الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

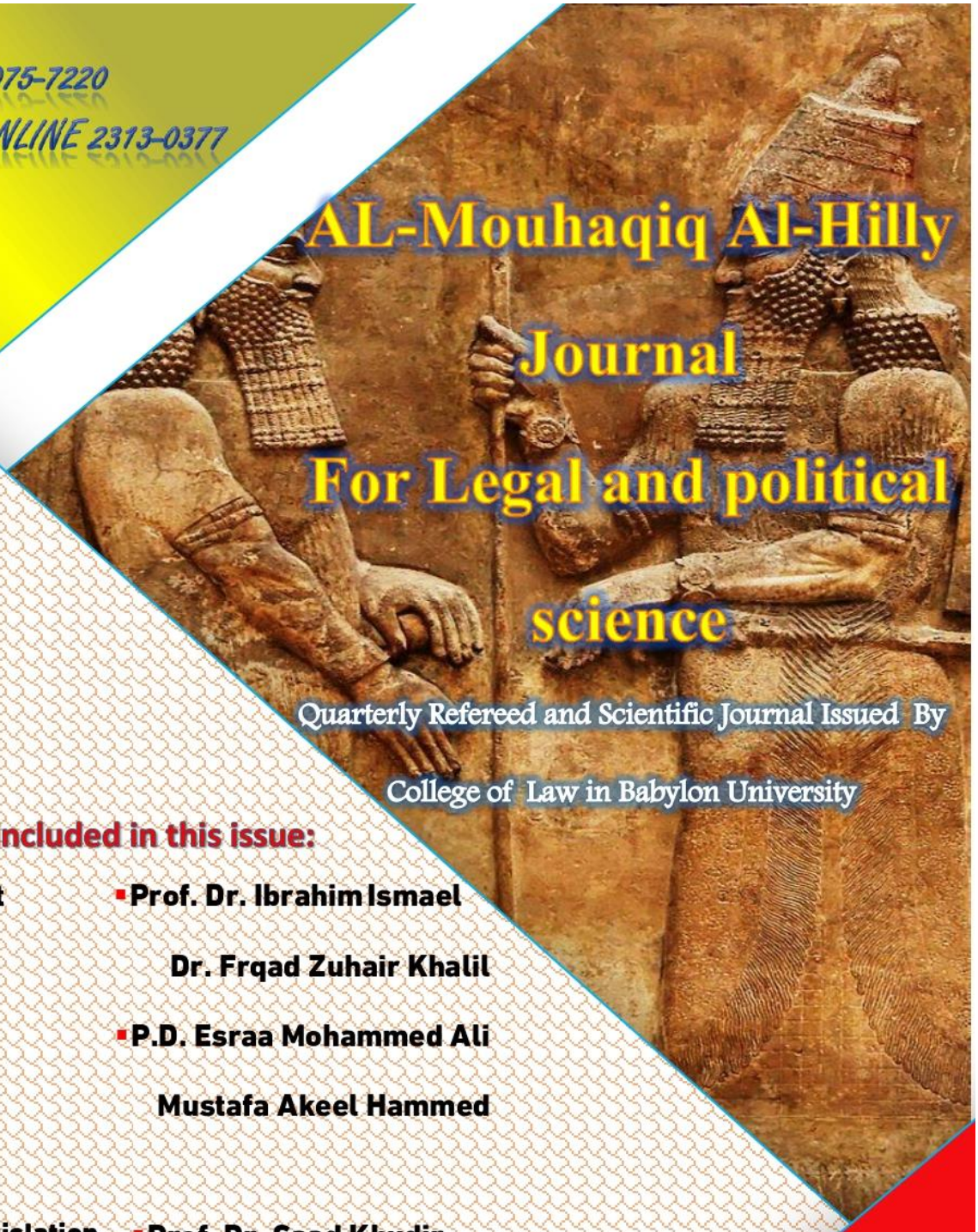
- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل
- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — م.د. فرقد زهير خليل
- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د اسراء محمد علي
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — مصطفى عقيل حميد / ا.د. سعد خضير عباس / أ.د.اسماعيل صحصاع غيدان / م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael**, **Dr. Frqad Zuhair Khalil**
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali**, **Mustafa Akeel Hammed**
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee**
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair**, **Iqbal Abdel Abbas**

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفي عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضه في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهه الاداريه في عقود الشراكه خدمه الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	ا.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	ا.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	ا.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	ا.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	ا.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	ا.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	ا.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	ا.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	ا.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	ا.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	ا.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمه اعطاء وصفه طبيه بمواد مخدرة او مؤثرات عقليه لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود احمد حسن حسون	٧٣١-٧٧٠
٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	ا.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التامين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥

٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	ا.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	ا.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحمايه الدوليه لحق السجين في الصحه (دراسه في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحمايه القانونيه للمؤشرات الجغرافيه التجاريه والاجار المترتبه عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شانها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطار الدستور والقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د فتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

انتقاص الاجراء القضائي

(دراسة تحليلية مقارنة)

اعداد : أ. د. وسن قاسم غني الخفاجي

جامعة بابل / كلية القانون

م.م. احمد خضير عباس أحمد

جامعة الكفيل / كلية القانون

ملخص البحث

من اجل الحد من فكرة البطلان الاجرائي، يقرر الفقه والتشريعات عدة وسائل للحد والتقليل من البطلان الاجرائي ومنها فكرة انتقاص الاجراء، وذلك للمحافظة من الاجراء المعيب نفسه وعلى غيره من الاجراءات وعلى الحقوق الموضوعية المراد حمايتها.

فبدلا من البطلان الذي يسري على كل الاجراء، يمكن تقليص البطلان بحدود الجزء المعيب، بحيث نحافظ على الاجراء في شق منه ونبطل الشق الاخر، فيزول العيب منه، وينطلق باتجاه ترتيب اثاره الايجابية في الدعوى.

١. المقدمة

يقتضي بحث موضوع (انتقاص الاجراء القضائي) بيان كل من جوهر فكر البحث واهميته واسباب الدراسة ومنهجية البحث فضلاً عن هيكليته وكما يأتي :-

اولا : جوهر فكرة البحث

الاجراء القضائي كمستلزم في الخصومة تندرج فيه عناصر شكلية وموضوعية لازمة لصحته، ولكي يرتب الاجراء اثره يفترض استجماع كل العناصر اللازمة لصحته بحيث يترتب على تخلف احدها او عدم مطابقتها لنموذجه القانوني، تعيّب الاجراء برمته، ولا يقف تأثير العيب عند حد الاجراء المعيب انما له اثار ممتدة لغيره من الاجراءات، ويمكن ايضا ان امتداد تأثيره الى خارج نطاق الاجراءات حينما يمس الحقوق الموضوعية وهو اقوى تأثير يمكن ان يصل اليه.

الا الوصف المتقدم، ينطبق على اجراءات معينة لا يكون فيها الا خيارين وهما الصحة او البطلان فقط، ولكن في اجراءات اخرى فقد تنجمع الصفتين في ذات الوقت، فيكون الاجراء صحيحا في شق منه، وباطلا في شق اخر، وهذه الفكرة ذاتها يوردها الفقه عند الحديث عن فكرة الانتقاص في التصرف القانوني الذي يعد الموطن الاساس لها، وهنا نتسأل هل لفكرة الانتقاص دور يمكن تطبيقه في الاجراء بحيث نستبعد جزء منه ونبقي على الجزء الاخر على الجزء الاخر، للمحافظة على الاجراء بالقدر المتبقي منه ؟، واذا كان الجواب نعم، فهل تنطبق ذات الشروط التي يوردها الفقه والقانون لفكرة انتقاص التصرف القانوني ؟، وما اثر الانتقاص على العيب الاجرائي وعلى الاجراء القضائي برمته ؟.

هذه الاسئلة وغيرها، يفترض ان نجيب عنها في صفحات هذا البحث.

ثانيا : اهمية البحث

تكمن أهمية دراسة فكرة انتقاص الاجراء القضائي في :-

١. تساهم هذه الدراسة في تركيز النظر على وسيلة غايتها الحفاظ على الاجراء القضائي، فبدلا من بطلان الاجراء بالكامل، ينحصر نطاقه في اضيق زاوية، وهذا ما يحافظ على المتبقي من الاجراء ذاته وعلى غيره من الاجراءات.
٢. كثيرا ما تكون الاجراءات القضائية مركبّه، نظراً لتعدد مواضيعها او الخصوم، كالدعوى القضائية التي ينجمع فيها اكثر من طلب او اكثر من خصم وكالحكم القضائي، ومن هنا تعد هذه الدراسة ركيزة اساسية لفهم فكرة الاجراء المركب، وطرق معالجة العيوب الواردة فيه.
٣. تقف امام تطبيق فكرة الانتقاص في الاجراء المعيب معوقات قد لا نتصورها في التصرف القانوني، وابرزها غياب دور الارادة في اغلب الاجراءات القضائية، واحتمال وجود التضامن بين الخصوم وكذلك فكرة عدم قابلية الدعوى للتجزئة، وما يقتضيه ذلك من وحدة الحل بالنسبة لجميع الخصوم، وفي هذه النقطة يتركز اهمية بحث فكرة الانتقاص في الاجراء القضائي على وجه التحديد، وعليه نجد ان اهمية دراسة الانتقاص على الصعيد الاجرائي يفوق بكثير اهمية دراسته في نطاق التصرف القانوني.

