Route Educational & Social Science Journal

Volume 6(3) ; February 2019

Artical History

Received/ Geliş	Accepted/ Kabul	Available Online/yayınlanma
8.1.2019	13.2.2019	15.2.2019

فكرة التناسب في الجزاءات الاجرائية

Proportionality in procedural

م.م ندى خيرالدين سعيد
جامعة الحمدانية – كلية التربية

أ.م.د فارس علي عمر
جامعة الموصل – كلية الحقوق

الملخص

يعد التناسب من المبادئ المهمة التي يجب على المشرع مراعاتها عند وضع النصوص القانونية ، وتكمن هذه الاهمية بكونه مبدأ دستوري يجب الالتزام به من قبل المشرع سواء نص عليه الدستور صراحة او ضمناً .

والتناسب هو موافقة المشرع في النص بين المخالفة والجزاء المفروض لهذه المخالفة تناسباً واقعياً ومنطقياً ، بمعنى ان يكون الجزاء بدرجة المخالفة من حيث الشدة والنوعية .

ولمبدأ التناسب دور مهم في الجزاءات كالبطلان والسقوط وعدم القبول , فلا جزاء بدون تفعيل فكرة التناسب وذلك مراعاة لحقوق وحريات الافراد التي لا يجوز تقييدها او اهمالها بأي شكل من الاشكال .

الكلمات المفتاحية : التناسب ، الجزاءات ، السقوط ، عدم القبول ، البطلان .

Abstract

Proportionality is one of the important concepts that the legislator should take into consideration in writing legal texts. The importance lies in the fact that proportionality is a constitutional concept, which the legislator should adhere to, whether it was implicitly or explicitly included in the constitution.

Proportionality is the agreement that the legislator creates in the text between the contravention and the consequent penalty in a realistic and logical way; the penalty should equal the contravention in terms of severity and quality.

The concept also plays a vital role in penalties such as in their invalidity, cancelation, and rejection. There is no penalty without the activation of proportionality so that we consider the individuals' rights and freedoms that must not be restricted or neglected in any way.

Key word: proportionality , penalties , cancellation , rejection , invalidity.

مدخل

أولاً– مدخل تعريفي بالموضوع :

عندما يمارس المشرع سلطته في وضع الجزاءات يقع عليه التزام بعدم الغلو والإسراف فيها، إذ ينبغي ويتوجب عليه الموازنة بين المخالفة وعدم احترام الشكليات المقررة في قانون المرافعات وبين الجزاء.

فالتناسب من المبادئ الدستورية التي تقيد سلطة المشرع في الجزاءات سواء نص عليه المشرع الدستوري صراحة أو لا.

إذن فالمشرع في قانون المرافعات ملزم بقدر الإمكان أن يلائم بين المخالفة للشكليات وبين الجزاء المفروض على هذه المخالفة.

والتزام المشرع بمبدأ التناسب هو مراعاة لمبدأ احترام حقوق وحريات الأفراد التي نصت عليها جميع الدساتير والقوانين و كذلك التي تفرضها الأديان السماوية والقيم الاجتماعية.

فالتناسب هو مقابلة المخالفة بمثله، أي توافق بين الجزاء ونوع وقدر المخالفة، فالجزاء لا بد أن يكون من جنس العمل، لذا يجب أن لا يزيد الجزاء عن قدر المخالفة وأيضاً أن لا يقل عنها.

ويعتبر التناسب مبدأ هام لا يقل عن غيره من المبادئ القانونية التي ينص عليها المشرع أو التي تنبع من العرف والقيم الاجتماعية السامية التي ينبغي عدم غض النظر عنها وعدم المغالاة في فرض الجزاءات التي تعرقل سير العملية القضائية أو التي تؤدي إلى انتهاك حقوق وحريات الأفراد وأيضاً عدم التهاون في إيقاع الجزاء الذي يناسب المخالفة لكي لا يطمع الأفراد في تسامح المشرع وتخفيفه في الجزاء.

ثانياً– أسباب اختيار الموضوع :

إن ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع عدة أسباب، منها أهمية هذا الموضوع فمراعاة حقوق وحريات الأفراد تعتبر من الأمور الأساسية، وكذلك عدم تناول هذا الموضوع من قبل الباحثين والكتاب القانونيين في قوانين المرافعات المدنية، حيث يعد مبدأ التناسب أساساً لعدد كبير من القواعد القانونية لكنه لم يلاقي اهتمام في البحث

والدراسة، لذا أصبح البحث ضرورة لا بد منها للتوصل إلى كافة جوانب الموضوع حيث لم نجد دراسة أو بحث يتكلم عن هذا الموضوع.

وكذلك من أسباب الاختيار لنرى مدى التناسب بين المخالفة والجزاء المقرر لها في قانون المرافعات المدنية ومدى التزام المشرع بيه.

ثالثاً– اهداف البحث :

يهدف البحث إلى إيضاح معنى التناسب في فقه قانون المرافعات المدنية وأيضاً يهدف إلى معرفة مدى الموازنة بين مسألتين مهمتين وهما التشدد والمرونة في بعض النصوص من حيث مدى توافق الجزاء مع المخالفة من ناحية التساهل أو التشدد في الجزاء، وايضاً مناقشة النصوص القانونية التي تضمنت موضوع البحث محل الدراسة ومقارنتها مع ما يقابلها في التشريعات المقارنة الأخرى.

رابعاً– تساؤلات البحث :

نجيب من خلال هذا البحث الإجابة عن التساؤلات الآتية :

1– ما المقصود بالتناسب ؟
2– ما هي فلسفة مبدأ التناسب ؟
3– هل نص المشرع في قانون المرافعات المدنية العراقي على مبدأ التناسب؟
4– كيف يكون التناسب في الأعمال الإجرائية؟
5– ما هي دور فكرة التناسب في الجزاءات الإجرائية، البطلان، السقوط وعدم القبول؟

خامساً– منهجية البحث :

اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي والمقارن، حيث قارنا نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي المتعلقة بموضوع البحث مع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، كما قمنا بتحليل هذه النصوص وإعطاء الملاحظات بشأنه.

سادساً– هيكلية البحث :

أما هيكلية البحث فقد كانت على النحو الآتي :

المبحث الأول : التعريف بفكرة التناسب .

المطلب الأول– مدلول فكرة التناسب .

المطلب الثاني– فلسفة فكرة التناسب .

المطلب الثالث– ضرورة التناسب في العمل الإجرائي .

المبحث الثاني : دور فكرة التناسب في تفعيل الجزاءات الإجرائية.

المطلب الأول: فكرة التناسب في جزاء البطلان .

المطلب الثاني : فكرة التناسب في جزاء السقوط .

المطلب الثالث : فكرة التناسب في جزاء عدم القبول .

المبحث الأول

التعريف بفكرة التناسب

للتعريف بفكرة التناسب لا بد من إعطاء المدلول اللغوي والاصطلاحي له للوقوف عند المعنى الصحيح له، وكذلك لرفع الغموض والالتباس عنه، وأيضاً التعرف على فلسفة فكرة التناسب، وصولاً إلى ضرورته في العمل الإجرائي .

ويتم هذا عن طريق تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية :-

المطلب الأول : ماهية فكرة التناسب .

