلق بالحل والحرمة فليس للمحكمة إبطالها بعد تركها للمراجعة[٥], وقرار الإحالة لا يقبل الطعن لكن إذا رفضت المحكمة المحالة إليها الدعوى فيكون قرارها قابل للطعن تمييزا[٦].

وليس للمحكمة المحال عليها الدعوى أن تطلب من محكمة التمييز تعيين المحكمة المختصة بحجة رفضها الإحالة لعدم الاختصاص بل تقضي برفض الإحالة ليتسنى للأطراف الطعن تمييزاً، ولكن في حال إصرار المحكمة المحيلة على رفض الفصل وإعادتها إلى المحكمة المحالة عليها فإن للأخيرة أن تطلب من محكمة التمييز تعيين الاختصاص حتى لا تدور الدعوى في حلقة مفرغة، كما لا يجوز للمحكمة أن تحيل الدعوى إلى محكمة ثالثة بحجة اختصاصها، بل يتوجب إعادتها إلى المحكمة المحيلة لغرض للتحقق من ذلك وفق قواعد الاختصاص القضائي.

وعليه يحق إبداء الدفوع الشكلية غير المتعلِّقة بالنظام العام أمام محكمة الموضوع ما دامت منعقدة، أمّا إذا صدر

١- المادة (٧٤) من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.

3- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية, ٢٠١٣، ص٥٤٨.

٣- المادة ١٨ مرافعات عراقي تقابلها نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

٤-انظر: المادة (٥٤/١) مرافعات عراقي والتي تنص على أنه: (تترك الدعوى للمراجعة إذا اتفق الطرفان على ذلك أو إذا لم يحضرا رغم تبليغهما أو رغم تبليغ المدعي، فإذا بقيت الدعوي كذلك عشرة ايام ولم يطلب المدعي أو المدعى عليه السير فيها تعتبر عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون)، تقابلها المادة (٨٢) مرافعات مصري (حيث جعل المشرع المصري مدة المراجعة ستون يوما)

٥-انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية / الهيئة الموسعة المرقم : ١٨٦ في ٢٠\٥\٢٠١٣, والذي يقضي المبدأ فيه بأنه:" ليس للمحكمة إبطال الدعوى بعد تركها للمراجعة إذا كان موضوعها طلب تصديق الطلاق الخارجي لأن ذلك يتعلق بالحل والحرمة فذلك خلافا لأحكام الشرع والقانون".

٦- المادة (216) مرافعات عراقي .

قرار بختام المحاكمة فإن المحكمة لا تُــلزم بالرد على الدفع [١].

١- الدفع الذي ينشأ سببه أثناء نظر الدعوى، أي ظهر الحق في التمسك به بعد التكلم في الموضوع، كالدفع بإسقاط الخصومة أو اعتبارها كأن لم تكن, فقد يظهر مركز قانوني جديد للمتهم أو لأحد أطراف الدعوى بعد صدور القرار بختام المحاكمة, ففي هذه الحالة يجوز لذلك المتهم أو الطرف اللجوء إلى المحكمة, وقبل النطق بالحكم, ليقدّم طلباً بفتح باب المحاكمة مرة أخرى لإبداء دفاعه أو تقديم مستندات لم تكن تحت يدهِ قبل ذلك الوقت, ولكن المحكمة في مثل هذه الحالة غير مُلزمة بإجابته لطلبه بل لها سلطة تقديرية في ذلك؛ كما للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها فتح باب المحاكمة إذا رأت أن هناك نقاطاً تحتاج إلى توضيح ودراسة و إن مقتضيات العدل تتطلّب ذلك[٢], إلا أنه ينبغي أن يكون للطرف في الدعوى حق مقرر في فتح باب المحاكمة من جديد إذا بُني على سبب جديد جوهري طرأ بعد قفله, يترتب عليه لو صح تغيُّر وجه الرأي في الدعوى, بشرط أن يوضح هذا السبب و إن يكون مؤثّراً بالفصل في مصير الدعوى[٣]. وفي حالة صدور القرار بإعادة فتح المحاكمة يجب إعلام الأطراف للاتصال بالدعوى, مالم يكن قد ثبت حضورهم وقت النطق بالقرار, ويُلزم أن يتم الإعلام وفق أحكام القانون[٤]، وسبب اشتراط هذا الإعلام هو مبدأ المواجهة بين الخصوم وكفالة حرية الدفاع التي تتعلّق بما يُبدى من دفوع وطلبات, ولا يسقط حق الدفوع الشكلية بطلب تأجيل الدعوى للاطلاع أو للاستعداد أو لتقديم مذكرات في الجلسة الأولى لحضور صاحب الحق في هذا الدفع؛ لأن الهدف من طلب التأجيل هو دراسة الدعوى لإبداء الدفوع الشكلية[٥], ويتضح مما تقدَّم أن شرط وجوب تقديم الدفع قبل ختام المحاكمة يرجع إلى أن المتهم إذا كانت له الحرية المطلقة في إبداء ما يريد مما يتعلَّق بالدعوى, إلا أنه متى أتم كلامه وختمت المحاكمة, فقد استوفى حقه ولا تثريب على المحكمة أن قصَّر في الدفاع عن نفسه؛ ذلك أن للمرافعات مدى يجب أن تنتهي عنده، والقول بغير ذلك يؤدّي إلى عرقلة سير الدعوى[٦].

كذلك لابد عدم التنازل عن الدفع صراحة أو ضمناً, حيث يجوز للخصم - المدعي عليه - النزول عن حقه في التمسك بالدفع، ويعد هذا التنازل قيداً على حريته في إثارة الدفع بعد ذلك، دون أن يعد حرمانا له من اللجوء إلى القضاء، فإن من يملك الحق يملك التنازل عنه[٧], ويعد هذا التنازل اسقاطاً للحق الذي هو تصرف إجرائي بالإرادة المنفردة، لا يشترط القبول من الخصم لتحقيق آثاره، واذا تعدد المستفيدون ممن لهم الحق في إثارة الدفع جاز لكل

١- مأمون سلامة , قانون الإجراءات الجنائية معلّقاً عليه بالفقه وأحكام النقض , مرجع سابق, ص ٩٣٥..

٢- رؤوف عبيد, المشاكل العملية الهامّة في الاجراءات الجنائية , مرجع سابق, ص ٥٤٩ . وهو ما ورد في المادة (٢/١٥٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ، إذ نصت على أنه: "يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة مجدداً إذا ظهر لها ما يستوجب ذلك على أن تدوّن ما يبرر هذا القرار".

٣- عبد الحكيم فودة, موسوعة الحكم القضائي في المواد المدنية والجنائية على ضوء الفقه وقضاء النقض, ج٤, مطبعة عصام جابر , منشأة المعارف , الإسكندرية , ٢٠٠٢, ص ٢٣٦٨. رؤوف عبيد, حق الدفاع أمام القضاء الجنائي , مرجع سابق، ص ١٧٦-١٧٧.

٤- حامد الشريف، نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق، ص ١٧. وهذا ما ورد في المادة (١/١٥٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ، إذ نصت على أنه : " لا يجوز للمحكمة بعد أن تقرر ختام المرافعة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر...".

٥- محمود محجوب أبو النور, نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة, الدار السودانية للكتب, ١٩٩٩, ص ١٠١ – ١٠٣. أحمد ابو الوفا, نظرية الدفوع في قانون المرافعات, مرجع سابق, ص١٧٢ - ١٧٣، د. وجدي راغب, الموجز في مبادئ القضاء, مرجع سابق, ص٣٦٢. محمد عزمي البكري, مرجع سابق, ص ٤٥ – ٤٦.

٦- محمد زكي ابو عامر، الإجراءات الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤ ص١٠٣٦. أحمد فتحي سرور, النقض الجنائي , ط ١, دار الشروق للطباعة , القاهرة، ٢٠٠٣, ص ٣٣٦.

٧- وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية: دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات, دار الفكر العربي, ١٩٧٨، ص ٢٥١.

منهم التنازل عما يخصه وحده، من دون أن يمتد هذا التنازل إلى الباقين[١], ويقتصر هذا الشرط على الدفع الشكلي غير المتعلِّق بالنظام العام لأنه مقرر لمصلحة خاصّة ومن ثم يجوز لصاحب تلك المصلحة أن يتنازل عنه, وبالمقابل لا يجوز التنازل عن الدفع المتعلِّق بالنظام العام لتعلّقه بالمصلحة العامّة، فإن حدث وتم التنازل عنه فإنه لا يُعتد به ولا يُرتب أثراً , والتنازل عن الدفع غير المتعلِّق بالنظام العام لا يعدو أن يكون إحدى صورتين: **الأولى** التنازل الصريح عن الدفع فهذا التنازل يرتب الأثر أمام المحكمة عن ذلك من حيث عدم رد المحكمة على هذا الدفع, أمّا الصورة **الثانية** فهي التنازل الضمني عن الدفع، ويكون في حالة ما إذا أبدى محامي المتهم مثلاً دفعاً مصحوباً بطلب تحقيقه في جلسة محددة، ثم يترافع قبل تحقيقه في موضوع الدعوى متغاضياً عن هذا الدفع ومصمماً على طلباته النهائية دون إثارة ذلك الدفع مرّة أخرى؛ وكذلك قد يكون التنازل الضمني بأن يترافع الدفاع على صورة تتعارض مع دفاعه الأوّل بحيث لا تفسر خطته إلا بأنها تنازل ضمني عن ذلك الدفاع.

وجديرٌ بالذكر أن العبرة بالتنازل عن الدفع – على النحو السالف - أن يكون قد تم قبل ختام المحاكمة أمام محكمة الموضوع، ومن ثم يجوز العدول عن ذلك التنازل ما دامت المحاكمة دائرة[٢].

بناءً على ما تقدَّم يتبيَّن أنه إذا لم يحصل تنازل صريح ولا ضمني, وتوافرت للدفع شرائطه السابقة كان على محكمة الموضوع أن تجيب عليه, وإلّا كان إغفاله إخلالاً منها بحق الدفاع وقصوراً في التسبيب بما يعيب حكمها ويستوجب نقضه.