ثالثا : اسباب الدراسة

١. اعداد دراسة اكاديمية متكاملة لفكرة الانتقاص في خارج نطاق التصرف القانوني، لان اغلب من يتدارس هذه الفكرة يركزها في نطاق التصرف القانوني وخصوصا في العقد حتى غدت فكرة الانتقاص مرتبطة بالتصرف القانوني بشكل تلقائي، في حين لا يولي كثير من الفقه اهمية لها خارج نطاق التصرف كتطبيقها على الاجراء القضائي، ولذلك فهذه الدراسة يمكن ان تشكل منطلقا لإمكانية دراسة فكرة الانتقاص في نظم قانونية اخرى، كأدلة الاثبات او المعاهدات الدولية او القرارات الادارية.
٢. اولت بعض التشريعات لهذه الفكرة اهمية خاصة، ونصت عليها في قوانينها الاجرائية في اطار نظرية عامة تنطبق على كل صور الاجراء القضائي، في حين لم تدرج بعض القوانين الاهمية لهذه الفكرة، ولم تشير اليها بالرغم من حداثتها.
٣. دراسة فكرة الانتقاص والنظر الى إمكانية انطباق هذه الفكرة في الاجراء القضائي، وبيان مدى انطباق شروط انتقاص العقد على الاجراء القضائي ومحاولة الكشف عن اراء الفقه والقضاء بشأنها.

رابعا : منهجية البحث

يتناول هذا البحث وسيلة اجرائية للتقليل من البطلان الاجرائي اخذت حيزاً في بعض التشريعات، ولذلك سنعرض موقف قانون المرافعات المدنية العراقي مقارنة ببعض التشريعات كالقانون المصري والفرنسي بالإضافة الى موقف الفقه منها.

خامساَ : خطية البحث

يستلزم دراسة انتقاص الاجراء القضائي، بيان معنى الفكرة وتمييزها عن غيرها اولا، وبيان شروطها والاثار المترتبة عليها، وذلك بتقسيم البحث على ثلاثة مباحث، في الاول نتناول معنى

انتقاص الاجراء القضائي، ونميّز هذه الفكرة غيرها من المفاهيم، والثاني لشروط تطبيق هذه الفكرة، اما اثارها فيخصص لها المبحث الاخير.

المبحث الاول

مفهوم انتقاص الاجراء المعيب

لبيان مفهوم فكرة انتقاص الاجراء، يستلزم ذلك اولاً بيان معناها، ومن ثم ايراد ابرز نقاط التشابه والاختلاف مع بعض الافكار القانونية التي قد تختلط بيها كفكرة التحول والتصحيح. وسيكون ذلك بتقسيم المبحث على مطلبين، في الاول نتدارس معنى انتقاص الاجراء المعيب، اما في المطلب الثاني سيخصص لدراسة تمييز فكرة الانتقاص من غيرها.

المطلب الاول

معنى انتقاص الاجراء القضائي المعيب

في ظل الوضع الطبيعي فان الاجراء القضائي[١]، اما ان يكون مخالف للنموذج القانوني المرسوم له فيترتب اثر البطلان على كل الاجراء، بحيث يكون غير قادر على ترتيب اي اثر ايجابي في الخصومة القضائية، او ان يكون الاجراء مطابقا للنموذج القانوني او معيب بعيب غير موثر وحينها يرتب الاثار القانونية الصحيحة عليه، او ان يكون الاجراء مزيجا بين الصحة والبطلان بحيث يكون في شق منه صحيح وفي شق اخر باطل، ولكن بالرغم من وجود العيب فهو قادر على ترتيب اثار الصحة في نطاق معين، لذلك من الواجب ترك المجال لهذا الجزء لترتيب اثاره الصحيحة، وترك الجزء الاخر مرتبا لأثاره السلبية في حدود نطاقه فقط بحيث لا يمتد اثر العيب على الاجزاء التي لم يصبها.

ان الفصل بين اجزاء الاجراء القضائي بهذا الشكل يسمى بالانتقاص، وهو لا يجري بكل صور الاجراء القضائي، اذ يعتمد على الاجراءات التي تتحمل طبيعتها إعمال هذا الفصل، فالإجراء المركب بحكم طبيعته يمكن الفصل بين اجزائه بحيث يأخذ كل منها وصف معين بالنظر لمدى مطابقة عناصره للشروط التي يستلزمها القانون.

والإجراء يكون مركبا من عدة اجزاء قابلة للانقسام بالنظر اما الى موضوعه، كأن تتعدد الطلبات في الدعوى وما يترتب على ذلك من تعدد في فقرات في الحكم القضائي، او بالنظر الى أشخاصه في حال تعدد الخصوم.

واذا كان الاجراء مركبا ومعيبا، ومس العيب جزء من اجزاء الاجراء، فلا يسري البطلان الى الاجزاء غير المعيبة، فاقتصار البطلان على الجزء المعيب دون الجزء الاخر هو ما يسمى بفكرة انتقاص الاجراء القضائي او بالبطلان الجزئي [٢]، ولذلك يعرف انتقاص الاجراء بانه "الحالة التي يكون فيها بعض عناصر العمل الاجرائي صحيحة رغم بطلان العمل، فهنا ينتج

الشق الصحيح بعض الاثار القانونية للعمل الباطل "[٣]، وعُرف ايضا " بأن الاجراء اذا كان باطلا في شق منه وصحيحا في شق اخر، فانه يبطل في الشق الاول وحده ويصح في الشق الثاني " [٤] وعرفه اخر " ان الاجراء المعيب ينتج بذاته رغم ذلك بعض الاثار التي ينتجها لو كان صحيحا[" ٥].

وتتفق كل التعريفات المتقدمة بان الإجراء طالما كان مركبا بالنظر الى موضوعه او اشخاصه، وتتوفر في الجزء المتبقي غير الباطل العناصر اللازمة لوجود الاجراء، فينتقص في حدود الاجزاء الصحيحة بشرط ان لا يؤدي قطع الجزء من الاجراء الى تغيير في وصفه القانوني اي لا يتشكل من ذلك اجراء اخر، والا كنا امام تحول للإجراء القضائي وليس انتقاصه.

ومن امثلة ذلك، الحكم القضائي القاضي بدعوى التعويض واجر المثل، فحينما يكون التسبيب غير قانوني في دعوى الفسخ، وصحيحا في دعوى اجر المثل، يقتصر اثر البطلان على دعوى الفسخ ولا يمتد على دعوى اجر المثل تطبيقا لفكرة انتقاص الاجراء القضائي، ومثالها ايضا ان يصدر حكم في اكثر من موضوع ويطعن المحكوم عليه بالنسبة لشق منه فقط، فتقضي المحكمة ببطلان الحكم المطعون فيه، فعندئذ يكون الحكم صحيحا بالنسبة للجزء الذي لم يطعن فيه[٦]، وكذلك الدعوى القضائية المقدمة من قبل طرفين، فتكون بيانات احدهما معيبة وباطلة، فلا يسري اثر البطلان على الطرف الاخر، وينطبق الامر على الطعن ايضا، وكذلك حينما تتخذ اجراءات خلال فترة انقطاع المرافعة بحق احد الخصوم، فلا يمتد اثر البطلان بحق الخصوم الاخرين تطبيقاً لفكرة الانتقاص.

فكرة الانتقاص كما التحول ليست جديدة على الفكر القانوني، فلها تطبيقها متعددة على صعيد النظم القانونية وتظهر بشكل بارز في القانون المدني وخصوصا في التصرف القانوني، فالتشريعات المدنية اشارت الى وسيلة لإنقاذ العقد من البطلان الكامل وهي انتقاص العقد باستبعاد الجزء الباطل منه [٧]، وهذه الفكرة بمفهومها العام يمكن استعارة تطبيقها على الاجراء القضائي، للمحافظة على جزء منه مع ابقاء اثره صحيحا عليه بعد اقتطاع الجزء الباطل منه، لذلك فهي تعد من الوسائل المهمة التي تحافظ على الاجراء القضائي، وتمنع تعيبه بالكامل ولا تمنح من وجه اليه الاجراء التمسك ببطلان ذلك الجزء غير المعيب.

وبالرغم من ان التشريعات المدنية بغالبها اشارت الى فكرة انتقاص العقد، الا ان القوانين الاجرائية لم تسرِ على هذا المنوال، فلا نجد من التشريعات من تأخذ بهذه الفكرة الا قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لعام ١٩٦٨ المعدل في المادة (٢٤) منه على " واذا كان الاجراء باطلا في شق وحده هو الذي يبطل "[٨]. فقانون المرافعات العراقي وكذلك الفرنسي لم يتطرق لهذه الفكرة في اطار نظرية يمكن تطبيقها على الاجراءات القضائية كافة.

وبالرغم من عدم النص عليها الا انه يمكن الاخذ بها لعدة اسباب، منها عدم وجود نص يمنع تطبيق هذه الفكرة، بل على العكس هي تتناسب تماما مع السياسة التشريعية الهادفة الى تقليل البطلان، فهي من القواعد العامة التي يمكن تطبيقها كلما وجدت مجال، لان الانتقاص يقوم على فكرة اساسية وهي استبقاء العمل القانوني الى اكبر قدر ممكن، فما لا يدرك كله لا يترك كله،

الا اذا كان العمل القانوني بطبيعته لا يحتمل التجزئة والانتقاص او تتعارض تجزئته مع القانون وهذه الحالة الاخيرة، تحتاج الى نص قانوني صريح لاستثنائها، فالأصل اذاً جواز الانتقاص من دون الحاجة الى نص، اما عدم جوازه فهو الذي يحتاج الى ذلك لاستثنائه.

زد على ذلك، ان المشرع اجاز تعدد الطلبات والخصوم عند رفع دعوى اصلية [٩]، او عند التقدم بالدعوى الحادثة المنضمة، وهو بذلك ضمناً اجاز الانتقاص، فمن غير المنطقي تصور اجازة تعدد الطلبات دون امكانية اجراء الانتقاص او الفصل في حكم دون اخر، وهذا ما يؤشر على اجازة الانتقاص.