المطلب الثاني : فلسفة فكرة التناسب .

المطلب الثالث : ضرورة التناسب في العمل الإجرائي .

المطلب الأول

ماهية فكرة التناسب

يتوجب علينا بدايةً إعطاء التعريف اللغوي ومن ثم الاصطلاحي لتوضيح مدلول التناسب.

فالتناسب لغةً : من يُنَاسب ، تَنَاسُباً، فهو مُتناسب، تناسب الشيئان: تشاكلا، وتماثلا وتوافقا، عكسه تعارض[1].

والتناسب أيضاً كل ما تَنَاسَب فقد اعتدل وكل ما أَقمتهُ فقد عَدَلتهُ[2].

أما التعريف الاصطلاحي فلدى الرجوع إلى مواد قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل لم نجد ورود مصطلح التناسب في نصوص هذا القانون بشكل صريح، ولكن هذا لا يدل على أن مشرع

(1) معجم الوسيط، ابراهيم مصطفى، ج1، احمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار ، دار الدعوة ، 2010، ص44.

(2) لسان العرب، ج4، ابن منظور، دار المعارف ، بدون سنة، ، القاهرة ،ص2840.

قانون المرافعات لم يأخذ بهذا المبدأ، فالمتبع لمواد هذا القانون يستنتج استنتاج ضمني وجود هذا المبدأ في ثنايا هذا القانون من خلال النصوص التي سنتعرض لها في أجزاء هذا البحث.

بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع الدستوري قد نص على هذا المبدأ في دستور العراق الصادر عام 2005 التي سوف نتناولها بالتفصيل في ثنايا البحث وبما أن الدستور هو أعلى قانون في الدولة العراقية فهو يلزم الكافة باتباع نصوصه، وقواعده قواعد آمرة ولا يجوز مخالفته فمن البديهي أن يكون المشرع في قانون المرافعات قد راعى هذا الأمر وأخذ بنظر الاعتبار هذا المبدأ بشكل ضمني، فكما قلنا في اعلاه لم يرد هذا المصطلح في قانون المرافعات وبناءا على ذلك فأن المشرع لم يعرف مصطلح التناسب تعريفا قانونيا في نصوصه وهذا مسلك ايجابي يحسب للمشرع العراقي كون وضع تعاريف للمصطلحات ليست من اختصاص المشرع.

بينما ذهب الفقه إلى تعريف التناسب بتعاريف كثيرة وبصيغ مختلفة ومعنى واحد.

فالتناسب مبدأ ينبع من أفكار الوسطية والمعقولية والاعتدال ليفرض على المشرع التزاماً بمراعاة العقلانية عند استخدام سلطته في وضع الإجراء والجزاء بهدف التوفيق بين حماية المصلحة العامة وحقوق وحريات الأفراد التي يحميها الدستور [3].

وعرف أيضاً بأنه السلوك التي يلتزم المشرع بموجبه ألا يفرض على الافراد أعباء أو أضرار أكثر مما تتطلبه مهمة المحافظة على المصلحة العامة [4].

فالتناسب إذن هو موافقة المشرع في النص القانوني بين المخالفة والجزاء توافقاً عقلانياً ومنطقياً.

بمعنى آخر هو أن يناسب بين المخالفة والجزاء المفروض بحيث لا يكون الجزاء أشد أو أخف من المخالفة وإنما يكون بمستوى واحد مع المخالفة.

والتناسب كما قلنا هو مبدأ دستوري فلو رجعنا إلى دستور العراق الحالي لسنة 2005 نجد أنه نص على التناسب بشكل ضمني فمثلاً في المادة (19 – سادساً) نص على "... لكل فرد الحق أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية" ،وكذلك في المادة (46) التي تنص على (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه على أن لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية)[5].

اي بشكل يتناسب مع الحق والعدالة والحرية كونهم حق من الحقوق الطبيعية التي يجب ان يتمتع بها كل فرد.

(3) مبدأ التناسب في القانون الجنائي، د. دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، دار الكتب القانونية ، 2006، ، مصر ، ص48.

(4) الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية ، فتيتي صفاء ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، 2013-2014 ، ص29.

(5) نصت المادة (92) من دستور مصر لسنة 2014 على " الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً أو انتقاصاً...".

ويمكننا ان نستنتج من خلال قراءة نصوص الدستور أن التناسب هو أحد المبادئ القانونية العامة التي يجب أن لا يغفل عنها المشرع عند صياغة ووضع أي قانون في الدولة وأن لم يتضمن إشارة صريحة لهذا المبدأ ، فلا يجوز تقييد حرية الأشخاص في ممارسة حقوقهم إلا إذا كان هذا التقييد من متطلبات المصلحة العامة وبشرط أن يتم تنظيم هذا التقييد بناءً على قانون بشكل يتناسب مع المصلحة العامة في المجتمع.

المطلب الثاني

فلسفة فكرة التناسب

تقوم فكرة التناسب على مبدأ الحق، والحق اختلف الفقهاء بشأن وضع تعريف له وتحديد عناصره وثوابته، ونحن بدورنا هنا نتلافى هذا الخلاف لخروجه عن نطاق بحثنا هذا، والذي يهمنا في هذه الدراسة هو استناد فلسفة فكرة التناسب على مبدأ الحق الذي نظمت معظم أحكامه في القوانين المدنية.

ويعرف الحق بعيداً عن الاختلاف الحاصل بأنه " كل مصلحة مختصة بصاحبها بإقرار الشارع واعترافه سواء كانت تلك المصلحة تتحقق بها منفعة مادية أو سواء كانت تلك المنفعة متعلقة بالمال كحق الملكية أم متعلقة بالنفس كحق الحضانة أم متعلقة بالنظام وشؤون الحكم والجماعة كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أم كان متعلقاً بالمحافظة على الدين ونشره"[6].

فقد يرتكب الإنسان الخطأ عند استعماله لحق من حقوقه أو لرخصة منحه القانون اياها، فالقاعدة أن الإنسان يجب أن يستعمل حقه استعمالاً سائغاً مشروعاً وأن لا يسيء استعماله، فإذا أساء استعماله ونشأ عن ذلك ضرر للغير تقررت مسؤوليته والزم بتعويض الضرر، وهذه هي نظرية التعسف في استعمال الحق[7].

فإذا كان الأصل في استعمال الحق هو الاباحة فإن التناسب يؤدي دوراً كبيراً في قيام الإباحة، فالتناسب يعد الشرط الأساس والجوهري لإباحة الفعل الذي يقترفه الشخص استعمالاً للحق، إذ لا بد من تناسب ذلك الفعل مع مقتضيات استعمال الحق[8].

فالمقصود من الشرح المتقدم لنظرية الحق هو أن المشرع يجب أن لا يستعمل حقه عند وضع النصوص بشكل متعسف ومضر بحق الإنسان وأن يضع لكل مخالفة جزاء يناسب له وأن لا يتجاوز سلطاته في وضع الجزاءات الاجرائية فتصدر بشكل لا يتناسب مع المخالفة سواء بالتشديد أو بالتخفيف من حدة الجزاء.

