# عدم جواز التمسك بالبطلان الاجرائي من قبل المتسبب فيه
# دراسة مقارنة

**م.د حيدر هادي عبد الخزاعي**
جامعة الفرات الاوسط التقنية

البريد الإلكتروني Email : hayder.hadi@atu.edu.iq

**الكلمات المفتاحية**: البطلان الإجرائي – المصلحة – التنازل – التسبب – العدالة.

**كيفية اقتباس البحث**

عبد الخزاعي، حيدر هادي، عدم جواز التمسك بالبطلان الاجرائي من قبل المتسبب فيه دراسة مقارنة مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، شباط ٢٠٢٦، المجلد:١٦ ،العدد:٢ .

**هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر ( Creative Commons Attribution ) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.**

**مفهرسة في Indexed**
**IASJ**

**مسجلة في Registered**
**ROAD**

# The inadmissibility of procedural invalidity by the party responsible for it: a comparative study

**Lect .Dr. Hayder Hadi Abid Al-khuzaie**
Al-Furat Al-Awsat Technical University

**Keywords** : Procedural nullity – Interest – Waiver – Causation – Justice.

**How To Cite This Article**
Al-khuzaie , Hayder Hadi Abid, The inadmissibility of procedural invalidity by the party responsible for it: a comparative study, Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, February 2026,Volume:16,Issue 2.

**This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/**

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

**Abstact:**

Procedural nullity is one of the most prominent penalties imposed by the legislator for violating the formal rules governing judicial proceedings. However, adherence to it is not absolute, but rather governed by a set of controls aimed at achieving a balance between respect for procedural form and ensuring the proper administration of justice. Adherence to nullity requires the existence of a real and direct interest for the opponent and the absence of any explicit or implicit waiver of the right to invoke it, given that nullity was established primarily to protect the interests of the opponents and not merely to enforce formality.

In addition to these two conditions, the laws and judicial precedents have established a fundamental rule that the opponent may not invoke nullity if he is the cause of the procedural defect, since it is assumed that those who claim legal protection are acting in good faith and not contribute to the procedural violation through their conduct or negligence. If it is proven that the opponent was the cause of the defective

procedure, their right to invoke nullity is forfeited, even if the defect remains formally valid.

This rule is based on considerations of justice and legal logic, as it plays an effective role in preventing circumvention of procedures and exploitation of procedural errors to achieve unlawful consequences, as well as contributing to limiting the range of the application of nullity and its negative effects on the stability of the dispute and the speed of its resolution.

This research addresses the rule in terms of its concept, legal basis, and scope of application, then discusses the conditions for its fulfillment in detail, thereby contributing to regulating the use of procedural nullity and achieving a balance between procedural form and the legislator's intended purpose.

**الملخص:**

يُعدّ البطلان الإجرائي من أبرز الجزاءات التي رتبها المشرّع على مخالفة القواعد الشكلية المنظمة للإجراءات القضائية، غير أن التمسك به لا يكون مطلقاً، بل تحكمه جملة من الضوابط التي تهدف إلى تحقيق التوازن بين احترام الشكل الإجرائي وضمان حسن سير العدالة، ويشترط للتمسك بالبطلان توافر مصلحة حقيقية ومباشرة للخصم، وانتفاء أي تنازل صريح أو ضمني عن الحق في الدفع به، باعتبار أن البطلان وُضع أساساً لحماية مصالح الخصوم لا لمجرد إعمال الشكل.

وإلى جانب هذين الشرطين، استقرت القوانين والاجتهادات القضائية على قاعدة جوهرية مفادها عدم جواز تمسك الخصم بالبطلان إذا كان هو المتسبب في العيب الإجرائي، إذ يفترض فيمن يطالب بالحماية القانونية أن يكون حسن النية، وألا يسهم بسلوكه أو إهماله في وقوع المخالفة الإجرائية ، فإذا ثبت أن الخصم كان سبباً في الإجراء المعيب، سقط حقه في التمسك بالبطلان، حتى وإن بقي العيب قائماً من الناحية الشكلية.

وتستند هذه القاعدة إلى اعتبارات العدالة والمنطق القانوني، لما لها من دور فعّال في منع التحايل على الإجراءات واستغلال الأخطاء الإجرائية لتحقيق مكاسب غير مشروعة، فضلاً عن مساهمتها في الحد من التوسع في إعمال جزاء البطلان وآثاره السلبية على استقرار الخصومة وسرعة الفصل فيها.

ويعالج هذا البحث القاعدة من حيث مفهومها وأساسها القانوني ونطاق تطبيقها، ثم يتناول شروط تحققها بصورة تفصيلية، بما يسهم في ضبط استعمال البطلان الإجرائي وتحقيق التوازن بين الشكل الإجرائي والغاية التي قصدها المشرع.

**المقدمة :**

ان الخصومة لا تنهض الا اذا راعت الإجراءات القضائية المنصوص عليها قانوناً، لا سيما وان المشرع قد نص على جملة من القواعد ذات الطابع الشكلي بهدف ضمان حسن سير العدالة، الا ان مخالفة هذه القواعد لا يعني بالضرورة اهدار ذات الاجراء القضائي ، حيث تم وضع قيود على جزاء البطلان بضوابط تحول دون إساءة استعماله ، ومن أبرز هذه الضوابط قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن كان سببًا في وقوعه، بوصفها تطبيقًا لمقتضيات العدالة ومنع التناقض في المراكز القانونية، ويهدف هذا البحث إلى بيان مضمون هذه القاعدة وأساسها ونطاق تطبيقها في ضوء التشريعات المقارنة والاجتهادات القضائية، وصولًا إلى تحديد دورها في تحقيق التوازن بين الشكل الإجرائي والغاية التي شُرع من أجلها.

**أهمية البحث:**

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه يتناول إحدى القواعد الإجرائية الدقيقة التي يترتب على تطبيقها أثر بالغ في استقرار الخصومة القضائية وحماية الإجراءات من الإهدار غير المبرر، فقاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه تمثل أداة فعّالة للحد من التعسف في استعمال الدفوع الشكلية، وتسهم في منع الخصوم من استغلال العيوب الإجرائية التي كان لهم دور في إحداثها بقصد المماطلة أو تعطيل الفصل في الدعوى.

كما تبرز أهمية البحث من الناحية العملية، إذ يرتبط موضوع البحث بالواقع العملي كون إثارة مسألة التمسك بالبطلان تكون أمام المحاكم دون التدقيق في مصدر العيب الإجرائي، وهذا من شأنه يؤدي الى اختلاف توجهات المحاكم ، فضلاً عن ما تقدم ، نرى ان قانون المرافعات العراقي يفتقر الى تنظيم هذه القاعدة وعدم النص عليها بشكل صريح أو ضمني ، مقارنة بالتشريعات الأخرى، مما يحث كلاً من الفقه والقضاء على تأصيل هذه القاعدة ورسم اطارها القانوني .

**إشكالية البحث:**

تسعى هذه الدراسة الى بيان مفهوم قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان الاجرائي من قبل المتسبب فيه ودورها في حرمان الخصم الذي ثبتت مشاركته في وقوع العيب الاجرائي من قبله ، لتجيب عن جملة من التساؤلات الذي تطرح ولعل ابرزها : ماهو الاساس القانوني الذي تستند عليه هذه القاعدة في ظل الاختلاف التشريعي القائم بين النظم القانونية ؟ وماهو معيار العيب الاجرائي الذي يمنع التمسك ببطلانه ؟ وهل كان عن قصد وسوء نية أم عن غش من الخصم أو هو نتيجة إهمال وتقصير ناتج عنه؟ وهل يمكن تطبيق هذه القاعدة على جميع صور الجزاء

الاجرائي ام انه يقتصر على البطلان فقط؟ وغيرها من التساؤلات الفرعية التي أهمها هل القاعدة تتعلق بالصالح العام ام هي منحصرة بالمصلحة الخاصة.

وهذا يتطلب منا جعل الدراسة وفق خطة بحث علمية تتضمن الموضوع في مطلبين، يتناول المطلب الأول مفهوم القاعدة، وذلك ببيان معناها في الفرع الأول، ثم توضيح أساسها في الفرع الثاني، ويُخصص الفرع الثالث لبحث نطاق تطبيقها، أما المطلب الثاني فسيُعنى ببيان شروط تحقق هذه القاعدة، بحيث يُفرد لكل شرط فرع مستقل.

