المرافعات المدنية
المؤلف :- د. عباس العبودي
@iraq_law5
© شبكة قانونيون

تم نشر الملف في قناة شبكة قانونيون على التلكرام
تحتوي القناة على مجموعة كبيرة من الكتب
القانونية الدراسية والعامة بالإضافة الى الملازم ،
الملخصات ، نماذج دعاوى مختلفة ، المتون
القانونية ، وغيرها من الأمور .

رابط القناة اذا كنت ترغب في الانضمام معنا ⇩

https://t.me/iraq_law5

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد فاني أحمد الله سبحانه وتعالى الذي أكرمني بالصبر على حمل هذه الأمانة وساعدني على الوصول إلى هذه الحصيلة المتواضعة بإصدار كتاب (شرح أحكام قانون المرافعات المدنية)، إذ لا يخفى ان الأحكام التي يقوم بتنظيمها هذا القانون، تعد من أهم القواعد القانونية المؤثرة في حركة المجتمع بوجه عام، إذ تعطي هذه القواعد قيمة عملية لكل قواعد القانون المختلفة، بما تؤمنه من تطبيق ما أوجبته هذه القواعد.

ولذلك وصفت أحكام قانون المرافعات أنها (خادمة القوانين المختلفة) وان قانون المرافعات قانون (وسيلي) أي خادم للقوانين الموضوعية، ذلك ان هذه الأحكام وجدت لخدمة الحقوق الموضوعية وحمايتها عند قيام النزاع بصددها، وإذا كانت القوانين، كالقانون المدني والقانون التجاري، تنظم الحقوق والالتزامات المدنية والتجارية للأفراد، فإن تنظيم القواعد القانونية التي تقدم الحماية القانونية لوصول الأفراد إلى حقوقهم، يعد أمراً في غاية الأهمية، لأن الفائدة من وجود الحق تصبح عديمة الأهمية، إذا لم يكن هناك قواعد تحمي هذا الحق، فضلاً عن ذلك ان قواعد المرافعات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالقاعدة التي تقضي ان الإنسان (لا يستطيع ان يقتضي حقه بنفسه، بل عليه ان يستعين بسلطة القضاء) والتي يقع على عاتقها مهمة إقامة العدل بين الأفراد وضمان الحماية القانونية لهم طبقاً لأحكام القانون، والوسيلة التي يعتمد عليها القضاء في تحقيق هذه الأهداف، هي القواعد التي احتواها قانون المرافعات، فهذه القواعد تتولى تنظيم إجراءات التقاضي التي يجب على المحكمة إتباعها في حسم المنازعات القائمة بين الخصوم.

ومن هنا تبرز أهمية وخطورة قانون المرافعات سواء للقاضي أو المحامي أو الخصوم، بوصفة الوسيلة التي تضمن الحق والعدل، إذ ان قانون المرافعات يقف

مـع القوانين الموضوعية على قدم المسـاواة، بل قد يفوقها أهمية، لاسـيما للقاضي، إذ يتطلب الأمر أحياناً منه اتخاذ قرارات فورية وسـريعة أثناء المرافعة لا تستلزم القواعد الموضوعية اتخاذها في مثل هذه السرعة.

وعليه فان قانون المرافعات يعد ضرورة لكل مجتمع وبه يتحقق عنصر التوازن الذي يحتاجه المجتمع لكفالة اسـتقراره وأمنه، فهـو يؤثر على الحياة الاجتماعية في مختلف مظاهرها وان الاسـتغناء عنه يؤدي إلى الفوضى والظلم والى تحكم القضاة في أرواح الناس وأموالهم، لأن القضاة بشر ويختلفون في التقدير والإدراك، وهناك احتمال ان يغلب ميل بعض القضاة على نزاهتهم، فيحكم بهواه، ولذلك لابد من وجود القيود التي تحد من سلطتهم، وإذا تعقدت إجراءات التنظيم القضائي وطالت مواعيده، فان ذلك قد ينجم عنه إعاقة للنشاط الاقتصادي والى اختلال الأمن في المجتمع، لاسيما إذا حاول الأفراد اقتضاء حقوقهم بأيديهم، مما يؤدي إلى الأخذ بنظام القضاء الخاص الذي كان يسـود المجتمعات الإنسـانية الأولى، لذلك فان تبسيط إجراءات التقاضي، بجعلها مختصرة وميسـرة وتهدف إلى سرعة حصول الأفراد على حقوقهم، سيكون له أثره في زيادة قيمة الحقوق المالية وإنعاش النشاط الاقتصادي وتقوية الائتمان.

وتحتـل أحكام قواعد المرافعـات دوراً عاماً في الحياة الاجتماعية، لأن وجود قواعـد صالحة للتقاضي، يجعـل تنفيذ القرارات القضائية أمـراً طوعياً لدى الأفراد والقضاة، مما يؤدي إلى إشـاعة الطمأنينة في نفوس أصحاب الحقوق، وتلك الأهمية لا تقتصـر علـى الحالات التي يقوم فيها النزاع وانمـا يمتد إلى الحالات التي لا يقوم فيهـا نزاع، لأن هنـاك حالات يحترم فيها الفـرد حقوق غيره ويقـوم بوفاء ما عليه للغير اختياراً، والفضل في ذلك يرجع إلى قواعد المرافعات والتي هي كفيلة بإكراهه علـى احتـرام حقوق الغير، وهذا الأمر يؤدي إلى شـيوع الأمن والسـلام واطمئنان الأفراد على حقوقهم وقد عبر عن ذلك الأسـتاذ الفرنسي ((موريل))، بتجسيده للدور الاجتماعـي الذي يهدف إليه قانون المرافعات بأنه (قانـون أعمال القانون في الحياة الاجتماعيـة، فإذا صلح صلحت هذه الحياة، وإذا فسـد عـاق تقدمها وهيأ ظروف رد الفعـل فـي كل مجال)[1]، وقد سـماه المشـرع المغربي بـ(قانون المسـطرة المدنية) وكأنه بهذه التسمية يدعو القضاة والخصوم بالسير بالإجراءات كما يستخدم المهندس

١- Motel, Traite› e›le›mentaite› de Proce›dur Civile, 2ed 1949. P6. أشـار إليه الأسـتاذ الدكتور احمد مسلم، أصول المرافعات، طبع دار الفكر العربي، (القاهرة، ١٩٧٧م)، ص ٢٥.

المسطرة على لوحاته لكي تكون خطواته مستقيمة وكذلك ينبغي ان تكون إجراءات المحاكم دقيقة على المسطرة.

ولاشك ان كل تفرقة بين دراسة القانون النظرية والتطبيقية تعد عبثاً، إذ لا توجد مرافعات نظرية ومرافعات عملية، بل هناك تطبيقات لقواعد المرافعات لا يمكن اكتسابها بصورة سريعة وأكيدة الا بمعرفة مبادئ وأصول المرافعات، ولا نقصد بالمبادئ القانونية قضايا الشكل والمدد فحسب، بل المسائل الموضوعية أيضاً، لأن قواعد المرافعات تطرح على بساط بحث مسائل موضوعية لا تقل أهمية عن المسائل التي تهتم بها الدراسات القانونية الأخرى.

ولقد سبقنا في مجال الكتابة في قانون المرافعات المدنية، أساتذة أجلاء كان لهم الفضل في تطويع قواعد المرافعات وجعلها مادة شيقة وسهلة وميسرة وأخص بالذكر منهم أساتذتي الأفاضل وهم الأستاذ ضياء شيت خطاب والدكتور سعدون القشطيني والأستاذ الدكتور آدم النداوي والأساتذة الأجلاء في مصر العربية ومنهم الأستاذ احمد أبو الوفا والأستاذ فتحي والي ولا يسعني في هذا المجال الا ان أشير إلى المقالة القيمة للدكتور[1] عبد الوهاب العشماوي والتي جاء فيها: "لقد حمل رسالة تطويع قواعد المرافعات أساتذة أتيح لهم ان تدخل حلبة التقدير على مستوى الدولة وان تفوز به، فكان ذلك صك البراءة لها من تهمة الشكلية والبعد عن العلمية، تلك التهمة التي حاول ان يلصقها بها من لم يسعفهم فكرهم القانوني في التصرف على حقيقتها والوصول إلى أعماقها، وهكذا توافرت لمادة المرافعات ربما دون غيرها من مواد الإجراءات، مكتبة قانونية متكاملة ضمت العديد من المؤلفات التي تناولت قواعد المرافعات وأرجعت الكثير منها إلى نظريات وأصول قانونية".

وهذا الكتاب حصيلة جهد متواضع، تضمن شرحاً تفصيلياً وتطبيقياً لأحكام قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ومقارنا مع التشريعات العربية لاسيما قانون المرافعات المصري واليمني وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨[2]، وقد استنار المؤلف بالآراء السديدة التي تعرضت

١- د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبع مصر ١٩٨٥، ص ٨.

٢- للتوسع في هذا القانون راجع موسى فهد الأعرج، الموجز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، طبع دار النشر، (عمان- الأردن، ١٩٨٨)، جلال عباس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨، دون سنة نشر.

لها مؤلفات الأساتذة الأفاضل الذين سبقوه في هذا المجال، إذ أقام فقهاء المرافعات المدنية طرقاً للبحث ومدارس للفكر، ذللت الكثير من الصعاب التي واجهتني في تأليف هذا الكتاب.

وأرجو ان يكون هذا الكتاب واضحاً في تحقيق غايته، بأن يكون عوناً لطلبتنا الأعزاء في كليات القانون في الجامعات العراقية لا سيما جامعة بغداد والموصل وللقضاة والمحامين المهتمين بشؤون المرافعات المدنية. ومن الله العزيز نستمد العون والتوفيق.

وسنتناول دراسة هذا الكتاب بتوزيعه على أثني عشر فصلاً وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول- المدخل لدراسة قانون المرافعات المدنية

الفصل الثاني- التنظيم القضائي.

الفصل الثالث- نظرية الاختصاص القضائي.

الفصل الرابع- نظرية الإجراءات والتبليغات القضائية.

الفصل الخامس- نظرية البطلان.

الفصل السادس- نظرية الدعوى.

الفصل السابع- نظرية المرافعة.

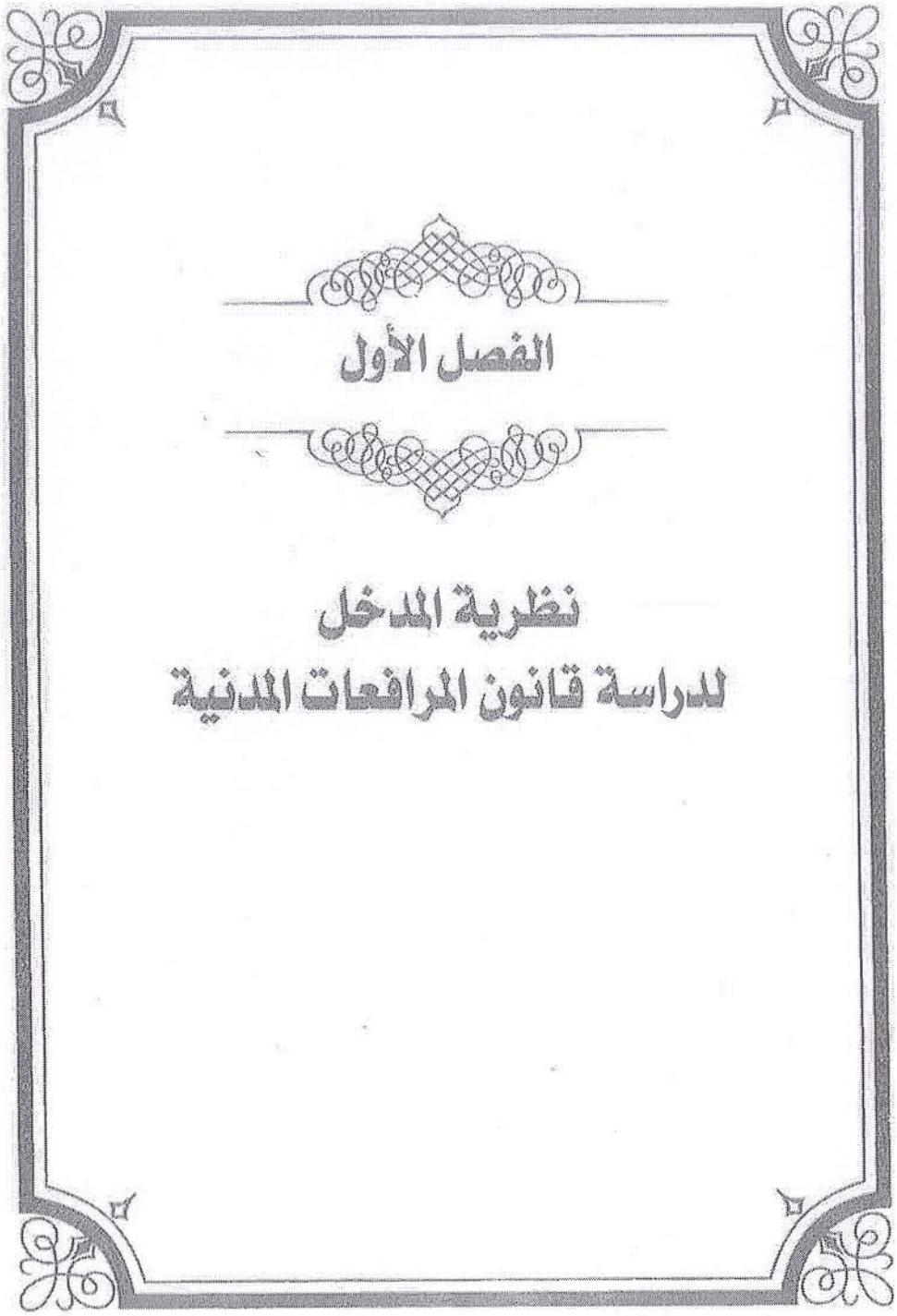
الفصل الثامن- نظرية الدفوع.

الفصل التاسع- نظرية القرارات الوقتية.

الفصل العاشر- نظرية التحكيم والعرض والإيداع.

الفصل الحادي عشر- نظرية الأحكام القضائية.

الفصل الثاني عشر- نظرية الطعن في الأحكام والقرارات القضائية.



الفصل الأول

نظرية المدخل
لدراسة قانون المرافعات المدنية

ان دراسة أحكام قانون المرافعات المدنية، تستلزم قبل البدء في دراستها، أعطاء فكرة عن هذه الأحكام وذلك بتعريف قانون المرافعات والخصائص العامة التي يتميز بها هذا القانون عن القوانين الأخرى، ومصادر هذا القانون فضلاً عن ذلك دراسة السريان الزماني لقانون المرافعات.

ولا ريب ان دراسة هذه المواضيع لها أهمية واضحة في فهم قانون المرافعات، وعليه سنتناول دراسة هذا الفصل بتوزيعه على المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: التعريف بقانون المرافعات المدنية وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: مصادر قانون المرافعات المدنية.

المبحث الثالث: الخصائص العامة لقانون المرافعات المدنية.

المبحث الرابع: النطاق الزماني لقانون المرافعات.

المبحث الأول
التعريف بقانون المرافعات المدنية وطبيعته القانونية

سنتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التعريف بقانون المرافعات والاختلاف في تسميته

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لقانون المرافعات المدنية

المطلب الأول
التعريف بقانون المرافعات المدنية والاختلاف في تسميته

يقصد بالمرافعة لغة الشكوى إلى الحاكم ورافعه أي شكاه، ويقصد بالحاكم في الفقه الإسلامي القاضي[١].

ويمكن تعريف قانون المرافعات بالمعنى الفقهي المعروف والواسع أنه مجموعة القواعد القانونية التي تعني بالنظام القضائي للدولة وتوزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة وتحديد إجراءات التقاضي التي يجب إتباعها أمام المحاكم المدنية والتي تكون مكفولة بجزاء يضمن لها الاحترام، ويعرف قانون المرافعات بالمعنى الضيق أنه مجموعة القواعد القانونية التي تعني بالاختصاص القضائي وإجراءات التقاضي، ولا يدخل في هذا التعريف القواعد التي تهتم بالنظام القضائي[٢].

١- محمد بن بكر بن منظور المصري، لسان العرب، بيروت ١٩٥٦، ص ١١٩٨، وتجدر الإشارة إلى ان كلمة الحاكم استبدل بمصطلح القاضي في قانون المرافعات المدنية العراقي والقوانين الناقضة استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٢١٨) في ١٩٧٩/٢/٢٠.

٢- المزيد من التوسع في قانون المرافعات، راجع د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٧، د. محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، طبع دار الفكر العربي، ١٩٩٣، ص ٩، أستاذنا الدكتور ◄

وإذا كانت التشـريعات الحديثة لقوانين المرافعات تأخذ بأحكام المعنى الضيق في تعريفها لهذا القانون وتقتصر على تنظيم قواعد الاختصاص القضائي وإجراءات التقاضي فأننا سـندرس قانون المرافعات بالمعنى الواسـع وذلك لأهمية هذا العريف في إعطاء فكرة شـاملة لدارس القانون عن دراسـة النظام القضائي للدولة والتي يقع علـى عاتقهـا توفير الحماية القضائيـة للحقوق، كما ان قانـون المرافعات يرتبط مع قانون آخر هو قانون التنظيم القضائي ويكونا قانوناً واحداً ينظم تنظيماً شاملاً القضاء المدني، وعليه فإن أحكام قانون المرافعات تشمل الموضوعات الآتية:

١- **النظـام القضائي:** ويقصد به الأسـس التـي يقوم عليها النظـام القضائي وأنواع المحاكـم وتشـكيلها والقوانين المتعلقـة بالقضاة التي تحـدد رواتبهم وصنوفهم ومحاسبتهم انضباطياً عن أخطائهم المهنية وذلك استناداً لقانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

٢- **الاختصاص القضائي:** ويشمل توزيع النظر في الدعاوى على مختلف المحاكم حسب تحديد الاختصاص الوظيفي والنوعي والمكاني لكل محكمة بمختلف درجاتها.

٣- **إجـراءات التقاضي:** وهي الأوضـاع التي تتبع أمام مختلـف المحاكم ابتداءً من تاريخ رفع عريضة الدعوى والى حين الحكم فيها.

وبالرغـم مـن ان تنفيذ الأحكام بوصفـه قاعدة عامة، لا يعـدو ان يكون نوعاً مـن إجـراءات المرافعات، فان تنفيذ الأحكام لا يدخل في العراق ضمن الأحكام التي ينظمها قانون المرافعات، بل ينظمها قانون مسـتقل يطلق عليه قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، خلافاً لما هو موجود في اغلب الأقطار العربية، إذ تكون قواعد التنفيذ جزءاً من قانون المرافعات[1].

واختلف الفقه والتشريع على اصطلاح موحد يطلق على القواعد القانونية التي ينظمها قانون المرافعات فالتشـريع المصـري والليبي يطلق عليه (قانون المرافعات المدنية والتجارية) والتشريع اللبناني والأردني يطلق عليه (قانون أصول المحاكمات المدنية)، ويسمى في التشريع السوري باسم (قانون أصول المحاكمات) وفي التشريع

◄ آدم النداوي، المرافعات المدنية، طبع بغداد ١٩٨٨، ص ١٣.

١- راجع على سبيل المثـال قانون المرافعات المصـري وقانون أصول المحاكمـات، المحاكمات المدنية اللبناني وقانون المرافعات رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢ اليمني وقانون المرافعات المدنية والتجارية والإدارية الموريتاني رقم ١٦٤ لسنة ١٩٨٣.

التونسي يسمى بـ(مجلة الإجراءات المدنية والتجارية) ويطلق عليه اصطلاح (قانون المسطرة المدنية) في التشريع المغربي، ويطلق عليه في فرنسا وإنكلترا وإيطاليا بـ(قانون الإجراءات المدنية والتجارية)[١]، وأخيراً أطلق عليه في موريتانيا بـ (قانون المرافعات المدنية والتجارية والإدارية).

وقد تعرض اصطلاح قانون المرافعات للانتقاد، إذ ان هذا الاصطلاح، قد يوهم ان هناك قانون ينظم طريقة المرافعة، أي الكلام الذي يدلي به الخصوم في الدعوى أما المحكمة. في حين ان اصطلاح المرافعات يقصر بالدلالة على كافة مواضيع قانون المرافعات، ذلك ان مرحلة المرافعة ما هي الا مرحلة أخيرة من مراحل المحاكمة واقترح جانب من الفقه تسميتها (قانون الإجراءات المدنية)، وهذا الاصطلاح تعرض للانتقاد أيضاً على أساس أنه لا يغطي قواعد النظام القضائي وقواعد الاختصاص[٢]، واتجه الفقه في إيطاليا وألمانيا إلى الأخذ باصطلاح (قانون الخصومة المدنية)، وهذه التسمية لا تزال قاصرة لأن قانون المرافعات لا يعني فقط بتنظيم الخصومة وانما يعني بتنظيم القضاء وتحديد وظيفته، واقترح الفقيه الفرنسي (موريل)[٣] أطلاق اصطلاح (القانون القضائي المدني) Droit- Judiciave "civile" ، وقد انتقد هذا الاصطلاح بوصفه يقتصر على وسيلة تطبيق القانون المدني، اما قانون المرافعات فإنه يشمل إلى جانب القانون المدني، القانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية وقانون العمل وغيرها من فروع القانون الخاص، لذلك نادى الفقيه الفرنسي "سوليس"[٤] بتسميه بـ(القانون القضائي الخاص) وانتقدت هذه التسمية بوصفها تؤدي إلى الخلط وتوهم بالالتجاء إلى نظام التحكيم.

وأخيراً اتجهت المدرسة[٥] الحديثة في المرافعات إلى إطلاق اصطلاح قانون

١- في الفرنسية Procedures Civrleset Commerciales في الإنجليزية Procedure Civil في القانون الإيطالي Diritto Procedure Civile.

٢- د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات ١٩٧٤، ص ٩.

٣- Morel: Traite elementaie de Procedure Civile, 2 ed 1949 P 3 مشار إليه عند الدكتور محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٣.

٤- H, Solus: Coues de feoit judiciaive Prive 1954 أشار إليه د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ١٩٧٤، ص ١١.

٥- ومن هذه المدرسة د. وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني القاهرة ١٩٧٧، ص ٨. د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضاء المدني، دار النهضة ١٩٧٦، ص ٣، د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٥، أستاذنا ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، بغداد ١٩٧٣، ص ٥.

القضـاء المدنـي لانضباطه على مادة مواضيـع قانون المرافعات، فضـلاً أنه يتفق مـع الاصطلاح الذي سـاد في الفقه الإسـلامي والـذي يطلق عليه (علـم القضاء)، وهـذا الاصطلاح تعرض أيضاً للانتقاد على أسـاس ان عبارة قانون القضاء المدني تشـمل جميع القوانين التي يطبقها القضاء المدني سـواء كانت متصلة بالموضوع أم بالإجراءات.

ونتفـق مع الرأي[١] الذي يرى ان اصطلاح (قانون المرافعات) اصطلاح متفق على مضمونه من الناحية الفقهية، والخلاف الذي نشـأ في التسمية، هو خلاف لفظي، وفي الاصطلاح تؤخذ الألفاظ بمعناها العلمي المتفق عليه وليس بمدلولها اللفظي البحث، وعليه فإن اصطلاح قانون المرافعات بمكن ان يؤدي الغرض منه طالما كان متفقاً على ان المقصود به هو القانون الذي ينظم القضاء في المعاملات الخاصة، فضلاً عن ذلك ان شـيوع كلمة (المرافعات ترجع إلى أهمية مرحلة المرافعة بالمقارنة مع غيرها من مراحل المحكمة وان هذا الاستعمال قد جاء من قبيل إطلاق الجزء على الكل.

وإذا كانـت بعض القوانيـن، كالقانون المصري تحـرص على عطف الصفة التجارية على الصفة المدنية للمرافعات وتسمية (قانون المرافعات المدنية والتجارية) فـإن قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩، اسـتغنى عن هذا العطف لأن التنظيم القضائي في العراق لا يعرف تقسيم المحاكم إلى مدنية وتجارية، فهو يصف نوعـي القضايـا المدنيـة والتجارية بالقضايا المدنيـة، ذلك ان النشـاط التجاري في أساسـه، يعد فرعا من فروع القانون المدني، وقد أفصحت الأسـباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي عن سـبب هذه التسـمية بإشـارتها أنه (قد روي تسـمية القانون بقانون المرافعات المدنية، لأن هذه التسمية في فقه القانون تشمل إلى جانب الدعاوي التجارية والشرعية ودعاوى الأحوال الشخصية وكافة الدعاوي غير الجزائية).

وقـد أصدرت الدولة العثمانية أول قانون عراقي للمرافعات في عام ١٢٧٨هـ وأطلق عليه (قانون أصول المحاكمات التجارية)، وقد ضم هذا القانون (١٤٠) مادة مقسمة على عشر فصول، ولم ينص هذا القانون على محكمة التمييز، غير ان قانون تشـكيل المحاكم النظامية لينة ١٢٩٦هـ، نص على تشـكيل محكمة التمييز إذ تشكلت بالإرادة الملكية الصادرة في ١٣/٢٩/[٢]١٩٢٥.

١- أستاذنا د. آدم النداوي، المرجع السابق، ص ١٤، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٥.

٢- للتوسع راجع أستاذنا ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح القانون المرافعات المدنية، ◄

وفـي عام ١٨٧٩م أصدرت الدولة العثمانية قانون أصول المحاكمات الحقوقية، وهو مقتبس من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي لسنة ١٨٠٧م، ويحتوي هذا القانون على (٢٩٦) مادة ومقسم إلى تسعة أبواب، وقد ترجم هذا القانون من اللغة التركية إلى العربية وكانت ترجمته غامضة، وعندما احتلت القوات الإنجليزية العراق، أصدرت سـلطات الاحتلال بياناً عدلت فيها بعض مواد هذا القانون، وقد ظل هذا القانون ساري المفعول في العراق إلى يوم ١٩٥٦/١٢/٢٤، إذ الغي بصدور قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦، وتم إلغاء هذا القانون بصدور قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، وقد أنجزت وزارة العدل مشروع قانون جديد للمرافعات وأطلقت عليه اسم (الإجراءات المدنية)، غير ان هذا المشروع لا يزال في مرحلة التشريع.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية لقانون المرافعات

نقصـد بالطبيعة القانونيـة، بيان ما إذا كان قانون المرافعـات يعد من القانون الخاص أم من القانون العام أم أنه يحتل مركزاً وسـطاً بينهما، وانقسـم الفقه في بيان هذه الطبيعة إلى أربع اتجاهات رئيسة نستعرضها على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: قانون المرافعات من القانون الخاص

يرى الفقه[1] التقليدي منذ القرن التاسع عشر على وضع قانون المرافعات بين فـروع القانون الخـاص، لأن الغرض منه حماية حقوق الأفـراد وتنظيم الإجراءات الواجـب إتباعها لتطبيق أحكام القانـون المدني والتجاري وهما من القانون الخاص، ولقد تأثر القانون الفرنسـي وأغلبية الفقهاء في فرنسـا بهذا الاتجاه، وقد ساعدت هذه الفكرة بتسـميته بـ (قانون الإجراءات المدنية والتجارية) Procedures civiles et commericales .

◄ طبع بغداد ١٩٧٣، ص ٩.

١- للمزيد من التفاصيل راجع د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، طبع الثقافة الجامعية ١٩٨٢، ص ٤٩، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٧.

وأساس هذا الاتجاه يرجع إلى وجهة النظر التي ترى ان دور القاضي إزاء الخصومة يكون دوراً سلبياً ويقتصر على الفصل في المنازعات المطروحة عليه، إذ يتقيد القاضي بحدود الطلب القضائي ولا يتجاوزه إلى أكثر منه ولا يعد له بالإنقاص منه أو الزيادة فيه، سواء من حيث الموضوع أم الأشخاص، وهذا الاتجاه الفردي يعطي للخصوم دوراً إيجابيا في توجيه الدعوى وإجراءاتها ويجعل دور القاضي سلبياً يشبه دور الحكم الذي يشاهد المباراة ويعلن نتيجتها دون ان يتدخل فيها ما دامت تجري في الحدود التي رسمها القانون.

الاتجاه الثاني: قانون المرافعات من القانون العام

ويذهب هذا الاتجاه إلى ان قانون المرافعات في جميع قواعده، يعد فرعاً من فروع القانون العام[1]، لأن هذا القانون وان كان يؤكد حماية حقوق الأشخاص، فان الأحكام التي يتضمنها، تنظم مصلحة عامة من سلطات الدولة وهي تنظيم القضاء المدني وأدائه لوظيفته، فالقضاء يعد أحد السلطات العامة وتنظيمه يعد تنظيماً لمرفق عام، ولا ينبغي ان يترك لمشيئة الأفراد.

الاتجاه الثالث: الاتجاه التوفيقي

ويرى هذا الاتجاه[2] إلى ان قانون المرافعات يحتل مركزاً وسطاً بين القانون العام والقانون الخاص، وبذلك يمكن النظر إليه من ناحيتين، فهو يعد من فروع القانون الخاص، لأن بعض قواعد تستهدف حماية حقوق الأفراد، كالقواعد التي تتعلق بسير الدعاوي المدنية والتجارية والحكم فيه لأنها تحمي الحقوق الفردية، ولا تضر أو تنفع سوى مصلحة الخصوم، ومن ناحية أخرى يعد من فروع القانون العام، لأنه ينظم وظيفة عامة من وظائف الدولة ولأن كثيراً من قواعده تهم الصالح العام لاسيما علنية المحاكمات وحماية حق الدفاع ومواعيد الطعن وتنظيم السلطة القضائية.

١- Morel, op. cit, P.8 ويذهب الأستاذ الدكتور احمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٩، إلى هذا الرأي.

٢- د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات، طبع الأردن ١٩٩٦، ص ١٨.

الاتجاه الرابع: قانون المرافعات قانون من نوع خاص وهو فرع من القانون الإجرائي

يذهب جانب من الفقه[١] إلى ان قانون المرافعات، هو فرع مستقل بذاته من فروع القانون، وهو قانون من نوع خاص له كيانه وطبيعته فلا يعد فرعاً من القانون الخالص أو من القانون العام وانما هو قانون إجرائي، ذلك ان تقسيم القانون إلى عام وخاص لا يعد تقسيما شاملاً لجميع فروع القانون، لأن القانون قبل ان ينقسم إلى عام وقانون خاص، هو ينقسم أساساً إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي، والقانون الموضوعي ينظم العلاقات الاجتماعية، اما القانون الإجرائي فهو مجرد قانون خادم أو ثانوي يهدف إلى تطبيق القانون الموضوعي، ولذا فإنه لا ينقسم إلى قانون خاص وقانون عام لأنه لا يحكم مباشرة علاقة خاصة أو علاقة عامة وانما ينظم وسائل الحماية القانونية لهذه العلاقة.

ونعتقد ان الاتجاه الثالث (التوفيقي) هو الاتجاه الراجح ذلك ان تقسيم القانون إلى عام وخاص تقسيم فقهي وان الحدود الفاصلة بين القسمين لم تعد ثابتة ولا أدل على ذلك من إثارة الموضوع نفسه في أبحاث فقهاء القانون التجاري، وهو فرع من فروع القانون الخاص، إذ ظهر من ينادي بسبب تدخل الدولة في تنظيم النشاط التجاري والصناعي، ان القانون التجاري أصبح من فروع القانون العام، بل ان البعض يعده فرعاً من قانون آخر هو القانون الاقتصادي فأصبح بذلك فرعاً متوسطاً بين القانون العام والخاص[٢]. وما أصدق ما أشار إليه الفقيه الإيطالي (كيوفندا) بهذا الصدد عندما ذكر "في الدعوى تزول الحواجز التي جرى الفقه على إقامتها بين القانون العام والخاص"[٣].

وعليه فان قانون المرافعات يحتل مركزاً وسطاً بين القانون العام والقانون الخاص.

١- للمزيد من التفصيل راجع د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١١. د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط (١٤) ١٩٨٦، ص ٧.

٢- د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ٢٠.

٣- أشار إلى ذلك الدكتور محمد محمود إبراهيم، المراجع السابق، ص ١٨.

المبحث الثاني
مصادر قانون المرافعات المدنية

إذا كانت أحكام المرافعات المدنية بوصفها قواعد قانونية عامة نص عليها قانون المرافعات، فإن ذلك لا يعني تعدد مصادر هذا القانون الرسمية كما هو الشأن في القواعد القانونية الأخرى من تشريع وعرف وغير ذلك من المصادر، ذلك ان أحكام المرافعات تستقي من مصدر رسمي أساسي هو التشريع المتمثل بقانون المرافعات وقانون التنظيم القضائي، غير ان ذلك لا يمنع من ورود قواعد المرافعات في قوانين أخرى كالقانون المدني والتجاري وقانون الإثبات، فضلاً عن ذلك ان هناك تقاليد قضائية وقواعد فقهية أصولية يمكن للمحكمة الاستدلال بها عند فقدان النص القانوني، وعليه فإن مصادر قانون المرافعات هي على النحو الآتي:

أولاً: قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

صدر قانون المرافعات المدنية في ١٩٦٩/٥/٢٧، ويحتوي هذا القانون على (٣٢٥) مادة ويتكون من خمسة كتب وأحكام عامة وذلك حسب التفصيل الآتي:

١- الأحكام العامة- وتتضمن المواد من ١- ٢٨ ونظمت هذه المواد نظرية الدعوى وشروطها والدفوع والتبليغ القضائي.

٢- الكتاب الأول- ويتضمن المواد من ٢٩- ١٥٣، ونظمت هذه المواد التقاضي أمام المحاكم.

٣- الكتاب الثاني- ويحتوي على المواد من ١٥٤- ٢٣٠، وتطرقت هذه المواد إلى نظرية الأحكام القضائية وطرق الطعن فيها.

٤- الكتاب الثالث- ويحتوي على المواد من ٢٣١- ٢٩٨، ونظمت هذه المواد الإجراءات المتنوعة في الحجز الاحتياطي والتحكيم والعرض والإيداع والشكوى من القضاة والمعونة القضائية.

٥- الكتاب الرابع- ويتضمن المواد من ٢٩٩- ٣١٠ وتطرقت هذه المواد إلى اختصاص المحاكم الشرعية وإجراءاتها.

٦- الكتاب الخامس- ويتضمن المواد من ٣١١- ٣٢٥ وأشارت هذه المواد إلى أحكام متفرقة تتعلق بدوام المحاكم وسجلاتها.

وأختتم القانون بالأسباب الموجبة والتي تضمنت إيضاحاً وافياً للأحكام القانونية التي وردت في متن قانون المرافعات.

ثانياً: التشريعات الأخرى المكملة لقانون المرافعات

قانون المرافعات هو أحد الفروع المكونة للنظام القانوني في التشريعات المعاصرة وعليه لا يمكن ان يكون بمعزل عن بقية الفروع القانونية المكونة للنظام القانوني العراقي، فهو مرتبط ارتباطاً متبادلاً بالقوانين الآتية:

١- **الدستور:** أشار الدستور الصادر في ١٦/تموز/١٩٧٠ إلى بعض النصوص الدستورية ذات العلاقة بقانون المرافعات والتنظيم القضائي فقد نصت المادة (٦٣) منه إلى ان:

أ- القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون.

ب- حق التقاضي مكفول لجميع المواطنين.

ج- يحدد القانون طريقة تشكيل المحاكم ودرجاتها واختصاصاتها وشروط تعيين القضاة ونقلهم وترفيتهم ومقاضاتهم وإحالتهم على التقاعد.

ونصت المادة (٢٠) من الدستور أيضاً على ان جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية وان حق الدفاع مقدس وان الأحكام تصدر وتنفذ باسم الشعب[١].

٢- **القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل:** إذ وردت فيه مواد مختلفة تنظم دعاوى الحيازة[٢].

١- وتجدر الإشارة إلى أن المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ أقرت بأن القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون وأن التقاضي حق مصون ومكفول للجميع، وان جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية.

٢- راجع المواد من ١١٤٥- ١١٦٣ من القانون المدني.

٣- قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩: وهو ينظم قواعد الإثبات في المسائل المدنية والتجارية والمسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا يوجد فيها دليل شرعي خاص أو نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في قانون الإثبات[1].

٤- قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩: ويتولى هذا القانون تشكيل المحاكم وتنظيم ولايتها وتنظيم الأمور التي تتعلق بتعيين القضاة ونقلهم وكل ما يتعلق بأحوالهم.

٥- قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١: وهو القانون الذي يحدد الرسوم القضائية التي يستلزم دفعها عند إقامة الدعوى.

٦- قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥: ويضم هذا القانون قواعد مباشرة لتنظيم مهنة المحاماة.

٧- قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.

٨- قانون الادعاء العام رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩.

٩- قانون الكتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨.

١٠- قانون الخبراء رقم (١٦٣) لسنة ١٩٦٤.

١١- وهناك قوانين أخرى لها علاقة وثيقة أيضاً بقانون المرافعات: منها قانون العمل والشركات والنقل.