(6) الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، ط1، المحامي اسماعيل العربي، مكتبة التراث ، 1984، ، العراق ،ص19.

(7) الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، ط4، د. عبد المجيد الحكيم، ، المكتبة القانونية ، 1992، ، بغداد ، ص510-511؛ راجع المادة (6 ، 7) من القانون المدني العراقي رقم (140) لسنة 1951.

(8) المصدر السابق نفسه ، د. دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، ص406.

بالإضافة إلى مبدأ الحق أو نظرية التعسف في استعمال الحق التي يجب على المشرع مراعاتها عند فرض الجزاءات يتوجب مراعاة مبدأ العدالة , فالمشرع طالما أنه هو المعني بالحفاظ على الصالح العام والسهر على تحقيق العدل في المجتمع وما دام العدل يستهدف خير المجتمع وتحسين أحواله والسمو بالتنظيم الاجتماعي يجب عليه أن يستلهم ويستقي قوانينه منه، وكلما اقترب بقانونه الوضعي من تلك الغايات كان أقرب إلى تحقيق العدل، وفكرة العدل ترتبط أساساً بفكرة المساواة وعلى أساس ذلك يقال أن القانون عادل إذا كان يعطي الكل ما يستحق وفقاً لمبدأ التناسب في حين يكون ظالماً إذا خرج عن هذا المبدأ[9]. ففلسفة مبدأ التناسب تقتضي وجود موازنة بين المنافع والأضرار أي مقارنة وموازنة النتائج الإيجابية مع السلبيات التي يخلفها عمل معين وبالتالي لا يكون هذا العمل شرعياً إلا إذا رجحت ايجابياته على سلبياته[10].

وهكذا فإن فلسفة مبدأ التناسب تنطلق من تحقيق الانسجام والتقارب والتناغم بين النصوص التشريعية الصادرة عن السلطة المختصة بالتشريع وبين الحقوق والحريات التي نص عليها الدستور، فالمساس بحقوق وحريات الأفراد ينبغي أن لا يكون إلا بالقدر الضروري اللازم للدفاع عن قيم المجتمع ومصالحة بالتوفيق بين هذين الأمرين (سلطة المشرع في وضع الجزاءات وحق وحرية الفرد في عدم المساس بحقوقه) يتحقق التناسب[11].

ولكي ينجح المشرع في التوفيق بين النصوص التشريعية والجزاءات المقررة لها في حالة المخالفة وبين الحقوق والحريات ينبغي أن تكون النصوص متماشية مع درجة التطور الاجتماعي ومع نسق القيم الأصيلة للمجتمع واتجاهات الرأي العام السائدة[12].

المطلب الثالث

ضرورة التناسب في العمل الإجرائي

العمل الاجرائي " هو العمل الذي يرتب القانون عليه أثراً ويكون جزءاً من الخصومة"[13].

والعمل الإجرائي أو ما يسمى بالإجراء القضائي هو عمل يرتب عليه القانون أثراً اجرائياً ويكون جزءاً من الدعوى سواء تعلق الأمر ببدئها، أو بالمشاركة فيها تدخلاً أو اختصاصاً أثناء نظرها أو التقدم بدعوى حادثة أو إنهاء الدعوى الأصلية[14].

(9) ضوابط وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، جمال مولود ذبيان، دار الشؤون الثقافية العامة ، 1992، ، بغداد ، ص144 ، 148.

(10) فتيتي صفاء ، المصدر السابق ، ص65.

(11) المصدر السابق نفسه، د. دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، ص53 ، 54.

(12) المصدر السابق نفسه، د. دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، ص138.

(13) الوسيط في قانون القضاء المدني، د. فتحي والي، دار النهضة العربية، 1986، القاهرة، ص110.

(14) المرافعات المدنية، د. آدم وهيب النداوي، مكتبة السنهوري، 2015، بغداد، ص135.

فيجب أن يكون هناك تناسب في الإجراءات القضائية من بداية إقامة الدعوى حتى انتهائها بإصدار حكم فيها تناسباً يراعي فيها المصلحة والضرر عند القيام بأي إجراء قضائي فمثلاً عند مخالفة أي إجراء يجب أن يكون الجزاء متناسباً مع الضرر الذي حدث نتيجة المخالفة.

وعليه فإن تجرد التصرف الإجرائي المخالف للقانون من الضرر يجعل ذلك التصرف غير جدير بالجزاء , والعكس صحيح فإن اقتران السلوك الإجرائي المخالف بالضرر سواء كان الضرر مادي أو معنوي يستوجب جزاء بمقدار هذا الضرر وهذا المقصود بضرورة التناسب في العمل الإجرائي.

فمثلاً المادة (50) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على " 1- إذا وجد خطأ أو نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى من شأنه أن يجهل المدعى به أو المدعي أو المدعى عليه أو المحل المختار لغرض التبليغ بحيث لا يمكن إجراء التبليغ يطلب من المدعي اصلاحه خلال مدة مناسبة وألا تبطل العريضة بقرار من المحكمة"

نلاحظ عند وجود خلل في عريضة الدعوى أن المشرع لم يقرر الإبطال، بل أعطى الحق للمحكمة في إمهال المدعي بإصلاح الخلل ومن ثم إذا لم يتم اصطلاح الخلل تبطل العريضة بقرار من المحكمة، ففي هذا النص يتجسد معنى ضرورة التناسب في العمل الإجرائي حيث أن ايقاع جزاء البطلان هنا لم تتم مباشرة وإنما على خطوات من خلال إمهال المدعي في الاصلاح وإن لم يتم الاصلاح يقع الجزاء محققاً بذلك تناسباً بين المخالفة والجزاء.

فهناك حالات تقضي وجوباً تناسب ما بين الجزاء والمخالفة ومثال ذلك دور القاضي في الحفاظ على أمن الجلسة يتجسد في قدرته على إخراج الشخص غير المرغوب فيه وشطب العبارات الغير اللائقة وأيضاً حبس الشخص الذي قام بجناية أو جنحة أثناء المرافعة[15].

فإيقاع الجزاء في هذه الحالات جاءت على حسب نوع كل مخالفة فاشتد الجزاء كلما اشتدت المخالفة.

وكذلك المادة (248) ، حيث نصت على حالات لا يجوز فيها حجز أو بيع الأموال لاقتضاء الدين سواء كان الحجز احتياطياً أو تنفيذياً وذلك لأسباب انسانية واخلاقية، نرى أن المشرع قد ناسب بين جزاء إيقاع الحجز والاعتبارات الأخلاقية والإنسانية لدرجة أنه منع إيقاع الحجز في الحالات المذكورة في المادة (248) مراعاةً لظروف المدين. وغير ذلك من النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات التي لا حصر لها.

وأخيراً يثار تساؤل هل التناسب يعتبر مبدأ عرفي أي من القواعد التي يلزم المشرع باحترامها وتطبيقها في حالة عدم النص عليها في الدستور والقوانين صراحةً أو ضمناً؟

حسب رأينا نرى أنه يعد مبدأً ثابتاً وإن لم يشر إليه صراحةً في القوانين وذلك لأهمية هذا المبدأ في الحفاظ على الحقوق والحريات .