**منهجية البحث:**

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج المقارن للوقوف على موقف التشريعات المقارنة من قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان من تسبب فيه وبالتحديد التشريع الفرنسي والتشريع المصري بالمقارنة مع التشريع العراقي ، للكشف عن الاختلاف القائم بين تلك التشريعات لترجيح التنظيم الدقيق لتلك القاعدة، كما ان البحث لم يترك الأسلوب التحليلي بالقدر اللازم من خلال تناول المواد القانونية لبيان مقاصدها، فضلاً عن طرح أهم الآراء الفقهية واحكام المحاكم في تحديد مضمون القاعدة اعلاه لا ستخلاص النتائج التي لها انعكاس للواقع العملي في سوح القضاء ، وهذا ينسجم مع الاسلوب التطبيقي للبحث.

## المطلب الاول

## مفهوم قاعدة لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه

لبيان مفهوم هذه القاعدة يقتضي ذلك بيان اولا ، المقصود بها ، وذلك في الفرع الاول ، اما الفرع الثاني يكون لبيان اساسها القانوني ، اما الفرع الاخير فيكون لبيان نطاق اعمالها .

### الفرع الاول

### المقصود بقاعدة لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه

استقرّ العمل على أن الحق في التمسك بالبطلان لا يثبت إلا للخصم الذي تتوافر له مصلحة قانونية في استعمال هذا الجزاء، بشرط أن يكون القانون قد منحَه هذا الحق، وألا يكون قد تنازل عنه صراحة أو ضمناً. ويُضاف إلى ذلك شرط جوهري آخر، وهو ألا يكون الخصم قد أسهم بسلوكه—مباشرة أو بصورة غير مباشرة—في وقوع العيب الذي أدّى إلى البطلان.

ويمثل الشرط الاخير قاعدة استقر تطبيقها القانون الاجرائي ، وواظبت عليها بعض التشريعات بنصوص صريحة ، ومفاد هذه القاعدة انه اذا صدر من الخصم او من ينوب عنه سلوك ساهم بفعله بطريق مباشر او غير مباشر بقصد او بغير قصد في بطلان الاجراء الموجه اليه ، فلا يحق لهذا الخصم التمسك بالبطلان[١] ، فليس لمن اعطى موطنا وهميا في عريضة الدعوى

التمسك ببطلان عريضة الدعوى ، وكذلك ليس لمن اخفى صفة معينة التمسك ببطلان الاجراء لعدم اتخاذ الاجراء بمواجهته بصفته التي اخفاها لان ساهم في كلتا الحالتين في التسبب بالعيب الاجرائي .

فالتمسك بالجزاء بصورة دفع في الدعوى او طعن في الحكم يفترض ممن يتمسك به ان لا يكون مساهما باي شكل من الاشكال في تحقق مفترضاته ، والا لم تتحقق شروط التمسك بالجزاء ، ولذلك من شروط التمسك بالبطلان ان يكون الخصم صاحب مصلحة في التمسك بالبطلان ، وان لا يكون سببا في المخالفة الاجرائية المتمثلة بالعيب الذي شاب الاجراء القضائي ولو كانت القاعدة المخالفة مقررة بالأصل لمصلحته ، فليس للشخص ان يدعي ضد فعله [٢].

ويرجع منع الخصم من التمسك بتوقيع الجزاء الإجرائي إلى أن هذا الخصم يكون، في الفرض محل البحث، هو مصدر العيب الإجرائي من جهة، وصاحب المطالبة بترتيب آثاره من جهة أخرى، وهو وضع ينطوي على تناقض لا يستقيم قبوله قانوناً، فضلاً عن ذلك، فإن ترتيب أثر الإجراء المعيب في مواجهة الخصم الآخر، رغم عدم صدور أي إسهام منه في حدوث هذا العيب، يؤدي إلى تحميله تبعة فعل لم يكن له يد فيه، الأمر الذي ينتفي معه اعتباره محلاً صحيحاً لتوقيع الجزاء، وهو ما تأباه قواعد العدالة والمنطق القانوني السليم.

فإذا كان بطلان الإجراء يترتب عليه إلحاق ضرر بمن كان يُفترض أن يستفيد من اتخاذه، ولو اقتصر هذا الضرر على ما ينشأ عن إعادة اتخاذ الإجراء بصورة صحيحة، فإن تبعة هذا الخطأ يجب أن تتحملها الجهة التي أسهم سلوكها في وقوعه، ولا خلاف في أن البطلان متى كان مردّه إلى خطأ من باشر الإجراء، فإن هذا الأخير يتحمل وحده آثاره، ولا يسوغ له أن يعزو ما ترتب عليه إلى غيره أو أن يلقي بالمسؤولية على سواه[٣].فإذا أخطأ من شُرع الإجراء لمصلحته في بيان موطنه المعتمد لأغراض التبليغ، فإن ما قد يلحقه من ضرر نتيجة ذلك الخطأ يقع على عاتقه وحده، ولا يجوز تحميل الخصم الآخر تبعة لم يسهم في حدوثها ولم يكن سبباً فيها.

ولان الخصم وفقا لهذه القاعدة يحرم عليه التمسك بالبطلان رغم وجود العيب في الاجراء ، لذلك تعد قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن تسبب به من الوسائل القانونية التي تحد من البطلان الاجرائي وتقلل من حالاته [٤]، فبمقتضى هذه القاعدة يبقى الاجراء قائما ومرتباً لكل اثاره الاجرائية ولو كان معيبا وتمسك الخصم الذي تقرر الاجراء لمصلحته ببطلانه ، فلا تحكم المحكمة بالبطلان لان الخصم تسبب في العيب الموجب للبطلان ، مما يبقى الاجراء معيبا ولكنه في ذات الوقت منتجا من وقت اتخاذه كافة اثار الاجراء الصحيح [٥] ، مما يجعل قاعدة

(لا يتسمك بالبطلان من تسبب فيه) وسيلة حافظت على الاجراء القضائي وكرسها القانون كونها من الوسائل الفاعلة في التقليل من حالات البطلان الاجرائي .

لاتعد هذه القاعدة حديثة الحدث في الفقه القانوني ، وانما هي تطبيق من تطبيقات قاعدة متجذرة ترجع اصولها الى القانون الروماني ومضمونها انه ليس لاحد ان يفيد من باطل صدر منه (( Nullum Commodum Capere Potest de Injuria Sua Propria وتمثل هذه القاعدة في الوقت الحاضر مبدأ مستقر داوم الفقه والقضاء على السير عليه [٦].

كما لهذه القاعدة اساس في الفقه الاسلامي ، فالقاعدة الشرعية تقضي بان (من سعى في نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه)[٧] .

وذهبت بعض التشريعات الاجرائية الى الاخذ بالقاعدة بنص صريح كما في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (٢١) التي نصت على ( لا يجوز التمسك بالبطلان الا ممن شرع البطلان لمصلحته ، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه ، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام )[٨] .

جاء النص المتقدم ليؤكد على هذه القاعدة ، ومن ثم فاذا جاء التشريع خاليا من هذه القاعدة ، فلا يعني ان من تسبب بالعيب يمكنه التمسك ببطلانه ، ففي القانون الفرنسي بالرغم من عدم وجود نص يشبه النص في القانون المصري ، ولكن مع ذلك يمكن تأصيل هذه القاعدة على نص اخر في قانون الاجراءات المدنية الفرنسي وهي المادة (٢/١١٤) التي يحمل تفسيرها بالمفهوم المخالف له ، اذ تشترط هذه المادة للحكم بالبطلان ان يلحق المتضرر من عيب شكلي ضررا وان يثبت الخصم نفسه هذا الضرر ، والنص يتحدث عن التمسك بالبطلان ممن لحقه ضرر وليس من تسبب فيه ، وطبقاً للنص من يتمسك بالبطلان هو من اصيب بضرر نتيجة المخالفة ، فلا يحق التمسك بالبطلان من كان سببا في حدوث هذا الضرر [٩].