المطلب الثاني

إبداء الدفع بصورة جازمة وصريحة

المقصود بالدفع الصريح هو أن يكون شاملاً لبيان مضمونه, موضِّحاً للفائدة منه ومبيِّناً أثره في الدعوى[٣], كما أن الدفع الجازم الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه هو الذي لا يحتمل أي شك حول نية الخصم في التمسك به وإصراره عليه[٤], والجزم هنا يتطلب طرح الدفع بشكل استخلاص واضح لا يحتمل التأويل, فالمحكمة غير ملزمة بتفسير الدفع الغامض والمغزى منه, فالوضوح وعدم الإبهام أمر مهم عند طرح الدفع على المحكمة عن طريق تبيان مضمونه جيداً والمغزى منه والفائدة المرجوة وتأثيره في سير الدعوى فهنا تكون المحكمة ملزمة بإجابته إما قبولاً أو رفضاً مع تسبب ذلك, وعلي ذلك فالدفع يكون جازماً عندما يُصر عليه مقدِّمه، ويظل متمسّكاً به في طلباته الختامية، بتعبير آخر هو ذلك الدفع الذي لا يحتمل أي شك حول نية الخصم في التمسّك به وإصراره عليه[٥].

وهذا الشرط يقتصر بدوره على الدفع الذي لا يتعلَّق بالنظام العام، لذات السبب الذي بيَّناه فيما يتعلَّق باقتصار الشرط السابق على هذا الدفع, ومن مفهوم المخالفة أن المحكمة لا تلتزم بالرد على الدفع المبهم أو غير الواضح في هدفه وغايته، ومن ثم لا تثريب على المحكمة إن هي أغفلت الرّد عليه مثال ذلك الدفوع التي تُبدى في صورة أقوال مرسلة أو كانت مجرَّد كلام يُلقى في غير مطالبة جازمة ولا إصرار, أو كان الدفع في صورة تساؤل أو تعييب لإجراء معين, أو بصيغة تفويض الأمر إلى المحكمة أو ترك التصرف لها إذا شاءت, أو نحو ذلك من التعابير[٦].

١- نبيل إسماعيل عمر، الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات, دار الجامعة الجديدة, ٢٠٠٤، ص ٣٥٣.

٢- تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن : " تنازل المتهمة في مستهل المرافعة عن طلب التأجيل لسماع شهود نفي, لا يحول دون أن تتوجَّه إلى المحكمة من جديد بهذا الطلب بلسان محاميها الذي يمثلها والذي أصرَّ على التمسّك به وأكّده في ختام مرافعته , وهو ولا شك أدرى بمصلحة موكِّلته ". نقض ١٢/١/ ١٩٥٩, أحكام النقض , ص١٠, رقم ١٩٨, ص ٩٦٨.

٣- لقد عرَّفته محكمة النقض المصرية بأنه الطلب الذي يقرع سمع المحكمة ويشتمل على بيان ما يرمي إليه مقدِّمه في طلباته الختامية, نقض ٦ مارس ١٩٧٢، مجموعة أحكام النقض، س٢٣، رقم ٧٠، ص٣٠١ . أشارت اليه آمال عبد الرحيم عثمان, شرح قانون الإجراءات الجنائية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٥ , ص ٤٧٣ .

٤- إيهاب عبد المطلب, الطعن بالبطلان في الإجراءات أو الحكم, المركز القومي للإصدارات القانونية , مرجع سابق, ص ١١٥.

٥- محمد عيد الغريب, شرح قانون الإجراءات الجنائية , ج٢, ط٢ , النسر الذهبي للطباعة , القاهرة، ١٩٩٧, ص١٥١٦.

٦) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " إذا كان يبين من الإطلاع على محضر الجلسة أن المدافع عن الطاعن قال

غير أن المحكمة تلتزم بالرد على الدفع المثار في نقطة معيّنة بصورة صريحة، كأن يدفع المتهم بدفع يحتاج الفصل فيه إلى رأي خبير، فمثل هذا الدفع يعد صريحاً ما دام بطبيعته يحتاج إلى الاستعانة بذلك الخبير؛ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية بنقض قرارات الدعوى لعدم إجابة المحكمة إلى دفع جوهري، وذلك في قرار لها جاء فيه بأنه: لدى التدقيق لوحظ وجود تقرير طبي مرفق بأوراق الدعوى، ورد فيه أن المتهم يعاني من صداع مزمن مع اضطراب في السلوك وانعدام التركيز وأنه مُصاب بضربة في رأسه، وطلب الطبيب إحالته على المستشفى لإجراء أشعة للرأس مع أشعة الرنين . و إن أوراق الدعوى لا تتضمّن ما يشير إلى إحالة المتهم إلى المستشفى، فكان على المحكمة إحالة المتهم لإجراء الفحوصات الطبيّة اللازمة عليه للتثبت من مدى صحة المعلومات أعلاه ..."[١].

جديرٌ بالذكر أنه في حالة تغيُّر هيئة المحكمة، فإن الهيئة الجديدة لا تلتزم بإجابة دفع أُبديَ أمام هيئة سابقة أو الرد عليه, إلا إذا كان مقدمه قد أصر عليه, أي أن على الخصم التمسّك بالدفع أمام الهيئة الجديدة[٢], كما أن المحكمة لا تلتزم بالرد على الدفوع الاحتياطية في أسبابها إذا تعارضت مع الطلب الأصلي، ولكنها تلتزم بالرد عليها إذا لم تأخذ بالطلب الأصلي، مثال ذلك أن كان الطلب الأصلي هو البراءة وكان الطلب الاحتياطي هو التأجيل لتحقيق دفاع معيّن, ففي هذه الحالة يكون هذا الطلب جازماً إذا ما اتجهت المحكمة إلى الحكم بالإدانة, إذ يجب عليها أن ترد عليه بما يدفعه إن ارتأت عدم قبوله وإلا كان حكمها معيباً بالقصور[٣].

كذلك يعد تخلف الخصم عن إثارة الدفع الذي طلب الإمهال لتقديمه، قيدا على حريته في إبدائه، فاذا رغب الخصم في إثارة دفع معين وطلب مهلة لتقديم هذا الدفع، وأجابت المحكمة طلبه، ومن ثم تخلف عن تقديم الدفع في الموعد الذي حددته المحكمة، وتكرر هذا التخلف رغم إمهاله نهائياً لهذه الغاية، فإن حقه في إثارة الدفع يسقط ضمناً، ذلك لأنه يكون قد قصر في استعمال حقه، وهو أولى بالخسارة، و إن القول بغير ذلك يعني تأييداً للمنازعات[٤].

كذلك لابد إبداء الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى, ويعني أن الدفع قد أُثير بالفعل على وجه ثابت في أوراق الدعوى سواءٌ أكان في محضر الجلسة أم في المذكّرات التي يقدّمها الخصوم, ولذلك فإنه لا يُعوَّل على أي من الدفوع التي أُثبتت أمام جهة أخرى غير جهة المحاكم, ومن ثم فإن إثارة الدفع في التحقيق الابتدائي لا يُغني عن إثارته من جديد في مرحلة المحاكمة حتى تلتزم المحاكمة بالرد عليه قبولاً أو رفضاً[٥].

وعِلّة اشتراط إبداء الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى, يرجع إلى أن القاضي لا يكون عالماً بتفاصيل القضية المعروضة عليه من تلقاء نفسه, من هنا وجب أن يكون اطلاعة على القضية مبنياً على ما أُثير أمامه من قبل

أنه يُفضّل أن تنتقل المحكمة لمعاينة مكان الحادث , مما يُعتبر تفويضاً منه للمحكمة إن شاءت أجابت و إن لم تجد ضرورة لتحقيق واقعة الدعوى غضّت الطرف عنه, فلا يصح النعي عليها بأنها لم تُجِب المتهم إلى طلبه ولم ترد عليه ". كما قضت بأنه : " يجب الدفع ببطلان إذن التفتيش في عبارة صريحة تشتمل على بيان المراد منه، ومن ثم فإن مجرد قول المدافع عن الطاعن في مرافعته أن الدعوى خالية م التحريات لا يفيد الدفع ببطلان الإذن ".

نقض ١٩٥٤/٧/٥ أحكام النقض س ٥ رقم ٢٨٤ ص ٨٩٣ . أشار اليه : المستشار ايهاب عبدالمطلب, حق الدفاع أمام القضاء الجنائي, مرجع سابق, ص١٢٥, وكذلك نقض رقم ٧٨٩ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٦٩/١٠/٦ س ٢٠ ص ١٠٢٢. أشار إليه: محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي في الدفوع الجنائية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٩٢ , انظر: رؤوف عبيد , حق الدفاع أمام القضاء الجنائي , مرجع سابق , ص ١٧٩. رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص٢١٢-٢١٣.

[١] قرار رقم٢٠٠/ هيئة عامّة /٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/٢٥، انظر: القاضي سلمان عبيد عبدالله، مرجع سابق، ص٢٠.

[٢] محمد فهيم درويش, حق الدفاع والمرافعة أمام القضاء الجنائي , ط١ , (بدون مكان طبع) , ٢٠٠٧ , ص ٢٧٦.

[٣] محمد عيد الغريب، الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة، مطبعة الإيمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥, ص ١٥١٦ – ١٥١٧.

[٤] توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٢٤٨.

[٥] عبد الحكيم فودة, مرجع سابق , ص ٢٣٦٩, د. ايهاب عبدالمطلب, مرجع سابق , ص٢٣, د. حامد الشريف, نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، مرجع سابق , ص٢٤.

الخصوم, وما عُرِض من أدلّة ومستندات تمت مناقشتها خلال الجلسات[1], وعليه إذا لم يتم التمسّك بالدفع أمام محكمة الموضوع، فلا تلتزم بمناقشته مهما كانت أهميته في الدعوى؛ لذلك قضي أنه لم يبين من محضر الجلسة أن الطاعن قد طلب ندب الطبيب الشرعي وطبيب المستشفى لمناقشتهما في تقديرهما، فليس له أن يعيب على المحكمة أنها لم تقم بذلك[2].