المبحث الثاني

(15) راجع المواد (63 ، 64 ، 65) مرافعات مدنية عراقي.

دور فكرة التناسب في تفعيل الجزاءات الإجرائية

ذكرنا فيما سبق بأن يجب أن يكون الجزاء متناسباً مع المخالفة سواء كانت المخالفة شكلية (إجرائية) أو موضوعية، فالتناسب يلعب ويكوّن دوراً مهماً في تفعيل الجزاءات الإجرائية، فلا جزاء بدون مخالفة , ويجب ان يكون الجزاء على حجم المخالفة والضرر أي وجود تناسب طردي بين الجزاء والمخالفة.

لذا سنتناول في هذا المبحث جزاء البطلان والسقوط وعدم القبول كلاً في مطلب مستقل ودور فكرة التناسب في تفعيلها كالآتي :

المطلب الأول:– فكرة التناسب في جزاء البطلان.

المطلب الثاني :– فكرة التناسب في جزاء السقوط.

المطلب الثالث:– فكرة التناسب في جزاء عدم القبول.

المطلب الأول

فكرة التناسب في جزاء البطلان

بينا فيما سبق أن الإجراء القضائي هو " عمل يرتب عليه القانون أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الدعوى، سواء تعلق الأمر ببدئها أو بالمشاركة فيها تدخلاً أو اختصاماً، أثناء نظرها أو التقدم بدعوى حادثة أو بإنهاء الدعوى الأصلية " [16].

فالبطلان إذن هو " وصف يلحق الإجراء القضائي ويمنع من ترتيب الآثار التي تترتب أصلاً على مثل هذا الإجراء" [17].

ويعرف أيضاً بأنه " جزاء إجرائي محله إجراء قضائي لا يتوافر فيه شرط أو أكثر من الشروط التي حددتها القاعدة القانونية الإجرائية لصحته، ويترتب عليه عدم انتاج الإجراء القضائي ما قد يترتب على الإجراء الصحيح من آثار قانونية" [18].

وبطلان الإجراء لا يقع بقوة القانون وإنما يجب على المحكمة أن تقضي به سواء تعلق البطلان بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة , وإذا تقرر بطلان الإجراء فإنه يزول وتزول جميع أثاره كما تزول الإجراءات اللاحقة

(16) فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ط1، د. آدم وهيب النداوي ،جامعة بغداد/كلية القانون، 1998، ص18.

(17) القانون القضائي الخاص، ج1، م د. إبراهيم نجيب سعد، نشأة المعارف ، 1980، ، الإسكندرية ص732.

(18) نظرية إبطال عريضة الدعوى المدنية، د. اجياد ثامر نايف، دار الجامعة الجديدة، 2006، الإسكندرية، ص73-74.

عليه متى كانت مبنية على الإجراء الباطل على أن بطلان الإجراء لا يترتب عليه بطلان الإجراءات السابقة عليه[19].

ومن المتعذر حصر حالات البطلان أو وضع قاعدة محددة له، فلا يجوز ربطه بالضرر لأن هنالك حالات تستدعي البطلان لمعطيات قانونية بغض النظر عن وقوع الضرر أو عدم وقوعه[20].

أما عن موقف القوانين من جزاء البطلان فنرى خلو قانون المرافعات المدنية العراقي من أحكام هذه النظرية عدا أنه نص على حالات جزائية كتطبيقات لهذه النظرية [21].

أما المشرع المصري فقد نظم البطلان في المواد (20-24) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968.

أما عن مدى وجود تناسب في نصوص المشرع العراقي بخصوص جزاء البطلان ومدى إمكانية تفعيل فكرة التناسب فيها فسيتبين لنا خلال تحليلنا للنصوص التي تناولت جزاء البطلان كالآتي:

فالمادة (27) التي تنص على " يعتبر التبليغ باطلاً إذا شابه نقص أو عيب جوهري يخل بصفته أو يفوت الغاية منه" فنرى وجود تناسب بين المخالفة والجزاء المتمثل بالبطلان وذلك لأهمية التبليغ كإجراء من إجراءات الدعوى ,كذلك فإن المشرع العراقي نص على وجوب اشتمال ورقة التبليغ على بيانات اجبارية وذلك في المادة (16) من قانون المرافعات العراقي وإلا اعتبر التبليغ باطلاً استناداً إلى نص المادة (27) السابق ذكرها وهذه البيانات هي رقم الدعوى، بيان اليوم، الشهر، السنة التي حصل فيها التبليغ، وأيضاً اسم طالب التبليغ، لقبه، شهرته، مهنته أو وظيفته، مواطنه، وكذلك بيان المحل الذي يختاره الطالب لغرض التبليغ، اسم المطلوب تبليغه، مهنته أو وظيفته، موطنه، اسم القائم بالتبليغ وتوقيعه، اسم من سلمت إليه ورقة التبليغ وتوقيعه، المحكمة التي يجب الحضور أمامها مع اليوم والساعة الواجب الحضور.

فهذه البيانات التي إذا افتقد احد منها تعذر معها إجراء التبليغ وبالتالي بطلان ورقة التبليغ بدليل نص المادة (27) من قانون المرافعات العراقي وبالتالي بطلان التبليغ ككل , ونرى أن المشرع العراقي كان موفقاً في ايقاع جزاء البطلان لكون التبليغ ركيزة أساسية من ركائز المرافعة وبدونها لا تتم المواجهة بين الخصوم ويتعذر إمكانية استماع القاضي إلى كلا الطرفين ومعرفة أدلتهم.

أما بخصوص المادة (50-1) من قانون المرافعات العراقي والتي تتكلم عن وجود خطأ أو نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى والتي من شأنها أن تجعل المدعى به أو المدعي أو المدعى عليه أو المحل المختار لغرض التبليغ مجهولا بحيث لا يمكن إجراء التبليغ فيطلب من المدعي اصلاحه خلال مدة مناسبة أو تبطل العريضة بقرار من المحكمة ، وقد ذكرت المادة (46) من قانون المرافعات العراقي البيانات التي يجب أن تشتمل

(19) المصدر السابق نفسه ، د. اجياد ثامر نايف، ص75.

(20) فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، المصدر السابق نفسه ، د. آدم وهيب النداوي ، ص99.

(21) فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، المصدر السابق نفسه، د. آدم وهيب النداوي، ص103.

عليها عريضة الدعوى من اسم المحكمة التي تقام أمامها الدعوى، تاريخ تحرير العريضة، اسم كل من المدعي والمدعى عليه، لقبه، مهنته، محل إقامته، كذلك بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ، وأيضاً بيان موضوع الدعوى، إضافةً إلى وقائع الدعوى، أدلتها، طلبات وأسانيد الدعوى ، وأخيراً توقيع المدعي أو وكيله، فأي خلل في البيانات المذكورة أعلاه تؤدي إلى الجهل بالمدعي أو المدعى به أو المدعى عليه أو المحل المختار , فإن لم يتم اصلاح هذ النقص والخلل تبطل عريضة الدعوى والبطلان هنا يتم بقرار من المحكمة فهنا نرى أيضاً وجود تناسب بين المخالفة وجزاء البطلان .