اما على صعيد القانون العراقي، لم يتبنَّ قانون المرافعات تنظيماً عاماً لنظرية البطلان، إذ خلا من أي نصوص تُعنى بتحديد قواعد التمسك به، ومع ذلك، لم يقف القضاء العراقي عند حدود هذا الفراغ التشريعي، بل درج في العديد من أحكامه – كما سيأتي بيانه – على إعمال القاعدة القاضية بعدم جواز التمسك بالبطلان ممن كان سبباً في وقوعه، باعتبارها من القواعد العامة المستقرة التي لا تحتاج إلى نص صريح، لاستنادها إلى مقتضيات العدالة وأصول المنطق القانوني السليم، ذلك أن من غير المتصور قانوناً إهدار إجراء أو الحكم ببطلانه بناءً على دفع يثيره خصم كان هو ذاته سبب هذا البطلان.

**الفرع الثاني**

**الاساس القانوني للعيب الذي يتسبب في عدم التمسك بالبطلان**

حاول الفقه ارجاع قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه الى اساس ترتكز عليه ، وظهرت في ذلك عدة اراء منها :

١.ارجاع اساس القاعدة الى فكرة الغش، ويعتمد هذا الرأي على فكرة أن الغش يعد السبب الرئيسي لإبطال المعاملات، حيث لا يمكن لمن يتسبب في الغش أن يستفيد منه، وذلك انطلاقاً من القاعدة القائلة بأن الغش يفسد كل شيء، ومن المنطقي تفسير هذا الرأي في الحالات التي يتسبب فيها الخصم في البطلان نتيجة غشه، لكنه لا يقدم تفسيراً كافياً للحالات التي يترتب فيها البطلان نتيجة تصرفات الخصم أو إهماله أو تقصيره، دون أن يكون هناك غش متعمد، وعليه، يمكن تفسير القاعدة بشكل مرن، بحيث تشمل الحالات التي يتسبب فيها الخصم بالبطلان بفعل غير الغشّ، سواء كان ذلك من خلال تقصيره أو إهماله، ولكن في هذه الحالة، يعجز هذا الاتجاه عن تقديم تفسير واضح لأصل القاعدة في حال لم يتم إثبات وجود غش من الخصم، ومع ذلك يظل فعله سبباً للعيب الإجرائي..

٢.يرى البعض أن فكرة الغاية التي اعتمدتها التشريعات الإجرائية قد تؤدي إلى تأسيس قاعدة تمنع التمسك بالبطلان من قبل من تسبَّب فيه. فالمعيار في هذا الرأي يبدو متشابها، حيث يأخذ المشرع في اعتباره غاية الإجراء، فإذا تحققت هذه الغاية، فلا يُحكم بالبطلان حتى لو كان النص ينص عليه وكان الخصم صاحب المصلحة قد تمسك به. وبناءً على ذلك، إذا كان الخصم يسعى للمماطلة ويتعمد تأخير الدعوى، ويظهر هذا من خلال سلوكه في القضية، فإنه لا يُسمح له بالتمسك بالبطلان، خاصة إذا كان الأمر لا يتعلق بمصلحة عامة[١٠].

والواضح ان هذا الراي يخلط بين فكرة الغاية من الاجراء وهي غاية موضوعية ينظر فيها المشرع الى الغاية التي وضعها المشرع من الشكل وبين غاية الخصم الشخصية وسوء نيته الواضحة في تعطيل مسار الدعوى ، وهذا الخلط غير موفق ولا يمكن ان يشكل معيارا تؤسس عليه قاعدة عدم التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه لان الفقه كما سنرى يتجه نحو الاخذ بمعيار موضوعي في النظر الى التسبب بالعيب دون الاعتداد بحسن وسوء نية الخصم المتسبب بالعيب، بالإضافة الى ذلك ان هذ الراي يؤسس فكرته على اساس سوء نية الخصم وبذلك يقترب مع الراي السابق الذي يربط بين القاعدة محل الدراسة وفكرة الغش.

٣.يذهب رأي آخر الى ارجاع اساس القاعدة الى فكرة التنازل الضمني [١١] ، مؤداها أن من يتسبب في وقوع البطلان يُفترض أنه قد تنازل ضمنًا عن حقه في التمسك به. ويبرر ذلك بالقول

ان القانون يعفي من يقوم بالإجراء من مراعاة القواعد الجوهرية متى تنازل صاحب المصلحة عن مراعاتها قبل مخالفتها ، غير أن هذا الاتجاه يواجه انتقاداً جوهرياً، يتمثل في أن التنازل يقوم في الأصل على الإرادة، في حين أن هذه القاعدة لا تُعنى ببحث نية الخصم أو إرادته في التسبب بالعيب الإجرائي من عدمها. ومن ناحية أخرى، فإذا أُقيم هذا الرأي على مجرد افتراض التنازل دون الالتفات إلى الإرادة، فإن ذلك يكون محل نظر، لأن التنازل لا يُفترض، إذ إن الإرادة لا تُفترض ابتداءً[١٢].

٤.ويرى هذا الرأي بان لا ضرورة من تأسيس فكرة التسبب بالعيب من قبل الخصم كمانع من التمسك بالبطلان ، ويرى انها قاعدة قائمة بذاتها تجد اساسها في كيانها و لا تحتاج الى تأسيسها وتفسيرها في قاعدة او فكرة اخرى[١٣] ، ولا يمكن التسليم بهذا الرأي، ذلك أن أي فكرة قانونية لا يتصور أن يكون أساسها كامناً في ذاتها، إذ إن الفقه والتشريعات حينما قررت هذه القاعدة لم تضعها اعتباطاً، وإنما أسستها على مرتكز منطقي واضح، وردّتها إلى فكرة قانونية أعم تُبرِّر وجودها وتفسّر غايتها.

ومن ذلك لا يصح القول بان قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه ، هي قاعدة تجد كيانها واساسها في ذاتها .

ونرى انها مجرد اعمال للقواعد العامة في الجزاء الاجرائي تفتضيه قواعد العدالة وحسن النية، فالشروط العامة للتمسك بالجزاء الاجرائي تقتضي توافر الصفة في المتمسك بالجزاء وفي ذات الوقت من يتمسك الجزاء في مواجهته ايضا .

وصاحب الصفة في التمسك بالجزاء هو من تقرر الجزاء لمصلحته[١٤] ، فقد تتوفر الصفة في الخصم الذي يتمسك بالبطلان ولو تسبب في العيب الاجرائي لان صاحب الصفة في التمسك بالبطلان هو من تقرر البطلان لمصلحته اي من يفترض تضرره من الاجراء وهذا بحد ذاته لا يتناقض مع التسبب بالعيب ، فيظل المتمسك بالبطلان صاحب الصفة بالتمسك بالبطلان لأنه متضرر من الاجراء رغم تسببه بالعيب الإجرائي ، ولكن تحقق الصفة في المتمسك بالبطلان غير كاف لإعمال الجزاء ، فالصفة يفترض وجودها ليس فقط فيمن يقدم الطلب او الدفع ، انما ايضا فيمن يقدم الطلب او الدفع في مواجهته ، وتتحقق الصفة في هذا الاخير اذا تسبب في المخالفة الاجرائية[١٥]، ولذلك فطالما ان الخصم لم يتسبب في المخالفة فيفترض ان لا يقع عليه الجزاء اذ لا صفة له للتمسك به في مواجهته ، بل يجب ان يوقع الجزاء الاجرائي على من تسبب بالعيب[١٦] ، لأنه تجتمع فيه صفة المتمسك بالجزاء ومن تسبب فيه ، وخير جزاء يمكن ايقاعه على المتمسك بالبطلان هو بقاء الاجراء صحيحا رغم تعيبه . فاذا تسبب الخصم في

العيب او اشترك بنسبة معينة لا يمكن ان يطالب بتقرير البطلان في مواجهة الخصم الاخر . فالأنسان لا يتحمل فعل الغير، ولكن اذا كان نفسه مصدر الضرر فالمنطقي ان يتحمل نتيجة افعاله . ولذلك فان من تسبب بالضرر لا يمكن ان يكون متسببا بإبطال الاجراء لعدم تحقق مفترض جزاء البطلان الاجرائي ، انما يتحقق مفترض جزاء اخر يتمثل بإبقاء الاجراء صحيحا رغم تعيبه .