ومن مفهوم المخالفة أنه إذا أثار الخصم دفاعهُ بالفعل في محضر الجلسة أو في مذكَّراته فإن المحكمة تلتزم بالرد عليه قبولاً أو رفضاً وإلا كان حكمها معيباً بالإخلال بحق الدفاع.

يتضح مما تقدم أن محكمة الموضوع لا يجوز أن تستند في حكمها إلى دليل لم يكن له أصلٌ ثابت في الدعوى, وعليه فإن الحكم الذي يصدر بناءً على أدلّة معيّنة ولكن المحكمة لم تمكِّن المهتم مثلاً, من مناقشة هذه الأدلّة أو لم يكن لهذه الأدلّة أصلٌ في الدعوى ولم تتم الإشارة إليها في محضر الجلسات, فإن هذا الحكم يكون معيباً مستوجباً البطلان[3].

وأخيراً يجدر التنويه إلى أن شرط إبداء الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى يقتصر على الدفع غير المتعلق بالنظام العام، لأن الدفع المتعلق بالنظام العام يجوز إبداؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، فضلاً عن وجوب إثارة المحكمة له من تلقاء نفسها كونه يتعلَّق بالتطبيق الصحيح للقانون، وهو ما يجب على المحكمة مراعاته و إن لم يتمسك به أحد الأطراف, كذلك يجب إبداء الدفوع الشكلية معا وفي أن واحد ولا يجوز إبداء الدفوع متفرقة في جلسات مختلفة، بل يجب إبداؤها جميعا في جلسة ومذكرة واحدة، وإذا اقتصر صاحب الحق على إبداء بعضها وسكت عن البعض الآخر يسقط حقه في التمسك بها بعد ذلك, وجميع هذه الدفوع تتساوى ولا يلزم اتباع ترتيب معين فيما بينها[4].

وبعض التشريعات تنص على ترتيب معين بحيث مراعاته في إبداء الدفوع الشكلية بحيث يسقط الحق في إبداء الدفع إذا لم يحترم بشأنه هذا الترتيب.

وتهدف الدفوع الشكلية إلى تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة, لأن الحكم بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق موضوع الدعوى، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء الخصومة، ولا يحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي, وعليه يجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة بذات الحق بإجراءات صحيحة أمام المحكمة المختصة[5].

ويمكن إبداء الدفوع على وجه ثابت في أوراق الدعوى أي أن الدفع يثار بالفعل على وجه ثابت في أوراق الدعوى سواء كان في محضر الجلسة ام في المذكرات التي يقدمها الخصوم ولذلك فإنه لا يعول على أي من الدفوع التي أثبتت أمام جهة أخرى غير جهة المحاكم ومن ثم فإن إثارة الدفع في التحقيق الابتدائي لا يغني عن إثارته من جديد في مرحلة المحاكمة حتى تلتزم المحاكمة بالرد عليه قبولا أو رفضا، وعلة اشتراط إبداء الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى، يرجع إلى أن القاضي لا يكون عالماً بتفاصيل القضية المعروضة عليه من تلقاء نفسه من هنا وجب أن يكون اطلاعه على القضية مبنياً على ما أثير أمامه من قبل الخصوم وما عرض عليه من ادلة ومستندات تمت مناقشتها خلال الجلسات وعليه إذا لم يتم التمسك بالدفع أمام محكمة الموضوع فلا تلتزم بمناقشته مهما كانت أهميته في الدعوى، لذلك قضي أنه لم يبين من محضر الجلسة أن الطاعن قد طلب ندب الطبيب الشرعي وطبيب

---

[1] عادل مشموشي , ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمات الجزائية, ط ١, منشورات زين الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٧, ص ٢٥٢.

[2] نقض ١٩٥٤/٥/٢٤ أحكام النقض ص ٥ رقم ٢٢٩ ص ٦٨٨ . أشار إليه : رؤوف عبيد، ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص ١٦٩.

[3] وهذا ما ورد في المادة (٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، اذ نصت على أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلى دليل لم يُطرح للمناقشة أو لم يُشر إليه في الجلسة, ولا إلى ورقة قدّمها احد الخصوم دون أن يمكّن باقي الخصوم من الاطلاع عليها, وليس للقاضي أن يحكم في الدعوى بناءً على علمه الشخصي " . تقابلها المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والتي نصّت على أنه : " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته ومع ذلك لا يجوز أن يبني حكمه على دليل لم يُطرح أمامه في الجلسة ...".

[4] محمد عزمي البكري, مرجع سابق, ص٧٠ - ٧٢، د. محمود محجوب أبو النور, مرجع سابق, ص ١١٥.

[5] محمد عزمي البكري, مرجع سابق, ص٧٠ – ٧٢، د. محمود محجوب أبو النور, مرجع سابق, ص ١١٥.

المستشفى لمناقشتهما في تقديرهما، فليس له أن يعيب على المحكمة أنها لم تقم بذلك[1].
ومن مفهوم المخالفة أنه إذا أثار الخصم دفاعه بالفعل في محضر الجلسة أو في مذكراته فإن المحكمة تلتزم بالرد عليه قبولاً أو رفضاً وإلا كان حكمها معيباً بالإخلال بحق الدفاع ؛ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنه : " إذا كان المتهم الطاعن قد طلب في مذكرته المقدمة في جلسة المرافعة معاينة المضبوطات وهي قطعتان من النحاس للتحقق من ثقل وزنها بحيث يستحيل عليه حملها بالكيفية التي صورها الشاهد وإخفاؤها في الحقيبة الصغيرة التي قيل بضبط المسروقات فيها, فإن عدم إجابة هذا الطلب مع أهميته والرد عليه بما يدفعه هو مما يعيب الحكم بالقصور والإخلال بحق الدفاع "[2].
يتضح مما تقدّم أن محكمة الموضوع لا يجوز أن تستند في حكمها إلى دليل لم يكن له أصل ثابت في الدعوى . وعليه فإن الحكم الذي يصدر بناءً على أدلة معينة ولكن المحكمة لم تمكّن المهتم مثلاً من مناقشة هذه الأدلّة أو لم يكن لهذه الأدلة أصل في الدعوى ولم تتم الإشارة إليها في محضر الجلسات, فإن هذا الحكم يكون معيباً مستوجباً البطلان [3].
وأخيراً يجدر التنويه إلى أن شرط إبداء الدفع على وجه ثابت في أوراق الدعوى يقتصر على الدفع غير المتعلّق بالنظام العام، لأن الدفع المتعلّق بالنظام العام يجوز إبداءه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى ولو لأوّل مرة أمام محكمة التمييز، فضلاً عن وجوب إثارة المحكمة له من تلقاء نفسها كونه يتعلق بالتطبيق الصحيح للقانون، وهو ما يجب على المحكمة مراعاته و إن لم يتمسك به أحد الأطراف.

المبحث الثاني
مظاهر الدور الإيجابي لقاضي الموضوع

أصبح لقاضي الموضوع دوراً إيجابياً في مراقبة الخصومة وتصويب الأوضاع المخالفة للنظام العام وتصحيحها، ومن المفترض أن منح القاضي الدور الإيجابي يساهم في انتظام الدعوى وحسمها بعدالة وبشكل أسرع، ودور القاضي الإيجابي لا يقتصر على حسم ما يتم عرضه عليه من دعاوى، إنما يعتبر وسيلة فاعلة في تطوير القانون .
لقاضي الموضوع سلطة في تقدير صحة العمل الإجرائي وإنتاجه لآثاره القانونية وذلك منذ تسجيل الدعوى ولغاية الحكم فيها، فهو لا يبدأ بالسير في الدعوى إلا بعد تثبيت دفع الرسوم المقررة عنها ومن ثم تثبت انعقاد الخصومة فيها بشكل صحيح وذلك بأن يتبلغ المدعى عليه مضامين لائحة الدعوى، كما أن قاضي الموضوع هو من يقدر صحة العمل الإجرائي بالتحقق والشروط الشكلية والموضوعية التي يجب أن تتوافر فيه، وتلك الأعمال المتولدة عن بعضها البعض جاءت سليمة محققة الغرض منها [4]. وعليه سيتم دراسة هذا المبحث في المطلبيين التاليين:

المطلب الأول
سلطة القاضي في تقدير صحة العمل الإجرائي

بداية وقبل الشروع في الحديث عن سلطة القاضي في تقدير صحة العمل الإجرائي ، لابد من تعريف الأخير والوقوف على ماهيته، إذ أن تعريفات العمل الإجرائي قد تعددت، فقد عرفه الفقيه وجدي راغب فهمي بأنه " عمل قانوني يعتبر جزءاً من الخصومة القضائية، ويرتب عليه القانون الأثر الإجرائي المباشر "، كما عرف بأنه : "

[1] محمد عبد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج٢، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٥١٦
[2] رؤوف عبيد، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص١٧٩
[3] رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٠١٣
[4] أحمد محمد المومني، القضاء الإداري الإسلامي –قضاء المظالم، عمان، الأردن، ٢٠٠٥، ص٢٢٥

