اقليم كوردســــــــــــتان ـ العراق

مجلـــــــــــــــس القضـــــــاء

رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك

سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع

بحث تقدم به

القاضي

چيا اسماعيل صالح

قاضي محكمة جنح زاخو

الى مجلس القضاء في اقليم كوردستان ـ العراق

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من أصناف القضاة

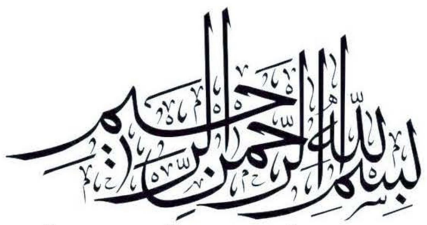
بإشراف

القاضي

يوسف الياس سدن

قاضي استئناف محكمة استئناف منطقة دهوك

١٤٤٦ هـ ٢٧٢٤ ك ٢٠٢٤ م



((وَلَا تَسْتَوِي ٱلْحَسَنَةُ وَلَا ٱلسَّيِّئَةُ ٱدْفَعْ بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا ٱلَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَٰوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ٣٤))

صدق الله العظيم

سورة فصلت الآية (٣٤)

شكر و تقدير

أتوجه بالشكر و العرفان الى من تكرم و تفضل بالإشراف على بحثنا القاضي السيد (يوسف الياس سدن) قاضي استئناف محكمة استئناف منطقة دهوك و ذلك لما أبداه من ملاحظات و إرشادات سائلاً الله أن يجزيه سعادة الدارين .

كما أتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى كل من ساعدني في توفير المصادر لإنجاز هذا البحث

الباحث

الاهـــــــــداء

إلى قدوتي و مثلي الأعلى ..... والدي غفر الله له

إلى ملحمة الحب و فرحة العمر و ملاك الرحمة و جنة الدنيا .... والدتي الغالية

إلى أولادي و فلذات كبدي .... (إسراء و اسماعيل و مريم)

إلى الذين أعزهم و اعتز أن أكون بصحبتهم .... زملائي السادة القضاة

اهدي هذا البحث

الباحث

((فهرست بالمحتويات))

الموضوع	التفاصيل
المقدمة	١
المبحث الاول : التعريف بالدفوع	٣
المطلب الاول : تعريف الدفوع والتمييز بينها وبين المصطلحات المشابهة لها	٣
الفرع الاول : تعريف الدفوع	٣
الفرع الثاني : التمييز بين الدفوع وغيرها من المصطلحات المشابهة لها	٥
المطلب الثاني : انواع الدفوع	٨
الفرع الاول : الدفوع الشكلية	٩
الفرع الثاني : الدفوع الموضوعية	١٣
الفرع الثالث : الدفع بعدم القبول	١٥
المبحث الثاني : مدى سلطة القاضي المدني في اثارة الدفوع	١٧
المطلب الاول : سلطة القاضي المدني في اثارة الدفوع الشكلية	١٧
الفرع الاول : سلطة القاضي المدني في اثارة الدفوع الشكلية النسبية	١٧
الفرع الثاني : مدى سلطة القاضي المدني في اثارة الدفوع الشكلية المطلقة	٢٣
المطلب الثاني : سلطة القاضي في اثارة الدفوع الموضوعية	٢٧
الفرع الاول : سلطة القاضي في اثارة الدفوع الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام	٢٨
الفرع الثاني : سلطة القاضي في اثارة الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام	٢٩
المطلب الثالث: سلطة القاضي في اثارة الدفوع بعدم قبول الدعوى	٣٠
الفرع الاول : الدفوع المتعلقة بشروط قبول الدعوى	٣٠
الفرع الثاني : الدفوع المتعلقة بالمدد والمواعيد	٣٣
الفرع الثالث : الدفع بسبق الفصل في الدعوى	٣٤
الخاتمة : (الاستنتاجات والتوصيات)	٣٦
المصادر	٣٨

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي بالموضوع

نظّم المشرع الدعوى كوسيلة قانونية للمطالبة بحماية الحق المدعي به، وتغطيه بالاجراءات والخطوات اللازمة للوصول الى هذه الحماية، تطلب الامر الى ايجاد وسيلة اخرى تكون مقابلة للوسيلة هذه متمثلة بوسيلة الدفع، بحيث يمكن من خلاله تحقيق التوازن بين أطراف الخصومة، يحول دون إنكار حق الخصم الذي يمكن أن يكون بعيداً كل البعد عن ما يدعيه صاحب الحماية القضائية، ولكن بوجود اعتداءات على المصلحة العامة والعمل على تحقيق المصالح الشخصية على حساب هذه المصلحة من خلال استخدام الوسيلتين من قبل الخصوم، لا بد من وجود سلطة للقاضي في إثارة هذه الدفوع، بحيث يلعب دوراً محورياً في التأكد من أن جميع الدفوع الممكنة التي قد تم النظر فيها، سواء تم إثارتها من قبل الأطراف أم لا، لضمان أن يكون الحكم النهائي شاملاً وعادلاً.

ثانياً: أهمية الموضوع

إن ما دفعنا الى اختيار هذا الموضوع هي ما للدفوع من أهمية يصعب إنكارها رغم ما قيل عن عيوب بعض صوره ومساوئه، فالدفوع تصون حقوق الدفاع والمواجهة، وتحقق التوازن بين طرفي الخصومة. فضلاً عن إبراز الدور الايجابي للقاضي في الدعوى المدنية، حيث يتمتع بسلطة واسعة في تكييف وإثارة ما يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام في ضوء ما يعرض عليه من الوقائع. فالاهمية لا تقف عند الحدود النظرية فقط، بل تتعدى الى التطبيقات العملية الواسعة ليبين مدى السلطة والواجب الملقى على عاتق القاضي المدني أو المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى من التمسك بسلطة القاضي في إثارة الدفوع بما يحقق الممصلحة العامة. حيث تهدف هذه الدراسة إلى استكشاف مدى سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع بمبادرة منه، وتحليل الأسس القانونية التي تخول له ذلك.

ثالثاً: تساؤلات الموضوع

موضوع الدراسة يثير جملة من التساؤلات أهمها: ما المقصود بالدفوع؟ وكيف نميز بين هذا المصطلح وغيره من المفاهيم والمصطلحات القريبة منها؟ وما هي أهم صور الدفوع؟ ثم ماهو نطاق سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع؟ وهل تشكل هذه السلطة مساساً بحقوق الدفاع وخرقاً لمبدأ حياد القاضي؟ وهل عالج المشرع العراقي هذا الموضوع ضمن نظرية عامة أو نصوص واضحة، أم أن هناك أوجه نقص وقصور تشريعي إزاء الموضوع؟

رابعاً: منهجية الموضوع

اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي لنصوص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ، الذي يقوم على أساس تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها في ضوء الآراء السديدة لكي يتم إسنادها إلى النص التشريعي المعالج لها إن وجد، فضلاً عن الاشارة الى بعض القرارات القضائية الهامة والمتعلقة بالموضوع قدر الامكان.

خامساً: هيكلية الموضوع

من أجل الاحاطة بجميع جوانب الموضوع إرتأينا تقسيمه الى مبحثين، نتطرق في المبحث الاول الى التعريف بالدفوع، والذي يقسم بدوره الى مطلبين، يتناول المطلب الاول فيه تعريف الدفوع، والتمييز بينها وبين المصطلحات المشابهة لها، بينما نوضح في المطلب الثاني صور الدفوع .أما المبحث الثاني فنتطرق فيه الى مدى سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع، والذي يقسم الى ثلاثة مطالب، يتطرق المطلب الاول الى سلطة القاضي في إثارة الدفوع الشكلية، بينما المطلب الثاني يتضمن سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية، وفي المطلب الاخير نتناول سلطة القاضي في إثارة الدفوع المتعلقة بقبول الدعوى.

وفي الخاتمة تم تسجيل أهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة.

المبحث الاول

التعريف بالدفوع

من المعلوم إن الدفوع من الوسائل التي وفّرها المشرع تجسيداً لمفهوم حق الدفاع للخصوم، وحق الدفاع أحد أهم المبادئ التي يكفلها نظام التقاضي ولا يحيد عنها، والدفع هو من الوسائل المتاحة لعموم أطراف الخصومة للذود عن حقوقهم ومراكزهم القانونية أمام القضاء. وإذا انتقلنا إلى مفهوم أكثر خصوصية وتحديداً يصبح الدفع وسيلة المدعى عليه في مقابل الدعوى التي أقامها المدعي. ولذلك قد نجد اختلافاً بين هذا المصطلح وغيرها من المصطلحات رغم وجود أوجه تشابه فيما بينها. ثم أن الدفوع تنقسم الى صور وأنواع لا بد من التطرق اليها.

عليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول الى التعريف بالدفوع القانونية، والتمييز بينها وبين المصطلحات والمفاهيم المشابهة لها،بينما نتطرق في المطلب الثاني الى صور وأنواع الدفوع. وفق المنوال الآتي:

المطلب الاول

تعريف الدفوع والتمييز بينها وبين المصلطحات المشابهة لها

من أجل بيان تعريف الدفوع، وتوضيح أوجه التشابه والاختلاف بين هذا المصطلح وبين غيرها من المصلحات، نقسم هذا المطلب الى فرعين وكالآتي:

الفرع الاول

تعريف الدفوع

بداية يلاحظ أن المشرع العراقي قد بحث الدفوع وأنواعها وأحكامها[1] وعرف الدفع بأنه:(١- الأتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلا او بعضا ٢- يراعى في الدفع ما يراعى في الدعوى من أحكام ويشترط أن يكون ذا صلة مباشرة بالدعوى الأصلية. ٣- أما إذا لم تظهر صلة الدفع بالدعوى الاصلية الا من حيث النتيجة سميت دعوى متقابلة كدعوى المقاصة) [2].

ونتفق مع ما ذهب اليه البعض، أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في ذكر التعريف بنص تشريعي في القانون مما يجعله قيداً على القضاء والفقه، وكان الأجدر بالمشرع أن يترك وضع المفاهيم والتعاريف إلى الفقه لأن حقيقة الدفوع هي الوسائل التي يلجأ اليها المدعى عليه للرد على طلبات المدعي سواء كانت موجهة لموضوع الحق المدعى به ام متعلقة بالخصومة ام لعيب في الإجراءات القضائية[3]. إضافة إلى أن التعريف الذي أورده المشرع يخلط بين الدفع باعتباره وسيلة بيد المدعى عليه

---

[1] المواد (٨، ٧٣، ٧٥، ٧٦، ٧٧، ٧٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩ النافذ.

[2] المادة (٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[3] القاضي ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣، ص ١١٧.

لانكار حق المدعي ورده، وبين الدفع باعتباره دعوى حقيقية حادثة يقيمها المدعى عليه ويطالب فيها بحق له وهو ما يقال له بالدعوى المتقابلة[١].

فإتجاه المشرع العراقي في تعريفه للدفع بنص قانوني يعد عيباً تشريعياً، لأنه بهذا التحديد لا يعطي مفهوما جامعا للدفع كما أورده الفقه، ومن جانب آخر فأن هذا التعريف لا نظير له في قوانين الإجراءات المدنية الأخرى، كقانون المرافعات المصري والأردني وغيرها من التشريعات [٢].

ويطلق اصطلاح الدفع بمعناه العام على جميع وسائل الدفاع التي يستعين بها الخصم للرد على طلب الخصم الآخر بقصد تفادي الحكم لصالح هذا الأخير بما يدعيه كلا او بعضا سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى أصل الحق المطالب به (الدفع الموضوعي) أم إلى إجراءات الدعوى (الدفع الشكلي) أم إلى حق الخصم في استعمال الدعوى منكرا أياه هذا الحق (الدفع بعدم القبول)[٣].

ويطلق التعبير ذاته (الدفع) بمعناه الخاص في اصطلاح قانون المرافعات على الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها بصحة الإجراءات في الدعوى من دون ان يتعرض فيها لأصل الحق المدعى به فيتجنب بذلك مؤقتا الحكم عليه لصالح خصمه[٤].

وقد تناول جانب من الفقه تعريف الدفوع على إنها: (الوسيلة القانونية التي يدفع بها المدعى عليه أمام القضاء، ويطلب فيها من المحكمة رد دعوى المدعي سواء أكانت موجهة لموضوع الحق المدعى به، أم متعلقة بشكل الدعوى، ويجب أن يكون الدفع له صلة مباشرة بالدعوى الأصلية)[٥].

كما عرفها آخرون على أنها: (جواب الخصم على إدعاء خصمه، بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه، وهو إذاً وسيلة تهدف إلى تجنب الحكم على الخصم بطلبات خصمه)[٦].

---

[١] د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، بدون جهة النشر، بغداد، ١٩٦٨، ص ٣٢٢ وما بعدها.

[٢] تجدر الاشارة أن هذا التعريف منقول من المادة (١٦٣١) من مجلة الأحكام العدلية التي جاء فيها: ((الدفع هو ا لأتيان بدعوى من قبل المدعي عليه تدفع دعوى المدعي)) وهو تعريف منتقد من بعض الفقه الاسلامي، ومما ذكر في نقده أنقى وأحسن من هذا التطويل القاصر والبيان الفاتر فأنه جواب المدعى عليه إما إقرارا او إنكارا او سكوتاً. للمزيد من التفصيل أنظر: محمد الحسين، كاشف الغطاء، تحرير المجلة، الجزء الرابع، بدون سنة طبع، ص ١٠.

[٣] د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٧، ص ١١ وما بعدها.

[٤] عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج٢، ط١٢، مطبعة رمضان واولاده، مصر، ٢٠٠٥، ص ١١٩ وما بعدها.

[٥] ضياء شيت خطاب، نظرية الدفوع أمام القضاء، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الاولى، مطبعة البرهان، بغداد، ١٩٦٢، ص ٢٠.

[٦] د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٩٧؛ د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، الطبعة الثالثة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٥٧.

كما عرفها آخرون بأنها: (دعوى من قبل المدعي عليه، يقصد بها دفع الخصومة عنه او ابطال دعوى المدعي، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعيا اذا أتى بدفع، ويعود المدعي الاول مدعيا ثانيا عند دفع الدفع)[١].

إلا أن أفضل تعريف للدفع هو ما ذهب اليه أحد الباحثين بأنه (وسيلة قانونية تجيز للمدعى عليه مهاجمة ما قدمه المدعي من وقائع او أدلة أو وثائق تفيد رد الدعوى او تأسيس قناعة لدى القاضي بعدم أحقية المدعي في طلبه) [٢]. حيث يجمع فيه جميع شروط وخصائص الدفع في كونه اجراء قانوني يمارسه المدعى عليه، بدفع الضرر عنه في مخاصمة ادعاء المدعي من وقائع وادلة او مستندات تثير القناعة لدى القاضي برد الدعوى، من خلال مناقشة ما قدمه الطرفان من وثائق ومستندات قد يغفلها المدعي.

ولهذا فإن الدفع، هو اجراء لإيقاف الإدعاء غير القانوني أو الذي لا يستند إلى أساس قانوني صحيح، وعليه فأن الدفع إجراء قانوني لحماية حقوق الأفراد والصالح العام لمنع تمادي الآخرين في استلاب الحق من الغير، لذلك فالدفع اجراء متعدد الوجوه قد تنتهي بموجبه الدعوى.