أما بخصوص المادة (54-1) التي تناقش ترك الدعوى للمراجعة باتفاق الخصوم، أو بعدم حضورهم رغم التبليغ حيث تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون بعد مضي عشرة ايام , فنرى هنا وقوع جزاء البطلان بالرغم من عدم وقوع الضرر للمدعي أو المدعى عليه فترك الدعوى كانت بإرادتهم وهم أعلم بمصلحتهم في الترك من عدمه، فهنا المشرع العراقي حقق مبدأ التناسب بين المخالفة والجزاء لأن افتراض عدم إيقاع الجزاء يؤدي إلى ترك القضايا عالقة أمام المحاكم وتراكمها فكان جزاء البطلان هو الجزاء الأنسب لعدم الحضور.

اما المادة (73) من قانون المرافعات العراقي فنصت على " الدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى أو الأوراق الأخرى يجب ابداؤها قبل أي دفع أو طلب آخر ...".

ذهب جانب من الفقه إلى أن نص هذه المادة تعتبر تطبيق من تطبيقات نظرية البطلان[22].

إلا أننا وحسب رأينا المتواضع نرى أن نص المادة (73) تتحدث عن سقوط الحق في الدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى والأوراق الأخرى إذا لم تبدى قبل أي دفع أو طلب آخر ولا علاقة لها بالبطلان وإن بطلان التبليغات قد تناولها المشرع العراقي في نصوص أخرى والتي سنتناولها خلال هذا المطلب.

أما المادة (82-2) والتي تنص على " إذا لم يراجع أحد الطرفين المحكمة في الخمسة عشرة يوماً التالية لنهاية الأجل تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون"، حسب القانون العراقي يجوز وقف المرافعة مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر إذا اتفق الخصوم على عدم السير فيها فإذا لم تتم المراجعة خلال هذه المدة من قبل أحدهم ومضت خمسة عشر يوماً أيضاً تبطل عريضة الدعوى، نلاحظ هنا أن جزاء البطلان قد جاء في موقعه الصحيح مع إضافة استثناء على إبطال عريضة الدعوى فيما إذا اعترض أحد الأطراف قوة قاهرة منعته من مراجعة المحكمة خلال المدة المحددة لتجديد عريضة الدعوى من تكاليف ودفع رسوم. لتصبح الفقرة الثانية من المادة (82) كالآتي " إذا لم يراجع أحد الطرفين المحكمة .... بطلت عريضة الدعوى بحكم القانون عدا حالة القوة القاهرة".

والمادة (86-3) التي تنص على " يترتب على انقطاع السير في الدعوى وقف جميع المدد القانونية التي كانت سارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي حصلت أثناء الانقطاع"، حسب رأينا من الممكن هنا

(22) فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، المصدر السابق د. آدم وهيب النداوي ، ص103.

إبدال جزاء البطلان بغيره كجزاء عدم فاعلية الإجراءات أثناء الانقطاع وتفعيلها بعد انتهاء سبب الانقطاع وذلك لعدم تناسب الجزاء مع المخالفة وأيضاً لتوفير الجهد والاجراءات والمال والوقت لتصبح نص المادة كالآتي " يترتب على انقطاع السير في الدعوى وقف جميع المدد القانونية التي كانت سارية في حق الخصوم وعدم فاعلية الإجراءات أثناء الانقطاع وتفعيلها بعد انتهاء سبب الانقطاع".

أما المادة (92) التي تتكلم عن حالة إذا نظر القاضي الدعوى في الأحوال المذكورة في المادة (91) وهي الأحوال التي لا يجوز له نظر الدعوى فيها إذا كان زوجاً أو صهراً أو قريباً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة، أو إذا كان له أو لزوجه أو لأحد أولاده أو أحد أبويه، أو إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم أو وصياً عليه أو قيماً أو وارثاً ظاهراً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة بوكيل أحد الخصوم أو الوصي أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة التي هي طرف في الدعوى أو أحد مديريها، وإذا كان له أو لزوجه أو لأُصُوله أو لأزواجهم أو لفروعه أو أزواجهم مصلحة في الدعوى، وكذلك إذا كان قد أفتى أو ترافع عن أحد الطرفين أو كان سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد أدى شهادة فيها.

ففي هذه الحالات وحسب المادة (92) إذا نظر القاضي الدعوى يفسخ الحكم أو ينقض وتبقى الإجراءات المتخذة فيها، ولكننا نحث المشرع هنا على فرض جزاء البطلان بدلاً من الفسخ أو النقض لأن البطلان وصف يلحق العمل الإجرائي لمخالفته لنموذجه القانوني، فالقاضي عندما ينظر الدعوى في هذه الحالات يخالف النموذج القانوني للعمل الإجرائي، عليه نقترح أن يقرأ النص كالآتي :- " إذا نظر القاضي الدعوى في الأحوال المذكورة في المادة السابقة واتخذ أية إجراءات فيها أو أصدر حكمه بها يبطل ذلك الحكم"[23].

وأخيراً المادة (273) التي تنص على " يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية: 1-إذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية...2-إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام...3-إذا تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحكمة...4-إذا وقع خطأ جوهري في القرار..." [24].

فإذا توافرت هذه الأسباب أو الحالات المذكورة أعلاه يحق للخصوم أن يطالبوا ببطلان القرار وللمحكمة أن تبطله من تلقاء نفسها وذلك لصدور هذا القرار على خلاف القانون فأساس قرار المحكمين قد بني على عيب أو عدم مشروعية مما جعل القرار موصوفاً بالبطلان، فنرى وجود تناسب بين جزاء البطلان والمخالفة وذلك لمخالفة القرار القانون والشرع والمنطق التي يجب أن يبنى عليه القرار.

نستخلص من النصوص السابقة أن المشرع العراقي قد ناسب في أغلب النصوص الخاصة بالبطلان بين المخالفة والجزاء وهذا جيد بالرغم من عدم إيراده نظرية عامة للبطلان في قانون المرافعات المدنية.

(23) راجع المادة (91 ، 92) مرافعات مدنية عراقي.

(24) راجع المادة (273) مرافعات مدنية عراقي.

المطلب الثاني

فكرة التناسب في جزاء السقوط

السقوط جزاء إجرائي يرد على الحق الإجرائي الذي منحه المشرع للخصوم وهي أما مهلة ممنوحة لهم لمباشرة عمل إجرائي معين أو ترتيب أو آلية معينة توجب على الخصم اتباعها بحيث يكون أي تقاعس من قبل الخصم لتلك الشكليات الإجرائية تعني حرمانه من تلك الحقوق التي منح له[25].

فالخصم المهمل هو الخصم الذي لا يمارس حقه في الوقت المناسب، أو هو الخصم المماطل أو المتعسف.

ويمتاز السقوط بالشدة بحيث أن أعماله يترتب عليه فقدان الحق في مباشرة الإجراء بصفة نهائية حيث لا يستطيع صاحب الحق الذي سقط القيام بالعمل الإجرائي الذي كان يسمح به هذا الحق[26].

كما يتصف السقوط بأن حالاته محددة على سبيل الحصر فهو جزاء يؤدي إلى زوال الحق في مباشرة الإجراء القضائي الأمر الذي دفع بعض التشريعات إلى تحديد حالاته من أجل الحد من تأثيره للحيلولة دون إساءة استعماله[27].