ثالثاً: التقاليد القضائية والقواعد الفقهية الأصولية

التقاليد القضائية، هي طرق التفكير والعمل الذي استقرت في مشاعر القضاة ودرجت المحاكم على إتباعها من أعراف معينة تستند إلى آداب قضائية، وهذه الأعراف يجب التقيد بها واحترامها ومثالها المداولة في إصدار الأحكام القضائية في محاكم الاستئناف، وهذه المداولة يجب ان تكون سرية، وبالرغم من ان قانون المرافعات لم ينص على هذه القاعدة فإن العمل فيها أصبح واجباً، لأنها من التقاليد

١- راجع المادة (١١) من قانون الإثبات. وتجدر الإشارة إلى ان هذا القانون يسري على المسائل الإدارية بالرغم من ان الإثبات الإداري يتمتع بامتياز الإدارة الذي يستلزم ان يكون هناك فارقاً بينهما

القضائيـة التي اسـتقرت في مشـاعر القضاة، فضلاً عن ذلك ان هنـاك قواعد فقهية أصولية اسـتنبطها الفقه والقضاء ويمكن الاسـتدلال بها عند فقـدان النص القانوني، ومن هذه القواعد، (ان الطاعن لا يضار بطعنه) و (ان المصلحة مناط الدعوى) وأنه (لا بطلان من الإجراءات بغير ضرر) وأنه (ولا يحكم على أحد قبل سـماع دفاعه) و(لا تمييز بعد التمييز).

وهنـاك مصادر تاريخية اسـتوحى قانـون المرافعات رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ أحكامه منها وهي على النحو الآتي:

١- **الفقه الإسلامي:** اقتبس قانون المرافعات الكثير من أحكام الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية لاسيما في أحكام الدعوى والدفوع والتناقض.

٢- **قانـون المرافعات المدينـة والتجارية الملغى رقم ٨٨ لسـنة ١٩٥٦:** لقد أخذ القانون النافذ بالنصوص الصالحة من قانون المرافعات رقم ٨٨ لسـنة ١٩٥٦، وقـد أقرت بذلك الأسـباب الموجبة لقانـون المرافعات النافـذ، إذ جاء فيه (ان القانون كان رائده الحفاظ على أحكام القانون السـابق قدر المسـتطاع لأنه سليم في الكثير من أسسه، ويتميز بالبساطة واليسر، وصدر فيه قضاء غزير المادة، سـديد التقدير، دقيق الاسـتنباط، وعقـدت فيه فصول قيمة ألفهـا أفاضل رجال القانـون، محضـوا فيها نصوصه وجلوا غوامضها وحـددوا مراميها وغدا كل ذلك من التراث الغالي الذي لا يصح التفريط فيه الا لمصلحة بينه، وانه لا يكون بد من ان تنعكس روحه في القانون النافذ في الكثير من أحكامه).

٣- **أحكام القضاء العراقي:** أخذ قانون المرافعات النافذ ببعض أحكام القضاء وهذا ما أكدته الأسباب الموجبة، إذ جاء فيها أنه (قد أورد القانون نصاً صريحاً، قنن فيه قضاء محكمة التمييز بإضافة مدد المسـافة بالنسبة للتبليغات الخاصة بالمقيمين خـارج العـراق إلى المدد الأصليـة ولو كان للمبلـغ أو المبلغ إليـه وكيل مقيم بالعـراق، لأن العبرة بالأصيل ولأن هذه المـدد المضافة يقتضيها تبادل الرأي بيـن الوكيل وموكلـه المقيم في الخارج وتحقيق المسـاواة بين طرف الدعوى، فضـلاً عمـا يحتاجه الأمر أحياناً من تزويد الوكيل بمسـتندات جديدة أو اتخاذ إجـراءات التحويـل الخارجي لدفع الرسـوم القضائية ولكـي لا تنتقص حقوق الموكل بسبب وجود وكيل له.

٤ـ قوانيـن المرافعـات في البلاد العربية: أورد المشـرع العراقـي بعض الأحكام القانونية من قوانين المرافعات المدنية في البلاد العربية لاسيما قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وقد أشارت إلى ذلك الأسباب الموجبة لقانون المرافعات والتي جاء فيها ان (قانون المرافعات استوحى أحكامه من قوانين الدول الأخرى وعلى الأخص قوانين البلاد العربية واسترشد بقضاء المحاكم وعلى رأسـها محكمة التمييز في حل ما يشـكو منه القضاة والمحامون والمتخاصمون، وقد توخي القانون إلى جانب ما أدخله من نصوص مسـتحدثة ان يعـدل في الوقت نفسـه صياغة بعـض النصوص مع ترتيبهـا وتبويبها من جديد للتقريب بين القانون الحالي وقوانين البلاد الأخرى ولتنسـيقه مع القوانين العراقيـة ذات الصلة الوثيقة بقانون المرافعـات وتنقيته مما عيب عليه وإكماله من النقص الذي كشفت عنه التجارب).

المبحث الثالث
الخصائص العامة لقانون المرافعات

يتميـز قانون المرافعات بخصائص عامة، تميـزه عن القوانين الأخرى، منها أنه يعد القانون العام للقوانين الإجرائية وأنه قانون شكلي وان قواعده جزائية وآمرة، وسنتناول هذه الخصائص على النحو الآتي:

أولاً: قانون المرافعات هو القانون العام للقوانين الإجرائية

ويقصد بذلك ان قانون المرافعات يعد القانون الواجب الإتباع عند الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم وجود قانون إجرائي خاص أو في حالة إذا شـاب تلك القوانين الإجرائيـة نقص أو غموض، فيرجع في ذلك إلى قانـون المرافعات لتطبيق أحكامه وان لـم تنص تلك القوانين علـى ذلك ، أي ان جميع القوانين التي تتعلق بالإجراءات أو تلك التي تتضمن بعض النصوص الإجرائية، تعد قوانين خاصة، لان قواعد قانون المرافعات هي الأسـاس وما عداها تعد اسـتثناءاً[1]، أما إذا نص المشرع على قانون إجرائـي خاص خلافاً لقانون المرافعات، فان هذا القانون يجب إتباعه سـواء وردت هذه القاعدة في قانون إجرائي أو قانون موضوعي.

ومن الأمثلة على ذلك قانون أصول المحاكمات الجزائية الذي ينظم الإجراءات الخاصـة بالدعـوى الجزائية، فـإذا وجد نص محـدد في قانون أصـول المحاكمات الجزائيـة فان علـى المحكمة تطبيقه بالرغم مـن مخالفته لأحكام قانـون المرافعات المدنية الجزائية أموراً إجرائية لم ينظمها قانون أصول المحاكمات الجزائية، أو شاب تلك القاعدة شـيء مـن النقص أو الغموض فان المحكمة ملزمـة بتدارك هذا النقص

١- د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٦، د. أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، طبع الدار الجامعية ١٩٨٨، ص ٧.

والرجوع إلى قانون المرافعات المدنية، فمثلاً ان قانون أصول المحاكمات الجزائية لا توجد فيه أحكام قانونية بشأن رد القاضي، فيجب الرجوع في هذه الحالة إلى قانون المرافعات المدنية.

وكذلك الأمر في القوانين الإجرائية والقوانين الموضوعية التي تنظم بذات الوقت نصوصاً تتعلق بالإجراءات كما في قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ وقانون الكتاب العدل رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ وقانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ وقانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ وقانون تحصيل الديون الحكومية رقم (٥٦) لسنة ١٩٧٧ وقانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١، فإذا كانت هذه القوانين تضم نصوصاً غامضة، فيجب الرجوع إلى قانون المرافعات المدنية، وفي حالة عدم وجود نص إجرائي في تلك القوانين يلزم الرجوع إلى نصوص قانون المرافعات بتطبيقها على الوقائع المعروضة بما يتلائم وطبيعة الإجراء المطلوب.

ونستخلص الصفة العامة لقانون المرافعات من مسلك المشرع العراقي نفسه إذ نصت المادة الأولى من قانون المرافعات بأن هذا القانون (يكون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات إذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة).

وتسوغ هذه الصفة، ان الأصل في الوظيفة القضائية انها موحدة في طبيعتها أياً كانت المحكمة التي تقوم بأدائها سواء كانت محكمة مدنية أم إدارية أم جنائية لأن المشرع يقرر قانوناً إجرائياً واحداً للهيئات القضائية المختلفة، وان قانون المرافعات بحكم أسبقيته التاريخية يتضمن مجموعة من المبادئ الأساسية التي استقر عليها القضاء، وهي التي تكون ما يطلق عليه بالصفة العامة لقانون المرافعات والتي يترتب عليها، ان كثير من القوانين الإجرائية تحيل إلى تطبيق قواعد قانون المرافعات في بعض المسائل التي لم يرد فيها نصاً[1].

ثانيا: قانون المرافعات قانون شكلي

تتميز القواعد الواردة في قانون المرافعات بأنها قواعد شكلية ولذلك يوصف قانون المرافعات أنه قانون شكلي، لأنه يتناول شكل الحماية القضائية وما يجب

١- قرار محكمة استئناف منطقة بغداد المرقم ٤٩٦/تنفيذ في ١٩٩٢/٦/٢٥، والقرار المرقم ٢٤٩/تنفيذ في ١٩٩٣/٤/٦، وقد أشار إليه الأستاذ مدحت المحمود شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الأول، طبع بغداد ١٩٩٤، ص ٧.

إتباعه في سبيل الحصول عليها عند الفصل في المنازعات وهو يهتم الشكلية القانونية لمعظم الإجراءات فيحدد البيانات الواجبة في الأوراق القضائية الهامة ومواعيد تقديمها، فقواعد المرافعات قواعد شكلية تتعلق بالشكل ولا تتصل بموضوع الحقوق المطلوب حمايتها بصفة عامة، وتقدم للأفراد وسائل إجرائية منضبطة ومعروفة مقدماً، لكي لا يثير الشك في صحة هذه الإجراءات.

والشكل يعد ضمانة ضرورية تحرص عليها التشريعات المختلفة للوصول إلى قضاء عادل يطمئن الأفراد بتمكينهم من الحصول على الحماية القانونية، ولكي لا تصبح العدالة رهينة تحكم القضاة وعبث الخصوم، لأن الإجراءات الثابتة والمنضبطة تلزم جميع الأشخاص بإتباعها، وتحول دون فرضى القضاء وسوء نية الخصوم، إذ يجب عدم ترك إجراءات التقاضي تخضع لتقدير الخصوم أو القضاة لأن الشكل على حد تعبير الفقيه الألماني (ايرنج) (عدو التحكم والظلم وانه توأم الحرية)، وإذا كان الحق الموضوعي مدني في[1] حمايته لهذه الشكلية فيجب عدم التذمر منها، وقد أشار الأستاذ الدكتور وجدي راغب بهذا الصدد (أنه لا وجه للشكوى من الشكلية الا بالقدر الذي يكون الطائر فيه محقاً في الشكوى بان الهواء يعوق سرعته، دون ان يدري بأنه هو الذي يحمله).

وإذا كانت الشكلية ضرورية في قانون المرافعات، فإن الأمر يستلزم عدم المغالاة فيها وذلك لكي لا يكون طريق الحصول على الحماية القضائية معقداً وصعباً، فكثيراً ما يخسر المتقاضي حقه الثابت أساساً بسبب مسألة شكلية محضة، فضلاً عن ذلك ان الشكليات، تجعل العدالة بطيئة ونفقاتها باهظة، مما تدفع الخصوم إلى العزوف عن الالتجاء إلى القضاء، غير ان وجود هذه المساوئ لا ينفي ضرورة بقاء الشكليات وذلك بوجود وسائل عديدة تحد من هذه المساوئ وتهدف إلى تبسيط هذه الشكليات إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة وعدم التفريط بأصل الحق المتنازع عليه، إذ لا يكفي ان تكون الأحكام عادلة، بل يلزم إلى جانب ذلك ان تكون سريعة ناجزة، قليلة التكاليف ومستوفية للضمانات ومحكمة للإجراءات[2].

ولا يخفى ان التفرقة بين القواعد الشكلية والموضوعية يعد من الموضوعات

١- د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه ١٩٧٤، ص٦٣٠.

٢- راجع بحثنا المرسوم، تبسيط إجراءات الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون/جامعة الموصل، العدد الثاني ١٩٩٧، ص ٦٧.

الهامة التي يحظى بعناية الفقه والقضاء[١] لاسيما في أعمال قانون القاضي في القواعد المتعلقة بالإجراءات ذات العنصر الأجنبي. ومع ذلك تبقى صفة الشكلية هي السمة العامة لقواعد قانون المرافعات، لأن هذا القانون يتميز بصفة عامة بكثرة قواعده الشكلية وهي مسألة طبيعية تطبق على كافة المنازعات، لأن هذه القواعد لا تقرر في الأصل حقوقاً موضوعية، وإنما تبين كيفية حصول الفرد على حقه الموضوعي، اما القواعد الإجرائية الواردة في القوانين الموضوعية، فانها قواعد شكلية خاصة ولازمة لكل نوع وهي تختلف من قضية إلى أخرى.

ثالثاً: قانون المرافعات قانون جزائي

تتميز قواعد المرافعات بأنها قواعد جزائية كاملة، تتضمن جزاءً يترتب على مخالفة الإخلال بالقواعد الإجرائية المقررة للقواعد الموضوعية، ويرجع السبب في وجود هذا الجزاء إلى ان الغرض من تشريع قواعد المرافعات هو تنظيم سلطة القضاء وضمان الحصول على الحماية القضائية وذلك لتفادي تحكم القضاة ولمنع كيد الخصوم وسوء نواياهم[٢]، لأن الإنسان لا يستطيع ان يقتضي حقه بنفسه، بل عليه ان يستعين بسلطة القضاء.

وينتقد جانب[٣] من الفقه هذه الصفة بحجة ان هذه الصفة الجزائية لقانون المرافعات لا تطابق الحقيقة والواقع، لأن قانون المرافعات في حقيقته لا يتضمن جزاء الإخلال بالقواعد الموضوعية المقررة للحقوق حتى يمكن وصفه بأنه قانوناً جزائياً، فالجزاء يشكل عنصراً من عناصر القاعدة القانونية في عمومها، لأن هذه القاعدة توصف بأنها عامة وملزمة ولا تعد عنصراً في قواعد قانون المرافعات فحسب وانما في قواعد القانون بصفة عامة، لأنها تنظم نشاط القضاء المدني في أعمال الجزاء المقررة في القاعدة الموضوعية أعمالاً فعلياً.

وبالرغم من ان قواعد المرافعات تتضمن جزاءات معينة، فان ذلك لا يعد أمراً

١- المزيد من التفاصيل في ذلك راجع د. أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص ٧.

٢- للتوسع راجع د. احمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، طبع بيروت ١٩٨٩، ص ١٠، د.احمد السيد صاوي، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٧٩، ص ٣، د.رمزي سيف، الوسيط ١٩٦٩، ص ١١، د.علي صالح القميطي، المرافعات المدنية والتجارية في الجمهورية العربية اليمنية، طبع عدن ١٩٩٧، ص ١٤.

٣- د. محمد محمود هاشم، قانون القضاء المدني، الجزء الأول، دون سنة نشر، ص ٢٣.

كافياً في وصفها بأنها قواعد جزائية، لأن هذا الجزاء عندما ينص عليه المشرع فانما يهدف منه كفالة أداء وظيفة القضاء، فضلاً عن ذلك ان هناك قواعد موضوعية يجبر الأفراد على تنفيذها جبراً كما في حق الحبس المقرر في القانون المدني.

ونعتقد ان هذا الرأي محل نظر، لأنه لا يكفي ان توجد نصوص آمره في القانون الموضوعي كالقانون المدني والتجاري، تجبر الأفراد على تنفيذ الحقوق لكي تكون موضوع الاحترام والطاعة، بل يجب ان يوجد الجزاء لحماية ما تقضي به هذه الحقوق بأن يكون لصاحب الحق وسيلة يستطيع بها رد الاعتداء الذي يقع على حقه، وهذه الوسيلة هي ما تقوم به قواعد المرافعات ولذلك فهي قواعد جزائية.

ويكتفي المشرع في الغالب من الأحوال بتقرير جزاءات عامة لحالات الإخلال بقواعد المرافعات، لأن النص على جزاء مخالفة كل قاعدة إجرائية بصورة مستقلة يشكل عبئاً على المشرع، غير ان ذلك لا يمنع من ان يقرر بعض الجزاءات الخاصة في نصوص متفرقة، وباستقراء نصوص قانون المرافعات، يتضح ان هذه الجزاءات تكون أحياناً متميزة كما في حالة بطلان التبليغ إذا شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية منه[١] أورد الدعوى إذا كانت الخصومة غير متوجهة، أو وقف الدعوى وانقطاعها وسقوطها واعتبارها كأن لم تكن وأحياناً يكون الجزاء عاماً في غالبية التشريعات كما في حالة البطلان[٢].

ويتضح مما تقدم ان قواعد المرافعات هي قواعد كاملة يترتب الجزاء عليها عند مخالفتها، وان هذه الصفة تتميز بها جميع قواعد المرافعات، سواء كانت قواعد إجرائية أم قواعد تنظيمية تقررت لتنظيم سير العمل أمام المحاكم، مثل قيام القاضي بتأشير عريضة الدعوى وتسجيلها من قبل الكتاب في السجل الخاص للمحاكم[٣]، فهذه القواعد التنظيمية وان لم ينص المشرع صراحة على بطلانها، غير ان ذلك لا ينفي ان يفرض جزاءات أخرى عند الإخلال بها.

١- المادة (٢٨) من قانون المرافعات وراجع المادة (١٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني النافذ.

٢- المادة (٨٠) من قانون المرافعات والمادة (٣٠) من قانون أصول المحاكمات الأردني.

٣- راجع المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية المصري والمادة (٢٤) من قانون أصول المحاكمات الأردني والمادة (٤٨) من قانون المرافعات والمادة (٥٧) من قانون أصول المحاكمات الأردني.

رابعاً: قواعد قانون المرافعات الأصل فيها انها آمرة

ان قواعد المرافعات هي في الأصل قواعد آمرة، لأنها تتعلق بتنظيم النشاط القضائي المدني، ولما كان القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة، فان القواعد المتعلقة بهذه السلطة تكون قواعد آمرة، وهذا الأمر لا يتعارض مع وصف قواعد المرافعات بالصفة الآمرة مع وصف قانون المرافعات بأنه من فروع القانون الخاص، لأن التسليم بهذه الحقيقة لا يسلب قواعد المرافعات الصفة الآمرة لها، طالما ان المقصود منها تنظيم النشاط القضائي المدني والذي يعد من سلطات الدولة، وهو أمر يتعلق بالمصلحة العامة في المجتمع.

ولا يتعارض كذلك مع تنظيم القوانين الموضوعية لبعض القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، كما في أهلية الأشخاص والتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الأعمال غير المشروعة التي نص عليها القانون المدني[1].

وإذا كان المشرع قد أجاز في قانون المرافعات للأشخاص الاتفاق على مخالفة بعض قواعده، أو يستلزم لأعمالها ان يتمسك بها الخصوم، فضلاً ان بعض قواعد المرافعات تكون موضوعية، فإن هذا الأمر لا ينفي مع ذلك الصفة الآمرة لهذه القواعد، لأن المشرع أجاز فقط تكملة القاعدة في الحالة الأولى وترك أعمال القاعدة والتمسك بها للأشخاص في الحالة الثانية.

ويتضح مما تقدم ان الصفة العامة لقواعد المرافعات، انها تعد من القواعد الآمرة التي تتعلق بالنظام العام، وان قسماً منها يتعلق بالمصلحة الخاصة استثناء كما في القواعد التي تنظم الاختصاص المكاني، ويترتب على التفرقة بين نوعي قواعد المرافعات اختلاف الأحكام التي تخضع لها، فالقواعد التي لا تتعلق بالنظام العام تستثنى من بعض الأحكام الخاصة بالقواعد المتعلقة بالنظام العام وذلك حسب التفصيل الآتي:

١- ان قواعد المرافعات التي تعد من النظام العام، هي قواعد آمرة واجبة الإتباع سواء من الخصوم أو المحكمة، اما قواعد المرافعات التي لا تعد من النظام العام، فان للخصوم الاتفاق على مخالفتها.

١- راجع المواد ٩٦، ١٢٩، ٢٥٩، من القانون المدني العراقي، د. أمينة النمر (قوانين المرافعات)، المرجع السابق، ص ٢٦.

٢- يجـوز الدفع بالإجراءات المخالفة للقواعد المتعلقة بالنظام العام في أية مرحلة من مراحـل الدعوى ولو أمام محكمة التمييز مباشـرة، إذ يجـوز الدفع بالخصومة أو الاختصاص وسـبق الحكم في الدعوى أما محكمة التمييز مباشرة[1]، بل أنه يجوز لمحكمة البداءة من تلقاء نفسها ان تتمسك بها حتى في حالة عدم تمسك الخصوم بها.

١- راجع الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية، وللتوسع في النتائج التي تترتب على التمييز بين القواعد الآمرة وغير الآمرة، راجع د. أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

المبحث الرابع
النطاق الزمني لقانون المرافعات

إذا كان لكل شيء في الدنيا حياة معينة، وان لكل شيء نهاية محتومة، فان القانون هو الآخر له حياة يعيشها، وتبدأ هذه الحياة بميلاده أي بإصداره (تاريخ نفاذه) وتنتهي بانقضائه أي (تاريخ الغاءه) والفترة من البدء إلى الانقضاء أو من النفاذ إلى الإلغاء هي التي تمثل حياة القانون وهو ما يصطلح على تسميته بالنطاق الزمني للقانون[1].

والأصل في القوانين الجديدة انها تسري من تاريخ نفاذها حتى على الوقائع القانونية السابقة التي لم تترتب عليها بعد كل أثارها، أي ان لها أثراً فورياً مباشراً ينقطع معه سريان العمل بالقوانين السابقة حال إلغائها، فالقانون الجديد لا يسري الا على المستقبل دون الماضي، وهو ما يعبر عنه بقاعدة (عدم رجعية القوانين)، ويهدف هذا المبدأ إلى تحقيق العدل والحفاظ على استقرار المعاملات، والذي تقتضيه الحياة الاجتماعية والتيسير المنظم للمجتمع، وقد أخذت بهذه القاعدة غالبية الدول في قوانينها، ونص عليها دستور جمهورية العراق النافذ في الفقرة التاسعة من المادة (١٩) إذ جاء فيها: "ليس للقوانين أثر رجعي ما لم ينص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم". وكذلك وردت هذه القاعدة في المادة العاشرة من القانون المدني العراقي فجاء فيه: (لا يعمل بالقانون الا من وقت صدوره نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع. الا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب).

ويترتب على هذا المبدأ امتناع القاضي عن تطبيق القانون الجديد على الوقائع التي تمت قبل نفاذه، بل عليه تطبيق القانون النافذ المفعول وقت وقوع هذه الوقائع.

١- للتوسع، راجع أستاذنا الدكتور سعيد مبارك، أصول القانون، طبع بغداد ١٩٨٢، ص ١٣٤، د. محمد محمد هاشم، المرجع السابق، ص ٣٠.

وقد أشار قانون المرافعات المدنية العراقي في المواد من (٣١٩- ٣٢١) إلى مشكلة النطاق الزماني لقانون المرافعات، غير ان هذه المواد التي أوردها لم تتضمن الأحكام التفصيلية اللازمة لحل هذه المشكلة، مما يستلزم الأمر الرجوع إلى النظريات الفقهية وأحكام القضاء لإكمال هذا النقص.

وتقوم النظرية التقليدية في معرفة متى يكون القانون ذا أثر رجعي، فيمتنع تطبيقه على أساس التفرقة بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل وذهبوا إلى ان القانون الجديد لا يعد رجعياً إذا كان من شأن تطبيقه المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم، وأنه يعد رجعياً إذا لم يكن من شأن تطبيقه سوى المساس بمجرد أمل، إذ يطبق في هذه الحالة القانون الجديد.

واختلف الفقهاء في تعريف الحق المكتسب، فذهب الأستاذ دمولب Demolomb إلى أنه الحق الذي أصبح ثابتاً والذي لا يستطيع شخص آخر ان يسلبه منا، أما مجرد الأمر فهو أمنية لدى الشخص قد تحقق وقد لا تتحقق[1].

وهذه النظرية تجيز رجعية القانون الجديد أو سريانه على الماضي بالرغم من حصول الشخص على حق مكتسب وذلك في الحالات الآتية:

١- إذا نص القانون الجديد صراحة على سريانه على الماضي.

٢- إذا كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام.

٣- إذا كان القانون الجديد مفسراً للقانون القديم، فيسري على الماضي، وقد انتقدت هذه النظرية بوصفها ان الضابط في التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل غير دقيق، فضلاً عن ذلك انها تخلط بين الأثر الرجعي والأثر المباشر الفوري للقانون.

أما النظرية الحديثة فتقوم على أساس التمييز بين الأثر الرجعي للقانون والأثر المباشر له، فالقوانين تشرع لتنظيم المراكز القانونية وهذه المراكز لا تنشأ وتنتج آثارها وتنقضي في لحظة واحدة، بل تستغرق فترة من الزمن، فإذا صدر قانون خلال هذه الفترة فانه يكون رجعياً إذا سرى على ما تم في الماضي، أما إذا لم يسر الا على ما تم في المستقبل فعند ذلك يعبر عنه بالأثر المباشر أو الفوري.

١- للمزيد من التفصيل راجع د.منصور مصطفى منصور المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون ١٩٦٢، ص ٢٠٦، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٢٥.

وبالرغم من ان قانون المرافعات قانون إجرائي ويفترض فيه ان تسري أحكامه على الماضي ولو كان في سريانها مساس بحق مكتسب، فان القاعدة التي تحكم السريان الزماني للقوانين بصفة عامة سواء كانت هذه القوانين اجرائية أو موضوعية، هي قاعدة سريان القانون بأثر فوري مباشر وانعدام الأثر الرجعي، لأن النصوص التشريعية المنظمة لقاعدة عدم سريان القانون على الماضي كما في نص المادة (١٩) من الدستور والمادة العاشرة من القانون المدني، هي نصوص عامة لا تفرق بين قانون المرافعات وغيرها من القوانين، فقانون المرافعات شأنه في ذلك كسائر القوانين، يسري بأثر فوري مباشر ولا يسري على الماضي إذا كان في ذلك مساس بحق مكتسب، غير ان هذه الحقيقة لا تنفي من وجود صعوبة خاصة تتعلق بقانون المرافعات، ذلك ان الدعوى المدنية بطبيعتها تتكون من أعمال إجرائية متتابعة زمنياً وتحتاج عادة لفترة من الوقت، مما يجعل احتمال صدور قانون جديد قبل انتهائها أمر كثير الوقوع، فضلاً عن ذلك ان الدعوى بالرغم من انها تتكون من أعمال مختلفة، فان هذه الأعمال تكون في الواقع عملاً قانونياً واحداً يهدف إلى تحقيق غاية نهائية واحدة هي تطبيق القانون، ولذلك فان الفصل بين الأعمال المكتسبة لدعوى وإخضاع بعضها لقانون والأخرى لقانون آخر، قد يثير بعض الاضطراب وهذا الأمر يستلزم من المشرع عند إصداره قانون جديد إلى وضع نصوص خاصة تنظم سريانه[١].

وقد تضمن قانون المرافعات المدنية العراقي بعض الأحكام القانونية التي تتسم ببعض الغموض وذلك خلافاً للقوانين العربية[٢]، التي اهتمت بنطاق السريان الزماني لقانون المرافعات. فذكرت بنصوص صريحة سريان قانون المرافعات فور صدوره على الدعوى القائمة أما المحاكم والإجراءات التي لم تكتمل، واستثنت من ذلك الحالات الآتية:

١- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد ختام المرافعة في الدعوى

وهذا هو الاستثناء الأول من القاعدة العامة للسريان الفوري لقانون المرافعات، والمقصود بالقوانين المعدلة للاختصاص القوانين التي ادخلت تغييراً

١- للتوسع راجع د. احمد هندي، أصول المحاكمات المدنية ١٩٨٨، ص ٢٥٦.

٢- راجع المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الأردي، والمادة الخامسة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣، والمادة الأولى من قانون المرافعات المدنية المصري.

على الاختصاص النوعي أو المكاني ودون ان تلغي المحكمة، فإذا رفع شخص دعوى أما محكمة مختصة لنظرها بحسب قيمتها وموضوعها، ثم وقبل ان تفصل المحكمة في هذه الدعوى صدر قانون أو رد نصاً يجعلها من اختصاص محكمة أخرى، فيجب في هذه الحالة تطبيق القانون الجديد على الدعوى، وليس في سريان قواعد الاختصاص مساس بحق مكتسب، لان الخصم الذي يملك حقاً مكتسباً، لا يضره ان تنظر دعواه أمام محكمة معينة دون غيرها.

ولا تسري النصوص المعدلة للاختصاص على الدعاوي التي ختمت فيها المحاكمة وكانت معدة فيها بتاريخ العمل بهذه النصوص حيث تبقى هذه الدعاوى خاضعة لنصوص الاختصاص في القانون السابق، ويقصد بعبارة (بعد ختام المرافعة) هو ان الدعوى أصبحت جاهزة للحكم فيها بعد ان انتهى دور الخصوم فيها[1].

٢- القوانين المعدلة للمدد متى كانت المدة قد بدأت قبل تاريخ العمل بها

ومقتضى هذا الاستثناء ان نصوص القانون الجديد التي تعدل المدد لا تسري إلاّ في حالة واحدة، وهي إذا كانت المدة قد بدأت قبل تاريخ العمل بالقانون. ويقصد بالقوانين المعدلة للمدد، القواعد الإجرائية التي تحدث تغييراً بالمدد الواردة في قانون المرافعات والقوانين المكملة له والواردة في القوانين الموضوعية، كالمدد الواردة في رفع دعاوى القانون المدني، والمدد هي الآجال والمهل المحددة لاتخاذ الإجراءات، وقد رأى المشرع أنه متى بدأت المدة في ظل قانون قديم فمن العدل ان تنتهي طبقاً لهذا القانون نفسه وذلك لكي[2] لا تتجزأ المدد ويضطرب حساب بدايتها ونهايتها.

٣- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها، متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريقة من تلك الطرق.

ويقصد بطرق الطعن، القواعد الإجرائية المنظمة لطرق الطعن في الأحكام من حيث جواز الطعن أو امتناعه، والأصل ان القوانين المنظمة لطرق الطعن في الأحكام الواردة في القانون الجديد هي ذات أثر فوري على جميع الأحكام التي تصدر بعد العمل بالقانون الجديد، اما الأحكام التي صدرت قبل تاريخ العمل بالقانون فانها لا تسري عليها الفقرتين الجديدتين المنظمة لطرق الطعن إذا كانت هذه النصوص

١- د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٣١.

٢- للتوسع د. أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٩٥، د. احمد هندي، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

تلغي طريقاً أو تنشأ طريقاً جديداً للطعن في الأحكام لم يكن موجوداً من قبل، فلا يعمل به لان المحكوم له يكون قد اكتسب وفقاً للقانون القديم حق عدم جواز الطعن في الحكم الصادر له[1]، والحكمة من هذا الاستثناء هو عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأشخاص، لأن إلغاء طريق للطعن في الحكم سيؤدي إلى المساس بحق المحكوم عليه في حرية الحصول على الحماية القضائية وان انشاء طريق للطعن في الحكم يمس أيضاً حق المحكوم له في استقرار مركزه القانوني بعدم جواز الطعن.

٤- القواعد المتعلقة بالبطلان ومواعيد السقوط، إذ نصت هذه القوانين

ان كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك، ولا يسري ما يستحدث من مدد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها، ذلك ان الحكم بصحة أو بطلان أي إجراء من إجراءات المرافعة، انما يكون بالنظر إلى القانون الساري المفعول بتاريخ حدوث الإجراء وتمامه.

وقد أوضحت المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المدنية المصري هذه الاستثناءات بإشارتها إلى ان (القاعدة في سريان المرافعات على الدعاوى والقائمة هي من الأحوال المسلمة، إذ ان القوانين المنظمة لأصول التداعي والتدافع والحكم وطرق الطعن والتنفيذ والتحفظ، هي في عمومها قوانين منظمة لمراكز قانونية خاضعة بطبيعتها للتعديل والتغيير من جانب المشرع، دون ان يرمي عمله برجعية الأثر، ولكن المشرع قد أخرج من هذه القاعدة العامة بعض مستثنيات رعاية الدعاوي التي حكم في موضوعها وفي الإجراءات التي تمت في ظل قانون معين، فهذه لا تمتد اليها طائلة القانون الجديد الا بنص خاص، كذلك استثنى من القاعدة القوانين المعدلة للاختصاص والمنظمة لطرق الطعن)[2].

وهذه الاستثناءات وردت في التشريعات التي أقرتها على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، ومسوغاتها، ان قواعد قانون المرافعات، قلما تمس الحقوق المكتسبة، وهي ان مستها فكثيراً ما تفضل عليها اعتبارات النظام العام التي تسوغ النصوص الجديد والتي لا يفصل منها في الواقع الا تحقيق حسن سير العدالة.

١- د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤١.

٢- راجع المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات الأردني والمادة الثانية من قانون المرافعات المصري.

ونعتقد أنه استناداً للمواد (٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١) من قانون المرافعات المدنية العراقي، أنه بالإمكان تطبيق هذه الاستثناءات الأربعة على القاعدة العامة للسريان الفوري لقانون المرافعات، فالأصل حسب نص المادة (٣١٩) ان قانون المرافعات يسري من وقت نفاذه على الدعاوى القائمة قبل تنفيذه من المرحلة التي وصلت اليها، ذلك لأن قانون المرافعات يشتمل على أصول التقاضي والاختصاص وطرق الطعن في الأحكام والتي تعد من النظام العام فيسري قانون المرافعات الجديد على الدعاوي المنظورة أمام المحاكم قبل صدوره من النقطة التي أفهمت المحكمة فيها ختام المرافعة، إذ يجب في هذه الحالة ان تصدر حكماً في موضوع الدعوى.

والقواعد المتعلقة بالاختصاص فانها تحال إلى المحكمة ذات الاختصاص فيها بمجرد نفاذ قانون المرافعات الجديد ويثبت الاختصاص للمحكمة الجديدة. بالرغم من أن الدعوى قد رفعت وفقاً لقانون المرافعات القديم وذلك تطبيقاً لنص المادة (٣٢١) من قانون المرافعات المدنية. ومثال ذلك المسائل التي أصبحت من اختصاص القضاء المستعجل بموجب قانون المرافعات، كدعوى قطع المياه أو تيار الكهرباء أو المواصلات الهاتفية أو غير من المرافق العامة، فيجب رفعها أمام محكمة البداءة ذات الاختصاص بالمسائل المستعجلة، ومثال ذلك أيضاً مدد الطعن في الأحكام، فان الأحكام الصادرة قبل تنفيذ قانون المرافعات النافذ يراعى الطعن فيها المدد المقررة للطعن في الأحكام بموجب قانون المرافعات القديم، فقد كانت المادة (١٧١) من قانون المرافعات القديم تنص على ان مدة الاعتراض عن الأحكام الغيابية الصادرة من محكمة صلحية هي خمسة أيام، ثم جاء قانون المرافعات النافذ وجعل مدة الطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي عشرة أيام فإن مدة الاعتراض تكون خمسة أيام، اما إذا صدر الحكم الغيابي في ظل قانون المرافعات النافذ، فتكون مدة الاعتراض عليه عشرة أيام وذلك تطبيقاً للمادة (٣٢٠) من قانون المرافعات والتي جاء فيها ان (الأحكام الصادرة قبل تنفيذ هذا القانون يراعى في الطعن فيها المدة المقررة للطعن في الأحكام بموجب القانون السابق).

الفصل الثاني

نظرية التنظيم القضائي

ارتبط موضوع التنظيم القضائي بالمجتمعات الإنسانية منذ عصور موغلة في القدم وكانت بلاد الرافدين من أقدم الشرائع التي اهتمت بالتنظيم القضائي وجعلته في خدمة الحق والعدل، وكان للملك حمورابي دوراً رئيساً في إصلاح النظام القضائي، إذ حل القضاء المدني في عصره محل القضاء الديني وأصبح القضاء المدني هو الطابع الغالب عليه، إذ مارس وظيفة القضاء، قضاة مدنيون يتميزون عن قضاة المعابد، وقد جاء في المادة الخامسة من شريعة حمورابي أنه (إذا نظر قاضي قضية قانونية واصدر بخصوصها حكماً، وثبت الحكم على رقيم مختوم، وبعد ذلك غير قراره، فان ثبت ان ذلك القاضي قد غير حكمه في القضية التي نظر فيها، فعليه ان يتحمل عقوبة تلك الدعوى ويدفع أثني عشر مثلها، وزيادة على ذلك عليهم ان يطردوه بلا رجعة من مجلس القضاة ومن على كرسيه ولا يحق له ان يجلس مع القضاة للنظر في دعوى). فهذه المادة تمدنا بمعلومات عامة عن أسس التنظيم القضائي في زمن الدولة البابلية القديمة والتي لا يزال صدى تطبيقها موجوداً في التشريعات الحديثة[1].

وقد احتل التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مكاناً متميزاً، فهو يعد من أكثر أبواب الفقه تطبيقاً وصلة بالحياة سواء من الناحية النظرية أم من الناحية التطبيقية والعملية، فالفقه الإسلامي شأنه كسائر التشريعات الحديثة يجعل من القضاء عملاً عاماً تمارسه الدولة وقد أظهر الفقه الإسلامي تفوقاً في مجال اختيار القضاة وجعل القضاة في خدمة الحق والعدل وحفظ النظام، وتأمين الطمأنينة والأمن للأفراد في المجتمع.