الفرع الثاني

التمييز بين الدفوع وغيرها من المصطلحات المشابهة لها

لمعرفة حقيقة الدفوع واستقلاليتها لا بد من تمييزها عن بعض المصطلحات أو المفاهيم القانونية التي قد تتشابه معها، وهذا ما سنقوم بدراسته وفق الآتي:

أولا: تمييز الدفع عن الدعوى

عرف المشرع العراقي الدعوى بأنها (طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء) [٣].ونرى أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً عند تعريفه للدعوى كون أن محل تعريفها في الفقه وليس في التشريع. ثم أن (المشرع) جعل من المدعي هو صاحب الحق إبتداء. لذلك فهناك تعاريف عديدة منها ما ذهب اليه البعض بأنها: (وسيلة حماية الحق، والواسطة القانونية التي يتوجه بها الشخص إلى القضاء للحصول على حقه)[٤].

وعلى أية حال، فهناك أحكام مشتركة بين الدفع والدعوى منها: إن الدفع كوسيلة للدفاع من جانب المدعى عليه يقابل حق المدعي في الالتجاء إلى القضاء وينشأ نتيجة لاستعماله. والدعوى والدفع

---

[١] د. فتحي والي، تنظيم القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص٥٣٢.

[٢] علي غسان أحمد، الدفوع الشكلية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٨.

(٣) المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٤] ضياء شيت خطاب، المصدر السابق، ص ٩٢.

في مجال الخصومة صنوان متلازمان[١]. كما أنه تسيطر على كل من الدعوى والدفع فكرة المصلحة، إذ أن المصلحة هي قوام الدعوى وركنها الأول والأساسي. ولذلك قيل إن المصلحة هي مناط الدعوى، وحيث تنعدم المصلحة تنعدم الدعوى. ثم أنه ومن المسلم به ان المصلحة كما هي أساس الدعوى، فأنها ايضا أساس الدفع، فاذا كانت مصلحة المدعى عليه في الدفع منعدمة فلا يقبل منه إبداؤه [٢].

وأخيراً إن اهم جانب للارتباط بين الدعوى والدفع هو أنه يحكمهما معا مبدأ "قاضي الدعوى هو قاضي الدفع" وهذا المبدأ هو مبدأ اجرائي يمتد إلى فروع القانون الأخرى، ويقوم على إعتبارات عملية اهمها فعالية الحكم وتحقيق العدالة اثناء سير الدعوى ونظر الدفع[٣].

على الرغم من كل ما سبق ذكره أعلاه، فهناك أوجه إختلاف بين المصطلحين نوجزها كالآتي:

١- اقامة الدعوى: فبينما نجد الدعوى ترفع من المدعي بصفته صاحب الحق، فان الدفوع تدفع من المدعى عليه لرد ادعاء المدعي وتعتبر على أساسه الدفوع وليدة النظام الاتهامي.

٢- توافر الشروط الشكلية: إن الدعوى المدنية يجب أن تقدم في الاصل إلى المحكمة بشكل تحريري بينما نجد أن الدفع من الممكن تقديمه بشكل تحريري أو شفاهاً اثناء المرافعة الجارية امام المحكمة[٤].

٣- الحق الذي تكفله كل وسيلة من هاتين الوسيلتين: فبينما الدعوى تسعى إلى اثبات الحق حيال المدعى عليه فان الدفع هو وسيلة المدعى عليه في نفي حق المدعي واثبات براءة ذمته.

٤- استيفاء الرسم: نجد أن الدعوى يجب عند تقديمها دفع ما يوجبه القانون من رسم او استيفاء أي مبلغ يحدده القانون وفق كل دعوى على حدة، نجد ان الدفع لا يلزم في تقديمه دفع مبلغ من المال (الرسم).

٥- الدعوى تسبق الدفع إذ تقام الدعوى والدفع لاحق لها.

٦- لا حصر ولا قيد على الدعوى، بينما الدفع يجب ان يكون له ارتباط مع الدعوى[٥].

---

[١] د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٦٩، وما بعدها.

[٢] د. أحمد السيد صاوي، المصدر السابق،ص ٢٥٣.

[٣] د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، دار المعهد، عمان، ١٩٨٤، ص ٥٢.

[٤] د. مفلح عواد القضاة، المصدر السابق، ص ١٧٢.

[٥] ابراهيم المشاهدي، معين المحامين في المرافعات والاثبات، الجزء الاول، مطبعة الزمان، بغداد، بدون سنة نشر، ص ١٨.

ثانياً: تمييز الدفع عن الطلب

اختلف الفقهاء في بيان مفهوم الطلب إذ ذهب جانب من الفقه الى أنه: (يقصد به الإجراء الذي يقدم به الشخص إلى القضاء، طالبا الحكم له بما يدعيه)[١].

كما عرفه آخرون بانه: (الوسيلة الذي يتقدم به الشخص صاحب الحق إلى القضاء عارضا ما يدعيه وطالبا الحكم له به)[٢].

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا ان الطلبات التي يمكن تقديمها اثناء رؤية النزاع بأنها ترد من طرفي الدعوى (المدعي ، المدعى عليه)، كما يمكن تقديمها من الغير لأنضمامه للدعوى. اذا اقتضت ظروف الدعوى ذلك.

والطلبات تقسم في قانون المرافعات إلى نوعين:

١- طلبات أصلية أو مفتتحة للخصومة

وهي الطلبات التي تنشأ عنها دعوى لم تكن موجودة قبل ابدائها، وهي اول ما يتخذ في الخصومة من اجراءات[٣].

٢- طلبات عارضة (الدعوى المتقابلة)

وهي تقدم في أثناء خصومة قائمة، فالطلب العارض يقتضي وجود خصومة قائمة نشأت عن إبداء طلب أصلي قبل إبدائه إذ يبدي اثنائها طلبا آخر يغير من نطاق الخصومة، والاصل ان يتحدد نطاق الخصومة بالطلب الاصلي، ومع التسليم بهذا المبدأ ينبغي الا يحرم المدعي من فرصة تصحيح طلباته بما يتفق مع مستنداته ووسائل اثباته[٤].

كما ينبغي ألا يحمل المدعى عليه على التزام موقف الدفاع في كل الاحوال، فقد يعرضه ذلك لضرر يلحقه أو منفعة تفوت عليه ففي اتاحة الفرصة له بابداء طلبات عارضة قبل المدعي قصد تقليص الوقت والنفقات واحتياط من تضارب الاحكام ومن اعسار المدعي. لذلك يجب ان تبدى اثناء نظر الخصومة قائمة طلبات عارضة تتناول بالتغيير أو بالزيادة أو بالنقص او بالاضافة ذات الخصومة القائمة من جهة موضوعها او سببها او اطرافها[٥].

وبعد هذا الايجاز، يتضح لنا أن هناك أوجه تشابه بين الدفع والطلب منها كونهما وسيلتان تمارسان من قبل جميع اطراف الخصومة، وهما وسيلة اختيارية يسعى بها الخصم إلى حماية حقه[٦].

---

(١) عزالدين الديناصوري وحامد عكاز، المصدر السابق، ص ١٢٨.

[٢] د. صلاح الدين شوشاري، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ط١، دار المناهج للنشروالتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٨٣.

[٣] د. أحمد السيد صاوي، المصدر السابق،ص ٢٥٤ وما بعدها.

[٤] د. حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة الياس نوري، مصر، ١٩٩٧، ص ٤٨٣.

[٥] د. عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى امام القضاء، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص ١٢٥.

[٦] د. ابراهيم محمد محمود، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١، ٧١٧.

وكذلك يعتبر الدفع ادعاء كالطلب. فيشترط في قبول الدفع ما يشترط لقبول الطلب من شروط عامة بالاضافة إلى ما قد يتطلبه المشرع من شروط خاصة لقبول دفع معين، كوجوب ابداء بعض الدفوع غير المتعلقة بالنظام العام قبل التعرض لموضوع الدعوى[١]. كما ينطبق على الدفوع بصفة عامة ما ينطبق على الطلبات ايضا من مراحل ابدائها والتزام الحكم بالرد عليها، لان الطلبات والدفوع وسائل دفاع واحدة وان اختلفت التسمية[٢].

لكن هناك أوجه إختلاف بين المصطلحين نوردها كالآتي:

١- الخصومة لا تنشأ الا بطلب يقدم إلى المحكمة المختصة. أما الدفع فيبديه اطراف الدعوى امام المحكمة التي تنظر الطلب المنشئ للدعوى[٣].

٢- لا تقبل الطلبات بعد ختام المرافعة، بينما يختلف حكم الدفوع حسب تعلقها بالنظام العام، وحسب نوع الدفع، فالدفوع المتعلقة بالنظام العام يمكن التمسك بها في اية مرحلة من مراحل الدعوى، ولأول مرة امام محكمة التمييز وللقاضي المختص أن يقضي بها من تلقاء نفسها.

٣- القرار الصادر في الطلب له حجية بالنسبة للدعوى التي صدر فيها الحكم، والدعاوى التي تقام بذات الطلب، إذ اتحد الموضوع والخصوم والسبب، فحجية الحكم في الطلب تكون دفعا، أما الحكم الصادر في الدفع فليس له حجية الا بالنسبة للدعوى التي قدم فيها فقط.

٤- التنازل عن الطلب له إجراءات واثار معينة على الخصومة والحق الموضوعي أما التنازل عن الدفع فلا تقع فيه هذه الإجراءات ولا تترتب عليه هذه الاثار[٤].

المطلب الثاني
أنواع الدفوع

من المعلوم هناك ثلاث صور أو أنواع من الدفوع وهي الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية والدفع بعدم قبول الدعوى، وهذا الاخير هو من الدفوع التي ظهرت حديثا وكانت مثار جدل ونقاش في فقه المرافعات إذ كان السائد ان هناك نوعان من الدفوع فقط وهي الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، حتى ان المشرع العراقي في قانون المرافعات العراقي الحالي لم ينص على الدفع بعدم قبول الدعوى، وإنما

---

[١] د. آمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، مطبعة الاشعاع الفنية، القاهرة، ١٩٩٢، ٢٧٢.

[٢] د. عزمي عبد الفتاح،نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى امام القضاة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠. ص ١٢٤.

[٣] د. عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية والاجرائية والموضوعية، منشأة المعارف، الاسكندرية،١٩٩٤،ص ٧.

[٤] د. أحمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، المصدر السابق، ص ٣٦.

تحدث عن الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية فقط [١].عليه نتطرق الى هذه الانواع من الدفوع في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الاول
الدفوع الشكلية

إن الدفوع القانونية بشكل عام والدفوع الشكلية بشكل خاص نالت اهتماماً بالغاً لدى التشريعات الاجرائية باعتبارها احدى وسائل الدفاع الهجومية التي تتطلبها مقتضيات المرافعة العادلة، منحها المشرع لاطراف الدعوى من أجل دفع الادعاءات الموجهة اليهم اجرائيا دون ان يسمح للقاضي بالدخول في تفاصيل موضوع الدعوى أو ليمنع القاضي من اصدار الحكم لصالح مدعي الحماية بعد دخوله في موضوع الدعوى.

ويلاحظ أن المشرع العراقي لم يورد اي تعريف بخصوصه، لذلك نجد الكثير من التعاريف حوله من قبل الفقه، فقد عرفه البعض بأنه: الدفوع التي توجه الى الدعوى او الى بعض اجراءاتها دون التعرض لذات الحق المدعي به [٢]

وفي تعريف اخر جاء معنى الدفع الشكلي بانه "جميع الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة اجراءات الدعوى دون ان يتعرض لاصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادى بها مؤقتا الحكم عليه بمطلوب خصمه [٣] .

كما عرفه البعض الآخر [٤] بأنه (هو الدفع الذي يتعرض إلى إجراءات الدعوى بقصد تعطيل سيرها، فهو لا يتعرض إلى الحق الموضوعي الذي يستند المدعي اليه ولا يتعرض إلى الوسيلة التي يحمي المدعي حقه بها، ولكن يتعرض إلى عدم صحة عمل من الأعمال كالدفع ببطلان عريضة الدعوى).

يتبين مما تقدم من التعاريف الفقهية التي قيلت بصدد الدفع الشكلي أوالاجرائي، بأنها متفقة في المعنى وان اختلفوا في التعبير باعتبار الدفع الشكلي وسيلة اجرائية بيد الخصم

---

[١] أنظر: المواد (٧٣-٧٤-٧٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ؛ والمادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

[٢] د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص ١٢٨.

[٣] سليمان داود سالم، الآثار المترتبة على عدم مراعاة الدفوع الاجرائية في الدعاوي المدنية بالعراق، دراسة تحليلية، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة، العدد٣١، ٢٠٢١، ص ٥٨٤.

[٤] القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، ط١، بدون جهة ومكان النشر، ٢٠٠٥، ص ١٢٢.

يطعن به اجراءات الدعوى دون ان يتعرض لأصل الحق قبل دخول القاضي الى تفاصيل الدعوى او اثناء ذلك من اجل تفادي اصدار الحكم او تأخيره.

وقد نص المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية على الدفوع الشكلية، مما أثار خلافاً فقهياً في الدفوع الواردة في تلك النصوص قد جاءت على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

فقد ذهب جانب من الفقه إلى ان قانون المرافعات العراقي قد حصر الدفوع الشكلية بالدفع بعدم الإختصاص الوظيفي والدفع بعدم الإختصاص المكاني والدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى[١].

ويمكننا القول أن تلك الدفوع قد جاءت على سبيل المثال إذ لم يرد في تلك النصوص ما يوحي أنها واردة على سبيل الحصر، كما أنه مما يخالف المنطق السليم عدم اعتبار وسيلة معينة دفعا شكليا على الرغم من توافر خصائص هذا الدفع منها على أساس أن القانون لم ينص عليها بشكل صريح[٢]. وقد كان قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية لسنة ١٩٥٦ الملغي قد حدد لما اسماه بالدفوع الفرعية[٣] بالدفع بعدم اختصاص المحاكم أو عدم صلاحيتها والطعن بالتبليغات وتجاوز المهل القانونية وطلبات رد الحكام ونقل الدعوى وتعيين المرجع، وغير ذلك مما يتعلق بقانونية الإجراءات والمرافعات الجارية، أي انه لم يحصر الدفوع الشكلية[٤].

وقد حدد المشرع العراقي الشروط القانونية الواجبة توافرها في الدفوع القانونية والدفوع الشكلية من ضمنها ، حيث يشترط ان يكون الدفع ذا صلة مباشرة بالدعوى الاصلية[٥].، وبالتالي يشترط للدفع ما يشترط للدعوى من ضرورة توافر الاهلية والمصلحة والصفة فضلا عن شرط الارتباط بين الدفع وموضوع الدعوى وسنعرضها كالاتي:

أولاً- **توافر الشروط العامة في الدفع:** يجب لاثارة الدفع القانوني والدفع الشكلي النسبي والمطلق منها توافر الشروط العامة للدعوى من الاهلية والمصلحة والصفة والا يكون الدفع

---

[١] د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق،ص ٣٢٤-٣٢٥.

[٢] د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، دراسة تحليلية في قانون المرافعات العراقي، ج١، ط٣، بغداد، ١٩٧٩، ص ٢٢٣.

[٣] المادة (٦) من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ الملغي.

[٤] د. علي غسان أحمد، المصدر السابق، ص ٢٩-٣٠.

