

الدفع بعدم قبول الدعوى (*)

د. فارس علي عمر الجرجري

مدرس قانون المرافعات المدنية والإثبات

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين .. والصلاة والسلام على سيد المرسلين .. وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين وبعد:

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث:

من مستلزمات حق التقاضي هو ضمان حرية الدفاع والادعاء في وقت واحد لكي يتحقق العدل ضمن معادلة عادلة بين طرفي الدعوى، وإذا كان الادعاء يتحقق في لجوء المدعي إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقه ومصالحه عن طريق تقديم الدعوى، فإن الدفع تتمثل في إقرار المشرع للمدعي عليه، وهو الشخص الذي رفعت عليه الدعوى، الحق في الدفاع عن نفسه وحماية مصالحه في الدعوى المرفوعة عليه وذلك عن طريق الدفع وبكل الوسائل المحددة في القانون.

إن الدفع بوصفها الوجه السلبي لكفالة حق التقاضي، لا تضيف عنصراً جديداً إلى الدعوى، وإنما تهدف إلى تفادي الحكم على المدعي عليه بكل ما يدعيه المدعي أو بجزء منه، فالدعوى يتحدد نطاقها موضوعياً بادعاءات المدعي لا بدفع المدعي عليه.

والمدعي عليه عندما يستخدم الحق الممنوح له والمتمثل بالدفع، إنما يختار النوع الذي يتلاءم ومركزه في الدعوى، فإن كان هناك خلافاً في الناحية الشكلية للدعوى المرفوعة ضده عندها يثير تلك الدفع الشكلية المقررة من أجل عرقلة مسيرة خصمه، ومن هذا القبيل الدفع التي توجه إلى إجراءات الدعوى أو الاختصاص دون التعرض لذات الحق المدعي به.

أما إذا كان الدفع ينصب على ذات الحق المدعي به، كإنكار وجوده، عندها تسمى تلك الدفع بالموضوعية، والذي يترتب على قبوله رفض الطلب

(*) أستلم البحث في ٢٠٠٨/٣/٣ *** قبل للنشر في ٢٠٠٨/٣/٢٦ .

الموضوعي الذي تتضمنه عريضة دعوى المدعي كلاً أو بعضاً. وهذا النوع بلا شك أقوى من الدفع الشكلية كونها تنصب على المضمون لا الشكل. وقد يرى المدعي عليه أنه من المناسب إثارة دفع من شأنه منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى أساساً، وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم القبول، حيث يتعلق هذا الدفع بسلطة الالتجاء إلى القضاء، والشروط اللازمة لذلك، أي تتعلق بالحق في استعمال الدعوى ونظرها أمام المحكمة دون التعرض للموضوع، أو مدى أحقية المدعي في طلبه.

ثانياً: أسباب اختيار موضوع البحث:

إن ما دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع جملة أسباب، منها أن هذا الدفع قد أثار تعريفه ومركزه بين مختلف الدفع العديد من المشاكل، هذه المشاكل ترجع بصفة أساسية إلى غموض فكرة هذا الدفع وعدم وضوح النظام القانوني الذي يستجيب إليه، ولا يوجد مرجع من مراجع قانون المرافعات إلا وأشار إلى هذا النوع من الدفع، ومع هذا مازالت طبيعة هذا الدفع وأحكامه غير واضحة المعالم الذي يقطع بصدها كل جدل أو نقاش.

ثالثاً: فرضيات البحث:

فضلاً عما تقدم، فإن معالجة المشرع العراقي لهذا النوع من الدفع لم تكن بمستوى الطموح، فلم تكن النصوص المتعلقة به في قانون المرافعات كافية للإلمام بهذا الموضوع المتشعب من حيث التطرق لماهيته وصوره، بالإضافة إلى كيفية الفصل فيه والآثار المترتبة عليه. إن المتتبع لقانون المرافعات يجد أن النصوص المتعلقة بالدفع الشكلية قد أخذت حيزاً كبيراً من اهتمام المشرع، على عكس النصوص الخاصة بالدفع بعدم القبول، وهو ما يشكل خللاً في توازن النصوص التشريعية المتعلقة بالدفع، فيفترض أن تأتي معالجة المشرع لأي موضوع من المواضيع وبما يتناسب مع أهميته في الدعوى المدنية، وهذا ما لم نجده في الدفع بعدم القبول، إذ اكتفى المشرع بالمادة (٨٠) من قانون المرافعات للإشارة إلى هذا الدفع، وهذا الأمر باعتقادنا المتواضع غير سليم، لكونه يؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه لآراء الفقهاء مع ما تحمله من اختلافات في الرأي، واجتهادات القضاء وما تؤدي إليه من اضطراب في الأحكام، كل هذه الأمور ما كانت لتحث لو كانت المسألة محسومة في نطاق القانون.

سيدور البحث في الدفع بعدم القبول لإلقاء الضوء على أهم مفاصل هذا الموضوع، محاولين الخروج - ولو بالحد الأدنى - بالنتائج والمقترحات الضرورية للارتقاء بهذا الدفع وبما يتناسب مع الخلاف الدائر حوله.

رابعاً: هيكلية البحث:

- وقد كانت خطة البحث على النحو الآتي :
- المبحث الأول : ماهية الدفع بعدم القبول**
المطلب الأول : التعريف بالدفع بعدم القبول.
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول.
المطلب الثالث : حالات (أسباب) الدفع بعدم القبول.
المبحث الثاني : أحكام الدفع بعدم القبول وآثارها
المطلب الأول : أحكام الدفع بعدم القبول.
المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الحكم بصحة الدفع بعدم القبول.

المبحث الأول

ماهية الدفع بعدم القبول

يقتضي البحث في ماهية الدفع بعدم القبول، ضرورة التطرق للتعريفات التي قيلت بشأن هذا النوع من الدفع، إذ حاول فقهاء وشرّاح قانون المرافعات الخروج ولو بتعريف جامع له يميزه عن غيره من الدفع ويوضح معالمه ونطاقه، إذ يحتدم الخلاف حول طبيعته القانونية.

فمن الفقهاء من ينسب هذا النوع إلى الدفع الموضوعية وآخرون يرون أن هذا الدفع ما هو إلا صورة من صور الدفع الشكلية، في حين أن اتجاهاً ثالثاً يرون فيه نوعاً مستقلاً من الدفع.

إن الدفع بعدم القبول بوصفه إجراءً قضائياً يخضع في تنظيمه للشروط الموضوعية والشكلية للعمل الإجرائي، إذ لا يصح إثارة هذا الدفع ما لم تتوافر المستلزمات أو الشروط اللازمة به.

ومن أجل الإحاطة بما تقدم لابد من تقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول : التعريف بالدفع بعدم القبول.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول.

المطلب الثالث : حالات (أسباب) الدفع بعدم القبول.

المطلب الأول

التعريف بالدفع بعدم القبول

إن التعريف بهذا الدفع سيكون من عدة محاور ، ابتداءً من بيان المدلول الاصطلاحي للدفع بعدم القبول، مروراً بالغاية أو الحكمة منه، وانتهاءً بتمييز هذا النوع من الدفع مما يشبهه به من أنظمة قانونية مختلفة، وذلك من خلال الفرعين الآتيين :

الفرع الأول : المدلول الاصطلاحي للدفع بعدم القبول.
الفرع الثاني : الحكمة (الغاية) من الدفع بعدم القبول وتمييزه مما يشتهر

به.

الفرع الأول

المدلول الاصطلاحي للدفع بعدم القبول

الدفع بمعناه العام، "هي جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب عن دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء كانت هذه الوسائل موجهة إلى الدعوى أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكرًا إياها"^(١).

أما الدفع بمعناه الخاص، "فيقصد به الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الدعوى، دون التعرض لأصل الحق الذي يدعيه خصمه الآخر، فيتقاضي بها مؤقتاً الحكم عليه بما يطلبه هذا الخصم، كأن يجيب أن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة، أو رفعت بإجراء باطل، ووسائل الدفاع هذه تعرف بالدفع الشكلية، أما وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق فتعرف بالدفع الموضوعية"^(٢).

وقد عرف المشرع العراقي^(٣) الدفع بأنه "الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً"
أما بخصوص الدفع بعدم القبول، فالملاحظ أن التعريفات وإن اختلفت بصددتها إلا أن الاختلاف كامن في الصياغة أكثر منه في المضمون، فالإطار العام لهذا الدفع يكاد يكون مجعاً عليه من قبل الفقهاء، من كونها وسيلة دفاع سلبية محضة بحيث يقتصر فيها دور المدعى عليه في المحافظة على الأصل الظاهر، وهو براءة ذمته مما يسنده إليه المدعي.

ومن هذه التعريفات، أن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع لا يوجه إلى إجراءات الدعوى كما هو الحال في الدفع الشكلية، أو إلى الحق المدعى به، كما هو الحال في الدفع الموضوعية، وإنما هو دفع يوجه إلى حق الخصم في رفع

(١) نقلاً عن: د. آدم وهيب الندوي - المرافعات المدنية- طبع جامعة بغداد - ١٩٨٨ - ص ٢١٠.

(٢) نقلاً عن: د. عباس العبودي - شرح أحكام قانون المرافعات المدنية - طبع جامعة الموصل - ٢٠٠٠ - ص ٢٩٩.

(٣) الفقرة (١) من المادة (٨) من قانون المرافعات المدنية ذي الرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩. وباعتقادي أن موقف المشرع العراقي فيه شيء من الغرابة، لا لأنه تطرق إلى موضوع الدفع، بل لأن التشريعات في الغالب لا تدرج التعاريف في النصوص القانونية، حيث تتم الإشارة في النصوص إلى العموميات دون الخوض في الخصوصيات.

الدعوى ويهدف إلى منع المحكمة من النظر فيها، كالدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، أو لرفعها من غير ذي صفة، أو لرفعها بعد فوات الميعاد أو لسبق الفصل فيها^(١).

كما تعرف بأنها الدفع التي ينازع بها المدعى عليه في أن للمدعي حقاً في رفع دعواه، أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى^(٢).

وذهب اتجاه آخر^(٣) أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي لا يوجه إلى الحق الموضوعي لينفيه، ولا لأعمال الدعوى لإثبات بطلانها أو عدم مراعاتها لمقتضياتها، وإنما يوجه إلى الحق في الدعوى، للتوصل إلى عدم قبولها أو عدم سماعها قبل الفصل في الموضوع، لتخلف شرط من شروط قيام الحق فيها. وعرفه بعض الشراح^(٤) بأنها الدفع التي تتعلق بسلطة الالتجاء إلى القضاء والشروط اللازمة لذلك، أي تتعلق بالحق في استعمال الدعوى ونظرها أمام المحكمة وذلك دون التعرض للموضوع أو مدى أحقية المدعي في طلبه. ونميل إلى التعريف الأخير كونه يمتاز نوعاً ما بالشمولية، كما يحمل في طياته أهم عناصر هذا الدفع، وهو أقرب ما يكون للتعريف الجامع والمانع. ويعد استعراض أهم ما قيل بصدد تعريف الدفع بعدم القبول، نجد أنها تتفق على الخطوط العريضة والملامح العامة وإن اختلفت الصياغة في هذه التعريفات.