وقد تأثر القضاء في المجتمعات الحديثة بالأنظمة السياسية التي خضع لها، فتعددت جهات القضاء والقوانين المتعلقة بالتنظيم القضائي بوجه عام، مما أدى إلى اختلاف المبادئ والأسس العامة التي يستند عليها التنظيم القضائي في الدول الحديثة، فضلاً عن اختلاف القواعد التي قررتها التشريعات في ضمان وظيفة القضاة التي تنظم حسن قيام القضاة بوظيفتهم ودون تأثرهم بالظروف والملابسات التي قد تثير الشك لدى الخصوم في انحياز القاضي لصالح أحد المتنازعين.

١- المزيد ممن التفاصيل راجع كتابنا، شريعة حمورابي، ط٢، ١٩٩٩م، جامعة الموصل، ص ٣٩.

واستناداً لما تقدم سنتناول دراسة هذا الفصل في المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: مبادئ وأسس النظام القضائي في القوانين المختلفة.

المبحث الثالث: اختيار القضاة وأعوانهم.

المبحث الرابع: ضمانات وظيفية القضاء.

المبحث الأول
التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي

القضاء في الإسلام ولاية جلية القدر، عظيمة الشأن، دل على تشريفه وتعظيمه ما ورد في القرآن الكريم وفي السنة وإجماع المسلمين، وقد وردت آيات كثيرة تدل على أهميته فهو تلو النبوة أي ما يتلوها ويتبعها، إذ بعث الله تعالى الأنبياء للناس بوصفهم مبشرين وقضاة ليحكموا بينهم، فقد جاء في قوله تعالى: {كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُواْ فِيهِ}(١)، وقوله تعالى: {فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللهُ}(٢)، وقوله تعالى: {يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلاَ تَتَّبِعِ الْهَوَى}(٣).

أما مشروعيته في السنة فقد روي عن النبي (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ): ((إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وان اخطأ فله أجر واحد))(٤)، وكذلك اجمع الفقهاء المسلمون على مشروعية نصب القاضي وأنه فرض(٥) لأنه ينصب لإقامة أمر مفروض وهو القضاء، وقد تقلد القضاء بعد المصطفى (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ) الخلفاء الراشدون وقضوا بين الناس بالحق، ودخولهم فيه أول دليل على علو قدره وعظيم أجره، فضلاً عن ذلك ان القضاء ضرورة اجتماعية في حياة الأفراد، إذ ان الخصومة

١- سورة البقرة الآية (٢١٣).

٢- سورة المائدة الآية (٤٨).

٣- سورة (ص) الآية (٢٦).

٤- صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/١٢.

٥- القضاء فرض كفاية فإذا تقلده الصالح به سقط الفرض فيه عن الباقين وان امتنع كل الصالحين له أثموا، فهو فرض عين على جميعهم، واختلف القضاة المسلمون بأن القبول أفضل من الترك وقد كره الدخول في القضاء من الأئمة مع فضلهم وصلاحهم ومنهم الأمام الشافعي وابو حنيفة وان تركهم للقضاء يرجع إلى خوفهم من الإخلال في وظائفهم من العبادات وتحصيل العلوم وليس المبالغة في حفظ انفسهم وسلوك طريق السلامة. للتوسع راجع ابن ابي الدم الشافعي، كتاب أدب القضاء، طبع دار الكتاب، دون سنة نشر، ص ١٠.

من لوازم الطبيعة البشرية ولذا استحال بقاؤهم دون قاض يفصل بينهم، لأنه بدون القضاء سوف يختل النظام وتعم الفوضى ويغلب الباطل على الحق، وجاء قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّهُدِّمَتْ صَوَامِعُ وَبِيَعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذْكَرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا﴾[1]. ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى الْعَالَمِينَ﴾[2].

ولا ريب ان موضوع التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي، موضوع متشعب الجوانب ومتعدد المصادر، لذلك ستقتصر دراستنا على بحثه في النقاط الآتية:

أولاً: التعريف بالقضاء

للقضاء معنى في اللغة وله معنى في اصطلاح الفقهاء، وهو في اللغة بمعنى الحكم والإلزام، ومنها قوله تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾[3]، وقد يأتي بمعنى القتل (قضى عليه) وقد يأتي بمعنى أحكام الشيء والفراغ منه، ومنها قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾[4]، وكذلك يأتي بمعنى القضاء والقدر.

أما تعريف القضاء في اصطلاح الفقهاء، فقد ورد تعاريف كثيرة في الفقه الإسلامي كلها متقاربة ويجتمع على تعريف القضاء، بأنه (إلزام المتخاصمين بالحكم الشرعي وتنفيذه عليهم)[5]. ومنه سمي القاضي حاكماً لمنعه الظالم من ظلمه.

والفقه الإسلامي لم يعرف اصطلاح فكرة المحكمة بوصفها أداة القضاء التي يرد اليها كل التنظيم القضائي في مختلف صوره، لأن ابتكار اصطلاح المحكمة للتعبير عن هذه المعاني، اصطلاح حديث في عالم القانون، إذ السائد في الفقه الإسلامي التعلق بشخص القاضي وان لفظ المحكمة ليس مرادفاً للفظ القاضي ولكنه لفظ يفيد معنى جامعاً لأداة القضاء، ولذلك تنسب الأحكام للمحكمة باسمها لا للقاضي أو القضاة بأسمائهم[6].

١- سورة الحج الآية (٤٠).
٢- سورة البقرة الآية (٢٥١).
٣- سورة الإسراء الآية (٢٣).
٤- سورة فصلت الآية (١٢).
٥- للتوسع راجع ابن فرحون، تبصرة الحكام، ص ١٢.
٦- للوسع راجع د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٧٤.

ثانياً: شروط تعيين القاضي وأدب القضاء

القضاء أمانة عظيمة، لا يقوم بوفائها الأمن كمل ورعه وتمت تقواه، لذلك كان يراعى فيمن يتولى القضاء في الفقه الإسلامي الشروط الآتية:

١- ان يكون عاقلاً.

٢- ان يكون بالغاً.

٣- ان يكون حراً، لأن القضاء من باب الولاية، ولا ولاية لغير العاقل، وغير البالغ وغير الحر على أنفسهم، فمن باب أولى لا تكون الولاية على غيرهم وذلك لا تصح للقضاء ولاية المجنون والسفيه والصبي.

٤- ان يكون مبصراً فلا يصح تقليد القضاء للأعمى.

٥- ان يكون حسن النطق والسمع، فذهب الرأي الراجح إلى عدم جواز قضاء الأخرس ولا قضاء الأصم.

٦- الاجتهاد، وهو ملكة استنباط الأحكام الفرعية من أدلتها التشريعية التفصيلية.

٧- العدالة، وهي ملكة في النفس تمنع صاحبها من ارتكاب الكبائر والرذائل ومن الإصرار على الصغائر، وعليه فلا تصح ولاية الفاسق للقضاء، وهو الذي يرتكب المحرمات المتفق عليها أو التي يعتقدها المكلف حراما ويرتكبها إرضاءاً لشهوات نفسه.

٨- وتذهب أكثر المذاهب الفقهية إلى ان الذكورة شرط لجواز ولاية القضاء، لذلك اختلفوا في قضاء المرأة، فذهب الرأي السائد بين غالبية الفقه الإسلامي إلى عدم ولاية المرأة للقضاء مطلقاً[١].

٩- وذكر بعض الفقهاء المسلمين استحباب صفات أخرى في القاضي، منها سلامة أطرافه وبهجة صورته وزيادة ورعه واتصافه بكل جميلة تزيده هيبة في النفوس وعظمة في القلوب أو خلوه عن كل ما ينقص من قدره ومنزلته[٢].

وينبغي للقاضي في الفقه الإسلامي ان يتأدب في قضائه بآداب شرعية نجمل بعضها على النحو الآتي:

١- لتوسع راجع كتابنا، تاريخ القانون، طبع دار الثقافة، الأردن ١٩٩٨، ص ٢٧٨.

٢- المزيد من التفصيل في هذه الشروط راجع د.الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط١، بغداد ١٩٨٤، ص ٢٥ وما بعدها.

١- ان يتخذ له كاتباً، جيد الخط حسن الضبط، لأنه يحتاج إلى حفز الدعاوى.

٢- ان يستعين بحضور العلماء ومشاورتهم في المشكلات، فيسمع منهم ويكون ذلك معونه له على تذليل طرق الاجتهاد، ومشاورة العلماء مستحبة وليست تقليداً لهم.

٣- إذا أراد القاضي الخروج من منزله إلى مجلس القضاء، خرج بسكينة ووقار وان يتلو الدعاء الآتي: ((اللهم إني أعوذ بك أن أزل أو أضل أو أظلم أو يجهل علي)).

٤- ان لا يكون ضجراً عند القضاء، إذ يكره ان يقضي القاضي وهو غضبان، أو جائع أو ممتلئ عطشان، لأن هذه العوارض تشوش عليه نظره وفكره مما يشغله عن الحق.

٥- ان يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضاء من لا يعرف القاضي لغته سواء كان مدعياً أم مدعي عليه أم من الشهود.

٦- يكره له مباشرة البيع والشراء بنفسه أو بوكيل مشهور بوكالته ويكره له ولوج الأسواق ومخالطة الناس في البيع والشراء.

٧- يحرم عليه قبول الهدية من الخصمين أو من أحدهما.

٨- ان يسوي بين الخصمين بالجلوس والنظر والنطق فلا يلقن أحد الخصمين حجته لأن فيه إعانة أحد الخصمين فيوجب التهمة[1].

٩- ان يرد القاضي الطرفين المتخاصمين للصلح لقوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾[2] فكان الرد على الصلح رداً إلى الخير وروي عن النبي محمد (صلى الله عليه وعلى آله وسلم): ((الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)).

١٠- ان يسلم على الخصوم إذا دخل المحكمة لأن السلام سنة الإسلام، فإذا جلس لا يسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه وان سلموا عليه لا يلزمه الرد.

١- ويجدر بالإشارة إلى ان القاضي الذي لا يحكم بالعدل بين الناس لا تأكل الأرض جسده، فقد روي (ان أحد قضاة العدل في بني إسرائيل أوصاهم إذا دفنوه ان يحفروا قبره بعد مدة فينظروا، هل تغير منه شيء أم لا، وقال انني لم اظلم قط في حكم ولم أجاب فيه، غير أنه دخل عليه خصمان، كان احدهما صديقاً لي، فجعلت اصغي إليه بأذن أكثر من إصغائي إلى الآخر، ففعلوا ما أوصاهم به، فرأوا ان أذنه قد أكلها التراب ولم يتغير جسده، أشار إلى هذه الرواية ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، طبع بيروت، الطبعة الثانية ١٩٧٧، ص ٨٩.

٢- للمزيد من التفصيل راجع أستاذنا ضياء شيت خطاب، فن القضاء، طبع بغداد ١٩٨٤، ص ١٣.

وينبغي للسلطان ان يوسع على القاضي وعلى عياله، خوفاً من أن يطمع في أموال الناس، لذا كان عطاء القاضي في عهد الرسول (صلى الله عليه وعلى آله وسلم) أكبر عطاء يناله عامل من عمال الدولة الإسلامية.

ثالثاً: أنواع القضاء وصوره في الإسلام

القضاء هو فصل النزاع بحكم يصدر عن القاضي، وهو ما يسمى بالقضاء العادي، غير أنه ظهرت في الدولة الإسلامية طرق لحماية الحقوق وفصل المنازعات، يمكن تسميتها بالقضاء الاستثنائي منها ولاية المظالم وولاية الحسبة.

أولاً: أنواع القضاء العادي وصوره

ينقسم القضاء العادي في الفقه الإسلامي إلى:

١- **القضاء القولي (القصدي):** ومحل هذا القضاء الخصومات، ويترك لسلطة القاضي التقديرية، وينقسم هذا القضاء إلى قضاء الاستحقاق وهو الزام القاضي للمحكوم عليه بالمحكوم به، كأن يقول القاضي حكمت بكذا، وقضاء الترك ويكون بمنع المدعي من المنازعات، كما في الحكم الذي يتضمن بأن ليس للمدعي حق أو أنه ممنوع من المنازعة[١].

٢- **القضاء الفعلي:** وهو يشبه القضاء الولائي المعروف في العصر الحديث ويرجع هذا القضاء للولاية العامة للقاضي، إذ لا يحتاج إلى دعوى بل يكفي فيه أذن القاضي، كأمره بتزويج الصغير والإذن بشراء أو بيع مال اليتيم أو قسمة عقاره.

٣- **القضاء الضمني:** وهو القضاء الذي يكون الخصم غير المحكوم فيه غير مقصود بالذات وانما ضمن المحكوم به قصداً، ومثال ذلك ان يشهد الشهود على خصم بحق من الحقوق وذكروا اسم هذا الخصم واسم أبيه وجده، فقضى القاضي بذلك الحق، وذكر الخصم واسم أبيه وجده في الحكم، فيكون حكمه بنسبه ضمناً وان لم تكن الدعوى دعوى نسب[٢].

وتجدر الإشارة إلى ان المتقاضين في صدر الإسلام، كانوا ينفذون حكم القاضي ويعدونه طاعة لأولي الأمر، وإذا كان المدين معسراً وجب إنظاره:

١- راجع المادة (١٧٨٦) من مجلة الأحكام العدلية.

٢- الأستاذ محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك، ص ١٦٢.

﴿إِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[١]، غير ان تبدل الأخلاق، جعل القضاة يشكون في دعوى العسر واضطروا إلى سجن المدين المحكوم عليه، للتضييق عليه وإكراهه على الوفاء، فإذا لم يستطع الوفاء بعد انقضاء المدة التي يحددها القاضي، أطلق سراحه لثبوت عسره.

ثانياً: أنواع القضاء الاستثنائي وصوره في الإسلام

القضاء الاستثنائي هو طريقة من طرق حماية الحقوق والفصل في المنازعات التي تحدث بين الأفراد، وقد ظهرت هذه الطريقة بجانب القضاء العادي وتشمل ولاية المظالم وولاية الحسبة.

١- **ولاية الحسبة:** وهي ولاية قضاء محدودة بمسائل تطفيف الكيل والميزان والغش والتدليس في المبايعات والنظر في الآداب العامة والمطل في الديون المستحقة، وتقوم هذه الولاية على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، تأسياً بقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾[٢]، فهي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله[٣]، وتختلف وظيفة الحسبة عن القضاء، ان عمل القاضي يؤسس على التحقيق والتأني في الحكم، اما عمل المحتسب فيؤسس على الشدة والسرعة والفصل في الحكم وقد وصفها[٤] الماوردي (بأن موضع الحسبة الرهبة وموضع القضاء النصفة).

٢- **ولاية المظالم:** وهذه الولاية أوسع من وُلاية القضاء وتهدف إلى أنصاف المظلومين ورد حقوقهم اليهم، وهي تتميز عن القضاء بأنها لا تخضع لأية قواعد تقيدها، فيكفي ان يتظلم أحد من الناس إلى ولي الأمر، خليفة أو أميراً، حتى ينظر في ظلامته ويعمل على أنصافه بما له من هيبة الحكم وقوة الزجر، وعمل والي المظالم ليس قضائياً خالصاً، بل هو عمل قضائي وتنفيذي فهو

١- سورة البقرة الآية (٢٨٠).

٢- سورة التوبة الآية (٧١).

٣- الامام الغزالي، احياء علوم الدين، ج٢، ص ٢٢٦.

٤- الماوردي، الأحكام السلطانية، ص ٥.

قضاء أحياناً وتنفيذ اداري أحياناً أخرى[١]، وهو يشبه الرقابة التي يمارسها كل من مجلس الدولة الفرنسي على أعمال الحكام والموظفين[٢].

ثالثاً: الأسس والمبادئ التي يستند عليها القضاء في الإسلام[٣]

يستند القضاء في الإسلام على أسس ومبادئ أساسية نشير إلى بعضها وذلك على النحو الآتي:

١- **مبدأ حرية الدفاع والمساواة بين الخصوم:** تعد حرية الدفاع من المبادئ الأساسية التي يستند اليها القضاء الإسلامي، ويدل على ذلك ما روي عن الرسول (صلى الله عليه وعلى آله وسلم): ((انما انا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجيته من بعض، فاقضي له على نحو ما اسمع منه، فإن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما اقطع له قطعة من النار))[٤]، وقد جسد الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) هذا الحديث في رسالته إلى قاضيه في الكوفة ابي موسى الأشعري والتي جاء فيها (آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ... وإياك والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند بذء الخصومة)[٥].

وروي عن الإمام علي (عليه السلام) ان رسول الله (صلى الله عليه وعلى آله وسلم) بعثه قاضياً إلى اليمن وهو حديث السن لا علم له بالقضاء، فقال: (ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع كلام الآخر، كما سمعت كلام الأول، فإنه أحرى ان يتبين لك القضاء)، وهذا يدل على احترام حرية الدفاع أمام القضاء والتي تعد من أعظم الحقوق في الإسلام، لأن الدفاع سبيل العدل، والعدل يعد من أعظم العبادات شأناً في الإسلام)[٦].

١- محمد أبو زهرة، ولاية المظالم، مجلة القضاء العدد الثاني والخامس ١٩٦٠، ص ٥٤٢.

٢- د.حمد عبد المنعم، ولاية المظالم أو القضاء الإداري الإسلامي، مجلة العدالة، الإمارات العربية، ص٥٤٢.

٣- الماوردي، المرجع السابق، ص ١٠.

٤- سنن أبي داود، المجلد الثاني، ج٣، دار الفكر العربي، ص ١.

٥- اعلام الموقعين، ابن القيم الجوزي، ج١، ص ٧١، بدائع الصنائع، الكاساني، ج٧، ص ٩.

٦- للتوسع راجع رسالة الدكتور جليل حسن الساعدي، كفالة حق التقاضي، جامعة بغداد ١٩٩٣، ص ٦٠ وما بعدها.

٢- **استقلال القضاء:** يتمتع القاضي في الإسلام باستقلاله عن السلطة التنفيذية وعن كل الأمور التي تمس هذا الاستقلال سواء من السلطان أو ذوي النفوذ أو الأقرباء وفي القضاء الإسلامي أدلة كثيرة، نذكر منها أنه اختصم شخصان في شيء إلى إبراهيم بن إسحاق، قاضي مصر (٢٠٤هـ) في خلاف المأمون، فقضي على احدهما، فشفع أمير مصر السري ابن الحكم وأمر القاضي ان يتوقف في تنفيذ الحكم، فجلس القاضي إبراهيم في منزله، فركب إليه الأمير السري فسأله الرجوع، فقال لا أعود إلى ذلك المجلس أبداً، ليس في الحكم شفاعة[٧].

٣- **القضاء في الاسلام من سلطات الدولة:** يعد القضاء ولاية من الولايات العامة التي مارسها الرسول (صلى الله عليه وعلى آله وسلم) بنفسه وخلفاءه من بعده، ولا يحتكر القضاء في الإسلام الفصل في الخصومات وانما يشاركه في ذلك كما هو الحال في القوانين الحديثة، نظام التحكيم[٨].

٤- **مبدأ تدرج القضاء، نقصد بتدرج القضاء:** حق الخصوم في نقض الأحكام وقد عرف الفقه الإسلامي فكرة تدرج القضاء ونقض الأحكام، ويستفاد ذلك من تنوع صور القضاء من ولاية المظالم والقضاء والحسبة، فقد نص الفقهاء على ان حكم القاضي (لا يستقر في أربعة مواضع وينقض، وذلك إذا وقع خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس)[٩].

٥- **نظام التعزير في الإسلام:** وهو سلطة تقدير تعطى للقاضي فيما لم يرد به حد في النصوص التشريعية، وهو عقوبة مناسبة يوقعها القاضي على كل فعل مخالف لأحكام الشريعة الغراء وآدابها ولا يوجد حد فيه.

٦- **تزكية الشهود قبل قبول شهادتهم:** واستبعاد من يثبت للقاضي سقوط عدالته من الشهود، إذ ان القاضي لا يسمع شهادة من لا يعرفه بصورة كافية، الا بعد ان يتأكد من توافر صفة العدالة في الشاهد بتزكيته من الغير عن طريق المزكي الذي يشهد بعدالة الشاهد، وتجدر الإشارة إلى ان التشريعات الحديثة لا تأخذ بمبدأ تزكية الشهود.

٧- الكندي، الولاة والقضاة، ص ٣٥٦، وللتوسع راجع استاذنا ضياء شيت خطاب، فن القضاء، ص ٢٥.

٨- للمزيد من التفاصيل راجع د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٧٣.

٩- الطرابلسي، معين الحكام، المرجع السابق، ص ٢٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام، المرجع السابق، ج١، ص ٥٥.

٧- **خضوع الحاكم والمحكومين لسلطة القاضي ولأحكام الشريعة الإسلامية:** سواء أكانوا مسلمين أو غير مسلمين، لأن الشريعة الغراء، هي الشريعة العامة الشاملة ولا مجال للعمل بغيرها في محكمة القاضي، إذ لم يرد عن الفقهاء المسلمين ما يفيد جواز قيام قضاء أجنبي على إقليم الدولة الإسلامية.

٨- **مبدأ ان القاضي لا يقتصر نظره على الخصومات التي ترفع عليه:** وانما يملك سلطة النظر في جميع المصالح التي تستحق الحماية بوصف ان القاضي ولي من لا ولي له، بل هو يملك سلطة الرقابة على تصرفات أولي الأمر[1].

١- للتوسع في هذه المبادئ راجع د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات، طبع عمان ١٩٩٦، ص ١١.

المبحث الثاني
أسس ومبادئ النظام القضائي في القوانين المختلفة

تسود التشريعات المختلفة أسس عامة ومبادئ يستند عليها النظام القضائي، والهدف منها تنظيم حسن سير القضاء وإجراءاته والمحافظة على استتباب النظام في المجتمع وتأمين رقابة الشعب على أعمال السلطة القضائية، فضلاً عن حصول الخصوم على الحماية القضائية عن طريق قضاء عادل بإجراءات مبسطة ونفقات قليلة وحماية حقوقهم في الدفاع وعدم الإضرار بهم نتيجة تأخر الفصل في المنازعات، وسنتناول دراسة هذه المبادئ على النحو الآتي:

أولا: مبدأ استقلال السلطة القضائية

ان إقامة العدل بين الأفراد في المجتمع، تعد من أهم وظائف الدولة في المجتمعات المعاصرة، وذلك عن طريق إقامة أجهزة السلطة القضائية وممارستها للقضاء بوصفها وظيفة عامة من وظائف الدولة، تميزها عن وظائف السلطات الأخرى، ولذلك أقرت التشريعات المختلفة مبدأ استقلال السلطة القضائية والذي يعني ان لكل من السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وظيفة مختلفة عن الأخرى، فلا يجوز التداخل بين هذه الوظائف والا سيختل التوازن المنظم للمجتمع، وهذا المفهوم الجديد للاستقلال الوظيفي يهدف إلى ضمان سير المجتمع وعدم نقض قوة بأخرى[1]، ويترتب على مبدأ استقلال السلطة القضائية النتائج الآتية:

١- **استقلال المحاكم من تدخل السلطتين التشريعية والتنفيذية في شؤونها:** وعلى هذا الأساس لا يحق لأي من السلطتين التشريعية والتنفيذية، الفصل في الخصومات التي تنشأ بين الأفراد أو تعديل الأحكام التي تصدرها المحاكم، بل ان هذه الأحكام تفرض عليها فرضاً، فضلاً عن ذلك أنه لا يحق لأي من

١- للتوسع راجع د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٤ (١٩٨٦، ص ٥٠، أستاذنا سعدون القشطيني، شرح أحكام قانون المرافعات، بغداد ١٩١٩، ص ٣٧.

المسؤولين في الدولة ولا لأي جهات رسمية أو حزبية أو شعبية ان يوجهوا المحاكم في كيفية النظر في الخصومات في أية مرحلة من مراحل التقاضي[١]، وقد أقرت الفقرة الأولى من المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ هذا المبدأ، ونصت على ان (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون)، وقد تكرر هذا المبدأ في المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، وقد اعتبر المشرع تدخل المسؤولين أو أي مواطن في شؤون القضاء جريمة يعاقب عليها القانون[٢].

٢- **عدم جواز نقل القاضي أو عزله:** يترتب على مبدأ استقلال القضاء، أنه لا يجوز نقل القاضي من محكمة أو وظيفة أخرى، وبالرغم من الدستور النافذ لم يبحث أمر عزل القضاة ونقلهم، تاركاً ذلك تقدير ذلك للقوانين الخاصة[٣]، فإن المادة (٤٩) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ نصت على أنه (لا يجوز نقل القاضي إلى وظيفة غير قضائية الا بموافقته التحريرية). والحكمة من هذا النص، لكي يكون القاضي بمأمن من وقوع الأذى به حتى يصدر أحكامه وفقاً لما يمليه عليه ضميره واقتناعه.

٣- **وجود محكمة قضائية عليا، تكون المرجع الذي يفصل في مراقبة السلطة القضائية بأداء وظيفتها:** وتجدر الإشارة إلى ان مبدأ استقلال القضاء وتطبيق هذه الاستقلالية في الواقع العملي، لا يعني عدم خضوع القضاة لأي رقابة على أعمالهم، وانما تخضع أعمالهم لرقابة ذات طابع ثنائي، تتمثل بلجنة

١- روي عن فريدريك الكبير إمبراطور بروسيا، أنه رغب مرة في شراء قلعة أرض كجار قصره ويملكها رجل فقير يعيش على وارد طاحونة وعندما فاتح الإمبراطور جاره الفقير، رفض البيع فقال فردريك، الا تعرف اني إمبراطور المانيا، فأجاب الجار الفقير، اعرف ولكن الا تعرف انت ان في المانيا قضاة، فخجل الإمبراطور عن هذا الجواب وعدل عن شراء الأرض.

٢- راجع الباب الرابع من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل بشأن الجرائم المخلة بسير العدالة، إذ نصت المادة (٢٣٣) منه على عقوبة الحبس والغرامة لكل موظف يتوسط لصالح أحد الخصوم أو الإضرار به وكذلك يعاقب القاضي الذي يصدر حكماً لا يستند إلى الحق وكان نتيجة التوسط لديه.

٣- نصت المادة (٥٨) من قانون التنظيم القضائي العراقي، على إنهاء خدمة القاضي إذ ثبت عدم أهلية القاضي في الاستمرار في الخدمة القضائية. ونصت المادة (٩٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على أن: "القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون كما يحدد القانون الأحكام الخاصة.

شـؤون القضاة المشـكلة بموجب قانون وزارة العدل في الدعاوى الانضباطية والتي تمارس دور الرقابة على أعمال القضاة، فضلاً عن الرقابة الشـعبية التي يمارسـها الشعب عن طريق الجلسات العلنية. وقد أنشأ دستور ٢٠٠٥ المحكمة الاتحادية العليا بموجب المادة (٩٣) بوصفها الهيأة العليا التي تراقب دسـتورية القوانين والأنظمة النافذة.

ثانياً: سريان ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية

يعني هذا المبدأ، ان ولاية القضاء تضمن الحماية القضائية لكل من يطلبها في قبول دعواه على أي شـخص سواء كان شـخصاً طبيعياً أم معنوياً، والقضاء يعد من وظائف الدولة الأساسـية ويقوم على التحقق مـن مدى التطابق بين المراكز الواقعية للخصـوم والمراكز القانونية الواجبة لهم، وعلى أسـاس مقابلـة تلك المراكز يصدر الحكـم في المنازعات التي تحدث بينهم، والدولة بإلقائها تنفيذ وظيفتها القضائية على عاتـق المحكمـة دون غيرها من الجهات، فإنهـا تحرم بذلك تحريمـاً مطلقاً قيام أي شـخص كان بممارسـة الأعمال القضائية، غير ان قضـاء الدولة من جهة أخرى لا يحتكـر على المحكمة، بل ان هناك بعض الجهـات غير القضائية لا تزال في الدولة الحديثـة تنظـر الفصل في بعض المنازعات كما أوضحنا ذلـك في التحكيم، غير ان هذا التحكيم لا يترك لمطلق مشيئة الأفراد وانما يتم تنفيذه عن طريق قضاء الدولة.

ثالثاً: حق الدفاع واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم

يعد حق الدفاع من الأسـس المهمة التي يسـتند عليها نظام التقاضي، وأصبح من ابرز السـمات التي تمتاز بها التشـريعات الإجرائية، إذ تضمنت إيراد النصوص القانونيـة التي تكفل حق الدفاع وسـماع الدعوى، ولا يعني هـذا المبدأ مجرد تمكين الخصـم مـن عرض وجهة نظـره أمام القضـاء، وانما أصبح يتضمـن منح الخصم مناقشـة ما شـاء من أوجه الدفاع في الدعـوى لتأييد مطالبه، ويقصـد بهذا المبدأ ان للخصوم حق الدفاع أمام القضاء سواء كانوا مدعين أو مدعى عليهم أو متدخلين في الدعوى طالما ان لهم صفة الخصم في الدعوى[1].

١- راجع المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية النافذ، وسنتناول دراسة هذا المبدأ بالتفصيل عند دراسة نظرية الاختصاص القضائي.

ويرتبط حق الدفاع بقاعدة أخرى هو اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم ويعني وجوب حضور جميع الخصوم في مواجهة الإجراءات، إذ يستلزم الأمر أخبارهم بهذه الإجراءات سواء عن طريق إجرائها في حضورهم، كما في إبداء الطلبات والدفوع أو عن طريق تبليغهم بها، ويهدف هذا المبدأ إلى ضمان أعمال حق الدفاع للخصوم بضرورة إحاطتهم علماً بكل الإجراءات وتمكينهم من الرد عليها[١]، وتطبيقاً لذلك نصت المادة (٨٠) من قانون الإثبات النافذ على أنه (إذا احضر أحد الخصمين شهوداً لإثبات دعواه، جاز لخصمه ان يحضر شهوداً لرد هذه الدعوى)، وقاعدة اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم مقررة في الأصل لمصلحة الخصوم، حتى يعلموا بالإجراءات ويتمكنوا من الرد عليها، وكذلك تهدف إلى حسن تنظيم القضاء، ويجب على القاضي ان يأخذ بهذه القواعد من تلقاء نفسه ويترتب على مخالفتها البطلان.

وقاعدة اتخاذ الإجراءات ليست مطلقة وانما يرد عليها استثناء، إذ لا يطبق في بعض الأعمال القضائية مثل القضاء الولائي (الأوامر على العرائض).

ولضمان حق الدفاع للخصوم أجاز المشرع نقل الدعوى، فنصت المادة (٩٧) من قانون المرافعات على جواز نقل الدعوى من محكمة أخرى بقرار من محكمة التمييز لأسباب قانونية أو كان في رؤية الدعوى ما يؤدي إلى الإخلال بالأمن أو لأي سبب تراه محكمة التمييز مناسباً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرارها أنه، ادعى (أ) ورفاقه لدى محكمة بداءة سامراء ان المدعى عليه (أ.ج) يعارضهم بالتصرف في قطعتي الأرض العائدتين لهم والتي تلقوها عن مورثهم، وقدم المدعى عليه الثاني عريضة إلى محكمة تمييز العراق طلب فيها نقل دعواه من محكمة بداءة سامراء لأسباب بينها بعريضته المذكورة، ووجدت محكمة التمييز ان طالب نقل الدعوى قد عارضته أسباب تدعو لنقل دعواه نظراً لأن رؤيتها في محكمة بداءة سامراء، قد تؤدي إلى الإخلال بالأمن، وقد ايد قاضي بداءة سامراء هذه الجهة وبين عدم ممانعته لذا قرر نقلها من اختصاص محكمة بداءة سامراء إلى محكمة بداءة بغداد وذلك استناداً للمادة (٩٧) من قانون المرافعات المدنية[٢].

١- د. احمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية، ص ٥٨، د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص٥٩.

٢- رقم القرار (١) حقوقية ثالثة في ١٩٧٠/١٠/٢٤، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الأولى، نيسان ١٩٧١، ص ٧٧.

رابعاً: حياد القاضي

من المبادئ الأساسية المستقرة في التقاضي مبدأ (حياد القاضي)، ونقصد به ان يقتصر دور القاضي على تلقي ما يقدمه من أطراف النزاع من أدلة في الدعوى وتقدير قوة كل دليل وفقاً لقوته التي حددها القانون، إذ ليس من عمل القاضي ان يساهم في جمع الأدلة أو يستند إلى التحري عنها بنفسه[١].

ولا يقصد بحياد القاضي عدم التحيز لأحد الخصمين على الخصم الآخر، لأن هذا أمر بديهي يخضع له بحكم وظيفته، وانما يراد به ان يبقى دوره في الدعوى سلبياً في الأصل بالمقارنة مع دور الخصوم الايجابي، فهو يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل، ويستلزم مبدأ حياد القاضي توفير المتطلبات الآتية:

١- الا يكون للقاضي مصلحة في الدعوى التي ينظرها، سواء كانت هذه المصلحة مادية أم معنوية لأنه يجمع بذلك بين صفتي الخصم والحكم وهذا لا يجوز.

٢- منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي وذلك لكي لا يجمع بين صفتي الحكم والشاهد.

٣- الا يخل القاضي بحق الدفاع، وهو الحق الذي يتطلب اتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم والمساواة بينهم في المعاملة ومنحهم فرصاً متكافئة.

خامساً: التقاضي على درجتين

ومقتضى هذا المبدأ في النظام القضائي، ان للخصوم الحق في إعادة طرح النزاع بعد الحكم فيه مرة أخرى إلى محكمة أعلى درجة لإعادة النظر في قضاء المحكمة التي أصدرت الحكم فيه[٢]، وتسمى المحكمة التي تصدر الحكم لأول مرة محكمة الدرجة الأولى أو محكمة البداءة، والمحكمة التي تطرح عليها الحكم المستأنف وتعيد النظر فيه يطلق عليها محكمة الدرجة الثانية أو محكمة الاستئناف.

وإذا كان مبدأ التقاضي على درجتين يعد خروجاً على مبدأ حجية الشيء المحكم فيه، فان هذا المبدأ يسود في جميع القوانين المختلفة، ومسوغات هذا المبدأ تهدف إلى تحقيق الأمور الآتية:

١- راجع كتابنا في أحكام قانون الإثبات المدني، طبع دار الثقافة ١٩٩٩، ص ١١٤. وانظر كذلك فارس علي عمر، مبدأ حياد القاضي المدني، رسالة ماجستير/كلية القانون/ جامعة الموصل ١٩٩٩.

٢- للتوسع راجع د. احمد الو الوفا، المرجع السابق، ص ٥٤، د. أمينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص ٥، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧١.

١- احتمال وقوع خطأ من محاكم الدرجة الأولى من حيث الواقع أو القانون، فتقوم محكمة الدرجة الثانية بتصحيح ما شاب هذا الحكم من خطأ.

٢- إتاحة الفرصة الكافية للخصم الذي خسر الدعوي لإعداد أدلته والدفاع عن حقه من أجل تحقيق العدالة القضائية بين الخصوم.

٣- التوفيق بين فكرة العدالة ومبدأ الاستقرار القانوني الذي يقضي بأن تستقر الأمور نهائياً بما هي عليه وفقاً للحكم[١].

٤- تحقيق رقابة قضائية ذاتية، وذلك برقابة المحكمة الأعلى على المحكمة الأدنى، مما يجعل المحكمة الأدنى أكثر دقة بدراسة موضوع الدعوى والتدقيق فيها للوصول إلى العدالة الحقة.

٥- يعد ضمانة أساسية من ضمانات التقاضي للأفراد، مما يؤدي إلى إشاعة الأمن والطمأنينة بإتاحة الفرصة مرة أخرى إذا ما توفرت شروط إعادة النظر في الحكم.

وقد اعترض على هذا النظام أنه يؤدي إلى زيادة نفقات التقاضي وكذلك البطء في الإجراءات وإطالة أمد الخصومة وما يترتب على ذلك من إرهاق الخصوم، فضلاً عن ذلك ان افتراض جهل القاضي أو خطئه في جميع درجات التقاضي أمر وارد، وإذا كان قضاء محكمة الدرجة الثانية اقرب إلى الصواب، فإن الحل الأفضل ان يقدم النزاع إلى هذه المحكمة مباشرة بدلاً من إضاعة الوقت وزيادة نفقات التقاضي أما محكمة الدرجة الأولى[٢].

ويرد على هذه الانتقادات، ان خطأ محكمة الدرجة الثانية يكون أقل احتمالاً من الدرجة الأولى، لأنها مكونة من قضاة أكثر عدداً وخبرة، فضلاً عن ذلك ان نظر النزاع أما محكمتين من درجتين مختلفتين، يقلل من فرص الوقوع في الخطأ ويوصل المتقاضين إلى مرحلة اليقين القانوني ولكي تكون الأحكام القضائية مطابقة للحقيقة الواقعية وليس عدالة إجرائية شكلية لا تطابق واقع الحال.

ويتضح مما تقدم ان مبدأ التقاضي على درجتين مبدأ أساسي في النظام القضائي، فلا يجوز لأي من المحكمة أو الخصوم مخالفة هذا المبدأ، لتعلقه بالنظام العام وبالتالي يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات المتخذة فيه.

١- د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ج١ (١٩٧٦)، ص ٤٧.

٢- راجع تفصيل ذلك د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٥٤، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٥.

سادساً: الجمع بين مبدأ القاضي الفرد ومبدأ تعدد القضاة

تختلف النظم القضائية في تشكيل المحكمة، فقد تشكل من قاض فرد، وقد تشكل من عدد من القضاة، يكون عددهم (وتراً) أي ثلاثة أو خمسة مثلاً، لكي يمكن الترجيح عند اختلاف الآراء، وتتألف محاكم الدرجة الثانية ومحكمة التمييز من قضاة متعددين اما محاكم الدرجة الأولى فانها في المحاكم المدنية في الغالب تتكون من قاض فرد.