عمل قام القانون بتحديد شكله وبيان مضمونه وآثاره . وفي طبيعة العمل الإجرائي ، فقد اعتبر بأنه عملاً قانونياً - أي نشاطاً إيجابياً "، وهو ما جاء واضحاً في تعريفات العمل الإجرائي السابقة، وما يترتب على العمل القانون من أثر قانوني لهذا النشاط الإيجابي، لكن هناك خلاف بهذا الاتجاه، إذ اعتبره الفقيه (كامل) بأنه تصرف قانوني، أي أنه يسري على العمل الإجرائي ما يسري على التصرف القانوني كالأهلية في التصرف والاعتداد بإرادة التصرف وإمكانية التمسك بعدم وجودها أو بطلانها نتيجة الوقوع في الخلط أو تدليس وهو ما يعني تعيب الإدارة . ولقاضي الموضوع سلطة في تقدير صحة العمل الإجرائي وإنتاجه لآثاره القانونية[1]، وذلك منذ تسجيل الدعوى ولغاية الحكم فيها، إذ أنه لا يسير في الدعوى إلا بعد التثبت من دفع الرسوم التي تم تقريرها، ومن ثم التثبت من العقاد الخصومة فيها بصورة صحيحة، وذلك من خلال تبليغ المدعى عليه لائحة الدعوى أن وقاضي الموضوع هو من يقدر صحة العمل الإجرائي وذلك بعد التحقق من توافر الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب أن تتوافر فيه، وتلك الأعمال خاصة التي تشتق من بعضها البعض جاءت سليمة وتحقق الهدف منها فالقاضي هو من يقوم بتكليف الخصم بدفع الرسوم وله إعادة تبليغ المدعى عليه في حالة أن التبليغ غير متفقاً مع القانون، كما في حالة تبليغ المدعى عليه بواسطة أحد[2]، أفراد عائلته الذين يسكنون معه لائحة الدعوى للمرة الأولى، فهنا يحب تبليغه مرة أخرى موعد الجلسة القادمة . ويتقيد القاضي في تقديره لصحة العمل الإجرائي بتحقق الغاية من الإجراء أو عدم تحققها, فالتبليغ للمدعى عليه إذا لم يكن حسب الأصول التي أوجبها القانون لكنه حضر في الموعد المحدد فحضوره يعني تحقق الهدف وهو دعوته للحضور من أجل أن تتم إجراءات مواجهته إلا أن المشرع احياناً يتطلب شكلاً في الإجراء يجب تحققه رغم تحقق الغاية، كما هو الحال في توقيع المحضر، فالمشرع هذا حدد غاية من هذا الإجراء لا يحق للقاضي تغيير مضمونه بالقول أن الغاية من التبليغ وهي حضور المدعى عليه قد تحققت، بالتالي اعتبار الإجراء صحيحاً، ذلك أن توقيع المحضر أراد منه المشرع التثبت من أن الذي يقوم بالتبليغ موظف رسمي ضمن حدود اختصاصه، وهو أمر يتعلق بسير العمل في مرفق القضاء وعلى القاضي الالتزام بها، أن صلاحية القيام بالعمل الإجرائي يجب أن يصدر ممن يخوله القانون إمكانية القيام به كالقاضي[3]، ويقصد بالصلاحية الموضوعية للقاضي أن يتخذ العمل الإجرائي من إعطاء القانون بصفته مهنة القيام به، وهو ما يعبر عنه بالاختصاص ، أما عدم الصلاحية الشخصية فيقصد بها عدم توفر أوصاف شخصية مطلوبة في القاضي أو إحاطته ظروف خاصة تجعله غير صالح لاتحاد العمل الإجرائي ، لذلك نرى أن القاضي سواء أكان فرداً أو هيئة، فالقرار الذي يصدر عله يستند إلى وظيفته، بالتالي إذا ما تم إحالة أحد من القضاء على التقاعد فإن قراره لا يصبح لا أهميه، بسبب صدوره من شخص لا يمتلك حق إصداره وخارج عن اختصاصه . كذلك حكم القاضي لأقربائه وأصهاره حتى الدرجة الرابعة، فقانون المرافعات المدنية العراقي فقد أشار إلى أن الإجراء القضائي يخضع لعدد من القواعد العامة [4]، وتلك القواعد تستلزم حتى يكون الإجراء القضائي صحيحاً توفر شروط موضوعية وهي الإرادة والمحل والشكل، وهو ما أشارت له كل من المادة (٣ و ٤ و ٥) من القانون ذاته حيث نصت المادة ٣ على : " يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى ولا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق، أما المادة ٤ فقد نصت على : يشترط أن يكون المدعى عليه خصما يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار عنه و إن يكون محكوما أو ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك تصبح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجوز والغالب وخصومة المتولي بالنسبة المال الوقف، وخصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الأحوال التي لا يتقد فيها إقراره " أما المادة ٥ فقد نصت على : " يصبح أن يكون أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت أو له ولكن الخصم في عين من أعيان

[1] أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٦
[2] أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط٥, دار الشروق، القاهرة،١٩٨٩، ص١٦٥
[3] آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مديرية دار الكتب للطباعة، بغداد، ١٩٨٨، ص١٦٤
[4] آمال عبد الرحيم عثمان, شرح قانون الإجراءات الجنائية, دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٥، ص٩١

الشركة هو الوارث الحائر لتلك العين " . ومع ذلك تصبح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة المال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف، وخصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الأحوال التي لا ينقد فيها القرار . أما السبب في الإجراء القضائي فلا يحتل نفس الدور الذي يحله في التصرف القانوني، ففي الإرادة، يجب أن تكون الإرادة التي يعتد بها في الإجراء الفضائي هي الإرادة الظاهرة، أما الإرادة الباطنة فلا تكون صالحة لإحداث أثر قانوني، كون العلم فيها مقصور على صاحبها ولا عيوب الإرادة المعروفة في التصرف القانوني كتأثيرها في الإجراء القضائي، لأن الأخير لا يعد تصرف قانوني إنما يتم وفق الشكل الذي يتطلبه القانون أما محل الإجراء القضائي فهو ما يراد عليه الإجراء القضائي، ويختلف باختلاف الإجراءات القضائية[1]، فعلى سبيل المثال محل الإجراء في التبليغ القضائي يتمثل بافتراض علم الشخص بتسلمه مذكرة التبليغ لشخصه وأمر التقاضي باستدعاء شاهد الشهادة أمام المحكمة محله شهادة هذا الشاهد، ويجب أن يكون محل الإجراء القضائي موجودا ومعينا، وهذا الشرط يستلزم أن يكون الحق المدعى به في عريضة الدعوى حالا، أي أن الحق رافع الدعوى قد اعتداء عليه بالفعل أو حصل نزاع بشأنه، فلا يجوز أن يكون معلقا على شرط أو مضافا لأجل ويجب أن يكون محددا من حيث مقداره وإذا كان منقولا ذكر جنسه ونوعه و قيمته وأوصافه واذا ما كان عقاراً يجب ذكر موقعه وحدودها . ومقومات صحة العمل الإجرائي تتمثل في المقومات الموضوعية والشكلية، ففي سياق المقومات الموضوعية، لابد أن يصدر ممن يخوله القانون إمكانية القيام به، وحيث أن الأشخاص مصدر هذه الأعمال متعددة، لذلك يجب على الأمني الموضع القيام به، الصلاحية القاضي الموضوعية يقصد بها أن يتخذ العمل الإجرائي ممن اعطاء القانون مهمة القيام به، والقرار الصادر يكون استنادا لوظيفته، بالتالي إذا أحيل أحد من القضاة على التقاعد فإنه لا يصبح لقراره أهمية بسبب صوره من شخص لا يملك حق إصداره وخارج المتماسة . أما المقومات الشكلية بالقانون المدني التي تقوم على مبدأ حرية الشكل، بينما قانون أصول المحاكمات المدنية يرى أن الشكل أهمية كبيرة إذ أن العمل الإجرائي يجب أن يتم وفق شكل معين[2]، وعليه فالشكل يعتبر عنصراً من عناصر العمل الإجرائي ، ويتكون من عنصرين أحدها داخلي يتمثل في الكتابة كالأوراق القضائية والبيانات التي تتضمنها والأشكال القولية كالشهود والنطق بالحكم والأشكال الفعلية كالحضور أمام المحكمة أو الانتقال للمعاينة "، أما العنصر الخارجي فيتكون من ظرفي الزمان والمكان والأشخاص وكيفية اتخاذ الإجراء، حيث أنه يجب عدم المغالاة في التمسك بالشكلية متناسين أن الشكلية ليست في ذاتها غاية، إنما وسيلة من أجل تحقيق غاية أكبر . وفيما يتعلق بسلطة القاضي في تصحيح البطلان، فيجب بداية تعريف التصحيح، إذ يقصد به هنا أن يضاف الإجراء الباطل ما ينقصه فعلاً أو حكماً، شريطة أن يكون ذلك خلال الميعاد الذي قرره القانون من أجل اتخاذ الإجراء، فإذا لم يقرر القانون ميعاد للإجراء، قام القاضي بتحديد ميعاداً مناسباً لتصحيحه، ولم ينظم قانون المرافعات المدنية العراقي إجراءات التصحيح فقد اكتفى للإشارة لتصحيح الأحكام وذلك في البند الأول من المادة ١٦٧ التي تتعلق بتصحيح الأحكام، على : " لا يؤثر في صحة الحكم ما يقع فيه من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية وانما يجب تصحيح هذا الخطأ من قبل المحكمة بناء على طلب الطرفين أو أحدهما[3] .

و يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه " . ويتضح مما سبق أن المشرع العراقي ثم ينظم البطلان الإجرائي إنما عالج البطلان في مواضع معينة منها بطلان التبليغات القضائية حيث يعتد التبليغ باطلاً إذا شابه عيب أو نقص جوهري، يخل بصحته أو يفوت الغاية منه.