[٥] المادة (٢/٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

باطلا، وبالتالي فلابد من ان يكون الخصم الذي يدفع بالدفع الشكلي ذا اهلية قانونية وفق احكام المادة (٣) من قانون المرافعات النافذ بتوافر اهلية الادعاء لديه وهي الاهلية الاجرائية التي تمكنه من استعمال حقوقه الاجرائية، فضلا عن توافر المصلحة لديه في دفعه هذا وفق احكام المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي، وهو الشيء الذي يحقق له فائدة عملية أو نتيجة فعلية وإلا اعتبر الدفع دفعا كيديا واصبح واجب الرد، ويفترض دائماً توفر المصلحة لدى من يدفع من الخصوم بدفع شكلي، لأن مثل هذا الدفع يأتي نتيجة لإخلال الخصم الآخر بالإجراءات الشكلية والأوضاع القانونية التي يضعها المشرع. ولا تكفي الاهلية والمصلحة مالم يتوافر لدى الدافع الصفة الاجرائية وفق احكام المادة (٤) من القانون المذكور أعلاه[١].

ولكن السؤال الذي يثار هنا هو مدى ملاءمة التمسك بالدفوع الشكلية، حتى في حالة عدم وجود مصلحة جدية تبرر ذلك، وعلى الاخص عند عدم وجود ضرر يلحق الخصوم من اتخاذ اجراء غير اصولي؟ إذ يعد تمسك الخصوم بالدفع الشكلي نوعا من المغالاة قد لا يستسيغه المنطق السليم.

للاجابة يلاحظ إن القانون العراقي واضح في أنه يسمح بالتمسك بالدفع الشكلي حتى في الأحوال التي لا توجد فيها مصلحة جدية للخصم، لأن المغالاة لا تصل بأي حال من الأحوال إلى درجة الغش، ولكنها قد تدخل في باب التعسف في استعمال الحق[٢]. ولهذا فأننا نعتقد ان المغالاة إذا وصلت إلى درجة التعسف في استعمال الحق فيمكن في هذه الحالة عدم الاعتداد بالدفع، أما إذا كانت المغالاة دون ذلك فأنها لا تؤثر في الدفع بما في ذلك الحقوق الإجرائية في نطاق قانون المرافعات[٣]، فلكل حق إجرائي غاية ويفترض ربط الإجراء بالغاية والأهداف التي شرع من اجلها، والمشرع العراقي عند وضعه الإجراءات والنظم الشكلية في قانون المرافعات قد قصد بها تحقيق مصلحة عامة وهذه المصلحة العامة قد تضار من غير شك بالاخلال بهذه القواعد، ومن هنا كان الضرر والمصلحة مفترضين من جانب من يتقدم بمثل هذه الدفوع[٤].

---

[١] د. سعدون ناجي القشطيني، المصدر السابق، ص١٠٩.

[٢] جليل حسن الساعدي، كفالة حق الدفاع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ٨٠.

[٣] القاضي مدحت المحمود، المصدر السابق، ص ١٢٣-١٢٤.

[٤] د. علي غسان أحمد، المصدر السابق، ص ٢٨- ٢٩.

ثانياً: وجود ارتباط مباشر بين الدفع والدعوى الاصلية: ان من بين الشروط الاخرى التي اشترطها المشرع العراقي في الدفوع القانونية والدفع الشكلي منها ان يكون هناك ارتباط بين الدفع المقدم والدعوى الاصلية وفي الدفوع الشكلية، النسبية منها والمطلقة، يجب ان يكون الدفع موجهاً الى اجراء من اجراءات الدعوى الاصلية لامكانية القول بوجود صلة مباشرة بين الدفع والدعوى والا يرد الدفع ويستمر القاضي في نظر الدعوى وسير اجراءاتها، وتظهر هذه الصلة من نتيجة الدفع المقدم فمثلا الحكم الصادر في الدفع الموجه الى بطلان عريضة الدعوى الاصلية يؤدي به الى زوال الخصومة الاصلية بجميع اثاره دون الدخول في اساس الدعوى وفصلها موضوعيا وبالتالي لولا وجود الصلة المباشرة لما زالت الخصومة بسببه [١]

كما تجدر الاشارة الى أن حرية الدفاع تقتضي أن يتاح للخصم حق الرد على دعوى خصمه، وصولا إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه كلها، أو بعضها أو على الأقل تأخير هذا الحكم، ذلك ان الخصوم هم أقدر من غيرهم على تصور الدفوع التي يمكن التمسك بها، وصولا إلى تحقيق رغباتهم بالتخلص من الخصومة وطلباتها بأقصر السبل[٢].

وتتجلى حرية الخصوم في إثارة الدفع الشكلي في الوقت الذي يمكنهم إثارة الدفع به في غير الحالات التي يوجب المشرع إداء الدفع في وقت معين او مناسبة معينة، إذ يجوز للخصم التمسك بدفوعه في أية حالة تكون عليها الدعوى، كما أنه يستطيع تقديم دفع على اخر مثله، وتجزئة دفوعه على مراحل، وفقا للخطة التي يعتنقها لدفاعه حسب ما تتكشف عنه الاحداث وتطورات النزاع[٣].

وتنسحب هذه الحرية إلى جواز التنازل عن حقه في الدفع، وفي سحب ما ابداه من دفوع وفي عدم إبداء الدفع مطلقا رغم تحقق سببه، ذلك أن من يملك الحق يملك التنازل عنه، ولكن هذه الحرية بالتنازل لا تكون فيما بعد صدور حكم قطعي في النزاع، ذلك ان صلة الخصوم تكون قد أنقطعت بالدعوى أو في حالة تعلق الدفع بالنظام العام، فلا ينتج التنازل أثراً، وتقضي المحكمة بالدفع من تلقاء نفسها[٤].

وتبرز حرية الخصوم في إثارة الدفع في الكيفية التي يمكنهم إثارة دفوعهم بها، إذ يمكنهم اثارتها في صور عدة وهي إما أن يتقدم الخصم بالدفع على شكل طلب لرد الدعوى قبل الدخول في أساس الدعوى، وذلك في الحالات التي تسمح طبيعة الدفع طلب الحكم به قبل التعرض لموضوع الدعوى [٥]. أو إذا لم يرغب الخصم بتقديم دفوعه على شكل طلب خطي مستقل، أو إذا كانت طبيعة الدفع لا تسمح

---

[١] د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٣٣٧- ٣٣٨.

(٢) د. وجدي راغب، المصدر السابق،ص ٢٥٩.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

(٤) د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة ، ط١، ١٩٧٨، ص ٢٤٣.

(٥) د. مفلح عواد القضاة، المصدر السابق، ص ١٩١.

بذلك، فأنه يستطيع إثارة دفوعه من خلال المذكرات واللوائح والمطالعات التي يقدمها إلى المحكمة، وغالبا مايثير الخصوم دفوعهم في بنود جوابهم على لائحة الدعوى، او مذكراتهم الإعتراضية على الدعوى، سواء قدمت هذه المذكرات الإعتراضية من المدعي او المدعى عليه في الدعوى[١]. وكذلك في صورة إثارة الدفع شفاهة من قبل الخصم في محضر جلسة المرافعة ، وليس هناك ما يمنع من إثارة الدفع مباشرة وشفاهة في محضر الجلسة سواء من الخصوم، او وكلائهم فلا يوجد نص يقيد طريقة ابداء الدفع وهذه الصورة لاثارة الدفع نادرة في الممارسة العملية، وذلك لأنه لا يكفي فقط إثارة الدفع، بل لا بد من تقديم ما يثبته ويؤكد أسانيده، والا بقي الدفع قولا مجردا[٢]

الفرع الثاني
الدفوع الموضوعية

يعد الدفع موضوعيا، إذ توجه به الخصم نحو الحق موضوع الدعوى منازعا فيه، ومطالبا باصدار حكم يقضي برد الدعوى كليا او جزئيا، وذلك بانكار وجود هذا الحق اصلا كأن ينكر العقد الذي يستند اليه خصمه أو أن هذا الحق قد نشأ بتصرف غير صحيح كأن يدفع ببطلان العقد او صوريته أو ان هذا الحق قد انقضى بسبب من الأسباب كأن يدفع بالوفاء او بالإبراء أو التقادم[٣].

وقد أورد الفقه تعريفات مختلفة للدفع الموضوعي تلتقي جميعا في أنه كل ما يعترض به الخصم على الحق المطلوب حمايته من خصمه، بقصد رفض الدعوى كليا او جزئيا. فقد عرفه بعض الفقه بأنه (الدفع الذي يوجه إلى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده او يزعم سقوطه او إنقضاؤه، وهو يشمل كل دفع يترتب على قبوله رفض طلب المدعي)[٤].

كما عرفه البعض الآخر بأنه (وسيلة للدفاع يلجأ اليها الخصم ليثبت أن إدعاء خصمه على غير أساس، بأن ينكر الواقعة المنشئة للحق المدعى عليه)[٥].

وعليه فإن الدفع الموضوعي إن تم قبوله يصيب الدعوى في صميمها وينبني عليه رفضها كليا او جزئيا، بحكم موضوعي يحوز حجية الشيء المقضي به. فالدفع الموضوعي ينبني على عدم أحقية المدعي في الإدعاء، لعدم وجود الحق المطلوب او انعدام اثاره، وقد يبدي هذا الدفع بصورة سلبية، وذلك اذا اقتصر على مجرد انكار الوقائع المدعاة، كإنكار التوقيع على العقد المبرز في الدعوى أو انكار الخطأ المؤدي إلى المسؤولية كما قد يبدي بصورة ايجابية، وذلك اذا ما تضمن تأكيدا على تحقق الواقعة

---

(١) د. أحمد السيد صاوي، المصدر السابق، ص ١٢٣.

(٢) ضياء شيت خطاب، المصدر السابق، ص ٧٨.

(٣) أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، ط٢ ، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، بدون سنة طبع، ص ٥٦٧.

(٤) د. أحمد ابو الوفا، نظرية الدفوع، المصدر السابق،ص ١٧.

(٥) د. وجدي راغب، المصدر السابق،ص ٢٥٩.

المنهية للحق المطلوب حمايته او المانعة لنشوئه كالتمسك ببطلان العقد أساس الدعوى، او التمسك بإنقضاء الدين[١].

وقد ميز جانب من الفقه بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي، على أساس ان مجرد إنكار الوقائع المنشئة للحق او إنكار آثارها يعد دفاعا موضوعيا، ولا يعتبر دفعا بالمعنى الصحيح، لأن القاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع الا بعد إثباتها من جانب مدعيها[٢]. إلا أن البعض من الفقه لا يأخذون بهذا التمييز، وإنما يطلقون لفظ الدفع الموضوعي على كل ما يستهدف رفض موضوع الدعوى، سواء كان ذلك بإنكار الحق المطالب بحمايته، او بإنكار آثار هذا الحق[٣].

والدفوع الموضوعية لم ترد في القانون على سبيل الحصر، وذلك لأن القواعد الموضوعية المنظمة للحقوق ليست محصورة[٤]، إن هذا النوع من الدفوع، يرتبط بأصل الحق وجودا وعدما، لذا نجد عناصره منتشرة في القوانين المنظمة للحقوق المتنازع عليها[٥]. وأمثلة الدفوع الموضوعية كثيرة نذكر منها: الدفع ببراءة الذمة، والدفع بعدم التنفيذ، والدفع بالفسخ، والدفع بعدم مشروعية العقد أو سند الدين، والدفع بانتفاء الخطأ، الدفع باستحالة التنفيذ. ولكن هذه ليست الا امثلة قليلة من الدفوع الموضوعية التي يصعب حصرها لكثرتها، والتي يمكن ان تستمد من نصوص القانون او من احكام العقد، او من القواعد العامة.

وما تمتاز به الدفوع الموضوعية بشكل عام بأن ليس لها ترتيب معين ويمكن إبدائها في أية حالة تكون فيها الدعوى، حتى بعد الدخول في أساس الدعوى ولا يعتبر ذلك تنازلاً عن الدفع الموضوعي, فهو حق لمن يتمسك به وليس واجباً عليه استعماله فإن شاء المدعى عليه أبداه وإن شاء تركه وفي حالة قبول المحكمة للدفع الموضوعي وأصدرت قرارها برد دعوى المدعي واكتسب الحكم درجة البتات فلا يجوز الادعاء بنفس الحق موضوع الدعوى مجدداً لأنه يحوز حجة الشي المقضي فيه [٦].

---

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، المصدر السابق، ص ٣٤٨.

(٢) د. فتحي والي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٧٥، ص ٤٢٨، وعبد الباسط الجميعي، مرجع سابق،ص ٤٦٥.

[٣] د. أحمد السيد صاوي، المصدر السابق،ص ١٢٠؛ د. وجدي راغب، المصدر السابق، ص ٢١١.

[٤] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية، ط١، بغداد، الجزءالاول، ١٩٧٣، ص ١٥١.

[٥] عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية العراقية، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠، ص ١١٦.

[٦] د. علي غسان أحمد، المصدر السابق، ص ٢٥.

الفرع الثالث
الدفع بعدم القبول

يقصد بالدفع بعدم قبول الدعوى اعتراض الخصم على قبول الدعوى او الطعن لإنتفاء شروط القبول فيها، وهذا الدفع يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه ومدى استعمالها أو ان شرط الاستعمال مخالف للقانون[١].

ولقد اورد الفقه تعريفات عدة له سدت بدورها الفراغ الذي تركته التشريعات، إذ يتلخص مدلول هذا الدفع بأنه: (دفع يوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى، ويهدف إلى منع المحكمة من النظر فيها، كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، أو رفعها بعد فوات الميعاد، او لسبق الفصل فيها)[٢]. وعرفه اخرون بأنه (الوسيلة الإجرائية التي حددها المشرع للتمسك بتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى القضائية، والتي تكون لازمة لقبول هذه الدعوى)[٣].

وتجدر الاشارة الى أن المشرع العراقي أورد حالة واحدة من الدفع بعدم قبول الدعوى[٤] وهي الدفع بعدم توجه الخصومة واعتبره من النظام العام، فقد أوجب على المحكمة عندما تكون الخصومة غير متوجهة أن تحكم ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى فضلا عن إعطاء هذا الحق إلى الخصم في ان يتقدم بهذا الدفع وفي اية حالة تكون عليها الدعوى.

وقد اختلفت الاراء الفقهية حول طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى في ظل غياب الموقف التشريعي فانقسمت الاراء الفقهية الى اتجاهين، اتجاه تقليدي واتجاه حديث، حيث يرجع أصحاب الاتجاه التقليدي طبيعة الدفع بعدم قبول الدعوى الى حقيقة الدفوع القانونية بنوعيها الشكلية والموضوعية، الا أنهم اختلفوا في أساسها الحقيقي، فمنهم من يعترف بالطبيعة الشكلية لهذا الدفع ومنهم من يعترف بالطبيعة الموضوعية لها [٥] .

في حين يذهب أنصار الاتجاه الحديث الى أن الدفع بعدم قبول الدعوى يتمتع بالطبيعة المختلطة أو الطبيعة المستقلة. حيث يرى انصار القسم الاول من آراء فقه الاتجاه الحديث ان الدفع بعدم القبول ذات طبيعة مختلطة بسبب مشاركة سمات الدفوع الشكلية والموضوعية فيها، وعلى اثرها قسموا الدفع بعدم القبول الى الدفع بعدم القبول الشكلي والدفع بعدم القبول الموضوعي، واستندوا في ذلك الى مجموعة حجج منها وجود عيب شكلي في الدفع كعمل اجرائي أو كان ذلك بمقتضى موضوعي في العمل الاجرائي، فإنه يتوجب على القاضي عند النظر الى هذا العمل والبحث عن العيب الشكلي او

---

[١] د. محمود الكيلاني، المصدر السابق، ص ٣٠٢.