والتأسيس السابق لقاعدة (عدم جواز التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه) توجبه البداهة وتفتضيه العدالة ، فقواعد العدالة تأبى ان يسعى انسان الى نقض ما تم من جهته وان لم يكن مخطئا. لان القول عكس ذلك اي إجازة التمسك بالبطلان ممن تسبب بالعيب يؤدي الى تحمل الغير نتيجة فعل المتمسك بالبطلان وهذا غير جائز ، فالمتسبب قد هيئ بفعله مفترضات الجزاء فلا يمكنه ان يكافئ على فعله ويسقط الاجراء الذي تسبب بتعيبه . فمن تسبب بالبطلان لا يقبل منه التمسك به لما في ذلك تناقضا تباه قواعد العدالة والمنطق السليم ، فالتسبب بالعيب والتمسك ببطلانه تناقضان لا يجتمعان ولا يصدران من شخص واحد .

وكذلك قواعد حسن النية التي من المفترض ان يلتزم بها المتخاصمين تفرض هذه القاعدة ، فتسبب الخصم بالعيب الاجرائي وتمسكه ببطلان الاجراء يتنافى تماما مع مبادى حسن النية التي من المفترض الالتزام بها[١٧] ، وقد كرس قانون الاثبات العراقي النافذ هذا المبدأ العام وحصره في نطاق ادلة الاثبات بالقول ( القضاء ساحة للعدل ولإحقاق الحق مما يقتضي صيانته من العبث والاساءة ويوجب على المتخاصمين ومن ينوب عنهم الالتزام بأحكام القانون وبمبدأ حسن النية في تقديم الادلة والا عرض نفسه للعقوبة )[١٨] ، ويستشف من هذه المادة بشكل الى الاخلال بمبدأ حسن النية جزاء يترتب على مخالفته ، وافضل جزاء يمكن ان يرتبه القانون على اخلاله بمبادئ حسن النية وتمسك بالبطلان رغم تسببه بالعيب الاجرائي هو بقاء الاجراء صحيحا رغم تعيبه .

ومما تقدم يتبين ان قاعدة التمسك بالبطلان ليست قاعدة مستقلة لا اساس ولا جذور لها ، وانما تطبيق منطقي لقواعد اعمال الجزاء الاجرائي، مؤسس على مقتضيات العدالة ومبادى حسن النية التي تأبى ان يكون الشخص مصدر الفعل والمتضرر منه في ذات الوقت .

**الفرع الثالث**

**نطاق قاعدة لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه**

قبل الحديث عن نطاق هذه القاعدة في اطار البطلان الاجرائي ، لابد من الاشارة الى نطاق اعمالها في الجزاء الاجرائي بصورة عامة ، ويتفق الفقه انه بالرغم من حصر نطاق القاعدة –من

قبل القوانين التي اشارت اليها – في البطلان، الا ان نطاقها يتوسع ابعد من ذلك ليشمل كل صور الجزاء الاجرائي[١٩]، فهي قاعدة عامة تسري على كل صور الجزاء الاخرى غير البطلان ، كالسقوط او ترك الدعوى او اعتبار الدعوى كان لم تكن ، ولكن ايرادها في البطلان كون هذا الجزاء اكثر صور الجزاءات التي اولى المشرع اهتمام بتنظيم احكامه ، ويؤيد هذا الراي عدة قرارات قضائية تؤكد توسع نطاق هذه القاعدة خارج اطار البطلان[٢٠] .

والحقيقة ان هذه القاعدة ليست قاصرة على البطلان ، فهي قاعدة عامة تفتضيها العدالة والمنطق السليم، فكل من تسبب في الجزاء ايا كانت صورته لا يتصور التمسك به .

واذا كانت نطاق القاعدة يشمل صور الجزاء الاخرى ، فانه من جهة اخرى ينحسر عن احوال انعدام الاجراء القضائي ، فهذه القاعدة تفترض ان العمل قد تم ولكن مشوب بالبطلان ، اما اذا كان العمل الاجرائي منعدما لاوجود مادي له ، كان يوجب القانون القيام بعمل اجرائي معين ولا يتم القيام به اصلا ، فيستطيع كل ذي مصلحة ان يتمسك بانعدامه دون النظر الى الخصم الذي تسبب بانعدام الاجراء[٢١] ، فالإجراء المنعدم لا ينتج اي اثر ، ويجوز رفع دعوى اصلية بالبطلان لتقرير انعدامه ، ويجوز لكل صاحب مصلحة التمسك بانعدامه ، ويجوز للخصم الذي تسبب فيه التمسك بانعدام اثار الاجراء في جميع الاحوال [٢٢]. وقد قضت محكمة النقض المصرية بعدم انطباق هذه القاعدة على اعلان صحيفة الدعوى لان الاعلان لم يحدث اصلاً[٢٣]. اي بمعنى من يتسبب بانعدام الاعلان –التبليغ– لا يحول ذلك دون تمسكه بانعدام الاجراء القضائي .

اما في نطاق جزاء البطلان ، من المعروف ان البطلان الاجرائي لا يأتي بصورة واحدة ، انما ياتي بصور متعددة بحسب المصلحة التي يحميها ، فقد يتقرر البطلان لحماية المصلحة العامة لان النص مقرر لحماية المصالح العامة . وقد يتقرر لحماية المصالح الخاصة ايضا ، وفيما يتعلق نطاق قاعدة (لا يتمسك بالبطلان ممن تسبب فيه) ، فهل تشمل كلا صورتي البطلان ام انه يقتصر على صورة واحدة دون الاخرى ؟ .

من غير المنطقي القول يتقرر البطلان على صورتي البطلان . فهو يقتصر على البطلان المقرر للمصلحة الخاصة ، اما الحالات التي يتقرر فيها البطلان للصالح العام فهي تكون خارج نطاق تطبيق هذه القاعدة [٢٤].

فالبطلان المقرر لمصلحة خاصة اذا تسبب فيه من تقرر البطلان لمصلحته تعذر عليه التمسك بالبطلان ومن ثم تحصن العيب من جزاء البطلان لان الخصم المتسبب هو الوحيد الذي يمكنه التمسك به وبتسببه بالعيب تعذر عليه ذلك ، اما البطلان المقرر للصالح العام و لأنه تقرر

لحماية الصالح العام فيمكن لأي خصم التمسك به وان تسبب هذا الخصم بنفسه بإيقاع العيب فذلك لا يمنعه من التمسك به رعاية للمصلحة العامة التي تعلو فوق اي اعتبار [٢٥] . كما لا يمنع ذلك المحكمة ايضا من التمسك ببطلان هذا الاجراء .

وقد اكد المشرع المصري نطاق القاعدة بشكل صريح في المادة ( ٢/٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية ( ..... وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام ) ، واكدت المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري هذا المعنى بقولها (وقد حرصت المادة على استثناء البطلان المتعلق بالنظام العام اذ ان هذا البطلان لا يقتصر التمسك به على من شرع لمصلحته ويجوز التمسك به حتى من الخصم الذي تسبب فيه رعاية للمصلحة العامة التي تعلو على اي اعتبار اخر ) كما اشارت الكثير من الاحكام القضائية الى ذات المعنى[٢٦].

وبالرغم من ورود نص صريح بنطاق عمل القاعدة الا انه يمكن الاخذ بفكرة حصر نطاق القاعدة بالبطلان غير المتعلق بالصالح العام حتى في حال عدم النص عليه لما تفتضيه القواعد العامة في هذا الشأن ، فاذا تعلق الحكم بالنظام العام فلا يقف اي عائق في سبيل الوصول لتحقق الغاية وهي حماية الصالح العام .

نخلص مما تقدم ان نطاق قاعدة لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه ، يشمل صور الجزاء الاخرى دون الانعدام ، وفي نطاق البطلان فهو يقتصر على البطلان المقرر للمصلحة الخاصة دون البطلان المقرر للمصلحة العامة .