من هنا يمكن القول أن مقومات هذا الدفع وأهم عناصره – ومن خلال الاستنتاج من كل ما ذكر – تتجسد في القواسم المشتركة لمجمل الآراء الفقهية، والتي يمكن أن تميز هذا الدفع عن غيره من الدفع، ومن أهم هذه العناصر:

أولاً: إن الدفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع يرمى إلى إنكار وجود الدعوى أساساً
فإن كان الدفع الشكلي موجه أساساً إلى إجراءات الدعوى أو الاختصاص في نظرها، مما يعني أن الدعوى موجودة فعلاً إلا أنها مخالفة للأوضاع التي

(٣) د. أحمد السيد صاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨١ – ص ٢٣٢.

(٤) د. عبد المنعم الشراقي، د. فتحي والي – المرافعات المدنية والتجارية – الكتاب الأول – دار النهضة العربية – القاهرة – ٧٦ – ١٩٧٧ – ص ١٢٤.

(١) د. محمود محمد هاشم – قانون القضاء المدني – ج ٢ – دار الفكر العربي – القاهرة – بلا سنة نشر – ص ٢٧٤.

(٢) د. أحمد أبو الوفا – نظرية الدفع في قانون المرافعات – ط ٨ – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨٨ – ص ١٩. د. أمينة النمر – أصول المحاكمات المدنية – الدار الجامعية – بيروت – بلا سنة نشر – ص ١٣٧.

رسمها القانون والتي يتعين على الخصم مباشرتها حتى تكون دعواه صحيحة، وإذا كان الدفع الموضوعي ينصب بشكل مباشر على ذات الحق المدعى به، من دون أن يكون للمدعى عليه تحفظ على الدعوى بوصفها وسيلة لحماية الحقوق، إذ من المسلم به أن للدعوى كياناً مستقلاً، وهي ليست بذات الحق المدعى به. إلا أن للدفع بعدم القبول خصوصية تميزه عن هذا وذلك، وتتمثل في توجيهها إلى الوسيلة التي يحمي بها الخصم حقه (الدعوى) فتصيبها بالشلل، ومن ثم عدم قدرة المدعي من المطالبة بحقه.

تجدر الإشارة أن المشرع العراقي^(١) لم يشر إلى تسمية الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات، وإنما اكتفى بالنص على صورة من صور هذا الدفع وهي حالة عدم توجه الخصومة، هذا الموقف لا يتناسب مطلقاً مع الأهمية التي يحتلها هذا الدفع، والخلاف الحاصل بشأنه، فالأولى بالمشرع إعادة النظر في موقفه وإعطاء هذا الموضوع الأهمية التي يحتلها من خلال بيان مفهوم هذا الدفع بشكل واضح، والابتعاد عن النصوص المقتضبة والتي لا توضح معالم هذا الدفع بكافة تفاصيله من أحكام وآثار.

ثانياً : إن الدفع بعدم القبول يكون بمناسبة انعدام الشروط التي يتطلبها القانون في

قبول الدعوى

فهذا الدفع هو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى، سواء كانت شروطها العامة أو الخاصة، الإيجابية أو السلبية، ويجوز الدفع بعدم قبول الطعن وذلك بالتمسك بعدم توافر شرط من شروط الطعن في الحكم^(٢).

إن التشريعات تفرض شروطاً لقبول الدعوى أمام المحكمة، فإذا أقام الشخص دعوى أمام المحكمة ولم تتوافر الشروط اللازمة لقبول هذه الدعوى، فإنها لا تكون مقبولة بصرف النظر عما إذا كان محقاً في ادعائه أم غير محق، وعليه يجب أن تثبت المحكمة من شروط قبول الدعوى في الجلسة الأولى وتتأكد

(١) راجع الفقرة (١) من المادة (٨٠) – والفقرة (٣) من المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي.
في حين أن المشرع اللبناني تصدى لتعريف الدفع بعدم القبول في المادة (٦٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ بقولها "الدفع بعدم القبول هو كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه، دون البحث في موضوعه لانتفاء حقه في الدعوى" كذلك عرفته المادة (١٢٢) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في ١٩٧٥ بأنه "كل دفع ينكر به الخصم دعوى خصمه – دون المساس بالموضوع – وذلك بسبب انتفاء حق التقاضي".
(٢) د. وجدى راغب – مبادئ الخصومة المدنية – ط ١ – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٧٨ – ص ٢١٨.

من توافر جميع هذه الشروط وذلك قبل الخوض في موضوعها، فإذا ما تخلف شرط أو أكثر في الدعوى المنظورة وجب على المحكمة ردها شكلاً^(١).

الفرع الثاني

الحكمة (الغاية) من الدفع بعدم القبول وتمييزه مما يشبه به

إن الدفع والدعوى، بوصفها إجراءات قضائية إنما تخضع للأمور التنظيمية والشكلية التي يتكفل المشرع بتحديددها ومن ثم تلبية الحماية القضائية لمن يطلبها سواء من جهة الادعاء أم من جهة الدفاع.

فالإجراءات القضائية ورغم تنوعها إنما ترتبط ببعضها لتكون في المحصلة عملاً قانونياً واحداً، وفي حالة مخالفة الخصوم للشكليات المقررة عندها تنهض الجزاءات التي حددها المشرع بسبب مخالفة تلك القواعد^(٢).

فالمدعي عندما يتجاهل أو يهمل الشروط اللازمة لصحة دعواه، أو عندما لا يتقيد بالضوابط والشكليات والمدد المقررة لصحة الدعوى، إنما يخرق بذلك ضمانات ضرورية تحرص عليها التشريعات المختلفة للوصول إلى قضاء عادل ألا وهي الشكل.

وإذا كان الطابع المميز لقواعد المرافعات أنها قواعد شكلية، فإن بعض هذه القواعد تكون لها خصائص القواعد الموضوعية التي تمس حقوق الأفراد، مثل قواعد شروط قبول الدعوى، والقواعد المنظمة لطرق الطعن في الأحكام وقواعد تسببها^(٣).

من هنا تبدو الحكمة من الدفع بعدم القبول، من كونها جزءاً ذات طابع خاص ينهض عندما لا تحترم الشكليات المقررة من قبل المدعي، فالمشرع عندما يوفر الفرصة للمدعي عليه من إثارة هذا الدفع للحيلولة دون قبول دعوى المدعي، إنما يوجهه - في الوقت نفسه - رسالة إلى المدعي - والأفراد على وجه العموم - مفادها أن عدم احترام القواعد والشكليات التي حددها جزاءه عدم قبول تلك الدعوى.

فالدفع بعدم القبول، إنما يسلب سلطة المدعي في استعمال الدعوى، لأن هذه السلطة لم تباشر وفق الشكل المحدد له، ومن ثم أصبحت وسيلة المدعي (الدعوى) غير قادرة للمطالبة بالحقوق، فالدفع إذن وسيلة لردع المدعي غير المستوف لشرائط إقامة الدعوى.

(٣) د.عباس العبودي - مصدر سابق - ص ٢٠٢.

(١) د.آدم النداوي - مصدر سابق - ص ١٢٩.

(٢) د.عباس العبودي - مصدر سابق - ص ٢٣.

إن الحماية إنما توفر للخصم الحريص على دعواه، وليس المستهين بالإجراءات المقررة، لأن الإجراءات الثابتة والمنضبطة تحول دون فوضى القضاء وسوء نية الخصوم، مما يعني عدم ترك إجراءات التقاضي تخضع لتقدير الخصوم أو القضاة ولأن الشكل عدو الظلم والتحكم.

إن الدفع بعدم القبول عندما يوجه إلى الحماية القضائية المطلوبة بهدف إنكار حق طالبيها فيها، إنما تعد في الوقت نفسه إحدى الجزاءات الإجرائية المقررة في قانون المرافعات، هذا الجزاء الذي يواجه مشكلة قبول أو عدم قبول الطلب القضائي، وبالتالي فإنه يواجه مسألة أحقية المدعي في طلب منحه الحماية القضائية أو عدم أحقيته في الحصول على هذه الحماية^(١).

فعدم القبول – بوصفه جزاءاً إجرائياً – هو تكييف قانوني لطلب قضائي تخلفت فيه الشروط اللازمة لقبوله، ويؤدي عدم القبول إلى امتناع المحكمة عن النظر في مضمون هذا الطلب.

تجدر الإشارة، أن هذا الجزاء يختلف عن الجزاءات الأخرى في قانون المرافعات، ولعل من أهمها البطلان، وهو عبارة عن تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً^(٢).

فالبطلان جزاء قانوني للإجراء القضائي في الدعوى الذي يخالف القانون، أما عدم القبول فهو جزاء قانوني يقتصر على عدم توافر شروط الدعوى. كما أن أعمال البطلان لا يكون من خلال الدفع بعدم القبول، لأن الخصم إذا ما تمسك بعدم قبول الإجراء لبطلانه، فإن عدم القبول هنا يكون قد استخدم في غير محله، ويكون الهدف من استخدامه هو مجرد التمسك ببطلان الإجراء.

أما السقوط، وهو الجزاء الذي يرتبه المشرع على عدم استخدام الحق الإجرائي في الميعاد أو المناسبة المحددة^(٣)، فالملاحظ أن له صلة وثيقة بالدفع بعدم القبول، لأن السقوط إذا وقع فإنه يتم التمسك به عن طريق الدفع بعدم القبول، بمعنى أن هذا الدفع هي الأداة الفنية لأعمال جزاء السقوط.

(١) د. نبيل إسماعيل عمر – الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني – ط ١ – منشأة المعارف – الإسكندرية – ١٩٨١ – ص ١٦٩.

(٢) د. عباس العبودي – مصدر سابق – ص ١٦٦.

(٣) راجع: بحثنا الموسوم "سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي – دراسة مقارنة" المنشور في مجلة الرافدين للحقوق العدد (٢٥) المجلد (٧) السنة العاشرة – ص ١٩٣.

فهذا الدفع يرمي إلى إنكار الحماية القضائية على طالبها لعدم أحقيته في ذلك نظراً لسقوط حقه في مباشرة الإجراءات.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول

أثارت طبيعة الدفع بعدم القبول خلافاً حاداً بين الفقهاء وجدلاً واسعاً في المؤلفات القانونية، هذا الخلاف في الآراء سببه غموض هذا الدفع وعدم وضوح معالمه، فتارةً يقترب من الدفع الموضوعية، وتارةً أخرى تلتقي أحكامه مع أحكام الدفع الشكلية، مما أوقع الفقهاء في حيرة منه، ولهذا ذهب الآراء في تحديد أحكامه إلى مذاهب شتى.

ولأجل الوصول إلى النتيجة المتوخاة، أجد من المناسب التطرق – ولو بشيء يسير – للدفع الموضوعية والشكلية لنرى مدى التقارب ما بين الدفع بعدم القبول والدفع الأخرى، مع ملاحظة نقاط التباين بين هذه الدفع، ومدى إمكانية اعتبار الدفع بعدم القبول دعواً مستقلاً وقائماً بذاته.

فالدفع الموضوعية، هي تلك الدفع التي توجه إلى الحق موضوع الدعوى، لغرض الحكم برفض الدعوى بشكل كلي أو جزئي، بمعنى أن هذا الدفع ينازع في نشوء الحق أو بقاءه أو مقداره، ويرمي بهذا إلى رفض طلبات المدعي كلها أو بعضها^(١).

وهذه الدفع من الجائز إيدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى، لأنه لا يعدو أن يكون دفاع يتعلق بذات الحق، والأصل أنه من الجائز إيداء أوجه الدفاع هذه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وإذا كان هذا الدفع يوجه إلى أصل الحق، فإن الحكم بقبوله يترتب عليه حسم النزاع على أصل الحق، كما يحوز هذا الحكم حجية الشيء المحكوم به، فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام أية محكمة، لأنها قد استنفذت ولايتها فيها^(٢).