ويقصد بتعدد جهات القضاة، ان تكون هيئة المحكمة مكونة من عدة قضاة، اما نظام القاضي الفرد، فيعني ان تنظر المحكمة في الدعاوى المطروحة أمامها وتحكم فيها مشكلة من قاض واحد فقط.

ويشير الفقه[1] في تسويغ نظام القاضي الفرد إلى المزايا الكثيرة التي يتمتع بها، منها سرعة الفصل في الخصومات، فيستطيع القاضي الفرد ان يفصل في قضايا متعددة، مما يكفل له الدقة في انجازها نتيجة لشعوره بالمسؤولية وانتقد هذا النظام بوصفه يؤدي إلى استحالة المشاورة والمداولة والتي لا يخفى أهميتها في الوصول إلى القرار السليم، فضلاً ان هذا النظام يؤدي إلى خشية القاضي من المسؤولية.

ويسوغ النظام تعدد القضاة، أنه يحقق العدالة عن طريق المداولة والمشاورة، إذ يشترك في القضية المعروضة والمناقشة فيها قضاة متعددون، مما يجعل القاضي أكثر حرية في إبداء رأيه في النزاع، وأخيراً هذا النظام يحقق رقابة قضائية ذاتية، تجعل من كل قاضي رقيباً على الآخر.

ويعيب هذا النظام عدم الشعور بالاجتهاد في العمل القضائي، لأنه يؤدي إلى توزيع المسؤولية على القضاة جميعاً فلا يشعر الواحد منهم بحقيقة الواجب عليه، فضلاً عن البطء في الأحكام، نظراً للدراسات والأبحاث المتصلة بالقضايا والمداولات التي قد تتجدد لاسيما في الدعوى المعقدة.

وقد أخذ قانون المرافعات العراقي بالمذهب التوفيقي الذي يجمع بين مبدأ القاضي الفرد وتعدد القضاة، فالسائد في محاكم الدرجة الأولى هو نظام القاضي الفرد، اما في محاكم الدرجة الثانية ومحكمة التمييز فالنظام السائد فيها هو تعدد القضاة، ويهدف المشرع من ذلك الأخذ بمزايا النظامين والابتعاد عن عيوبهما بقدر الإمكان حسب ظروف النظام القضائي.

١- د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٥٤، د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٥٥، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٩.

سابعاً: مبدأ علنية الجلسات وشفوية المرافعات

لضمان سلامة التقاضي وتأمين حرية التعبير، فإن التشريعات المعاصرة أقرت مبدأ علانية الجلسات بوصفه قاعدة أساسية في النظام القضائي، ومقتضى هذا المبدأ يقضي ان تحقيق الدعوى ونظرها واصدار الأحكام فيها يكون في جلسات علنية، يسمح فيها لكل فرد حق الحضور فيها ويهدف هذا المبدأ إلى ضمان أشراف الجمهور على عمل القضاة، فيحقق رقابة الشعب المباشرة على القضاء، مما يرفع مستوى المحاكمات ويجعل لها من القدسية والاحترام، التي تحفز القضاة إلى بذل الجهد والدقة في منح الحماية القضائية لمستحقيها والوصول إلى القضاء العادل، فضلاً عن حماية مبدأ حرية التعبير والتقاضي للأفراد، وقد أقرت المادة (٢٠) من الدستور العراقي النافذ هذا المبدأ: فنصت على (أن جلسات المحاكم علنية الا إذا قررت المحكمة جعلها سرية)، وهذا المبدأ الدستوري واجب الإتباع في كافة المحاكم سواء كانت مدنية أم جنائية، وقد حدد الدستور أيضاً متى تصبح الجلسات علنية، فجاء في الفقرة السابعة من المادة (١٩) منه على أن: (جلسات المحاكم علنية إلاّ إذا قررت المحكمة جعلها سرية) وأكدت على ذلك أيضاً المادة الخامسة من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، فجاء فيها ان (جلسات المحاكم علنية الا إذا قررت المحكمة جعلها سرية، محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو لحرمة الأسرة ويتلى منطوق الحكم علناً)[١].

ويتضح من هذه النصوص ان مبدأ علانية الجلسات ليس مطلقاً، إذ أجاز المشرع في بعض الحالات جعل الجلسة سرية إذا كان من شأن المناقشة العلنية للدعوى تؤدي إلى الإضرار بالنظام العام أو المساس بالآداب العامة أو حرمة الأسرة، وفي هذه الحالة تقتصر السرية على جعل الجلسة فيها مغلقة ولا يسمح للجمهور في الحضور فيها ويمنع نشر وقائع الجلسة والمناقشات فيها، فضلاً عن ذلك ان مبدأ علنية الجلسات لا يراعى في القضاء الولائي، لأن القضاة في هذا القضاء يصدرون قراراتهم دون حضور الجمهور[٢].

١- نصت المادة (١٦١) من قانون المرافعات العراقي النافذ، بأن منطوق الحكم يعلن بعد تحرير مسودته، واستناداً لذلك فقد استقرت المحاكم عند إصدار قرار الحكم في القضية المعروضة أمامها ان تختمها بالعبارة الآتية: (وافهم القرار علناً).

٢- د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص ٦٤.

ويرتبط بمبدأ علنية الجلسات مبدأ أخر وهو شفوية المرافعات، ومعنى هذا المبدأ ان القاضي يفصل في الدعوى بناء على أقوال الخصوم التي يبدونها شفاهة في الجلسة، وهذا المبدأ يكفل للجمهور ما يكفله مبدأ علنية الجلسات، من ضمان أشراف الجمهور على عمل القضاة والرقابة على تصرفاتهم، غير ان كثيراً من التشريعات بدأت تميل إلى التقييد من أعمال هذا المبدأ بسبب ازدياد عدد القضايا على نحو لا يتسع به وقت القاضي لسماع مناقشات الخصوم ومرافعاتهم، فاكتفت بالتعبير عن أقوال الخصوم في مذكرات مكتوبة، فضلاً عن ذلك ان مبدأ شفوية المرافعات لا يستثنى ضرورة ان تكون بعض الإجراءات القضائية مكتوبة، كما في عريضة الدعوى وتقرير الخبير وعريضة الاستئناف والتمييز ومحضر الجلسة القضائية، الذي يستلزم ان تثبت كافة الإجراءات القضائية فيه بشكل كتابي وكذلك الأمر في الحكم القضائي الذي يؤكد فيه على ان إجراءات المرافعة تمت بصورة شفوية.

واختلفت التشريعات في الأخذ بمبدأ شفرية الإجراءات، إذ ان بعضها بدأ يأخذ بالمرافعات المكتوبة، وهذا المبدأ يؤدي إلى سرعة إلمام القاضي بظروف القضية وسرعة الفصل فيها، ونعتقد مع الأستاذ الدكتور[1] احمد أبو الوفا بضرورة الأخذ بالمبدأ التوفيقي الذي يمتزج فيه المبدآن، فيحقق مزايا كل منهما، وهذا ما أخذ به قانون مرافعات النمسا الجديد، إذ يقر هذا القانون الأخذ بالمرافعة الشفوية في القضايا البسيطة، اما القضايا المعقدة والتي يكثر فيها عدد المستندات المقدمة في الدعوى، فيستلزم القانون ضرورة ان تكون المرافعة مكتوبة وتحظى هذه المرافعات بتأييد القضاء لها نظراً لضيق رقتهم وازدحام القضايا المعروفة لديهم، مما جعل المرافعات الشفوية الطويلة والتي كانت مبعث الشهرة قديماً للمحامين، لا تكاد نجد لها مجالاً في العصر الحاضر الا في بعض القضايا الجنائية الهامة وبالقدر الذي يتفق مع سرعة العصر[2].

ثامناً: مبدأ مجانية القضاء

يقصد بهذا المبدأ عدم تناول القضاة أجراً من الخصوم عند الفصل في منازعاتهم، بل يقومون بأعمالهم مقابل مرتباتهم التي يحصلون عليها من خزانة

١- د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية، المرجع السابق، ص ٥٦.

٢- د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٣٩.

الدولة، شأنهم في ذلك كسائر الموظفين وهذا المبدأ يضمن كفالة نزاهة القضاة وبعدهم عن المساومة مع الخصوم التي تفسد القضاء وكذلك كفالة سلطة الدولة على إقليمها وممارسة سيادتها عليه، بوصف ان القضاء ولاية عامة من ولايات الدولة يضمن تحقيق إشاعة الأمن والعدالة في ربوعها، لذلك فإن الأصل فيه ان يكون مجانياً[١].

والواقع ان القضاء في العصر الحديث ابعد ما يكون عن المجانية فالدولة تحصل عن كل دعوى رسوماً قضائية تحدد غالباً بنسبة معينة من قيمة الدعوى، لأن الإعفاء من الرسوم القضائية يؤدي إلى كثرة المنازعات والى زيادة الكيدية فيها، لذلك فان الأولى ان يتحمل مصاريف الدعوى من حكم عليه فيها[٢].

على ان ذلك لا يعني ان النظام القضائي العراقي جاء خلواً من نظم المعونة القضائية، لأنه مما لا ريب فيه أنه قد يوجد بين المتقاضين من لا يتمكن من دفع رسوم ومصاريف الدعوى لذلك عالج المشرع العراقي أحكام المعونة في القوانين الآتية:

١- قانون المرافعات المدنية

نظمت المواد (٢٩٣- ٢٩٨) من قانون المرافعات المدنية أحكام المعونة القضائية ويشترط القانون لمنح هذه المعونة، قيام حالة الفقر واحتمال كسب الدعوى ويترتب على صدور قرار المعونة القضائية، ان يعفى مؤقتاً من صدر لمصلحة القرار من كافة الرسوم القضائية[٣]، وقد بينت المادة (٢٩٦) من قانون المرافعات، أنه إذا كسب من صدر له قرار بالمعونة القضائية دعواه، تحصل دائرة التنفيذ الرسوم القضائية المحكوم بها من الخصم المحكوم عليه وتقيدها إيراداً للخزينة بناءً على أمر المحكمة التي أصدرت الحكم.

٢- قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١ المعدل

أشار هذا القانون إلى ان المعونة القضائية يمكن ان تقدم للأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي لا تستطيع دفع رسم الدعوى أو رسم الطعن في الأحكام[٤].

١- د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٥١، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٢.

٢- د. محمد حامد فهمي، شرح المرافعات المدنية والتجارة.

٣- راجع المادة (٢٩٥) من قانون المرافعات المدنية المعدل.

٤- راجع المادة (٣٢- ٣٣) من قانون الرسوم العدلية.

٣- قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ المعدل

أشار قانون المحاماة النافذ في المواد (٦٦- ٧٣) إلى تشكيل لجنة المعونة القضائية والتي تختص بمنح المعونة القضائية في الحالات الآتية:

أ- إذا كان أحد أطراف الدعوى معسراً عاجزاً عن دفع أتعاب المحاماة.

ب- إذا لم يجد شخصاً يدافع عنه من الحامين.

جـ- إذا طلبت أحدى المحاكم تعيين محام عن متهم أو حدث لم يختر محامياً للدفاع عنه[١].

وتتفق مع جانب من الفقه[٢] إلى وجوب إصلاح نظام المعونة القضائية، وتبسيط إجراءاته، لأن هذا النظام عن طريقه تتحقق فكرة المساواة الفعلية بين الأشخاص وان العدالة والمصلحة تستلزم ان لا يضع القانون الموانع أمام المتقاضين بفرض رسوم عالية تمنع المتقاضين من الحصول على الحماية القضائية.

وتجدر الإشارة إلى أن مؤتمر تطوير المناهج الدراسية لكليات القانون العراقية لعام ٢٠١٢ المنعقد في أربيل العراق والذي تشرف عليه منظمة USAID وتحت عنوان: العدالة في متناول الجميع (Access to Justice Program)، قد أقر مشروع العيادات القانونية في كليات القانون في الجامعات العراقية بوصفها من رسائل المساعدة القانونية وذلك بتقديم المساعدة للفقراء وتمثيلهم في المحاكم العراقية مجاناً، فضلاً عن أنها أداة لتطوير المهارات العملية لطلاب كليات القانون. وقد تم استحداث العيادة القانونية المجانية في كلية القانون/ جامعة بغداد عام ٢٠١١. وقد أقر المؤتمر بتبادل وتنظيم الزيارات للعيادات القانونية في الجامعات العالمية والعربية للتعرف على التجارب المختلفة في هذا المجال، فضلاً عن ذلك فإن فكرة العيادة القانونية وضعت موضع التنفيذ وسمح لكليات القانون في الجامعات العراقية اعتمادها، بوصفها مادة إجبارية أو اختيارية بحسب ظروف كل كلية.

١- راجع المادة (٦٧) من قانون المحاماة النافذ.

٢- د. إبراهيم نجيب سعد، المرجع السابق، ص ٢٣، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٦.

المبحث الثالث
اختيار القضاة وأعوانهم

يقتصر اصطلاح القضاء على طائفتين هما القضاة وأعضاء الادعاء العام، إذ يطلق على القضاة بالقضاء الجالس "Lamagistrature assise" لأنهم يباشرون أعمالهم وهم جلوس وتسمى الطائفة الثانية بالقضاء الواقف " Ia magi strature dcbout"، لأنهم يؤدون اعمالهم وهم وقوف.

وإذا كانت الوظيفة القضائية يقوم بها أساساً القضاة ويلحق بهم أعضاء الادعاء العدليون، ويطلق عليهم أعوان القضاء "Auxiliaires de la justice"، وعليه سنتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه إلى المطالب الخمسة الآتية:

المطلب الأول: القضاة.

المطلب الثاني: الادعاء العام

المطلب الثالث: الموظفون العدليون

المطلب الرابع: المحامون

المطلب الخامس: الخبراء

المطلب الأول

القضاة

يقصد بالقضاة كل من يتولى وظيفة القضاء سواء كان قاضياً في محاكم البداءة أو الاستئناف أو في محكمة التمييز[1] ولما كان المشرع حريصاً على عدالة القضاء ونزاهته، لعظم المهام الجسيمة الملقاة على عاتق القضاة والأمانة التي يقومون بها، فقد تطلب شروطاً خاصة، فيمن يتم اختياره في وظيفة القضاء، وقد اختلفت التشريعات في اختيار القضاة بين النظامين الآتيين:

أولاً: اختيار القضاة بالانتخاب العام

وهذه الطريقة متبعة في بعض الدول ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، وهذا النظام يكفل مبدأ استقلال القضاء عن السلطة التنفيذية ويتفق مع المبدأ الذي يقضي ان الشعب مصدر السلطات، وإذا كان هذا المبدأ يختار فيه الشعب أعضاء السلطة التشريعية، فان الأمر يستلزم ان يختار أيضاً أعضاء السلطة القضائية، ويعاب على هذا النظام، تأثير النظام السياسي والاقتصادي عليه بصورة واضحة، إذ ان الناخبين يميلون إلى تفضيل من يراعي ميولهم السياسية والاقتصادية، بصرف النظر عن مدى كفاية وصلاحية القاضي لتولي منصب القضاء، فضلاً عن ذلك ان وظيفة القضاء وظيفة سامية يجب ان تكون بعيدة عن المبادئ الديمقراطية البراقة وما يغالى من أساليب في عملية الانتخاب.

ثانياً: اختيار القضاة بالتعيين

ومقتضى هذا النظام ان السلطة التنفيذية هي التي تقوم بتعيين القضاة بوصفها أقدر من جمهور الناخبين على معرفة الكفاية والصلاحية التي يجب توافرها فيمن يتولى وظيفة القضاء، وقد أخذت بهذا النظام معظم الدول منها فرنسا وبلجيكا ومصر والعراق، والعيب الأساسي الذي يوجه إلى هذا النظام هو الخشية من وقوع القضاة تحت سيطرة الحكومة التي عينتهم، وعلاجاً لهذا العيب تحرص التشريعات على أن لا يترك

١- يطلق مصطلح المستشار على القاضي في محاكم الاستئناف والنقض في مصر، ونعتقد ان مصطلح (القاضي) أدق من المستشارة لأن هذه التسمية فيها مباعدة بين اللغة والاصطلاح، إذ ليست للقضاة في الواقع أية صفة استشارية.

أمر تعيين القضاة للسلطة المطلقة للحكومة وانما تستلزم توافر شروطاً خاصة فيمن يتعين قاضياً، فضلاً عن تنظيم ضمانات تكفل استقلال القاضي في مواجهة الحكومة[١].

أما في العراق فتقوم وزارة العدل بتعيين المتخرجين في المعهد القضائي ويشترط فيمن يعين قاضياً الشروط الآتية[٢]:

١- أن يكون عراقياً بالولادة ومتمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة.

٢- أن لا يزيد عمره عند قبوله في المعهد على أربعين سنة ولا يقل عن ثمان وعشرون سنة.

٣- أن لا يكون محكوماً عليه بجناية غير سياسية أو جنحة مخلة بالشرف.

٤- أن يكون محمود السيرة وحسن السمعة.

٥- أن تتوافر فيه الجدارة البدنية واللياقة.

٦- أن يكون متخرجاً في إحدى كليات القانون في العراق أو أيه كلية قانون معترف بها بشرط اجتيازه امتحاناً بالقوانين العراقية يحدده مجلس المعهد ومواده وكيفية إجرائه.

٧- أن لا يكون قد سبق فصله من المعهد.

٨- أن تكون له ممارسة فعلية بعد التخرج في الكلية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات في المحاماة، أوفي وظيفة قضائية أو قانونية في دوائر ومؤسسات الدولة[٣]، ويعفى من شرط الممارسة الطلبة حملة الشهادات العليا في الدراسة القانونية من درجة الماجستير أو أعلى.

١- للتوسع راجع فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٦٠، د. رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، طبع الكويت ١٩٧٤، ص ٣٤.

٢- راجع المادة السابعة من قانون المعهد القضائي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦ المعدل.

٣- وقد عدل قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٥٩ في ١٩٨٨/١/١٧ من بعض هذه الشروط فاشترط في القاضي ان يكون مؤمناً بالله والا يكون هو أو أحد أبنائه أو أحد أبويه، قد حكم عليه بجريمة مخلة بالشرف وان يكون قد مارس المحاماة ممارسة فعلية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات وليس في مرافعاته خلل على حساب الحق والعدالة والقانون، وان يكون قد مارس وظيفة معاون قضائي أو محقق عدلي أو كاتب عدل أو منفذ عدل في المحاكم أو دوائر وزارة العدل وأجهزتها مده لا تقل عن ثلاث سنوات بعد التخرج من الكلية، وقد أجازت الفقرة الثانية المضافة إلى المادة الرابعة من القانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٨ المعدل لأحكام قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ تعيين المحامي قاضياً بمرسوم جمهوري، إذا أمضى مدة ممارسة في مهنته المحاماة لا تقل عن عشر سنوات ولم يتجاوز عمره الخامسة والأربعين استثناء من شرط التخرج في المعهد القضائي.

٩- وأخيراً لا يعين قاضياً أو نائب مدع عام، إلا من كان متخرجاً في المعهد القضائي ومتزوجاً[١].

وقد أشار قانون استقلال القضاء الأردني لسنة ١٩٧٢ المعدل إلى نظام المسابقة بين المتقدمين للخدمة القضائية، فأوجبت المادة (١٢) منه أن تجري مسابقة للمتقدمين لملء الوظيفة الشاغرة للقضاء من قبل لجنة يعينها الوزير من ثلاثة من كبار القضاة، ونعتقد أن أيراد مثل هذا النص في التشريع العراقي أمر جدير بالتأييد.

المطلب الثاني
الادعاء العام

يعاون القضاة في أداء وظيفتهم ، أعضاء الادعاء العام، وهم طائفة من الموظفين والتابعين لوزارة العدل ويطلق عليهم (أعضاء النيابة) في الاصطلاح المصري، وكانت مهمة الادعاء العام في التشريع العراقي محدودة في حدود التحقيق في الجرائم والاتهام، ثم تطورت فاتسعت ليصبح لها دوراً كبيراً في تحريك الدعوى الجزائية، وقد صدر قانون الادعاء العام العراقي رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ وكان الغرض منه كما ورد في الأسباب الموجبة منه (إبراز دور الادعاء العام الايجابي والفاعل بوصفه جهازاً لمراقبة المشروعية واحترام تطبيق القانون) وقد تناول هذا القانون تحديد أعضاء الادعاء العام ومهامه وتكوينه وواجباته، بما يماثل شؤون الخدمة في القضاء، إذ يخضع أعضاء الادعاء العام لأحكام رد القضاة[٢] فضلاً عن تمتعهم في الأصل بمثل ما يتمتع به القضاة من عدم القابلية للعزل أو النقل[٣].

وإذا كانت الوظيفة الأساسية للادعاء العام هي السهر على الأمن في المجتمع وحماية نظام الدولة ورفع الدعاوى الجنائية باسمها في حالة الاعتداء على المجتمع[٤]،

١- راجع المادة السابقة المعدلة من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

٢- راجع المادة (٦٧) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

٣- المادة (٤٩) من قانون الادعاء العام.

٤- الزمت المادة التاسعة من قانون الادعاء العام العراقي، حضور الادعاء العام في جلسات المحاكم الجزائية وان هذه الجلسات لا تنعقد الا بحضور عضو الادعاء العام، وأجازت له الحضور أمام أية محكمة جزائية عند انعقادها بصفة تمييزية عدا محكمة التمييز.

فإن هذه الوظيفة تتصل بالدعاوى الجزائية وبذلك تخرج عن نطاق دراستنا، أما صلة الادعاء العام في القضايا المدنية فإنها في الأصل تكاد تكون ضئيلة، ومع ذلك فقد توسع قانون الادعاء العام وجعل حضور أعضاء الادعاء العام جوازياً في القضايا المدنية[1].

المطلب الثالث
الموظفون العدليون

وهم طائفة من الموظفين يقومون بمعاونة القضاة في تأدية وظائفهم، فأعمالهم ذات طبيعة قضائية وهم عنصر في تشكيل المحكمة، إذ لا تصلح جلسات المحاكم الا بحضور هؤلاء الموظفين لاسيما كتاب المحكمة، فالأحكام لا تستكمل شكلها القانوني الا بتوقيعهم عليها[2]، وبالرغم من ان أعمالهم ذات طبيعة قضائية فإنهم لا يخضعون لقانون السلطة القضائية وانما يعدون من الموظفين العموميين الخاضعين لقوانين الخدمة المدنية، وكان الأولى خضوعهم لقانون السلطة القضائية لاسيما وان أعمال هؤلاء لها أهمية واضحة، لأن ممارسة تلك الوظيفة تؤهل صاحبها لتولي منصب القضاء ويجب ان تتوفر فيمن يشغل هذه الوظائف ان يكون من حملة شهادة القانون.

وقد أطلق قانون السلطة القضائية المصري رقم (٦٧) لسنة ١٩٦٠ على الموظفين العدليين تعبير (العاملين بالمحاكم) وبين هذا القانون كيفية تعيينهم وترقيتهم ونص على انهم يؤدون يميناً أمام المحكمة التابعين لها في جلسة علنية على القيام بأعمالهم بالذمة والعدل، ونعتقد ان الأخذ بما جاء به المشرع المصري أمر جدير بالتأييد في التشريع العراقي.

المطلب الرابع
المحامون

إذا كان نظام التقاضي ضرورة لا غنى عنها لأفراد المجتمع، فإن العلم بأصول هذا القانون ليس متاحاً لكل المتقاضين، فضلاً عن ذلك ان مقدرة الخصوم في

١- سنتناول دراسة الادعاء العام تفصيلاً في موضوع طعن الادعاء العام لمصلحة القانون.

٢- وتجدر الإشارة إلى ان كاتب المحكمة في فرنسا (gerffier) قبل سنة ١٩٦٥ لم يكن موظفاً حكومياً، بل صاحب مهنة قضائية حرة (Office ministerial) ولكنه مع ذلك كان يعد عنصراً في تشكيل المحكمة. للتوسع راجع د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٢٥.

عرض وجهات نظرهم، أمر متفاوت فيما بينهم إلى مدى بعيد، لذلك اقتضى تيسير التقاضي على إباحة الاستعانة بمتخصصين في معرفة القانون من المحامين، وهم يعدون من أعوان القضاء وتجمعهم به وحدة الثقافة، إذ اشترط القانون في المحامي ما يشترط في القاضي بأن يكون حاصلاً على شهادة القانون[1]، ولهذا عدت بعض التشريعات المحاماة جزءاً مكملاً للنظام القضائي لاختصاصهم بالقانون وممارستهم الخصومة القانونية نيابة عن أصحابها، وقد عرفت المادة الأولى من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المحاماة، بأنها (مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة وفي تأكيد سيادة القانون وفي كفالة حق الدفاع عن حقوق المواطنين وحرياتهم)، وبهذه المادة يكون المشرع المصري قد حسم تلك المسألة ان مهنة المحاماة تعد جزءاً من النظام القضائي وليس بوصفها مساعداً للقضاء[2].

ولم يعرف قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ العراقي مهنة المحاماة، وعرفه جانب[3] من الفقه أنه الشخص المقيد قانوناً في جدول المحامين والذي يقوم بمساعدة المتقاضين بإبداء النصح إليهم ومباشرة إجراء الخصومة عنهم أمام المحاكم بطريق الوكالة لغرض مساعدتهم في الحصول على حقوقهم، وجاء في قرار المحكمة التمييز العراقية أنه (ليس لغير المحامين حق الترافع في الدعوى).

وتقسم بعض التشريعات كالقانون الفرنسي ممارسة المحاماة على طائفتين متميزتين من الأفراد، إذ يجعل ممارسة إجراءات الدعوى لطائفة تعرف باسم وكلاء الدعاوى (avoues) بينما يتولى النصح للخصوم والمرافعة المحامون (avocats) وغالبية التشريعات ومنها التشريع العراقي يقصر ممارسة إجراءات التقاضي والمرافعة عن الخصوم لطائفة واحدة يطلق عليها المحامين.

اما شروط ممارسة المحاماة، فقد حددها قانون المحاماة العراقي في المواد الثانية والرابعة، بتوافر الشروط الآتية:

١- راجع المادة الثانية من قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٧٥ المعدل.

٢- لتوسع راجع معوض عبد الوهاب، شرح قانون المحاماة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، الاسكندرية (دون نشر)، ص١٥.

٣- استاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ٦٨، استاذنا الدكتور سعدون القضطيني، المرجع السابق، ص ٧٦.

١- ان يكون عراقياً أو فلسطينياً يكون متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة ويجوز ان يكون منتسباً لإحدى نقابات المحامين في الأقطار العربية وفق شروط معينة نص عليها القانون.

٢- ان يكون حائزاً على شهادة الحقوق من احدى كليات القانون في الجامعات العراقية أو ما يعادلها.

٣- أن يكون محمود السيرة حسن السمعة أهلاً بالاحترام الواجب لمهنة المحاماة، وغير محكوم عليه بعقوبة جناية غير سياسية أو في جنحة مخلة بالشرف أو عزل من وظيفته أو مهنته أو اعتزلها أو انقطعت صلته بها لأسباب ماسة بالذمة والشرف ولم يرد له اعتباره وفق أحكام قانون إعادة الاعتبار.

٤- ان لا يجمع بين الوظائف العامة ومهنة المحاماة.

وقد حدد قانون المحاماة واجبات المحامي في المواد (٤٩- ٥٤) ويمكن ان نجملها على النحو الآتي:

١- على المحامي ان يتقيد في سلوكه بمبادئ الشرف والاستقامة والنزاهة وبما تفرضه عليه تقاليد المحاماة وآدابها.

٢- يجب ان يكون للمحامي في مركز عمله مكتب خاص لأعمال المحاماة ويستثنى من ذلك المحامي المتمرن، ويعتبر مكتب المحامي محلاً للتبليغات القانونية.

٣- يحظر على المحامي التعامل مع موكله على ان تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها.

٤- يحظر على المحامي من إعارة اسمه أو شراء كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها في القضايا التي هو وكيل فيها.

٥- يحظر على المحامي قبول تظهير[1] السندات لاسمه من اجل الادعاء بها دون وكالة.

٦- يحظر على المحامي استعمال وسائل الدعاية لجلب الزبائن أو باستخدام الوسطاء.

٧- على المحامي ان يدافع عن موكله بكل أمانة وإخلاص ويكون مسؤولاً في حالة تجاوز حدود الوكالة أو خطئه الجسيم.

١- راجع المادة (٥٩٢) من القانون المدني العراقي.

٨- يحظر على المحامي ان يقبل الوكالة أو يقدم الاستشارة القانونية لخصم موكله ولا يجوز له بأية صفة ان يمثل مصالح متعارضة سواء أكان ذلك بأجرة مقطوعة أم براتب شهري.

٩- لا يجوز للمحامي ان يفشي سراً أؤتمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته، ولو بعد انتهاء الوكالة الا إذا كان ذلك من شأنه منع ارتكاب جريمة.

١٠- لا يجوز للمحامي أداء شهادة ضد موكله في الدعوى التي هو وكيل فيها.

١١- لا يجوز للمحامي ان يتعاون في عمل من أعمال المحاماة مع شخص منع من ممارستها وفق أحكام القانون.

١٢- على المحامي ان يسلك تجاه القضاء مسلكاً محترماً وكرامة القضاء وان يتجنب كل ما يؤخر حسم الدعوى ويخل بحسن سير العدالة.

وكل محام يخل بأي واجب من واجبات المحاماة يتعرض إلى المحاسبة ويعاقب انضباطياً بالعقوبات التأديبية الآتية:

١- التنبيه ويكون بكتاب يوجه للمحامي يلفت فيه نظره إلى ما وقع منه ويطلب فيه عدم تكراره مستقبلاً.

٢- المنع من ممارسة المحاماة مدة لا تزيد عن سنة واحدة.

٣- رفع الاسم من جدول المحامين ويترتب عليه فصل المحامي من عضوية النقابة وحرمانه من ممارسة المحاماة.

ويكون تأديب انضباط المحامين من اختصاص مجلس يشكل في كل محكمة استئناف برئاسة رئيسها وعضوية اثنين من المحامين، يختارهما مجلس النقابة، وللمحامي ان يطعن في القرارات الصادرة من مجلس النقابة في الحالات الآتية:

١- رفض طلب تسجيل الاسم بجدول المحامين ورفع اسم المحامي من هذه الجداول واستبعاده منها.

٢- نقل اسم المحامي إلى جدول المحامين غير الممارسين بغير طلب منه.

٣- تحديد المدة اللازمة في المحاماة لغرض الصلاحية أو الانتخابات، ويكون ميعاد الطعن خمس عشر يوماً، ويقدم إلى محكمة التمييز متضمناً الأسباب الموجبة لنقض القرار المطعون فيه.

وقد حددت المواد (٢٢- ٣٨) من قانون المحاماة الحقوق التي يتمتع بها المحامي وهي على النحو الآتي:

١- للمحامين وحدهم دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أما القضاء.

٢- لا يكون المحامي مسؤولاً عما يورده في مرافعته مما يستلزمه حق الدفاع.

٣- يجب ان ينال المحامي من المحاكم والدوائر الرسمية الرعاية والاهتمام التي تنسجم وكرامة المحاماة.

٤- الإذن للمحامي بالاطلاع على أوراق الدعوى والحضور في مراحل التحقيق.

٥- لا يجوز توقيف المحامي عما ينسب إليه من جرائم القذف والسب والاهانة بسبب أقوال أو كتابات صدرت منه أثناء ممارسة المهنة.

٦- يعاقب من يعتدي على المحامي أثناء تأديته وظيفته أو بسبب تأديتها[1].

٧- لا يجوز تسجيل عقود تأسيس الشركات مهما كان نوعها الا إذا كانت منظمة من قبل محام.

٨- لا يجوز حجز وبيع كتب المحامي وموجودات مكتبه الضرورية لممارسة المهنة.

٩- لا يجوز استجواب المحامي أو التحقيق معه لجريمة منسوبة إليه متعلقة بممارسته مهنته الا بعد إخبار النقابة لذلك.

وأخيراً فإن للمحاماة في النظام القضائي مكانة متميزة وتاريخ لا يتسع مجال الدراسة في الدخول في تفاصيلها.

المطلب الخامس

الخبراء

يلتزم القاضي بالفصل في كل منازعة تعرض عليه، وتكون داخلة ضمن حدود اختصاصه، والا فإنه يتعرض للمسؤولية ويعد منكراً للعدالة، غير ان من المنازعات التي تعرض عليه قد تتصل بمسائل عملية أو فنية دقيقة وبعيدة عن

١- راجع المواد (٢٢٠-٢٣٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

المجال الأصيل لثقافة القاضي الذي لا يشترط فيه سوى العلم بالقانون، لذلك أباح القانون على سبيل الاستشارة بأهل العلم في المشاكل التي تعرض أمامه، وهذه هي الخبرة لدى القضاء، وعلى ذلك فالخبراء من أعوان القضاء، وهم الأشخاص الذين تتوافر لديهم خبرة ودراية فنية متخصصة في المجالات المختلفة كالطب والهندسة والكهرباء والخطوط، وتستعين بهم المحكمة في الوصول إلى الحقيقة لغرض حسم النزاع المعروض أمامها[١].

وينظم الخبرة أمام المحاكم قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وقانون الخبراء رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل، ولما كانت الخبرة قد وضعت استثناء لمساعدة القاضي في استظهار أمور فنية ليس بإمكانه إظهارها لوحده، فإنه يجب على القاضي ان لا يسرف في استخدام وسيلة الخبرة لما في ذلك من مضار قد تلحق بالخصوم، وبهذا الصدد يشير الأستاذ الفرنسي موريل: "ان الالتجاء إلى الخبرة يزداد انتشاراً في الحياة العملية ليس فقط بسبب تشعب المعارف الإنسانية وصعوبة إلمام القاضي بها وانما أيضاً رغبة من القضاة في كثير من الأحيان في الإعراض عن القيام بمهمة المعاينة وإلقائها على الخبراء، وهذا الاتجاه ضار بسير العدالة، ففضلاً عما يؤدي إليه من زيادة في نفقات الخصومة وبطئها فإنه يسبب ميل القضاة إلى الأخذ برأي الخبراء، يحول هؤلاء في الواقع إلى قضاة"[٢].

وتجدر الإشارة إلى ان المحاكم عندنا في العراق تعتمد على تقرير الخبير والأخذ به في اغلب الأحيان بالرغم من ان تقرير الخبير غير ملزم للمحكمة. وإذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء فيجب على المحكمة ان تكلف الطرفين الاتفاق على خبير أو أكثر وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير معين تتولى المحكمة تعيين الخبير، واشترط القانون ان يرد اسم الخبير في جدول الخبراء، اما إذا وقع الاختيار على خبراء ممن لم ترد أسماؤهم في جدول الخبراء، فعلى المحكمة ان تبين أسباب ذلك ويجب ان يحلف يميناً قبل مباشرته مهمته ان يؤدي عمله بصدق وأمانة[٣].

ولأهمية العمل الذيي قوم به الخبير في تسهيل مهمة القضاء، فقد وضع المشرع

١- استاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ٨٩، د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ١٣٧.

٢- نقلاً عن الأستاذ الدكتور فتحي والي، المرجع السابق، ص ٥٦١.

٣- راجع المادة (١٣٣) من قانون الإثبات العراقي والمادة الأولى من قانون الخبراء.

الخبيـر بمنزلـة القاضي بالرغم من ان مركز الخبيـر يختلف عن مركز القاضي في الدعوى، وقد نصت المادة (١٣٦) من قانون الاثبات على ان تتبع في حالة رد الخبير الاجراءات المتبعة في رد القاضي، وعليه فإن أسـباب رد الخبير هي نفسـها أسباب رد القاضـي المنصـوص عليها في المواد ٩١ و٩٣ من قانـون المرافعات العراقي، ويقتصـر الرد على الخبراء الذين تعينهم المحكمة، أما إذا كان الخبير منتخباً من قبل الطرفيـن فلا يأخذ بطلب ردهم بالرغم من توافر أسـباب الرد المنصوص عليها في القانون[1].

١- للتوسع، راجع كتابنا، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، طبع دار الثقافة، عمان ١٩٩٩، ص ٣٣٥.

المبحث الرابع
ضمانات وظيفة القضاء

تقرر التشريعات المختلفة قواعد خاصة لضمان نزاهة القضاة وحيدتهم وحماية استقلالهم تجاه الخصوم، والقصد من هذه الضمانات حماية القاضي من نفسه، لأن النفس أمارة بالسوء[1]، وكذلك حمايته من عبث الخصوم، وهذا الأمر يؤدي إلى كفالة إصدار الأحكام القضائية بعيداً عن الشبهات وإشاعة الطمأنينة في نفوس المتقاضين، لذلك تفرض التشريعات المعاصرة على القضاة كثيراً من الالتزامات وتقرر في نفس الوقت القواعد التي تحدد عدم صلاحية القضاة وردهم والشكوى منهم، وسنتناول دراسة هذه الضمانات في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: عدم صلاحية القضاة

المطلب الثاني: رد القضاة

المطلب الثالث: الشكوى من القضاة

المطلب الأول
عدم صلاحية القضاة

يهدف نظام عدم صلاحية القاضي إلى عدالة وضمان نزاهة القاضي وحياديته عند قيامه بوظيفة القضاء، إذ قد تحيط بالدعوى المطروحة على القاضي ظروف وملابسات يحتمل تأثيرها على نزاهة القاضي، فالقاضي بشر ولا يمكن ان يكون في بعض الحالات مثالياً فيحكم طبقاً للقانون ولضميره.