ويثار تساؤل هنا حول الغاية من جزاء السقوط، أو بعبارة أخرى لماذا وضع جزاء السقوط؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول أن السقوط عند تفعيله يكون حاجزاً للخصوم من أجل الإسراع في إجراءاتهم القضائية لكي لا يعتريها البطء، وأيضاً من أجل احترام كل الشكليات والإجراءات المرسومة في القانون.

وللسقوط أسباب أو حالات لا تخرج عن كونها أحد امرين : فأما أن يتم تحديد معيار زمني بحيث يتحتم على الخصم التقييد به وإلا سقط حقه في التمسك به لاحقاً، وبهذا قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في احد قراراتها " بعد التدقيق والمداولة لوحظ ان عريضة الطعن التمييزي قدمت بعد مضي المدة القانونية للطعن البالغة عشرة ايام ..... وحيث ان مدد الطعن القانونية في الاحكام حتمية يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن .... "[28].

(25) سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي، د. فارس علي عمر، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (2)، عدد (25) ، 2005، جامعة الموصل، ص198.

(26) سقوط الحق في اتخاذ الإجراءات في قانون المرافعات، د. نبيل اسماعيل عمر، منشأة المعارف، 1989، الإسكندرية، ص7.

(27) المصدر السابق نفسه ، د. فارس علي عمر ، ص206.

(28) قرار محكمة استئناف نينوى /الهيئة التمييزية /636/ت.ب/2012 . غير منشور .

وأما أن يوجب المشرع على الخصوم ضرورة اتباع ترتيب معين عند ممارسة حقوق إجرائية معينة وذلك لتحقيق غاية أرادها المشرع من أجل حسن سير العملية القضائية بحيث يترتب على مخالفة ذلك الترتيب سقوط حق الخصوم في مباشرة الإجراءات القضائية اللاحقة[29].

وسنتناول هذه الحالات والأسباب ونرى مدى التناسب بين فعل وجزاء السقوط، ولكن قبل ذلك نقول أن المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية لم يضع نظرية عامة لجزاء السقوط حاله حال جزاء البطلان وإنما معالجته للموضوع جاء من خلال النصوص الآتية :

المادة (12-1) حيث نص المشرع العراقي على " أنه لا يجوز للمدعي أن يجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالملكية وإلا سقط ادعاءه بالحيازة" من خلال تحليلنا لهذا النص نرى أن المشرع قد ناسب بين فعل الجمع بين الحيازة والملكية والسقوط فمن الطبيعي أن تسقط دعوى الحيازة بمجرد الادعاء بالملكية وذلك لتناقض الدعويين ومن البديهي في الأمور القانونية والطبيعية من له حق الملكية هو يملك الحيازة أيضاً[30].

أما المادة (73-1-2) والتي تنص " الدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى والأوراق الأخرى يجب ابداؤه قبل أي دفع أو طلب أخر وإلا سقط الحق فيه .... 2- يجب ابداء هذا الدفع في عريضة الاعتراض أو الاستئناف وإلا سقط الحق فيه"، نرى أيضاً وجود تناسب بين الفعل والجزاء لأن عدم تقيد الفعل بهذا الجزاء يؤدي إلى التسويف والمماطلة من قبل الخصم من أجل التمسك بهذا الدفع وتضييع وقت المحكمة إذا لم يقيد هذا الدفع بالسقوط إذا لم يدفع مثلاً قبل أي دفع أو طلب آخر أو إذا لم يبدى في عريضة الاعتراض أو الاستئناف .

أما المادة (74) المتعلقة أيضاً بالدفع وتحديداً بالدفع بعدم الاختصاص المكاني هذا الدفع الذي يقع بكثرة أمام المحاكم نرى المشرع العراقي قد نص على أن عدم ابداء هذا الدفع قبل التعرض لموضوع الدعوى يؤدي إلى سقوط حق الخصم , ونرى بعدم وجود تناسب بين الفعل والسقوط اذ كان من الأفضل أن يقيد هذا الجزاء باستثناء حالة القوة القاهرة أو على الأقل أن يسمح بإبداء هذا الدفع في الجلسة الثانية وذلك لجهل بعض الخصوم بالأمور القانونية[31].

أما المادة (95) التي تتعلق برد القاضي والتي تعتبر من الدفوع الشكلية فأوجب المشرع تقديم أو ابداء الدفع المتعلق به قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا سقط الحق فيه, كما أجاز المشرع تقديم طلب الرد بعد الدخول في أساس الدعوى أذا استجدت أسباب أو إثبت طالب الرد أنه لم يكن يعلم بها[32].

(29) المصدر السابق نفسه ، د. فارس علي عمر ، ص203.

(30) وتقابلها المادة (44) مرافعات مدنية وتجارية مصري.

(31) وتقابلها المادة (108) مرافعات مصري ؛ للتوسع في موضوع الدفوع، راجع الدفوع الإجرائية في الدعوى المدنية، ندى خير الدين سعيد، دار الفكر الجامعي، 2015 ، مصر.

(32) راجع المادة (95) مرافعات مدنية وتقابلها المادة (151) مرافعات مصري.

ونلاحظ على نص المادة (95) أنها تعتبر أحد الضمانات التي تكفل لصاحب الحق حقه حيث كلما تأكد الناس من حسن سير القضاء كلما قل ميلهم إلى اغتصاب الحقوق , ونلاحظ أن هذا الحق مقيد باستعماله خلال مدة معينة وإلا سقط حقهم في هذه الضمانة وهذه مناسبة رائعة من المشرع للموازنة بالحقوق , أما الفقرة الثانية من المادة (95) التي أجازت تقديم طلب الرد بعد الدخول في أساس الدعوى وذلك إذا استجدت اسبابه أو أثبت طالب الرد أنه لم يكن يعلم بها , وربما يعد هذا الخروج مراعاة من جانب المشرع نتيجة حرصه على حقوق الأفراد ولكي لا يشعر أي طرف أو فرد بعدم عدالة القاضي مهما كان منصفا.

أما فيما يتعلق بالمادة (171) التي تناولت المدد المعنية لمراجعة طرق الطعن في القرارات بحيث ان عدم مراعاة هذه المدد يؤدي إلى سقوط الحق في الطعن فنرى في هذا النص وجود لمبدأ التناسب وذلك لأن عدم التقيد بمدة يؤدي إلى طول أمد النزاع ومخالفتها لمبدأ السرعة في حسم القضايا أمام القضاء[33] , وبهذا قضت محكمة استئناف كركوك الاتحادية بصفتها التمييزية في احد قراراتها بقولها " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صادر بتاريخ 2011/1/31 وان الطعن التمييزي مقدم بتاريخ 2011/3/1 وبذا يكون قد قدم بعد انقضاء المدة القانونية المقررة وهي (10) عشرة ايام من اليوم التالي لتبليغ الحكم او اعتباره مبلغا والمنصوص عليها في المادة (204) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وتعديلاته وعملاً باحكام المادة (171) من نفس القانون ، فأن 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 اذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية ...." [34] .