[٢] د. أحمد السيد صاوي، المصدر السابق،ص ١٤٣.

[٣] د. مصطفى هرجة، الموسوعة القضائية في المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الاول، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٨٣.

[٤] المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(٥) د. نبيل اسماعيل عمر، المصدر السابق، ص ٢٣٦.

الموضوعي أن يحترم مقدماً المقتضيات التي فرضها القانون لصحته، وهذه الفرضيات تتشابه في بعضها مع مقتضيات الدفوع الشكلية وفي البعض الاخر متشابهة مع مقتضيات الدفوع الموضوعية[١]

في حين يرى أنصار القسم الثاني من هذا الاتجاه ان الدفع بعدم القبول دفع مستقل عن بقية الدفوع لأنه موجه الى الحماية القضائية الممنوحة للخصوم في رفع الدعوى ويهدف الى منع المحكمة من النظر فيها، فلا يوجه الى اجراءات الخصومة لاعتباره دفع شكلي ولا يوجه الى ذات الحق المدعي به لاعتباره دفع موضوعي، وهذا هو الراي السائد في الفقه الحديث[٢].

وفي الاخير نتفق مع ما ذهب اليه الاتجاه الحديث، كون أن الدفع بعدم القبول يتمتع بطبيعة خاصة مستقلة عن الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية تجعله يحتل مركزا وسطاً بينهما،ولا يؤثر في ذلك وجود بعض ملامح التشابه ما بين أحكامه واحكام الدفوع الاخرى فهذا الدفع ذات طبيعة خاصة فهو لا يمس الحق الموضوعي المدعى به أمام القضاء بل يرمي الى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى لعدم توافر الشروط الواجب توافرها قانوناً لرفع الدعوى، فهو الدفع الذي يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها أو أن شرط الاستعمال مخالف للقانون لعدم توافر شرط من الشروط العامة التي يستلزم وجوده لقبول الدعوى[٣].

وقبل ختام هذا المبحث، من المهم التذكير أنه من واجب المحكمة وأساس عملها هو حسم الدعاوى وانهاء النزاع المعروض امامها باصدار حكم حاسم ينهي جميع الطلبات والدفوع المقدمة من قبل الخصوم والفصل في الدعوى بعد الاطلاع على كافة وقائعها، ولا يجوز للمحكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق [٤]. وبذلك على القاضي أن يفصل في النزاع بحكم حاسم نهائي للدعاوى وكذلك عليه ان يقرر الفصل في كافة الادعاءات والدفوع والطلبات التي يتقدم بها الخصوم اثناء سير المرافعة وان كانت تلك القرارات لا تنتهي بها الدعوى فللمحكمة ان تصدر العديد من القرارات اثناء رؤية الدعوى مما يعينها على السير فيها واستكمال اجراءاتها قبل الفصل فيها وان تلك القرارات لا تحسم النزاع ولا تتعرض لأصل الحق كقرار المحكمة برفض دفع شكلي او قرارها بتوحيد دعويين او تأجيل الدعوى لتقديم المستمسكات أو الدفع بصحة ورقة التبليغ من عدمها وغيرها من الدفوع[٥].

---

(١) د. أحمد السيد صاوي، المصدر السابق، ص ١٤٤ ؛ د. نبيل اسماعيل عمر،المصدر السابق، ص ٢٣٦.

(٢) د. فارس على عمر، الدفع بعدم قبول الدعوى، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد(١٠) العدد (٣٧)، ٢٠٠٨، ص ٥٢- ٥٣.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، المصدر السابق، ص ٢٣٦؛ د. فارس علي عمر، المصدر السابق، ص ٥٤.

(٤) المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(٥) د. احمد السيد صاوي،المصدر السابق،ص ٤٠٨؛ عبد الرحمن العلام، المصدر السابق،ج١، ص ٣١١.

المبحث الثاني

مـدى سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع

بمنح المشرع المدعي حق اقامة دعوى امام القضاء المختص مطالبا خصمه بالحق الذي يدعي به تجاه كل ما يملك من وسائل الدفاع المتاحة له قانونا, يملك بالمقابل المدعى عليه الخصم الذي يطالب المدعي حماية حقه تجاهه ايضا جميع وسائل الدفاع المتاحة. وعلى أثره يتم عادة تقسيم الدفوع الى ثلاث صور[١].

إلا أن التساؤل الذي يطرح هنا هو مدى منح المشرع القاضي المدني باعتباره ممثلاً للمجتمع وحاميا للسلطة القضائية سلطة استخدام الوسيلة الثانية (الدفوع)؟ لذا سنحاول الاجابة على التساؤل أعلاه في هذا المبحث، بعد تقسيمه الى ثلاث مطالب. نتناول في المطلب الاول مدى سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع الشكلية، بينما نتطرق في المطلب الثاني منه الى سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية، وفي المطلب الاخير سوف نبين مدى سلطة القاضي في إثارة الدفوع المتعلقة بعدم قبول الدعوى وفق الآتي:

المطلب الاول

سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع الشكلية

بعد أن تم عرض مفهوم الدفوع الشكلية وشروطها في المبحث الاول، لا بد لنا من بيان أنواع أو صور هذه الدفوع، ليتسنى لنا من خلال هذه الصور معرفة مدى سلطة القاضي المدني في إثارة هذه الدفوع. وتقسم الدفوع الشكلية بصورة عامة الى دفوع شكلية نسبية(غير متعلقة بالنظام العام) ودفوع شكلية مطلقة (متعلقة بالنظام العام). لذا سنبحث هذا المطلب في فرعين وكالآتي:

الفرع الاول

سلطة القاضي في إثارة الدفوع الشكلية النسبية

يقصد بالدفوع الشكلية النسبية تلك الدفوع التي يقررها المشرع لمصلحة الخصوم دون المصلحة العامة، اي انه الدفع الذي وضع لحماية المصلحة الخاصة، وبالتالي يمنع القاضي من إثارته وفرض الجزاء عليه من تلقاء نفسه[٢]. بعبارة أخرى، يشترط المشرع في الدفع الشكلي النسبي ابداء هذا الدفع قبل الدخول في موضوع الدعوى، وقبل أي دفع آخر من الدفوع الموضوعية او الدفع بعدم القبول، فلا بد

---

[١] د. إ براهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص ٤٢٩.

[٢] د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي،وزارة التعليم العالي، بغداد، ١٩٩٨، ص ٣٤٠-٣٤١.

على الخصم الذي يتمسك به إثارته قبل ابداء اي دفاع اخر وقبل دخول القاضي في اساس الدعوى والا سقط حقه فيه[١].

وإن تقدير مسألة الكلام في الموضوع الذي يؤدي الى سقوط الحق في الدفع الشكلي النسبي يخضع الى سلطة القاضي التقديرية، فاذا ما انتهى القاضي من تقديره الى ان الخصم قد تكلم في الموضوع ودخل في أساس الدعوى فأنه يترتب عليه السقوط أي فقدان الخصم لحقه في التمسك بالدفع الشكلي[٢]. لذلك يفترض اتباع التفسير الضيق للوقائع المسقطة للحق في التمسك بالدفع الشكلي[٣].

والدفوع التي تدخل في هذا النوع نعرضها بإيجاز على الشكل الاتي:

أولاً: الدفع بإبطال تبليغ عريضة الدعوى[٤]

إن الدفع ببطلان التبليغ هو دفع شخصي متعلق بالمدعى عليه، فإذ أراد أثارته وان شاء صرف النظر عنه[٥] ، ولا يستفيد الغير من هذا الدفع في حالة الطعن بالطرق القانونية كاعتراض الغير ولا الخصم نفسه في مرحلة التمييز وتصحيح القرار التمييزي واعادة المحاكمة[٦].

ويلاحظ أن المشرع قد وضع قواعداً عامة لاجراء التبليغات القضائية، فليس هناك اجراءات لكل ورقة يجري تبليغها فقد ساوى بين تبليغ عريضة الدعوى ومرفقاتها من صور المستندات التي يقدمها المدعي والاوراق والمستندات التي يتبادلها الطرفان في تبليغاتهما، وكذلك الاعلانات والاحكام التي تصدرها المحكمة فكل هذه الاوراق القضائية تخضع لاجراءات واحدة وتبلغ مع عريضة الدعوى[٧].

---

[١] د. نجلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات– دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد ٢، السنة ١٠، العدد ٢٥.

(٢) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٥٩، ص ٥٧٠؛ عبد الرحمن العلام، المصدرالسابق،ج١، ص ٣٧٨.

(٣) تنص المادة (٧٣) من قانون المرافعات العراقي النافذ على أنه : (١– الدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى اوالاوراق الأخرى يجب ابداؤه قبل أي دفع او طلب آخر والا سقط الحق فيه وتفصل فيه المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى. ٢– يجب ابداء هذا الدفع في عريضة الاعتراض او الاستئناف والا سقط الحق فيه. ٣– يزول بطلان التبليغ اذا حضر المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه في اليوم المحدد).

(٤) د. فتحي والي، نظرية البطلان،المصدر السابق، ص ٥٧٤.(ومن ذلك مثلا لا يعد كلاما في الموضوع مجرد اجابة الخصم بعبارات ذات طابع عام كالقول بان الادعاء لا أساس له من الصحة).

[٥] القاضي مدحت المحمود، المصدر السابق، ص ١٢٢.

[٦] د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بدون جهة ومكان النشر، ١٩٨٤، ص ١٠٠.

[٧] عبد الرحمن العلام،المصدر السابق، ج١، ص ٢٩٩؛ د. علي جمعة محارب، التبليغات القضائية – المعوقات والحلول، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤، ص ١٧ وما بعدها.

وبالتالي لم يمنح المشرع العراقي أية سلطة للقاضي في إثارة هذا الدفع. الا ان هذا الدفع وان كان من حق المدعى عليه اثارته، الا ان الواجب على القاضي عند اجراء المرافعة غيابيا بحق الخصم ان يدقق التبليغ الموجود باضبارة الدعوى، وان هذا الرأي يجد سنده في المادة (٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي الذي تلزم المحكمة أن تتحقق من اتمام التبليغات ومعناه ان تدقق اوراق التبليغ، لتقف على من تبلغ من الخصوم ومن لم يتبلغ وقانونية التبليغ من عدمه بالنسبة لمن بلغ ولم يحضر لتتخذ قرارها باجراء المرافعة بحقه غيابيا او اعادة تبليغه اذا كان تبليغه لم يتم وفق الاجراءات المرسومة في القانون[١] فعلى سبيل المثال اذا اعيدت ورقة التبليغ وموقع عليها من قبل الشخص المراد تبليغه ومن القائم بالتبليغ ومثبت فيها ايضا اليوم والشهر والسنة التي حصل فيها التبليغ الا ان المحكمة لاحظت أن تبليغ الخصم غير الحاضر قد جرى قبل يوم واحد من موعد المرافعة فيعد هذا التبليغ مخالف للقانون. فالقانون يوجب ان لا تقل المدة بين تاريخ التبليغ واليوم المعين للمرافعة عن ثلاثة ايام فعلى المحكمة في هذه الحالة ان تعيد اجراءات التبليغ من تلقاء نفسها من دون ان تنتظر ورود اعتراض من المدعى عليه بهذا الخصوص[٢].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما ذهبت اليه محكمة اسئناف بغداد– الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية في قرار لها بأنه:(لدى التدقيق والمداولة...وجد أن محكمة البداءة قررت تبليغ المدعى عليها إعلانا في صحيفتين محليتين ... دون أن تلاحظ أن ورقة التبليغ المعادة بالكتاب المذكور قد جاءت خالية من شرح القائم بالتبليغ بما يفيد قيامه بإجراءات التبليغ المنصوص عليها في قانون المرافعات، مما يجعل تبليغ المدعى عليها اعلاناً مخالفاً للقانون ... عليه تكون الاجراءات اللاحقة باطلة...) [٣].

ثانياً: الدفع بعدم الاختصاص المكاني

ويقصد بالاختصاص المكاني[٤]. تعيين المحكمة المختصة للنظر في الدعوى من حيث المكان وفق القواعد المقررة في قانون المرافعات، فالأصل في التقاضي أن يقاضي المدعي المدعى عليه أمام محكمة موطنه، ويجوز الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المكاني. ففي حالة اقيمت دعوى امام محكمة غير مختصة بموجب الاختصاص المكاني، فيجب الادلاء بالدفع بعدم الاختصاص في بدء المرافعة

---

[١] القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، ط١، بدون جهة ومكان النشر، ٢٠٠٥، ص ١٥٣.

[٢] أنظر: المادة (٢٢) من قانون المرافعات العراقي النافذ.

[٣] قرار محكمة اسئناف بغداد– الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم ٥٥/م/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٢/٢٠/ القاضي موفق علي العبدلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد– الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٠، ص ١٠١– ١٠٢.

[٤] أنظر: المواد (٣٤– الى ٤٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

وقبل الادلاء بدفوع عدم القبول فإذا لم يتمسك الخصم بالدفع. وبالتالي فلا يمكن للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه من خلال النص الوارد أدناه[1].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد،ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لهاب:(... إن الاختصاص النوعي او الوظيفي يتعلق بالنظام العام، أما الاختصاص المكاني فقد استقر قضاء محكمة التمييز على عدم احقية المحاكم بطلب تعيين المحكمة المختصة مكانيا عدا حصول النزاع بينهما كون الاختصاص المكاني من حق الخصوم ولأي منهم ان شاء الطعن تمييزا بقرار رفض الاحالة) [2].

فقواعد الاختصاص المكاني ليست من النظام العام، بل مقررة لمصلحة المدعى عليه، فاذا لم يدفع المدعى عليه بعدم اختصاص المحكمة المكاني، فلا يجوز للمحكمة أن تقرر عدم اختصاصها المكاني من تلقاء نفسها، لأن الدفع الذي يجب إبداءه قبل الدخول في أساس الدعوى والا سقط الحق فيه، واذا كانت المحكمة قد نظرت الدعوى بغياب المدعى عليه الذي تبلغ ولم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة وأصدرت حكمها فيها فإن للمدعى عليه الغائب الاعتراض على الاختصاص المكاني لهذه المحكمة.