١- جاء في سورة يوسف الآية (٥٣)، قوله تعالى: ﴿وما ابرئ نفسي ان النفس لأمارة بالسوء الا ما رحم ربي * ان ربي غفور رحيم﴾، وجاء في الآية (٢٨) من سورة النساء قوله تعالى: ﴿وخلق الإنسان ضعيفا﴾.

ونقصد بعدم صلاحية القاضي تنحية القاضي ومنعه من نظر الدعوى إذا قام سبب من الأسباب التي تدعو إلى الشك في حكمة وانحيازه لصالح أحد الخصوم[١]، ولا يعني تنحية القاضي الشك في نزاهته، لأن القاضي المطعون في نزاهته لا يصلح ان يكون قاضياً، وانما أساسه رغبة المشرع في تحقيق مظهر الحيدة الذي يجب ان يلتزم به القاضي أما الخصوم.

وقد أشار قانون المرافعات العراقي إلى الحالات التي تؤدي إلى عدم صلاحية القاضي وتنحيته عن نظر الدعوى، هي حالات وجوبية وأخرى جوازية وسنتناول دراستها حسب التفصيل الآتي:

أولاً: الحالات الوجوبية لعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى

وهذه الحالات تجعل القاضي ممنوعاً من نظر الدعوى حتى ولو لم يتقدم أحد الخصوم بطلب منعه من نظر الدعوى وقد حددت المادة (٩١) من قانون المرافعات هذه الحالات على النحو الآتي:

١- إذا كان القاضي زوجاً أو صهراً أو قريباً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة.

وسبب هذا المنع يرجع إلى عدم وضع القاضي في موقف محرج لاسيما إذا أصدر حكماً ضد أقرباؤه، وجاء في قرار المحكمة[٢] التمييز العراقية: (أنه ليس للقاضي الذي ترأس هيئة التمثيل ان ينظر دعوى الاستملاك التي خاصم بها أحد أقرباءه من الدرجة الثانية وكالة عن المستهلك).

٢- إذا كان للقاضي أو لزوجه أو لأحد أبويه خصومة قائمة مع أحد الطرفين أو مع زوجه أو أحد أولاده أو أحد أبويه.

ويقتصر النص على الخصومة بالمعنى المعروف في قانون المرافعات، فإذا لم تكن الخصومة قائمة أمام المحاكم أو كانت موجودة ثم انقضت ولو بصدور الحكم في الموضوع، فإنها لا تؤدي إلى عدم صلاحية القاضي وانما تكون سبباً من أسباب الرد كما سنرى ذلك لاحقاً.

١- للتوسع، راجع د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص ١٣٢.

٢- رقم القرار ٦٤١ مدنية ثانية في ١٩٧٥/٨/٧ الأحكام العدلية، العدد الثالث ١٩٧٥، ص ١٥٠.

٣- إذا كان القاضـــي وكيلاً لأحد الخصوم أو وصياً عليه أو قيماً أو وارثاً ظاهراً له أو كان لـــه صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعـــة بوكيل أحد الخصوم، أو الوصي أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة التي هي طرف في الدعوى أو أحد مديرها.

والوكالة التي تمنع القاضي من سـماع الدعوى، هي تلك الوكالة القائمة وقت نظر الدعوى فإذا كانت الوكالة قد انقضت قبل هذا الوقت، فإنها لا تمنع القاضي من نظـر الدعوى، ونقصد بالـوارث الظاهر، الوارث المظنونة وراثته حسـب تعبير[1] المشـرع المصـري، أي ان يكون القاضي في الظاهر وارثـاً محتملاً لأحد الخصوم بسبب من أسباب الإرث بالرغم من وجود شخص آخر يحجبه عنه أو يحرمه منه إذ قد يزول سبب الحجب أو الحرمان.

٤- إذا كان للقاضي أو زوجـــه أو لأصوله أو لأزواجهم أو لفروعه أو أزواجهم أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو وصياً أو قيما عليه، مصلحة في الدعوى القائمة.

وهذه الحالات تعد تدابير احترازية، يقصد بها ان تكونه شاملة لكل ما قصرت عن تناوله الحالات السـابقة، فقد تكون الدعوى المعروضة على القاضي مقامة على غير من حددته الحالات السـابقة ولكن توجد له أو لزوجه أو أحد أقاربه أو أصهاره مصلحة محققة من ورائها، كما في الدعوى التي ترفع من أحد المساهمين في شركة سـاهم فيها القاضي أو أحد أولئك ممن لم تذكرهم الحالات السـابقة ويكون من شـأن موضوع الدعوى ان يحقق له أولهم مصلحة وان كانت غير ظاهرة[2].

٥- إذا كان القاضي قد افتى أو ترافع عن أحد الطرفين في الدعوى أو كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكما أو كان قد أدى شهادة فيها.

وعلـة عدم الصلاحية فـي هذه الحالـة، ان الإفتاء والترافع فـي الدعوى فيها عـن أحد الخصوم يدل على الميل إلى جانـب الخصم الذي حصل الإفتاء أو المرافعة لمصلحته، فضلاً عن ان رأي القاضي يكون فيه معنى إظهاراً لرأيه، مما يتنافى مع ما يجب ان يكون عليه القاضي من الحرية في تكوين رأيه استناداً لما يقدمه الخصوم من أدلة، كما ان منع القاضي من نظر الدعوى التي أدلى فيها بشهادة ينسجم مع المبدأ الذي

١- راجع الفقرة الثالثة من المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المصري.

٢- الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات ١٩٥٧، ص ١٥٠.

يقضي بعدم جواز القاضي بناء على معلوماته الشخصية، أما عدم صلاحية القاضي للفصل في الدعوى التي سبق له نظرها بوصفه قاضياً أو خبيراً أو محكماً يرجع إلى الخشية من يلتزم القاضي رأيه مما لا يستطيع التخلص منه فيتأثر بذلك قضاؤه[١].

وإذا نظر القاضي الدعوى في الحالات الخمس المذكورة واتخذ أيه إجراءات فيه أو أصدر حكمه فيها، فإن الحكم يفسخ إذا كان صادراً من محكمة الاستئناف أو ينقض إذا كان صادراً من محكمة التمييز وتبطل الإجراء المتخذة فيها[٢] ذلك ان القاضي يصبح بقوة القانون غير صالح للقضاء في هذه الحالات.

ثانياً: الحالات الجوازية لعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى

في هذه الحالات يتنحى القاضي من تلقاء نفسه عن نظر الدعوى بصرف النظر عن طلب الخصوم، إذ ان هذه الحالات جوازية للقضاة، لأنها تتعلق بشخصهم ولا مصلحة للخصوم فيها وذلك لتمكين القاضي من التخلص من الحرج عند الفصل فيها، وقد أجازت المادة (٩٤) من قانون المرافعات، للقاضي إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب ان يعرض أمر تنحيه على رئيس المحكمة للنظر في إقراره على التنحي وأوضحت الأسباب الموجبة لها القانون، ان الغرض من تنحي القاضي هو للزيادة في الحيطة ورفع الحرج عن القضاة، فقد نص القانون على هذا النظام ولو لم يتوفر في حق القاضي سبب يجعله غير صالح لنظر الدعوى أو مردوداً عن نظرها، ومن الطبيعي ان يعرض أمر التنحي على رئيس محكمة التمييز إذا استشعر الحرج أحد قضاة التمييز.

ومن الأسباب التي قد تجعل القاضي يشعر بالحرج من نظر الدعوى ان يكون أحد الخصوم زميل دراسة قديم له أو جار سابق أو ان يكون قد أبدى رأياً علمياً في مؤلف أو بحث قانوني يخدم أحد طرفي الدعوى.

وقد علق المشرع رغبة القاضي في التنحي على إقرار رئيس المحكمة، فإذا لم يأذن له بذلك فعليه ان يستمر في نظر الدعوى، لأن القرار الصادر بتنحية القاضي هو قرار إداري وليس حكماً يخبر به الخصوم، لذلك لا يجوز الطعن فيه[٣].

١- د. احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٨٢.

٢- الفقرة الثالثة من المادة (٩٢) من قانون المرافعات.

٣- د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، ص ١٥١، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ١٢٢، استاذنا الدكتور آدم النداوي، المرجع السابق، ص ٤٨.

المطلب الثاني
رد القاضي

يجيز المشرع للخصوم ان يطلبوا رد القاضي عن نظر الدعوى في حالات معينة وهذا النظام وان كان مقصوداً به ضمان سلامة القضاء ونزاهته، شأنه في ذلك شأن نظام عدم صلاحية القضاة لنظر الدعوى، الا ان نظام رد القاضي متروك لتقدير الأشخاص الذين يطلبون أعماله حسب مصلحتهم، خلافاً لأسباب عدم الصلاحية، إذ على القاضي ان يتنحى من تلقاء نفسه ولو اتفق الخصوم على غير ذلك، فأسباب رد القاضي أمر وسط بين عدم صلاحية القاضي الوجوبية والجوازية، فلا يتحقق رد القاضي الا إذا طلبه الخصوم وتحققت اسبابه، عند ذلك يجب تنحية القاضي، اما إذا لم يطلبه أحد منهم بالرغم من قيامه ولم يتنح القاضي من تلقاء نفسه، فلا شائبة على قضائه من هذه الناحية[1].

وأجازت المادة (٩٣) من قانون المرافعات رد القاضي إذا توفر أحد الأسباب الآتية:

١- إذا كان أحد الطرفين مستخدماً عند القاضي أو كان قد اعتاد مؤاكلته أو مساكنة أو قد تلقى منه هدية قبل إقامة الدعوى أو بعدها.

ويقصد بالمستخدم كل من تربطه بالقاضي رابطة تبعية حتى ولو لم تكن هناك علاقة تعاقدية بينهما، كالوكيل والكاتب والسكرتير والعامل والخادم، والمقصود بالاعتياد على المؤاكلة، قبول الدعوة إلى الطعام وتكراره، واعتياد المساكنة، يقصد به السكن المشترك لبعض الوقت وحكمة الرد في هذه الحالات، ان الاعتياد على المؤاكلة أو المساكنة وقبول الهدايا، دليل على الود والصداقة[2].

٢- إذا كان بين القاضي وبين أحد الطرفين عداوة أو صداقة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

أو رد المشروع هذا السبب العام لكي يشمل كل الصور التي يثور فيها الشك حول قدرة القاضي على الحكم بغير ميل أو تحيز إلى أحد طرفي الخصومة، واستناداً

١- د.رمزي سيف، المرجع السابق، ص ٧٧، د. احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٥٠.

٢- رقم القرار ١١٩٦ في ١٩٧٥/٨/٢٥ الأحكام العدلية، ص ١٥١.

لذلك يجوز رد القاضي لعداوة بشخصية ولو لم تنشأ عنها دعوى، اما إذا رفعت بصددها دعوى بالفعل فيطبق عليها عندئذ أسباب عدم الصلاحية، ويجب ان تكون الصداقة والعداوة شخصية، إذ لا يكفي اتفاق القاضي أو اختلافه مع الخصم في آراءه السياسية ان يكون سبباً لرد القاضي.

٣- إذا كان القاضي قد أبدى رأياً قبل الأوان.

وأوردت محكمة التمييز العراقية تطبيقاً لهذه الحالة، فجاء في قرارها بأنها (وجدت ان طلب رد القاضي مؤسس على أحكام المادة ٣/٩٣ كمرافعات بحجة ان القاضي كان قد أبدى رأياً في الدعوى قبل الأوان عندما علم بنقض الحكم الصادر في الدعوى المشار اليها بقوله ان سيصر على حكمه، فكان على وكيل المدعي عليها والحالة هذه ان يطلب رد القاضي قبل النظر في الدعوى بعد النقض، لا ان يستمر في الحضور فيها حتى ختام المرافعة، إذ لا يحق بعد ذلك وبعد فتح المرافعة ان يطلب رد القاضي الا إذا استجدت أسباب جديدة وذلك عملاً بأحكام المادة (٩٥) من قانون المرافعات وعليه قرر رد الطلب).

والأسباب التي ذكرتها المادة (٩٣) من قانون المرافعات وردت على سبيل الحصر ولذلك لا يجوز القياس عليه، ويستلزم إجراء طلب رد القاضي ان يكون بعريضة تقدم إلى القاضي الذي ينظر الدعوى وجاء في قرار لمحكمة[1] التمييز العراقية: (ان طلب رد القاضي يجب ان يقدم إلى القاضي نفسه لا إلى رئيس محكمة الاستئناف، فإذا كانت المحكمة التي تنظر الدعوى مؤلفة من أكثر من قاض وجب تقديم الرد إلى رئيس الهيئة).

واستلزمت المادة (٩٥) من قانون المرافعات ان تشتمل العريضة على أسباب الرد وان يرفق بها ما لدى طالب الرد من اوراق مؤيدة لطلبه، ويترتب على تقديم هذا الطلب وقف الدعوى الاصلية بقوة القانون وعدم استمرار القاضي أو الهيئة في نظر الدعوى حتى يفصل في طلب الرد.

وعلى القاضي الذي طلب رده ان يجيب كتابة على وقائع الرد وأسبابه خلال الثلاثة الأيام التالية لتقديم طلب الرد وترسل الأوراق إلى محكمة التمييز للبت فيه

١- القرار ٦١١ في ١٩٨١/٥/٣٠ الأحكام العدلية العدد الثاني، ص ٨١.

بصورة مستعجلة وإذا قررت محكمة التمييز رد القاضي تعين قاضياً بدلاً عنه، اما إذا قررت رد الطلب فيستأنف القاضي أو الهيئة النظر في الدعوى[١]، وتقرر تغريم طالب الرد.

وإذا صدر الحكم بقبول طلب الرد فلا يجوز للقاضي ان يطعن فيه بالاستئناف، لأنه ليس طرفاً في خصومه موجهة إليه، فضلاً عن ذلك ، لا يتفق مع كرامة القاضي ان يصر على نظر دعوى معينة حتى ولو كانت الوقائع المنسوبة إليه غير صحيحة ولهذا لا يجوز الحكم على القاضي بالمصاريف إذا ما قضي بقبول طلب الرد[٢].

المطلب الثالث

الشكوى من القضاة
(المسؤولية المدنية الناجمة عن أعمال القضاة)

تحتل وظيفة القضاء مكاناً مهماً في النظام القانوني في مختلف التشريعات وذلك لسمو هذه الوظيفة ولعظم المهام الجسيمة الملقاة على عاتق القضاة، وقد منحتهم هذه التشريعات الحصانات اللازمة من أجل ضمان الدقة والإتقان في العمل القضائي والحرص على عدالتهم ونزاهتهم وحيدتهم، غير أنه مهما تكن الثقة بقوة خلق القاضي ونزاهته فان هناك ظروف وملابسات يحتمل تأثيرها على هذه النزاهة، فالقاضي بوصفه بشراً لهو عواطفه وصلاته الاجتماعية قد يكون عرضة للزلل فيرتكب خطأ خلال ممارسته لوظيفته فيصيب الغير بضرر، فهل يجوز مساءلته طبقاً للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية المدنية والتي تقضي ان كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض[٣]. أم ان الدولة مسؤولة عن تعويض الأفراد

١- الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٠) من قانون المرافعات المدنية.

٢- د. احمد ابو الوفا، المرجع السابق، ص ٩١. وانظر عكس هذا الرأي الدكتورة امينة النمر، إذ تشير إلى ان القاضي المطلوب رده بالرغم من عدم النص على حقه في استئناف الحكم الصادر في طلب الرد، فان له هذا الحق وفقاً للقواعد العامة، لأن طلب الرد وإن كان مسألة عامة، عارضة على الدعوى الأصلية، الا ان له كياناً مستقلاً عنها يقتضي تقديرها تقديراً مستقلاً، وكما كان هذا الطلب غير مقدر القيمة، فان الحكم الصادر فيه يكون قابلاً للاستئناف في جميع الأحوال، راجع كتابها، قوانين المرافعات، المرجع السابق، ص ١٥٠.

٣- المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي النافذ.

عـن الضرر الذي لحق بهم، بحجة ان القضاء يعد من وظيفة الدولة الأساسـية وهي التي تتولى فض المنازعات بين الأفراد عن طريق تطبيق القانون.

وعليه لو طبقنا القواعد العامة في المسـؤولية المدنية، لتعرض القاضي للعديد من دعاوى المتقاضيين الذين قد يتصورون، ان القاضي قد أخطأ أو أهمل في واجبه، طالمـا أنـه لم يصدر حكماً لصالحهـم، لأنه من النادر ان يقتنـع المحكوم عليه بحكم القاضـي ويسـلم بأنه لم يكن على حـق، ولحماية القاضي من كيـد الخصوم الذي قد يشـغل وقـت القاضي في الدفاع عن نفسـه بـدلاً من أداء عمله، قدرت التشـريعات المختلفة، وضع القواعد القانونية المنظمة لكيفية المسـاءلة عن الخطأ القضائي وذلك خلافـاً للقاعدة العامة التي تحكم المسـؤولية المدنية للأفراد وسـائر موظفي الدولة، وأطلق الفقه على هذه القواعد القانونية اصطلاح (نظام مخاصمة القضاة) أو حسـب تعبير المشـرع العراقي (الشـكوى من القضاة) وتتميز هذه الدعوى بكيان مسـتقل، يختلف عن سائر دعاوى المسؤولية المدنية.

وسنتناول دراسة الشكوى من القضاة في الفروع الأربعة الآتية:

الفرع الأول: الأصل التاريخي للمسؤولية المدنية الناجمة عن أعمال القضاة.

الفرع الثاني: ماهية دعوى المسؤولية المدنية للقضاة وطبيعتها القانونية.

الفرع الثالث: أسباب دعوى المسؤولية المدنية للقضاة.

الفرع الرابع: إجراءات دعوى المسؤولية المدنية للقضاة.

الفرع الأول

الأصل التاريخي لدعوى المسؤولية المدنية للقضاة

ان النظـام القضائـي في المجتمعـات القديمة، لا يزال يعد مـن الأمور الغير واضحـة المعالم بصورة عامة، غير أن شـريعة حمورابي، أعطت صورة واضحة لهذا النظام لا سيما المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة.

وتطـورت المسـؤولية في القانون الروماني الذي عد المسـؤولية الناجمة عن أعمال القضاة من الالتزامات الناشئة عن شبه الجرائم.

أما الأصل في الفقه الإسلامي فإنه يرى بعدم مساءلة القاضي عن خطئه بصورة عامة.

وبالنظر لسمو منصب القاضي وأهمية هذه الولاية، ولأجل حفظ كرامة القضاء، فقد أحاط الفقه الإسلامي هذا المنصب بضمانات لا تجعله يتساوى مع غيره من الأفراد في ضمان الخطأ الصادر عنه، ولذلك يرى غالبية[1] الفقه الإسلامي عدم مسؤولية القاضي في الأحكام والأوامر التي تصدر منه أثناء عمله القضائي، فلا يؤاخذ بالضمان، لأنه بالقضاء لا يعمل لنفسه بل لغيره، وقد جاء في قواعد الأحكام[2]، ان (الإمام والقاضي إذا أتلفا شيئاً من النفوس والأموال في تصرفهما للمصالح، فأنه يجب على بيت المال)، فالقاضي يقوم مقام الإمام وكل واحد منهم لا يلحقه الضمان وذلك لكي لا يمتنع الناس عن قبول هذه الأمانة وتضيع حقوق الناس، فضلاً عن ذلك ان القاضي بوصفه يقوم بواجب، فان هذا الواجب لا يجتمع مع الضمان، لأنه يعد في حكم المجتهد، فإذا ما اجهد وكان خطؤه مألوفاً، فلا يسأل عنه وبهذا الصدد يشير الفقيه بن فرحون انه (ولا شيء على القاضي، لأن خطأ السلطان في الأمر على الاجتهاد هدر)[3]، وقد روي عن الرسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ) انه قال: ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فجتهد ثم أخطأ فله أجر واحد))[4]، فضلاً عن ذلك ان المصلحة العامة، اقتضت عدم تضمين القضاة ما أخطأوا فيه.

ويذهب جانب آخر من الفقه[5] الإسلامي إلى ضرورة ضمان الخطأ الذي يصدر عن القاضي، إذ يجب على القاضي الضمان سواء في العمد أو الخطأ، فإذا

١- شهاب ادين العراقي، كتاب الفروق، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة ١٣٤٥هـ، ج٢، ص ٢٠٨، فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى ١٣١٣هـ، ج٣، ص ٢١١، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ص ١٦، ابن ابي الدم الحموي الشافعي، كتاب أدب القضاء، تحقيق: د. محمد الزحيلي، جامعة دمشق، ص ٢ وما بعدها.

٢- عز الدين بن عبد السلام السمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، طبع القاهرة ١٩٦٨، ج١، الطبعة الثانية، ص ١٩٥.

٣- ابن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، ج١، ص ١٦٠.

٤- صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية القاهرة، ط١، ج ١٢، ص ١٣.

٥- كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، طبع مصر ١٣١٦هـ، ج٤، ص ٢١٥، الزيلعي، المرجع السابق، ص ٢٢٥، الكاساني، المرجع السابق، ص ٨٧.

بني حكمه على شهادة بدون أن يسأل عن الشهود لتزكيتهم ثم ظهر كفرهم أو فسقهم، فإن عدم سؤاله هذا عن الشهود يعد خطأ واضحاً ينسب إليه ويجب على القاضي ان يضمن ذلك، وقد روي عن الإمام علي عليه السلام[١]: (ان ما أخطأت به القضاة من دم أو قطع فهو على بيت المال المسلمين، وهذا ما أخذ به الإمام الشافعي والإمام أبو حنيفة رضي الله تعالى عنهما، وأشارا إلى ان القاضي إذا رجم فأخطأ فان ديته تقع على بيت المال، فضلاً عن ذلك ان حديث الرسول (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ) بصدد ان القاضي المجتهد يؤجر، لا يعني الإعفاء الكامل، وانما يقصد به المجتهد الذي يملك الاجتهاد وليس الجاهل، ذلك ان أجره يتمثل برفع الإثم عنه فقط، لأن هذا الإثم وان كان ساقطاً عن القاضي المجتهد في الحكم إذا اتضح أنه بخلاف أجماع أهل العلم، لكن الضمان يلزم القاضي المخطئ عند الأكثر مع الاختلاف[٢].

الفرع الثاني
ماهية دعوى المسؤولية المدنية لأعمال القضاة وطبيعتها القانونية

يذهب جانب[٣] من الفقه إلى ان المسؤولية المدنية لأعمال القضاة، لا تخرج عن وصفها دعوى من الدعاوى التي نظمها القانون وترفع من جانب الخصم على القاضي، ويطالبه فيها بالتعويض عما ناله من ضرر نتيجة للحكم الذي أصدره القاضي في الحالات المحددة التي يسمح للقانون برفع الدعوى فيها.

ويمكن تعريف المسؤولية المدنية لأعمال القضاة، بأنها دعوى أباح القانون رفعها على القاضي ومطالبته فيها بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالخصوم نتيجة خطأه القضائي وذلك في إحدى الحالات التي حددها القانون وطبقاً لإجراءات

١- ابن الحجر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، طبع بيروت، ج٩، ص ١٦٥.

٢- شهاب الدين ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، طبع القاهرة، ج١٧، ص ٨٣.

٣- د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن، طبع مصر ١٩٥٧، ص ١٧٢، د.فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء في القاهرة ١٩٨٦، ص ١٦٠. د.محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، طبع دار الفكر العربي ١٩٨٣، ص ١٢٤، د. رمزي الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، طبع عين شمس ١٩٧٨، ط١، ص ١٣١.

خاصة وقد ثار الخلاف بصدد دعوى المسؤولية المدنية لأعمال القضاة، إذ ان هذه الدعوى أثارت جدلاً في الفقه، واختلفت التشريعات بصددها، فلم تأخذ بنفس الأحكام التي وصل اليها تطور نظام المسؤولية المدنية، ولم يأخذ[١] بها جانب من الفقه بحجة تعارضها مع مبدأ حجية الشيء المقضي فيه وحسن إجراءات سير التقاضي، إذ انها تؤدي إلى جعل القضاة في خصومة مستمرة مع الخصوم الذي لا يرضى غالبيتهم بالحكم الذي يصدره القاضي، ولذلك فإن الأمر يستلزم إيجاد حصانة قضائية، وإلا أدى الأمر إلى شل المسيرة الاعتيادية للوظيفة القضائية، وقد أشاروا إلى الحكمة المأثورة بأ، (القاضي لا يمكن ان يمضي نصف عمره في اصدار الأحكام والنصف الآخر في الدفاع عنها)[٢]، فضلاً عن ذلك ان دعاوى المسؤولية لا تنسجم مع القواعد العامة لنظرية الاختصاص، لأنها تسمح بتخويل القاضي الأقل درجة في الفصل في تقدير اعمال القضاة الذين هم أعلى مرتبة منه، وقد أيدت بعض القوانين هذا الاتجاه الفقهي وأنكرت مسؤولية القاضي المدنية عن اعماله، ومنها القانون الانجليزي إذ يملك القاضي في هذا القانون الذي يعتمد على السوابق القضائية، حصانة مطلقة في انجلترا عن الأعمال التي يمارسها ضمن صلاحياته القانونية[٣].
ومن التشريعات العربية التي جاءت خلوا من تنظيم المسؤولية المدنية للقضاة، قانون أصول المحاكمات الأردني لعام ١٩٨٨ وقانون المرافعات والتنفيذ في الجمهورية اليمنية رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢.

وبالرغم من اعتراضات الفقه وبعض التشريعات المنكرة لهذه الدعوى، فان غالبية التشريعات نظمت أحكام مسؤولية القضاة المدنية بوصفها نظاماً قانونياً خاصاً، منها قانون المرافعات المصري[٤] وقانون المرافعات العراقي وقانون أصول المحاكمات اللبناني والسعودي[٥]، وقد انفرد القانون الجزائري عن التشريعات

١- للمزيد من التفصيل راجع
Henry Soluset Perrot deoit judiciaries, Prive, Paris, 1961, P. 702

٢- للتوسع راجع، حاجم فلاح، مخاصمة القضاة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بغداد ١٩٨٩، ص٥٧.

٣- K. J. Kddy. The English Legal System, London 1971, P. 17.

٤- راجع المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

٥- المادة (٧٤١) من قانون أصول المحاكمات اللبناني لسنة ١٩٨٣، والمادة الرابعة من نظام القضاء السعودي الصادر في عام ١٣٩٥هـ.

العربية بأنه جعل مبدأ التعويض عن الخطأ القضائي في منزلة القاعدة الدستورية، إذ نصت المادة (٤٧) منه بأنه (يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة، يحدد القانون ظروف التعويض وكيفيته)، وانفرد قانون أصول المحاكمات اللبناني أيضاً بأن جعل مسؤولية الدول مسؤولية أصلية عن الخطأ القضائي، إذ أجاز في المادة (٧٤١) منه مقاضاة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القاضي[١].

وقد تم بحث مسؤولية القاضي المدنية في مجال الاتفاقيات الدولية، إذ أعطت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، لمواطني الدول الأعضاء فيها إلى اللجوء للمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لمقاضاة حكومات بلادهم في مجال تعويض المضرور عن الخطأ القضائي، وأكدت هذه الاتفاقية على علوية القانون الدولي في مجال حقوق الانسان على القوانين الداخلية[٢].

وقد ثار الخلاف ايضاً حول الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الناجمة عن اعمال القضاة، هل هي دعوى مسؤولية مدنية يهدف منها المشرع تعويض الخصم المتضرر من الخطأ القضائي الذي سبب الضرر، أم هي طريقة من طرق الطعن، يقصد بها بطلان الحكم الذي اصدره القاضي، أم هي دعوى تأديبية يقصد بها اتهام القاضي بالتدليس أو الغش أو الخطأ الجسيم الناجم عن أعماله القضائية، ولاشك ان لهذا الخلاف أهميته في تحديد مسؤولية القاضي المدنية، فإذا وصفنا هذه الدعوى بانها من الدعاوي التأديبية، فان محلها سيكون القوانين التي تنظم محاكمة القضاة، اما إذا كان الغرض منها بطلان الحكم الذي أصدره القاضي، فإن على الخصوم ان يلتجئوا إلى الحكم المراد بطلانه وبذلك تلحق الدعوى بطرق الطعن في الأحكام، أما إذا كان الغرض منها تعويض الضرر، فهي تعد من دعاوى المسؤولية المدنية ومكانها في قانون المرافعات وترفع على القاضي من قبل الخصم الذي أصابه الضرر من الخطأ القضائي[٣].

١- يرى الدكتور عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ط٥، بغداد ١٩٧٧، ص ٥٧٨، بانعدام علاقة التبعية بين القاضي والدولة لاستقلال السلطة القضائية استقلالاً تاماً عن السلطة التنفيذية ولا تخضع لها عند قيامها بواجب وظيفة القضاء، لأنها لا تتلقى منها الأوامر والتعليمات كما هو الحال بالنسبة للموظفين الآخرين.

٢- راجع تفصيل ذلك د.عز الدين فودة، الضمانات الدولية لحقوق الانسان، المجلة المصرية للقانون الدولين المجلد العشرون ١٩٦٤، ص ١٢٤.

٣- راجع تفصيل هذه الاراء د.رمزي سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، طبع جامعة الكويت ١٩٧٤، ص ٣٣، د. محمد العشماوي، المرجع السابق، ص ١٧٢.

ويـرى جانب آخر من الفقه، ان دعوى المسـؤولية المدنية للقضاة هي دعوى مسؤولية مدنية، لأن الغاية الأساسية منها[١] هو تعويض الضرر، لأنها تقوم مباشرة على القاضي، وقد غلب المشـرع المصري دعوى المسـؤولية المدنية وكشـفت عن ذلـك المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعـات المصري لعام ١٩٤٩ الملغي فجاء فيها (ان دعوى المخاصمة ليست من المسائل المعارضة كرد القضاة والخبراء وانما هي دعوى تعويض مستقلة ترفع من أحد الخصوم على القاضي لسبب من الأسباب التي بينها القانون). وقد أخذ القضاء المصري بهذا التكييف، فقضت محكمة[٢] الاستئناف المصريـة بأن (القواعد والإجـراءات التي أثارت الخلاف بيـن الفقه في طبيعة هذه الدعـوى لاسـيما ان الدولة تعد مسـؤولة عما يحكم به من تضمينـات على القاضي، وان كان لهـا الحـق في الرجوع عليه، فرأى البعـض فيها دعوى تعويض وفي ذات الوقـت دعوى بطلان الغرض منها الوصول إلى بطلان الحكم الذي أصدره القاضي المخاصـم، لمـا حدا بهم إلـى القول بأنها تعـد طريقاً من طرق الطعـن الغير عادية في الأحكام وضعه المشـرع بقصد حمايـة المتقاضين من القاضي الذي يخل بواجبه إخـلالاً جسـيماً، ويرى آخرون أنها مجرد دعوى مسـؤولية الغـرض منها تعويض الخصم المضرور من عمل القاضي المخاصم، ويرى فريق ثالث أنها قبيل الدعاوى التأديبيـة التي يقصـد بها دفع القاضـي بالتدليس أو الغش أو الخطأ الجسـيم. وترى المحكمة أن المشرع غلب معنى تعويض المضرور من عمل القاضي المنسوب إليه العبث في عمله".

ويـرى جانـب أخر[٣]من الفقه إن مسـؤولية القاضي المدنية تعـد طريقاً غير عادي من طرق الطعن في الأحكام وتهدف إلى إصلاح هذه الأحكام واستندوا في ذلك إلى إن الإجراءات في القانون الفرنسـي القديم لم تفرق بين دعوى المسؤولية المدنية للقاضي واستئناف الحكم، إذ إن القاضي كان ملزماً بالدفاع شخصياً عن القرار الذي يصـدره أمام المحكمة العليا، ولهذا كان الخصم الذي يرفع دعوى على الحكم المراد

١- د.فتحي والي، الوسـيط، ص ١٦٧، د.سـعدون القشطيني، شرح أحكام قانون المرافعات، بغداد ١٩٧٩، ص ١٥٨، د. آدم النداوي، المرافعات المدنية، بغداد ١٩٨٨، ص ٥١.

٢- حكم محكمة الاسـتئناف المصرية جلسـة ١٠٥٠/٥/٣١ في القضية رقم ١٠٦ سـنة ١٠ق، مجلة ادارة قضايا الحكومة السنة الثانية، العدد الثالث، ص ٢٥٩.

٣- راجع تفاصيل هذا الرأي عند الدكتور احمد ابو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الرابعة عشر- الإسكندرية ١٩٨٦ ص٦٨ وما بعدها.

إصلاحه يتخذ الإجراء الآتي: «لقد نطقت بقضاء ظالم مشوب بقدر ما تنطوي عليه نفسك من سوء». ولذلك نص المشرع الفرنسي على هذه الدعوى في الباب المتعلق بطرق الطعن غير العادية وقد أيد هذا الرأي الأستاذ (حسني[1] إدريس) في لجنة مناقشته مشروع قانون المرافعات المصري السابق وأشار إلى هذه الدعوى لا يقصد بها في الواقع إلا تقدير حالة لها أثرها في بطلان الحكم ولذلك من الأفضل أن نجعل زمام الأمر فيها بيد الخصم، يلجأ بها إلى القضاء دون انتظار رأي من له حق في توجيه الدعوى التأديبية، فهذه الدعوى وان كانت دعوى على القاضي، إلا إنها دعوى ضد مدعى عليه له حرمة خاصة، وأثرها بعيد المدى لا وزن معه للمال ومن ثم إذا صدر فيها حكم ضد القاضي، فإن نتيجته الحتمية اعتزاله القضاء، وهذا يكفي في عقابه، والخصم يكفيه إبطال الحكم الذي تأذى منه وعودة الحالة إلى ما كانت عليه قبل قيام سبب دعوى المخاصمة.

وقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد[2]. ذلك إن الغرض المباشر من دعوى مسؤولية القاضي، هو تعريض الخصم الذي أصابه ضرر من الخطأ القضائي. أما بطلان الحكم فهو نتيجة تبعية للحكم على القاضي بالتعويض وهو غرض غير مباشر، فضلاً عن ذلك إن دعوى المسؤولية، قد ترفع على القاضي بالرغم من عدم صدور أي حكم منه كما في حالة التأخر الذي تحدث عنه صدور الحكم، بوصفه منكراً للعدالة.

وذهب جانب أخر من الفقه[3] إلى إن دعوى مسؤولية القاضي، هي دعوى تأديبية، وهذا الاتجاه تعرض للانتقاد أيضاً، لأن اعتبار مسؤولية القاضي دعوى تأديبية يتعارض مع الغرض الأساسي لهذه الدعوى والتي تهدف إلى تعويض الضرر الذي أصاب الخصم، ذلك إن أهدافها متعددة تهدف إلى إصلاح المواطن المنحرف من أجل حسن سير المرفق العام.

ونعتقد أن دعوى مسؤولية القاضي، هي دعوى مسؤولية مدنية من نوع خاص، ونظام قانوني قائم بذاته، تهدف إلى التوفيق بين مبدأ حصول الخصم المتضرر على حقه في التعويض نتيجة الضرر الذي لحق به من الخطأ القضائي، وبين ضمان

١- أشار إلى هذا الرأي الدكتور محمد العشماوي- المرجع السابق ص١٧١.

٢- Soulus et parrot, Op. cit, p706.

٣- راجع تفصيل هذا الرأي الدكتور رمزي سيف- المرجع السابق ص٣٣.

كرامة القاضي وسمو وظيفته وعدم التشهير به وذلك بإحاطته بالضمانات القوية التي تمنع الدعاوى الكيدية ضده.

ونظراً للتطورات التي طرأت على المسؤولية المدنية وإقامتها على عنصر الضرر وحده، وهو ما يطلق عليه في الإصلاح القانوني بـ (المسؤولية المادية)، وهي المسؤولية التي تلزم محدث الضرر «المسؤول قانوناً» بتعويض ما يحدثه من ضرر يلحق بالغير ولو لم يقترف أي خطأ أو يصدر عنه أي نشاط مدرك، وفي حالة عدم وجود مسؤول عن هذا الضرر فإن الدولة تكون مسؤولة عن هذا التعويض. وعليه فإننا نعتقد إن ما أخذ به المشرع اللبناني في المادة (٧٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لعام ١٩٨٣ والتي تقضي بجواز مطالبة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القاضي سواء كان ممن يتولى القضاء أو التحقيق أو الإدعاء العام في جميع الحالات التي نص عليها القانون، أمر جدير بالتأييد في القانون العراقي، إذ بمقتضى هذا النص يجب أن تقام الدعوى المدنية على الدولة وليس على القاضي وإنما يبقى للقاضي أن يتدخل في الدعوى بعد ذلك، فإذا صدر الحكم على الدولة بالتعويض فإنه يكون لها في جميع الأحوال حق الرجوع به على القاضي، ولها أيضاً أن ترجع على الخصم الذي نفذ الحكم لصالحه أو الذي أبطل، بقدر التعويض الذي تحمله من جراء ذلك.