والدفع الموضوعية متعددة والقانون لا يحددها، فهي لا تقع تحت حصر، لأنها تتعلق بأصل الحق ذاته وتنظمها القوانين المقررة، كالدفع بالوفاء أو الإبراء أو بالمقاصة والدفع بالصورية... الخ.

وإذا كان الأصل يقتضي عدم تدخل المحكمة في النزاع الدائر بين الخصمين طبقاً لمبدأ حياد القاضي، فإن الاستثناء يحتم إثارة الدفع الموضوعية

(٢) د. محمد محمود إبراهيم – الوجيز في المرافعات – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٨٣ – ص ٧٤٧.

(١) د. أحمد أبو الوفا – مصدر سابق، ص ٨٣٦.

من قبل المحكمة متى كانت هذه الدفوع متعلقة بالنظام العام^(١). تجدر الإشارة أن الحكم بقبول أو رفض الدفع الموضوعي يعد صادراً في أصل الدعوى، فإذا استؤنف الحكم صار موضوع النزاع برمته معروضاً على محكمة الدرجة الثانية، ويكون لها أن تستكمل أوجه التحقيق التي لم تقم بها محكمة الدرجة الأولى وأن تقضي في موضوع الدعوى^(٢).

أما الدفوع الشكلية، فهي تلك الدفوع التي لا توجه إلى ذات الحق المدعى به، وإنما توجه إلى الدعوى بصفقتها مجموعة إجراءات يتعين على الخصم مباشرتها إذا شاء الالتجاء إلى القضاء للحصول على المنفعة التي يخولها له حق معين يدعيه. أو هي دفوع ترمي إلى الطعن في صحة شكل الدعوى، إما بإنكار اختصاص المحكمة المرفوعة إليها الدعوى، وإما بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها أو التي تسير فيها^(٣).

والدفع الشكلي (الإجرائي) عائق مؤقت، يوجه إلى إجراءات الدعوى بدعوى مخالفتها للأوضاع التي رسمها القانون، ويقصد به تقادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة، ولم يجز القانون التراخي في إبدائه، بل أوجب على الخصم أن يدلي به قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، وذلك منعاً من تأخير الفصل في الدعوى.

وإذا كانت القاعدة تقضي بأن يثير القاضي من تلقاء نفسه كل ما يمس النظام العام، لذا وجب عليه أن يثير الدفع الشكلي المتعلق بالنظام العام، فضلاً عن قبوله في أية حالة تكون عليها الدعوى.

إن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يمس أصل الحق، وبالتالي لا يترتب عليه إنهاء النزاع بصدده، إنما يترتب عليها انقضاء الدعوى أمام المحكمة، ومن الجائز تجديدها مباشرة بالإجراءات الصحيحة، وإذا ما استؤنف هذا الحكم، فإن ولاية محكمة الدرجة الثانية يقتصر على إعادة النظر في الدفع، ولا يجوز لها أن تقضي في موضوع الدعوى إن هي ألغت الحكم المستأنف، بل يتعين عليها في هذه الحالة أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتفصل في موضوعها لأنها لم تستنفذ ولايتها لموضوع الدعوى^(٤).

(٢) د. عباس العبودي - مصدر سابق - ص ٣٠٩.

(٣) د. عبد المنعم الشرقاوي، د. فتحي والي - مصدر سابق - ص ١٢٣.

(٤) د. أحمد مسلم - مصدر سابق - ص ٥٦٧.

(١) د. أحمد أبو الوفا - مصدر سابق - ص ٨٣٧ / د. أمينة النمر - مصدر سابق - ص ١٢٩ / د. محمود

محمد هاشم - مصدر سابق - ص ٢٧٥.

بعد هذا الاستعراض الموجز للدفع الموضوعي والشكلي، ينبغي التعرف على موقع الدفع بعدم القبول، والمسافة التي تفصله عن هذين الدفيعين، وإلى أيهما يبدو أقرب، وهل مقومات هذا الدفع ومركزاته هي نفسها في الدفوع الأخرى، أم له نزعة مستقلة وخاصة به؟ للإجابة على هذه التساؤلات سنقوم باستعراض أهم الآراء التي قيلت في هذا المضمار، مبتدئين بالاتجاه التقليدي، ومن ثم بحث المسألة في الاتجاه الحديث ومن ثم بيان رأينا في المسألة وما نعتقده أقرب للحقيقة.

أولاً : الاتجاه التقليدي (الاتجاه القديم)

نتلخص فلسفة هذا الاتجاه، بإلغاء طائفة الدفوع بعدم القبول وذلك بالنظر إلى ما يحيط بهذا النوع من الدفوع من مشاكل، وضرورة إدماجه داخل طائفة الدفوع الشكلية.

وقد استند هذا الاتجاه على حجج، من أهمها، أن قانون المرافعات الفرنسي الصادر في سنة ١٨٠٦ قد عدد الدفوع الشكلية والموضوعية فقط، حيث يتوجه النوع الأول إلى الإجراءات بقصد عرقلة سير الخصومة، أما النوع الثاني فيتوجه إلى مضمون الادعاء بقصد تحطيمه.

أما الحجة الثانية، فتعتمد على ما جرى عليه العمل إذ تم إدماج الدفع بعدم القبول في هذه الفترة داخل طائفة الدفوع الشكلية^(١).

وقد استمر هذا الوضع، إلى أن صدر في فرنسا قانون سنة ١٩٣٥ (الملغي)، والذي رسخ الاتجاه السابق، من خلال إعطاء هذا القانون للدفع بعدم القبول ذات النظام القانوني القائم بالنسبة للدفوع الشكلية، وبالذات ضرورة إبداء الدفع بعدم القبول قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق في إبدائه^(٢). هذا الأمر دفع بالفقه الفرنسي للقول بأن القضاء في فرنسا جرى على اعتبار الدفع بعدم القبول دفعاً شكلياً وأسمته الدفع الشكلي بعدم القبول^(٣).

ورغم تقديرنا للآراء التي قيلت بهذا الصدد، وموقف المشرع الفرنسي في هذه المرحلة إلا أننا لا نتفق مطلقاً مع ما ذهب إليه هذا الاتجاه، لعدة أسباب، من أهمها أن المشرع الفرنسي عندما لا يذكر في القانون الصادر سنة ١٨٠٦ الدفوع بعدم القبول، فهذا لا يعني مطلقاً عدم وجوده، فالتشريعات قد ترسم الخطوط العريضة في النظام القضائي تاركة التفاصيل والمضامين الدقيقة للقضاء لتطبيقها،

(1) Garsonnet et Cezar-Bru: Traite. T.I. p.709.

أشار إليه د.نبيل إسماعيل عمر - مصدر سابق - ص ١٤٠.

(2) Vincent: précis. procedure civile 18eme ed.p.65.

(3) Vizioz: Etudes de procedure. P.221.

مشار إليه لدى د.نبيل إسماعيل - الإشارة السابقة - ص ١٤١.

ولعل أفضل مثال بهذا الصدد هو موقف المشرع العراقي الحالي، فهو إن لم يذكر بصريح العبارة الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات، بل جاءت الإشارة إلى صورة من صورته، فهذا لا يعني أن المشرع العراقي قد تجاهل هذا النوع من الدفع.

أما السبب الآخر - في اعتقادنا - لعدم صحة الاتجاه السابق، هو أن الأخذ بفلسفة هذا الاتجاه تؤدي حتماً إلى تشويه فكرة الدفع بعدم القبول وفكرة الدفع الشكلي في آن واحد، ومن ثم الوقوع ثانياً في عدم تحديد النظام القانوني لكليهما بسبب اضطراب الفكرتين.

ثانياً : الاتجاه الحديث (الاتجاه المعاصر)

حاول هذا الاتجاه التخفيف من خطورة فلسفة الاتجاه القديم، ومن اعتبار الدفع بعدم القبول ضمن طائفة الدفع الشكلية، فعمد إلى إجراء تفرقة دقيقة داخل طائفة الدفع بعدم القبول، فذهب إلى أنه يوجد من هذه الدفع ما يتصل بالإجراءات وأسامها الدفع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات، والدفع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع وهي ما يتصل بالموضوع^(١).

حيث يقصد بالنوع الأول من هذه الدفع تلك التي ترمي إلى استبعاد الطلب القضائي، نظراً لأن الدعوى لم تمارس من خلال الشروط الواجب توافرها لاستعمالها استعمالاً مقبولاً من الناحية الإجرائية. أما الدفع بعدم القبول المرتبط بالموضوع، فهو الدفع الذي يواجه الادعاء بحق أمام القضاء كأساس للطلب القضائي.

إن ما يترتب على فلسفة هذا الاتجاه، هي وجوب إعطاء الحكم القانوني للدفع الموضوعي والشكلي على الدفع بعدم القبول حيثما وجد، فالدفع بعدم القبول المرتبط بالإجراءات يطبق عليه أحكام الدفع الشكلية والدفع بعدم القبول المرتبط بالموضوع يطبق عليه أحكام الدفع الموضوعية.

كما ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى أن الدفع بعدم القبول، إذ كان ليعيب في العمل الإجرائي، فهو في الحقيقة دفع شكلي يخضع لأحكام الدفع الشكلية، أما إذا كان الدفع بعدم القبول بسبب التخلف الظاهر لأحد شروط الحق في الدعوى، أو انقضاء الحق وهو ما يطلق عليه الفقه والقضاء عدم القبول الموضوعي أو المتصل بالموضوع فيأخذ حكم الدفع الموضوعية.

(١) د. أحمد السيد صاوي - مصدر سابق - ص ٢٣٣.

(٢) د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٥٤٨.

في حين يرى اتجاه آخر^(١) أن الدفع بعدم القبول يعني التمسك بعدم قابلية الإيداع لأن يكون محلاً للعمل القضائي، وهو بذلك يثير مسألة إجرائية تتعلق بالموضوع يتميز بذلك عن الدفع الإجمالية (الشكلية) التي تثير مسألة إجرائية بحتة، كما يختلف عن الدفع الموضوعية التي تثير مسألة موضوعية بحتة، لذا يعد الدفع بعدم القبول من وجهة نظر هذا الاتجاه دفع إجرائي لكنه يختلف عن الدفع الإجرائية البحتة – لتعلقه بالموضوع.

ويشير جانب من الفقه، أن القضاء المصري أميل إلى المقاربة بين الدفع بعدم القبول وبين الدفع الموضوعية والمباعدة بينها وبين الدفع الشكلية، من حيث أنه بالحكم في الدفع بعدم القبول تستنفذ محكمة الدرجة الأولى لولايتها على موضوع الدعوى، وأنه إذا استؤنف الحكم كان الموضوع كله مطروحاً على محكمة الدرجة الثانية، ولا تعد هذه المحكمة عندئذ متصدية للموضوع ومخالفة للقانون^(٢).

ونعتقد – من وجهة نظر متواضعة – أن الآراء والمواقف التي قيلت قد طمست – أو تحاول طمس – أية تفرقة ما بين الدفع بعدم القبول، والدفع الأخرى، من خلال الإصرار على دمج هذا الدفع في الدفع الأخرى، متجاهلة بذلك النظام القانوني له والأحكام والآثار المترتبة عليه.