بالإضافة، ان التشريعات التي لم تنص على انتقاص الاجراء تتبنى تطبيقات لهذه الفكرة، منها فكرة النقض الجزئي للقرار القضائي، فقد نصت المادة (٢٣٣) من قانون المرافعات العراقي " اذا رات المحكمة المختصة بنظر الطعن ان اعتراضات طالب التصحيح مقبولة وكان سبب التصحيح مؤثرا في القرار فتصححه، وان كان مؤثرا في جزء منه سيقتصر تصحيحها على ذلك الجزء.. " [١٠]، اي لو وجدت المحكمة ان جزء من القرار باطل لبطلان اجراءاته، فيمكن للمحكمة نقض هذا الجزء من الحكم دون الاجزاء الاخرى الصحيحة.

وتطبيقا لذلك دأب القضاء على الاخذ بفكرة الانتقاص [١١]، فقد قضت محكمة التمييز العراقية "اذا كان المدعون متعددين وجب ذكر البيانات المتعلقة بكل منهم، واذا خلت عريضة الدعوى من ذلك – بالنسبة لاحد المدعين – بطلت بالنسبة اليه فقط لان الدعوى التي يرفعها عدة اشخاص هي في الاصل دعاوى متعددة بقدر عددهم فكان عريضتها عدة عرائض كل منها مستقلة عن الاخرى، والقاعدة ان بطلان الاجراء لا يمتد الى غيره من الاجراءات الاخرى التي لها كيان مستقل والتي يتصور بقاؤها وبقاء اثارها على الرغم من بطلان ذلك الجزء، ولما كان سبب البطلان هنا لا يتعلق بإغفال بيان مشترك يتعين توفره بالنسبة للمدعين جميعهم، بل يتعلق ببعضهم دون البعض الاخر، لذا فان عريضة الدعوى تعتبر صحيحة بالنسبة للمدعي (ف) وتبطل بالنسبة الى المدعين الاخرين " [١٢]، وقضت محكمة التمييز ايضا ".. اخذت محكمة الموضوع بما ذهب اليه راي الخبراء من الوجهة الفنية وردت الفقرات التي رأت ان راي الخبراء فيها مخالف للقانون بما لها من سلطة تقديرية اعطاها لها القانون، اذ لمحكمة الموضوع ان تأخذ بقسم من راي الخبراء اذا رأت انه غير مخالف للقانون ومتسق مع الاتفاق وواقع الدعوى "[١٣].

وقضت محكمة النقض المصرية " تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون المرافعات على أنه" إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل" فهي تنظم انتقاص العمل الباطل بحيث إذا كان شق من الإجراء غير معيب فإنه يمكن أن يبقى صحيحاً رغم تعييب الآخر و لا يرد هذا الانتقاص إلا على العمل الإجرائي المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الإجرائي البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الانقسام فتعييب شق من العمل الإجرائي من هذا النوع الأخير يؤدى إلى بطلان العمل الإجرائي كله " [١٤]. وقضت ايضا تطبيقا لهذه الفكرة " اذا اخطأت المحكمة في رفض الدفع ببطلان تقرير الخبير، فان ذلك يستلزم

نقض حكمها فيما كان منه مؤسسا على هذا التقرير اما ما استقام من الحكم على اسباب اخرى بصفة اصلية ولم تعول فيه المحكمة على التقرير الا من قبيل الاستئناس فلا يؤثر فيه هذا الخطأ" [١٥].

المطلب الثاني

تمييز الانتقاص من غيره من المفاهيم

تتميز فكرة انتقاص الاجراء القضائي من غيرها من المفاهيم الاجرائية، منها فكرة تحول الاجراء القضائي، وكذلك تصحيح الاجراء القضائي.

الفرع الاول

تمييزه من تحول الاجراء القضائي

تحول الاجراء القضائي، يعني، ان المقتضيات غير المعيبة في الاجراء المعيب اذا كانت تشكل المقتضيات اللازمة لصحة اجراء اخر فيتحول الاجراء المعيب الى ذلك الاجراء بدلا من بطلانه [١٦]، لذلك فهي تتشابه مع فكرة انتقاص الاجراء في جوانب معينة وتختلف في جوانب اخرى.

يقترب تحول الاجراء مع الانتقاص في :-

١. الاساس الذي ينطلق منه كل من فكرة التحول والانتقاص، وجود عيب اجرائي موثر في الاجراء يمنعه من ترتيب اثاره بالكامل سواء كان هذا العيب متصل بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة، وسواء كان عيبا شكليا ام موضوعيا، لذلك تأتي فكرتي الانتقاص والتحول لتحد من البطلان، اما بتحوله الى اجراء اخر او بترتيب اثاره على جزء منه.
٢. لا تلعب الارادة دورا مهما في التحول والانتقاص كما تؤدي الارادة هذا الدور في ظل تطبيق الفكرتين في القانون المدني، ويرجع ذلك لطبيعة الاجراء القضائي نفسه، ففي غالبه ليس له طبيعة التصرف القانوني، ومن ثم لا يكون للإرادة دورا في فكرة تحول الاجراء او انتقاصه.
٣. كلاهما ينتج اثره من لحظة اتخاذ الاجراء المعيب وليس من تاريخ اجراء الانتقاص او التحول [١٧].

اما اوجه الخلاف بينهما فيكمن :-

١. في ظل فكرة التحول، تكفي الاجزاء غير المعيبة لتكّون اجراء قضائي اخر غير الاجراء المعيب وتترتب اثار الاجراء القضائي الاخر وليس بعض اثار الاجراء المعيب، بينما في ظل فكرة انتقاص الاجراء، فهو لا يتحول الى اجراء اخر وانما يبقى نفسه ولكن تترتب اثاره الايجابية على جزئه الاخر الصحيح غير المصاب بالعيب، فالأثار الناتجة بعد الانتقاص هي بعض اثار الاجراء القضائي الباطل وليست اثار اجراء اخر، كما في التحول[١٨].

٢. يشترط لإتمام الانتقاص ان يكون الاجراء القضائي مركبا وقابلاً للتجزئة، بينما في ظل فكرة تحول الاجراء يشترط فيه ان يكون بسيطا تتوفر فيه عناصر اجراء اخر.

الفرع الثاني

تمييزه من تصحيح الاجراء

تصحيح الاجراء هو اضافة للإجراء المقتضى الذي ينقصه او تعديل ما فيه من عيوب تمنعه من ترتيب اثاره، وهذه الفكرة تتشابه مع فكرة انتقاص الاجراء وتختلف معها في جوانب عدة، لذلك سنبين اوجه التشابهين بينهما اولا، ثم نعكف لبيان ابرز نقاط الاختلاف.

أوجه التشابه تكمن في :-

١. ان انتقاص الاجراء وتصحيحه ادوات للحد من البطلان الاجرائي تنطلق من وجود عيب في الاجراء يقتضي معالجته اما بانتقاصه او بتصحيحه سواء كان هذا العيب شكلي ام موضوعي، يتصل بالمصلحة العامة او بالمصلحة الخاصة، فالعيب في كلا الحالتين يزول من الاجراء بعد انتقاصه او تصحيحه.
٢. ان الاجراء بعد انتقاصه او بعد تصحيحه يرتب اثر الاجراء الصحيح نفسه مع اختلاف في نطاقه، فلا تتغير طبيعة الاجراء بل يبقى مرتبا لأثاره ولكن في نطاق اضيق.

اما أوجه الاختلاف بينهما فيكمن في نقاط عديدة وهي :-

١. ان التصحيح يتم بإضافة المقتضى الشكلي او الموضوعي المعيب للإجراء، بحيث يكون الاخير بعد الاضافة كاملا كأنه لم يصب باي عيب من قبل، ومن ثم يستطيع الاجراء بعد تصحيحه انتاج الاثار المحددة له في القانون كاملة وغير منقوصة، اما الانتقاص فلا يضاف الى الاجراء ما ينقصه وانما يبطل في جزء منه ويبقى الجزء الاخر صالحا لإنتاج اثره في نطاق المتبقي منه [١٩].
٢. في الانتقاص يشترط لإتمامه ان يكون الاجراء مركبا قابل للتجزئة، بينما تصحيح الاجراء لا ينظر فيما اذا كان الاجراء مركبا ام بسيطا، قابل للتجزئة من عدمه.
٣. يسري اثر التصحيح من تاريخ الاضافة او التعديل للإجراء المعيب التصحيح لأنه من تلك اللحظة يكتمل في الاجراء كل مقتضياته، اما انتقاص الاجراء فيسري اثر الاجراء الصحيح من لحظة اتخاذه لان الجزء المتبقي يتضمن كل مقتضيات صحته من لحظة اتخاذ الاجراء.
٤. صدور قرار بإبطال الاجراء مانعا من اجراء التصحيح، فالتصحيح جائز ولو تمسك الخصم ببطلان الاجراء وبصدور الحكم بالإبطال تنتهي مكنه تصحيح الاجراء، في حين الانتقاص غير مانع صدور حكم بإبطال الاجراء من ترتيب اثاره الصحيحة على المتبقي.

٥. تصحيح الاجراء مانع من انتقاصه، فلو صُحّح العيب في الاجراء المركب بإضافة ما ينقص الاجراء او بتعديل ما فيه من خلل، يسري اثر الاجراء صحيحا على كل جزء من اجزائه، وعندئذ لا تكون هناك حاجة لانتقاص الاجراء لان العيب الذي يشكل اساس فكرة الانتقاص قد زال، فلو صححت عريضة الدعوى فذلك مانعا من انتقاصها.