## المطلب الثاني

## شروط قاعدة لا يتمسك بالبطلان من تسبب فيه

يشترط لإعمال قاعدة عدم التمسك بالبطلان ممن تسبب في العيب الاجرائي عدة شروط ، اهمها توفر العيب في الاجراء القضائي ، وان يتسبب الخصم بفعله بهذا العيب ، ولذلك سنتولى دراسة هذه المطلب من خلال تقسيمه على فرعين وكما يأتي :-

### الفرع الاول

### توافر العيب الاجرائي

فالقاعدة الاجرائية شانها شان اي قاعدة قانونية تُنظم بشكل عام ومجرد سلوكا معينا، وطريق القاعدة الاجرائية الى تنظيم السلوك الاجرائي يكون برسم نماذج للإجراءات وتحديد مفترضات واركان وشروط صحة الاجراء وتحديد الظروف الزمانية والمكانية التي يتخذ الاجراء فيها ، فاذا جاء الاجراء مطابقها لنموذجه الاجرائي يتولد عن ذلك كافة الاثار التي يرتبها القانون على مثل هذا الاجراء ، وفي هذا الحال يقال ان الاجراء جاء مطابقا للقانون[٢٧] . اما اذا جاء الاجراء

مخالفا لنموذجه القانوني فيكون الاجراء اصابه عيب يفترض ان يرتبه اثرا في بطلان الاجراء القضائي ، وعلى اثر ذلك فان وجود العيب الاجرائي شرطا اساس لانطباق قاعدة عدم جواز لتمسك بالبطلان ممن تسبب فيه ، ولكن مصير هذا العيب لا يكون بترتيب اثاره بل بترتيب اثر عكسي مخالف تماما لما يفترض ان يرتبه من جزاء ، فيظل الاجراء معيبا ورغم ذلك يولد الاجراء اثاره الصحيحة وكل ذلك بفعل هذه القاعدة التي يرجع لها الفضل الكبير في الحد من البطلان وفي المحافظة على الاجراء القضائي .

وبطبيعة الحال فان العيب الاجرائي اما ان يصدر من الخصم او من يمثله . فصدور العيب الاجرائي من الخصم نفسه مفترضا اساسيا لتطبيق قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه ، وبدون العيب الاجرائي ومخالفة الاجراء لنموذجه القانوني ، لا يمكن الحديث عن تطبيق هذه القاعدة .

الا انه لا يشترط ان يصدر العيب من الخصم بذاته ، فقد لا يكون مصدر الفعل الذي سبب البطلان الخصم نفسه بل شخص يمثل الخصم او يعمل باسمه[٢٨]. كالمحامي او الولي او الوصي او القيم او ممثل الشخص المعنوي ، فاذا كان الوصي او المحامي تسبب بفعله بشكل مباشر او غير مباشر في العيب الاجرائي فلا يستطيع الممثل نفسه او من يعمل لحساب الخصم او الخصم نفسه التمسك بالبطلان المتولد عن هذا العيب[٢٩]. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بانه لا يجوز للمستأنف ان يتمسك ببطلان صحيفة الاستئناف او للخصم التمسك ببطلان اعلان ورقة التكليف بالحضور مادام قد صدر العمل من شخص يعمل باسم الخصم[٣٠].

من كل ذلك نستشف بانه اذا صدر من الخصم مخالفة اجرائية لم تصل الى مستوى العيب الاجرائي او لم يعتبرها القانون عيبا مبرر لإقامة الجزاء او صدر عيبا ولكنه تصحح باي طريقة كانت ، فلا يجعل لهذه القاعدة مكانا للتطبيق ، لعدم تحقق الشرط الاول لتطبيقها هو وجود عيب اجرائي صادر من الخصم نفسه او من يمثله .

**الفرع الثاني**

**مساهمة الخصم في العيب الاجرائي محل البطلان**

من حيث الاصل مجرد وجود العيب الاجرائي يبرر للخصم التمسك بالبطلان ولكن تحقق علاقة سببية بين الخصم والعيب الاجرائي يمنع تحقق مفترضات اعمال جزاء البطلان لمساهمة الخصم في العيب الاجرائي محل البطلان . والمعيار الذي يسترشد به القاضي للكشف عن العلاقة السببية هو معيار موضوعي ينظر لمجرد تحقق العلاقة السببية دون النظر الى جوانب شخصية

فيمن تسبب بالعيب وفيما اذا كان حسن النية ام سيئ النية وفيما اذا كان متعمد او غير متعمد ، تتوافر فيه علاقة السببية مجرد كون الخصم اومن يعمل باسمه او من يمثله ساهم بإيقاع العيب الاجرائي[٣١].

ويساهم الخصم في العيب الاجرائي حينما يصدر العيب من الخصم نفسه او من قبل من يمثله ويتسبب بفعله فيه ، اما لأنه قام بالإجراء او اتخذ الاجراء بناء على ما قدمه من معلومات ، وذلك عندما لا يكشف المطلوب تبليغه عن صفته الحقيقة او يعطي معلومات مغلوطة عن محل اقامته او يغير محل اقامته دون ان يخبر الجهات المختصة بذلك [٣٢]. ومن امثلة ذلك كان يرفع الخصم دعوى ويذكر موطن خاطئاً يتبلغ المدعى عليه على اساسه ، او يذكر المدعى عليه موطناً مختاراً خاطئاً او وهمياً يتبلغ فيه ، او لا يصرح بصفته كون عسكري ، او يباشر الخبير خبرته في غيابه نتيجة تغييره في محل اقامته الذي غيره ولم يخطر المحكمة بهذا التغيير منعا لتبليغه في العنوان الجديد ، او يطالب الخصم بإبطال شهادة شاهد طلب الاستماع اليه[٣٣] ، ففي الحالات السابقة لا يستطيع الخصم التمسك ببطلان الاجراء لأنه تسبب بفعله في العيب الاجرائي بشكل مباشر .

ويتبنى الفقه[٣٤] عموما تفسيرا مرنا لمفهوم المساهمة من قبل الخصم في التسبب بالعيب الاجرائي، مما يجعل هذه القاعدة من القواعد التي تقلل من حالات البطلان تماشيا وتطابقا مع سياسية التقليل وحصر حالات البطلان الاجرائي التي تنتهجها التشريعات بأوسع نطاق ، من اجل تحقيق سرعة الفصل في الدعاوى ولحماية الحقوق الموضوعية . وتظهر ملامح هذه المرونة من جوانب عدة اهمها:-

١.لا يعلق تطبيق قاعدة التمسك بالبطلان الى فعل الخصم نفسه وانما يشمل فعل غيره من يمثله او من ينوب عنه قد اشرنا الى ذلك في الشرط الاول .

٢.لا يشترط ان يكون الخصم بنفسه مصدر للعيب الاجرائي في الاجراء الذي يقوم به او يستند الى ما يقدمه من معلومات على النحو السابق ، فقد تصدر المساهمة من الخصم نفسه بطريق غير مباشر عندما يتخذ الاجراء في مواجهته ويتسبب بفعله في العيب الاجرائي ، كما لو رفعت الدعوى او اتخذت الاجراءات او الدفوع في مواجهة الخصم وفقا لاسمه الظاهر[٣٥]، فلا يحق للخصم الدفع ببطلان الاجراء استنادا الى انه ليس صاحب المركز القانوني في المعاملات التي تمت مع خصمه بل شخص اخر غيره يختفي وراءه لاعتبارات معينة او باعتبار ان اسمه الذي اتخذت الاجراءات في مواجهته ليس اسمه الصحيح وذلك لأنه هو الذي اسهم في اظهار نفسه بهذا الاسم الذي جعل الغير يعتقد في قانونية مركزه[٣٦].

والحال ينطبق كذلك على الاجراءات التي تتم في الموطن الظاهر [٣٧]، فيكون للخصم ان يبلغ خصمه في موطنه الظاهر ، ويكون هذا الاعلان صحيحا ، كما يمكن ان ترفع الدعاوي الشخصية على هذا الخصم امام المحكمة التي يقع بدائرتها موطنه الظاهر ، ولا يكون للخصم ان يحتج ببطلان الاجراءات لأنه هو الذي اوجد مظهرا كان من شأنه ان اوقع الغير حسن النية في ذلك[٣٨] . وينطبق كل ما ذكر كذلك على لصفة الظاهرة التي يظهر فيها الشخص[٣٩]، فلا يكون لصاحب الصفة الحقيقي ولا لصاحب الصفة الظاهرة الدفع ببطلان هذه الاجراءات لاتخاذها في مواجهة شخص ليس ذو صفة في توجيهها اليه .

ففي كل هذه الصور لا يستطيع الخصم ان يتمسك ببطلان الاجراءات استناداً الى انه ليس صاحب المركز القانوني في الاجراءات التي تمت في مواجهته ، لأنه ساهم بنفسه وتسبب بتوليد اعتقاد لدى الغير بصحة الظهور بهذا الاسم او الصفة او بهذا الموطن مما ولد اعتقاد لدى الغير بقانونية مركزه او بانه يعمل لحسابه لا لحساب الغير .