من هنا يمكننا القول بأن الدفع بعدم القبول، يعد وبحق دفعاً مستقلاً وقائماً بذاته، ولا يؤثر في ذلك وجود بعض ملامح التشابه ما بين أحكامه وأحكام الدفع الأخرى، وننقق مع ما استقر عليه أغلب الآراء الفقهية^(٣) من أن هذا الدفع هو نوع ثالث من الدفع يقع في مرحلة وسطى ما بين الدفع الشكلية والموضوعية، فهو أدنى درجة من الدفع الموضوعية وأعلى من الدفع الشكلية.

وإذا كان المشرع العراقي والتشريعات المقارنة^(٤) قد أجازت إثارة هذا الدفع في أية مرحلة من مراحل نظر الدعوى، وهي المسألة التي دفعت بالبعض إلى اعتبارها ضمن الدفع الموضوعية، كون الأخيرة من الجائز إيدؤها في أية مرحلة من مراحل الدعوى كذلك، إلا أن هذا الأمر ينبغي ألا يُستنتج منه اعتبار الدفع بعدم القبول ضمن الدفع الموضوعية، كون الدفع بعدم القبول –

(٣) د.محمد محمود إبراهيم - مصدر سابق - ص ٧٥٣ / د.وجدي راغب - مصدر سابق - ص ٢١٩.

(١) د.أحمد مسلم - مصدر سابق - ص ٥٧٤.

(٢) د.عبد الباسط جميعي - مبادئ المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٠ - ص ٤٦٩، د.أدم الندراوي - مصدر سابق - ص ٢٢٢، د.عباس العبودي - مصدر سابق - ص ٣٠٦.

(٣) راجع الفقرة (٢) من المادة (٨٠) مرافعات عراقي - المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ - المادة (٦٣) أصول لبناني - المادة (١٢٣) إجراءات فرنسي.

وبحسب تركيبه الأصلي – لا يتوجه إلى عين الادعاء بقصد هدمه، وإنما يتوجه وبطريقة مسبقة إلى الحماية القضائية التي يطلبها صاحب الادعاء، ويرمي الدفع إلى إنكار حق المدعي في هذه الحماية.

المطلب الثالث

حالات (أسباب) الدفع بعدم القبول

سبقت الإشارة إلى أن الدفع بعدم القبول يكون عند انعدام الشروط التي يتطلبها القانون في قبول الدعوى، مما يعني محدودية نطاق التمسك بهذا الدفع، إذ لا يمكن للمدعي عليه من إثارة هذا الدفع إلا إذا تخلفت هذه الشروط، وهي إما أن تكون شروطاً عامة لصحة الدعوى، أو أن تكون شروطاً أخرى مستمدة من طبيعة الظروف المحيطة بالدعوى، أو ما تسمى بالشروط الخاصة لقبول الدعوى. وقد يكون السبب في إثارة هذا الدفع وجود موانع تحول دون قبول الدعوى، هذا ما سيتم معالجته في الفروع الآتية :

الفرع الأول

الدفع بعدم القبول لانتهاء الشروط العامة للدعوى

يقصد بالشروط العامة لقبول الدعوى، تلك الشروط الرئيسية التي يتوجب توافرها أساساً لقبول الدعوى، وهي أن تستند إلى حق وإلى مصلحة، وأن يكون رافعها أهلاً للتقاضي ذا صفة في رفعها.

إن الشروط الواجب توافرها لكي تكون الدعوى مقبولة، وإن كان محل خلاف لدى الفقه والقضاء، إلا أن المشرع العراقي قد أفرد ثلاثة شروط عامة لقبول الدعوى وهي الأهلية والخصومة والمصلحة.

حيث اشترط المشرع العراقي^(١) أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بالدعوى، والأوجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً.

كما اشترط أن يكون المدعي عليه خصماً يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه وأن يكون ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى^(٢). كما يشترط في الدعوى أن يكون المدعي به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحقة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق

(١) راجع المادة (٣) مرافعات عراقي.

(٢) راجع المادة (٤) مرافعات عراقي.

الضرر بنزوي الشأن، كما يجوز الادعاء بحق مؤجل على أن يراعى الأجل عند الحكم به^(١).

هذه الشروط وإن كانت تعد المرتكزات الرئيسية لقبول الدعوى، إلا أنها لا تتمتع بنفس القوة والأهمية في نظر الفقهاء، حيث ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى القول بأن الشروط اللازمة لقبول الدعوى ابتداءً أمام القضاء تنحصر في أمور ثلاثة: أولها: المصلحة، وثانيها: الصفة، وثالثها: الأهلية. بينما ذهب جانب آخر^(٣) إلى أن الشرطين الأساسيين لقبول الدعوى هما المصلحة والصفة.

إلا أن جمهور الفقه^(٤) يرى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، فالأهلية – في نظرهم – شرط لصحة مباشرة الإجراءات أمام القضاء وليست شرطاً لقبول الدعوى، والدليل على رأيهم، أن الدعوى تظل مقبولة حتى ولو فقد رافعها أهليته أثناء سيرها، وإنما تنقطع الدعوى إلى أن يستأنف السير فيها من يقوم مقامه.

إن الشروط التي أوردها الفقه – باستثناء الأهلية – شروط متداخلة لا تعدو أن تكون وجهات نظر مختلفة لشيء واحد، فمن يرى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، اشترط أن تكون المصلحة قانونية، أي تستند إلى حق أو مركز قانوني، وهو ما يعادل في نظر البعض شرط وجود الحق، وأن تكون المصلحة قائمة بمعنى أن يكون الاعتداء قد وقع بالفعل على الحق المراد حمايته وهو ما يعادل عند البعض شرط وقوع الاعتداء على الحق، وأن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، بمعنى أن تحمي الدعوى حق رافعها أو من ينوب عنه وهو ما يعادل عند البعض شرط الصفة^(٥).

ويبدو أن رأي الجمهور قد تماشى مع موقف المشرع المصري الذي أفرد نصاً رئيسياً – وكما سبق ذكره – أجمل فيه ما رأى أنه جدير بالذكر من هذه الشروط، والذي يرى في المصلحة الشرط الوحيد لقبول الدعوى.

(١) راجع المادة (٦) مرافعات عراقي. تجدر الإشارة أن المشرع المصري قد أشار إلى هذا الشرط فقط لأجل قبول الدعوى، إذ نصت المادة (٣) من قانون المرافعات على ما يلي "لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة" = وقائمة بقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليبه عند النزاع...".

(٢) د. عبد الباسط جميعي - مصدر سابق - ص ٣١٠.

(٣) د. وجدى راغب - مصدر سابق - ص ١١٧ / د. فتحي والي - مصدر سابق - ص ٦٩.

(٤) د. أحمد أبو الوفا - مصدر سابق - ص ١٠٥ / د. أحمد مسلم - مصدر سابق - ص ٣١٧ / د. أحمد

السيد صاوي - مصدر سابق - ص ١٣٩.

(٥) د. أحمد السيد صاوي - مصدر سابق - ص ١٣٧.

وإن تشعبت الآراء حول الشروط العامة لقبول الدعوى، إلا أنها تبقى ضرورية في كل دعوى بحيث إن تخلفت هذه الشروط، فإن المحكمة تقضي بعدم قبول الدعوى دون حاجة لأبحث مضمونها، فقبول الدعوى خطوة سابقة على الفصل في موضوعها.

فتخلف هذه الشروط يفتح الباب أمام المدعى عليه في إمكانية التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى، وقد اعتبر المشرع العراقي^(١) شرط الصفة (الخصومة) من قبيل المسائل المتعلقة بالنظام العام، وأوجب على المحكمة رد الدعوى دون الدخول في أساسها إذا كانت الخصومة غير متوجهة كما أجاز للخصم أن يبدي هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى.

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية^(٢) "لما كان الوزير هو صاحب الصفة في تمثيل وزارته فإنه لا يترتب على محكمة الاستئناف عدم استجابتها لطلب فتح باب المرافعة لإدخال هيئة الأوقاف خصماً في الدعوى بعد استخلاصها السائق بأن هيئة الأوقاف طبقاً لقانون إنشائها إنما تتولى إدارة الأوقاف والقيام على شؤونها نيابة عن وزارة الأوقاف وأن اختصاص الأصل جائز وصحيح ولا محل من بعد لاختصاص النائب".

يتضح مما تقدم، أن الدفع بعدم القبول ينصب أساساً على الشروط العامة للدعوى، والتي تمثل الخصائص الإيجابية التي يتطلبها القانون في الدعوى من أجل قبولها والفصل في موضوعها، وتعتبر جميعها عن المصلحة في الدعوى.

الفرع الثاني

الدفع بعدم القبول لانتفاء الشروط الخاصة للدعوى

الشروط الخاصة للدعوى، هي تلك الشروط التي يتطلب القانون توافرها في دعاوى معينة دون غيرها، وهي شروط تتعلق في الغالب بمواعيد حدها القانون، بمعنى أن تلك الدعاوى لكي تكون مقبولة لا بد وأن ترفع في المدة المحددة، وعند عدم تقييد المدعي بتلك المواعيد، عندها يحق للمدعى عليه إثارة

(٢) راجع المادة (٨٠) مرافعات عراقي/ وينص المشرع المصري في المادة (١١٥) مرافعات على أن المحكمة إذا رأت أن الدفع بعدم قبول الدعوى لغييب في صفة المدعى عليه قائم على أساس، أجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز للمحكمة في هذه الحالة الحكم على المدعى عليه بغرامة لا تقل عن (٥٠) جنيه ولا تجاوز (٢٠٠) جنيه.

(٣) قرار محكمة النقض المرقم ٥٨٨ لسنة ٤٩ في جلسة ١٩٨٥/٣/٣١. مشار إليه لدى: هشام الطويل - الدفع بعدم قبول الدعوى - منشأة المعارف - الإسكندرية - بلا سنة نشر - ص ٣٧.

الدفع بعدم قبول تلك الدعوى من أجل ردها شكلاً، فالدعوى هنا لا تقبل إذا رفعت قبل هذا الميعاد أو بعدها حتى ولو كانت شروط قبول الدعوى الأخرى متوافرة. والأمثلة على هذه الدعاوى عديدة^(١)، نذكر من أهمها دعوى استرداد الحيازة، حيث اشترط المشرع إقامتها خلال سنة من تاريخ الانتزاع، وإلا ردت الدعوى شكلاً، فدعوى الاسترداد هي دعوى يقيمها المدعي الذي نزع منه العقار الحائز فعلاً على المدعى عليه الذي سلب الحيازة بنفسه أو بواسطة الغير، وسواء كان المدعى عليه هو المالك للعقار أو من الغير.

والحكمة من رفع دعوى الحيازة خلال سنة من تاريخ فقدها، هي حث الحائر على المبادرة بدفع الاعتداء الواقع على حيازته، لأن الحيازة مركز واقعي يتأثر بالاعتبارات الواقعية، فإذا مضت أكثر من سنة على سلب الحيازة، فإن المشرع يفترض أن الحائز المغتصب أصبح إزاء الحائز الأول المهمل أولى واقعياً بالرعاية^(٢).

ومن الأمثلة الأخرى بهذا الصدد، هو عدم سماع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسلم المبيع، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي على أنه "لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة أشهر من وقت تسلم المبيع، حتى لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول".

ففي الأمثلة السابقة، يثار الدفع بعدم قبول الدعوى بمناسبة عدم احترام المدعي للمواعيد المقررة لصحة الدعوى، مما يدل على عدم فعالية وسيلة المدعي في المطالبة بالحقوق، فدفاع المدعى عليه لا يوجه إلى الشروط العامة لقبول الدعوى، بل يتركز على إخفاق المدعي في رفع دعواه في اللحظة المناسبة، مما يجعلها غير جديرة بالحماية والاهتمام.