المبحث الثاني

شروط انتقاص الاجراء القضائي

يدرج الفقه لانتقاص الاجراء القضائي عدة شروط لتطبيق هذه الفكرة، منها ان يكون الاجراء معيباً بعيب مؤثر في الاجراء، وان يكون الاجراء مركبا من عدة اجزاء. ولذلك سنتولى تقسيم هذا المبحث على فرعين، في الاول نبين فيه الشرط الاول للانتقاص وهو وجود العيب المؤثر في جزء من الاجراء، اما المطلب الثاني سنتناول فيه الشرط الاخر وهو كون الاجراء مركبا الى عدة اجزاء.

المطلب الاول : ان يكون جزء من الاجراء معيبا عيبا مؤثرا.

فالإجراء المعيب هو الذي الاساس الذي تقررت من اجله فكرت انتقاص الاجراء، فالغرض منه تلافي البطلان واثاره بشكل كامل وحصرها في نطاق محدود، فاذا كان الاجراء صحيحا او معيب بعيب غير مؤثر فلا حاجه لانتقاصه، ولا يهم ان يكون العيب لمقتضى شكلي او موضوعي، ولا يهم اتصال العيب بالمصلحة العامة او بمصلحة احد الخصوم.

ويشترط في العيب ان لا يكون مشتركا بين الخصوم او مشتركا بين الطلبات، كأن يكون في اجراء مركب يتعلق بموضوع الدعوى او سبب الطعن في حال تعدد الخصوم او يتعلق بالخصم في حال تعدد الطلبات، ولذلك يشترط ان يكون العيب متصلا بطلب من الطلبات او بخصم من الخصوم كي يتم اجراء الانتقاص، وقد اكدت محكمة التمييز العراقية على ذلك بقولها " ولما كان سبب البطلان هنا لا يتعلق بإغفال بيان مشترك يتعين توفره بالنسبة للمدعى عليهم جميعهم، بل هو يتعلق ببعضهم دون البعض الاخر لذا فان عريضة الدعوى تعتبر صحيحة بالنسبة للمدعي (..) وتبطل بالنسبة للمدعين الاخرين " [٢٠].

وكما هو الحال في فكرة تحول الاجرائي القضائي، فلا يشترط لإعمال الانتقاص اتجاه ارادة الخصوم الى العمل الاجرائي المتبقي بعد الانتقاص، وبناء على ذلك فسواء اراد الخصوم او لم يريدوا فان الانتقاص واقع وينتج اثاره بمعزل عن ارادتهم، بخلاف تطبيق فكرة الانتقاص على التصرف القانوني والعقد، اذ يشترط لإتمامه عدم جوهرية الجزء الباطل المستبعد، فاذا اتجهت ارادة المتعاقدين او احدهما الى الجزء الباطل بحيث ما كان ليتم العقد بدونه، فلا نكون حينها امام انتقاص العقد، وهذه الفكرة لا وجود لها في ظل انتقاص الاجراء القضائي لان طبيعة الاجراء في اغلبه ليس له طبيعة التصرف القانوني ومن ثم لا دور للإرادة في انتقاص الاجراء القضائي.

المطلب الثاني : ان يكون الاجراء مركبا من عدة اجزاء

يشترط لإجراء الانتقاص ان يكون الاجراء مركبا من عدة اجزاء، اما اذا كان الاجراء بسيطا فلا محل لانتقاصه[٢١] فالدعوى المرفوعة في طلب واحد وكان اطرافها غير متعددين لا يمكن تصور وقوع الانتقاص فيها، اذ يمكن تحوله لو توفرت فيه عناصر اجراء اخر

ويتركب الاجراء اما بالنظر الى موضوعه او بالنظر الى اشخاصه وبكلا الحالتين فطالما الاجراء مركبا، صح انتقاصه، اذا كان شق منه صحيحا والاخر منه باطلا.

وقد يكون الاجراء مركبا بالنظر الى موضوعه، فهنا لا نكون امام تعدد اشخاص في الخصومة وانما تعدد طلبات في اجراء واحد، كالحكم الذي يقضي في طلبين بالفسخ والتعويض ويكون احدهما معيبا لعدم تسبيبه تسبيباً كافيا او الدعوى التي تتضمن طلبين او اكثر ويكون احدهما او اكثر باطلا كان يكون موضوعها غير معين او غامضا ولم يجري تصحيحه رغم ذلك، فالموضوع في الحالتين اعلاه بحد ذاته كان مركبا، فيبطل جزء من الاجراء ويبقى الاخر الصحيح.

و قد يكون الاجراء مركبا، بالنظر لأشخاصه، فيكون موضوع الاجراء واحداً ولكنه يتعلق بمصالح اكثر من خصم كان تكون صحيفة الدعوى معيبه بالنسبة لاحد المدعى عليهما وصحيحة بالنسبة للأخر او تنقطع المرافعة بالنسبة لاحد الخصم ويتخذ اجراء في مواجهته بالرغم من انقطاع المرافعة، ففي الحالة هذه يبطل الاجراء بالنظر لاحد المدعى عليهم ويبقى صحيحا في مواجهة الاخر[٢٢].

وقضت تطبيقاً لذلك محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بان " قرار المحكمة بأبطال الدعوى بالنسبة للمدعى عليه الثاني صحيح وموافق لأحكام المادة (٥٠) من قانون المرافعات لمرور مدة طويلة دون ان يتقدم المدعي اضافة الى وظيفته عنونا واضحا للمدعى عليه الثاني ليمكن اجراء تبليغه بواسطته " [٢٣].

وقضت محكمة النقض المصرية تطبيقا لذلك " ان الحكم المطعون فيه صادر في دعوى صحة ونفاذ عقد بيع عن اطيان زراعية قابلة بطبيعتها للتجزئة، فلا يكون من شان القضاء ببطلان الطعن المرفوع من احد الخصوم اي اثر بالنسبة للطعن المرفوع من الاخر بصفته الشخصية"[٢٤].

واذا كان انتقاص الاجراء بهذه السهولة لكون طبيعة الاجراء مركب قابل للتجزئة، فقد تثار بعض التساؤلات فيما اذا كان الحل المتقدم ينطبق في حالة التضامن او كون الدعوى غير قابلة للتجزئة.

١. اذا وجد تضامن بين الخصوم في الحق او في الالتزام، قد نتصور وجود تضامن بين الخصوم سواء كان الخصوم دائنين متضامنين او مدينين متضامنين، ويقتضي التضامن

بشكل عام بنوعية ان تكون هناك شراكة بين الخصوم او اشتراك في المصلحة بين الاطراف المتضامنين، وهذه المصلحة هي التي تبرر احكام التضامن[٢٥].

وبصورة عامة، فالتضامن ليس مانعاً من تطبيق فكرة انتقاص الاجراء، فاذا ابطل الاجراء في مواجهة احد الخصوم وصحيحا في مواجهة الاخر وكانوا متضامنين، فالتضامن غير مانع من تطبيقها اذا كان موضوع الدعوى قابل للتجزئة [٢٦]، ولا يمكن الاحتجاج لمنع الانتقاص بدعوى وجود نيابة في التضامن فيما ينفع لا فيما يضر، فهذه القاعدة تطبق حينما يكون احد المتضامنين هو المختصم وحده في الدعوى وظل الباقون خارجها [٢٧]، فالحكم يستفيد منه المتضامنين الاخرين ولا يسري في مواجهتهم فيما لو صدر ضده [٢٨]، ولكن اذا كان جميع المتضامنين اطراف في الدعوى فلا توجد نيابة متبادلة لا فيما ينفع ولا فيما يضر، ومن ثم اذا كان الاجراء الباطل في مواجهة احد الخصوم يصب في مصلحة الطرف الاخر، فان الاجراء يبقى صحيحا في مواجهة هذا الاخير ولو كان متضامنا مع الاول [٢٩].

٢. اذا كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة، وتكون الدعوى غير قابلة للتجزئة اذا كانت لا تحتمل الا حالا واحداً، وذلك في حالتين :-

أ. اذا كان النزاع الدائر بين عدة خصوم لا يحتمل نظراً لطبيعته اكثر من حلاً واحداً، فهناك من الحالات ما لا يقبل فيها موضوع الدعوى للتجزئة، ويكون ذلك اذا استحال منطقا اصدار احكام مختلفة في نفس الموضوع ، بحيث اذا صدر حكمان متناقضان استحال تنفيذهما معا [٣٠].

ومن امثلة ذلك، دعوى ابطال او صحة عقد البيع الصادر من المورث، وكدعوى رد العقار المغصوب من قبل عدة اشخاص، او دعوى صحة الوصية الصادرة لعدة موصى عليهم او دعوى طلب نقض القسمة الرضائية، او تقرير او نفي حق ارتفاق لصالح او على عقار شائع وكذلك تصفية الشركة، حل جمعية، اشهار افلاس، واثبات او نفي نسب.

ب. عندما يوجب القانون اختصام اشخاص معينين في الدعوى، ومثالها دعوى الشفعة[٣١]، ويعود التعدد الاجباري الى عدم قابلية موضوع الخصومة للتجزئة بين الاطراف، ولهذا يوجب القانون ضرورة استكمال الاجراءات في مواجهة جميع الاطراف [٣٢].

وينبغي الاشارة ان مجرد اتفاق المصلحة بين الخصوم لا يكفي لاعتبار موضوع النزاع غير قابل للتجزئة اذا كان في الواقع قابلا لها كالمطالبة بمبلغ من النقود [٣٣].

وتطرح في مسألة انتقاص الاجراء في الدعوى غير القابلة للتجزئة في حال تعدد الاشخاص ثلاثة اراء :-

الرأي الاول [٣٤] : يرى انه في حال تعدد الاطراف في موضوع غير قابل للتجزئة وكان احد الاجراءات باطلا بالنسبة لاحد الخصوم وصحيحا بالنسبة للأخرين، فيغلب جانب الصحة على جانب البطلان، وتعد الاجراءات صحيحة بحق الخصوم جميعاً، واساس هذا الحل هو العدالة فمن الظلم ابطال الاجراء المرفوع صحيحا واهدار ما يترتب عليه من اثار، ولذلك وجب ان يكون صحيحا بحق الجميع.