ويضاف الى ما سبق، أنه في حالة الدفع بعدم الاختصاص المكاني من قبل المدعى عليه، ورفضت المحكمة المحال عليها الدعوى النظر فيها، دون أن يطعن في قرار رفض الاحالة أي من الخصمين، فلا يجوز للمحكمة المحيلة الطعن بقرار رفض الاحالة، والاصرار على رأيها في قرار الاحالة بل لا بد من ا ستئناف النظر في الدعوى لعدم إطالة الخصومة بصورة أكثر. وتأكيداً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها أنه:(...إذا طعن المدعى عليه بعدم إختصاص المحكمة بنظر الدعوى وقررت المحكمة إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة ورفضت المحكمة المحال عليها النظر في الدعوى لعدم إختصاصها، فإن هذا القرار قابل للطعن فيه تمييزاً من قبل الطرفين وفقاً للمادة (٧٩) مرافعات فإن لم يطعن فيه تمييزاً تكون المحكمة الاولى ملزمة بنظر الدعوى ولا يجوز للمحكمة الطلب من محكمة التمييز تعيين المحكمة المختصة...) [3]

ومما تجدر الاشارة اليه هنا أيضاً، أنه اذا غاب المدعى عليه وصدر الحكم غيابياً بحقه، فهل من حقه أن يدفع في (عريضة الاعتراض على الحكم الغيابي بعدم الاختصاص المكاني)؟

---

[1] تنص المادة (٧٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه: ((الدفع بعدم الإختصاص المكاني يجب ابداؤه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى والا سقط الحق فيه)).

[2] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١١٢/ الهيئة المدنية/٢٠١٥) متاح على شبكة الانترنيت وفق الرابط الآتي: ps://uomisan.edu.iq/law/mjcls/index.php/mjcls/article/view/١٠٥، تاريخ الزيارة ٣٠-٦- ٢٠٢٤.

[3] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٢١ – بتأريخ ٢٩-١٠-٢٠٠٧ / سروان سرتيب أحمد زنكنه، المنتقى في الاحكام القضائية- القسم المدني- المرافعات المدنية، ط١، مكتبة ته بايى – أربيل، ٢٠٢١، ص ١٠١.

للاجابة على هذا التساؤل، يلاحظ أنه لا يوجد نص في قانون المرافعات المدنية العراقي يعالج صراحة هذه المسألة، ولكن تطبيقا للمادة (٧٤) منه فقد درج القضاء والفقه على أن المعترض له ابداء دفوعه الشكلية في عريضة الاعتراض، ومنها الدفع بعدم الإختصاص المكاني قبل التعرض لموضوع الدعوى، والا سقط حق الدفع فيها[١]. وأمام المحكمة نفسها التي اصدرت الحكم المطعون فيه فاذا رفعت الى محكمة أخرى ولو من نفس الدرجة كان في ذلك مخالفة لقاعدة متعلقة بالنظام العام[٢]. وان محكمة الموضوع تنظر في هذا الدفع في المرافعة الاعتراضية على الرغم من انها دخلت في أساس الدعوى وحسمت النزاع بغياب الخصم فقد تقرر قبوله او رده حسب مقتضى الحال، فإذا ما قررت رد الدفع فتمضي في نظر الدعوى الاعتراضية وفقا للقانون.

أما اذا وجدت المحكمة أنها غير مختصة مكانيا فإن الموضوع محل خلاف وقد قيلت به اراء ثلاثة. نشير اليها بإيجاز، حيث يذهب الرأي الأول الى أن المحكمة عليها اذا تحققت من عدم اختصاصها المكاني في نظر اصل النزاع ابطال الحكم ورد الدعوى وللمدعي اقامة دعواه امام المحكمة المختصة مكانيا بنظر الدعوى[٣] وسند هذا الرأي هو ما ورد في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية النافذ إذ تقول: (وظاهر ان حكمة النص على الاحالة الى الجهة المختصة لا تتوفر ولا يكون للعمل بها محل اذا قضت المحكمة في أساس الدعوى وطعن في حكمها بطريق الاعتراض اوالاستئناف، ففي هذه الحالة لا يكون للمحكمة المرفوع اليها الطعن الا ان تقضي بفسخ الحكم المطعون فيه ورد الدعوى لعدم اختصاص المحكمة التي اصدرته..).

بينما يذهب الرأي الثاني الى أنه يجب على المحكمة في مثل هذه الحالة ابطال الحكم الغيابي واحالة الدعوى الى المحكمة المختصة مكانيا في نظر النزاع، وسند هذا الرأي هو حكم المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية التي جاءت صريحة وقاطعة في حكمها إذ الزمت المحكمة اذا ما قضت بعدم اختصاصها القيمي أو الوظيفي او المكاني أن تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية حرصا على تيسير اجراءات التقاضي وتلافياً لمساوئ الدفع بعدم الإختصاص ولكي لا يتحمل رافع الدعوى عبء تجديدها بدعوى اصلية ورسوم قضائية جديدة وهذا ما ذهبت اليه الاسباب الموجبة للمادة (٧٨) من قانون المرافعات، والدعاوى اذا ما ابطل الحكم الصادر فيها نتيجة الطعن بعدم اختصاص المحكمة التي اصدرته مكانيا فأنها تعود الى حالتها قبل صدور الحكم واذا ما عدت كذلك فيلزم احالتها الى المحكمة المختصة للنظر فيها[٤] . أما الرأي الثالث فيذهب الى أنه عند عدم وجود محل للطعن بالاختصاص المكاني في مرحلة الاعتراض على الحكم الغيابي، فيجب ان

---

[١] عبد الرحمن العلام، المصدر السابق،ج ٢، ص ٣١٠.

[٢] أنظر: المادتين (١٧٨ و ١٩٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٣] أنظر: الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٤] د. أحمد أبو الوفا، المصدر السابق، ص ٨٢٣.

تكون المحكمة المختصة مكانيا بنظر النزاع ما دامت قد فصلت فيه بحكم ولو كان غيابيا، إذ ان الدفع بعدم الاختصاص المكاني لايلتفت اليه بالدعوى الاعتراضية [1].

ونحن من جانبنا نميل الى الاخذ بالرأي الثاني، فالرأيان الاول والثالث يغفلان حكم المادة ٧٨ من قانون المرافعات التي اوجبت على المحكمة احالة الدعوى الى المحكمة المختصة اذا قضت بعدم اختصاصها والتي اوجبت المادة ١٨٤ منه على ان يجري على الدعوى الاعتراضية ما يجري من القواعد على القضايا المنظورة وجاها، واحدى هذه القواعد هي حكم المادة ٧٨ من القانون التي اوجبت على المحكمة اذا قضت بعدم اختصاصها احالة الدعوى الى المحكمة المختصة. وذلك يسنده اعتبار الدعوى الاعتراضية امتدادا للدعوى الاصلية من ناحية الموضوع وليست قضية جديدة كالأستئناف.

وتأكيداً لما سبق ذكره أعلاه، ما ذهبت اليه محكمة إستئناف بغداد بصفتها التمييزية في قرار لها بأنه :(لدى التدقيق والمداولة وجد بأن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأن محكمة بداءة الكرادة وفي جلسة المرافعة المؤرخة ١٦ / ١ / ٢٠٠٨ عند نظرها للدعوى الاعتراضية المرقمة ١١٥٥ / اعتراضية / ٢٠٠٧ وبعد ملاحظة عريضة الدعوى قررت إبطال الحكم الغيابي الصادر عنها في الدعوى البدائية ١١٥٥ / ب / ٢٠٠٧ بتاريخ ١٨ / ١١ / ٢٠٠٧ لكونها غير مختصة مكانياً ، وإحالة الاضبارة إلى محكمة بداءة بغداد الجديدة للنظر فيها حسب الاختصاص المكاني على الرغم من أن الحكم الغيابي المذكور تضمن إلزام المدعى عليه الأول المدير المفوض لشركة الرقة للتجارة العامة المحدودة إضافة لوظيفته والمدعى عليه الثاني (و – ح – ح) . وأن الاعتراض على الحكم الغيابي مقدم من قبل المدعى عليه الثاني فقط . وقد وجد أن وجهة نظر المحكمة في قرارها المؤرخ ١٦ / ١ / ٢٠٠٨ أعلاه لا سند لها من القانون ، ذلك أنها كانت قد نظرت في أساس الدعوى وأصدرت حكمها فيها وأن الدفع بعدم الاختصاص المكاني إنما يجب ابداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى طبقاً لما نصت عليه المادة (٧٤) من قانون المرافعات المدنية كما أن المحكمة لم تطلع على دفع وكيل المعترض عليه إضافة لوظيفته الموضح بلائحته المقدمة في ١٦ / ١ / ٢٠٠٨ ومرفقها الذي يتضح منه عنوان المدعى عليه الأول إضافة لوظيفته يقع ضمن اختصاص محكمة بداءة الكرادة . ولما كانت المادة (٣٧ / ٢) من القانون المذكور نصت على أنه إذا تعدد المدعى عليهم واتحد الإدعاء أو كان مترابطاً تقام الدعوى في محل إقامة أحدهم . عليه تكون محكمة بداءة الكرادة هي المختصة مكانياً للنظر في الدعوى ويكون قرار محكمة بداءة بغداد الجديدة برفض

---

[1] عبدالرحمن العلام، المصدر السابق، ص ٣١٠– ٣١١.

الإحالة صحيح وموافق للقانون ، لذا قرر تصديقه وإحالة اضبارة الدعوى إلى محكمة بداءة الكرادة للنظر فيها وربطها بحكم عادل وفقاً للقانون وإشعار محكمة بداءة بغداد الجديدة بذلك ...) [١].

وعلى أية حال، وبقدر تعلق الامر بموضوع البحث، يلاحظ أن محكمة موقع العقار تكون هي المختصة نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري اذا ما تعلق الامر بموضوع التمليك[٢]، وهذا يعني أنه يجب على القاضي إثارة هذه المسألة في حالة إذا رفعت أمام محكمة غير مختصة مكانياً. فيسترجع القاضي سلطته بهذا الصدد. وتأكيداً لما سبق ذكره أعلاه، فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار جاء فيه:(... إن محكمة موقع العقار تكون مختصة نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري ومنها دعاوى التمليك الخاصة بالعقار ضمن دائرة عملها...) [٣]

الفرع الثاني
سلطة القاضي في إثارة الدفوع الشكلية المطلقة

يقصد بالدفوع الشكلية المطلقة الدفوع التي يقررها المشرع لمصلحة الخصوم والمصلحة العامة معا لذلك يعتبر في الغالب من قبيل الدفوع المتعلقة بالنظام العام[٤]، وهذا يعني جواز إثارة هذه الدفوع في اي مرحلة من مراحل الدعوى دون ان ينحصر نطاقه في المراحل الاولى وقبل الدخول في موضوعها، وبالتالي فاذا تحقق للقاضي أو الخصوم أن هناك عيب شكلي مطلق في اجراء من اجراءات الدعوى فلهم ان يثيروه ولو دخل القاضي في أساس الدعوى مالم يكن صدر الحكم فيها[٥] .

لذا سنعرض في هذا الفرع الدفوع هذه وفق الايجاز الآتي:

---

[١] قرار محكمة اسئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم (٥٧ بتأريخ ٢٠٠٨/٢/٢٠).: موقع مجلس القضاء الاعلى في العراق.

[٢] د. نبأ محمد عبد، الدفع بعدم الاختصاص المكاني في مرحلة الاعتراض على الحكم الغيابي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، المجلد٦،العدد(٢٣)،٢٠١٤،ص٢٥٠-٢٨٠. منشور على الموقع:
https://www.iasj.net/iasj/download/ab٦٢٦٢٩٨١٩٩٨٣١df، تاريخ الزيارة ٣٠-٦-٢٠٢٤.

[٣] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٧/ الهيئة العامة/ ٢٠١٨ متاح على شبكة الانترنيت وفق الرابط الآتي : https://www.researchgate.net/publication، تاريخ الزيارة ٣٠-٦-٢٠٢٤.

[٤] تجدر الاشارة أن مفهوم النظام العام هو مفهوم قانوني يتميز بتغيره ونسبيته، ولا يمكن تحديده بدقة أو حصره. يشمل هذا المفهوم بشكل عام كل ما يتعلق بكيان الدولة أو ما يتناقض مع مصلحة عامة وأساسية من مصالحها. للمزيد من التفصيل أنظر: أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والاداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٢ ومابعدها.

[٥] د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ٢١٦؛ د. نبيل اسماعيل عمر، المصدر السابق، ص ٣٥١.

أولاً: الدفع بتوحيد الدعويين[١]

يلاحظ أن المشرع العراقي اجاز للخصوم إبداء هذا الدفع أمام المحكمة المقامة أمامها الدعوى وذلك عند توفر حالة الارتباط بين تلك الدعوى ودعوى اخرى مقامة قبلا في محكمة اخرى. والحكمة من ذلك هو لغرض تفادي صدور حكمين متناقضين او يصعب التوفيق بينهما في دعويين مرتبطتين وبينها صلة وثيقة، وكذلك للتخفيف عن كاهل القضاء وتحقيق مبدأ الاقتصاد في الاجراءات، كما لو أقام احد طرفي الدعوى بطلب تنفيذ العقد واقام الاخر الدعوى بطلب ابطال العقد ذاته، فالحكم في الدعوى الثانية مؤثر في الدعوى الاولى [٢].

وتأكيداً لذلك فقد قضت محكمة التمييز في إقليم كوردستان في قرار لها بأنه:(لدى التدقيق والمداولة...وجد أن حكم محكمة الاحوال الشخصية في أربيل بفرض النفقة الماضية والمستمرة وفق التفاصيل المذكورة أعلاه سابق لأوانه، لأن المدعى عليه وبواسطة وكيله ...أوضح قيام موكله بطلب مطاوعة زوجته في دعويين مقيمتين لدى نفس المحكمة وقبل اقامة دعوى النفقة وطلب جلب دعوى المطاوعة وتوحيدها مع دعوى النفقة فكانت على المحكمة جلبها لغرض الاطلاع عليها وتوحيدها مع دعوى النفقة إن اقتضى الامر لتعلق موضوع دعوى المطاوعة بالدعوى المنظورة...)[٣] .

وبقدر تعلق الامر بموضوع البحث، يثار التساؤل هل أن للقاضي المختص أن يحكم بهذا الدفع من تلقاء نفسه ؟

للاجابة، يلاحظ أن الفقه قد اختلف في هذا الصدد، فالبعض يرى أنه ليس للقاضي أو المحكمة أن تحكم بالدفع بالتوحيد للارتباط من تلقاء نفسها، وانها ليست مضطرة لقبول توحيد الدعويين بل لها ترفض التوحيد اذا رأت ان مصلحة العدالة والخصوم تتعارض مع ذلك التوحيد كأن تكون الدعوى المرفوعة امامها اكبر اهمية[٤]. بينما يرى البعض الآخر أن هذا الدفع من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام

---

[١] تنص المادة (٧٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ على أنه: (إذا تبين للمحكمة أن للدعوى ارتباط بدعوى مقامة قبلا بمحكمة اخرى، فلها ان تقرر توحيد الدعويين وترسل اضبارة الدعوى الى المحكمة الاخرى، والقرار الصادر من المحكمة الاخرى برفض التوحيد يكون قابلا للتمييز).

[٢] د.آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ٢١٦.

[٣] قرار محكمة التمييز في إقليم كوردستان المرقم (٥٤٤- هيئة الاحوال الشخصية- ٢٠١٩) في ٣١-٧-٢٠١٩/ القاضي محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان، ط١، ج٤، مكتبة هولير القانونية، هولير، ٢٠٢١، ص ١٦٧-١٦٨.

[٤] عبد الرحمن العلام،المصدر السابق،ج٢، ص ٣١٦؛ د. محمد الروبي، الدفع بالأحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة اجنبية (دراسة مقارنة)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤٣٩.

العام لذا يحق للمحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها[١]، والواضح من صياغة المشرع العراقي للمادة (٧٥) من قانون المرافعات العراقي انها تجيز القاضي اثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه فالتوحيد للارتباط يمكن ان يقع بناء على دفع شكلي يتمسك به احد الخصوم، كما يمكن للقاضي اعماله من تلقاء نفسه.