الفرع الثالث

الدفع بعدم القبول لوجود موانع للدعوى (الشروط السلبية للدعوى)

(١) راجع المواد (١١٥٠-١١٥٤-١١٥٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ / تقابلها في ذلك المواد (٩٥٨-٩٦١-٩٦٢) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨. تجدر الإشارة أن هذه الشروط الخاصة يمكن أن تنطبق كذلك على المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات، إذ تعد هذه المدد حتمية، ويترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانوني. راجع م/١٧١/مرافعات عراقي.

(٢) د.عباس العبودي - مصدر سابق - ص ٢٢٣.

الشروط السلبية للدعوى، هي ما يرتب القانون على تحققها عدم قبول الدعوى، فهي حالات تمنع المحكمة من قبول الدعوى، ومن ثم تحكم بردها دون الخوض في تفاصيلها.

ومن أهم هذه الموانع، هو سبق صدور حكم في موضوع الدعوى، إذ يعد هذا الشرط تطبيقاً لمبدأ حجية الشيء المحكوم به، والمنصوص عليه في المادة (١٠٥) من قانون الإثبات حيث جاء في هذه المادة "الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً" فلا يجوز للمحكمة أن تفصل في نزاع سبق أن تم الفصل فيه، فلا يجوز رفع الدعوى إلا مرة واحدة، فإذا أقيمت الدعوى مجدداً بشأن ذات الحق، كان للطرف الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها.

وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية^(١) "إذا كان المدعي سبق له وأقام الدعوى بنفس السبب الذي أقام به دعواه الثانية، وكانت الدعوى الأولى قد ردت وصدق قرار الرد تمييزاً، فيكون هذا القرار حجة بالحقوق التي فصل فيها لاتحاد أطراف الدعوى وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً، كما تقضي بذلك المادة (١٠٥) من قانون الإثبات وعلى محكمة الموضوع في هذه الحالة عدم الخوض في الدعوى الثانية، وعدم قبول أي دليل ينقض حجية الأحكام الباتة". وقد جعل قانون الإثبات^(٢) حجية الأحكام من القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام. وهو من الدفع التي يجوز إثارتها في أية مرحلة من مراحل نظر الدعوى حتى أمام المحكمة المختصة بنظر الطعن تمييزاً^(٣).

من الصور الأخرى لموانع النظر في الدعوى، أو الشروط السلبية للدعوى هو وجود اتفاق بين الخصوم على التحكيم في موضوع النزاع. فالاتفاق على التحكيم وإن كان لا ينزع الاختصاص من المحكمة، إلا أنه يمنعها من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً، فالخصم بهذا الاتفاق إنما يتنازل عن الالتجاء إلى القضاء لحماية حقه، وبالتالي يكون الدفع بالاعتداد بشرط

(١) رقم القرار التمييزي/٣٢/ في ١٩/٢/١٩٨٩ - مجلة القضاء - العدد الأول - السنة ٤٥ - ١٩٩٠ - ص ٢٢٣ - أشار إليه د.عباس العبودي - شرح أحكام قانون الإثبات العراقي - ط٢ - طبع جامعة الموصل - ١٩٩٧ - ص ٢٤٧.

(٢) راجع م/١٠٦/ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٣) تنص الفقرة (٣) من المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي "لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى".

التحكيم من قبيل الدفع بعدم قبول الدعوى، لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العادي للذود عن الحق^(١).

فلا يجوز للخصوم الذين اتفقوا على التحكيم رفع الدعوى بالنزاع إلا بعد اللجوء إلى التحكيم حسب الاتفاق الذي تم بينهم، فإذا لجأ أحد الخصوم إلى إقامة الدعوى قبل اللجوء إلى التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى التي جرت المرافعة فيها على السير في الدعوى، تمضي المحكمة في نظر الدعوى، ويعتبر عقد التحكيم لاغياً، أما إذا اعترض وطلب إنفاذ عقد التحكيم على النزاع فتستجيب المحكمة إلى طلبه وتشير إلى المدعي باستنفاد طريق التحكيم وتعتبر الدعوى مستأخرة حتى صدور قرار التحكيم^(٢).

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية^(٣) "ولما كان الطاعنون قد لجأوا ابتداءً إلى القضاء وأقاموا دعواهم طالبيين الحكم بالزام المطعون عليهم بتعويضهم عن حرمانهم من إتمام المبنى المتفق عليه بالعقد موضوع الدعوى المتضمن شرط التحكيم وتعرضوا لموضوع الدعوى الأخرى التي أقامها ضدهم المطعون عليهم دون التمسك بهذا الشرط إلا في مذكرة لهم أمام محكمة الاستئناف مما يفيد تسليمهم بقيام النزاع أمام محكمة مختصة ومواجهتهم موضوع الدعوى وبذلك يكونون قد تنازلوا ضمناً عن التمسك بشرط التحكيم مما يسقط حقهم فيه".

وما دمننا في معرض الشروط السلبية للدعوى، فلا يفوتنا الإشارة إلى صورة أخرى من صور هذه الموانع التي تمنع النظر ومن ثم عدم قبول الدعوى ألا وهي وجود اتفاق بين الخصوم على الصلح في النزاع، فالصلح، عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، وبالتالي إذا اتفق الخصوم على الصلح، فلا تكون هناك دعوى لحمايتها، غير أنه إذا ثار خلاف بصدد تفسير الصلح، فمن الجائز أن ترفع دعوى بطلب تفسيره وتحديد حقوق أطرافه، وقد أجازت المادة (٧٠٩) من القانون المدني العراقي على رفع دعوى المطالبة ببديل الصلح^(٤).

البحث الثاني

أحكام الدفع بعدم القبول وأثارها

(٣) د. أحمد أبو الوفا - مصدر سابق - ص ٨٦٤.

(٤) راجع: المادة (٢٥٣) مرافعات عراقي.

(٥) الطعن رقم: ٦٩٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ س ٣٢/ أشار إليه: هشام الطويل - مصدر سابق - ص ٣٤٥.

(١) د. عباس العبودي - شرح أحكام المرافعات - مصدر سابق - ص ٢١٤.

لم يرد في قانون المرافعات العراقي نصوصاً دقيقة بشأن قواعد الدفع بعدم القبول، من حيث مدى اعتبار التكلم في الموضوع نزولاً عن الحق في إبداء هذا الدفع، وهل يتوجب على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى؟ كما لم تعالج النصوص القانونية مدى استنفاد محاكم الدرجة الأولى لولايتها عند قبول الدفع بعدم القبول.

فضلاً عن ذلك لم يوضح المشرع العراقي كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول، فهل يتم الفصل فيه بصورة مستقلة عن الموضوع، أم يتوجب عليها الحكم في الدفع والموضوع معاً؟

إن الحكم بصحة الدفع بعدم القبول يترتب عليها جملة آثار، لكون هذا الدفع من الإجراءات القضائية إذ يعد الإجراء القضائي مسكلاً إيجابياً ويكون جزءاً من الخصومة، ويرتب المشرع عليه الآثار القانونية بما يخدم عملية نظر الدعوى. ومن أجل الإحاطة بما تقدم، سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول : أحكام الدفع بعدم القبول.

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على الحكم بصحة الدفع بعدم القبول.

المطلب الأول

أحكام الدفع بعدم القبول

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى أهم القواعد التي تحكم الدفع بعدم القبول، والتي تمنح هذا الدفع خصوصية تميزه عن باقي الدفوع وإن كانت بعض هذه القواعد تلتقي بتلك الدفوع، كذلك سنلقي الضوء على كيفية الفصل في هذا الدفع من قبل المحاكم، وذلك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول : قواعد الدفع بعدم القبول.

الفرع الثاني : كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول.

الفرع الأول

قواعد الدفع بعدم القبول

تبدو أهمية قواعد الدفع بعدم القبول، من كونها المحاور الرئيسية لهذا الدفع والتي من خلالها يتميز هذا الدفع عن الدفوع الأخرى، ومن أهم القواعد القانونية التي تحكم هذا الدفع:

أولاً : وقت إثارة الدفع بعدم القبول

أجازت التشريعات المقارنة^(١) للخصم إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى، بمعنى أنه لا يسقط الحق في إبدائه بالكلام في الموضوع، بل يجوز أن يبديه الخصم في أية مرحلة تكون عليها الإجراءات، كما أنه لا يلزم تقديم الدفوع بعدم القبول معاً، وإنما يعامل معاملة الدفوع الموضوعية.

ولا ترجع علة هذه القاعدة إلى أن الدفع بعدم القبول يعد من الدفوع المتعلقة بالنظام العام – وإن كانت أكثر صور هذا الدفع متعلقة به – بل أن الأمر يتوقف على سبب عدم القبول، وهل هو مخالف لقاعدة مقررة لحماية مصلحة خاصة أو قاعدة من قواعد النظام العام^(٢).

فإن كان سببه يتعلق بالمصلحة العامة، مثل عدم قبول الدعوى لعدم توجه الخصومه، فإن الدفع عندها يكون متعلقاً بالنظام العام، وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية^(٣) "أن محكمة الموضوع قررت إجراء الكشف على وفق الطلب رغم دفع المطلوب الكشف ضده بعدم توجه الخصومه، وحيث أن الخصومة في الدعوى تختص المحكمة بالتحقيق فيها ولو من تلقاء نفسها لأنها من النظام العام استناداً إلى أحكام المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية ومما ينطبق على الدعوى في هذا الخصوص يسري على الطلبات المتعلقة بالقضاء المستعجل (المادة ١٥٠ من قانون المرافعات المدنية) فكان على المحكمة قبل اتخاذ أي إجراء التحقق من الخصومة في طلب الكشف المستعجل ومعرفة الخصم الحقيقي لإجراء الكشف لمواجهته حفاظاً على حقوقه وحقوق طالب الكشف، عليه وحيث أن المحكمة سارت بخلاف ذلك قرر نقض قرارها بعدم الاستجابة لطلب التأكد من الخصومه".

أما إذا كان سبب الدفع بعدم القبول يتعلق بالمصلحة الخاصة، مثل عدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين، كان الدفع متعلقاً بالمصلحة الخاصة.

تجدر الإشارة بهذا الصدد، أن الدفع بعدم القبول يتفق مع الدفوع الموضوعية من كون الدفوع من الجائز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى. إن قاعدة جواز إبداء الدفع بعدم قبول الدعوى في أية حالة تكون عليها الإجراءات إنما ترجع إلى طبيعة هذا الدفع، فبما أن موضوع هذا الدفع هو نفي

(١) راجع الفقرة (٢) من المادة (٨٠) مرافعات عراقي / المادة (١١٥) مرافعات مصري – المادة (٦٣) أصول لبناني – المادة (١٢٣) إجراءات فرنسي.

(٢) د.وجدي راغب - مصدر سابق - ص ٢٢٠.

(٣) رقم القرار ٢٠٣/مستعجل/١٩٨٩ – أشار إليه مدحت المحمود – شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية – ط ١ – بغداد – ٢٠٠٥ – ص ١٣٣.

حق الدعوى لعدم توافر شرط من شروطه، وبما أن حق الدعوى هو حق الحصول على حكم في الموضوع، فإن العبرة في وجوده لا تكون بتوافر شروطه عند رفع الدعوى وإنما وقت الحكم في الموضوع، ولذا يكون من المنطق تمكين الخصم من التمسك بتخلف هذه الشروط في أية مرحلة قبل الحكم في الموضوع^(١).