ويظهر جلياً أن المشرّع العراقي قد اعتمد مذهب النص على البطلان كإجراء لمخالفة التبليغات القضائية، إلا أنه لم يسلب سلطة القاضي في الحكم بالبطلان إذا ما أعطاه سلطة واسعة من خلال تحديد حالات بطلان التبليغات

---

[1] ابو العلا علي أبو العلا، الجديد في الإثبات الجنائي، ط١، المنار للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٥٦

[2] جواد الرهيمي، أحكام البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠٦، ص٩٤

[3] حامد الشريف، نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، مصر, ١٩٩٦، ص٤٥

بالعيب أو النقص الجوهري الذي يحل بصحة التبليغ أو يفوت الغاية منه، وفي ذلك فقد قضت محكمة التمييز العراقية بأنه : " إذا خلا التبليغ من توقيع القائم به ومن تاريخ إجرائه كان باطلاً . أيضاً قضت بأنه : " يكون التبليغ باطلاً إذا لم يذكر فيه اسم الشخص الموجود مع المطلوب تبليغه والذي امتنع عن التبليغ عنه، إلا أن المشرع حول الحد من البطلان وعدم المغالاة في الشكل على حساب الحق الموضوعي، فعدم المبالغة في تعقيد الإجراءات القضائية وتوسيع مواعيدها بحجة توفير الضمانات اللازمة لتحقيق العدل[1]، غير أن التصحيح يرد على الإجراء الباطل دون المتعلم، إذ أن الإجراء الباطل تلحقه إجازة ولا يرد عليه التصحيح، فعلى سبيل المثال، الخصومة لا تعقد إلا بين الأحياء، فإذا ما أقيمت الدعوى على شخص قد توفى، فإن تلك الدعوى لا يصححها تبليغ الورثة أو حضورهم، كذلك الأمر بالنسبة للطعن، وفي ذلك فقد قضت محكمة التمييز الأردنية، أن تقديم اللائحة المعدلة يكون في حال أن تكون الدعوى مقامة بصورة صحيحة وطرأ أمراً خلال سير الدعوى أي بعد اقامتها لا أن تقدم لتصحيح خصومة في دعوى مقامة [2]، وحيث أن الدعوى مقامة بمواجهة متوفى وهي خصومة منعدمة وبالتالي فإن تقديم لائحة معدلة بهذه الصورة من شأنه تصحيح خصومة بشكل مخالف للقانون والأصول وحيث أن القبول الشكلي من قواعد ومتطلبات النظام العام وتملك المحكمة إثارته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى و إن القبول الشكلي خطأ لا يكسب الخصم حقا مما يتعين معه والحالة هذه أن ترجع المحكمة عن القرار المتخذ من هيئة سابقة والذي بني على إجراء باطل " .

ويتم التصحيح من خلال إحدى الوسيلتين، الوسيلة الأولى : تتم بالتصحيح الفعلي بتكملة الإجراء، كما لو أقيمت دعوى دون دفع الرسم الكامل عنها، فهنا يكلف الخصم بنقع باقي الرسم، أو الوسيلة الثانية : والتي تتم بالتصحيح بتحول الإجراء إذا توافرت فيه عناصر إجراء آخر، مثل بطلان الطلب الأصلي مع وجود طلب عارض مقدم وفق إجراءات معتادة في إقامة الدعوى، وقد يكون التصحيح بنقص الإجراء، حيث لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، ويزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمناً من شرع لمصلحته وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها بالنظام العام " ويرى الباحث أن دور القاضي ينحصر بالتحقق من توافر الشروط اللازمة للتصحيح أو مراقبة إجراءات التصحيح، حيث لم يشر المشرع العراقي الشروط التصحيح أو مراقبة إجراءاته، بينما اشترط المشرع الأردني لتوافر شرطين لتصحيح الإجراء الباطل وهما : أن يتم التصحيح في الموعد المقرر قانوناً من أجل اتخاذ الإجراء، ولا يعتقد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه، حيث أنه إذا تخلف أي فريق من الامتثال للقرار الصادر بموجب الإجابة عن إبراز مستند أو إباحة الاطلاع عليه كان ذلك الفريق هو المدعي [3]، و لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع البطلان لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، ويزول البطلان إذا نزل عنه صراحة أو ضمنا من شرع لمصلحته وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها بالنظام العام ".

ونرى أن دور القاضي ينحصر بالتحقق من توافر الشروط اللازمة للتصحيح أو مراقبة إجراءات التصحيح، حيث لم يشر المشرع العراقي الشروط التصحيح أو مراقبة إجراءاته، بينما اشترط المشرع الأردني لتوافر شرطين لتصحيح الإجراء الباطل وهما : أن يتم التصحيح في الموعد المقرر قانوناً من أجل اتخاذ الإجراء، ولا يعتقد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه، حيث أنه إذا تخلف أي فريق عن الامتثال للقرار الصادر بموجب الإجابة عن إبراز مستند أو إباحة الاطلاع عليه كان ذلك الفريق هو المدعي فإنه بعمله هذا يعرض دعواه للإسقاط على أساس

---

[1] رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧، ص٥٥

[2] رجاء محمد بو هادي، فكرة الصفة في الدعوى الجنائية، الطبعة الأولي، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي - ليبيا، ٢٠٠٨، ص٩٥

[3] رستم محمد خالد جمال, خلاصة القرارات الصادرة عن محكمة التمييز اللبنانية، المجموعة الثالثة والرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان، ٢٠٠٦، ص٩٩

وجود نقص في تعقبها وإذا كان الفرق هو المدعى عليه فإنه يعرض دفاعه للشطب . أما فيما يتعلق بالشرط الثاني : فعلى الرغم من تمسك صاحب المصلحة بالبطلان إلا أنه يجوز تصحيح هذا الإجراء الباطل، وبالرغم من ذلك فلا يعتد بهذا الإجراء إلا من تاريخ تصحيحه، حيث قضت محكمة التمييز في ذلك، أن النقص في بيان اسم المدعى عليها في لائحة الدعوى لا تعد نقصاً يوجب إبطال صحيفة الدعوى لعدم النص على البطلان من جهة، ولعدم ترتيب أي ضرر لخصم نتيجة هذا النقص عملا بأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ما دام أن المدعى عليه حضرت جميع إجراءات المحاكمة ممثلة بوكيلها . ويرى الباحث أن سلطة القاضي التقديرية واسعة في مجال قانون المرافعات المدنية العراقي، لأنه يملك تقدير العديد من الأعمال الإجرائية التي تحكم الخصومة بما في ذلك تقدير حالة الضرر التي يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي ، حيث أن المشرع مسألة واقع تستقل بتقديره محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة التمييز، وهذه السلطة التقديرية تستمد قوتها من النصوص التشريعية السارية المفعول التي أعطت القاضي دورا ايجابيا في حسم النزاع و إن كان القاضي مقيداً بالنص القانوني بإصدار حكمه على ضوئه، ولكي يكون الحكم الذي يصدره القاضي عادلاً، يجب أن يصدر منه هذا الحكم بكل حياد بين أطراف النزاع.

المطلب الثاني
سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى

يعد التكييف القانوني للدعوى المدنية عملاً ملزماً للقاضي، وذلك لحل القضية المعروضة أمامه، ولكون القاضي يمثل القانون ويطبقه على وقائع النزاع التي يطرحها الخصوم عليه، وقبل أن يطبق القانون لابد له أن يكيف وقائع الدعوى، فالدعوى المقامة أمامه تمثل خليطاً من الواقع والقانون وتتمثل مهمة القاضي في تطبيق حكم القانون على الواقع، وعليه، فالتكييف بعد عملية ذهنية معنوية تقوم على المعطيات الموضوعية التي تتألف من شقين، أولهما : يمثل وقائع مقدمة من قبل الخصم، وثانيهما : يمثل قاعدة قانونية، ومن ثم فالعملية المطابقة بين الواقع ومفترض القاعدة القانونية تسمى التكييف، وهو لا يعد من مسائل الواقع ومن ثم ليس للخصوم من سلطان عليه، فمهمة الخصوم تقتصر على مجال إثبات الوقائع، والقاضي يقوم بتطبيق حكم القانون على الواقع . كما أن نطاق سلطة الخصوم تقتصر على مجال إثبات الوقائع [1]، والقاضي يقوم بعملية التكييف تاركاً تكييف الخصوم جانباً، لأن التكييف القانوني الصحيح يبدأ من وضع الدعوى قانوناً بين يدي القاضي، وقبل ذلك فليس هناك تكييف قانوني، إنما هو تأصيل قانوني للخصم في صحيفة افتتاح دعواه، والذي من خلاله يعبر عن رأيه الخاص بالمركز القانوني له، وبعد رأياً ذاتياً مهماً . فالتكييف القانوني كقاعدة عامة هو من واجب المحكمة، إذ يجب على القاضي أن يكيف الدعوى التكييف الصحيح، تاركاً تكييف الخصوم جانباً لذلك يقع التكييف الخاطئ بسبب المحكمة إما بسبب عدم دقة تقدير وقائع الدعوى أو بسبب الخطأ في تطبيق نصوص القانون وقواعد القانون الأخرى . والنظام الإجرائي ينبثق من قاعدة أساسية هي أن الواقع هو من عمل الخصوم، أما تطبيق القانون على الواقع فهو من عمل القاضي، والخصومة المدنية تتكون من عدد من الوقائع، ولكي تصل لنهايتها يجب تطبيق القاعدة القانونية وذلك بالحكم القضائي الذي يشكل قياساً منطقياً مقدمته الصغرى الواقع ومقدمته الكبرى القانون، وعليه، فالخصم ليس ملزماً بذكر النص القانوني الذي يستند إليه ادعائه، إذ أن القاضي ملزم بمعرفة النص وهو ملزم بتطبيقه [2].

فالعملية التي يقوم بها القاضي في الموائمة بين الواقع والقانون تسمى التكييف، وهو ما يعني ترجمة الأحداث الواقعية الأفكار قانونية، أي إعطاء النزاع الذي تم طرحه أمام القاضي الوصف القانوني الذي يسمح بإعمال قاعدة

[1] صالح عبد الزهرة الحسون، أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي،ط١، مطبعة الأديب البغدادية، بغداد، ١٩٧٩، ص١٤٧
[2] عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٤، ص٦٤

قانونية ما إذ لا يمكن إعمال القانون بصورة صحيحة إلا إذا سبقه تكييف صحيح، فالقاضي هذا تكون وظيفته مركبة تعتمد على النشاط الذهني بفهم الوقائع التي طرحت عليه، واختيار القاعدة القانونية التي انطبقت على تلك الوقائع، ومن ثم رد تلك الوقائع إلى التكييف القانوني والصحيح لها، دون أن يلتفت لمسميات يطلقها الخصوم على تلك الوقائع، إنما يتقيد في استخدامه لسلطته هذه من خلال قيد أساسي هو عدم المساس بيتيان الخصومة الواقعي كما حدده الخصوم، ويقصد بذلك أن لا يغير القاضي في الوقائع التي أوردها الخصوم أو يضيف إليها[1] .