ونرى باعتقادنا، أنه إذا تمسكنا بحرفية نص المادة (٧٥) من قانون المرافعات العراقي وبالذات عبارة "فلها ان تقرر توحيد الدعويين" لوجدنا ان هذا الدفع ليس من النظام العام لأن النص لم يدل على ان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في اعمال التوحيد للارتباط، فلو كان في ذهن المشرع أن هذا الدفع من النظام العام لأوجب على القاضي اعماله من دون أية سلطة تقديرية لأن أية مسألة اجرائية ام موضوعية اذا ما ثبت تعلقها بالنظام العام وجب على القاضي الاعتداد بها من تلقاء نفسه.

لذلك نتفق مع ما ذهب اليه البعض[٢]، أنه يجب النظر الى ذلك الدفع على أنه متعلق بالنظام العام، وذلك للاعتبارات التي يقوم عليها عندما يبلغ الارتباط درجة عدم التجزئة إذ يخش اصدار احكام متعارضة اذا لم يفصل في الدعويين من محكمة واحدة. عليه سداً للخلاف الوارد أعلاه نوصي المشرع العراقي بتعديل صياغة نص المادة (٧٥) وجعله وفق الصيغة الآتية (.... فعليها أن تقرر توحيد الدعويين...)

ثانياً: الدفع بعدم جواز اقامة الدعوى في اكثر من محكمة

قد يحدث ان ترفع دعوى واحدة امام محكمتين تابعتين لجهة القضاء العادي وتكون الجهتان كلتاهما مختصة بنظر هذه الدعوى، ويقع هذا غالبا في قواعد الاختصاص المكاني، فمثلا في دعوى الدين او المنقول اذ ا تعدد المدعى عليهم واتحد الادعاء او كان مترابطا جاز رفع الدعوى امام أية محكمة يكون فيها محل اقامة احدهم[٣].

فاذا تأيد للقاضي أن كلا الدعويين واحد وان الدعوى الاولى قيد المرافعة، فعليه ان يقرر ابطال عريضة الدعوى الثانية التي ينظرها هو، ويعيد الدعوى الاولى الى محكمتها الاولى ويشعرها بالقرار الذي اتخذه بشأن الدعوى الثانية لأن الدعوى الاولى هي المعتبرة[٤].

أما اذا كانت كلتا الدعوتين التي موضوعوهما واحد قد اقيمتا لدى محكمة واحدة، أي ان المدعي اقام دعويين بموضوع واحد في محكمة واحدة وقد دفع المدعى عليه بذلك او استنتجت المحكمة ذلك من

---

[١] د. عصمت عبدالمجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط١، مطبعة جامعة جيهان، أربيل، ٢٠١٢، ص ٣٤٥-٣٤٦.

[٢] علي غسان أحمد، المصدر السابق، ص ١٠٥.

[٣] أنظر: المادة (٣٧) الفقرة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٤] أنظر: المادة (٧٦) الفقرة (١) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

خلال اقوال الطرفين ووقائع الدعوى، فعلى القاضي ان يقرر توحيد الدعويين وذلك عملا بما تنص عليه الفقرة (٢) من المادة (٧٦) من قانون المرافعات العراقي، هذا ولا بد للقاضي أو المحكمة في جميع الاحوال قبل ان تقرر التوحيد ان تقف على اقوال الطرفين وملاحظاتهم بشأن ذلك ومن ثم يتخذ القرار في ضوء ما يتوضح له وما يتفق مع احكام القانون[١].

ولكن ما مدى تعلق الدفع بعدم جواز اقامة الدعوى في اكثر من محكمة بالنظام العام، وبالتالي ما مدى سلطة القاضي في إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه؟

اختلف الفقه بصدد هذا الموضوع، فاتجه رأي الى ان هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام فيتعين الادلاء به في بدء النزاع من جانب المدعى عليه وحده، ولا يجوز للمحكمة ان تقضي بالاحالة من تلقاء نفسها[٢]. بينما ذهب رأي اخر ونحن نؤيده في هذا الصدد الى ان الدفع يتعلق بالنظام العام، على اعتبار ان الغرض المقصود منه هو تفادي صدور احكام متناقضة في قضية واحدة، وتوفير الجهد والوقت للمحكمة التي رفعت اليها الدعوى متأخرا[٣]. وبمقتضى هذا الرأي يجوز ابداء هذا الدفع في أي حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة امام محكمة الاستئناف، وعلى المحكمة ان تقضي بالاحالة من تلقاء نفسها[٤] .

ومن الامثلة في هذا الصدد، ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه (...إذا كانت المدعية قد أقامت دعوى سابقة بالموضوع ذاته ولا زالت قيد المرافعة ثم أقامت دعوى ثانية بالمال ذاته، فعلى المحكمة أن لا تهمل الدعوى الاولى وتحسم الدعوى الثانية، وإنما عليها أن توحد الدعويين وفقاً لنص المادة(٢/٧٦) من قانون المرافعات المدنية وتصدر حكماً واحداً فيهما) [٥].

ثالثاً: الدفع بعدم اختصاص المحكمة الوظيفي أو النوعي أو القيمي

يعد الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي أوالنوعي أوالقيمي من الدفوع الشكلية المطلقة التي نص عليها القانون. وطبقا لهذا الدفع يقرر القاضي أو المحكمة عدم اختصاصها في نظر الدعوى وبذلك لا ترد المحكمة الدعوى وانما توجب احالتها الى المحكمة صاحبة الاختصاص. مع احتفاظ المدعي بما دفع من رسوم. و تقوم المحكمة التي اقيمت امامها الدعوى بتعيين الموعد الذي سيحضر فيه الطرفان امام

---

[١] د. سعدون ناجي القشطيني، المصدر السابق،ص ٢٥٧؛ القاضي مدحت المحمود، المصدر السابق،ص ١٣٣.

[٢] د. أحمد ابو الوفا، المصدر السابق، ص ٧٤.

[٣] د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق،ص ٢١٨.

[٤] المحامي محمد علي الصوري، المصدر السابق، ص ٩٥٦.

[٥] قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٩٩/ الهيئة الاستئنافية/منقول/٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٣/٢٠ / القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية– قسم المرافعات المدنية، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٢، ص ٨٥.

المحكمة المحالة عليها الدعوى بما لايزيد على خمسة عشر يوما وتبليغ الطرفين أو الحاضر منهما بالقرار نفسه الذي تتخذه بالاحالة [1].

ومن التطبيقات القضائية على الموضوع أعلاه، ما قضت به محكمة التمييز في إقليم كوردستان في قرار لها جاء فيه:(لدى التدقيق والمداولة وجد أن محكمة بداءة سرسنك قررت بتأريخ٢٢-١٠- ٢٠٢٣ بإحالة الدعوى المرقمة ٤٨/ب/٢٠٢٣ الى المحكمة الادارية في دهوك للنظر فيها حسب الاختصاص الوظيفي وان المحكمة الاخيرة قررت رفض الاحالة واعادة الدعوى الى المحكمة المحيلة والتي بدورها قررت عرضها على هيئة تعيين المرجع المشكلة بموجب المادة (١٥) من قانون مجلس شورى الاقليم وبذلك قد حصل تنازعاً سلبياً بين المحكمتين المذكورتين أعلاه ولدى إمعان النظر في محتوى الدعوى أعلاه وجد أن موضوعها منصب على طلب منع المعارضة للمدعي في التصرف بملكه رقم ٧١ مقاطعة ٢٠باورشك المربوطة صورة قيدها بالدعوى تأسيساًعلى أن المدعى عليها قررت منعه من التصرف بالملك المذكور أعلاه، وحيث أن القرار الصادر عن المدعى عليها يعتبر من الاعمال المادية التي تقوم بها الادارة بارادتها المنفردة ولا تقصد فيها احداث أثر قانوني معين وبذلك لا تدخل ضمن القرارات الادارية لفقدان صفة من صفات القرارات الادارية وهو إحداث أثر قانوني معين. عليه تكون محكمة بداءة سرسنك هي المختصة وتقرر إعادة الدعوى اليها لحسمها وفق القانون...) [2].

المطلب الثاني

سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية

بما أن الدفوع الموضوعية هي الدفوع التي توجه مباشرة نحو الحق موضوع الدعوى، وذلك بالمنازعة في طلبات الخصم الآخر، والمطالبة بإصدار حكم يقضي برفض الدعوى كلياً أو جزئياً ، فقد يتبادر الى الذهن أن سلطة القاضي في إثارتها معدومة ، كونها مقررة لمصلحة المدعى عليه، إلا أن الامر ليس كذلك إذا أخذنا بنظر الاعتبار فكرة النظام العام في هذه الدفوع كذلك.

عليه نقسم هذا المطلب الى فرعين، بحيث نتناول في الفرع الاول سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام، بينما نتطرق في الفرع الثاني الى سلطته في إثارة الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام وكالآتي:

---

[1] أنظر المواد: (٣١- ٣٢- ٣٣- ٣٤- ٧٧-٧٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[2] قرار محكمة التمييز في إقليم كوردستان المرقم (٣/هيئة التنازع/٢٠٢٤ في ٢/٤/٢٠٢٤)،(القرار غير منشور).

الفرع الاول

سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام

بداية يرى جانب من الفقه، أن جميع الدفوع الموضوعية غير متعلقة بالنظام العام، لأنها تتعلق بمحض مصالح خاصة للمدعى عليه، وبالتالي لا يتمتع القاضي المختص بأي سلطة تخوله في إثارة هذه الدفوع. بعبارة أخرى، يكون لصاحب الدفع الموضوعي أن يتنازل عنه فيسقط حقه فيه، ومن ثم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها . كما أنه لا يجوز إثارة الدفوع الموضوعية لأول مرة أمام محكمة االتمييز[١].

ويستند هذا الرأي على قاعدة أن القاضي لا يستطيع إثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسه، لأن ذلك يحول القاضي إلى خصم وحكم في آن واحد، مما يؤدي إلى خرق واجب حياده، والاعتداء على قاعدة إن الخصومة ملك للخصوم، كما أن قيام القاضي بإثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسه يدخل الاضطراب في نطاق الخصومة كما حدده الخصوم[٢].

إلا أن هذا الرأي لا يجوز الاخذ به على إطلاقه، وذلك لأنه من المهم أن نميز في هذا المقام بين الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام(التي سنتطرق اليه في الفرع التالي من هذا المطلب)، وغير المتعلقة به من جهة. ومن جهة ثانية لا بد أن نميز بين وسائل الدفاع وبين الدفوع الموضوعية، فبمجرد إنكار الوقائع المنشئة أو إنكار آثارها، لا يمكن أن يعتبر دفعاً موضوعياً بالمعنى الصحيح. فالقاضي لا يحكم بمقتضى هذه الوقائع الناشئة إلا بعد إثباتها من المدعي، كما أنه يجري عليها آثارها القانونية من تلقاء نفسه. فلا يعدو إنكار المدعى عليه أو إنكار آثارها تنبيه القاضي الى واجبه بالنسبة لها. ولهذا فاصطلاح الدفع الموضوعي يجب أقتصاره على ما يقوم به المدعى عليه من تأكيد لواقعة مانعة أو منهية تهدف بها الى رد الدعوى كواقعة المقاصة مثلاً، وهذا ما يطلق عليه (بالدفع الموضوعي بالمعنى الضيق). والذي يقصد به سلطة المدعى عليه في تأكيد واقعة مانعة أو منهية للواقعة المنشئة التي أكدها المدعي ليس من شأنها رفض الدعوى ما لم يتمسك بها المدعى عليه[٣].

---

[١] المستشار محمد أبو الليل، الدفوع في المرافعات، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ١٧٥.

[٢] د. أحمد ابو الوفا، المصدر السابق، ص ٣٤١ وما بعدها.

[٣] المستشار أحمد محمد عبدالصادق، الدفوع المدنية في ضوء آراء الفقه والقضاء وأحكام القضاء، ط١، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠١٠، القاهرة، ص ٢٩- ٣٠.

الفرع الثاني
سلطة القاضي في إثارة الدفوع الموضوعية المتعلقة بالنظام العام

من المعلوم أن عبء إثبات جميع الوقائع يقع على عاتق الخصوم، وتحديداً هنا يقع على عاتق المدعى عليه، إذا تقدم بدفع موضوعي. إلا أنه لا بد من الفات النظر هنا، الى ما ذهب اليه جانب من الفقه وبحق، الى واجب القاضي في أن يتمسك من تلقاء نفسه بأية واقعة تمنع بذاتها نشاة الحق الموضوعي أو تؤدي الى إنقضائه.

فلا شك أن عبء إثبات هذه الوقائع سواء كانت مانعة كالصورية أو عدم مشروعية السبب أو منهية كواقعة الوفاء يقع على عاتق المدعى عليه. ولكن بما أن هذه الوقائع تؤدي بذاتها الى منع نشأة الحق أو ا نقضائه بصرف النظر عن تمسك المدعى عليه بها، فإذا تبين من مستندات إضبارة الدعوى (حتى المقدمة من قبل المدعي)، توافر إحداها، فعلى القاضي إعمال أثرها من تلقاء نفسه[1].

وتأكيداً لذلك، فقد قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها بأنه:(... ولدى عطف النظر الى موضوع الطعن تبين بأن الحكم المميز بما قضى به صحيح وموافق للقانون، وذلك أن المميز اعترف أمام المحكمة في المرافعة عن هذه الدعوى بأنه باع الى المميز عليه بندقيتين وأنه قبض ثمنها من المشتري المميز عليه، وحيث أن عقد البيع المشار اليه أعلاه عقد باطل بموجب أحكام المادة ١٣٠ من القانون المدني بسبب ان محل الالتزام وهو بيع السلاح الناري والتعامل به ممنوع قانوناً بموجب قانون الاسلحة لذا فإن للمميز عليه المطالبة بالمبلغ الذي سلمه الى المميز نتيجة لهذا العقد الباطل...) [2].

ونرى من كل ما تقدم، أن السلطة الممنوحة من قبل المشرع للقاضي في حالة وجود واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، ليست مجرد سلطة أو حق أو مكنة تخوله أو يجوز له إثارتها من عدمه، بل الاكثر من ذلك حيث أنه من إحدى المهام أو الواجبات الملقاة على عاتقه هي إثارة الوقائع المخالفة للنظام العام والوقوف ضدها بشتى الوسائل.

---

[1] د. نبيل إسماعيل عمر ، المصدر السابق، ص ٣٤٨- ٣٤٩؛ د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٣٣٩.

[2] قرار محكمة التمييز في العراق المرقم(٦٥٩/مدنية ثالثة/ ١٩٧١ في ٢٦-٦- ١٩٧١/ المحامي فوزي كاظم المياحي، القسم الاول- نظرية العقد، ط١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٧، ص ٤٥٠- ٤٥١.

المطلب الثالث

سلطة القاضي في إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى

بعد أن تم عرض موجز عن مفهوم الدفع بعدم قبول الدعوى[1]، بقي لنا أن نشير هنا الى صور أو أنواع هذا الدفع. فقد أورد المشرع والفقه القانوني مجموعة من الاجراءات التي يمكن اثارتها عن طريق الدفع بعدم القبول ليتم رفضه من قبل القاضي وعدم قبوله واعتبره الفقه من قبيل صور الدفع بعدم القبول.