٣.بمجرد وقوع الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان الى الخصم او من يعمل باسمه تكفِ بحد ذاتها لتحقق مفترض قاعدة (لا يجوز التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه) ولو عن اهمال او خطا من قبله ، فمثلا مجرد تقصير الخصم او اهماله في عمل التحريات الجدية واللازمة للاهتداء الى محل اقامة الشخص المراد اعلانه او تقصيره بإبلاغ المحكمة الى ارتحاله الى مكان اخر على سبيل المثال تكفي لتحقق مفترض القاعدة[٤٠].

فليس من المنطقي الخصم ان يطالب الخصم بوقف الدعوى ثم يتمسك ببطلان إجراءات الوقف ، وكذلك ليس من المقبول ان يطالب الخصم باختصام الغير ثم يبادر الى الدفع ببطلان اجراءات اختصامه ، وكذلك الخصم الذي يتسبب في المماطلة في الحضور وتستغرق عملية اعلانه فترات طويلة دون تقصير من الخصم الاخر ، فانه من غير المنطقي ان يحضر ويتمسك ببطلان عملية التبليغ[٤١].

وقضت تطبيقا لذلك محكمة التمييز الاتحادية (بان القرار المميز صحيح وموافق للقانون ، لان المدعى عليه لم يخبر الجهات المختصة (المجلس البلدي او مختار منطقته ) بارتحاله من مكان سكنه المعتمد الدائم الى سكنه الجديد في قضاء الناصرية ، وحيث ان المحكمة اجرت التبليغ وفق المادة (١/٢١) من قانون المرافعات لذا يكون قرار المميز صحيحا وقرر تصديقه ورد الطعن ... ) [٤٢].

واتجهت بعض الآراء الى ابعد من ذلك في تفسيرها المرن لهذه القاعدة ، فقضت بانه لا يجوز التمسك ببطلان عمل اجرائي من الخصم الذي وان لم يكن سببا في العيب الا انه لم يهتم ولم يبذل الجهد الكافي لتصحيح العمل الاجرائي وكان في ظرف يسمح له بذلك.

٤.لا يشترط وقوع غش او سوء نية من قبل الخصم[٤٣]. وعلى اساس ذلك فمن باب اولى اذا وقع غش من الخصم ، فيكون العيب قد بلغ مداه ، ولا يحق للخصم باي حال من الاحوال ان يستفيد منه . والغش باعتباره سلوك غير مشروع يتوفر حده الادنى فيما يكون لدى الخصم من سوء نية بسكوته عن او كتمانه لأمر معين مؤثر عند الخصم الاخر مع علمه به ، ويتوافر في حده الاعلى في تعمد الخصم باستعمال وسائل احتيالية غير مشروعه بقصد تضليل خصمه [٤٤]. فكل عمل يكون اساسه سوء النية لا يكسب حقا ولا يجب ان يستفيد منه صاحبه ، فكل عمل يؤسس على غش يجب نقضه دون الحاجة الى تصريح القانون بذلك . فالكثير من الاحكام القضائية تؤكد على ان غش الخصم سببا لإلزام المحكمة بإبطال التبليغات القضائية[٤٥]، ولذلك فمن باب اولى ان الخصم بغشه لا يسمح له ان ينتفع منه بحيث يمكنه ان يتمسك بالبطلان . فلا يحق لمن اخفى صفته كضابط او كعسكري ان يتمسك ببطلان تبلغه لتمامه في موطنه بدل من مكان عمله ، وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية هذا المبدأ في قرار لها ، فقد قضت بان ( اذا تبلغ المدعى عليه بالذات ولم يذكر انه جندي ، يتعين تبليغه وزارة الدفاع وفقا للتبليغات العسكرية ، فلا يسمع دفعه بعدم صحة التبليغ امام محكمة التمييز ) [٤٦].

٥. لا يلزم ان يكون فعل الخصم او من يمثله هو الشرط الرئيس او السبب الوحيد او المباشر لتحقق العيب الاجرائي[٤٧]، انما يكفي ان يكون سبب من بين الاسباب المؤدية الى وقوع العيب الاجرائي ، اي مجرد وجود صلة بين فعل الخصم والعيب الاجرائي تكفي لتحقق مفترض القاعدة[٤٨]. وقد اكدت ذلك محكمة النقض المصرية ( لا يشترط لإعمال هذه القاعدة ان يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسي او الوحيد او السبب العادي لوجود العيب في الاجراء ، كما لا يشترط ان يكون هو السبب المباشر ، وطالما ان الطاعنة قد خالفت القانون بعدم اخطارها المطعون ضده الاول بتغيير موطنها اثناء فترة توقف المرافعة ، مما ادى الى تعذر قيامه بإعلانها بتعجيل الاستئناف من الايقاف ..... ، فلا يكون لا ان تتمسك باعتبار المطعون ضدها تاركا لاستئنافه ، اذ لا يجوز ان تفيد من خطئها الذي تسببت فيه فيما شاب اجرء التعجيل من عيب )[٤٩] .

وعلى اساس ذلك ، فان مجرد وجود صلة بين الخصم والعيب وعدم اشتراط الغش او التسبب بشكل مباشر في العيب الاجرائي يجعل من تفسير قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن

تسبب فيه تفسيرا مرنا ، يتماشى ذلك تماما مع سياسة المشرع الرامية الى تقليل الجزاء الاجرائي والحد منه ، وهذا الاتجاه في تبنى التفسير المرن واضحا من جانب ربط سلوك الخصم ولو بقدر محدود بطريق مباشر او غير مباشر مع العيب الاجرائي(٥٠).

توضح مما سبق ان وجود العيب الاجرائي ومساهمة الخصم باي شكل من الاشكال سبب كاف لمنع تمسكه بالبطلان الاجرائي .

**أولاً: النتائج:-**

١-يشترط للتمسك بالبطلان توافر المصلحة القانونية وانتفاء أي مساهمة من جانب الخصم في حدوث العيب الإجرائي، وإلا انتفى الحق في إثارة هذا الجزاء.

٢- تهدف القاعدة إلى منع التناقض في المراكز القانونية، إذ لا يُتصوَّر أن يكون الخصم مصدراً للعيب ثم يطالب بالجزاء المترتب عليه.

٣-تسهم القاعدة في الحد من حالات البطلان الإجرائي، بما يحقق استقرار الإجراءات القضائية ويحافظ على آثارها متى كان العيب راجعاً إلى من تقرر الإجراء لمصلحته.

٤-يتأكد أن لهذه القاعدة جذوراً راسخة في الفقه المقارن والفقه الإسلامي، وقد كرّسها القضاء حتى في النظم التي خلا تشريعها من نص مباشر بشأنها.

٥-يتبيّن أن الاتجاهات الفقهية التي حاولت ردّ أساس القاعدة إلى فكرة الغش أو سوء النية لا تستوعب جميع صور التسبب بالعيب الإجرائي، إذ تقصر تفسيرها على الحالات العمدية، في حين أن القاعدة تمتد لتشمل صور الإهمال والتقصير دون اشتراط ثبوت الغش.

٦-يتضح أن الأساس الأقوم للقاعدة يتمثل في كونها تطبيقاً عملياً لقواعد الجزاء الإجرائي، ولا سيما ما يتعلق بشرط الصفة في التمسك بالجزاء، سواء بالنسبة لمن يتمسك به أو لمن يحتج عليه.

٧-يتأكد أن القاعدة محل البحث تجد سندها أيضاً في مبدأ حسن النية في الخصومة، إذ إن الجمع بين التسبب بالعيب والتمسك ببطلانه يشكل سلوكاً متناقضاً لا يقره القانون ولا تنسجم معه القيم الإجرائية الحديثة.

**ثانياً: التوصيات:-**

١-نوصي المشرع العراقي على النص صراحة على قاعدة عدم جواز التمسك بالبطلان ممن تسبب فيه ضمن قانون المرافعات المدنية، توحيداً للاجتهاد القضائي وتعزيزاً للأمن القانوني.

٢-تعزيز الدراسات الفقهية المقارنة في هذا المجال للاستفادة من التجارب التشريعية الأخرى وتطوير التنظيم الإجرائيبالشكل الذي يحد من التعسف في استعمال جزاء البطلان.

٣-يُقترح أن يُصار إلى بناء نظرية متكاملة للجزاء الإجرائي في القانون العراقي، تُبيّن صور الجزاءات المختلفة وأسسها، ومن بينها جزاء الإبقاء على الإجراء صحيحاً رغم تعيبه عند تحقق التسبب بالعيب.