حيث أنه من المستوجب على محكمة الصلح أن تناقش البيئات المقدمة في هذه الدعوى فيما إذا كان المدعى عليه بالحق الشخصي قد صدر عنه فعل ضار بحق المشتكي أم لا من خلال البيئات التي استمعت اليها المحكمة بعد مناقشتها ووزنها وزناً دقيقاً ومن ثم بعد ذلك تبحث في باقي أركان المسؤولية المدنية الضرر وعلاقة السببية بين الفعل والضرر وبالتالي على المحكمة أن تحدد الأساس الصحيح للمسؤولية و إن تطبق الحكم القانوني على العلاقة بين طرفي النزاع على أساس المسؤولية المدنية وبربطها بالفعل غير المشروع الناتج عن الحريمة من جانب المشتكى عليه (المستأنف ضده) بفرض الثبوت فيما إذا كانت متحققة في فعله ام منتقبه . وفي قرار آخر لها : أن العبرة في تكييف الدعوى هو للوقائع الواردة فيها والقواعد القانونية المنطبقة عليها وليس للتسمية التي يطلقها الخصوم عليها، وتكييف الخصوم للدعوى التي قيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها إعطاءها التكييف الصحيح، إذ العبرة في ذلك هو لحقيقة المقصود من اللوائح والطلبات المقدمة وفيها، وهي مسألة قانونية يتعين على المحكمة الناظرة للدعوى إعطاء الواقعة تكييفها الصحيح من تلقاء نفسها . أما المشرع العراقي فقد أشار إلى أن الواقع بالدعوى يتحدد بوقائع وأدلة الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها[2].

ويتضح مما سبق أن المشرع العراقي يعالج الوقائع التي يثيرها المدعى عليه و أن تعديل موضوع الدعوى جائز شريطة إلا يخرج هذا التعديل عن نطاق النزاع والوقائع التي حددها الخصوم دون المساس ببيان الخصومة الواقعي، والتعديل يقصد به ما لا يترتب عليه تغيير في أسباب الدعوى يؤدي لتناقض في الأسباب أو ما اقتصر على مقدار الدعوى دون زيادة ودون أن يترتب على ذلك تغيير في طبيعة ووصف الدعوى، لأن طبيعة ووصف الدعوى متوقفان على أسباب ووقائع، و إن ذكر أسباب أو وقائع جديدة غير جائز . ولا يترتب على التكييف تغييراً أو تعديل لموضوع الدعوى، لأنه فقط يعطي الوقائع التي ترد في لائحة الدعوى الوصف القانوني الصحيح لها، فإذا كان موضوع الدعوى إثبات ملكية ومنع معارضة في عقار وأقر المدعى عليه في اللائحة الجوابية له بالملكية للمدعي وأدعى أنه قد استأجر العقار أصبحت المسألة محل الخلاف عليها الحق في منفعة العقار " .

فالتكييف للوقائع بالشكل الصحيح يختلف عن تعبير الوقائع أو التعبير في الأسباب، وعلى القاضي القيام بعملية تكييف الوقائع ليقف بداية على مدى صحة تكييف الدعوى من قبل الخصوم، وذلك لأثره على سير الخصومة وصحة الإجراءات من حيث الاختصاص والإثبات، إذ قد يكون موضوع الدعوى كما أورده المدعي في لائحة الدعوى منع معارضة في منفعة عقار، إذا ما أكدت الوقائع على أن ما يطلبه المدعي الحقيقي هو إثبات ملكيته للعقار، فليس هناك من شكل أن لذلك أثر على تحديد المحكمة المختصة، وأثر تحديد وسيلة الاثبات، وكل ذلك يسهل إجراءات الخصومة ويقتصد من إجراءاتها[3] .

حيث أنه بما أنه من واجب الخصوم تقديم وتوضيح وقائع الدعوى وعرضها للمحكمة، فإن دور القاضي يتمثل بعدم تعديل البنيان الواقعية في الدعوى وامتناعه عن تأسيس حكمه على وقائع لم يتم إثارتها من قبل الخصوم في الدعوى ولم يتم إثباتها في أوراق الجلسات، لكن لا يعد ذلك تدخلاً من القاضي في الوقائع إذا ما استبعد بعض عناصر الواقع أو افتراض وجودها لكون القاضي لا يقوم بذلك بصورة تحكمية وإنما يستند القاعدة إثبات هدفها

---

[1] عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥، ص٥٥

[2] عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص٦٦

[3] غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ٢٠١٥، ص٦٤

بيان الحقيقة التي يعتقد بها القانون، والقاضي لا يحدد وقائع الدعوى التي يجد إمكانية الاعتداد بها واستبعاد بعضها الآخر، إلا طبقاً لقواعد الإثبات التي تعرض عليه الاعتداد بوقائع دون غيرها وإلا تعرض حكمه للطعن [1]. وهو ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرارها الذي نص على : عطف النظر في الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون حيث أن المحكمة و إن أتبعت قرار النقض التمييزي الصادر عن هذه الهيئة بعدد ٤٨٣١، الهيئة المدنية / ٢٠١٥ في ١٢/١١/٢٠١٥ لأنها لم تتوصل إلى نتيجة صحيحة حيث لم تستكمل تحقيقاتها المطلوبة في موضوع الدعوي ومنها التحقق من إزالة شيوع العقار المرقم ٢١٢ / ٦ م ٢٦ هيبة خاتون وذلك بجلب إضبارة الدعوى البدائية المرقمة ١١٢٢ / ب / ٢٠١٤ وربطتها مع أوليات الدعوي لبيان مدى تعلقها ومن ثم إصدار ما يتراءى لها على ضوء ذلك بموضوع الدعوى وإزالة شيوع العقار المشاع بيعاً .. " .

وبناء على ذلك يجب على القاضي الاعتداد بوقائع ذات علاقة بموضوع الدعوى، حتى لو لم يتمسك بها الخصوم وذلك من أجل تأييد ما يدعونه، كما أن الدعوى قد تكون بحاجة لتفصيل أكثر فيما يتعلق بوفائها، أو يمكن أن وقائعها كافية لكن أدلة الإثبات غير كافية من أجل جعل ما تم تقديمه من وقائع ثابتة لتطبيق حكم القانون عليها، وعندها للمحكمة أن تستدعي من ترى ضرورة سماعه شهادته، فإذا كانت شهادته متضمنة على وقائع جديدة لتكوين قناعتها دون التقييد بالوقائع التي قدمها الخصوم، وطلبوا إثباتها بالشهادة، ولا يعتبر ذلك تدخلاً من قبل المحكمة في مسائل الواقع كونها تكون قد حصلت على وقائع بطريق حدده القانون . ويتضح مما تقدم أنه هناك ارتباط بين دور إرادة القاعدة القانونية ودورها في الواقعة القانونية الفعلية، بحيث أنه إذا ما انعدم أحدها انعدم الآخر، فوجود أحدها يستوجب وجود الآخر، من أجل أن يكون هناك تطابق بين إرادة الواقع وإرادة القانون [2]، وهو ما يعد جوهر عملية التكييف إذ ينعدم التكييف دون وجود إحداهما، كما أن القاضي غير ملزم بالتكييف القانوني الذي يعطيه الخصوم الوقائع، التقاضي إعادة تكييفها التكييف الصحيح لأن توقف تطبيق القاعدة القانوني التي توافرت الوقائع التي تسمح بتطبيقها على طلب الخصوم إنكار لقوة هذه القاعدة الملزمة واهدار دور القاضي في الدعوى . وإعادة تكييف الوقائع لا تعد تعديلاً السبب الدعوى إذا لم يغير القاضي الوقائع التي قدمها الخصوم، وتكون القاضي ملزم بالحكم وفق القانون فإعطاء الوصف الصحيح للوقائع المعروضة تعد واجباً عليه . ويرى الباحث مما تقدم، أن عدم تعيين الوقائع بصورة دقيقة دون إخفاء لبضع الوقائع في الدعوى من قبل أحد الطرفين يؤدي للخطأ في تكييف الدعوى المدنية مما يقتضي دقة تعيين الواقعة محل الدعوى، حيث أنه وفي هذا نجد أن تكييف الخصوم للدعوى لا يقيد المحكمة ولا يمنعها من فهم الدعوى على حقيقتها وإعطائها التكييف الصحيح والعبرة في ذلك هو حقيقة المقصود من اللوائح والطلبات المقدمة فيها لا للألفاظ التي صيغت بها تلك اللوائح والطلبات وتكييف مسألة قانونية ويتعين على المحكمة أن تعطي الواقعة تكييفها الصحيح من تلقاء نفسها ولو لم يطلب الخصوم ذلك و إن تحديد الأساس القانوني للدعوى وتكييفها ليس من واجب الفرقاء إنما هو سلطة القضاء وهو غير مقيد بطلبات الخصوم و إن واجب المحكمة تطبيق القاعدة القانونية على ضوء الوقائع المطروحة عليها وفي حدود الطلبات الواردة بالدعوى، وإذا كانت معظم قوانين الإجراءات قد خلت من القواعد القانونية التي تبين أصول التكييف أو أحكامه، كقانون المرافعات العراقي[3]، فإذا كان الراجح أن التكييف من صميم عمل القاضي، فما حدود سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوي ؟ وهل يمكنه تغيير موضوع الدعوى ؟ أم يبقى عند حدود التعديل وإعطاء الوقائع الوصف القانوني الصحيح فقط ؟ وللإجابة على تلك الأسئلة يمكن القول أن تعديل موضوع الدعوى جائز، لكن شريطة إلا يخرج هذا التعديل عن نطاق النزاع والوقائع التي حددها الخصوم، دون المس بيليان الخصومة الواقعية، والتعديل

---

[1] قاسم محمد بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ٢٠٠٩، ص٩٩

[2] مدحت محمد سعد الدين، نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية، ط٢، بدون مكان طبع، ٢٠٠٣، ص١١٨

[3] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص٥٥.