ويمكن تقسيم هذه الصور الى ثلاث صور، وهي الدفوع المتعلقة بشروط قبول الدعوى، ودفوع متعلقة بالمدة، بالاضافة الى الدفع بسبق الفصل في الدعوى. عليه نقسم هذا المطلب الى الفروع الثلاثة وكالآتي:

الفرع الاول

الدفوع المتعلقة بشروط قبول الدعوى

تعتبر هذه الصورة من أبرز وأهم صور الدفع بعدم قبول الدعوى ، وتقسم الى شروط عامة وشروط خاصة نوردها كالآتي:

أولا: الشروط العامة لقبول الدعوى

وهي الحالة التي يتخلف في الدعوى التي يقامها المدعي شرط من شروط اقامتها المتمثل بشرط الاهلية والخصومة أو الصفة والمصلحة[2]، وبالتالي فان تخلف احد هذه الشروط يسمح للطرف الثاني الدفع بعدم قبول الدعوى, كما يسمح للقاضي إثارته من تلقاء ذاته. ومن أبرز الصور هذه (الدفع بعدم توجه الخصومة) وذلك استناداً الى المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي الذي ينص على أنه:(اذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها).

وتأكيداً لذلك، فقد قضت محكمة التمييز في اقليم كوردستان في قرار لها جاء فيه بأنه:(بعد التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا تقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار تبين أنه صحيح وموافق للقانون ذلك لثبوت عدم أحقية المتداعيين للتصرف في قطعة الارض موضوعة الدعوى حيث لم يقرر أي حق لهم لحد الآن فيها، وبالتالي فإن خصومتهما منعدمة في الدعوى وحيث أن الخصومة من النظام العام وللمحكمة أن تتمسك بها من تلقاء نفسها وفي أية

---

[1] أنظر: الفرع الثالث من المطلب الثاني للمبحث الاول.

[2] أنظر: المواد: (٣- ٤-٥-٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

مرحلة كانت عليها الدعوى مع الاشارة ان من حق الحائز فقط إقامة دعوى استرداد الحيازة لذا تقرر تصديق القرار المميز ورد الطعن التمييزي وأسبابه وتحميل المميز رسم التمييز) [١]

وما تجدر الاشارة اليه هنا، وجوب التفرقة بين انعدام الاهلية قبل وبعد رفع الدعوى من جهة, ومن جهة اخرى التفرقة بين انعدام الاهلية ونقصانها. ففي الحالة الاولى قبل رفع الدعوى من أو على فاقد الاهلية، يؤدي الى ردها شكلاً لعدم امكانية تصحيحها، مثلاً اقامة الدعوى على الميت ابتداء او اقامة الدعوى من قبل المحجور. فيمكن تدارك الامر بعد رفع الدعوى في حالة انعدام الاهلية بسبب الجنون مثلاً بإدخال القيم نيابة عنه في الدعوى. أو بسبب وفاة الخصم بعد رفع الدعوى ولا يصار الى ردها، وانما يؤدي الى انقطاع سير الدعوى لحين حضور من يمثل المتوفي من ورثته بعد ابرازه القسام الشرعي[٢].

أما الحالة الثانية في نقص الاهلية، فتكون قابلة للتصحيح قبل وبعد رفع الدعوى. فمثلاً رفع الدعوى من قبل ناقص الاهلية لا يؤدي الى رد الدعوى لامتلاك رافعها أهلية التقاضي، أي له مقاضاة الغير دون امتلاك أهلية مباشرة الدعوى, بل وجب ان يحضر من يمثله قانوناً. ونفس الحكم في حال نقصان الاهلية لمرحلة ما بعد إقامة الدعوى[٣].

وتأكيداً لما سبق ذكره أعلاه، فقد قضت محكمة البداءة في الكرادة في قرار لها جاء فيه بأنه:(...وبعد التدقيق لوحظ إن الدعوى أقيمت من المدعي وبذلك تكون الدعوى أقيمت من شخص لا يملك أهلية التقاضي المشار اليها في حكم المادة (٣) مرافعات وتكون الخصومة فيها منعدمة وحيث أن الخصومة من النظام العام، وللمحكمة الحق في الخوض فيها دون طلب الخصوم على وفق المادة (٨٠) مرافعات. ومما تقدم قرر الحكم برد دعوى المدعي من جهة الاهلية ولم يحكم عليه بالمصاريف أو أتعاب المحاماة كونه بحكم القاصر الذي لا يترتب عليه أي التزام استناداً لأحكام المواد (٣ و٨٠) مرافعات حكما حضوريا قابلا للاستئناف والتمييز وأفهم علناً في ٢٠١٢/٥/١٤) [٤].

---

[١] قرار محكمة التمييز في اقليم كوردستان المرقم(٥٠٥/ الهيئة المدنية الاستئنافية/ ٢٠٢٣) في ٢٠٢٢/١٠/١٦، (القرار غير منشور).

[٢] القاضي عدنان مايح بدر، إشكاليات المرافعات المدنية،ج١، ط١، المكتبة القنونية ، بغداد، ٢٠٢٣، ص ٢١ وما بعدها .

[٣] القاضي سالم روضان الموسوي، دور قانون المرافعات والاعراف القضائية في إدارة الدعوى المدنية، ط١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠٢٣، ص ٨٧ وما بعدها؛ القاضي عبدالستار ناهي عبد معون، تسبيب الاحكام القضائية، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٨، ص ١٩١-١٩٢.

[٤] قرار محكمة بداءة الكرادة، القرار بدون رقم، بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٤/ القاضي سالم روضان الموسوي، قضاء محكمة البداءة وأفكار قانونية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٢، ص ٢٧٥- ٢٧٦.

يفهم مما تقدم أن شرط الاهلية لا يعد برمته من النظام العام، وذلك لقابليته للتجزئة دون أن يؤثر ذلك على سير الدعوى والفصل فيها. ولعل الحالة الوحيدة التي يتصل شرط الاهلية بالنظام العام هو تحقق انعدامها قبل رفع الدعوى، وفي هذه الحالة على القاضي وللخصوم اثارتها في جميع مراحل الدعوى. لذلك تأييداً للارآء السابقة الذكر أعلاه، نوصي المشرع العراقي بإضافة فقرة الى المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية يوضح فيه الاهلية كشرط لقبول الدعوى (المتعلقة بالنظام العام) ويمنح فيه السلطة للقاضي في إثارتها، وتتمثل في الحالة الوحيدة وهي عندما تكون الاهلية منعدمة قبل رفع الدعوى.

ثانياً: الشروط الخاصة لقبول الدعوى

تتمثل الصورة الثانية من صور الدفع بعدم القبول في تخلف شرط من الشروط الخاصة في اقامة الدعوى التي يشترطها القانون في دعوى معينة عند اقامتها امام المحكمة المختصة وبالتالي فان تخلفه هذا يعطي الحق للطرف الاخر التمسك بالدفع بعدم القبول لاثارة العيب هذا كما يمكن للقاضي الحكم بعدم قبول الدعوى[١]،كما في دعاوى الحيازة الثلاثة حيث يشترط المشرع العراقي لاقامة هذه الدعاوى, بالرغم من ضرورة توافر الشروط العامة، توافر بعض الشروط الخاصة أوضحه المشرع في قانون المرافعات المدنية, فتخلف احد هذه الشروط يعني الدفع بعدم قبول الدعوى, كأن يقيم المدعي دعوى باسترداد الحيازة ولا يتوافر فيه شرط نزع اليد او وجود تعرض لم يبلغ حد نزع اليد في دعوى منع التعرض او عدم وجود اعمال جديدة تهدد حيازته في دعوى وقف الاعمال الجديدة[٢] . إلا أن هناك بعضاً من الشروط الخاصة لقبول الدعوى، ليس للقاضي سلطة في إثارتها، كونها متعلقة بالمصلحة الخاصة للخصوم، وهو ما يسميه البعض بالشروط السلبية او الشروط المانعة التي اشترطها المشرع أو الخصوم في اقامة دعوى معينة, كأن يكون هناك إتفاق تحكيمي بين اطراف النزاع بضرورة عرض النزاع على الهيئة التحكيمية عند نشوئه[٣]، فشرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من القاضي، الا أنه يمنعه من سماع الدعوى طالما إن الشرط يعد قائما، وشرط التحكيم هنا شرط سلبي مانع لسماع الدعوى، يعطي الحق للطرف الاخر بالدفع بعدم القبول لوجود شرط مانع لسماع الدعوى[٤].

---

[١] د. عوض أحمد الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني، ط٢، مكتبة الثراء للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٠، ص ٢٤٤.

[٢] أنظر: المادة (١١٥١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٩) لسنة ١٩٥١ المعدل؛ والمادتان (١١-١٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٣] أنظر: المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

[٤] د. محمود محمد الكيلاني، موسوعة القضاء المدني، أصول المحكمات المدنية، المجلد ١، ط١، در الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الاردن، ٢٠١٢، ص ١٠٤.

الفرع الثاني
الدفوع المتعلقة بالمدد والمواعيد

وهذه الدفوع على نوعين، فإما متعلقة بالميعاد الواجب توافره أو عدم إنقضائه، كما في دعاوى الحيازة ووجوب إقامتها من قبل المدعي خلال سنة من تأريخ الانتزاع أو التعرض أو الاعمال الجديدة[١]، فينبغي على الحائز أن يتقيد بهذه المدة سواء كان الطلب أصلياً أو متقابلاً، وإذا رفعت الدعوى بعد تلك المدة تكون مردودة ولا يبقى للمدعي سوى رفع دعوى الملكية[٢] وكذلك الحال في مدد الطعن التي تعتبر مدداً حتمية، ويمتلك القاضي السلطة المطلقة في إثارتها، في كافة مراحل الخصومة والطعن [٣].

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بأن (...الحكم المميز صدر بتاريخ ٢٠١٢/٢/١٩ وان المميز بادر الطعن به بتاريخ ٢٠١٢/٣/١ وبذلك يكون الطعن التمييزي واقعاً خارج المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية كون شهر شباط (٢٩) يوم وحيث أن المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية استنادا لأحكام المادة (١٧١) من القانون المذكور عليه قرر رد الطعن التمييزي شكلا" ...) [٤].

أما النوع الثاني، فيتمثل في حالة إنكار الخصم حق خصمه في الدعوى والذي يثار عادة تحت مسمى الدفع بمرور الزمان المانع لسماع الدعوى[٥] والدفع بالتقادم، فعلى الرغم من وجود خلاف فقهي حول طبيعة هذين الدفعين كون الاول من الدفع بعدم قبول الدعوى، بينما الثاني (التقادم) يعتبر من الدفوع الموضوعية، إلا أنهما يشتركان أو يتشابهان من حيث عدم وجود سلطة للقاضي في إثارتهما، بل يجب أن يكون بناء على طلب من المدين أو دائنيه أو أي شخص له مصلحة في هذا الدفع ولو لم

---

[١] أنظر: المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي المعدل.

[٢] عبدالرحمن العلام، المصدر السابق، ص ١٨٣.

[٣] المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية النافذ.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم(٢٩٨٥ في ٢٠١٢/٧/٣)، قاعدة التشريعات العراقية،الأحكام المرتبطة بالمادة ١٧١– مرافعات،https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx، تأريخ الزيارة ٧ /٢٠٢٤/٧.

[٥] يقصد بالدفع بمرور الزمان المانع لسماع الدعوى: (دفع يتمسك به من له مصلحة اتجاه المدعي لمضي المدة المقررة لسماع الدعوى بالحق عند توفر شروطه، ويترتب على قبوله صدور الحكم بعدم سماع الدعوى). للمزيد من التفصيل أنظر: سردار سرور صادق، الدفع بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٩، ص ١٣. وينظر المواد (٤٢٩ – ٤٤٣) من القانون المدني العراقي المعدل.

يتمسك به المدين وذلك لأن الأساس الذي يقوم عليه هو رعاية مصلحة المدين[١]. وتأكيداً لذلك، فقد قضت محكمة التمييز في إقليم كوردستان في قرار لها بأنه(... ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين بأنه صحيح وموافق للقانون لأسبابه الصحيحة والحيثيات المعتمدة فيه حيث أن المدعى عليه اضافة لوظيفته دفع بالتقادم وان المدعي أقر بأنه علم بالضرر الملحق بالمشروع له.. لذا واستناداً لأحكام المادة ٢٣٢ من القانون المدني فإن القرار المميز جاء صحيحاً وموافق للقانون عليه تقرر تصديقه...) [٢].

الفرع الثالث

الدفع بسبق الفصل في الدعوى

هذه الصورة تقوم على أساس وحدة الخصوم والسبب والموضوع[٣]، مفاده أنه في حال إقامة دعوى معينة بخصوص موضوع معين بين اشخاص معينين في ظل وجود سبب معين وصدر القاضي حكمه في هذه الدعوى, ومن ثم تم إقامة دعوى جديدة أمام المحكمة نفسها أو غيره من المحاكم في الموضوع ذاته والاشخاص ذاته والسبب ذاته فان اقامة الدعوى بنفس الشروط قد سبق الفصل فيه واكتسب حكمه حجية الحكم البات[٤]، وبالتالي فان التمسك بهذه الحجية يتطلب الدفع بعدم القبول لسبق الفصل فيه وبذلك يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى للاسباب ذاتها. فيمكن التمسك بحجية الأحكام عن طريق الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الحكم فيها، إذ يعد هذا الدفع الصورة العملية لقاعدة حجية الأحكام، أي لإعمال هذه القاعدة، فإذا ما صدر حكم قضائي فاصل في دعوى معينة واكتسب هذا الحكم حجية الأحكام ثم أعيد رفع الدعوى عينها ثانية بدون تغيير في عناصرها من حيث الخصوم والمحل والسبب أمام القضاء فهنا يستطيع القاضي المختص، كما يستطيع صاحب المصلحة أو الخصم في الدعوى التي سبق الحكم فيها أن يدفع بعدم جواز قبول أو نظر الدعوى الجديدة لسبق الحكم فيها[٥]

---

[١] للمزيد من التفصيل أنظر: علي عوض حسن، الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ٣٤ وما بعدها.

[٢] قرار محكمة التمييز في إقليم كوردستان المرقم (١١١٤/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١١/٢١.(القرار غير منشور).

[٣] إ ن لموضوع الدفع بسبق الفصل في الدعوى مفاهيم كثيرة ومتعددة طرحت من قبل الفقهاء وترتكز اغلبية المفاهيم حول معنى واحد.

[٤] المادتان(١٠٥-١٠٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٠.

[٥] د. اجياد ثامر نايف الدليمي. الحماية الاجرائية للحكم المدني من التناقض، دار الجيل العربي، الموصل، ٢٠١٤، ص ١٧٤- ١٧٥.

والدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يجوز إبداؤه والتمسك به في أية مرحلة تكون عليها الدعوى حتى أمام محكمة التمييز وإن لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع[١]، فاذا تم التمسك بهذا الدفع من قبل الخصوم او اثارة هذا الدفع من قبل المحكمة من تلقاء نفسها في هذه الحالة يتوجب عدم قبول الدعوى الثانية لسبق الفصل فيها، وبالتالي هذا الاجراء يترتب عليه عدم صدور حكم ثاني في الدعوى نفسها، مما يؤدي الى الحد من اصدار احكام متناقضة، وبخلاف ذلك اذا لم يتمسك بهذا الدفع من قبل الخصوم او لم تتمسك به المحكمة من تلقاء نفسها ستترتب على ذلك صدور حكم ثاني قد يناقض الاول، مما يعني الوقوع في مشكلة التناقض، وبالتالي الامر يؤدي الى اللجوء للوسائل العلاجية لحل مشكلة التناقض[٢].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، ما قضت به محكمة التمييز في اقليم كوردستان في قرار لها بأنه:(لدى التدقيق والمداولة ... وجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن الاحكام الصادرة من هذه المحاكم والتي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق أذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً...) [٣]. إلا أن ما يلاحظ على الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية، أنها اقتصرت فقط على ثلاثة دفوع فقط يجوز للمحكمة المختصة وللخصوم إثارتها ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز، وهي (الدفع بعدم توجه الخصومة والدفع بالاختصاص والدفع بسبق الفصل في الدعوى)، بينما يؤكد الواقع العملي أن هناك الكثير من الدفوع المتعلقة بالنظام العام يجوز إثارتها لأول مرة أمام هذه المحكمة. لذلك نتفق مع ما ذهب اليه البعض(٤) بضرورة إعادة صياغة هذه الفقرة لتكون وفق الصيغة الآتية: (لا يجوز إحداث دفوع جديدة ولا إيراد أدلة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الفصل في الدعوى وغيرها من الدفوع الاخرى المتلعقة بالنظام العام).

---

[١] تنص المادة (٢٠٩ /٣) من قانون المرافعات العراقي النافذ على أنه (لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى).

[٢] د. عبد الحميد الشواربي، حجية الاحكام المدنية والجنائية امام القضاء المدني في ضوء القضاء والفقه، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٠، ص ٤٤٢ -٤٤٣.

[٣] القاضي رزكار عبدالله حسن والمحامي ئامانج عارف كريم، تحفة القضاء من صفوة مبادئ أحكام قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان(شرحاً وتعليقاً)، ط١، مكتبة هولير القانونية، هولير، ٢٠٢١، ص ٢٢٦.

[٤] إسراء علي عبدالجبار، النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام،ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٠، ص ١٢٣.

الخاتمة

بعد اكمال هذا البحث توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات والتي يمكن ايرادها وفق الآتي:

أولاً: الاستنتاجات

١- إن للدفوع أهمية بشكل عام في وصول الحق الى أصحابه، وانها الاساس في ممارسة الخصوم لحق التقاضي، ذلك لأن ممارسة الاشخاص حقهم في الدفاع عن مصالحهم والحفاظ على حقوقهم، لا بد أن تكون وفق الضوابط والاجراءات المنصوص عليها في القانون .

٢- قسم الفقه والقضاء الدفوع الى ثلاث صور، وتتمثل في الدفوع الشكلية والموضوعية، والدفع بعد القبول، والدفوع الشكلية والموضوعية توزع بحسب مدى سلطة القاضي في إثارتها الى دفوع متعلقة بالنظام العام وغير متعلقة به. كما لا يقتصر الدفع بعدم القبول في صورة تخلف الشروط العامة للدعوى فقط، بل يمكن اثارة هذا الدفع في حالات أخرى غيرها كالدفع بتخلف الشروط الخاصة والدفع بوجود الشروط السلبية والدفع بمخالفة المدد والمواعيد لرفع الدعوى او تقديم الطعن، والدفع بحجية الشيء المقضي فيه الذي يؤدي بدورهم الى تحقيق النتيجة ذاتها من عدم قبول الدعوى.

٣- إن سلطة القاضي المدني في إثارة الدفوع تشكل ركيزة أساسية لتحقيق العدالة وضمان تطبيق القانون بشكل صحيح. فمن خلال منح القاضي هذه السلطة، يمكن تعزيز دور القضاء في حماية الحقوق وضمان النزاهة في المرافعات. حيث يلعب القاضي دورا محوريا ليس فقط كحكم بين الأطراف، بل كضامن لتطبيق القانون ومنع أي تجاوزات قد تؤثر على العدالة.

٤- ترتبط سلطة القاضي في إثارة الدفوع وجوداً وعدماً بفكرة النظام العام، وهنا يبرز الدور الايجابي للقاضي، بحيث يستطيع من خلال وقائع الدعوى تكييف الدفع على أنه متعلق بالنظام العام وإثارته من تلقاء نفسه، حتى مع انعدام النص عليها، وذلك لأن هذه الدفوع مرنة بسبب طبيعتها وعلاقتها بفكرة النظام العام المفهوم المرن والغامض في نفس الوقت، ولا يمكن حصرها في نصوص معينة وتقييد القاضي بها.

٥- إن إثارة الدفع المتعلق بالنظام العام من قبل القاضي يكون التزاماً عليه وليس مجرد رخصة، لأن إغفال القاضي لإثارة هذا الدفع والتي تكون متعلقة بالنظام العام قد يعرض حكمه للطعن، ويجب أن يعالج ذلك بما يتفق مع النموذج القانوني الذي نص عليه قانون المرافعات المدنية.

٦- تمتاز الدفوع التي تمنح فيها للقاضي السلطة والواجب في إثارتها، بأنها يجوز ابداؤها في أية مرحلة او حالة تكون عليها الدعوى، بل اجاز اثارتها ولو لأول مرة امام محكمة التمييز. ولو من تلقاء نفسها حتى بدون طلب من الخصوم. كما تمتاز الدفوع التي تثار من قبل القاضي بأنها لا

يجوز التنازل عنها بأي شكل من الاشكال. لآنها مقررة للمصلحة العامة، وبالتالي فاذا تخلف الخصوم في إثارته وجب على القاضي اثارة الدفع باعتباره ممثل المجتمع والحامي لمصالحهم.

التوصيات:

١- نرى من المفيد وجود نص في قانون المرافعات المدنية، يتضمن بأنه اذا كانت الدفوع الشكلية متعلقة بالنظام العام فيجوز اثارتها امام اية محكمة وفي اي وقت كان، أما اذا كان مثل هذا الدفع مقرراً لمصلحة الخصوم، فيجب التمسك به في الجلسة الاولى وقبل دخول المحكمة في اساس الدعوى لأنه يعتبر تنازل من الخصوم عن حقهم المقرر.

٢- نوصي المشرع العراقي بعدم إعتبار شرط الاهلية من النظام العام في مرحلة قبول الدعوى ماعدا الاهلية المنعدمة قبل رفعها. وذلك تخفيفاً ووقاية من الجزاء الاجرائي وإبرازاً لدور وسلطة القاضي في تصحيح الخصومة.

٣- نقترح إعادة صياغة المادة (٧٥) من قانون المرافعات المدنية، بحيث يلزم القاضي أو المحكمة المختصة بتوحيد الدعاوى وتكون بالصيغة الآتية: (إذا تبين أن للدعوى إرتباطاً بدعوى مقامة قبلا بمحكمة أخرى، فعليها أن تقرر توحيد الدعويين...)

٤- كما نقترح بضرورة إعادة صياغة الفقرة (٣) من المادة (٢٠٩) من قانون المرافعات لتكون وفق الصيغة الآتية: (لا يجوز إحداث دفوع جديدة ولا إيراد أدلة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الفصل في الدعوى وغيرها من الدفوع الاخرى المتلعقة بالنظام العام).

٥- وأخيرا نقترح إيراد نص جديد في قانون المرافعات المدنية العراقي ويكون بالصيغة الآتية:

(يتوجب على المحكمة التمسك بالدفوع المتعلقة بالنظام العام من تلقاء نفسها شريطة أن تكون العناصر المكونة للدفع معروضة في إضبارة الدعوى)

المصادر

أولاً: كتب اللغة

- محمد الحسين، كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٤، بدون سنة طبع.

ثانياً: الكتب القانونية

١- د. إبراهيم أمين النفياوي، مبادئ الخصومة المدنية، ط١ ، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر.
٢- د. ابراهيم محمد محمود، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.
٣- د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الاسكندرية، ١٩٧٤.
٤- د. أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام والاداب العامة في القانون والفقه مع التطبيقات القضائية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٥- د. اجياد ثامر نايف الدليمي، الحماية الاجرائية للحكم المدني من التناقض، دار الجيل العربي، الموصل، ٢٠١٤.
٦- د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط٢، منشأة المعارف،الاسكندرية، ١٩٧٧.
٧- د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٨، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨.
٨- د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
٩- المستشار أحمد محمد عبدالصادق، الدفوع المدنية في ضوء آراء الفقه والقضاء وأحكام القضاء، ط١، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠.
١٠- د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مطابع جامعة الموصل، ١٩٨٨.
١١- إسراء علي عبدالجبار، النظام القانوني للدفوع المتعلقة بالنظام العام،ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٠.
١٢- د. آمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، مطبعة الاشعاع الفنية، القاهرة، ١٩٩٢.
١٣- انور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، الطبعة الثانية، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، بدون سنة طبع.
١٤- القاضي سالم روضان الموسوي، دور قانون المرافعات والاعراف القضائية في إدارة الدعوى المدنية، ط١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠٢٣.
١٥- القاضي سالم روضان الموسوي، قضاء محكمة البداءة، أحكام قضائية وأفكار قانونية، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٢.

١٦- د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، ج ١، ط ٣، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.

١٧- سليمان داود سالم، الاثار المترتبة على عدم مراعاة الدفوع الاجرائية في الدعاوي المدنية بالعراق – دراسة تحليلية ، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة، العدد٣١، ٢٠٢١.

١٨- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، بدون جهة النشر، بغداد، ١٩٦٨.

١٩- د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات في المملكة الأردنية الهاشمية، دار المهد، عمان، ١٩٨٤.

٢٠- صلاح الدين شوشاري، الوافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، الطبعة الاولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.

٢١- القاضي ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣.

٢٢- ضياء شيت خطاب، نظرية الدفوع أمام القضاء، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الاولى، مطبعة البرهان، بغداد، ١٩٦٢.

٢٣- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد، ١٩٩٨.

٢٤- د. عبد الحميد الشواربي، الدفوع المدنية والاجرائية والموضوعية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٩٤.

٢٥- د. عبد الحميد الشواربي، حجية الاحكام المدنية والجنائية امام القضاء المدني في ضوء القضاء والفقه، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٠.

٢٦- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية العراقية، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٠.

٢٧- القاضي عبدالستار ناهي عبد معون، تسبيب الاحكام القضائية، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٨.

٢٨- القاضي عدنان مايح بدر، إشكاليات المرافعات المدنية،ج١، ط١، المكتبة القنونية ، بغداد، ٢٠٢٣ .

٢٩- عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج٢، ط٢، مطبعة رمضان واولاده، مصر، ٢٠٠٥.

٣٠- د. عزمي عبد الفتاح، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى امام القضاة، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.

٣١- د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول المرافعات المدنية، ط١، مطبعة جامعة جيهان، ٢٠١٢.

٣٢- د. علي جمعة محارب، التبليغات القضائية – المعوقات والحلول، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٤.
٣٣- علي عوض حسن، الدفع بالتقادم والسقوط والانقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٦.
٣٤- علي غسان أحمد، الدفوع الشكلية في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين بغداد، ٢٠٠٨.
٣٥- د. عوض أحمد الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني، ط٢، مكتبة الثراء للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٠.
٣٦- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧
٣٧- د. فتحي والي، تنظيم القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
٣٨- د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٥٩.
٣٩- المستشار محمد أبو الليل، الدفوع في المرافعات، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
٤٠- د. محمد الروبي، الدفع بالأحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة اجنبية (دراسة مقارنة)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٤١- المحامي محمد علي صوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، الجزء الثالث، ١٩٨٣.
٤٢- د. محمود محمد الكيلاني، موسوعة القضاء المدني، أصول المحكمات المدنية، المجلد ١، ط١، در الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الاردن، ٢٠١٢.
٤٣- القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، ط١، بدون جهة ومكان النشر، ٢٠٠٥.
٤٤- د. مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط٣، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٥٧.
٤٥- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية،ط١، ج١، بغداد،١٩٧٣.
٤٦- د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية، ٢٠٠٦.

ثالثاً: البحوث القانونية:

١- د. نبأ محمد عبد، الدفع بعدم الاختصاص المكاني في مرحلة الاعتراض على الحكم الغيابي، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، المجلد ٦ ، العدد (٢٣)،٢٠١٤، منشور على الموقع: https://www.iasj.net/iasj/download/ab٦٢٦٢٩٨١٩٩٨٣١df، تاريخ الزيارة ٣٠- ٦-٢٠٢٤.

٢- د. نجلاء توفيق فليح، الدفوع الشكلية في قانون المرافعات- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد ٢، السنة ١٠، العدد ٢٥.

٣- د. فارس على عمر، الدفع بعدم قبول الدعوى، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد(١٠)، العدد (٣٧)، ٢٠٠٨.

رابعاً: مجاميع الاحكام والقرارات القضائية

١- ابراهيم المشاهدي، معين المحامين، في المرافعات والاثبات، ج١، مطبعة الزمان، بغداد، بدون سنة نشر.

٢- القاضي رزكار عبدالله حسن والمحامي ئامانج عارف كريم، تحفة القضاء من صفوة مبادئ أحكام قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان(شرحاً وتعليقاً)، ط١، مكتبة هولير القانونية، هولير، ٢٠٢١.

٣- سروان سرتيب أحمد زنكنه، المنتقى في الاحكام القضائية- القسم المدني- المرافعات المدنية، ط١، مكتبة ته بايى – أربيل، ٢٠٢١.

٤-المحامي فوزي كاظم المياحي، القسم الاول- نظرية العقد، ط١، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٧.

٥- القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية- قسم المرافعات المدنية، ط١، در الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٢.

٦- القاضي محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان، ط١، ج٤، مكتبة هولير القانونية، هولير، ٢٠٢١.

٧- القاضي موفق علي العبدلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد- الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية، بغداد، ٢٠١٠.

خامساً: القرارات القضائية المنشورة في المواقع الالكترونية وغير المنشورة

١- القرار رقم ٣٧/ الهيئة العامة/ ٢٠١٨ متاح على شبكة الانترنيت وفق الرابط الآتي : https://www.researchgate.net/publication، تاريخ الزيارة ٣٠-٦-٢٠٢٤.

٢- القرار رقم ٥٧ بتأريخ ٢٠٠٨/٢/٢٠. مشار اليه لدى: موقع مجلس القضاء الاعلى في العراق.

٣- القرار رقم (١١٢/ الهيئة المدنية٢٠١٥) متاح على شبكة الانترنيت وفق الرابط الآتي: ps://uomisan.edu.iq/law/mjcls/index.php/mjcls/article/view/١٠٥، تاريخ الزيارة ٣٠-٦- ٢٠٢٤.

٤- القرار(٥٠٥/ الهيئة المدنية الاستئنافية/ ٢٠٢٣ في ٢٠٢٢/١٠/١٦. (القرار غير منشور).

٥- القرار رقم (١١١٤/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١١/٢١. (القرار غير منشور).

٦- القرار رقم (٣/هيئة التنازع/٢٠٢٤ في ٢٠٢٤/٤/٢). (القرار غير منشور).

سادساً:القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة١٩٥١ المعدل.
٢- قانون المرافعات المدنية العرقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩النافذ.
٣- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة١٩٧٩ المعدل.