ولكن هذا الراي، يرى زاوية واحدة عند تعدد متخذي الاجراء، ولكن عند النظر من زاوية اخرى عندما يتعدد من يُتخذ الاجراء في مواجهته - في حال اتخاذ الاجراء من قبل جهة معينة في مواجهة عدة خصوم - نجد الراي المتقدم يفتقد للمنطق والعدالة، فالأخذ بهذا الراي على اطلاقة يؤدي بنا الى القول بان الاجراء الذي يكون باطلا بحق احد الخصوم يعد صحيحا بحق الاخرين ولو كان باطلا بالنسبة اليهم.

الراي الثاني[٣٥] : يذهب على عكس الراي الاول، فيرى ان الاجراء اذا كان باطلا بالنسبة لاحد الخصوم وصحيحا بالنسبة للأخرين في موضوع دعوى غير قابل للتجزئة بطل الاجراء في مواجهة الكل، ويبرر ذلك بانه يتفق مع منطق البطلان الذي يبطل الاجراء لعدم صحة مقتضياته وبان القول بالراي الاول يؤدي الى نتائج غريبة لا يمكن التسليم بها.

وعيب هذا الرأي كما الرأي الاول، ينظر الى بطلان الاجراء في حال تعدد من اتخذ الاجراء في مواجهتهم دون ان ينظر الى الاجراء في حال تعدد متخذيه – اي ان يصدر الاجراء معيبا من قبل عدة خصوم كرفع الدعوى او تقديم طعن -، ونعتقد ان هذا الراي يفتقد للعدالة عند النظر للجانب الاخر- اي في حال تعدد متخذي الاجراء- ، فكيف يبطل اجراء اتخذ صحيحا بمجرد اهمال طرف اخر لم يتخذه صحيحا او قصر في اتخاذه ؟ !.

الرأي الثالث [٣٦]: ويذهب الى ضرورة التمييز بين فرضين :

الفرض الاول : اذا تعدد متخذي الاجراء وكان الاجراء صحيحا بالنسبة للبعض وباطلا بالنسبة للأخرين، فيظل الاجراء صحيحا مرتبا لأثاره، فلو تقدم احد الخصوم بطعن رفعه خلال ميعاده ولم يتقدم به غيره او تقدم به معيبا، فالإجراء الذي تم صحيحا من جانب البعض يجب ان يظل صحيحا مرتبا لأثاره بالنسبة اليه وان لا يتأثر ببطلان الاجراء الذي اتخذه البعض الاخر والسبب في ذلك ان من اتخذ الاجراء صحيحا يجب ان لا يتحمل اهمال غيره سيما ان غايته كانت المحافظة على حقوقه، فمن الضروري تغليب موجبات الصحة على البطلان حماية لحقوق الخصم الذي اتخذ الاجراء خلال الميعاد [٣٧].

الثاني : اذا تعدد من اتخذ الاجراء في مواجهتهم، وكان صحيحا في مواجهة بعضهم وباطلا في مواجهة اخرين، فيبطل بحق الجميع، والسبب في ذلك ان الاخذ بصحة الاجراء بمواجهة الجميع يخل بحق الخصم في الدفاع، ويخالف مبدا المواجهة بين الخصوم لأنه سيحتج عليه بأثار اجراء صحيح باطلا بالنسبة اليه، ومن جانب اخر فان الاخذ بصحة الاجراء سيعطي للطرف الاخر فرصة اتخاذ الاجراء في مواجهة احد الخصوم وهو مطمئن بسريانه على الاخرين.

وبدورنا نؤيد ما توجه اليه الراي الثالث، ونرى بان الاجراء يبطل بحق الجميع اذا اتخذ الاجراء في مواجهة الخصوم وكان صحيحا بحق بعضهم وباطل بحق الاخرين، لما في ذلك من اخلال بحقوق الدفاع التي تعد ركيزة اساسية يقوم عليها القانون الاجرائي، ولكن طالما ان حقوق الدفاع ومبدا المواجهة لا يتأثر فيما لو اتخذ الاجراء من قبل الخصوم وكان صحيحا لبعضهم وباطلا للبعض الاخر، فيفترض هنا صحة الاجراء لمن اتخذه حتى لا يكون هناك مبرر للمقصر

للاستفادة من تقصيره واهماله [٣٨]، اما من ابطل الاجراء الصادر منه، فيمكن تصحيح البطلان بإدخاله في الدعوى.

ولتوضيح الآراء المتقدمة نسوغ المثال الاتي، اذا صدر حكم في دعوى رفعها شخص في مواجهة عدة اشخاص لإبطال عقد بيع موضوعه غير قابل للتجزئة، وكان تبليغ احدهم باطلا.

وفي المثال السابق طالما تتعدد الاطراف وكان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة فانه وفقا للراي الاول، يكون الحكم صحيح بحق الجميع مما يعني ان الخصم على الرغم من عدم تبليغه تبليغا صحيحا، فيعد صحيحا في مواجهته استنادا لفكرة وحدة الحل وتغليب موجبات الصحة على البطلان، ولذلك لامجال هنا لإعمال فكرة الانتقاص لان الحل صحة الاجراء بحق الجميع.

اما وفقاً للراي الثاني : فان التبليغ يعد باطلا بحق الجميع، ومن ثم فان الاجراء ولو كان صحيحا بحق احد الخصوم فانه يهمل ويعامل معاملة الاجراء الباطل، استنادا لفكرة وحدة الحل التي يقتضيها وحدة موضوع الدعوى، وفي هذا الراي لا مجال لفكرة الانتقاص لبطلان الاجراء بحق الجميع.

اما وفقا للراي الثالث، فطالما ان الاجراء اتُخذ في مواجهة الخصوم، فيقتضي ذلك بطلان الاجراء بحق الجميع، بينما لو اتخذ الاجراء من قبلهم، كرفع الدعوى او تقديم طعن فان الاجراء يقبل من قبل مقدمه، ثم يتم ادخال الخصوم الاخرين مقدمي الطلب الباطل.

من كل ما تقدم، يتبين بان فكرة انتقاص الاجراء لا وجود لها في اي من الآراء السابقة لان موضوع الدعوى متى ما كان غير قابل للتجزئة فان ذلك يقتضي وحدة الحل اما ببطلان الاجراء بحق الجميع او صحيحا بحقهم ولا مجال لانتقاصه، اما في الراي الثالث وفي حالة تعدد متخذي الاجراء بالتحديد، فهي وان كانت تبدو من تطبيقات فكرة الانتقاص الا انها في الواقع ليس كذلك لسبب بسيط وهو ان الاجراء لم يبطل جزء ويصح جزء اخر منه، فهذا الامر غير ممكن لان عدم التجزئة بحكم منطق الاشياء تقتضي وحدة الحل.

ولذلك فان الاجراء لكي يتم انتقاص الجزء الباطل منه يشترط فيه ان يكون مركبا وقابلا للتجزئة[٣٩] في حال تعدد الاشخاص، وبخلافه لامجال للحديث عن فكرة انتقاص الاجراء.

المبحث الثالث

اثر انتقاص الاجراء المعيب

اذا انتقص الاجراء الباطل واصبح شق منه باطلاً لا وجود له وشق اخر مؤثرا وفعالاً، فان هذا الدور الذي يؤديه الانتقاص يؤثر في العيب الاجرائي، كما انه يؤثر في الاجراء القضائي الذي جرى الانتقاص منه. لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين لدراسة هذا الاثر، الاول لأثره على العيب الاجرائي، والثاني لأثره على الاجراء القضائي.

المطلب الاول

اثره على العيب الاجرائي

لا شك ان العيب الاجرائي المؤثر هو المحرك الاساس لفكرة انتقاص الاجراء القضائي، فالغاية منها هي محاولة تلافي العيب ومنعه من ترتيب اثره في ابطال الاجراء بالكامل، وبدون الانتقاص سيمتد اثر البطلان للإجراء بالكامل ويمنح الخصم حقا بالتمسك ببطلانه وعندئذ يبطل وتبطل كل الاجراءات المعتمدة عليه، وقد يصل اثر الابطال الى ابعد من ذلك ويمس الحقوق الموضوعية المراد حمايتها [٤٠].

فالعيب المؤثر الذي يفترض ان يهدم الاجراء القضائي برمته لا يؤدي دوره بالكامل، اذ تؤدي فكرة الانتقاص كوسيلة للحد من البطلان الاجرائي الى انقاذ ما يمكن انقاذه من اجزاء الاجراء، فالعيب يؤدِ دورا جزئيا بحيث يبطل جزء من الاجراء ويبقي الاخر صحيحا مرتبا لأثاره.

ولم يتفق من تناول الانتقاص على اساس موحد لأثره على العيب الاجرائي، فهناك من يرى بانه صورة من صور التصحيح للبطلان، ولذلك فهو يدرسها ضمن حالات التصحيح [٤١]، ولا نتفق مع هذا الرأي ونتصور بان الانتقاص لا يؤدي الى تصحيح العيب الاجرائي، لان التصحيح له معنى خاص يتمثل في اضافة النقص او تعديل الخلل في الاجراء، وهذا ما لا نجده في الانتقاص، فالإجراء لم يصاب بعيب وتم تصحيحه، وانما كل ما في الامر ان العيب تم استبعاده من الاجراء وبقى الاجراء سليما في الجزء غير المعيب منه، كما ان الاجراء يسري اثره من تاريخ اجراء التصحيح وليس من تاريخ اتخاذه، وهذا ما لا يتفق مع فكرة الانتقاص لان الجزء الصحيح من الاجراء يرتب اثره الايجابي في الخصومة من تاريخ اتخاذه لا من تاريخ الانتقاص، ولذلك لا يمكن تقبل فكرة التصحيح كأساس لفكرة الانتقاص، لسببين لان معنى التصحيح لا ينطبق على الانتقاص، والثاني ان اثار التصحيح على الاجراء لا يمكن قبولها، فكل ما في الامر، ان العيب زال وادى دوراً ولكن في نطاق جزئي بحيث ابطل جزء من الاجراء وابقى الجزء الاخر صحيحا. ولكن يبقى السؤال لماذا لم يؤثر العيب في الاجراء بالكامل ؟.