الفرع الثالث

أسباب دعوى المسؤولية المدنية للقضاة

دعوى المسؤولية المدنية للقضاة، هي دعوى مدنية ذات صفة خاصة، يرفعها أحد الخصوم على القاضي وذلك في الحالات التي أوردها القانون على سبيل الحصر، وبالتالي فليس كل خطأ يصدر من القاضي بمناسبة وظيفته ويكون سبباً لمسؤوليته المدنية، وعليه فإن القاضي لا يسأل عن التعويض مدنياً إلا في حدود هذه الحالات والتي يجب أن تؤخذ بمفهوم واسع، إذ لا تقتصر على الحالات التي أوردها قانون المرافعات، بل تشمل أيضاً أي نص تشريعي آخر على قبول هذه الدعوى، وقد نصت

بعض[١] القوانين صراحة على ذلك ولم يرد في التشريع العراقي نص يشبه هذه الأحكام، غير إن ذلك لا يمنع من الأخذ بأن الحالات قد وردت على سبيل الحصر، طالما ترد بنص قانوني، وقد حددت المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات العراقي النافذ للخصم أن يشكو القاضي أو هيئة المحكمة أو أحد قضاتها في الحالات الآتية:

أولاً: إذا وقع من القاضي غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم

عند قيامه بأداء وظيفته بدافع التحيز أو بقصد الأضرار بأحد الخصوم، ويعد من هذا القبيل بوجه خاص تغيير أقوال الخصوم أو الشهود أو إخفاء السندات أو الأوراق الصالحة للاستناد إليها في الحكم.

ويذهب اتجاه في الفقه[٢] إلى جمع الغش والتدليس في معنى واحد لأن غايتهما واحدة هي الاحتيال على قاعدة قانونية بهدف الوصول إلى أغراض غير مشروعة لولا الغش لما أمكن الوصول إليها، ومثال ذلك حسب هذا الرأي بأن الغش أو التدليس يقصد به انحراف القاضي في عمله عما يقتضيه القانون قاصداً هذا الانحراف.

ونعتقد أن الرأي الراجح هو ما يذهب إليه جانب آخر[٣] من الفقه، بأن الجمع بين الغش والتدليس لا يعد أمراً صحيحاً، ذلك إن الغش Fraude يقصد به ارتكاب الظلم عن قصد بدافع كراهية أحد الخصوم أو محاباته، كما إذا حرف القاضي عن قصد ما أدلى به أحد الخصوم أو كلف بكتابة تقرير عن قضيته ويكتبه محرفاً عن قصد هادفاً بذلك أن يخدع باقي أعضاء المحكمة. أما التدليس (dol)، فيقصد به الغش باستعمال طرق احتيالية، أي بالحيلة والخداع، فالغش أكثر من التدليس والذي يقع عندما يصدر الحكم القضائي مخالفاً للعدالة، نتيجة لخضوعه إلى عامل المحبة والبغضاء، أو المصلحة الشخصية،؟ فضلاً عن ذلك إن دعوى المسؤولية ذات طبيعة متميزة عن دعوى المسؤولية المدنية العادية. ذلك إن الخطأ الذي يستوجب التعويض له ذاتية خاصة، تتمثل في انحراف مقصود من القاضي وان هذا الخطأ المتميز له

١- الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجزائري لعام ١٩٦٦ والمادة ٣٩٤ من قانون المرافعات المصري المعدل والمادة (٢٨٩) من القانون الموريتاني.

٢- د. رمزي سيف- المرجع السابق ص٦٣، د. نبيل إسماعيل عمر- الطعن في التماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية- الإسكندرية ١٩٨٣ ص١٨٤.

٣- د. محمد العشماوي- المرجع السابق ص١٧٤، د. محمد محمود إبراهيم- المرجع السابق ص١٣٠.

صور متعددة حددها المشـرع في ثلاث صور وهي الغش والتدليس والخطأ المهني الجسيم، وإلا لم يكن هناك مسوغ للنص على هذه الصور جميعاً، وكان يكفي بالمشرع أن يستخدم صورة واحدة أو عبارة عامة للتوصل إلى الغرض المطلوب.

وقد ردت محكمة التمييز العراقية[1] دعوى على أحد القضاة وكان من الأسباب التي قدمها المدعي، إن القاضي لا يرتاح إلى وكيله لأنه سبق وان استقال من دعوى كان ينظـر فيها، وردت هذه الدعوى لأن القاضي حسـب تعبير محكمة التمييز أرفع من أن ينزل إلى هذا المستوى ويشاكس محامياً.

والصورة الأخيرة التي أوردها المشـرع العراقي، هي الخطأ المهني الجسـيم الذي يصدر من القاضي عند قيامه بأداء وظيفته بقصد الإضرار بأحد الخصوم، فهل يقصـد به الخطأ التقصيري بوصفـه ركناً من أركان المسـؤولية التقصيرية والمقيد بوصفه خطأً مهنياً وجسيماً، أم هو خطأ من نوع خاص؟.

ونعتقد أن الخطأ الذي اسـتلزمه المشرع في مسؤولية القضاة، هو نفسه الخطأ التقصيري والذي يقصد به الانحراف عن السـلوك الاعتيـادي المقبول، والخطأ في مسؤولية القاضي مقيد بالأوصاف وهي أن يكون مهنياً وجسيماً، والخطأ المهني هو الخطـأ الذي يتصل بالأصول الفنية للمهنـة والانحراف عنها على خلاف ما تفرضه هذه الأصول من واجبات، يشكل خطأ مهنياً، ومن ثم فإن الخطأ الخارجي عن وصفه مهنياً والذي يرتكبه القاضي بغير صفته هذه، يخضع للقواعد العامة في المسـؤولية، كأن يقـع الخطأ من القاضي في غير وقت الخدمة وفي مكان غير مكانها ولسـبب لا علاقة له بها. ويقصد بالخطأ الجسـيم، الخطأ الفاحش الذي يبلغ من جسـامته إنه يدل بذاتـه على نية الغش[2]. وهذا الخطأ المهني الجسيم يختلف مع أنواع الخطأ المهني الأخرى التي تحكمها قواعد المسؤولية العادية، لأنه فكرة خاصة بالمسؤولية المدنية للقضاة والتي بمقتضاها لا يجوز مخاصمة القاضي إلا عن الخطأ الذي ينطوي على

١- رقم القرار ٢٢١ في ١٩٧٤/٦/٢٢، النشرة القضائية السنة الخامسة العدد الثاني- ص٢٦٣.

٢- راجـع قرار محكمة اسـتئناف المنصورة جلسـة ١٩٧٨/٢/٢ مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثاني ١٩٧٨ ص١٠٧. وتجـدر الإشـارة إلى إن هناك فارقاً كبيراً بين الغش والخطأ المهني الجسـيم، فالغش عسير الإثبات لأنه يتميز بسوء النية، أما الخطأ المهني الجسيم. فلا يشترط فيه سوء النية ويكفي أن يثبت الخصم أن القاضي ارتكب خطأ جسيماً فالخطأ المهني الجسيم يقوم على الإهمال.

أقصى ما يمكن تصوره من الإهمال في أداء الواجب، وقد ردت محكمة التمييز[١] العراقية دعوى رفعها المدعي على قاضي تمت مخاصمته من قيامه بإفهام ختام المرافعة دون أن يقوم بتفهيم قرار الحكم الصادر ضده وأدعى بأن القاضي لم ينظم قرار الحكم وإنه ذكر لهم بأنه لا يعلم بالمبلغ الذي يحكم به.

وقد قضت محكمة استئناف طنطا[٢] المصرية بأن «القاضي المخاصم ارتكب خطأ مهنياً جسيماً عند إصداره أمر الأداء والذي بلغ من الجسامة حداً لا يعلوه خطأ ويكاد أن يصل إلى حد الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات، ويتمثل هذا الخطأ في جهلة الصارخ بالمبادئ الأساسية للقانون وإهماله البالغ الذي بلغ حد الاستهتار في تحري وفحص الوقائع والمستندات التي كانت مطروحة أمامه وهو بصدد أمري الأداء». وقد استندت المحكمة في الدعوى في أساس الخطأ المهني الجسيم على الأسباب الآتية: وهي مخالفته لقواعد الاختصاص المكاني، إذ صدر الأمران ضد شركة أجنبية والشركة ليس لها أي مواطن وكذلك لمخالفته لقواعد الاختصاص النوعي إذ صدر الأمران بمبلغ يزيد عن عشرين ألف جنيه والثاني بأكثر من ألفين وهما يدخلان في اختصاص القضاء الجزئي (محاكم البداءة)، وأخيراً صدر الأمران بناء على خبير في دعوى إثبات حالة وتقارير الخبراء ليست مخصصة لإثبات الديون.

وقد أوردت بعض التشريعات صورة أخرى لمساءلة القاضي عن خطأه القضائي وهي الغدر Cpncussion والذي يتقصد به انحراف القاضي عن العدالة عمداً لغرض الحصول على أموال ومنافع بدون وجه حق لنفسه أو لغيره، ويرى جانب من[٣] الفقه أن هذه الصورة لم يعد لها ما يسوغها، لأن الغرض كان من الحالة في السابق مواجهة ما يأمر به القاضي من رسوم يتقاضاها لنفسه من الخصوم أكثر مما يستحقها، أما في العصر الحديث القاضي يتقاضى راتبه من الدولة وليس من الخصوم ولا يحصل على أي رسم لنفسه،مما يسوغ أن اصطلاح «الغدر» تزيد

١- رقم القرار ٢٨ في ١٩٧٢/٤/١٥، النشرة القضائية العدد الثاني- السنة الثالثة ١٩٧٤ ص١٩٩.

٢- جلسة ١٩٧١/١٢/٢٧ في الدعوى رقم (٦٧) السنة القضائية الثاني، مدني، أشار إلى هذا القرار الدكتور محمد محمود إبراهيم (المرجع السابق) ص١٣٥.

٣- د. فتحي والي- الوسيط- المرجع السابق- ص٢٠٦.

مكتبة السنهوري

مـن المشـرع الحديث. ونتفق مع الدكتور محمد محمـود[١] إبراهيم بأن هذه الصورة الأخيرة. ليسـت تزايداً من المشـرع، ذلك إن صورة الغدر بوصفـه فعلاً خاطئاً من القاضـي لا يـزال تصوره موجوداً، إذ قد ينحرف القاضي في أداء عمله غدراً بطلبه منفعة مالية أو مادية له أو لغيره لا ترقى إلى درجة الرشـوة المحرمة قانوناً، وعليه فإن إيراد هذه الصورة في التشريع العراقي أمر جدير بالتأييد.

ثانياً: إذا قبل القاضي منفعة مادية لمحاباة أحد الخصوم

ويقصـد بهذا الشـرط حصول القاضـي على فائدة يترتب عليهـا انحرافه عن العدالة سـواء أكانـت الفائدة مالاً أو نقصاً في ثمن مبيع اشـتراه القاضي من الخصم أو قبـول أي هديـة، ومعيار المنفعة أو الفائدة يتمثل بـكل ربح يحصل عليه القاضي بسـبب الدعوى، ولا يشـترط أن تعطى المنفعة إلى القاضي نفسه بل يكفي أن تعطى لأحد أفراد عائلته أو أحد أصحابه، ويجب أن يترتب على قبول هذه المنفعة الأضرار بالخصم الآخر[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن تقييد المنفعة بوصفها مادية، قيد لا مسوغ له، لأن تحقق أي مصلحة للقاضي نتيجة الحكم لأحد الخصوم محاباة، يعد ظلماً مما يستلزم الأمر أن يسمح للخصوم برفع الدعوى سواء كانت المنفعة التي يحصل عليها القاضي مادية أو معنوية أو مجرد تسهيلات معينة كالوعد باستعمال نفوذ اقتصادي أو إداري، إذ إن هذه المنافع تسوغ مسؤولية القاضي المدنية بوصفه قد يكون حابى في إصدار هذا الحكم.

ثالثا: إذا امتنع القاضي عن إحقاق الحق.

ويقصد بامتناع القاضي عن إحقاق الحق، امتناعه عن الفصل في الدعوى بعد أن تهيـأت للحكم أو تأخره غير المشـروع عن إصدار الحكـم فيها، أو بامتناعه عن اتخـاذ القرار الولائي[٣] وقد نصت على هذه الحالة غالبية التشـريعات[٤]، فلا يجوز

١- د. محمد محمود إبراهيم- المرجع السابق- ص١٣١.

٢- عبد الرحمن العلام- شرح قانون المرافعات المدنية- الجزء الرابع طبع بغداد ١٩٩٠ ص٥٣٣.

٣- القضاء الولائي أو الأمر على العرائض، قرار يصدره القاضي في الأحوال التي نص عليها القانون في أمر مستعجل بناء على طلب يقدم إليه من أحد الخصوم، ويتميز عن العمل القضائي، بأنه لا يشترط في إصداره أن يتم في مواجهة الخصم الأخر. راجع المواد من ١٥٠- ١٥٢ من قانون المرافعات العراقي النافذ.

٤- الفقرة الثانية من المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات المصري والمادة (٤٨٦) من قانون أصول ◄

للقاضي أن يمتنع عن الحكم، بل يتحتم عليه أن يفصل في كل ما يعرض عليه من قضايا وإلا يعد ممتنعاً عن إحقاق الحق، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي النافذ والتي جاء فيها إنه «لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً إحقاق الحق، ويعد التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق».

واستناداً لهذا النص لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن إحقاق الحق حتى ولو كان امتناعه مستنداً إلى عدم وجود نص في القانون أو إن النص القانوني كان غير صريحاً، أو أي سبب آخر، بل يجب عليه أن يجتهد في الاهتداء إلى حكم القانون الأخرى كالعرف ومبادئ الفقه الإسلامي وقواعد العدالة، وأوردت الفقرة الثالثة، من المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات العراقي النافذ صوراً ثلاث يعد فيها القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، وتوضح هذه الصور حسب التفصيل الآتي:

١. أن يرفض القاضي بغير عذر الإجابة على عريضة قدمت له سواء كانت هذه عريضة دعوى أو استئناف أو أي أمر آخر من الأمور إذا كانت هذه العريضة مستوفية للشروط القانونية، ويجب أن يكون الرفض بسوء نية. أما إذا كان نتيجة اجتهاد خاطئ، فلا يعد ذلك امتناعاً عن إحقاق الحق.

٢. أن يؤخر عريضة الدعوى مدة من الزمن ودون مسوغ قانوني ولا يتخذ أي قرار حولها سواء بالسلب أو الإيجاب، ولا يعد تأخيراً إذا حصل بعذر مشروع كأن يكون متعلقاً بشخص القاضي، كما في حالة مرضه أو تمتعه بالإجازة، أو قد يكون عذراً قانونياً متعلقاً بالدعوى كما في الحالات التي قد تطرأ على الدعوى وتؤدي إلى وقفها مدة من الزمن، وهذه الحالات هي وقف المرافعة سواء تم بناء على اتفاق الخصوم أو موافقة القاضي[1] أو قد تنقطع المرافعة لعارض في أهلية الخصوم أو وفاته أو زوال الصفة التي كان يباشر بها الدعوى[2].

◄ المحاكمات السوري والفقرة الرابعة من المادة (٢٨٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية والإدارية الموريتاني لسنة ١٩٨٣ والمعدل في ١٩٨٥/٥/٢٨ والتي أطلقت عل هذه الحالة ب «الامتناع عن الحكم».

١- المادة (٨٣) من قانون المرافعات العراقي النافذ.

٢- المادة (٨٤) من قانون المرافعات العراقي النافذ.

٣. أن يمتنع القاضي عن رؤية دعوى مهيأة للمرافعة وإصدار القرار فيها دون عذر مقبول، كما لو ترك الدعوى وتأخر حسمها بالرغم من أنها قد استكملت كل مراحلها القانونية وأصبحت جاهزة لإصدار القرار فيها ودون أن يكون هناك عذر مقبول لعدم حسمها.

ويثبت امتناع القاضي عن إحقاق الحق باتخاذ إجراء معين وذلك بأعذار القاضي أو هيئة المحكمة بعريضة بواسطة الكاتب العدل تتضمن دعوته إلى إحقاق الحق في مدة أربع وعشرين ساعة فيما يتعلق بالعرائض وسبعة أيام في الدعوى[١] والغرض من اتخاذ إجراء التبليغ في هذه المدة، هو لتنبيه القاضي لكي يفكر في القضية، إذ ربما يعدل عن رأيه ويرجع إلى الطريق الصحيح.

الفرع الرابع
إجراءات دعوى المسؤولية المدنية للقضاة والآثار التي تترتب على الحكم فيها

تهدف دعوى المسؤولية المدنية للقضاة إلى حماية المتقاضين من انحراف القضاة، فضلاً عن حماية القضاة أنفسهم من كيد المتقاضين، لذلك اتسمت إجراءات تقديم هذه الدعوى بنظام دقيق وأحيطت بشكليات خاصة، استهدفت الحفاظ على المصلحة العامة وذلك بعدم السماح بتبسيط إجراءات رفع هذه الدعوى، لغرض حماية القضاة من الدعاوى الكيدية التي ترفع عليهم[٢]، فضلاً عن ذلك إن دعوى المسؤولية، يترتب على الحكم بجوازها آثاراً متعددة، ومن أبرز هذه الآثار تعويض الضرر الذي لحق بالمدعي وعدم صلاحية القاضي في نظر الدعوى المعروضة عليه، واستناداً لما تقدم سنتناول بحث هذا الموضوع في النقطتين الآتيتين:

أولاً: إجراءات دعوى المسؤولية المدنية للقضاة

ثانياً: أثار الحكم في دعوى المسؤولية المدنية للقضاة

١- المادة (٢٨٦) من قانون المرافعات العراقي النافذ.

٢- Solus et Perrot, Op. p. 708.

أولاً: إجراءات دعوى المسؤولية المدنية للقضاة

ترفع دعوى المسؤولية المدنية المقدمة على قضاة محاكم الدرجة الأولى، بعريضة إلى محكمة الاستئناف التابع لها القاضي المشكو منه، إلا إذا تعلقت الدعوى برئيس محكمة الاستئناف أو أحد قضاتها، فإن الدعوى تقدم إلى محكمة التمييز [١] والحكمة من اختصاص محكمة الاستئناف من نظر هذه الدعوى، لأنها تعد أعلى درجة من محاكم الدرجة الأولى كمحاكم البداءة أو الشرعية التي يحيد القاضي فيها عن واجبه القانوني إذ ليس من المقبول أن يقاضى القاضي في محكمة كان فيها قاضياً، فمن المحتمل أن يحابى من قبل زملاءه عليه وعطفهم نحوه، وتختص محكمة التمييز بالنظر في الدعاوى المقامة على مقاضاة محكمة الاستئناف أو رئيسها، لأن محكمة التميز تعد أعلى هيئة قضائية بوصفها محكمة مختصة بأن تقاضي القاضي الأقل درجة[٢].

واستلزمت التشريعات المختلفة ومنها قانون المرافعات[٣] العراقي، توافر شروط إلزامية في عريضة الدعوى وهي على النحو الآتي:

١. يجب أن تكون العريضة موقعة من قبل المدعي أو من يوكله في ذلك توكيلاً خاصاً مصدقاً من الكاتب العدل ويرى جانب من الفقه[٤] أن يشترط في هذا الوكيل أن يكون محامياً، لأن السماح برفع الدعوى من المدعي وحده. سوف يزيد من الدعاوي الكيدية والتعسفية.

٢. يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على اسم المدعي وحرفته ومحل إقامته واسم القاضي المشكو منه ولقبه والمحكمة التي ينتسب إليها وأسباب الدعوى وأدلة إثباتها.

٣. أن لا تتضمن عريضة المدعي أو طلب أعذار القاضي إلى إحقاق الحق، عبارات غير لائقة في حق القاضي المشكو منه[٥] وهذا الشرط السلبي، قصد به حفظ كرامة القضاة من الإيذاء في اعتبارهم ومكانتهم ومشاعرهم.

١- الفقرة الأولى من المادة (٢٨٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

٢- وتجدر الإشارة إلى إن بعض التشريعات، أعطت حق قبول دعوى المسؤولية المدنية للقضاة إلى جهات غير قضائية، ومن هذه القوانين قانون المرافعات الإيطالي، إذ لا ترفع الدعوى إلا بعد إذن من وزير العدل. المادة (٥٦) من قانون المرافعات الإيطالي ١٩٤٢، أشار إليه الأستاذ الدكتور احمد أبو الوفا- المرجع السابق ص٧٥.

٣- راجع المادة (٢٨٧) من قانون المرافعات النافذ والمادة (٤٩٥) من قانون المرافعات المصري والمادة (٢٨٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الموريتاني.

٤- Solus et Perrot, Op. p. 710

٥- المادة (٢٨٨) من قانون المرافعات المنية العراقي.

٤. يجب على المدعي أن يودع في صندوق المحكمة عند تقديم العريضة، تأمينات مقدراها خمسين ديناراً لاستيفاء المبلغ الذي قد يحكم به على المدعي عند ظهور بطلان دعواه، وهذه التأمينات التي نص عليها المشرع العراقي لم يعد لها ما يسوغها في ظل التغيير الذي طرأ على قيمة العملة، ولذلك يجب أن تحدد هذه التأمينات بضوابط تنسجم مع التغيير الذي لحق الأسعار ومستوى المعيشة وقيمة العملة في السنوات السابقة.

ويترتب على عدم توافر هذه الشروط بطلان عريضة الدعوى وعدم قبولها، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية، بأن المادة (٢٨٧) من قانون المرافعات قد عددت الشروط الواجب توافرها في عريضة الدعوى، ومن جملتها أن يودع المدعي في صندوق المحكمة عند تقديم الشكوى تأمينات ولا تقبل العريضة إذا لم تتوافر فيها تلك الشروط[١].

وتمر دعوى المسؤولية المدنية للقضاة بمرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة النظر في جواز قبول الدعوى

عندما تستكمل الشروط التي نصت عليها المادة (٢٨٧) من قانون المرافعات لإقامة دعوى المسؤولية للقضاة، فإن على المحكمة أن تنظر في قبول هذه الدعوى، وأن تقوم بتبليغ القاضي المشكو منه بعريضة الدعوى، وعليه أن يجيب عليها كتابة خلال ثمانية أيام ولا تنظر المحكمة في الدعوى إلا بعد وصول جواب القاضي وانقضاء المدة المعينة للجواب، وتدقق المحكمة الأوراق المقدمة من ناحية أوجه المخاصمة بالدعوى ومدى جواز قبولها[٢] فإذا قررت جواز قبول الدعوى، حددت يوماً لنظرها وتبلغ الخصوم بذلك، ويترتب على رفع الدعوى منع القاضي المشكو منه أن ينظر دعوى المدعي أو أية دعوى أخرى تتعلق به أو بأقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة ولحين البت في الدعوى[٣] وذلك لكي لا يصبح القاضي خصماً للمدعي وحكماً، غير إن هذا المنع لا يستمر إلى مالا نهاية، إذ ينتهي حين نظر الدعوى والبت فيها.

١- القرار الصادر في ١٩٨١/٥/٣٠ مجلة القضاء العدد الثاني والرابع ١٩٨١ ص٥١٨.

٢- المادة (٢٩٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

٣- المادة (٢٨٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

المرحلة الثانية: مرحلة النظر في الدعوى

تبدأ هذه المرحلة بعد الحكم بجواز نظر دعوى مسؤولية القاضي المدنية في المرحلة الأولى، وتفصل في موضوع الدعوى محكمة الاستئناف إذا كان القاضي المشكو منه قاضياً بمحاكم الدرجة الأولى وتختص محكمة التمييز في النظر في الدعوى المقامة على قضاة محكمة الاستئناف ورئيسها. وذلك حسب التفصيل الذي بيناه في إجراءات الدعوى.

ثانياً: آثار الحكم في دعوى المسؤولية المدنية للقضاة

يترتب على الحاكم في دعوى المسؤولية، آثاراً قانونية متعددة، منها مسؤولية المدعي إذا قررت المحكمة عدم قبول الدعوى ومنها ما يتعلق بتعويض الضرر الذي يلحق بالمدعي إذا أثبت صحة هذه الدعوى، وكذلك يثور التساؤل عن مصير الحكم في الدعوى الأصلية، هل يكتسب حجية الشيء المقضي فيه بوصفه قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، أم إن هذه الدعوى ستؤثر عليه، فضلاً عن ذلك إن القاضي يتعرض إلى الدعوى التأديبية وسنتناول دراسة هذه الأمور في النقاط الأربعة الآتية:

١. مسؤولية المدعي في حالة الحكم بعدم صحة الدعوى

ينظر المشرع لدعوى المسؤولية المدنية عن الأخطاء القضائية، باهتمام خاص فإذا عجز المدعي عن إثبات صحة دعواه وقررت المحكمة عدم قبول هذه الدعوى، فإن القانون يرتب المسؤولية ضد الخصم رافع الدعوى ويفرض عليه الغرامة، فضلاً عن تعويض القاضي المشكو منه عن الضرر الذي لحق به[١] سواء كان من رفع الدعوى حسن النية أو سيئاً، وتعد الغرامة من الأساليب القانونية التي تهدف إلى حماية القضاة من الدعاوى الكيدية الكاذبة، وهي أيضاً تكون بمثابة ردع للخصوم بأن لا يرفعوا هذه الدعوى إلا عند توفر الأسباب والأدلة التي تكفي لإثبات صحة إدعاءاتهم، ويجب على المحكمة أن تحكم بالغرامة من تلقاء نفسها، لأن الحكم فيها يعد من النظام العام[٢]، وهذه الغرامة لا تخل بالتضمينات والتعويض الذي يستحقه القاضي نتيجة الضرر الذي لحق به من جراء الدعاوى الكيدية وذلك طبقاً للقواعد

١- المادة (٢٩١) من قانون المرافعات المدنية النافذ.

٢- القرار رقم ٢٨ في ١٩٧٢/٤/١٥ أشار إليه الأستاذ عبد الرحمن- العلام- المرجع السابق، ص٥٤٧.

العامة في المسؤولية التقصيرية، وقد أكد المشرع على هذا التعويض في الفقرة الأولى من المادة (٢٩١) من قانون المرافعات، وذلك زيادة في توفير الاطمئنان للقضاة وحفظ هيبتهم وكرامتهم.

٢. تعويض المدعي عن الضرر الذي لحق به في حالة صحة الدعوى

إذا أثبت المدعي صحة الدعوى التي رفعها على القاضي وأثبت خطأه وميله عن العدل وإصابته بالضرر الذي لحق به من جراء هذا الخطأ والغدر، فإن المحكمة تحكم بإلزام القاضي الذي أخطأ بتعويض الضرر الذي لحق المدعي، وقد ألزمت بعض[1] التشريعات الدولة بأن تكون مسؤولة مدنياً عن أداء التعويض عن مسلك القاضي المعيب مع حقها في الرجوع عليه باسترداد ذلك بالطرق التي حددها القانون، ومبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة أصبح أمراً مسلماً به في التشريعات الحديثة وذلك بسبب التطور الهائل الذي أصاب المسؤولية المدنية التي تقوم على أساس عنصر الخطأ، وعليه فإن إيراد نص في التشريع العراقي ينص صراحة على مسؤولية الدولة عن أداء التعويض للمحكوم به على القضاة عن أخطائهم القضائية، أمر جدير بالتأييد وينسجم مع هذا التطور الذي تعرضت له المسؤولية في العصر الحديث.

٣. مصير الحكم في الدعوى الأصلية

يثور التساؤل عن مصير الحكم في الدعوى الأصلية بعد إثبات المدعي لصحة دعواه، ذلك إن الأحكام تكتسب حجية الشيء المقضي فيه والتي تعد من القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز قبول دليل ينقض من هذه الحجية[2].

وقد اختلفت التشريعات في الإجابة على هذا التساؤل، فأجاز البعض منها[3] للمحكمة أن تنظر في موضوع دعوى مسؤولية القاضي المدنية عن أخطائه وتحكم في الدعوى الأصلية إذا رأت أنها صالحة للحكم بشرط عدم المساس بحقوق الخصوم الآخرين وأوجبت على المحكمة استدعاء الخصم الذي صدر الحكم لمصلحته وذلك بسماع أقواله وقبل أن تقضي ببطلانه وذلك حتى لا يؤدي ذلك إلى الأخذ بحكم في

١- راجع المادة (٧٥٩) من قانون أصول المحاكمات اللبناني والمادة (٢٨٢) من القانون الموريتاني.

٢- المادة (١٠٥) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٣- المادة (٤٤٩) من قانون المرافعات المصري والمادة (٤٩٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم ٨٤ لعام ١٩٥٣ والفصل (٢٠٠) من مجلة المرافعات المدنية والتجارة التونسي رقم ١٣٠ لسنة ١٩٥٩.

خصومة لم يكن طرفاً فيها ودون أن تتاح له فرصة الدفاع عن مصلحته، فالحكم بقبول الدعـوى لا يؤثر على صحة الحكـم إلا بمراجعة طرق الطعن، أما قانون المرافعات العراقـي النافذ، فقد جاء خلـواً من أي نص يقضي بذلك، فقد نصت الفقرة الثالث من المادة (٢٩١) منه على إنه «إذا أثبت المشـتكي صحة شـكواه قضت المحكمة بإلزام المشـكو منه بتعويض الضرر الذي حل بالمشـتكي» وعليه فإن الواجب يستلزم من المشرع العراقي أن يأخذ بالحكم الذي أوردته التشريعات التي أشرنا إليها، وذلك بأن يعطي للمحكمة التي تنظر في مسؤولية القاضي المدنية، صلاحية الحكم في الدعوى الأصلية إذا كانت جاهزة للحكم لاسيما وان الحكم بصحة هذه الدعوى يستتبع بذاته بطلان حكم القاضي ودون حاجة إلى رفع طعن فيه بإعادة المحاكمة، ذلك إن الأحكام التي تصدر من القاضي ليست مقدسة، فالقضاة بشر واحتمال وقوعهم في الخطأ أمر وارد عند إصدارهم للأحكام القضائية.

وعليـه فإن إيراد حكم في التشـريع العراقي يترتب عليـه بطلان الحكم الذي يثبت فيه إنه قد صدر بعد ثبوت الخطأ القضائي، يكون أكثر انسـجاماً مع الواقع ولا يؤثر ذلك في عدم اسـتقرار الأحكام القضائية وعـدم احترامها، طالما تكون قد تمت بواسطة السلطة القضائية المختصة.

٤. الدعوى الانضباطية أو التأديبية

إن الأثر الأخير الذي يترتب على دعوى مسؤولية القضاة المدنية، هو الدعوى الانضباطية أو التأديبية بوصفها أداة تأديب وردع وزجر للقاضي ولغيره الذي ينحرف ويميـل عن العدالة، ويلحق دون وجه حق الأضـرار بالخصوم، فترفع ضد القاضي دعوى مستقلة بناء على ثبوت ما نسـب إليه من تقصير، فقد ألزم المشرع المحكمة التـي تفصل في الأمر بأن تبلـغ وزارة العدل بصحة هذه الدعوى لاتخاذ الإجراءات القانونيـة بحق هذا القاضي[1] وتقام الدعـوى الانضباطية من قبل وزير العدل وذلك بإحالة القاضي إلى لجنة شـؤون القضاة في الوزارة، والعقوبات الانضباطية التي قد يتعرض لها القاضي، هي الإنذار وتأخير الترفيع والعلاوة أو كليهما أو إنهاء الخدمة، وإذا وجـدت اللجنة إن الفصل يشـكل جناية أو جنحة فإنها تقـرر إحالة القاضي إلى المحكمة المختصة[2].

١- الفقرة الثالثة من المادة (٢٩١) من قانون المرافعات العراقي.

٢- المواد من (٦٠- ٦١) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة١٩٧٩.

الفصل الثالث

نظرية الاختصاص القضائي

الاختصاص لغة التفضيل والانفراد[١]، وفي الاصطلاح القانوني هو الولاية أو السلطة أو الصلاحية التي منحها المشرع للقضاء للفصل في المنازعات بين الأفراد، أو هو نصيب المحاكم من القضايا التي يجوز الفصل فيها[٢]، وقد عرفته المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ الملغى بأنه «أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون»، ويطلق اصطلاح الاختصاص في مصر على سلطة المحاكم على اختلاف درجاتها، أما قانون المرافعات العراقي النافذ فقد فرق بين الاختصاص وبين الصلاحية، فقد خص الصلاحية بالاختصاص المكاني واستعمل مطلق الاختصاص بمعناه العام فيما عدا ذلك[٣].

وقواعد الاختصاص، هي تلك القواعد الإجرائية القانونية التي تحدد المنازعات التي تدخل في ولاية كل محكمة، وفكرة الاختصاص تفرض أساسا تعدد المحاكم داخل الدولة الوحدة، ذلك إن تبسيط إجراءات التقاضي وحسن سير العدالة، يستلزم هذا التعدد، لأنه لا يتصور أن تقوم في الدولة محكمة واحدة تفصل في جميع المنازعات، فالمشرع يوزع ولاية القضاء على المحاكم المختلفة، وعلى كل محكمة من هذه المحاكم أن تفصل في المنازعات في حدود اختصاصها الذي رسمه لها القانون، وقد تثير قواعد الاختصاص مشاكل مهمة في التطبيق العملي، فقد يرفع المدعي دعواه إلى محكمة غير مختصة بها، سواء كان قد أخطأ أو تعمد في ذلك، فهل تفصل هذه المحكمة في الدعوى أو ترفض النظر فيها، وإذا تصادف ورفعت الدعوى الواحدة إلى محكمتين رأت كل منها إنها مختصة بالنظر فيها، أو رأت عكس ذلك إن كل منها غير مختصة بها، فكيف يحل هذا التنازع الإيجابي أو السلبي على الاختصاص، فضلاً عن ذلك إن هناك مشكلة الاختصاص القضائي الدولي في

١- جاء في معجم البستان اللغوي، للشيخ عبد الله اللبناني- طبع بيروت ١٩٢٧ ص٦٨١ إن خصه معناها آثره على غيره وأفرد به وخصه ضد عم والخاص ضد العام.

٢- للتوسع راجع أستاذنا ضياء شيت خطاب- المرجع السابق ص٣٤.

٣- أما في الأردن فقد ورد مصطلح الصلاحية مرادفاً للاختصاص في قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني، للتوسع راجع د. صلاح الدين الناهي- المرجع السابق ص٧٥.

المنازعـات التي تثـور داخل إقليم الدولة بين الأشـخاص المقيمين فيها أو الأجانب، فكيف تفصل المحكمة في مثل هذا النزاع.

وسنتناول دراسة نظرية الاختصاص في المباحث الخمسة الآتية:

المبحث الأول: الاختصاص القضائي الدولي.

المبحث الثاني: الاختصاص الوظيفي أو الولائي.

المبحث الثالث: الاختصاص النوعي.

المبحث الرابع: الاختصاص المكاني.

المبحث الخامس: الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص.

المبحث الأول
الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم

الأصل إن ولاية القضاء تكون لمحاكم الدولة بكافة المنازعات التي تحدث بين الأشخاص المقيمين على إقليمها والتصرفات القانونية والوقائع المادية والأموال الموجودة على أرضها، ويكون الاختصاص الدولي لمحاكم الدولة بهذه المنازعات بالرغم من وجود عنصر أجنبي فيها، ويرجع هذا الاختصاص إلى اعتبارين، الأول: شخصي والذي يقرر خضوع مواطني الدولة في منازعاتهم لمحاكم الدولة ولو لم يكونوا مقيمين بها، والثاني: اعتباري إقليمي والذي يقضي بخضوع الأجانب المقيمين على أرض الدولة فيما يتعلق بمنازعاتهم لمحاكم الدولة الوطنية، وذلك لأن ولاية القضاء تعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة على مواطنها وإقليمها[١].

ويرد على الأصل بعدم تطبيق الاختصاص الدولي للمحاكم إذا توافر في هذه المنازعات عنصر أجنبي في أطراف المنازعة أو محلها أو موضوعها، ذلك إن التشريعات المختلفة لا تجعل الاختصاص لمحاكمها صفة مطلقة في المنازعات ذات العنصر الأجنبي وإنما تقصره على بعضها فحسب، ويعتبر فقهاء القانون الدولي الخاص عن هذا المبدأ بأن الدولة تراعي في ذلك مبدأ قوة النفاذ ومبدأ الفاعلية The Principle of effectivness.

فالاختصاص الدولي للمحاكم يقصد به نصيب أو سلطة محاكم الدولة في الفصل في المنازعات التي تحدث على إقليمها بين الأشخاص المقيمين فيها سواء كانوا مواطنين أو أجانب أو التي تتعلق بالأموال الموجودة على أرضها.

١- د. أمينة النمر- أصول المحاكمات المدنية- المرجع السابق ص٣، أستاذنا الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ- القانون الدولي الخاص- طبع دار الثقافة والنشر- عمان- الجزء الأول ١٩٩٨ ص٢٥.

وقد حددت قواعد القانون الدولي الخاص لعام ١٩٥٦، الاختصاص بأنه "السلطة أو التأثير على علاقة قانونية، تنشأ عند وجود علاقة مع خصم أو واقعة كافية لأن تجعل هذه الدعوى معقولة".

وقد جاء قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ خلواً من تنظيم الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية، خلافاً لبعض التشريعات العربية[١]. ويبدو أن المشرع العراقي قد اكتفى بنص المادتين (١٤- ١٥) من القانون المدني النافذ والمادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٣٨) لسنة ١٩٣٠، وبعض النصوص المتفرقة لقانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٨٧) لسنة ١٩٣١ الذي نظم الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية وحالات تطبيق القانون الأجنبي، غير إن هذا القانون لم ينظم الأمور المدنية والتجارية.