ولعل من يتساءل عن دور المحكمة في إثارة هذا الدفع؟ للإجابة عن هذا التساؤل لابد من الإشارة إلى أن مبدأ حياد القاضي يمنع على المحكمة تدخلها في الدعوى لكونها تمس حقوقاً خاصة، فكما لا يجوز الحكم للمدعي بشيء دون طلب منه، فكذلك لا يجوز للمحكمة إثارة الدفع بعدم القبول من تلقاء نفسها^(٢). إلا أن سلطة المحكمة في إثارة هذا الدفع يختلف باختلاف طبيعة هذا الدفع، ومدى تعلقه بالنظام العام من عدمه، فإن تعلق بالنظام العام كان على المحكمة إثارة الدفع من تلقاء نفسها، وتتفق الدفوع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية المطلقة (أي المتعلقة بالنظام العام) لأن الدفع بعدم القبول يتصل بالغالبة بقاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام، كما هي الدفوع الشكلية المتعلقة بالاختصاص الوظيفي والنوعي، الأمر الذي يحتم على المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها.

وقد يسيء الخصم استعمال الدفع بعدم القبول من خلال تأخره في إبداء هذا الدفع في وقت مبكر، بقصد المماطلة والتأخر في حسم الدعوى في وقت قصير نسبياً، ومن ثم يتمسك بهذا الدفع في وقت متأخر، مستفيداً من طبيعة هذا الدفع، الأمر الذي يقضي معه على الجهد المبذول من قبل المحكمة، فضلاً عما يلحق الخصم الآخر من ضرر، وإزاء هذه الحالة نقترح على المشرع العراقي التعامل بصرامة مع الخصم المتعسف في استعمال الدفع بعدم القبول، من خلال النص على منح القاضي سلطة تقديرية في عدم سماع الدفع التعسفي، والحكم على مثيره بالجزاءات المناسبة.

عليه نقترح النص الآتي:

"١. للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم سماع الدفع بعدم القبول متى ما كان مبنياً على أسباب غير جدية، أو كان الخصم قد أثار هذا الدفع بقصد المماطلة وإطالة أمد الدعوى.

٢. للخصم المتضرر من الدفع التعسفي المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وذلك بعريضة يقدمها إلى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بحقه في المطالبة بالمصاريف التي أنفقها بذلك الشأن".

(١) د. وجددي راغب - مصدر سابق - ص ٢٢٠.

(٢) د. عباس العبودي - شرح أحكام المرافعات - مصدر سابق - ص ٣٠٩.

ثانياً : حجية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول

إذا كان الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى، إذ يحوز حجية الشيء المحكوم به، وإذا كان الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي يمثل عائقاً مؤقتاً للدعوى، بحيث يقتصر أثره على إلغاء إجراءات الدعوى، إذ يجوز لصاحب المصلحة تجديد الدعوى ما لم يكن حقه قد سقط لسبب من أسباب السقوط، إلا أن الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول يتميز عن الدفوع الأخرى، من حيث عدم إمكانية وضع حكم عام يتعلق بأثره. فأحياناً يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى، كما هو الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق في رفع دعوى الحيازة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق، وأحياناً أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم القبول على إلغاء إجراءات الدعوى ويكون من الممكن تجديدها، كما لو رفعت الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها^(١).

إذن لا يحوز الحكم في الدفع بعدم القبول – كقاعدة عامة - حجية الشيء المقضي فيه، لأن هذه الحجية إنما تترتب على القضاء الموضوعي، أي على الأحكام الفاصلة في الموضوع، أما الحكم بعدم القبول فلا يعد قضاء موضوعياً، لأنه لا يفصل في الموضوع، لذا لا يترتب حجية الشيء المقضي فيه، وهكذا يجوز بعد الحكم عدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة، أن تقبل ذات الدعوى من جديد متى توافرت المصلحة^(٢).

ويتفق الدفع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية في هذه المسألة، إذ لا يحوز الحكم الصادر في كلا الدفوعين حجية الشيء المقضي فيه، فيجوز إقامة الدعوى وتجديدها مرة ثانية طالما لم يسبق الفصل في موضوعها، وكان المانع مؤقتاً كأن تكون الدعوى غير متوجهة، أما إذا كان أساس الدفع بعدم القبول مانعاً دائماً كالدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد سنة من التعرض، فإن الحكم الصادر بعدم القبول استناداً إلى سقوط الحق في الدعوى سوف يمنع المحكمة من جواز تجديدها مرة ثانية^(٣).

تجدر الإشارة أن القضاء المصري – وكما سبق بيانه – متأثر بالفكرة القائلة بضرورة إدماج الدفع بعدم القبول مع الدفع الموضوعي، بحيث تطبق عليه أحكام الأخير، حتى فيما يتعلق بحجية الحكم الصادر في الدفع بعدم القبول، حيث

(١) د. أحمد أبو الوفا – مصدر سابق – ص ٨٩٠.

(٢) د. وجدي راغب – مصدر سابق – ص ٢٢٢.

(٣) د. عباس العبودي – شرح أحكام المرافعات – مصدر سابق – ص ٣٠٩.

جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية^(١) "الدفع بعدم القبول لانعدام صفة المدعي - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتها ويترتب على قبوله أن يخسر المدعي دعواه بحيث لا يستطيع العودة إليها".

وفي الوقت الذي نكن كل الاحترام للقضاء المصري، إلا أننا لا نجد ما يبرر موقفه بخصوص إلحاق الدفع بعدم القبول بالدفع الموضوعي.

فاتجاه القضاء المصري - باعتقادنا - محل نظر، والدليل على رأينا أن التشريعات - ومنها المصري - يميز الدفع بعدم القبول عن غيره من الدفع الموضوعية، ويفرد له نصوصاً خاصة به مما يعني استقلاله عنها.

ثالثاً : مدى استنفاد المحكمة لولايتها عند الحكم في الدفع بعدم القبول

يتجه القضاء المصري - وكما سبق ذكره - يؤيده بعض الفقهاء^(٢) إلى عد الحكم في الدفع بعدم القبول كالحكم في الدفع الموضوعي، فإذا قضت المحكمة بقبوله فإنها تستنفذ ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى، بحيث يطرح الاستئناف المرفوع عن هذا الحكم الدعوى برمتها على المحكمة الاستئنافية، فلا يجوز للمحكمة الاستئنافية إذا ما ألغت الحكم، أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى لنظر موضوعها.

ويؤكد هذا الاتجاه، أن هذا الإجراء لا يعد إخلالاً بحق التقاضي على درجتين، ولو أن المحكمة الاستئنافية تنظر الموضوع في هذه الحالة لأول مرة في الواقع، أي أن الموضوع لا يبحث أمام القضاء إلا مرة واحدة، وذلك على أساس أن الدفع بعدم القبول دفع موضوعي، والحكم فيه حكم في الموضوع يستنفذ سلطة المحكمة التي أصدرته بالنسبة للموضوع.

إلا أن جمهور الفقه^(٣) ينتقد بحق - ونحن معه - اتجاه القضاء وموقف الفقه السابقين، على أساس أن الحكم الصادر بقبول الدفع لا يعد حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى، ومن ثم فإنه لا يجوز للمحكمة الاستئنافية أن تفصل في الموضوع إذا ما ألغت حكم محكمة الدرجة الأولى، وإنما يتعين عليها أن تعيد إليها الدعوى لتتظر في موضوعها، والقول بغير ذلك معناه أن تفصل المحكمة

(١) الطعن رقم ٥٢٠ لسنة ٣٤ من جلسة ١٩٧٠/١/٧ س ٢١ ص ١٨/ أشار إليه هشام الطويل - مصدر سابق - ص ١٣٢.

(٢) د. عبد المنعم الشرقاوي - مصدر سابق - ص ١٢٨/ د. عبد الباسط جميعي - مصدر سابق - ص ٤٧١-٤٧٢.

(٣) د. وجدي راغب - مصدر سابق - ص ٢٢٣/ د. أحمد السيد صاوي - مصدر سابق - ص ٢٣٥/ د. أمينة النمر - مصدر سابق - ص ١٣٩/ د. محمود محمد هاشم - مصدر سابق - ص ٢٧٧.

الاستئنافية في موضوع لم يسبق الفصل فيه من محكمة الدرجة الأولى، الأمر الذي يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضي.

الفرع الثاني

كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول

لم ينص المشرع العراقي على كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول على عكس الدفوع الشكلية حيث أفاض المشرع في إجراءات الدفع الشكلي ونظم له أحكاماً خاصة في كيفية النظر ومن ثم الفصل فيه.

إن سكوت المشرع العراقي بهذا الصدد، لا يعني بالضرورة ضم هذا الدفع إلى الموضوع ومن ثم الفصل فيه مع الموضوع، وإنما يجب على المحكمة أن تفصل فيه - كقاعدة عامة - على وجه الاستقلال قبل الفصل في موضوع الدعوى، لأنه يثير مسألة أولية سابقة على الفصل في الموضوع، وهي مسألة قبول الدعوى.

وقد يغني الحكم في هذا الدفع عن الاستمرار في نظر موضوع الدعوى، وإذا رأت المحكمة ضرورة ضم الدفع إلى الموضوع، فيجب عليها أن تتبّه الخصوم إلى ذلك، حتى يمكنهم التقدم بدفاعهم ودفوعهم الموضوعية، كما يجب عليها أن تبين في حكمها ما فصلت فيه في كل من الدفع والموضوع وتسبب كل منهما.

وإزاء هذا النقص التشريعي في كيفية الفصل في هذا الدفع، نقترح على المشرع العراقي إيراد النص الآتي

"١- تفصل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى في الدفع بعدم القبول أولاً من أجل عدم التعرض للموضوع إن هي أجابت المتمسك بالدفع إلى ادعائه.

٢- وإذا تعذر على المحكمة الحكم في الدفع بعدم القبول على وجه الاستقلال، لوجود ارتباط بين الدفع والموضوع، عندها تحكم فيهما بقرار واحد، شرط أن تبين فيه حكمها ما فصلت فيه من الدفع والموضوع".

ويجوز إبداء هذا الدفع - كغيره من الدفوع - شفاهه سواء في حضور الخصم الآخر أو في غيبته، ويجوز أن يبدي كتاباً.

إن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاءً ضمناً برفض الدفع بعدم القبول، إلا أن التعرض للموضوع من جانب الخصم الذي دفع بعدم القبول لا يعد رضاً ضمناً عن الحكم الصادر برفض الدفع، فيجوز له بعد صدور الحكم في الموضوع أن يطعن في الحكم

الأول^(١). فضلاً عما تقدم، فإن الحكم بعدم قبول الدعوى برمتها يقبل الطعن فوراً لأنها قرارات تنتهي بها الدعوى، على عكس القرارات التي تصدر أثناء سير المرافعة حيث لا يجوز الطعن فيها إلا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى^(٢). وإذا قضت المحكمة بعدم قبول بعض الطلبات وقبول الطلبات الأخرى، فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن إلا بعد صدور الحكم في كل الدعوى^(٣). إن الدفع بعدم القبول بوصفه إجراءً قضائياً صارماً، لا بد وأن يحرص المشرع على تلطيف تأثيره على الدعوى، بحيث لا يكون سيفاً مسلطاً بيد المدعى عليه يستعمله كيفما شاء، وبعبارة أخرى إمكانية زواله بتصحيح الإجراء المعيب، من هنا نقترح إيراد النص الآتي "لا يحكم بعدم قبول الدعوى إذا زال سبب عدم قبولها، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها تصحيح شكل الدعوى". إن إيراد هكذا نصوص كفيل بتحقيق موازنة عادلة وبالشكل الذي يضمن المصلحة العامة وبالمقابل لا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع عليه.