أما المادة (191) المتعلقة بالاستئناف المتقابل حيث يسقط إذا حكم برد الاستئناف الأصلي شكلاً، حيث نرى في نص هذه المادة ارتباط الاستئناف المتقابل بالأصلي حيث يسقط إذا رد الاستئناف الأصلي شكلاً ونعتقد أنه بالإمكان هنا تلطيف مفعول السقوط والاتيان بجزاء آخر بدل السقوط لكي نحد من آثار السقوط باعتباره أقوى الجزاءات الإجرائية[35].

المطلب الثالث

فكرة التناسب في جزاء عدم القبول

(33) تقابلها المادة (215) مرافعات مصري.

(34) قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية بصفتها التمييزية /107/مدنية/2011. غير منشور .وراجع في نفس الاتجاه قرار محكمة التمييز الاتحادية /5210/الهيئة الاستئنافية /عقار /2012 . غير منشور .

(35) تقابلها المادة (237) مرافعات مصري.

جزاء عدم القبول : يعني عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون في الدعوى لتمكين المحكمة المختصة الفصل فيها، فعدم القبول جزاء يرد على الدعوى في حالة عدم توافر شروط تحريكها مثل رفع الدعوى من غير ذي صفة[36].

فالقانون أوجب ضرورة توافر شروط معينة في الدعوى القضائية لكي يتم قبولها أمام القضاء وهي شرط المصلحة وشرط الصفة والحق في رفع الدعوى ويؤدي تخلف هذه الشروط للحكم بعدم قبول الدعوى[37].

إذن فجزاء عدم القبول يكون ويظهر بمناسبة تخلف شرط من شروط قبول الدعوى وهي الصفة والمصلحة والأهلية[38].

ويعرف أنه تكييف قانوني لطلب قضائي تختلف فيه الشروط اللازمة لقبوله ويؤدي عدم القبول إلى امتناع المحكمة عن النظر في مضمون هذا الطلب[39].

فجزاء عدم القبول بوصفه إحدى الجزاءات المقررة في قانون المرفعات، يواجه مشكلة قبول أو عدم قبول الطلب القضائي وبالتالي فإنه يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية أو عدم احقيته في الحصول على هذه الحماية[40].

والغاية من جزاء عدم القبول هو الحيلولة دون الاستهانة بإيقاع الجزاء للخصم المهمل، فالمدعي أيضاً يتعرض لجزاءات إن لم يمارس حقه في ترتيب معين وفي مدة معينة، فالمدعي إذا لم تكن له الوسيلة المناسبة لاستخدام حقه فيكون هناك جزاء عدم القبول.

وتجدر الإشارة إلى فقرة مهمة هو أن أعمال هذا الجزاء يكون عن طريق التمسك بالدفع بعدم القبول والتي عالج المشرع أحكامه في المادة (80) مرافعات.

والدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى من صفة ومصلحة وحق، فيرفع بكونها حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره[41].

ويعرف أيضاً بأنها الدفوع التي ينازع بها المدعى عليه في صحة حق المدعي في رفع دعواه، أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون بقبول الدعوى[42].

(36) الوسيط في شرح نظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد، ط1، د. ياسر حسين بهنس، مركز الدراسات العربية، 2018، مصر، ص306.

(37) تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، ج1، محمد كمال عبد العزيز، مؤسسة قوانين الشرق، 2015، مصر، ص95.

(38) راجع المواد (3، 4، 6) تقابلها المادة (3) مرافعات مصري.

(39) الدفع بعدم قبول الدعوى، د. فارس علي عمر، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (10)، العدد (37)، 2008، جامعة الموصل، ص48.

(40) الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ط1، د. نبيل اسماعيل عمر، منشأة المعارف ، 1981، ، الإسكندرية ص161.

(41) الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، د. علي عوض حسن، دار المطبوعات الجامعية، 1996، الإسكندرية، ص17.

(42) نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط8، د. احمد أبو الوفا، منشأة المعارف، 1988، الإسكندرية ،ص19.

فالدفع بعدم القبول لا يرد على أصل الحق وإنما في حق المدعي في رفع دعواه , وتعد هذه الدفوع نوعاً وسطاً بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية فهي تشبه الدفوع الشكلية في أنها لا تتعلق بأصل المدعى به ولكنها تختلف عنها في أنها لا تتعلق بإجراءات التقاضي وإنما تتعلق بحق رفع الدعوى وتوافر شروط قبولها، وهو يتفق مع الدفوع الموضوعية في أنه يجوز التقدم به في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولكنه يختلف عنها في أنه لا يتعلق بالحق الموضوعي محل النزاع وإنما يهدف إلى انكار وجود الدعوى فهو يوجه إلى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما إذا كان من الجائز استعمالها أم لا[43].

وقد عالج المشرع العراقي الدفع بدم القبول في المادة (80) ، اما المشرع المصري في المادة (115) مرافعات .

فتنص المادة (80) على " 1- اذا كانت الخصومة غير متجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في اساسها 2- للخصم ان يبدي هذا الدفع في اية حالة تكون عليها الدعوى".

فهنا المحكمة هي التي تحكم من تلقاء نفسها برد الدعوى نتيجة عدم توجه الخصومة وهي شرط من شروط قبول الدعوى ولا تدخل في اساس الدعوى اصلاً وهذا يحسب للمشرع وذلك اختصاراً للوقت والتكاليف فترد الدعوى دون الدخول في اساسها ، وكذلك يمكن ابداء هذا الدفع في ابة حالة تكون عليها الدعوى .

نستنتج من كل ما تقدم بخصوص جزاء عدم القبول ان المشرع العراقي ناسب بين المخالفة وهذا الجزاء لانه لا دعوى بدون توافر شروطها من صفة ومصلحة واهلية فجزاء عدم القبول هنا هو الاصح والانسب .

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث توصلنا إلى النتائج والتوصيات الاتية :

أولاً- النتائج :

1- التناسب هو موافقة المشرع في النص القانوني بين المخالفة والجزاء توافقاً عقلانياً ومنطقياً بما يضمن حقوق المجتمع والفرد.

2- التناسب هو أحد المبادئ القانونية والدستورية التي يجب أن لا يغفل عنها المشرع عند صياغة ووضع أي قانون.

3- قيام فلسفة التناسب على مبدأين مهمين، مبدأ الحق ومبدأ العدالة، فمن حق (الفرد) على المشرع أن لا يستعمل حقه عند وضع النصوص بشكل متعسف ومضر بحق الإنسان.

(43) المرافعات المدنية، المصدر السابق ، د. ادم وهيب النداوي ، ص237.

4- التناسب يكون في العمل الإجرائي (الإجراءات القضائي) أي الدعوى التي تتكون من عدة أعمال إجرائية.

5- البطلان وصف يلحق الإجراء القضائي ويمنع من ترتيب الآثار القانونية على الإجراء.

6- لم ينظم المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية نظرية البطلان وإنما جاءت تنظيمية له في نصوص متفرقة، ومن خلال تحليلنا للنصوص الخاصة ببطلان الإجراء توصلنا إلى أنه كان موفقاً في بعض النصوص من حيث وجود التناسب وكان غير موفقاً في البعض الآخر من حيث عدم وجود التناسب.