يقصد به الذي لا يؤدي لتغيير أسباب الدعوي تناقض الأسباب[1]، أو ما اقتصر على مقدار الدعوى نقصاً دون أن يكون هناك زيادة، أو يترتب عليه من تغيير في طبيعة وصف الدعوى كون طبيعة الدعوى ووصفها متوقفان على الأسباب والوقائع، كما أنه من غير الجائز ذكر أسباب أو وقائع جديدة . والتكييف القانوني كقاعدة عامة من واجب المحكمة، وعلى القاضي تكييف الدعوى التكييف الصحيح، تاركاً تكييف الخصوم جانباً، وعليه، فإن التكييف الخاطئ قد يقع إما بسبب عدم الدقة في تقدير وقائع الدعوى أو بسبب الخطأ في تطبيق النصوص والقواعد القانونية الأخرى . وفي القانون العراقي، فإن واقع الدعوى يتحدد بوقائعها وأدلتها، وطلبات المدعي وأسانيدها وهو ما نص عليه المشرع في المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية، لذلك فواجب الخصوم تقديم الوقائع وتوضيحها وعرضها للمحكمة، ودور القاضي يتمثل بعدم تعديل البنيان الواقعي في الدعوى وامتناعه من تأسيس حكمه على وقائع لم يثرها الخصوم في الدعوى ولم تثبت في أوراق الجلسات، لكن لا يعتبر تدخلاً من القاضي في الواقع إذا ما استبعد بعض عناصر الواقع أو افترض وجودها، كون القاضي لا يقوم بذلك بصورة تحكمية، لكن يستند القاعدة إثبات تستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون . فالقاضي لا يحدد الوقائع التي يجد الإمكانية للاعتداد بها واستبعاد البعض الآخر إلا طبقاً لقواعد الإثبات التي تعرض عليه الاعتداء بوقائع دون غيرها، وإلا تعرض حكمه للطعن، وهو ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية والتي نصت على : الدي عطف النظر فالحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون حيث أن المحكمة و إن اتبعت قرار النقض التمييز الصادر عن هذه الهيئة بعدد ٤٨٣١ / الهيئة المدنية / ٢٠١٥، في ١٢/١١/٢٠١٥، إلا أنها لم تتوصل لنتيجة صحيحة حيث لم تستكمل تحقيقاتها المطلوبة في موضوع الدعوى ومنها التحقق من إزالة شيوع العقار المرقم ٦/٢١٢ وذلك بجلب إضبارة الدعوى البدائية المرقمة ١١٢٢ / ب / ٢٠١٤ وربطها مع أوليات الدعوى لبيان مدى تعلقها بموضوع الدعوى وإزالة شيوع العقار المشاع بيعا ومن ثم إصدار ما يتراءى لها على ضوء ذلك عليه قرر نقض الحكم المميز ..... وهناك ارتباط بين دور الإرادة في القاعدة القانونية ودورها في الواقعة القانونية الفعلية، حيث أنه إذا انعدمت أحدها انعدمت الأخرى، ووجود إحداها يستوجب ويشكل تلقائي وجود الأخرى، من أجل أن يتم التطابق بين إرادة الواقع والقانون، وهو جوهر عملية التكييف، وعدم تعيين الوقائع بصورة دقيقة أو إخفاء بعض الوقائع من قبل أحد الطرفين يؤدي للخطأ في تكييف الدعوى المدنية مما يقتضي الدقة في تعيين الواقعة محل الدعوى[2] .

ونرى مما سبق أنه يمنع على القاضي تغيير موضوع الدعوى أو استبداله أو الإضافة إليه، أو الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوا، إلا أنه كثيرا ما تواجه القاضي إشكاليات عملية ترتبط بموضوع الدعوى من حيث التكييف، فقد يعطي الخصوم طلباتهم تكييفاً مختلفاً عما تنبئ به الوقائع الواردة في الدعوى، كأن يكون موضوع الدعوى تخلية مأجور مع أنه في الحقيقة فسخ عقد إيجار . وبما أن القاضي المدني لا يحكم من تلقاء نفسه وإنما يجب أن يقدم إليه طلب، ولكل طلب لابد من موضوع ترد عليه وإلا ثم رد الطلب . ويعد موضوع الدعوى من ضمن البيانات التي أوجب قانون المرافعات العراقي أن تتضمنها عريضة الدعوى وإلا تم رد الدعوى من قبل المحكمة، إذ نص المشرع في المادة ٤٦، امن قانون المرافعات على أنه يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على البيانات الآتية : (٥ – بيان موضوع الدعوى فإن كان منقولاً ذكر جنسه وأنواعه وقيمته وأوصافه و إن كان عقاراً ذكر موقعه وحدوده أو موقعه ورقمه أو تسلسله)، وإذا خلت عريضة الدعوى من بيان موضوع الدعوى فأثر ذلك هو إبطال عريضة الدعوى، ومن ثم فمن واجب الخصوم تحديد طلباتهم في عريضة الدعوى فإذا خلت العريضة من الطلبات فذلك سوف يؤدي لإبطال عريضة الدعوى، وبيان موضوع الدعوى يعد أمراً ضروريا تستطيع من خلاله المحكمة إصدار حكمها بشكل دقيق لأنه لا يصح القضاء بمجهول " . وليتمكن القاضي من تحديد محل الادعاء لابد أن يقوم بفحص مراكز الخصم الموضوعية من خلال مجموع الوقائع التي يتقدم بها المدعي، كما يجب أن يكون تقدير القاضي صحيحاً ودقيقاً كونه قد يصادف بعض الصعوبات والمشاكل، فإذا رفعت بطلب شيء

[1] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، مرجع سابق، ص١٣٣.
[2] محمد الزحيلي، الإجراءات الجنائية الشرعية، ط١، إصدار جامعة الشارقة، ٢٠٠٨م.، ص١١٤

ما فالدعوى هذه تكون مختلفة من حيث موضوع الدعوى عن دعوى بطلب قيمة هذا الشيء، ونتيجة لذلك فإذا طلب شخص بسيارة فليس للقاضي أن يحكم بقيمة تلك السيارة من تلقاء نفسه، كون الحكم بقيمة الشيء لا يمكن تصديره إلا بثبوت ملكية ذلك الشيء، فلفي الملكية بسبب رفض الأولى يؤدي لعدم قبول الدعوى الثانية، لكن على القاضي تكييف الدعوى في حدود الوقائع التي تم تقديمها من الخصوم عن موضوع طلباتهم، كما عليه أن ينزل على الوقائع التكييف السليم للتوصل لمعرفة سبب الدعوى الصحيح من أجل أن يحكم في طلبات الخصوم على أساس هذا السبب ولو خالف السبب الذي قدموه الخصوم من أجل إستاد دعواهم ولا يؤخذ على القاضي أنه قد غير سبب الدعوي كون المحظور على القاضي تغييره هو مجموع الوقائع التي قدمت من قبل الخصوم من أجل إثبات دعواهم لا التكييف القانون للوقائع . وبعد أن يكيف القاضي الدعوى في حدود الوقائع وتكييف تلك الوقائع بشكل سليم، فإن على الخصم القيام بتحديد موضوع الدعوى بصورة دقيقة حتى يتمكن القاضي من تكييفها التكييف الصحيح لأن تحديد موضوع الدعوى لا يقل أهمية عن الفصل فيها كون هذا التحديد هو الأساس الذي تكيف المحكمة من خلاله الدعوى المرفوعة أمامها، ومن ثم عدم تحديد موضوع الدعوى بصورة دقيقة يؤدي لتكييف الدعوى بشكل خاطئ . ويرى الباحث أن تكييف الوقائع تكييفاً صحيحاً يختلف عن تغيير الوقائع أو التغيير في الأسباب، وعلى القاضي القيام بعملية تكييف الوقائع أولا من أجل الوقوع على مدى صحة تكييفها من قبل الخصوم، لما لذلك من أثر على سير الخصومة وصحة الإجراءات من حيث الاختصاص والإثبات[1].

الخاتمة:

من خلال بحث ما يتعلق بالشروط العامة لصحة الدفوع الشكلية في القانون العراقي واللبناني خرجنا بمجموعة من النتائج والتوصيات، نذكر أبرزها على النحو التالي:

أولًا: النتائج

١- إن اختصاص القاضي الجزائي بالفصل في الدفع الشكلي يجد أساسه في مبدأ قاضي الدعوى قاضي الدفع "، والذي يقصد به أن المحكمة الجزائية التي تنظر الدعوى تختص أيضاً بالفصل في كل ما يُثار أمامها من دفوع، وذلك استثناء من القواعد العامّة في الاختصاص .

٢- هناك علاقة أساسية ومهمة ما بين طلبات الدفاع والدفوع فكلاهما وجهان لعملة واحدة من حيث المضمون والنتيجة، فطلبات الدفاع هي طلبات موضوعية تقدم أثناء السير بالدعوى أو بعد ختام المحاكمة كطلب فتح باب (المرافعة) وكذلك الدفوع. هذا من حيث النتيجة أما من حيث المضمون فإن طلبات الدفاع والدفوع تأتي للدفاع عن المتهم أو صاحب المصلحة في الدعوى الجزائية، فالغاية الأساسية منهما تقديم كل ما يثبت براءة المتهم أو عدم مسؤوليته أمام المحكمة من الجرم المسند إليه فكلاهما وسائل دفاع.

٣- بالنسبة لعبء إثبات الدفوع عموماً بما فيها الدفوع الشكلية، فقد عرضنا فيه لموقف كل من التشريع والفقه والقضاء، وتبيَّن خلو التشريع من نص يُنظّم ذلك، إلا في بعض الحالات الاستثنائية والتي يُلقى عبء الإثبات فيها على عاتق المتهم, وإزاء ذلك انقسم الفقه على اتجاهين : الأوّل يرى أن المتهم يتحمَّل عبء إثبات الدفوع التي يتمسّك بها، أمّا الاتجاه الثاني فيذهب إلى إعفاء المتهم من ذلك العبء . وانتهينا إلى ترجيح الرأي الثاني مبررين ذلك في موضعه, أمّا القضاء، فقد تبيّن لنا أنه في العراق ومصر يُلقي بعبء الإثبات على عاتق الادعاء العام والمحكمة، أمّا في فرنسا فإنه يُلقي بعبء إثبات معظم الدفوع على عاتق المتهم .