السبب في ذلك يرجع لطبيعة الاجراء القضائي فطالما انه مركبا، فيمكن حصر نطاق البطلان في الجزء الذي اصابه عيب، بحيث لا يسري على الاجزاء الاخرى ولا يؤثر عليها، اما الاجراء القضائي فلأنه يتشكل من جزء واحد في الاجراء فيقتضي ذلك وحده الحل بشأنه.

ويطرح في هذا الصدد تساؤلا، حول اثر التمسك ببطلان الاجراء المعيب على امكانية تحول الاجراء، وهل يسقط حق التمسك بالبطلان بمجرد تمسك الخصم به ؟.

لا يعد التمسك بالبطلان مانعا من تحول الاجراء، فلو تمسك الخصم به، يمكن للقاضي استبعاد العيب عن الاجراء غير المعيب بل ولو حكم ببطلان الاجراء بعد التمسك به، فالقانون اجاز

تصحيح الاجراء بإضافة ما ينقصه او بتعديل ما يعيبه ولو بعد التمسك بالبطلان، فمن باب اولى القول بإمكانية الانتقاص ولو تمسك الخصم ببطلان الاجراء، خاصة ان الاخير لا يضاف اليه ما ينقضه.

فالعيب اذاً لم ينتفي وجوده بالكامل ولم يعزل او يجتزئ من الاجراء بالكامل وانما استبعد بشكل جزئي من الاجراء خلاف ذلك بالنسبة لتحول الاجراء القضائي، فكل ما في الامر ان العيب بقى يؤثر في ابطال الاجراء ولكن تقلص نطاق تأثيره.

المطلب الثاني

اثره على الاجراء القضائي

اما اثر الانتقاص على الاجراء القضائي، فالجزء المعيب الذي تم ابطاله يترتب عليه اثار البطلان كاملة من لحظة اتخاذه ويعد كأنه لم يكن من الاساس، ومن تلك اللحظة يؤدي اثراً على جميع الاجراءات اللاحقة التي استندت على الجزء المعيب الباطل، فعريضة الدعوى الباطلة بحق احد الخصوم يترتب عليه بطلان عريضة الدعوى والاجراءات اللاحقة عليها ومنها الحكم القضائي الصادر بحقه، فالبطلان كما معروف، لا يتوقف اثره على الاجراء نفسه وانما يمتد الى غيره المتصل به.

اما الجزء الاخر الصحيح من الاجراء والذي بقى بفضل فكرة الانتقاص، فيبقى هذا الجزء مولداً لأثاره المحددة له في القانون.

وتترتب الاثار الصحيحة للجزء غير المعيب في الاجراء من تاريخ اتخاذه [٤٢]، فهو من البداية صحيحا مرتبا لأثاره الصحيحة فالإجراء بقى ولكن اقتطع الجزء الباطل منه، ومن ثم فان الجزء الصحيح منه يرتب اثره من لحظة اتخاذ الاجراء لأنه لم يمسه اي تغيير.

واخيراً لا يشترط لإعمال اثر الانتقاص على الجزء المتبقي من الاجراء تمسك الخصم به، فالمحكمة تلتزم بإعمال هذا الاثر من تلقاء نفسها، فلا حاجة للتقدم بطلب او للتمسك بالانتقاص، فمتى ما وجدت جزء من الاجراء صحيحا وتحققت الشروط اعلاه طبقت قاعدة انتقاص الاجراء، واذا خالفت هذا النظر وحكمت بامتداد البطلان للإجراء كله او بالنسبة للخصوم كلهم فتكون قد خالفت القانون واخطأت في تطبيقه [٤٣].

٢. الخاتمة

وبعد تنول كل ما يرتبط بفكرة انتقاص الاجراء القضائي، ننتهي بجملة من النتائج والتوصيات وهي :

اولا : النتائج

١. يزول العيب الاجرائي، باستبعاده من الاجراء، وذلك اما بتحوله الى اجراء اخر بعد استبعاد العيب، او بانتقاصه، وتختلف معالجة العيب بالاستبعاد عن التصحيح، في ان التصحيح يكمل او يعالج ما في الاجراء من العيب بحيث يبقى الاجراء بنطاقه المتكامل صحيحا بعد تصحيحه، بينما التحول والانتقاص، يستبعد العيب من الاجراء ولا يعاد كامل بكل نطاقه، فهو اما ينتقص او يتحول الى اخر.

٢. انتقاص الاجراء القضائي، يعني تركيز الاجراء على جزء بعد استبعاد الجزء الاخر منه، فيكون الاجراء بعد الانتقاص اقل نطاقا من ناحية الموضوع او الاشخاص، لان الانتقاص يعني استبعاد الجزء المعيب.

٣. يشترط لإتمام الانتقاص ان يكون الاجراء معيبا و مركبا من عدة اجزاء، بالإضافة الى ذلك يشترط ان يكون قابل للتجزئة.

٤. يؤثر الانتقاص في العيب الاجرائي، بحيث يستبعده تماماً من الاجراء، وهذا ما يؤثر على الاجراء القضائي، فينقله من البطلان، الى الصحة، بخلاف التحول الذي ينقل الاجراء معيب الى اجراء اخر صحيح، اما اثر الانتقاص فيسري يأثر رجعي الى وقت اتمام الاجراء لان الجزء المتبقي توفرت مقتضيات صحته من تاريخ اتمامه، وهذا ما يجعل التحويل مختلفاً عن التصحيح.

ثانيا : التوصيات

١. الاخذ بجزاء بطلان الاجراء القضائي بمقتضى نظرية عامة، تقسم البطلان الى شكلي وموضوعي، ومتصل بالنظام العام او مرتبط بالمصلحة الخاصة.
٢. النص بشكل صريح لفكرة تحول الاجراء وانتقاصه كوسائل تزيل العيب الاجرائي، ويكون ذلك حسما لما قد يثار من خلاف فقهي حول مدى انطباق هذه الافكار في القانون الاجرائي، ويكون النص بالشكل الاتي (اولا : اذا كان الاجراء معيبا، وتوافرت فيه عناصر اجراء اخر، فيكون صحيحا باعتبار الاجراء الذي توافرت فيه عناصره.

ثانيا : اما اذا كان الاجراء مركبا ومعيبا في شق منه، فيبطل الشق المعيب وحده ولو كان الخصوم متضامنين.

ثالثا : اذا تعدد متخذي الاجراء، وكان الاجراء صحيحا لبعضهم وباطلا للأخرين، عد الاجراء صحيحا بالنسبة لهم، بينما يبطل الاجراء بحقهم اذا تعدد من اتُّخذ الاجراء في مواجهتهم).

٣. الهوامش

(١). الاجراء القضائي (العمل الاجرائي)، هو العمل الايجابي داخل الخصومة الذي يرتب القانون عليه مباشرة اثرا اجرائيا، والاثر الاجرائي الذي يرتبه، يؤثر في الخصومة ببدئها كرفع عريضة الدعوى او تقديم الطعن، او المشاركة في سيرها كالتبليغات القضائية او تقديم ادلة الاثبات، او في تعديلها كتقديم الدعوى الحادثة، او بانتهائها كالحكم القضائي او طلب ابطال عريضة الدعوى، ولذلك اذا لم يكن العمل ايجابيا، و لم يرتب اثراً اجرائيا و لم يكن جزء من الخصومة لا يعد ذلك العمل اجراءً قضائيا. وتصدر الاعمال الاجرائية من اطراف متعددة مرتبطة بالخصومة، فقد تصدر عن المحكمة كالحكم القضائي، او عن الخصوم كتقديم الدعوى او الطعن، او عن الغير كتقديم الشهادة او الخبرة. لمزيد حول الاجراء القضائي انظر : د. عصمت عبد المجيد، اصول المرافعات المدنية، ط١، منشورات مطبعة جيهان، اربيل – العراق، ٢٠١٣، ص ٣١٨ – ص٣٣٠. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط١ –مكتبة السنهوري – بغداد – العراق، ٢٠١٥، ص١٤٦- ١٥٦. د. فتحي والي ، د. احمد ماهر زعلول ، ط٢، نظرية البطلان في قانون المرافعات، بدون مكان طبع، ١٩٩٧، ص٦٠٧ وما بعدها. عبد الستار ناهي عبد عون، الدعوى المدنية : الطلبات والدفوع – دراسة تحليلية للنصوص القانونية، ط١، مطبعة الكتاب – بغداد – العراق، ٢٠٢٠، ص١٦٨-ص١٧٩.

(٢). يستخدم البعض مصطلح البطلان الجزئي مرادفا لفكرة انتقاص الاجراء الباطل انظر : د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٧٧، ص٣٠٧، د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، مصدر سابق، ص٨٢٤. ولكن بإمعان النظر يتوضح فرقا بينهما، يتمثل بان الانتقاص لا تثار فكرته الا بتحقق مجاله وهو البطلان الجزئي، بمعنى ان البطلان هو المحرك لفكرة الانتقاص، الامر الذي يجعل الانتقاص اثرا للبطلان الجزئي، ولكن وكما يحدث في احوال كثيرة يتم التعبير عن نتيجة العمل بوسيلته، ولذلك يمكن التعبير عن احدهما بالأخر مجازا.