الطلب الثاني

الآثار المترتبة على الحكم بصحة الدفع بعدم القبول

إن إثارة الدفع بعدم قبول الدعوى أمام المحكمة يعني توقع أحد احتمالين، الأول، قبول الدعوى (أي عدم صحة الدفع) الثاني، عدم قبول الدعوى (بمعنى صحة الدفع)، ففي الاحتمال الأول لا يكون الدفع المقدم من المدعى عليه منتجاً، أي أن الدفع المقدم غير صحيح لكون الدعوى مستوفية لكافة شرائطها القانونية، ففي هذه الحالة تستمر المحكمة في نظر الدعوى وصولاً إلى إصدار الحكم فيها. أما الاحتمال الثاني - وهو ما يتعلق بصلب الموضوع - فهو الحكم بصحة الدفع المقدم من المدعى عليه بعدم قبول الدعوى، ففي هذه الحالة تترتب آثاراً محددة تنعكس مباشرة على سير الدعوى، وهو ما سيتم بحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: زوال الإجراءات والآثار المترتبة على إقامة الدعوى.

الفرع الثاني: منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى.

الفرع الأول

زوال الإجراءات والآثار المترتبة على إقامة الدعوى

(١) د. أحمد أبو الوفا - مصدر سابق - ص ٩٠٠-٩٠١.

(٢) راجع: المادة (١٧٠) مرافعات عراقي - المادة (٢١٢) مرافعات مصري.

(٣) د. أحمد أبو الوفا - مصدر سابق - ص ٩٠١.

إن الحكم بقبول الدفع يترتب عليها زوال الإجراءات المتخذة في الدعوى، فالدعوى بوصفها إجراءً قضائياً لا تعد منتجة ما لم تباشر وفق الأسس الصحيحة، وفي مقدمتها ضرورة توافر الشروط المحددة لقبولها، فضلاً عن إقامتها في المواعيد المقررة، وبخلاف ذلك لا تعد الدعوى مقبولة، وغير جديرة بالحماية.

والإجراءات الأكثر عرضة للزوال في هذا الصدد، هي الإجراءات التنظيمية المتعلقة بالدعوى، خصوصاً إجراءات التبليغ، والمواعيد المقررة من قبل المحكمة، فضلاً عن عريضة الدعوى نفسها. ويورد اتجاه في الفقه استثناءً من هذه الإجراءات القابلة للزوال إعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات، فهناك أعمال تبقى رغم زوال الدعوى، مثل ذلك الأحكام القطعية الصادرة في الدعوى، والأعمال الإجرائية السابقة عليه والتي يعتمد عليها الحكم، فضلاً عن الإقرارات الصادرة من الخصوم والإيمان التي حلفوها، كما تبقى إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت، فهذه الإجراءات أو الأعمال يمكن التمسك بها في الدعوى الجديدة ما لم تكن في ذاتها باطلة^(١).

كما تبقى الأعمال والإجراءات الممهدة للدعوى، كما في حالة أعدار المدين أو توكيل محام، أو الأذن الذي يحصل عليه القاصر بالتقاضي إذا جرت قبل إقامة الدعوى على أنه إذا تمسك الخصم بهذه الأعمال والإجراءات بعد إقامة الدعوى، فإن تلك الأعمال تعد إجراءات قضائية، ومن ثم تكون عرضة للزوال إذا ما تم الحكم بقبول الدفع المذكور^(٢). إن زوال إجراءات الدعوى - بسبب الحكم بصحة الدفع بعدم القبول - يعني عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبيل رفع الدعوى، وكأنها لم ترفع قط^(٣).

فإن أراد المدعي تجديد أذعائه، تحتم عليه رفع دعواه من جديد، مع مراعاة كافة الشروط اللازمة وبما يجعلها مقبولة وجديرة بحماية القضاء. وإذا كان الحكم بصحة الدفع بعدم قبول الدعوى يعني زوال إجراءاتها، واعتبارها كأن لم ترفع أساساً، فإن هذا يعني عدم ترتب أي آثار عليها، بمعنى زوال الآثار المترتبة على قيام الدعوى عموماً.

ومن أهم هذه الآثار، هي قيام حالة النزاع القضائي بين الخصوم، حيث يترتب على تقديم عريضة الدعوى أمام المحكمة نشوء حالة قانونية لم تكن موجودة ألا وهي قيام حالة النزاع، إذ تلتزم المحكمة بضرورة الفصل في عريضة

(١) د. نبيل إسماعيل عمر - مصدر سابق - ص ٣٠١.

(٢) راجع: د. عباس العبودي - شرح أحكام المرافعات - مصدر سابق - ص ١٣١.

(٣) د. أحمد أبو الوفا - مصدر سابق - ص ٩٠٣.

الدعوى وعدم التأخر فيها^(١). أما في حالة عدم قبول الدعوى، فلا يكون هناك نزاعاً بالمعنى الفني، لكون عريضة الدعوى ردت أصلاً، ومن ثم عاد الخصوم إلى مرحلة ما قبل رفع الدعوى (أي مرحلة ما قبل النزاع).

عليه يمكن الاستنتاج – بمفهوم المخالفة – بأن القاضي لا يعد ممتنعاً عن إحقاق الحق بسبب تأخره في إصدار الحكم^(٢)، لكون الدعوى غير قائمة أصلاً. كما لا يعد الحق متنازعاً فيه^(٣) ومن ثم لا توجد أية موانع تمنع القضاة من التعامل في تلك الحقوق كشرائها مثلاً كله أو بعضه^(٤).

وإذا لم تكن ثمة قيود تمنع من التعامل في تلك الحقوق في هذه الفرضية إلا أننا نعتقد بضرورة الابتعاد عن تلك المعاملات، إذ من شأنها جلب الشبهات على عمل القضاة، كما قد يكون عدم قبول الدعوى لسبب عارض، فإذا مازال سبب عدم قبول الدعوى، جاز للمدعي تجديد مطالبته، الأمر الذي ينهض معه النزاع، وبالتالي تصبح تلك الحقوق متنازع عليها، ومن ثم لا يجوز التعامل فيها وفقاً للقواعد العامة.

كما أن الحكم بقبول الدفع، يعني زوال الأثر المترتب على قطع مدة التقادم^(٥)، فلا يعد رفع الدعوى قاطعاً لمدة سقوط الحق بالتقادم، كما إذا حكم بعدم القبول لرفع الدعوى من غير ذي صفة أو على غير ذي صفة، فالحكم بصحة الدفع بعدم القبول مؤداه زوال هذا التقادم، أي أن الدعوى تعتبر وكأنها لم ترتب أي أثر في هذا التقادم، فلا يحصل أي انقطاع فيه، ولا تبدأ أية مدة جديدة، وكان التقادم لم ينقطع.

تجدر الإشارة، أن التقادم في التشريع العراقي لا يعد من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان، بل

(١) د. آدم الندوي - مصدر سابق - ص ١٦٤/ د. عباس العبودي - شرح أحكام المرافعات - مصدر سابق - ص ٢٢٣.

(٢) تنص م/٣٠/ مرافعات عراقي "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، وبعد أيضاً التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق".

(٣) تنص (ف٢) من المادة (٥٩٣) مدني عراقي "ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان قد رفعت فيه دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي"، تقابلها المادة (٤٦٩) مدني مصري.

(٤) راجع م(٥٩٥) مدني عراقي، تقابلها المواد (٤٧١، ٤٧٢) مدني مصري.

(٥) تنص ف(١) من المادة (٤٣٧) مدني عراقي على أنه "تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط معتقراً، فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها" تقابلها المادة (٣٨٣) مدني مصري.

يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين^(١).

إن المطالبة القضائية وإن كانت تعد بداية لسريان الفوائد القانونية، كما نصت على ذلك المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي بقولها "إذ كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير، فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

إلا أن صدور حكم بعدم قبول الطلب القضائي يعني عدم وجود مطالبة قضائية ومن ثم لا يمكن القول بسريان الفوائد القانونية، فإن كان الطلب القضائي يعد تاريخاً لسريان الفوائد، فلا وجود لهذا الطلب أصلاً، لكونه افتقد – ومنذ بدايته – لشروط ضروري من شروط قبوله.

إن هذا الافتقاد تم التأكد منه بصدور الحكم بعدم القبول، وتم التأكد أيضاً من أن المدعي ليس له أي حق في طلب الحماية القضائية، وبناءً على ذلك، فبالحكم بعدم القبول يترتب على ذلك زوال الدعوى بكافة إجراءاتها وآثارها، ومن ثم عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الطلب القضائي^(٢).

الفرع الثاني

منع الحكمة من الفصل في موضوع الدعوى

الأصل أن المحاكم – وكقاعدة عامة – هي صاحبة الاختصاص في نظر الدعاوى كافة بما لها من ولاية عامة في ذلك، إذ تنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات العراقي على أنه "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص".

كما نصت المادة (٣٠) من القانون المذكور على أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق...".

(١) راجع ف(١) من المادة (٤٤٢) مدني عراقي.

(٢) د.نبيل إسماعيل عمر – مصدر سابق – ص ٣٠٢.

يمكن - ومن خلال هذه النصوص - معرفة الواجب الأساسي الملقى على عاتق المحكمة ويتمثل بالفصل في المنازعات المعروضة عليها، وبخلافه تكون قد ارتكبت خطأ قانونياً يوجب مساءلتها، فالامتناع عن الفصل في الدعوى، يعني أن القاضي قد امتنع عن إحقاق الحق، هذه الحالة - إن حدثت - تبرر للخصوم إمكانية مساءلة القاضي من خلال تقديم الشكوى ضده.

إلا أن امتناع المحكمة من الفصل في الدعوى قد يكون سببه المشرع نفسه كما في حالة الحكم بصحة الدفع بعدم القبول، إذ يترتب على قبول هذا الدفع منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى، وهذا المنع قد يكون نهائياً، أي لا تجوز إعادة الدعوى أمام المحكمة مجدداً، وقد يكون المنع من نظر الدعوى - للحكم بعدم قبولها - منعاً مؤقتاً، وكما سيأتي بيانه:

أولاً: منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى بشكل نهائي

إذا كان الدفع بعدم القبول مبنياً على سقوط الحق في استعمال الدعوى، فهذا يعني منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى بشكل نهائي، أي لا تجوز إعادة الدعوى أمام المحكمة وإلا دفع بسبق الفصل فيها^(١).

إن أساس منع المحكمة من الفصل في الدعوى في هذه الحالة، ترجع إلى أن الحكم بقبول الدفع يحوز حجية الشيء المقضي فيه، وبالتالي لا يجوز رفع هذه الدعوى مرة ثانية^(٢).

والأمثلة على هذه الحالة عديدة، لعل من أبرزها الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد سنة من تاريخ التعرض، كذلك الدفع بعدم قبول الطعن لرفعه بعد الميعاد، إذ تعد مواعيد الطعن حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن^(٣). ومن الأمثلة الأخرى لهذه الحالة، الدفع بعدم قبول الدعوى لانقضاء الدين بالتقادم.