ونعرض بإيجاز لحالات الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية وذلك على النحو الآتي:

أولاً: اختصاص المحاكم العراقية إذا كان المدعى عليه عراقياً

تنص المادة (١٤) من القانون المدني العراقي على أن «يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج، إن هذا النص يستند إلى قاعدة إن المدعي[٢] يسعى إلى المدعى عليه ويجب أن يخاصمه في دولته لكي يتسنى تنفيذ الأحكام القضائية عليه وحتى لا تضرر مصالح المدينين: استناداً إلى إن الأصل براءة الذمة، وهذا الحق يعد تطبيقاً للمبادئ العامة في الاختصاص الدولي المتعلقة بسيادة الدولة على مواطنيها، لأن السيادة تباشر على الإقليم والأشخاص الموجودين في إقليم الدولة، ويشترط لثبوت الاختصاص للمحاكم العراقية، أن يكون المدعى عليه عراقياً وقت رفع الدعوى، فيشمل النص الشخص الطبيعي والشخص المعنوي وسواء كانت الدعوى شخصية أم عينية، كأن تكون أموال موجودة في العراق وسواء كانت المنازعة قد حدثت في العراق أم في الخارج،

١- نظم قانون المرافعات المصري الاختصاص الدولي للمحاكم في المواد (٢٨- ٣٥) وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في المواد (٢٧- ٢٩) وقانون أصول المحكمات المدنية اللبناني في المواد (٧٤- ٨٠).

٢- راجع المادة (٣٧) من قانون المرافعات المدنية.

كأن تكون ناشئة عن عقد أو فعل ضار، وإذا كانت القاعدة هي اختصاص المحاكم العراقية إذا كان المدعى عليه عراقياً سواء كانت متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية، فإنه يستثنى من أعمالها الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار موجود في الخارج، ففي هذه الحالة لا يثبت الاختصاص للمحاكم العراقية وإنما يثبت لمحاكم الدولة التي يقع فيها العقار بوصفها، إنها اقدر على الفصل في المنازعات المتعلقة به، لما يتطلبه هذا القضاء من الانتقال للمعاينة[١].

ثانياً: اختصاص المحاكم العراقية إذا كان المدعى عليه أجنبياً موجوداً في العراق

تنص الفقرة الأولى من المادة (١٥) من القانون المدني العراقي، إن الأجنبي يقاضى أمام محاكم العراق إذا وجد في العراق، وهذا الاختصاص عام يشمل كل الدعاوى التي يمكن أن ترفع على الأجنبي الموجود في العراق، وتستند هذه القاعدة إلى مبدأ إقليمية القانون الذي يعتد بالأسس الإقليمية كالموطن ومحل الإقامة في تقرير سيادة قانون الدولة على إقليمها وإسناد القضاء لمحاكمها، ويشترط لثبوت الاختصاص للمحاكم العراقية أن تكون الدعوى مرفوعة على أجنبي له موطن ولو كان وجوده عارضاً أو بصورة عابرة مادام انه موجود وقت رفع الدعوى.

والموطن كما عرفته المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي «هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة» وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن في العراق، فتقام الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو سكنه، فإن لم يكن للمدعي موطن ولا سكن في العراق فتقام الدعوى في محاكم بغداد[٢].

ويقصد بالأجنبي، الشخص غير العراقي، أي الذي لا يتمتع بالجنسية العراقية، فإذا كان المدعى عليه أجنبياً يتمتع بالجنسية العراقية ويمتلك جنسية دولة أخرى، فإن الاختصاص يكون للمحاكم العراقية.

١- تنص المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي بأن «المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقارة.

٢- المادة (٤١) من قانون المرافعات.

ثالثاً: إذا كانت الدعوى متعلقة بأموال موجودة في العراق

تنص الفقرة (ب) من المادة (١٥) من القانون المدني العراقي بأنه «إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى»، وأساس تحديد الاختصاص في هذه الحالة ليس جنسية أطراف النزاع وإنما العقار أو المنقول الموجود في العراق، فإذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو بحق عيني على عقار فتقام في محكمة وجود العقار[١]. أما الدعوى المتعلقة بمنقول فتقام في محكمة موطن المدعى عليه أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي اختاره الطرفان لإقامة الدعوى[٢].

رابعاً: إذا كان سبب نشوء الدعوى قد وقع في العراق

تنص على هذا السبب الفقرة (ج) من المادة (١٥) من القانون المدني العراقي، فالأجنبي يقاضى أمام المحاكم العراقية، إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق وكان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.

يثبت الاختصاص للمحاكم العراقية إذا كانت الدعوى متعلقة بعقد نشأ أو نفذ في العراق أو كان واجباً تنفيذه فيها، وأساس هذا الاختصاص يرجع إلى سيادة الدولة على إقليمها، وتكون العبرة بالقانون العراقي في شأن الشروط اللازمة لاعتبار إن العقد قد تم في العراق، كأن يعقد تاجر عراقي صفقة تجارية في بغداد ومع شركة أجنبية بنقل أموال عراقية مثلاً من بيروت إلى أوربا بالسفينة، فإذا ثار نزاع يتعلق بالضمان أو بالشرط الجزائي فإن القانون العراقي يكون هو الواجب التطبيق، أما إذا كان التقاضي وقع عن حادثة وقعت في العراق، كأن يسوق شخص تركي الجنسية سيارة في أحد شوراع بغداد، وبسبب اصطداماً مع سيارة أخرى لعراقي أو أجنبي، فإن المحكمة العراقية هي التي تتمتع باختصاص نظر هذه الدعوى الخاصة بالتعويض.

١- المادة (٣٦) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٣٧) من قانون المرافعات.

خامساً: الإفلاس Bankruptcy

يثبت الاختصاص للمحاكم العراقية بكل المنازعات المتعلقة بالإفلاس والتي يقع في دائرتها مركز معاملات التاجر وذلك رعاية لمصلحة الدائنين، وقد نصت المادة (٥٦٦) قانون التجارة لعام ١٩٧٠ الملغى «إن كل تاجر وقف عن دفع دينه التجاري، يعتبر في حالة إفلاس ويشهر إفلاسه بحكم يصدر بذلك، والحكم الصادر بإشهار الإفلاس ينشئ حالة الإفلاس وبدون هذا الحكم لا يترتب على الوقوف عن الدفع أي أثر ما لم ينص القانون على غير ذلك»[١].

سادساً: قضايا الأحوال الشخصية Matters of Personal Status

خص القانون المدني العراقي حالة خاصة، يجب أن تخضع للقانون العراقي وللمحاكم العراقية مطلقاً وبصرف النظر أن أي اعتبار آخر وذلك بحكم عن المادتين (١٤) و (١٩) من هذا القانون، فالقاعدة العامة إن الدعوى الشرعية تقام في محكمة إقامة المدعى عليه وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو سكن معلوم، فتقام الدعوى في المحكمة التي تقع في دائرتها موطن المدعي أو سكنه[٢].

ولم يرد في القانون العراقي نص صريح باختصاص المحاكم العراقية في حالة ما إذا وافق الطرفان على القبول باختصاص المحكمة القضائي، وكذلك لم يرد نص في قانون المرافعات بشأن الإجراءات المستعجلة.

ونعتقد إن تنظيم الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية في قانون المرافعات أمر جدير بالتأييد، إذ لابد من جمع هذه الحالات المتفرقة في موضوع واحد ضمن نظرية الاختصاص بدلاً من توزيعها في قوانين متفرقة، أو إصدار قانون دولي خاص ينظم أحكام الاختصاص القضائي الدولي.

١- لا تزال أحكام الإفلاس التي نص عليها القانون التجارة العراقي لسنة ١٩٧٠، هي النافذة لأن المادة (٣٣١) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ استثنت أحكام الإفلاس والصلح الواقي من الإلغاء وذلك لحين تنظيم أحكام الإعسار بقانون.

٢- راجع المادة (٣٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقية.

المبحث الثاني
الاختصاص الوظيفي أو الولائي للمحاكم

الاختصاص الوظيفي، هو نصيب الهيئات القضائية المختلفة في الدولة من سلطة وولاية القضاء في المنازعات والتي بواسطتها تؤمن الدولة الحماية القانونية للأفراد، ذلك إن ولاية الفصل في المنازعات، هي من وظيفة القضاء التي تسندها الدولة للهيئات القضائية، ويسمى هذا الاختصاص ب (الاختصاص المتعلق بالوظيفة)، وتنص المادة (٢٩) من قانون المرافعات العراقي أن «ولاية المحاكم المدنية تسري على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص وقد تكرر هذا المبدأ في المادة الثالثة من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ والتي جاء فيها إن «ولاية القضاء تسري على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة إلا ما استثني منها بنص خاص»[1].

ويلاحظ على الاختصاص الوظيفي للمحاكم المدنية الأمور الآتية:

١. إن اصطلاح «ولاية» القضاء يتطابق مع اصطلاح السلطة القضائية.

٢. إن منح الاختصاص وتوزيعه على الجهات القضائية المختلفة، يجب أن يكون بقانون لأنه يعد من وظيفة الدولة التي تمنحها لهذه الجهات القضائية.

٣. الأصل إن هذه الولاية أو السلطة القضائية تستند إلى القضاء الذي يمارس وظيفته عن طريق المحكمة، والتي هي اصطلاح منضبط يوفر الحماية القانونية للأفراد عن طريق ضمانات قضائية، وبالتالي فإن هناك ارتباط طبيعي بين المحكمة وبين

١- الشخص الطبيعي هو الإنسان أما الشخص المعنوي فقد حددته المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي بالدولة والإدارات والأوقاف والشركات وكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية.

ولاية القضاء، وعليه لا يجوز لغير المحكمة أن تستند إليها هذه الولاية، كأن تكون لجان أو مجالس بالرغم من تسميتها تجاوزاً باصطلاح المحكمة.

٤. الوظيفة القضائية لا تمارس من تلقاء نفسها، وإنما هي دائماً تكون بناء على دعوى من صاحب الشأن الذي تعرض حقه للخطر، وذلك خلافاً لولاية التشريع والحكم.

٥. الأصل في الاختصاص الوظيفي للمحاكم المدنية، اختصاص عام وشامل لجميع المنازعات أياً كان نوعها سواء كانت منازعات مدنية أو تجارية أو كانت غير ذلك طالما إن المشرع لم ينص على إن الاختصاص بالمنازعة لجهة قضائية أخرى، وجاء في قرار لمحكمة التمييز[1] العراقية إنها «وجدت إن الطعن التمييزي، مخالف لأحكام المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على سريان ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية، بما في ذلك الحكومة إلا ما استثني بنص خاص، وان المحكمة المميز قرارها لم تبين النص الخاص الذي يمنعها من إجراء الكشف المستعجل، عليه قرر نقض القرار المميز».

ولم يحدد المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية وقانون السلطة القضائية الاستثناءات الواردة على ولاية المحاكم المدنية للفصل بالمنازعات وإنما ترك ذلك إلى النصوص الواردة في القوانين والاتفاقيات وكان الأجدر بالمشرع العراقي تحديد هذه الاستثناءات ضماناً لحق التقاضي بوصفه حقاً دستورياً أصيلاً، وقد أوردت المادة (٦٨) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ نصاً عاماً يمنع تقييد حق التقاضي سواء من السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية وجاء في هذه المادة أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار من رقابة القضاء"[2].

ونشير إلى بعض المنازعات التي تخرج عن اختصاص ولاية المحاكم المدنية العراقية وذلك على النحو الآتي:

١- رقم القرار ٣٢٥ مستعجل في ١٩٩٠/٨/٧ أشار إليه القاضي مدحت محمود- المرجع السابق ص٤٧.

٢- وتجدر الإشارة إلى أن دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ نص في المادة (١٠٠) على أن: "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن"، وهذا النص يعد من الضمانات المهمة للتقاضي.

أولاً: أعمال السيادة:

نصت المادة العاشرة من قانون التنظيم القضائي على إنه «لا ينظر القضاء في كل ما يعتبر من أعمال السيادة» وسبب إخراج أعمال السيادة عن رقابة القضاء: يرجع إلى إن هذه الأعمال لها أهمية خاصة تستلزم جعلها بمنأى عن أية رقابة من القضاء سواء كان عادياً أم استثنائياً، وأعمال السيادة هي في الأصل قرارات إدارية[١]، وقد اختلف الفقه في تحديد الأعمال التي تعد من أعمال السيادة، ولاسيما وان غالبية التشريعات لم تورد تعريفاً لأعمال السيادة يمكن أن يطبق في كل حالة تندرج تحت هذا التعريف، وكذلك لم تورد هذه التشريعات تحديداً لما يعد من أعمال السيادة، وبالتالي عدم خضوعه لرقابة القضاء، وقد عرفت محكمة التمييز[٢] العراقية أعمال السيادة وحسبما جرى به الفقه والقضاء، إنها تلك الأعمال التي تصدر من الحكومة بوصفها سلطة حكم لا سلطة إدارة وتباشرها للمحافظة على كيان الدولة في الداخل والخارج ويغلب فيها أن تكون تدابير تتخذ في النطاق الداخلي أو الخارجي، أما لتنظيم العلاقات الحكومية بالسلطات العامة وأما لدفع الأذى والشر عن الدولة».

وعليه إذا ما عرضت على المحاكم منازعة تتصل بأعمال السيادة، فيجب على المحكمة أن تمتنع عن الفصل فيها، لأن هذه الأعمال تخرج عن سلطتها ولا تخضع لأية رقابة قضائية، فالمحكمة لا تملك النظر في دعوى بطلب إلغائها أو إيقاف تنفيذها أو تعويض الضرر الناشئ عنها.

ثانياً: الدعاوى المقامة على من يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية

هذا الموضوع أقرب إلى القانون الدولي العام منه إلى قانون المرافعات، لأنه يتصل بما يتمتع به رئيس الدولة الأجنبية والمبعوثين الدبلوماسيين وعوائلهم من ضمانات وحصانات مقررة لهم بمقتضى معاهدات أو عرف دولي، انسجاماً مع اعتبارات المجاملة الدولية وعلى أساس مبدأ المقابلة بالمثل واحتراماً لسيادة تلك الدول الأجنبية[٣].

١- د. سليمان الطماوي- القرار الإداري أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية- طبع ١٩٥٠ ص٥٦.

٢- رقم القرار ١٩٤٨ في ١٩٦٦/٥/٩، وهذا الحكم أشار إليه أستاذنا ضياء شيت خطاب- المرجع السابق ص١٣٩ وهو مقتبس من قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية- مجموعة أحكام مجلس الدولة- السنة الثانية- جلسة ١٩٥١/٦/٢٦ ص١٠٩٨.

٣- أستاذنا ضياء شيت خطاب- لمرجع السابق ص١٤٠، أستاذنا الدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ - المرجع السابق ص٢٧٨.

وقد نظم هذه الحصانة قانون امتيازات الممثلين السياسيين العراقي رقم ٤ لسنة ١٩٣٥ ونصت المادة الأولى منه «على إن الممثلين السياسيين للدول الأجنبية والأشخاص الذين هم من حاشيتهم وفق التعامل الدولي مصونون من سلطة المحاكم في الأمور المدنية والتجارية والجزائية». ونصت المادة (٣١) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ والمصادق عليها بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢ على تمتع الدبلوماسي بالحصانة القضائية باستثناء الحالات الآتية:

١. الدعاوى العينية المتعلقة بالأموال العقارية الخاصة الكائنة في إقليم الدولة المعتمد لديها ما لم تكن حيازته لها بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها في أغراض البعثة.

٢. الدعاوى المتعلقة بشؤون الإرث والتركات والتي يدخل فيها بوصفه منفذاً أو مديراً أو وريثاً أو موصى له وذلك بالأصالة عن نفسه لا بالنيابة عن الدولة المعتمدة.

٣. الدعاوى المتعلقة بأي نشاط مهني أو تجاري يمارسه في الدولة المعتمدة لديها خارج نطاق وظائفه الرسمية.

واستناداً لما تقدم، إذا رفعت دعوى على الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة القضائية، فيجب على المحكمة أن تقرر رد الدعوى لعدم اختصاصها، أما إذا تنازل عنها المشمول بها بموافقة دولته، فإن ذلك يؤدي إلى مقاضاته أمام المحاكم العراقية، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز[1] العراقية أنه (ليس لسفير الدولة الأجنبية أن يتمسك بالحصانة الدبلوماسية في الدعوى التي أقامتها عليه المدعية والتي تطالبه فيها بأجر مثل الدار الذي أشغلها لسكناه للمدة اللاحقة لحكم التخلية الذي سبق أن استحصله ضده، لأن عقود إيجار الدور تدخل في نطاق النشاط التجاري الذي يمارسه الدبلوماسي خارج مكان وظيفته الرسمية، ويعد مستثنى من الحصانة القضائية عملاً بالفقرة (١- ج) من المادة (٣١) من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية المصدقة بالقانون رقم (٢) لسنة ١٩٦٢، وقد أيدت وزارة الخارجية لمحكمة الموضوع بان عقود الإيجار والمطالبة بالأضرار الناتجة عن الاستعمال غير الاعتيادي للمأجور غير مشمولة بالحصانة الدبلوماسية، وتجدر الإشارة إلى أن التمتع بالحصانة لا

١- رقم القرار ٣٨ موسعه في ١٩٨٥/٤/٢٩ أشار إليها أستاذنا الدكتور أدم النداوي- المرجع السابق ص٨١.

يمنع المتضرر من مراجعة وزارة الخارجية العراقية، لمعاجلة الموضوع بالطرق الدبلوماسية، وهذا ما جرى عليه العمل في العديد من المنازعات ضد الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية وبين الأشخاص العراقيين، إذ عن طريق هذه الوزارة يتم إثبات إن المدعى عليه مشمول بالحصانة أو غير مشمول بها، بوصفها الجهة المختصة بتحديد الأشخاص الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية.

ثالثاً: الدعاوى الناشئة عن المنازعات التي تختص بها بعض القوانين

ومن هذه القوانين قانون الخدمة المدنية وقانون التعليم العالي وقانون الإصلاح الزراعي وقانون تنفيذ مشاريع الري وقانون ضريبة الدخل وغيرها من القوانين التي تنص على منع المحاكم من النظر ومثال ذلك:

١. الدعاوى المتعلقة بالجنسية العراقية استناداً لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي الرقم (٤١٣) في ١٩٧٥/٤/١٥.

٢. الدعاوى المتعلقة بتطبيق قانون الخدمة المدنية استناداً إلى نص المادة (٥٩) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ المعدل.

٣. الدعاوى المتعلقة بتنظيم التجارة استناداً إلى المادة (٢٦) من قانون تنظيم التجارة رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠ المعدل.

٤. الدعاوى المتعلقة بالتأمين عن حوادث السيارات استناداً إلى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (٨١٥) في ١٩٨٣/٦/٢٠ والذي منع المحاكم على اختلاف أنواعها من سماع دعاوى المطالبة بالتعويض عن الوفاة أو الإصابة البدنية وفقاً لأحكام قانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٢.

٥. الدعاوى المتعلقة بتنفيذ أحكام قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسن ١٩٧٠.

٦. الدعاوى الناجمة عن تنفيذ قانون مشاريع الري رقم (٢٨) لسنة ١٩٧١ استناداً للمادة التاسعة من هذا القانون.

ولهذا فإن المحاكم تحكم في مثل هذه الدعاوى بردها[1].

١- وتجدر الإشارة إلى أن هذه الدعاوى الناشئة عن المنازعات، يجوز للمحاكم النظر فيها استناداً إلى المادة (١٠٠) من الدستور النافذ، والتي أعطت صلاحية واسعة لولاية المحاكم على اختلاف أنواعها.

رابعاً: النظر في دستورية القوانين

إن النظر في دستورية القوانين يخرج عن اختصاص المحاكم العراقية الوظيفي، لأن وظيفة الرقابة القانونية على دستورية القوانين من واجبات ووظائف المحكمة الدستورية العليا في الأقطار التي تملك مثل هذه المحكمة، وقد أنشئت هذه المحكمة في مصر بالقانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٧٩، وهي هيئة قضائية مستقلة عن القضاء العادي وتختص في الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القضائي، وطبيعي أن اختصاص المحكمة الدستورية يقتصر على تفسير القوانين دون تفسير الدستور لأن النص لا يشمله[1].

ولم تكن هذه المحكمة موجودة في العراق، غير أن دستور ٢٠٠٥ أنشأها وأطلق عليها اسم: (المحكمة الاتحادية العليا) والتي تختص بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة وتفسير الدستور استناداً لأحكام الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٩٣) من الدستور النافذ.

١- راجع المواد من ٢٥- ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا المصري.

المبحث الثالث
الاختصاص النوعي

وهو الاختصاص المتعلق بنوع الدعوى وقيمتها، ويقصد به سلطة المحاكم بالفصل في المنازعات بحسب نوعها أو قيمتها، وهذا الاختصاص يستند إلى إن المحاكم في الأنظمة القضائية المختلفة تكون متعددة فمثلاً في العراق تختص محكمة الأحوال الشخصية بنظر الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومحكمة العمل تختص بالفصل في الدعاوى المنصوص عليها في قانون العمل،و تختص محكمة البداءة بنظر الدعاوى البدائية التي نص القانون عليها، أما محكمة التمييز فهي على رأس هذه المحاكم وتمارس الرقابة على جميع هذه المحاكم.

وهكذا فإن لكل محكمة من المحاكم سلطة أو ولاية محددة للفصل في نوع أو أكثر من الدعاوى ولا تستطيع تخطي هذه الولاية، فالاختصاص النوعي للمحاكم يشمل المنازعات التي تختص بها كل محكمة من هذه المحاكم بحسب نوع الدعاوى.

وهناك ضوابط متعددة تحكم الاختصاص النوعي للمحاكم، وهذه الضوابط هي على النحو الآتي:

١. وجوب الأخذ بمبدأ التعدد للمحاكم

لما كانت المحكمة هي أداة القضاء التي يباشر وظيفته فيها، فإن المشرع لكي يشيع مبدأ العدل بين الأفراد، فإن الأمر يستلزم منه أن يأخذ بمبدأ تعدد المحاكم، لأنه ليس من المتصور عقلاً أن تمارس هذه الولاية محكمة وحيدة في الدولة، ومن ثم أصبح مبدأ التعدد للمحاكم من المسلمات الأولية في النظام القضائي، وضرورة ملحة لكي يسود العدل فيها بين المتقاضين[١].

١- للتوسع راجع د. محمد محمود إبراهيم- المرجع السابق ص٢٥٤.

٢. ازدواج سلطات القضاء

بالرغم من أن المحاكم هي التي تتولى السلطة القضائية إلا إن هذه السلطة تكون على نوعين:

(أ) **القضاء الموضوعي:** وهو القضاء بالمعنى الحقيقي والذي يشترط فيه أن تكون الدعوى في مواجهة خصم تسمع أقواله أو يكون قد أدعى أمام القاضي ليدافع عن نفسه سواء حضر أو لم يحضر.

(ب) **القضاء الولائي:** وهو أشبه بالأمر الإداري ويصدر من القاضي استناداً لما له من الولاية العامة، وفيه يحكم القاضي أو يأمر بأمر معين بناء على طلب شخص وبدون أن يسمع الطرف الأخر أو يستدعي ذلك الطرف لسماع أقواله، وعليه فإن القضاء الولائي هو في جوهره اختصاص نوعي بالمقارنة مع القضاء الموضوعي.

٣. ضرورة الأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين

والذي يعد من المبادئ الأساسية التي يستند إليها النظام القضائي كما أوضحنا ذلك سابقاً.

وقد حدد قانون المرافعات المدنية الاختصاص النوعي والقيمي للمحاكم، كما حددت القوانين الخاصة اختصاص بعض المحاكم نوعياً، كمحاكم العمل ومحكمة القضاء الإداري[1].

وسنتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه على المطالب الثلاثة الآتية:

١- وتجدر الإشارة إلى إن الاختصاص القيمي الذي يعني تحديد اختصاص المحاكم التي تنظر الدعوى استناداً لقيمتها وليس لموضوعها، لم يعد له أهمية تؤخذ بنظر الاعتبار لاسيما بعدما ألغيت محاكم الصلح التي كانت تنظر الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة دينار وبعض الدعاوى الأخرى، وأنيط اختصاص محاكم الصلح بمحاكم البداءة، وتظهر أهمية الاختصاص القيمي في طرق الطعن بالدعاوى التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة دينار إذا كانت من دعاوى الدين أو المنقول، فإن الطعن فيها يكون بدرجة أخيرة ويخضع الحكم الصادر فيها إلى الطعن تمييزاً أمام محكمة استئناف المنطقة، أما إذا كانت قيمتها تزيد على خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار، فيكون الحكم الصادر فيها خاضعاً للطعن تمييزاً أمام محكمة التمييز وإذا كانت قيمتها تزيد على ألف دينار، فإن الحكم الصادر فيها يكون خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف ويجب إعادة النظر في قيمة المبالغ التي لا تتناسب مع الاختصاص القيمي للمحاكم لدى محكمة استئناف المنطقة بصفة أصلية وخاضعاً للطعن تمييزاً أمام محكمة التمييز.

المطلب الأول: الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الأولى.
المطلب الثاني: الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الثانية.
المطلب الثالث: الاختصاص النوعي لمحكمة التمييز.

المطلب الأول
الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الأولى

محاكم الدرجة الأولى، هي المحاكم التي يعرض عليها النزاع لأول مرة، وتشمل هذه المحاكم في العراق، محكمة البداءة ومحكمة الأحوال الشخصية ومحكمة العدل ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة المواد الشخصية. وسنتناول الاختصاص الفرعي لهذه المحاكم حسب التفصيل الآتي:

أولاً: الاختصاص النوعي لمحاكم البداءة

تشكل محكمة البداءة من قاض فرد، وقد نصت على ذلك المادة (٢١) من قانون التنظيم القضائي، إذ أوجبت تشكيل محكمة بداءة أو أكثر في مركز كل محافظة أو قضاء، ويجوز تشكيلها في النواحي ببيان يصدره وزير العدل، وتنعقد محكمة البداءة من قاض واحد للنظر في الأمور الداخلة ضمن اختصاصها، والدعاوى التي تنظرها هذه المحكمة بعضها تكون بدرجة أخيرة والبعض الأخر يكون بدرجة أولى وذلك على النحو الآتي:

أ. الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة بدرجة أخيرة

وهذه الدعاوى لا تخضع الأحكام الصادرة فيها إلى الطعن بطريق الاستئناف، وإنما يكون الطعن بالأحكام الصادر فيها بطريق التمييز أمام محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية[1]. وهذه الدعاوى كانت من اختصاص محكمة الصلح التي ألغيت بالفقرة الأولى من المادة (٦٥) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ وأنيط اختصاصها بمحاكم البداءة، ونتناول هذه الدعاوى حسب التفصيل الذي أشارت إليه المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية وهي:

١- راجع الفقرة الثانية من المادة (٣٤) من قانون المرافعات المدنية.

١. دعاوى الدين والمنقول التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة دينار، أما إذا كانت أكثر من خمسمائة أو أقل من ألف دينار فإنها لا تستأنف تمييزاً أمام محكمة استئناف المنطقة وإنما تميز لدى محكمة التمييز.

٢. دعوى إزالة الشيوع في العقار أو المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما.

٣. دعوى تخلية المأجور مهما بلغ مقدار الأجرة. وهذه الدعاوى أصبحت من اختصاص محكمة إيجار[١] العقار متى وجدت مثل هذه المحكمة في المكان الذي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها إذا كان ذلك العقار مشمولاً بأحكام إيجار العقار رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٩، أما في حالة عدم وجود محكمة إيجار العقار في ذلك المكان، فإن محاكم البداءة تكون هي المختصة بنظر دعوى تخلية ذلك العقار سواء كان ذلك العقار مشمولاً بقانون إيجار العقار أو عدم شموله به، ويكون الطعن بالأحكام الصادرة فيها بطريق التمييز أمام محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية وضمن المادة المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات وهي عشرة أيام استناداً لحكم الفقرة ثانياً من المادة (٦٥) من قانون التنظيم القضائي التي أبقت طرق الطعن التي كانت تخضع لها الأحكام الصادرة في الدعاوى المنظورة من محاكم الصلح الملغاة على ما هي عليه.

٤. دعوى الحيازة وطلب التعويض عنها إذا رفعت بالتبعية ولم تتجاوز قيمة التعويض خمسمائة دينار.

٥. دعوى الأقساط المستحقة من الديون المقسطة على أن لا يزيد مقدارها على خمسمائة دينار وكذلك المتبقي من دين إذا كان خمسمائة دينار أو أقل.

٦. الدعاوى الأخرى التي تنص القوانين على إنها من اختصاص محكمة البداءة وهي على النحو الآتي:

١. الدعاوى التابعة لرسم مقطوع أو غير مقدرة القيمة، استناداً إلى المادة (١٩) من قانون الرسوم العدلية رقم (١٤) لسنة ١٩٨١ المعدل.

١- تنص المادة (٢٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ «لوزير العدل بناء على اقتراح رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة بداءة للنظر في نوع واحد أو أكثر من الدعاوى» واستناداً لهذه المادة تم استحداث محاكم بداءة تحت اسم محكمة إيجار العقار منذ عام ١٩٨٠ وتختص بالدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون إيجار العقار وتوجد ثلاث منها الآن في محافظة بغداد.

وجـاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية إلى "إن الدعوى التي موضوعها قلع جدار هي من الدعاوى غير المقدرة القيمة ويستوفى عنها رسم مقطوع وهي من اختصاص محكمة البداءة"[١].

٢. المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق ويشمل ذلك القرارات الوقتية كما في القضاء المستعجل والحجز الاحتياطي والقضاء الولائي[٢].

٣. قضايا الحجر على المدين المفلس وهو الذي يكون دينه المستحق الأداء أكثر من ماله، إذا خاف دائنوه ضياع ماله[٣]. وذلك استناداً لأحكام الفقرة الأولى من المادة (٢٧١) من القانون المدني التي تنص بأن يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين.

٤. إصدار القسامات النظامية فيما يتعلق بحقوق الانتقال بالأراضي الأميرية طبقاً لأحكام المواد (١١٨٧- ١١٩٩) من القانون المدني.

٥. دعاوى الاستملاك استناداً لقانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١.

٦. طلب تنفيذ الأحكام الأجنبية استناداً لحكم المادة الثالثة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨.

٧. دعاوى الأحوال المدنية مثل تصحيح الاسم والعمر واللقب، وأحياناً تفصل في هذه الدعاوى محكمة الأحوال المدنية وهي محكمة بداءة ذات اختصاص معين أو تقوم بها محكمة البداءة.

٨. وتفصل محكمة البداءة في دعاوى غصب أثاث الزوجية ودعاوى النفقة إذا لم ينصرف ذلك إلى إثبات عقد الزواج وكذلك دعاوى وحجج الإعالة وأي دعوى يشير قانون ما إلى إنها من اختصاص محكمة البداءة[٤].

١- رقم القرار ١١٤ في ١٩٧٠/٢/١٠ النشرة القضائية العدد الأول ١٩٧٠ ص٩.

٢- المادة (٤١) من قانون المرافعات المدنية.

٣- المادة (٢٧٠) من القانون المدني.

٤- راجع تفاصيل ذلك أستاذنا الدكتور آدم النداوي- المرجع السابق- ص٨٨.

ب. الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة بدرجة أولى

وهي الدعاوى التي تكون قابلة للاستئناف والتمييز وقد حددتها المادة (٣٢) من قانون المرافعات بالدعاوى الآتية:

١. الدعاوى التي تزيد قيمتها على ألف دينار.

٢. دعاوى الإفلاس وما يتفرع عن التفليسة وفقاً لأحكام الإفلاس المقررة في قانون التجارة لعام ١٩٧٠.

وهكذا يتضح إن محكمة البداءة تعد ذات اختصاص نوعي في نظر كافة الدعاوى المدنية والتجارية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

ثانياً: الاختصاص النوعي لمحكمة العمل

إن محكمة العمل ذات اختصاص نوعي من نمط خاص ينحصر بالدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ والتي تجمع بين الدعاوى المدنية والجزائية والتي يكون طرفاها في القطاع الخاص والتعاوني والمختلط من جهة وأرباب العمل من جهة أخرى[١]. وقد نصت المادة (١٣٧) من قانون العمل على إن تشكل محكمة عمل أو أكثر في كل محافظة، وتنعقد من قاض يعينه وزير العدل بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف.

وحددت المادة (١٣٩) من قانون العمل اختصاص هذه المحكمة وهو الفصل في الدعاوى والقضايا والمنازعات المدنية والجزائية المنصوص عليها في قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل الصادرة في هذا الخصوص، ولحسم دعاوى العمل بأقصر وقت ممكن، فقد اعتبر القانون[٢] دعاوى العمل من الدعاوى المستعجلة، وتصدر الأحكام محكمة العمل بدرجة أخيرة قابلة للطعن بطريق التمييز أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوماً[٣]، وتطبق هذه المحكمة الأحكام التي نص قانون المرافعات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية، كل في مجاله فيما لم يرد فيه نص من قانون العمل[٤].

١- للتوسع راجع أستاذنا الدكتور آدم النداوي- المرجع السابق- ص٩٠.

٢- المادة (١٤٠) من قانون العمل.

٣- المادة (١٤٣) من قانون العمل.

٤- المادة (١٤٦) من قانون العمل.

ونصت المادة (١٤١) من قانون العمل، إنه في حالة عدم ورود نص خاص في قانون العمل، فإن محكمة العمل تكون قابلة للطعن بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي والتمييز وإعادة المحاكمة، واستناداً إلى هذا النص فإن الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي، لا يجوز الأخذ به في قضايا العمل، لأنه طريق استثنائي ولا يقاس عليه.

ثالثاً: الاختصاص النوعي لمحكمة القضاء الإداري

تتألف هذه المحكمة برئاسة قاض من الصنف الأول أو مستشار في مجلس شورى الدولة وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما عن الصنف الثاني من بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام[١].

وهذه المحكمة تعد من الأمور الجديدة في النظام القضائي العراقي، فقد أشرت ظهور محكمة جديدة إلى جانب القضاء العادي الذي كان يتولى الفصل في المنازعات الإدارية استناداً إلى الولاية العامة للمحاكم والتي تسري على جميع الشخوص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة، وبصدور محكمة القضاء الإداري استناداً للقانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، فقد أصبح الفصل في صحة الأوامر والقرارات الإدارية الصادرة عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام من اختصاص القضاء الإداري وليس من اختصاص القضاء العادي[٢].

رابعاً: الاختصاص النوعي لمحكمة الأحوال الشخصية

هي المحكمة التي تختص بالفصل في دعاوى الأحوال الشخصية للمسلمين العراقيين والمسلمين غير العراقيين إذا كان يطبق عليهم قانون الأحوال الشخصية العراقي[٣].

١- راجع الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة رقم (٥٦) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩.

٢- وتجدر الإشارة إلى أن محكمة القضاء الإداري قد ألغيت بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٨ ولم يعد لها وجود في القضاء العراقي. راجع تفصيل ذلك في: د. عصام البرزنجي - مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء العراقي. - مجلة العلوم القانونية/ جامعة بغداد - العدد الأول والثاني ١٩٩٠، ص١١٤.

٣- المادة (٢٨) من قانون التنظيم القضائي.

ويقصد بالأحوال الشخصية، مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعة أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، بوصف الإنسان ذكراً أو أنثى أو زوجاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو وصفه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو صفة مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأموال العينية[١].

وتختص محكمة الأحوال الشخصية حسب نص المادة (٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية بالدعاوى الآتية:

١. الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وفسخ وسائر الأمور الزوجية.

ويعد عقد الزواج من أهم العقود التي ينشئها الإنسان في حياته، لأنه أساس الأسرة ولا يقتصر أثره على المتعاقدين فحسب بل يتجاوزه إلى المجتمع بأسره وأهم الآثار المتعلقة بعقد الزواج دعوى المهر على اختلاف أنواعها ودعوى النفقة والنسب وسائر الأمور الزوجية كالمخالعة وفسخ العقد وبطلانه والعدة بأنواعها ونشوز الزوجة وما إلى ذلك من آثار عقد الزواج أو ما يتعلق به من الصحة والفساد والبطلان[٢].

٢. الولاية والوصاية والقيمومة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته والأذن له بالتصرفات الشرعية والقانونية، وقد أصبحت هذه الأمور من اختصاص مديرية رعاية القاصرين حالياً.

والولاية هي نيابة قانونية يقوم بموجبها شخص معين قانوناً نيابة عن فاقدي الأهلية أو ناقصها بإبرام العقود الخاصة بهم والقيام بتصرفاتهم القانونية، أما

١- جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق المرقم (١١١)هيئة موسعة في ١٩٨٢/٢/١١ مجموعة الأحكام العدلية- العدد الأول ١٩٨٢ص٤١ بما إن «المدعية مصرية الجنسية وزوجها مصري الجنسية وان المدعية أقامت الدعوى لدى محكمة الأحوال الشخصية، تطلب فيها إيقاع الطلاق الخلعي بينهما لاتفاقهما على ذلك، وحيث إن المحاكم في جمهورية مصر العربية تحكم بمقتضى أحكام الشريعة بين المسلمين وان محاكم الأحوال الشخصية في العراق تقضي بمقتضى قانون الأحوال الشخصية المسند من أحكام الشريعة الإسلامية بين المسلمين وبذلك فإن محاكم الأحوال الشخصية في العراق تختص في دعوى الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين غير العراقيين الذين تطبق عليهم الأحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية عملاً بأحكام المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٣٨) لسنة ١٩٣١ المعدل.

٢- الأستاذ عبد الرحمن العلام- شرح قانون المرافعات الدينية- الجزء الرابع- طبع بغداد ١٩٩٠ ص٥٩٢.