7- السقوط هو أقوى الجزاءات التي ممكن أن تقع على الحق الإجرائي فيسقط حق صاحبه ويحرمه منه نتيجة اهماله.

8- السقوط حالات أو أسباب ، وكالبطلان فإن المشرع العراقي لم ينظم نظرية للسقوط وإنما جاءت في نصوص متفرقة وقد كان موفقاً في بعض هذه النصوص من حيث التناسب وغير موفق في البعض الآخر.

9- الجزاء بعدم القبول جزاء يظهر عند تخلف شرط من شروط الدعوى يؤدي إلى عدم قبول الدعوى أمام القضاء، يظهر هذا الجزاء نتيجة تمسك الخصم بعدم القبول وهو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى من صفة ومصلحة وحق.

10- عالج المشرع العراقي الدفع بعدم القبول في مادة واحدة فقط ونرى أنه ناسب بين المخالفة والجزاء لأنه لا دعوى بدون توافر شروطها من صفة ومصلحة وأهلية.

ثانياً- التوصيات :

1- وقف المرافعة من الأحوال الطارئة على الدعوى ويجوز وقف الدعوى إذا اتفق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإذا لم يراجع أحد الطرفين المحكمة في الخمسة عشر يوماً التالية لنهاية الأجل تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون، نقترح هنا إضافة حالة القوة القاهرة كاستثناء على إبطال عريضة الدعوى وذلك لمصلحة أحد الأطراف إذا لم يراجع المحكمة نتيجة قوة قاهرة لحقت به لما لتجديد الدعوى من تكاليف واتعاب ودفع رسوم ، لتصبح الفقرة الثانية من المادة (82-1) كالآتي : " إذا لم يراجع أحد الطرفين المحكمة ..... تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون عدا حالة القوة القاهرة".

2- المادة (86-3) التي تنص على " يترتب على انقطاع السير في الدعوى وقف جميع المدد القانونية التي كانت سارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي حصلت أثناء الانقطاع". نقترح إبدال جزاء البطلان بغيره من الجزاءات ومن الممكن أن نضيف جزاء عدم فاعلية الإجراءات أثناء الانقطاع وتفعيلها

بعد انتهاء سبب الانقطاع وذلك توفيراً للجهد والإجراءات والمال والوقت لتصبح نص المادة كالآتي " يترتب على انقطاع .... وعدم فعالية الإجراءات اثناء الانقطاع وتعطيلها بعد انتهاء سبب الانقطاع".

3- هناك حالات يصح فيها طلب رد القاضي ويفسخ أو ينقض الحكم إذا نظر القاضي الدعوى في الأحوال التي لا يجوز له نظرها، لكننا هنا نقترح على المشرع أن يفرض جزاء البطلان بدلاً من الفسخ ليصبح النص كالآتي " إذا نظر القاضي الدعوى .... يبطل ذلك الحكم وتبقى الإجراءات المتخذة فيها".

4- الدفع بعدم الاختصاص المكاني من الدفوع الإجرائية النسبية التي نص المشرع على ابداءها قبل الدخول في موضوع الدعوى وألا يسقط الحق فيها، نقترح على المشرع اضافة حالة القوة القاهرة التي تمنع صاحبها من التقدم بها قبل الدخول في موضوع الدعوى وذلك لأهمية مكان المحكمة بالنسبة للمدعى عليه وأيضاً لجهل بعض الأشخاص بالأمور القانونية مما يؤدي إلى ضياع حقهم.

5- يسقط الاستئناف المتقابل إذا حكم برد الاستئناف الأصلي شكلاً فقد ربط المشرع الاستئناف المتقابل بالأصلي، يمكننا هنا تلطيف مفعول جزاء السقوط والاتيان بجزاء أخر بدلاً منه لكي نحد من أثاره باعتباره أقوى الجزاءات الإجرائية.

المصادر

أولاً: كتب اللغة :

1- لسان العرب، ج4، ابن منظور،دار المعارف، بدون سنة، القاهرة، ص2840.

2- معجم الوسيط ، ج1، ابراهيم مصطفى أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، 2010، ص44.

ثانياً: الكتب القانونية :

1- الحق ونظرية التعسف في استعملا الحق في الشريعة والقانون، ط1، المحامي اسماعيل العربي، مكتبة التراث، 1984 العراق.

2- الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، د. علي عوض حسن،دار المطبوعات الجامعية، 1996، الإسكندرية.

3- الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، ط1، د. نبيل اسماعيل عمر، منشأة المعارف ، 1981، الإسكندرية.

4- الدفوع الإجرائية في الدعوى المدنية، ندى خير الدين سعيد، دار الفكر الجامعي ، 2015، مصر.

5- القانون القضائي الخاص، ج1، د.إبراهيم نجيب سعد، منشأة المعارف ، 1980، الإسكندرية.

6- المرافعات المدنية، د. آدم وهيب النداوي، مكتبة السنهوري ، 2015، بغداد.

7- الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط4، د. عبد المجيد عبد الحكيم، المكتبة القانونية ، 1992، بغداد.

8- الوسيط في شرح نظام الإجراءات السعودي الجديد، ط1، د. ياسر حسني بهنس، مركز الدراسات العربية ، 2018، مصر .

9- الوسيط في قانون القضاء المدني، د. فتحي والي، دار النهضة العربية ، 1986، القاهرة.

10- سقوط الحق في اتخاذ الإجراءات في قانون المرافعات، د. نبيل اسماعيل عمر، منشأة المعارف ، 1989، الإسكندرية.

11- ضوابط وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، جمال مولود ذبيان، دار الشؤون الثقافية العامة، 1992 ،بغداد.

12- فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ط1، د.آدم وهيب النداوي، جامعة بغداد/ كلية القانون، 1998.

13- مبدأ التناسب في القانون الجنائي، دلشاد عبد الرحمن البريفكاني، دار الكتب القانونية، 2016 مصر.

14- نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط8، د. احمد أبو الوفا، منشأة المعارف، 1988، الإسكندرية.

15- نظرية إبطال عريضة الدعوى المدنية، د. اجياد ثامر نايف ،دار الجامعة الجديدة ، 2016، الإسكندرية.

ثالثاً: الرسائل الجامعية :

1- الرقابة القضائية على مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية، فتيتي صفاء، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر/كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، 2013، 2014.

رابعاً: الأبحاث القانونية :

1- الدفع بعدم القبول ، د. فارس علي عمر، بحث منشور في مجلة الرافدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، مجلد (1)، عدد (37)، 2008.

2- سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي ، د. فارس علي عمر، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، عدد (25)، 2005.

خامساً: القرارات القضائية غير منشورة :

1- قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية بصفتها التمييزية /107/مدنية/2011. غير منشور .
2- قرار محكمة التمييز الاتحادية /5210 /الهيئة الاستئنافية /عقار /2012 . غير منشور .
3- قرار محكمة استئناف نينوى /الهيئة التمييزية /636/ت.ب/2012 . غير منشور .

سادساً: القوانين :

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 .
3- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968.
4- دستور العراقي الحالي لسنة 2005.
5- دستور مصر الحالي لسنة 2014.