(٣). د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، بدون طبعة، ١٩٧٣ ، ص٧٦١.

(٤). د. عباس العبودي، ، مصدر سابق، ص٢١١.

(٥). د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج١، ط٨، المركز القومي للإصدارات القانونية – القاهرة – مصر، ٢٠١٨ ، ص٥٨٢.

(٦). د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥٨٢.

(٧). اشارت الى هذه الوسيلة المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٤٣) من القانون المدني المصري، ولم يشر القانون الفرنسي لفكرة انتقاص العقد بنص صريح.

(٨). ونص قانون الاجراءات المدنية الايطالي ٢٣ لسنة ١٩٤٠ على فكرة انتقاص الاجراء، فقد نص المادة (٢/١٥٩) منه على "ولا يؤثر بطلان جزء من الاجراء على الاجزاء الاخرى المستقلة عنه ".

(٩). انظر المادة (٤٤) من قانون المرافعات المدنية.

(١٠). ونصت المادة (٢٦٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على "اذا قبلت المحكمة الطعن تنقض الحكم المطعون فيه كله او بعضه وتحكم في المصروفات". ونصت المادة(٦٢٣) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥ المعدل على "النقض يمكن ان كليا او جزئيا، والنقض يكون جزئيا عندما لا يلغى الا بعض الاوجه القابلة للانفصال عن غيرها".

(١١). يسوغ البعض عدة احكام قضائية تطبيقا لفكرة انتقاص الاجراء الباطل، منها طلب المحكمة بتكليف الخصوم بحصر الادعاء بأحد الحقين او بأحد المدعيين او بأحد المدعى عليهم ورد الدعوى بالنسبة للحق اخر او المدعي الاخر او المدعى عليه الاخر تطبيقا للمادة (٤٤) من قانون المرافعات المدنية التي تجيز في بعض الحالات تقديم عريضة دعوى بأكثر من طلب او بأكثر من خصم. انظر : عطا عبد الحكيم احمد، البطلان في قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية – بيروت – لبنان، ٢٠١٧، ص٢٤١ – ص٢٤٢.

ولا نتفق مع هذا الراي بان طلب المحكمة حصر دعوى المدعي بطلب واحد او ضد خصم واحد هو صورة من صور انتقاص الاجراء الباطل، اذ ليس هناك بطلان بالأساس حتى يتم انتقاصه، وانما نكون في الحالة امام جزاء عدم القبول، فالدعوى بهاذين الطلبيين غير مقبولة لان القانون لا يجيز اجتماعهما في عريضة واحدة.

(١٢). حكم محكمة التمييز العراقية رقم ١٢٨١ في ١٩٧١/٣/١٨، مشار اليه لدى د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن بالأحكام بالتمييز، دار الحكمة – بغداد، ١٩٩١، ص١٦٨.

(١٣). قرار رقم ٢٧٣ / هيئة عامة اولى في ١٩٧٢/٨/٢٦. مشار اليه لدى جاسم جراء حافر، الجامع لاهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، - قسم المرافعات المدنية، ج٢، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية – العراق، ٢٠١٨ ، ص٢٦٧.

(١٤). الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٢ قضائية في ١٧ / ٥ /١٩٧٧.

(١٥). حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٤٦/١٠/٣١ مشار اليه لدى د. احمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٦، ص٦٠٨.

(١٦). د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢٠٣.

(١٧). ويخالف ذلك اتجاه اخر في الفقه، يميل الى ان اثار العمل بعد تحوله يبدأ جريانها من تاريخ التحول، وليس من تاريخ تقديم العمل الباطل الذي يتحول فيما بعد. د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية – دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط١، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٨١، ص٢٨٥.

(١٨). ابراهيم نجيب سعد، مصدر سابق، ص٧٦١. د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢١٢. د. ابراهيم امين النفياوي، مبادى الخصومة المدنية، دار النهضة العربية – القاهرة – مصر، ط١، ٢٠١٥، ص٣٠١.

(١٩). د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق، ص٢٨٩.

(٢٠). حكم محكمة التمييز العراقية رقم ١٢٨١ في ١٩٧١/٣/١٨، مشار اليه لدى د. عبد الرزاق عبد الوهاب، مصدر سابق، ص١٦٨.

(٢١). د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٦٠٨. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥٨٣. وهناك بذهب خلاف ذلك ويرى بان الاجراء البسيط يصح انتقاصه اذا كان متعدد الاثار فيتحقق الانتقاص من حيث الاثار لا من حيث الاجراء ذاته، فيرتب العمل الاجرائي الباطل بعض اثاره رغم بطلانه، وما ترتيبه لهذه الاثار الا تطبيقا لفكرة انتقاص الاجراء، ومن امثلتها المطالبة القضائية الباطلة اذا توافرت فيها بعض المقتضيات التي تعطيها مظهر المطالبة القضائية، التزم القاضي بإصدار حكم فيها ولو كانت باطلة. د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول، مصدر سابق، ص٨٢٩. د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص٣٠٧. ولكن لا يمكن قبول هذه الفكرة، فالدعوى التي تبطل ويلتزم القاضي للفصل فيها، لا ينشأ هذا الاثر نتيجة تطبيق فكرة الانتقاص والتي لولاها لما فصل القاضي بالدعوى بل هو مجرد التزام يقع على القاضي بعيد كل البعد عن فكرة الانتقاص، فالأخيرة هو وسيلة للحد من البطلان والمحافظة على الاجراء القضائي وهذا ما لا يتحقق عند الاخذ بفكرة انتقاص اثار العمل الاجرائي البسيط غير المركب، لان البطلان يقع على الاجراء القضائي نفسه وليس الاثر، ومن ثم فان الانتقاص لا يقع الا على العمل الاجرائي المركب اما البسيط فلا مجال لإعماله.

ولذلك الراي الراجح لا يؤيد فكرة الانتقاص من حيث الاثار. د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق، ص٢٩١. ابراهيم نجيب سعد، مصدر سابق، ص ٧٦١، عطا عبد الحكيم احمد، مصدر سابق، ص٢٤٥ هامش رقم ٤.

(٢٢). اذ ينقل الدكتور فتحي والي حكماً لمحكمة استئناف اسيوط مفاده " اذا سير في دعوى بيع اطيان ضد جملة اشخاص يمتلك كل منهما جزء خاصا به من هذه الاطيان، وتوفي احد الخصوم اثناء سير الاجراءات ولم يعلن ورثته، واوقع البيع، فلا تكون الاجراءات باطلة الا فيما يخص المملوك للمتوفي "، د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، مصدر سابق، ص٨٣١. وفي هذا القرار يتجسد بشكل واضح كيف ان موضوع الاجراء واحد قابل للتجزئة يتعلق بمصالح اكثر من خصم.

(٢٣). حكم رقم ١٦٦ في ٢٠٠١/٣/٢٥، مشار اليه لدى عطا عبد الحكيم احمد، مصدر سابق، ص٢٤٣.

(٢٤). طعن رقم ٥٣٧ في ١٩٨٣/١/١١، مشار اليه لدى د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩، ص٢٦٣.

(٢٥). د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ، ج٣ (الاوصاف، الحوالة، الانقضاء)، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان، ، ٢٠٠٠، ص٢٠٠.

(٢٦). عطا عبد الحكيم احمد، مصدر سابق، ص٢٤٥.

(٢٧). د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٢٦٣.

(٢٨). تنص المادة (٣٣٣) من القانون المدني العراقي "١. اذا صدر حكم على احد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ٢. اما اذا صدر الحكم صالح احدهم فيستفيد منه الباقون الا اذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه ". وتقابل هذه المادة (٢٩٦) من القانون المدني المصري.

(٢٩). د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٢٦٣.

(٣٠). د. ايمن احمد رمضان، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص٤٦٠.

(٣١). اذ يوجب القانون اختصام كل من البائع والمشتري، وتنص المادة (١١٣٩) من القانون المدني العراقي "يجب على الشفيع ان يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري خلال ثلاثين يوم من تاريخ اعلان رغبته، و الا سقط حقه " ويقابل هذا النص المادة (٩٤٣) من القانون المدني المصري. وقضت محكمة التمييز العراقية " ولما كان المميز – وهو المشتري- لم يدون في عريضته التمييزية اسم البائع خلافا لأحكام القانون التي توجب ان تشتمل العريضة التمييزية على اسماء الخصوم، والخصوم بالنسبة لدعوى الشفعة هم المعينون في المادة (١١٣٩) من القانون المدني وهي تلزم المميز، وهذا ما جرى الفقه والقضاء لكي يكون القرار التمييزي واحداً بالنسبة الى الشفيع والبائع والمشتري، فلا يصح ان يصدر القرار بالنسبة الى المشتري فقط، ولما كانت احكام الشفعة تطبق على صاحب حق الرجحان... ، ولما كانت العريضة التمييزية المقدمة من قبل المشتري قد رفعت ضد المحكوم له – صاحب حق الرجحان- ولم يرفعها ضد البائع، فيكون المميز قد خالف احكام المادة (١١٣٩) من القانون المدني، لذا قرر رد العريضة التمييزية من حيث الشكل. قرار رقم ٤٨/ حقوقية / هيئة عامة، في ١٩٧٠/٨/٢٧، منشور في النشرة القضائية – العدد الثالثة – السنة الاولى – ايار – ١٩٧١، ص٥٣.

(٣٢). د. ابراهيم امين النفياوي، مصدر سابق، ص١٢٣.

(٣٣). عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية ،ج٣، مطبعة العاني – بغداد – العراق، ١٩٧٠، ص٣٢٦.