**الهوامش:-**

[١] .عطا عبد الحكيم احمد، البطلان في قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية – بيروت – لبنان، ٢٠١٧، ص١٤٠

[٢] . د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٩بدون طبعة، ١٩٥٩، ص٣٥٠ .

[٣] . د. ايمن احمد رمضان ، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥،ص٤٣٤ .

[٤] د. احمد هندي ، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٥.، ص١٩.

[٥] . د. علي ابو عطية هيكل ، فكرة الاعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠١٧. ص١١٤ .

[٦] .د. احمد هندي ، مصدر سابق ، ص١٦ .

[٧] . ولم ينص المشرع العراقي والمصري بشكل صريح لهذه القاعدة ، رغم من ورودها في المادة (١٠٠ ) من مجلة الاحكام العدلية .

[٨] . وفي قانون المرافعات المصري لعام ١٩٤٤ كان مشروع القانون يتضمن نص مشابها للنص الحالي اذ نص على (ولا يجوز لاحد ان يتمسك ببطلان اجراء من اجراءات المرافعات نجم عن فعله او فعل وكيله ) ولكن هذا النص لم يظهر في القانون ، وهذا ما يؤكد تطابق هذه القاعدة مع القواعد العامة للتمسك بالبطلان . وحذف النص ايضا من مشروع قانون الاجراءات الجنائية لأنه ينطوي على مبادى مسلم بها ولم ينازع احد فيها . انظر د. احمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص٣٥٠ . وتنص بعض القوانين على هذا المبدأ بنفس اللفظ الذي جاء به القانون المصري ومنها . المادة (٢٥) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني . والمادة (٢٠ ) من قانون المرافعات الكويتي ، ولم تشر بعض القوانين لهذه القاعدة ، كقانون اصول المحاكمات المدنية السوري واللبناني ومجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي .

[9] . Daniel Tomasin, Remarques sur la nullité des actes de procédure, Mélanges Hébraud, 1981,p. 15 . SOLUS, H. et PERROT, R., Droit judiciaire privé, Paris, Sirey,. 3 tomes, 1961. P.388 n 419. .

[١٠] . د. احمد هندي ، مصدر سابق ، ص٢٠ .

[١١] . انظر في تأييد هذا الراي ، د. احمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص٣٥٠ .

[١٢] . انظر لهذا الراي والرد عليه . د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، بدون مكان طبع، ١٩٩٧ ، ص٥٦٣. وكذلك د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ، ص١٢٦ .

[١٣] . د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص٥٦٣ . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٣٣ . د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ، ص١٢٦ .

[١٤] . د. الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩.، ص٥٦ . ابراهيم المنجي ، دعوى البطلان الأصلية في حالات بطلان الإجراء الشكلي والحكم القضائي، ط١، بدون مكان طبع، ٢٠١٣، ص٢٣٦ .

[١٥] . عطا عبد الحكيم احمد ، مصدر سابق ، ص١٤٠ . ابراهيم المنجي ، مصدر سابق ، ص٢٣٧ .

[١٦] . د. حسن النيداني الانصاري ، مصدر سابق ، ص٦١.

[١٧] . عطا عبد الحكيم احمد ، مصدر سابق ، ص١٤١ .

[١٨] . المادة (٥) من قانون الاثبات العراقي النافذ .

[١٩] . د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٧٧، ص٩٢ . وانظر كذلك الدكتور ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٣٩ وما بعدها . انظر كذلك د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ،ص١١٢ .

[٢٠] .انظر حول القرارات القضائية لمحكمة النقض المصرية التي تؤكد سريان نطاق هذه القاعدة ليشمل كل صور الاجراء القضائي ، د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٤٠ هامش رقم ٣٧ .

[٢١] . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٤٣٦ ، د. احمد مليجي ، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج١، ط٨، المركز القومي للإصدارات القانونية – القاهرة – مصر، ٢٠١٨، ص ٥٥٢ .

[٢٢] . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص ٤٣٥ .

[٢٣] طعن رقم ٩٣٠ س ٤٤ ق في ١٩٨١ /١٢/٦ مشار اليه عند د. احمد مليجي ، مصدر سابق ، ص٥٥٢ .

[٢٤] . د. احمد ابو الوفا ، الدفوع ، مصدر سابق ، ص٩٣. د. احمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص٣٥١ .

[٢٥] . د. نبيل اسماعيل عمر ، ، إعلان الأوراق القضائية – دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط١، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٨١، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ ، ابراهيم المنجي ، ج١ ، مصدر سابق ، ص٢٤٠ .

[٢٦] . انظر الطعن رقم ٢٩٩ لسنة ٤٩ ق في ١٩٨٣/١٢/٥ ، وانظر كلك الطعن رقم ٩٣٠ لسنة ٤٤ ق في ١٩٨١/١٢/٦ . مشار اليه عند د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ، ص١١٢ .

[٢٧] . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص١٤٦ .

[٢٨] . د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص٥٥٩ . د. ابراهيم امين النفياوي ، مصدر سابق ،ص ٢٩١ . د. نبيل اسماعيل عمر ، مصدر سابق ، ص٢٠٤. د. احمد فتحي سرور ، مصدر سابق ، ص٣٥١ .

[٢٩] . د. احمد مليجي ، ج١ ، مصدر سابق ، ص٥٥٢ . La Rosa : Sistema della nullita nel codice di procedura civile italiano.catania . 1901 .p.78-79 مشار اليه عند د. فتحي والي ،مصدر سابق ، ص ٥٥٩.

[٣٠] 1951 .Civ .R.T.D 1950 .com.9Mai Cass مشار اليه عند د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ، ص١٢١ هامش رقم ٣.

[٣١] . د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص٥٦٠ . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٤٣ .
SOLUS, H. et PERROT. P. 388 . N419. Morel .op. cit ; 330 N.411.

[٣٢] . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٣٨ .

[33] - Cass .15-4-1949 –foro it .Rep .1949 . Prova testimonial n .60
مشار اليه عند د. فتحي ولي ، مصدر سابق ، ص٥٦٠ .

[٣٤] . د. احمد مليجي ، ج١ ، مصدر سابق ، ص٥٥٢ . د. احمد هندي ، مصدر سابق ، ص١٩ .

[٣٥] . الاسم الظاهر : هو الاسم الذي يظهر به الخصم امام الناس ويتعامل معهم ويتعاملون معه بهذا الاسم اعتمادا على شواهد مادية تولد اعتقاد شائع بمطابقة هذا لاسم للاسم الحقيقي للخصم ، انظر د. محمد سعيد عبد الرحمن ، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات ، دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – مصر ، ٢٠٠٨ ، ص١٠١.

[٣٦] . د. محمد سعيد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١٧٤ .

[٣٧] . الموطن الظاهر ، هو المكان الي يوجد به الشخص ويتعامل مع غيره من الناس ويتعاملون معه على اساس انه مقيم به بحيث يعتقد الغير حسن النية بان هذا المكان هو الموطن الحقيقي لخصمه مع انه ليس كذلك بالحقيقة . د. محمد كامل مرسي ، الموطن والمحل ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٨ ، العدد الاول ، ص٤٥ .

[٣٨] . د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ، ١١٥ . د. محمد كامل مرسي ، مصدر سابق ، ص٤٧ ، د. محمد سعيد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١٧٧ .

[٣٩] . والصفة الظاهرة : هي الصفة التي يظهر فيها الشخص امام خصمه وامام غيره من الناس ويتعامون معه ويتعامل معهم على اساس هذه الصفة مع انه في الحقيقة ليس كذلك، كالتاجر الظاهر او الوارث الظاهر . د. محمد سعيد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص١١٩ .

[٤٠] . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٤٤ . د. احمد السيد صاوي ، مصدر سابق ، ص٦٥٢ . د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ، ص١٢٢ . د. ابراهيم امين النفياوي ، مصدر سابق ، ص٢٩١ .

[٤١] . د. احمد هندي ، مصدر سابق ، ص١٩ .

[٤٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٠٤٤ ، في ٢٠٠٩/١٠/١٩ ، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية http://www.iraqld.iq ، الاحكام المرتبطة بالمادة (٢/٤٦) .

[٤٣] . وقد اكدت المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري ذلك بشكل صريح بالقول ( لا يشترط ان يكون قد صدر من الخصم غش او خطا بل تكفي مجرد الواقعة التي تؤكد نسبة البطلان الى الخصم او من يعمل باسمه).