تجدر الإشارة، أنه كلما تناولت المدة حقاً من الحقوق، وأدت إلى انقضائه، عد الدفع الموجه من الخصم بزوال الدعوى التي تكفل حماية الحق من الدفع بعدم القبول، وذلك على تقدير أن الحق بانقضاء الميعاد المحدد لاستعماله، تزول عنه حماية القانون^(٤). والقاعدة أن للخصم التمسك بسقوط الحق في أية حالة تكون عليها الدعوى، ولو بعد التعرض للموضوع، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

(١) د. أمينة النمر - مصدر سابق - ص ١٣٩.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر - مصدر سابق - ص ٣٠٤.

(٣) راجع: المادة (١٧١) مرافعات عراقية - المادة (٢١٥) مرافعات مصري - المادة (٦١٨) أصول لبناني.

(٤) د. أحمد أبو الوفا - مصدر سابق - ص ٨٧١.

حيث قضت محكمة النقض المصرية^(١) في قرار لها بأن "الدفع بعدم قبول المعارضة شكلاً لرفعها بعد الميعاد ليس من أوجه البطلان أو الدفع التي يسقط الحق في إبدائها إذا أغفل الخصم التمسك بها في صحيفة الطعن أو تحدث في الموضوع قبل التمسك بها، بل هو دفع بعدم قبول الدعوى، يجوز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى".

وطبقاً للقواعد العامة، فإن المحكمة لا تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها ما لم يكن جزءاً على مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام.

ثانياً: منع المحكمة من الفصل في موضوع الدعوى بشكل مؤقت

يكون المنع من نظر الدعوى، للحكم بعدم قبولها منعاً مؤقتاً، إذا كان الدفع بعدم القبول مبني على عدم توافر الشروط اللازمة للالتجاء إلى القضاء^(٢). ففي هذه الحالة يقتصر أثر الحكم بعدم القبول على إلغاء إجراءات الدعوى، ويكون من الممكن تجديدها مرة ثانية، طالما لم يسبق الفصل في موضوعها. ومن صور هذه الحالة، رفع الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها، أو حالة عدم توجه الدعوى، أو كون المصلحة غير قائمة.

من هنا تظهر الطبيعة المتميزة التي يتسم بها الدفع بعدم القبول، فتارةً يقترب من الدفوع الموضوعية عندما يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى، أي يكون هناك مانعاً دائماً يمنع المحكمة من الفصل في الدعوى، لكون الحكم الصادر بعدم القبول مستنداً إلى سقوط الحق في الدعوى. وتارةً أخرى يقترب هذا الدفع من الدفوع الشكلية، عندما يقتصر أثره على إلغاء إجراءات الدعوى، دون الخوض في المضمون، فهنا يكون المانع من نظر الدعوى مؤقتاً، إذ يزول سببه عندما يصحح الخصم من مسار دعواه، وبالشكل الذي يجعلها مستوفية لكافة شرائطها القانونية، ومن ثم تكون مقبولة لدى القضاء.

الخاتمة :

تتناول الخاتمة أهم النتائج التي تم التوصل إليها، والمقترحات التي نأمل أن تؤخذ بعين الاعتبار، وكما يأتي بيانه:

أولاً: النتائج :

(١) نقض ٢٤ - أبريل - ١٩٥٢. مجموعة أحكام الدائرة المدنية (٣) العدد الثالث - ص ٩٥٠ - أشار إليه د. أحمد أبو الوفا - الإشارة السابقة - ص ٨٧٣-٨٧٤.

(٢) د. أمينة النمر - مصدر سابق - ص ١٣٩.

١. إن الدفع بعدم القبول، هي وسيلة دفاع يرمي إلى إنكار وجود الدعوى أساساً، من خلال التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى، سواء كانت شروطها العامة أو الخاصة، الإيجابية أو السلبية.

٢. يسلب الدفع بعدم القبول سلطة المدعي في استعمال الدعوى، كون هذه السلطة لم تباشر وفق الشكل المحدد له، ومن ثم أصبحت وسيلة المدعي (الدعوى) غير قادرة للمطالبة بالحقوق.

٣. غموض هذا الدفع، وعدم وضوح معالمه، أدى إلى حصول اضطراب في بيان طبيعته القانونية لدى الفقهاء، الأمر الذي دفع بالفقه التقليدي إلى ضرورة إلغاء الدفع بعدم القبول، لما يحيط به من مشاكل، وإدماجه داخل طائفة الدفع الشكلية.

إلا أن فلسفة هذا الاتجاه لم يلق التأييد من قبل أنصار الاتجاه الحديث، الذين يرون أن إدماج هذا الدفع ضمن طائفة الدفع الشكلية، يعد مصادرة على المطلوب، والحل الأنسب - في نظرهم - إجراء تفرقة دقيقة داخل الدفع بعدم القبول، فما اتصل من هذه الدفع بالإجراءات، سمي بالدفع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات، وما تعلق بالموضوع من هذه الدفع، سمي بالدفع بعدم القبول المتعلقة بالموضوع.

٤. إن الرأي المستقر عليه لدى أغلب الفقهاء، يعد الدفع بعدم القبول دفعاً مستقلاً وقائماً بذاته، ولا يؤثر فيه وجود بعض ملامح التشابه ما بين أحكامه وأحكام الدفع الأخرى، فهذا الدفع يشكل نوعاً ثالثاً من الدفع يقع في مرحلة وسطى ما بين الدفع الشكلية والموضوعية.

٥. إذا كانت التشريعات قد أجازت للخصم إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى، إلا أن هذا لا يعني أن هذا الدفع يعد من قبيل الدفع المتعلقة بالنظام العام، بل أن الأمر يتوقف على سبب عدم القبول، وهل هو مخالف لقاعدة مقررة لحماية مصلحة خاصة، أو قاعدة من قواعد النظام العام.

٦. إن الحكم الصادر بقبول هذا الدفع يتميز عن الدفع الأخرى من حيث عدم إمكانية وضع حكم عام يتعلق بأثره، فأحياناً يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى، وأحياناً أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم القبول على إلغاء إجراءات الدعوى ويكون من الممكن تجديدها.

٧. يعد الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض للدفع من جانب المحكمة قضاءً ضمناً برفض الدفع بعدم القبول، إلا أن التعرض للموضوع من جانب الخصم الذي دفع بعدم القبول لا يعد رضاً ضمناً عن الحكم الصادر برفض الدفع.

ثانياً: المقترحات :

١. لم يشر المشرع العراقي إلى تسمية الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات بصريح العبارة، على عكس التشريعات المقارنة، وإنما اكتفى بالنص على صورة من صور هذا الدفع، وهي حالة عدم توجه الخصومة، إن هذا الموقف لا يتناسب مطلقاً مع الأهمية التي يحتلها هذا الدفع والخلاف الحاصل بشأنه. من هنا نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر في موقفه هذا، وإعطاء الموضوع الأهمية التي يحتلها، من خلال بيان مفهوم هذا الدفع بشكل واضح والابتعاد عن النصوص المقتضبة والتي لا توضح معالمه بكافة تفاصيله من أحكام وآثار.

٢. قد يسيء الخصم استعمال الدفع بعدم القبول، من خلال تأخره في إبداء هذا الدفع في وقت مبكر بقصد المماطلة والتأخر في حسم الدعوى في وقت قصير نسبياً، ومن ثم يتمسك بهذا الدفع في وقت متأخر، مستفيداً من طبيعة هذا الدفع الأمر الذي يقضي معه على الجهد المبذول من قبل المحكمة، فضلاً عما يلحق الخصم الآخر من ضرر.

إزاء هذه الحالة نقترح على المشرع العراقي التعامل بصرامة مع الخصم المتعسف في استعمال هذا الدفع، من خلال النص على ما يأتي:

"١- للمحكمة ولو من تلقاء نفسها، أن تحكم بعدم سماع الدفع بعدم القبول متى ما كان مبنياً على أسباب غير جدية، أو كان الخصم قد أثار هذا الدفع بقصد المماطلة، وإطالة أمد الدعوى.

٢- للخصم المتضرر من الدفع التعسفي المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وذلك بتقديمه عريضة إلى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بحقه في المطالبة بالمصاريف التي أنفقها بذلك الشأن".

٣. لم ينص المشرع العراقي على كيفية الفصل في الدفع بعدم القبول، على عكس الدفوع الشكلية، حيث أفاض المشرع في بيان إجراءات الدفع الشكلي، ونظم له أحكاماً خاصة في كيفية النظر ومن ثم الفصل فيه. وأمام هذا النقص التشريعي في كيفية الفصل في هذا الدفع، نقترح على المشرع العراقي إيراد النص الآتي:

"١- تفصل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى في الدفع بعدم القبول أولاً من أجل عدم التعرض للموضوع إن هي أجابت المتمسك بالدفع إلى ادعائه.

٢- وإذا تعذر على المحكمة الحكم في الدفع بعدم القبول على وجه الاستقلال، لوجود ارتباط بين الدفع والموضوع، عندها تحكم فيهما بقرار واحد، شرط أن تبين في حكمها ما فصلت فيه من الدفع والموضوع".

٤. ضرورة أن يحرص المشرع على تلطيف تأثير الدفع بعدم القبول على الدعوى، بحيث لا يكون سيفاً مسلطاً بيد المدعى عليه يستعمله كيفما يشاء، وبعبارة أخرى إمكانية زوال هذا الدفع بتصحيح الإجراء المعيب.
من هنا نقترح ضرورة إيراد النص الآتي "لا يحكم بعدم قبول الدعوى إذا زال سبب عدم قبولها، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها تصحيح شكل الدعوى".

المصادر :

أولاً: الكتب القانونية :

١. د. أحمد أبو الوفا - نظرية الدفع في قانون المرافعات - ط ٨ - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٨.
٢. د. أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨١.
٣. د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - بلا سنة نشر.
٤. د. آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - طبع جامعة بغداد - ١٩٨٨.
٥. د. أمينة النمر - أصول المحاكمات المدنية - الدار الجامعية - بيروت - بلا سنة نشر.
٦. د. عباس العبودي - شرح أحكام قانون المرافعات المدنية - طبع جامعة الموصل - ٢٠٠٠.
٧. د. عباس العبودي - شرح أحكام قانون الإثبات العراقي - ط ٢ - طبع جامعة الموصل - ١٩٩٧.
٨. د. عبد الباسط جميعي - مبادئ المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٠.
٩. د. عبد المنعم الشرقاوي، د. فتحي والي - المرافعات المدنية - الكتاب الأول - دار النهضة العربية - القاهرة - ٧٦ - ١٩٧٧.
١٠. د. فارس علي عمر - سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي - دراسة مقارنة - بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق - العدد (٢٥) المجلد (١٧) السنة العاشرة.
١١. د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٨٧.
١٢. د. محمد محمود إبراهيم - الوجيز في المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٣.

١٣. د. محمود محمد هاشم - قانون القضاء المدني - ج ٢ - دار الفكر العربي - القاهرة - بلا سنة نشر.
١٤. مدحت المحمود - شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية - ط ١ - بغداد - ٢٠٠٥.
١٥. د. نبيل إسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني - ط ١ - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨١.
١٦. هشام الطويل - الدفع بعدم قبول الدعوى - منشأة المعارف - الإسكندرية - بلا سنة نشر.
١٧. د. وجدي راغب - مبادئ الخصومه المدنية - ط ١ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٨.

ثانياً: القوانين :

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٥. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة ١٩٧٥.
٦. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٧. قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.