(٣٤). واخذت بهذا التوجه بعض احكام محكمة النقض الفرنسية القديمة " بان الاستئناف المرفوع في الميعاد ضد احد المحكوم لهم يجعل الاستئناف المرفوع بعد الميعاد ضد محكوم له اخر صحيحا ومقبولا " Civ 16-11-1932. D.H.1933. Civ.7-3-1963. J.C.P.1963. وقضت محكمة النقض الفرنسية ايضا " اذا كان عدم ذكر اسم المعلن اليه في صورة اعلان القرار بقبول الطعن يؤدي الى بطلانه فان هذا البطلان لا يقع اذا كان هناك اعلان اخر قد تم صحيحا الى مدعى عليه اخر وكان الموضوع لا يقبل التجزئة " Civ. 11-3-1912. مشار اليهما لدى د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، مصدر سابق، ص٨٣٣.

(٣٥). د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق، ص٢٩١. عطا عبد الحكيم احمد، مصدر سابق، ص٢٤٣. فقضت محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها تاييدا لذلك " بطلان حكم مرسي المزاد بالنسبة للبعض يؤدي الى بطلانه بالنسبة للباقي " حكم محكمة النقض في ١٩٥٥/١١/٣ مشار اليه لدى د. حسن النيداني الانصاري، مصدر سابق، ص٢٦٤.

(٣٦). د. الانصاري حسن النيداني، المصدر نفسه، ص٢٦٦.

(٣٧). وقد قضت محكمة النقض المصرية تأييدا لذلك "..... . اذا كان المحكوم عليهم قد طعنوا بالحكم بطعن واحد رفع صحيحا من بعضهم وباطلا من الاخرين فان ذلك لا يؤثر في شكل الطعن المرفوع صحيحا من الاولين على ان يكون لأولئك الذين قضى بعدم قبول الطعن بالنسبة لهم ان يتدخلوا منضمين الى زملائهم في طلباتهم بحيث اذا قعدوا عن ذلك وجب على المحكمة ان تامر الطاعنين باختصامهم فيه، وذلك تغليبا من المشرع لموجبات صحة اجراءات الطعن واكتمالها على اسباب بطلانها وقصورها باعتبار ان الغاية من الاجراءات هي وضعها في خدمة الحق وذلك بتمكين الصحيح على الباطل ليصححه لا تسليط الباطل على الصحيح ليبطله... ". حكم محكمة النقض المصرية رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق في ١٩٨٠/٢/٩ منشور على موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg/courts .

(٣٨). وهذا التوجه يقترب من موقف قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في المادة (٦١٥) منه التي تنص " الطعن بطريق النقض المرفوع من احد الاطراف – المحكوم عليهم- في موضوع لا يقبل التجزئة يستفيد منه الاخرون حتى ولو لم ينظموا اليه في خصومة الطعن، اما بالنسبة للطعن المرفوع في مواجهة احد الاطراف – المحكوم عليهم – فانه لا يقبل التجزئة الا اذا اختصم الجميع "، والحكم الوارد بهذه المادة كأنه يقول ان كل ما يقوم به احد الاطراف وينتفع به الاطراف الاخرين في دعوى غير قابلة للتجزئة يسري بحق الجميع، اما ما يضرهم فهو نسبي الاثر ولا يسري بحقهم جميعا، ولذلك ميزت المادة بين القيام بالإجراء – الطعن – وبين اتخاذ الاجراء في مواجهة الاطراف المتعددة، ففي حال تعدد متخذي الاجراء فان قيام احدهم باتخاذ الاجراء صحيحا يسري في

مواجهة الجميع لأنه يصب في مصلحتهم، وبمفهوم المخالفة فان اهمال احدهم او قيامه بالإجراء باطلا فلا يسري البطلان بحقهم جميعا لأنه سيضر بمصلحتهم، اما الاجراء الموجه للخصوم فلا يقبل الا اذا كان صحيحا بحق الجميع، ومن ثم اذا وجه الاجراء الى عدة خصوم وكان صحيحا بمواجهة بعضهم وباطلا في مواجهة اخرين فيغلب جانب البطلان على الصحة، لأنه لا يقبل الا اذا كان صحيحا بحق الجميع خوفا من الحاق الضرر بالآخرين.

ويطابق هذا التوجه ما جاءت به المادة (١٧٦) من قانون المرافعات العراقي " ١. لا يستفيد من الطعن الا من رفعه ولا يحتج الا على من رفع عليه. ٢.....".

٣. ويستفيد منه كذلك من يكون مدعي او مدعى عليه مع من عدل الحكم لصالحة اذا كانت الخصومة متعلقة بشي غير قابل للتجزئة... ". اي حينما يكون الموضوع غير قابل للتجزئة فان ما ينفع الجميع يسري بحقهم ومنها اتخاذ الاجراء، واما ما يضرهم فلا يسري الا بمواجهة من وجه اليه كالطعن الموجه اليه او بطلان الاجراء الصادر منه.

(٣٩). وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية " إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤ من قانون المرافعات على أنه" إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذى يبطل" فهي تنظم انتقاص العمل الباطل بحيث إذا كان شق من الإجراء غير معيب فإنه يمكن أن يبقى صحيحاً رغم تعييب الآخر و لا يرد هذا الانتقاص إلا على العمل الإجرائي المركب من أجزاء قابلة للتجزئة أو الانقسام دون العمل الإجرائي البسيط أو غير القابل للتجزئة أو الانقسام، فتعييب شق من العمل الإجرائي من هذا النوع الأخير يؤدى إلى بطلان العمل الإجرائي كله). حكم محكمة النقض المصرية رقم ٦٩٨ لسنة ٤٢ جلسة في ١٩٧٧/٥/١٧. منشور على موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg/courts . وقريب من هذا المعنى قضت محكمة التمييز العراقية " اذا كان قرار المحكمة مجزء على عدة فقرات، فلا يجوز تطبيق المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية لأنها تشترط ان تكون الخصومة غير متعلقة بشيء غير قابل للتجزئة ". قرار رقم ١٦٨/ استئنافية في ١٩٧١/٢/٢٥. مشار اليه لدى جاسم جراء حافر، ج٢، مصدر سابق، ص٥١٧.

(٤٠). ومن اثر البطلان على الحقوق الموضوعية، كان ترفع دعوى باطلة، وتستمر الاجراءات مدة طويلة ثم يتمسك المدعى اليه بالبطلان، فاذا كانت مدة تقادم الحق الموضوعي قد اكتملت اثناء سير الخصومة، فان بطلان الدعوى يودي الى زوالها وزوال اثارها، ومن هذه الاثار قطع التقادم، فيعد التقادم كأنه لم ينقطع، وبالتالي تكتمل مدته ويضيع الحق الموضوعي على صاحبه، د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٤٩.

(٤١). انظر د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢١١.

(٤٢). د. نبيل اسماعيل عمر، مصدر سابق، ص٢٩٣. د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص٢١٣.

(٤٣). د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٢٦٢.

.....

٤. المصادر

اولا : الكتب القانونية

١. . د. ابراهيم امين النفياوي، مبادى الخصومة المدنية، دار النهضة العربية – القاهرة – مصر، ط١، ٢٠١٥.

٢. .د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، بدون طبعة، ١٩٧٣.

٣. د. احمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ٢٠٠٦.

٤. . د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج١، ط٨، المركز القومي للإصدارات القانونية – القاهرة – مصر، ٢٠١٨.

٥. د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٧٧.

٦. د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩.

٧. . د. ايمن احمد رمضان، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
٨. جاسم جراء حافر، الجامع لاهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، - قسم المرافعات المدنية، ج٢، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية – العراق، ٢٠١٨.
٩. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط١ –مكتبة السنهوري – بغداد – العراق، ٢٠١٥.
١٠. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية ،ج٣، مطبعة العاني – بغداد – العراق، ١٩٧٠.
١١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ، ج٣ (الاوصاف، الحوالة، الانقضاء)، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان، ، ٢٠٠٠.
١٢. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن بالأحكام بالتمييز، دار الحكمة – بغداد، ١٩٩١.
١٣. عبد الستار ناهي عبد عون، الدعوى المدنية : الطلبات والدفوع – دراسة تحليلية للنصوص القانونية، ط١، مطبعة الكتاب – بغداد – العراق، ٢٠٢٠
١٤. د. عصمت عبد المجيد، اصول المرافعات المدنية، ط١، منشورات مطبعة جيهان، اربيل – العراق، ٢٠١٣.
١٥. عطا عبد الحكيم احمد، البطلان في قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية – بيروت – لبنان، ٢٠١٧.
١٦. د. فتحي والي ، د. احمد ماهر زعلول ، ط٢، نظرية البطلان في قانون المرافعات، بدون مكان طبع، ١٩٩٧.
١٧. د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية – دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط١، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٨١.

ثانيا : النشرات القضائية

١. النشرة القضائية – العدد الثالثة – السنة الاولى – ايار – ١٩٧١.

ثالثا : القوانين

١. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٢. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
٣. قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥ المعدل.
٤. قانون المرافعات الايطالي رقم ٢٣ لسنة ١٩٤٠.

رابعا : المواقع الالكترونية

١. موقع محكمة النقض المصري www.cc.gov.eg

Abstract :

In order to reduce the idea of procedural invalidity ،jurisprudence and legislation decide several ways to limit and reduce procedural invalidity ، including the idea of diminishing the procedure ،in order to preserve from the defective procedure itself and other procedures and the substantive rights to be protected.

Instead of the nullity that applies to the whole procedure ،the invalidity can be reduced by the defective part ،so that we keep the procedure in one of it and nullify the other part ،so the defect is removed from it ،and proceeds towards the arrangement of its positive effects in the case.

Derogation Judicial procedure
contrastive and analytic study

Prepared by:

P.Dr. Wasan Qasim Alkhfajy

University of Babylon/College of Law

Ahmed Khudair Abbas Ahmed

University of Babylon/College of Law