[٤٤] . د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٤٥ . د. احمد ابو الوفا ، الدفوع ، مصدر سابق ، ص٦٠ – ٦١ .

[٤٥] . فقد قضت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التميزية في القرار غير المنشوررقم ١١٨ / تمليك /٢٠١١ في ٢٠١١/٤/٢٠ ( ..... حيث وجد من الدفوع المثارة ان هناك علاقة زوجية كانت تربط الطرفين المتقاضين وتضمنت الدفوع المثارة ان المميز عليه كان على اتصال دائم بأطفاله الذين هم بحضانة والدتهم

المميزة ، فان كان الامر كذلك فان بحكم هذه العلاقة كان على المميز عليه بيان عنوان المميزة الصريح وموطنها بغية تبليغها بالوسائل القانونية ، وحيث انه اعطى عنوانا وهميا لها مما حدى بالمحكمة تبليغها بصحيفتين ، فيكون بفعله هذا قد ارتكب غشا وشاب التبليغ البطلان ....) .

[٤٦] . قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٣٠ في ١٧ /١٩٧٤/٨ ، منشور في النشرة القضائية، العدد ٣ ، السنة الخامسة ، ١٩٧٤ ، ص١٦٧ .

[٤٧] .د. احمد هندي ، مصدر سابق ، ص١٨ . د. نبيل اسماعيل عمر ، اعلان الاوراق القضائية ، مصدر سابق ، ص٢٠٤.

[٤٨] . وقد اكدت ذلك المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري ( ... ومن ناحية اخرى لا يقصد بعبارة من تسبب ان يكون فعل الخصم هو السبب الرئيسي او السبب الوحيد او السبب العادي لوجود العيب في الاجراء كما لا يشترط ان يكون السبب المباشر ) .

[٤٩] . ونستنتج من هذا الحكم بالإضافة الى المعنى المتقدم المنصوص عليه ، ان نطاق هذا القاعدة لا يقتصر على البطلان كما ذكرنا سابقا بل على صور الجزاء الاخرى كما في الحكم الذي طبقه في جزاء ترك الاستئناف ، الطعن رقم ١٢٩٩ السنة ٤٩ ق في ١٩٨٣/١٢/٥ ، مشار اليه عند د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٤٤٠ هامش رقم (١) .

[٥٠] . د. علي ابو عطية هيكل ، مصدر سابق ، ص١٢٤ .

**قائمة المصادر :**

١-ابراهيم المنجي ، دعوى البطلان الأصلية في حالات بطلان الإجراء الشكلي والحكم القضائي، ط١، بدون مكان طبع، ٢٠١٣.

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

٣-د. احمد فتحي سرور ، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٩بدون طبعة، ١٩٥٩.

٤-د. احمد ماهر زعلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، بدون مكان طبع، ١٩٩٧.

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

٦-د.احمد هندي ، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٥.

٧-د.ايمن احمد رمضان ، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.

٨-د. الأنصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الإجرائي، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩.

٩-عطا عبد الحكيم احمد، البطلان في قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية – بيروت – لبنان، ٢٠١٧.

١٠-د. علي ابو عطية هيكل ، فكرة الاعفاء من الجزاء الإجرائي رغم بقاء العيب، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠١٧ د. محمد كامل مرسي ، الموطن والمحل ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٨ ، العدد الاول .

١١-. د. نبيل اسماعيل عمر ، ، إعلان الأوراق القضائية – دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط١، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٨١.

**القوانين:-**

١-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ لمعدل.

٢-قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٣-قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٣.

٤-قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٧٥- ١١٢٣ بتاريخ ديسمبر ١٩٧٥المعدل.

**القرارات القضائية:**

١-قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٠٤٤ ، في ٢٠٠٩/١٠/١٩ ، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية http://www.iraqld.iq ، الاحكام المرتبطة بالمادة (٢/٤٦) .

٢-قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٣٠ في ١٧ /١٩٧٤/٨ ، منشور في النشرة القضائية، العدد ٣ ، السنة الخامسة ، ١٩٧٤.

٣-قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية في القرار غير المنشور رقم ١١٨ / تمليك /٢٠١١ في ٢٠١١/٤/٢٠.

**References:**

1- Ibrahim Al-Munji, Dawa Albutalãn Al-Asluyyah fi Halãt Butlãn Al-Ijrã' Al-şakli wal Hukm Al-Qadhãi. The Original Claim of Nullity in Cases of Procedural and Judicial Ruling Nullity, 1st ed., no place of publication, 2013.

2- Dr. Ahmed Abu Al-Wafa, Nadhariyyat Al-Dhufũ' fi Qanũn Al-Muraf'ãt. The Theory of Defenses in the Code of Civil Procedure, 5th ed., Al-Maaref Establishment – Alexandria – Egypt, 1977.

3- Dr. Ahmed Fathi Sorour, Nadhariyyat Al-Butlãn fi Qãnũn Al-Ijraãt Al-Jinã'iyyah. The Theory of Nullity in the Code of Criminal Procedure, Al-Nahda Al-Masriya Library, 1959, no edition, 1959.

4- Dr. Ahmed Maher Zaaloul, Nadhariyyat Al-Butlãn fi Qãnũn Al-Murafãt. The Theory of Nullity in the Code of Civil Procedure, 2nd ed., no place of publication, 1997.

5- Dr. Ahmed Meligy, Al-Mawsũ'ah Al-Ṣāmilah fi Al-Talĩq ala Qãnũn Al-Murafãt. The Comprehensive Encyclopedia of Commentary on the Code of Civil Procedure, Vol. 1, 8th ed., National Center for Legal Publications – Cairo – Egypt, 2018.

6- Dr. Ahmed Hindi, Al-Tamassuq bil Butlãn fi Qãnũn Al-Murafãt. Adherence to Nullity in the Code of Civil Procedure, 1st ed., Dar Al-Jami'a Al-Jadeeda – Alexandria – Egypt, 2005.

7- Dr. Ayman Ahmed Ramadan, Al-Jazã' Al-Ijrã' fi Qãnũn Al-Murafãt. Procedural Sanctions in the Code of Civil Procedure, 1st ed., Dar Al-Jami'a Al-Jadeeda for Publishing, 2005.

8- Dr. Al-Ansari Hassan Al-Nidani, Al-Qadhi wal Jazā' Al-Ijrã'. The Judge and Procedural Sanctions, 1st ed., Dar Al-Jami'a Al-Jadeeda – Alexandria – Egypt, 2009.

9- Atta Abdel-Hakim Ahmed, Al-Butlãn fi Qãnũn Al-Murafãt Al-Madaniyyah. Nullity in the Code of Civil Procedure – A Comparative Study, 1st ed., Zein Legal Publications – Beirut – Lebanon, 2017.

10- Dr. Ali Abu Atiya Heikal, Fiqrat Al-i'fã min Al-Jazã' Al-Ijrã'i. The Concept of Exemption from Procedural Sanctions Despite the Persistence of the Defect, Dar Al-Jami'a Al-Jadeeda – Alexandria – Egypt, 2017. Mohamed Kamel Morsi, Domicile and Residence, a research paper published in the Journal of Law and Economics, Year 8, Issue 1.

11. Dr. Nabil Ismail Omar, I'lãn Al-Awrãq Al-Qadhaiyyah . Declaration of Legal Documents – An Analytical and Practical Study of Egyptian and French Civil Procedure Law, Jurisprudence, and Judiciary, 1st ed., Dar Al-Maaref, Alexandria, Egypt, 1981.

**Laws:**

1- Iraqi Civil Procedure Law No. 83 of 1969, as amended.

2- Iraqi Evidence Law No. 107 of 1979.

3- Egyptian Civil and Commercial Procedure Law No. 13 of 1963.

4- French Civil Procedure Law issued by Decree No. 75-1123 of December 1975, as amended.

**Judicial decisions:**

1- Federal Court of Cassation Decision No. 1044, dated 19/10/2009, published on the Iraqi Legislation Database website http://www.iraqld.iq, provisions related to Article (46/2).

2- Federal Court of Cassation Decision No. 130 of 17/8/1974, published in the Judicial Gazette, Issue No. 3, Year 5, 1974.

3- Decision of the Federal Court of Appeal of Karbala in its capacity as a court of cassation in unpublished decision No. 118/Tamlik/2011 on 20/4/2011.