٤- أبانت الدراسة أن هنالك فرقٌ بين عبء الادعاء وعبء الإثبات بالنسبة للدفوع، فالأوّل يعني عبء التمسّك بالدفع أي إثارته، أمّا الثاني (عبء الإثبات) فيعني إقامة الدليل على صحة الدفع . وانتهينا إلى أن المتهم يتحمَّل

[1] محمد خليل ابو بكر, دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي , ط ١, دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان– الأردن, ١٩٩٦، ص١١٤

العبء الأوّل فقط، وذلك عند تمسّكه بدفع شكلي لا يتعلَّق بالنظام العام، أمّا إذا كان الدفع متعلِّقاً بالنظام العام فإنه يُعفى من كلا العبئين .

٥- لمَّا كان الدفع دعوى من جانب من يتمسّك به فقد يتبادر إلى الذهن أنه يخضع للتقادم، غير أننا انتهينا إلى أن الدفع الشكلي لا يتقادم إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة.

٦- إن بعض جوانب الدفوع الشكلية لا تزال تثير العديد من المشاكل وذلك فيما يتعلق بالزمن الذي يتوجب على الخصم إبداؤها فيه.

ثانيًا: التوصيات

١. رغم أن المشرّع العراقي نص في المادة (٢٢٤/أ) على إلزام المحكمة بتسبيب حكمها، إلا أنه لم يبيّن القواعد الأساسية للتسبيب, لذا ولما يحققه التسبيب الصحيح للحكم من ضمانات عدّة، فإننا نقترح إفراد نص خاص يوجب على المحكمة تسبيب حكمها ويكون على النحو الآتي: "تلتزم المحكمة بتسبيب حكمها تسبيباً كافياً وسائغاً، لا لبس فيه ولا غموض ولا تناقض، ويترتب على الإخلال بذلك الالتزام بطلان الحكم بطلاناً مطلقاً " .

٢. على المشرع النص على إمكانية استئناف القرار الصادر برد الدفع الشكلي المتصل بالنظام العام بمجرد صدوره على غرار القرار الصادر برد الدفع الشكلي غير المتصل بالنظام، لا أن يكون القرار الصادر برد الدفع الشكلي المتصل بالنظام العام قابلاً للاستئناف مع موضوع الدعوى، إذ الأولى استئنافه بمجرد صدوره.

٣. تبيّن أن المشرع العراقي وفي المادة (٢٤٩/جـ) لم يُجِز تمييز القرارات الصادرة قبل صدور الحكم الفاصل في الدعوى، غير أنه استثنى من ذلك القرارات التي تؤدّي إلى منع السير في الدعوى، فأجاز تمييزها بمجرّد صدورها عليه ولمّا كان من المحتمل أن تخطئ محكمة الموضوع عند إصدارها لقرار رد (عدم قبول) الدفوع الشكلية التي من شأنها – لو صحّت - أن تؤدّي إلى إيقاف الإجراءات كالدفع بأحد أسباب انقضاء الدعوى، مما يعني السير في الإجراءات ومن ثم عدم جواز تمييز ذلك القرار إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى، الأمر الذي يعني ضياع الوقت والجهد فيما لو قضت محكمة التمييز بنقض قرار الرّد وقبول الدفع؛ فإننا نقترح تعديل المادة (٢٤٩/جـ) بما يمكِّن من تمييز قرار الرد الصادر من محكمة الموضوع بمجرّد صدوره، بحيث يُصاغ نص الفقرة المذكورة على النحو الآتي:

٤. "لا يُقبل الطعن تمييزاً في القرارات السابقة على الفصل في الموضوع إلا بعد صدور الحكم ومعه، ويُستثنى من ذلك القرارات الفاصلة سلباً أو إيجاباً في الدفوع الشكلية والتي من شأنها - لو صحّت - منع السير في الدعوى، وقرارات القبض والتوقيف وإطلاق السراح بكفالة أو بدونها".

٥. من الضروري الاخذ بقاعدة وجوب إبداء الدفوع الشكلية واسبابها معاً قبل التعرض.

المصادر والمراجع

أولًا: الكتب العربية

١. ١. ابو العلا علي أبو العلا، الجديد في الإثبات الجنائي، ط١، المنار للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠

٢. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧

٣. أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط٥, دار الشروق، القاهرة،١٩٨٩

٤. أحمد فتحي سرور, النقض الجنائي , ط ١, دار الشروق للطباعة , القاهرة، ٢٠٠٣

٥. أحمد محمد المومني، القضاء الإداري الإسلامي –قضاء المظالم، عمان، الأردن، ٢٠٠٥
٦. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مديرية دار الكتب للطباعة، بغداد، ١٩٨٨
٧. آمال عبد الرحيم عثمان, شرح قانون الإجراءات الجنائية, دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٥
٨. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، ١٩٨٢
٩. جواد الرهيمي، أحكام البطلان في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط ٢، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٠٦،
١٠. حامد الشريف، نظرية الدفوع أمام القضاء الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، مصر, ١٩٩٦
١١. رجاء محمد بو هادي، فكرة الصفة في الدعوى الجنائية، الطبعة الأولي، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي - ليبيا، ٢٠٠٨
١٢. رستم محمد خالد جمال, خلاصة القرارات الصادرة عن محكمة التمييز اللبنانية، المجموعة الثالثة والرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان، ٢٠٠٦
١٣. رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤
١٤. رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧م
١٥. رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٧،
١٦. رؤوف عبيد، حق الدفاع أمام القضاء الجنائي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٢
١٧. صالح عبد الزهرة الحسون، أحكام التفتيش وآثاره في القانون العراقي،ط١، مطبعة الأديب البغدادية، بغداد، ١٩٧٩
١٨. عادل مشموشي , ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمات الجزائية, ط ١, منشورات زين الحقوقية, بيروت, ٢٠٠٧
١٩. عباس العبودي، شرح أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٤
٢٠. عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج١، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٥
٢١. عبد الحكيم فودة، الدفع بانتفاء الصفة أو المصلحة في المنازعات المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧
٢٢. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق علي قانون المرافعات، دار محمود للنشر والتوزيع, القاهرة, ٢٠١١
٢٣. غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية, دار الثقافة للنشر والتوزيع, ٢٠١٥
٢٤. قاسم محمد بني بكر، نظرية الدفع الموضوعي في الفقه الإسلامي والقانون، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ٢٠٠٩
٢٥. مأمون سلامة, قانون الإجراءات الجنائية معلّقاً عليه بالفقه وأحكام النقض, دار الفكر العربي , القاهرة, ١٩٨٠
٢٦. محمد الزحيلي، الإجراءات الجنائية الشرعية، ط١، إصدار جامعة الشارقة، ٢٠٠٨م.
٢٧. محمد العشماوي, شرح قواعد المرافعات, مكتبة الآداب, ١٩٩٨
٢٨. محمد خليل ابو بكر, دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي , ط ١, دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان-الأردن, ١٩٩٦

٢٩. محمد زكي ابو عامر، الإجراءات الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤
٣٠. محمد شتا أبو سعد، الموجز العملي في الدفوع الجنائية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤
٣١. محمد عبد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج٢، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ١٩٩٧
٣٢. محمد عزمي البكري, موسوعة الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء, الطبعة الأولي, دار محمود للنشر والتوزيع, ٢٠١٤
٣٣. محمد عيد الغريب, شرح قانون الإجراءات الجنائية , ج٢, ط٢ , النسر الذهبي للطباعة , القاهرة، ١٩٩٧
٣٤. محمد عيد الغريب، الدعوى المدنية الناشئة عن الجريمة، مطبعة الإيمان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥
٣٥. محمد فهيم درويش, حق الدفاع والمرافعة أمام القضاء الجنائي , ط١ , (بدون مكان طبع) , ٢٠٠٧
٣٦. محمود محجوب أبو النور, نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة, الدار السودانية للكتب, ١٩٩٩
٣٧. مدحت محمد سعد الدين، نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية، ط٢، بدون مكان طبع، ٢٠٠٣
٣٨. نبيل إسماعيل عمر، الارتباط الإجرائي في قانون المرافعات, دار الجامعة الجديدة, ٢٠٠٤
٣٩. وجدي راغب, الموجز في مبادئ القضاء المدني: قانون المرافعات, دار الفكر العربي, ١٩٧٧
٤٠. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية: دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات, دار الفكر العربي, ١٩٧٨.

ثانيًا: الرسائل والأطاريح

١. صباح مصباح محمود , نظرية الاختصاص في قانون أصول المحاكمات الجزائية , رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة الموصل , ١٩٩٨.
٢. محمد علي غانم تفتيش المسكن في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨.

ثالثًا: القوانين والقرارات

١. قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م.
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ
٣. قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
٤. محكمة الاستئناف المدنية في لبنان الشمالي قرار رقم ٥٨٥ تاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢٩ - الرئيسة (المخالفة) ريما شبارو - المستشاران: البير ضومط وأماني حمدان).
٥. محكمة التمييز الاتحادية / الهيئة الموسعة المرقم : ١٨٦ في ٢٠١٣\٥\٢٠,.

رابعًا: المجلات والصحف

١. حسون عبيد هجيج, الإجراءات الجزائية المؤثرة في الحكم الجزائي , مجلّة رسالة الحقوق، تصدرها كلية القانون - جامعة كربلاء , العدد (٢) , السنة (٤) , ٢٠١٢.
محمد علي الحلبي، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والأردن والكويت، مجلّة الحقوق، يصدرها مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، العدد (٣)، السنة (٣١)، ٢٠٠٧