المـراد من الوصاية، فهي إقامة شـخص غيره لينظر فيمـا أوصى به بعد وفاته، وتشـمل كلك نصب الوصي المختار من المتوفي والقيـم المنصوب من المحكمة بشرط أن يكون الوصي أو القيم عدلاً ذا أهلية كاملة.

٣. التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك.

ويكـون الوقف ذرياً إذا اشـترط توزيع الغلة ابتداء إلـى الذرية ثم إلى الجهة الخيرية، أما إذا اشـترط ابتداء توزيع الغلة إلى جهة خيرية ثم إلى الذرية فيكون الوقف خيرياً وان الجهة المختصة بمحاسبة المتولي هي المحاكم الشرعية.

٤. الحجر ورفعه وإثبات الرشد. والحجر منع الشخص الذي نشأ فيه بسبب من أسباب الحجر من تصرفه الإرادي وأسـباب الحجر هي الصغر والجنون والعته والسفه والغفلـة، ونعني بالحجر الـذي يكون لعاهة في العقل وليـس الحجر على المدين المفلس لدين والذي نظمه القانون المدني.

٥. إثبات الوفاة وتحرير التركات وتعيين الحصص الإرثية في القسـامات الشـرعية وتوزيعهـا بيـن الورثة، وقد قيدت المادة (٧٢) من قانـون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسـنة ١٩٨٠بعدم صدور القسـام المتوفي القاصر إلا بإذن من مديرية رعاية القاصرين.

٦. المفقود وما يتعلق به.

المفقود هو الشـخص الذي تكون حالته بين الحياة والموت وقد عرفته المادة (٣٦) مـن القانـون المدني بأنه "من غاب بحيـث لا يعلم أحي هو أم ميت ويحكم بكونه مفقوداً بناء على طلب كل ذي شأن" وعرفته المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسـنة ١٩٨٠ بأنه "الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته" وعرفه قانون الخدمة والتقاعد العسـكري رقم (١) لسـنة ١٩٧٥ بالعسـكري الذي يفقـد ولا يعلم مصيره أثناء قيامه بالواجب أو بسـببه" والمفقود يختلـف عـن الغائب لأن هذا الأخير يقصد به الشـخص الذي غـادر العراق ولم يعرف له موطن فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيـل مصالحه أو مصالـح غيره، وللمفقود أحكام خاصة في الفقه الإسـلامي، أهمهـا أن تنصـب المحكمة وكيلاً عنه لحفظ أمواله وإدارة مصالحه إن لم يكن قد ترك وكيلاً.

٧. المسائل الشرعية ذات الصفة المستعجلة كالنفقة المؤقتة[١].

وتختص المحاكم الشرعية بصفة مستعجلة بالحكم في طلب النفقة الوقتية متى توافرت في الدعوى شروط الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، والاستعجال يستلزم قيام حاجة المدعي الضرورية إلى هذا المبلغ بانعدام المورد الآخر للرزق.

٨. إصدار حجج الوفاة وحجج ولادة لمعلوم الأبوين أو مجهول النسب أو المجهول أحد الأبوين وفق قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم ١١٨ لسنة ١٩٧١.

٩. مسائل تبديل الدين من غير الإسلام إلى الإسلام، أما تبديل الإسلام إلى غيره فلا يجوز، لأنه ارتداد عن الإسلام.

١٠. إصدار حجة الأذن بالزواج بزوجة أخرى ثانية أو ثالثة أو رابعة.

خامساً: الاختصاص النوعي لمحكمة المواد الشخصية

وهذا الاختصاص تقوم به محكمة البداءة[٢] وهو النظر في مواد الأحوال الشخصية العراقية من غير المسلمين وللأجانب الذين يطبق عليهم في أحوالهم الشخصية قانون مدني سواء كانوا غير مسلمين أو مسلمين كما في تركيا إذ لا يطبق في بلدهم أحكام الشريعة الإسلامية وهذه المحكمة لم يرد أسمها ضمن محاكم الدرجة الأولى في قانون التنظيم القضائي، ويطلق عليها عرفاً اسم (محكمة المواد الشخصية)، ويرجع الأصل التاريخي لهذه المحاكم للمادة (١١) من بيان المحاكم الصادر عام ١٩١٧، إذ نصت على اختصاص المحاكم المدنية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية كافة، عدا ما تختص به المحكمة الشرعية الإسلامية من المواد والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وتختص محكمة المواد الشخصية استناداً لبيان المحاكم في الدعاوى الآتية:

١. دعاوى الحالة الزوجية وما يتعلق بها من مهر وزواج وتفريق وطلاق.

٢. دعاوى الحضانة وقضايا النسب.

٣. دعاوى النفقة سواء كانت نفقة زوجية أو نفقة الأبناء أو الآباء والأقارب.

١- المادة (٣٠٢) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٣٣) من قانون المرافعات المدنية.

٤. دعاوى الميراث والوصية وتحرير التركات وإصدار القسّامات.

٥. دعاوى الوقف ونصب المتولي وعزله ومحاسبته ودعاوى الوصاية للحجر والقوامة على المجنون والمفقود وإثبات الرشد.

وقد جرى العمل في محاكم المواد الشخصية في العراق، الرجوع إلى المرجعية لكل طائفة من الطوائف المعترف بها رسمياً والوقوف منها على الحكم الشرعي الذي يحكم الواقعة المعروضة ومن ثم تطبيقه عليها إذا لم يكن مخالفاً للعدل والإنصاف، أما إذا لم يكن هناك حكم لدى مرجع الطائفة، فعند ذلك تطبق محكمة المواد الشخصية أحكام قانون الأحوال الشخصية على الواقعة المعروضة أمامها على العراقيين غير المسلمين، أما الأجانب الذين يطبق في أحوالهم الشخصية قانون مدني فتطبق محكمة المواد الشخصية أمام ذلك القانون[١].

المطلب الثاني
الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الثانية
(محكمة الاستئناف)

محاكم الدرجة الثانية هي المحاكم الاستئنافية التي يعرض عليها النزاع الثاني مرة ثانية بعد النطق في الحكم الصادر من محاكم الدرجة الأولى بالاستئناف، فمحكمة الاستئناف هي محكمة درجة ثانية دائماً أما محكمة البداءة فهي محكمة درجة أولى دائماً.

ومحكمة الاستئناف هي الهيئة القضائية العليا لمحاكم محافظة أو أكثر وتتألف من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والقضاة، وتمارس الاختصاصات المعينة لها بموجب القانون[٢].

وتمارس محكمة الاستئناف نوعين من الاختصاصات نجملها على النحو الآتي:

١- راجع المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١.

٢- المادة (١٦) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

أولاً: الاختصاص الاستئنافي بوصفها محكمة درجة ثانية

تختص محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية في نظر الأحكام التي تصدرها محكمة البداءة بدرجة أولى وذلك في الدعاوى الآتية:

١. الدعاوى التي تزيد قيمتها على ألف دينار.

٢. الأحكام الخاصة بالإفلاس.

٣. الأحكام الصادرة في تصفية الشركات[١].

وتختص محكمة الاستئناف بصفة أصلية بالنظر في الدعاوى والمسائل الأخرى التي ينص القانون على إنها من اختصاص محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية كالنظر في الدعاوى المتعلقة بالشكوى من القضاة[٢].

ومحكمة الاستئناف باختصاصها الاستئنافي وبصفتها الأصلية تعد محكمة تقاضي درجة ثانية لأنها تنظر موضوع الدعوى البدائية بوصفها محكمة موضوع وفي ضوء النقاط التي آثارها الخصم في عريضته الاستئنافية.

ثانياً: الاختصاص التمييزي لمحكمة الاستئناف

تختص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بالنظر في الطعن بطريق التمييز بالأحكام والقرارات الآتية:

١. الأحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة أخيرة في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (٣١) من قانون المرافعات المدنية والتي كانت من اختصاص محاكم الصلح الملغاة.

٢. النظر في بالقرارات الصادرة من محاكم البداءة ومحاكم إيجار العقار ومحاكم العمل المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية وهي القرارات الصادرة من القضاء المستعجل والقرارات الصادرة نتيجة التظلم من الأوامر على العرائض والقضاء الولائي والقرارات الصادرة بإبطال عريضة الدعوى أو بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستأخرة حتى يفصل في

١- راجع المادتين ٣٤ و ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٢٨٧) من قانون المرافعات المدنية.

موضوع أخر، والقرارات الصادرة برفض توحيد دعوتين مرتبطتين، أو برفض الإحالـة لعدم الاختصاص القيمي أو المكانـي أو قرار تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله.

٣. وتنظر محكمة الاستئناف كذلك في الطعون الواردة على الأحكام والقرارات التي ينص القانون على إنها من اختصاص محكمة الاستئناف ومنها:

١. الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال المدنية المتعلقة بتصحيح الاسـم والعمر واللقب[١].

٢. القرارات الصادرة من مديريات التنفيذ ومديريات رعاية القاصرين[٢].

٣. القرارات الصادرة من اللجان المختصة بنظر طلبات تثبيت الأوضاع الجديدة للوحدات العقارية السـكنية التي حصل تغيير في مواقعها وشـكلها ومساحتها والمشكلة بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٥٢٧ لسنة ١٩٨٥.

ويرجع الأسـاس في منح السلطة التمييزية لمحكمة الاستئناف لغرض تخفيف العبء عن كاهل محكمة التمييز.

المطلب الثالث

الاختصاص النوعي لمحكمة التمييز

محكمـة التمييز هـي الهيئة القضائية العليـا التي تمـارس الرقابة على جميع المحاكـم ما لم ينص القانـون على خلاف ذلك[٣]، وتتألف من رئيس وخمسـة نواب للرئيس وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين ويكون مقرها محافظة بغداد، ومحكمة التمييـز بصفتها هذه لا تعد درجة ثالثة من درجات التقاضي وإنما هي محكمة تدقيق ورقابـة، إذ ليس لها أن تجري مرافعة في الدعوى، ويطلق عليها محكمة ورق لأنها

١- المادة (٦١) من قانون الاستملاك رقم (١٢) لسنة ١٩٨١.

٢- راجع المادتين ١٢٢و ١٢٤ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠ والفقرة الأولى من المادة (٥٨) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠.

٣- تسـمى هذه المحكمة في مصر بمحكمة النقض وفي تونس محكمة التعقيب وتسـمى في الأردن المحكمة العليا.

تدقـق الأوراق المقدمـة إليها، فمن صدر ضده حكم أو قـرار من محكمة أدنى ويجد فيه نقضاً ويطلب تدقيقه أمام محكمة أعلى، فإن محكمة التمييز تقوم أما بتصديق هذا الحكـم أو نقضـه وعليه فهي لا تعد درجة من درجات التقاضي بالرغم من المشـرع أجـاز لها أن تفصل في الدعوى إذا ما وجدتهـا صالحة للفصل في النزاع وان تدعو الطرفيـن وتسـمع أقوالهمـا إن وجدت ضرورة لذلـك[١] وهذا الرأي هو السـائد في الفقه[٢].

ويثـور التسـاؤل حلو أهمية القرارات التي تصدرهـا محكمة التمييز، هل تعد هذه القرارات بمثابة تشريع بوصفها أعلى هيئة قضائية في النظام القضائي، وابتداءً إن النظـام القانوني العراقي لم يأخذ بنظام السـوابق القضائيـة المعروف في القانون الانجليزي، بل حدد قواعد التدرج القانوني في المادة الأولى من القانوني المدني وهي النص التشـريعي والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، وألزم القانون المحاكم بإتباع هذا التدرج، وقد سـار على نفس هذا النهج قانون الأحوال الشـخصية وقانون التجارة، أما قرارات المحاكم فقد جعل المشرع من أحكامها أن تكون مرشداً فـي تطبيق القانون، فهي قرارات غير واجبة الإتباع إلا في المسـائل المحكوم فيها، وبالتالي لا تعد تشـريعاً لأنها قابلة للتغيير طبقاً للظروف الجديدة، فضلاً عن ذلك إن بعضهـا يكون غير واضح ويتعلـق بالقضية الخاصة بموضـوع النزاع وان تطبيق قـرارات المحاكم يجعـل منها قواعد قانونية لها قوة التشـريع في حين إن القضاء لا يملك سلطة تشريع القوانين[٣].

وإذا كانت قرارات المحاكم لا تعد تشـريعاً، فإن المشرع ونظراً للأحكام التي تصدرها محكمة التمييز تعد أحكامها مهمة، فإن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات، قد أوردت طموحاً لم يصل إلى حد التشـريع وجاء في هذه المذكرة «إن قرار الهيئة العامـة يكون على الـدوام ملزماً وواجب الإتباع من قبل المحاكم جميعاً، لأن صدور الحكـم مـن الهيئة العامة وهـي أعلى هيئة قضائيـة في البلاد يكون عنـوان الحقيقة

١- المادة (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية.

٢- وتجدر الإشـارة إلى إن هناك رأيا في الفقه يذهب إلى إن محكمة التمييز وان كان لا يقصد بها أصلاً ان تكـون درجـة ثالثة للتقاضي، إلا إنها في نظر الخصوم على الأقل تعد درجة ثالثة من درجات التقاضي. د. احمد مسلم- المرجع السابق ص١٠٥.

٣- أستاذنا د. سعدون القشطيني- المرجع السابق ص٨٤.

وأقرب إلى السداد، فلا يقبل المساس به ولا إضعاف الثقة فيه عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته أو الإصرار على رأي آخر مهما كانت الأسباب والعلل»، فضلاً عن ذلك إن الأخذ بنظام السوابق القضائية يستلزم تغييراً جوهرياً في أساس النظام القضائي العراقي.

وتختص محكمة التمييز بالنظر في تمييز الأحكام الصادرة من المحاكم الآتية:

١. النظر في الطعون بطريق الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف بصفتها الاستئنافية.

٢. النظر في الطعون بطريق التمييز بالأحكام الصادرة من محاكم البداءة في الدعاوى التي تخرج من اختصاص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية.

٣. الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية والأحكام أو المسائل الأخرى التي ينص القانون على إنها تقبل الطعن بطريق التمييز لدى محكمة التمييز كالأحكام الصادرة من محاكم العمل[١] وقرارات نقابة المحامين وقرارات لجنة شؤون القضاة ولجنة شؤون الإدعاء العام وتقدير التعويض عن الضرر الجسمي والموت حسب قانون التأمين الإلزامي رقم ٥٤ لسنة ١٩٨٠.

٤. النظر في الطعون بالقرارات المنصوص عليها في المادة (٢١٦) من قانون المرافعات إذا كانت صادرة من محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية أو محاكم الأحوال الشخصية.

ويكون العمل في محكمة التمييز عن طريق الهيئات وهي: ١. الهيئة العامة ٢. الهيئة الموسعة ٣. الهيئة المدنية ٤. هيئة الأحوال الشخصية ٥. هيئة القضايا الإدارية ٦. هيئة قضايا العمال ٧. الهيئة الجزائية[٢].

١- المادة (١٣٨) من قانون العمل.

٢- راجع المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

المبحث الرابع
الاختصاص المكاني

يستلزم تيسير التقاضي وسرعة فض المنازعات بين الخصوم، تعدد المحاكم وانتشارها في كل جزء من إقليم الدولة، لتكون بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم أو من محل تواجد موضوع النزاع القائم بينهم، ويعبر عن هذا بالاختصاص المكاني أو المحلي والذي يقصد به توزيع سلطة أو ولاية القضاء بالمنازعات بين المحاكم المتعددة بحسب المكان أو المركز، وتعدد المحاكم بحسب الاختصاص المكاني يشمل جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وأنواعها فيما عدا محكمة التمييز التي لا يتسنى لها القيام بوظيفتها وهي توحيد القانون إلا إذا كانت محكمة منفردة تقع على رأس النظام القضائي[1].

والأصل إن الاختصاص المكاني يقوم على اعتبارات تتعلق بمصلحة المدعى عليه، لأن المشرع يفترض براءة ذمته من الدعوى وعدم مسؤوليته عنها، ولذا يجب على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في محل موطنه أو أقرب محكمة إلى موطنه، وعلى هذا الأساس فإن قواعد الاختصاص المكاني تعتمد أما على موطن المدعى عليه أو على موضوع الدعوى، فضلاً عن ذلك إن المشرع قد يعطي المدعي خيارات متعددة في إقامة الدعوى لاعتبارات إنسانية، لاسيما في دعاوى الأحوال الشخصية، ونستطيع أن نحدد قواعد الاختصاص المكاني في ضوء أحكام قانون المرافعات المدنية وعلى النحو الآتي:

١- ومع ذلك يتجه الرأي في بعض المحافظات الكبرى مثل بغداد والبصرة ونينوى إلى تجميع المحاكم في دار واحدة، وهذا الاتجاه يتنافى مع الفكرة المتقدمة للاختصاص المكاني، ولكن قد تمحو سهولة المواصلات المضايقات التي يتعرض لها المحامين والمتقاضين.

أولاً: الاختصاص المكاني في دعاوى الحقوق العينية على العقار

لقد حددت المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي الحقوق العينية العقارية بأنها حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكن والمساطحة وحقوق الإنفاق وحق الوقف وحق الإجازة وحق الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز[١]. وحددت المادة (٣٦) من قانون المرافعات أن الدعوى المتعلقة بعقار تقام في المحكمة التي يقع العقار ضمن دائرة اختصاصها المكاني المحدد وفقاً للتقسيمات الإدارية، فإذا تعددت العقارات واتحد الأطراف والسبب في الدعوى، فيمكن أن تقام الدعوى في محكمة محل أحد العقارات، ومثل ذلك دعوى طلب إزالة شيوع في عدة عقارات تقع كل منها في وحدة إدارية، إذ يمكن أن تقام هذه الدعوى في محكمة محل أحد العقارات إذا اتحد أطراف الدعوى. والحكمة من اشتراط إقامة الدعوى في محكمة العقار، ترجع إلى إن هذه الدعاوى تحتاج إلى إجراء الكشف والمعاينة على العقار من قبل المحكمة وحضور الخصوم، مما يسهل في حسم الدعوى واختصار الوقت وقلة النفقات.

ثانياً: الاختصاص المكاني في دعاوى الدين (الحق الشخصي) ودعاوى المنقول

القاعدة العامة إن الدعوى المتعلقة بالدين أو المنقول تقام في محكمة موطن المدعى عليه أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي أختاره الطرفان لإقامة الدعوى[٢] وتستند هذه القاعدة إلى المبدأ الذي يقضي بأن الدائن يسعى إلى المدعى عليه في أقرب المحاكم إلى موطنه، لأن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة[٣] وان المدعى عليه غير ملزم بأن يرهق بمطالب المدعي التي لا تثبت إلا بحكم القضاء.

١- راجع الباب الثاني والمواد (١١٦٩- ١٢٨٤) من القانون المدني العراقي.

٢- الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون المرافعات المدنية.

٣- المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي. وتجدر الإشارة إلى إن هناك حالات يكون فيها الموطن إلزامياً أو قانونياً وهو استثناء عن الأصل الذي يختار الشخص فيه موطنه والموطن الإلزامي، يفرضه المشرع في بعض الحالات وهو موطن لا إرادي خاص بالمفقودين والقصر وغيرهم من المحجوزين إذ يتولى نائب قانوني مباشرة التصرفات القانونية عنهم وبالتالي يكون موطن النائب هو موطنهم القانوني. راجع المادة (٤٣) من القانون المدني.

ويجـوز أن يكون للشـخص أكثر من موطن واحد، وقـد أعطت الفقرة الأولى مـن المادة (٣٧) من قانون المرافعات الخيـار للمدعي أن يختار أحد المحلات وهي موطن المدعى عليه أو مركز معاملاته أو محل نشوء الالتزام أو محل تنفيذ الالتزام أو المحـل المختار من قبل الطرفين في حالـة اتفاقهم على ذلك، أما إذا تعدد المدعى عليهم في الدعوى الواحدة، فيجوز عند ذلك أن تقام في محل إقامة أحدهم[١].

ثالثاً: الاختصاص المكاني في الدعاوى المتعلقة بالشخص المعنوي

تقام الدعاوى في المسـائل المتعلقة بالأشـخاص المعنويـة القائمة أو في دور التصفيـة بالمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها الرئيس، أما إذا كانت الدعوى ناشئة عن معاملة مع فرع الشخص المعنوي فإنه يجوز إقامتها بمحكمة مركز الإدارة أو المحكمة التي يقع بدائرتها ذلك الفرع[٢].

رابعاً: الاختصاص المكاني في دعاوى الإفلاس

أشـارت المادة (٣٩) من قانـون المرافعات المدنية علـى إن دعوى الإفلاس والدعاوى الناشئة عنه، تقام في محكمة محل متجر المفلس، أي المركز الرئيس الذي أتخـذه التاجـر لأعماله أما إذا اعتزل التاجر التجارة أو توفي فتقام الدعوى بالمحكمة التابعة لها موطن المدعى عليه.

وتجدر الإشـارة إلى إن أحكام الإفلاس والصلح الواقي من قانون التجارة رقم (١٤٩) لسـنة ١٩٧٠[٣] الملغي لا تزال نافذة استناداً لأحكام المادة (٢٣١) من قانون التجارة رقم (٣) لسنة ١٩٨٤.

خامساً: الاختصاص المكاني في دعاوى أتعاب المحاماة ومصاريف الدعوى

نصت المادة (٤٠) من قانون المرافعات على إن الدعاوى بمصاريف الدعوى وأجور المحاماة، تقام أمام المحكمة التي قضت في أساس الدعوى، ولو لم تدخل أصلاً

١- الفقرة الثانية من المادة (٣٧) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٣٨) من قانون المرافعات.

٣- المواد من (٥٦٦) إلى (٧٩١) من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

في اختصاصها أو صلاحياتها وذلك باستثناء محاكم الجزاء أو الاستئناف والتمييز، وهذه المادة تعد استثناء من قواعد الاختصاص المكاني والنوعي، لأن هذا النص اعتبر المحكمة التي نظرت أصل الدعوى، هي المختصة بنظر الدعوى المطالبة بمصاريفها وبأتعاب المحاماة عنها، ويسوغ هذا الاستثناء إلى إن هذه الدعوى تتعلق بطبيعتها بالدعوى، الأصلية، لذلك تكون المحكمة التي فصلت في أصل النزاع أقدر على فصل هذه الدعوى بالرغم من تجاوز حدود اختصاصها النوعي والمكاني، ومثال ذلك إن محكمة الأحوال الشخصية التي نظرت دعوى التفريق بين الطرفين لا تعد مختصة نوعياً بالنظر في دعوى المطالبة بأتعاب المحاماة عن دعوى التفريق وبالمصاريف التي أنفقها المحامي، لأن هذه الدعوى، هي دعوى دين وتختص بنظرها محكمة البداءة وليس محكمة الأحوال الشخصية، ومع ذلك فإن القانون اعتبرها مختصة نوعياً ومكانياً في الفصل فيها، لأنها نظرت أصل الدعوى المطالب بأتعاب المحاماة وبالمصاريف عنها وهي دعوى التفريق[١].

وقد استثنت المادة (٤٠) محاكم الجزاء ومحكمة الاستئناف ومحكمة التمييز من هذا الاختصاص، ذلك إن هذه المحاكم لا تنظر في دعاوى الدين ابتداءً، فتقام الدعوى عن المصاريف وأجور المحاماة المترتبة في هذه المحاكم في المحكمة المختصة وحسب قواعد الاختصاص النوعي والمكاني.

سادساً: الاختصاص المكاني في الدعاوى التي لا يكون فيها للمدعى عليه موطن

إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا سكن في العراق، فإن الدعوى تقام في المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو سكنه فإذا لم يكن للمدعي موطن ولا سكن في العراق فتقام الدعوى في محاكم مدينة بغداد[٢]. وهذا الاستثناء ينسجم مع قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم العراقية التي تجيز مقاضاة الأجنبي أمام المحكمة العراقية في حالة وجوده في العراق أو تعلق الدعوى بعقار موجود في العراق أو عقد أو التزام نشأ أو كان واجب التنفيذ في العراق[٣].

١- أستاذنا الدكتور سعدون القشطيني- المرجع السابق ص١٦٦، مدحت محمود- المرجع السابق ص٦٥.

٢- المادة (٤١) من قانون المرافعات المدنية.

٣- المادة (١٥) من القانون المدني.

سابعاً: الاختصاص المكاني في طلبات الحجز الاحتياطي والأجراءات المستعجلة

تراعى قواعد الاختصاص المكاني التي ذكرناها في طلبات الحجز الاحتياطي والتدابير والأجراءات المستعجلة[١]، فإذا كان الحجز الاحتياطي مطلوباً على حق عيني عقاري، فيجب أن يقدم الطلب إلى محكمة محل العقار، وهكذا تعد هذه المحكمة هي المختصة وظيفياً بالفصل في طلب الكشف على العقار لتثبيت حالة، كما تختص محكمة الموضوع بنظر المسائل المتعلقة باختصاص القضاء المستعجل إذا رفعت إليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع.

ثامناً: الاختصاص المكاني في دعاوى الأحوال الشخصية

يعطي المشرع في دعاوى الأحوال الشخصية خيارات متعددة في إقامة الدعوى وذلك لاعتبارات إنسانية ولخصوصية هذه الدعاوى، وقد نصت المادة (٣٠٣) من قانون المرافعات على أن تقام دعوى الأحوال الشخصية في محكمة محل إقامة المدعى عليه، ومع ذلك يجوز أن تقام دعوى الزواج بمحكمة محل العقد كما يجوز أن تقام دعوى الفرقة والطلاق في إحدى هاتين المحكمتين أو في محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى، أما النفقات الأخرى فتقام الدعوى فيها في محكمة محل إقامة المدعى عليه[٢]، وهذه النفقات تقرر وفقاً لقانون الأحوال الشخصية.

وتختص محكمة محل إقامة المتوفى الدائمي بإصدار القسام الشرعي ولا يعتد بالقسامات الشرعية الصادرة من محكمة أخرى، وتختص اختصاصاً مكانياً محكمة إقامة المتوفى الدائم ومحكمة التركة بتحرير التركة[٣]، وتراعى كل قواعد الاختصاص المكاني فيما يتعلق بنوع الدعاوى في طلبات الحجز الاحتياطي والتدابير والأجراءات المستعجلة.

١- المادة (٤٢) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٣٠٤) من قانون المرافعات.

٣- المادة (٣٠٥) من قانون المرافعات.

تم نشر الملف في قناة شبكة قانونيون على التلكرام
تحتوي القناة على مجموعة كبيرة من الكتب
القانونية الدراسية والعامة بالإضافة الى الملازم ،
الملخصات ، نماذج دعاوى مختلفة ، المتون
القانونية ، وغيرها من الأمور .

رابط القناة اذا كنت ترغب في الانضمام معنا ⇩

https://t.me/iraq_law5

المبحث الخامس
الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص

تتميز نظرية الاختصاص بأن أغلب قواعدها تتعلق بالنظام العام، لأن الهدف منها هو توزيع الاختصاص على المحاكم المختلفة والهيئات ذات الاختصاص القضائي، وتحديد هذه القواعد يستند إلى اعتبارات عامة وليس على اعتبارات خاصة بأشخاص الخصوم، غير إن تعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام ليس مطلقاً وإنما يستثنى منه الاختصاص الذي يتعلق بمصالح الأشخاص الخاصة.

وتثير الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص، العديد من المشاكل القانونية، وتترتب عليه نتائج في غاية الخطورة على مصالح الخصوم، فإذا فصلت محكمة بغير ما تختص به فإن حكمها سوف يكون صادراً من محكمة غير مختصة ويكون معرضاً للنقض، كما إذا فصلت إحدى المحاكم المدنية في منازعة تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية أو إذا فصلت في منازعة إدارية.

وسنتناول دراسة طبيعية قواعد الاختصاص في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص المختلفة.

المطلب الثاني: مشاكل قواعد الاختصاص

المطلب الثالث: النتائج المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة به.

المطلب الأول
الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص

يقسم الاختصاص إلى أنواع مختلفة نتناولها في البحث في النقاط الأربعة الآتية:

أولاً: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية

ثانياً: الاختصاص الوظيفي (الولائي)

ثالثاً: الاختصاص النوعي

رابعاً: الاختصاص المكاني

أولاً: طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الأصل إن الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المدنية العراقية، لا يعد من النظام العام، وذلك تطبيقاً للقواعد المعروفة في القانون الدولي الخاص التي تنص على إن المحاكم الوطنية هي المختصة في الدعاوى، حتى ولو لم تكن في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً، وعليه إذا رفعت الدعوى أمام المحاكم العراقية ولم تكن مختصة بها ولم يتمسك الخصوم أمامها بعدم الاختصاص، فإن المحكمة لا يجوز لها أن تحكم بعدم الاختصاص القضائي الدولي وذلك لاحتمال قبول الخصم لهذا الاختصاص صراحة أو ضمناً، وذلك لأن الاختصاص الدولي مقرر لمصلحة الأشخاص وليس متعلقاً بالنظام العام، وتلزم المادة (٣٥) من قانون المرافعات المصري لعام ١٩٦٨ المعدل فلي حالة عدم حضور المدعى عليه أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، فإذا حضر المدعى عليه أمام المحكمة في الجلسة الأولى، فيجب عليه أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة دولياً، بوصفه صاحب المصلحة في هذا الدفع أما إذا سكت ولم يدفع بهذا الدفع فإنه يكون قد قبل اختصاص المحكمة[1].

١- د. أمينة النمر- قوانين المرافعات- المرجع السابق ص٦١٥.

ثانياً: طبيعة قواعد الاختصاص الوظيفي (الولائي)

تعد قواعد الاختصاص الوظيفي من النظام العام، لأن هذا الاختصاص يحدد ولاية جهات القضاء المختلفة، فهو يقوم على اعتبارات عامة لا تتعلق بأشخاص المتقاضين، ويستفاد هذا الحكم من المادة (٧٧) من قانون المرافعات العراقي والتي جاء فيها إن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى ويترتب على ذلك إنه يعد من النظام العام اختصاص جهة القضاء العادي الوظيفي لمحاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية ومحكمة التمييز وجهة القضاء الإداري وغيرها من الجهات القضائية الأخرى.

ثالثاً: طبيعة قواعد الاختصاص النوعي

تعد قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام، لأن هذا الاختصاص يستند على ضرورة تعدد جهات المحاكم والذي تستلزمه اعتبارات متعددة تقوم على اعتبارات المصلحة العامة، ومن ثم فإن الاختصاص النوعي الذي يتعلق بالنظام العام يشمل اختصاص محكمة التمييز ومحاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى وغيرها من الجهات القضائية الأخرى، ويستفاد هذا الحكم من نص المادة (٧٧) من قانون المرافعات العراقي النافذ والتي تنص على إن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى.

رابعاً: طبيعة قواعد الاختصاص المكاني

لما كانت قواعد الاختصاص المكاني وجدت لتيسير إجراءات التقاضي ولتصبح بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم أو مكان النزاع، فإن هذه القواعد يراعى فيها إنها في الغالب مقررة لمصلحة المدعى عليه ويستطيع فيها أن يدفع دعوى المدعي إذ خالف هذه القواعد، ومن ثم فإن قواعد الاختصاص المكاني لا تعد من النظام العام، ويستفاد هذا المعنى من نص المادة (٧٤) من قانون المرافعات التي تنص على إن الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب إبداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه.

المطلب الثاني
مشاكل قواعد الاختصاص

تثير نظرية الاختصاص العديد من المشاكل القانونية، ومن أبرز هذه المشاكل، تنازع المحاكم على سلطة الاختصاص، وهذه المشكلة تفرضها مستلزمات تعدد جهات القضاء، فكثيراً ما تدق الضوابط التي يضعها المشرع لتحديد اختصاص كل جهة من جهات القضاء وتصل أحياناً إلى الغموض، فقد يرفع المدعي دعواه أما خطأ أو عن عمد إلى محكمة غير مختصة بها، فهل تفصل هذه المحكمة في الدعوى أم ترفض النظر فيها، وقد ترفع الدعوى الواحدة إلى محكمتين ترى كل منهما إنها مختصة بالفصل فيها أو ترى كل منهما إنها غير مختصة بها، فكيف يحل هذا التنازع الإيجابي أو السلبي على الاختصاص، وكذلك إذا بلغ الأمر إلى حد صدور حكم من محكمة غير مختصة أو صدر حكمان متعارضان من محكمتين رأت كل منهما إنها مختصة في نظر النزاع، فما هي القوة القانونية لهذه الأحكام، وسنجيب على هذه التساؤلات على النحو الآتي:

أولاً: التنازع الإيجابي

وهو أن ترفع دعوى موضوع واحد أمام محكمتين، ولا تتخلى إحداهما عن نظر الدعوى، فتقضي كلتا المحكمتين بالدعوى خلافاً للقانون، باختصاصها.

ثانياً: التنازع السلبي

ويحدث هذا التنازع عندما ترفع دعوى عن موضوع واحد، أمام محكمتين، وتتخلى كلتاهما عن نظر الدعوى أي تقضي كلتاهما بعدم اختصاصها، وفي كل ما تقدم فإن على المحكمة التي تقضي بعدم اختصاصها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية ويكون قرارها قابلاً للطعن تمييزاً[١] وإذا نقضت محكمة التمييز الحكم بسبب عدم اختصاص المحكمة، فيجب على محكمة التمييز أن تعين في قرارها المحكمة المختصة وترسل أوراق الدعوى إليها وتشعر المحكمة التي أصدرت الحكم بذلك[٢]. وقد أوضح المشرع بأن قرار الهيئة العامة

١- راجع المادتين ٧٨و ٧٩ من قانون المرافعات المدنية.

٢- الفقرة الأولى من المادتين (٢١٢) من قانون المرافعات.

الصادر من محكمة التمييز وهي أعلى هيئة قضائية يكون على الدوام ملزماً وواجب الإتباع من قبل المحاكم جميعها، لأن صدور الحكم من الهيئة العامة وهي أعلى هيئة قضائية في البلاد، يكون عنوان الحقيقة وأقرب إلى السداد، فلا يقبل المساس به ولا إضعاف الثقة فيه عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته أو الإصرار على رأي آخر مهما كانت الأسباب والعلل[١].

وإذا لم يطعن في الحكم الصادر من المحكمة غير المختصة وأصبح حائزاً لحجية الشيء المقتضي فيه، فإن هذا الحكم يكون واجب الاحترام لدى جميع المحاكم ولا يجوز إعادة النزاع فيه مرة ثانية، غير إن الحكم الصادر على خلاف قواعد الاختصاص الوظيفي، لا تأخذ به محاكم الجهة القضائية المختصة بالرغم من أنه أصبح حائزاً لقوة الشيء فيه، لأنه يعد من نظرها في حكم المعدوم[٢].

ثالثاً: التنازع الحاصل في تنفيذ حكمين متناقضتين

وهو أن يصدر حكمان نهائيان متناقضين من جهتين مختلفتين ويطلب تنفيذها من الخصوم، وقد أجاز القانون[٣] للخصوم ولمنفذي المعدل أن يطلبوا من محكمة التمييز النظر في النزاع الناشئ عن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم أنفسهم، وتفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز في هذا الطلب وترجح أحد الحكمين وتأمر بتنفيذه دون الحكم الأخر وذلك بقرار مسبب ويقدم هذا الطلب إلى رئيس محكمة التمييز ويبلغ الطرفان به بعد تحديد جلس قريبة لنظره، يسمح فيها للخصوم بتقديم لوائحهم ومستمسكاتهم ويشترط في هذه الحالة أن لا يكون الحكمان أو أحدهما قد نفذ، ذلك إن تنفيذ احدهما ينفي قيام التنازع بين الحكمين، فلا يقبل طلب حل التنازع بينهما[٤].

١- الأسباب الموجبة لقانون المرافعات.

٢- د. احمد مسلم- المرجع السابق ص٣٠٢.

٣- المادة (٢١٧) من قانون المرافعات المدنية.

٤- د. احمد أبو الوفا- المرافعات الدينية والتجارية- ص٤١٥.

المطلب الثالث

النتائج المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلق به

تختلف النتائج المترتبة على مخافة قواعد الاختصاص المتعلق بالنظام العام عن الاختصاص غير المتعلق به في النواحي الآتية:

أولاً: لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص المتعلق بالنظام العام، لأن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً، إذ لا يجوز للأفراد تفويت الأغراض التي وضعت قواعد النظام العام لتحقيقها، وعليه إذا رفعت دعوى أمام المحكمة ودون أن تكون مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص، فيجب على المحكمة أن لا تفصل فيها بالرغم من اتفاق الخصوم على رفع الدعوى أمام هذه المحكمة، أما قواعد الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام فيجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً بسكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم اختصاص المحكمة بالدعوى التي يرفعها المدعي.

ثانياً: في الاختصاص المتعلق بالنظام العام يجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص بالدعوى إذا لم تكن مختصة بها وذلك من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك أحد من الخصوم بعدم الاختصاص[1].

أما الاختصاص غير المتعلق بالنظام العام فلا تقضي المحكمة في حالة مخالفته لقواعد الاختصاص، إلا إذا تمسك الخصوم أمامها بالدفع بعدم الاختصاص وقبل التعرض لموضوع الدعوى[2] وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز[3] العراقية بأنها وجدت أن المادة «(٧٤) من قانون المرافعات المدنية تقضي أن «الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب إبداءه قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه) وحيث إن الخصم لم يتعرض لموضوع الدعوى خلال الجلسات التي عقدتها المحكمة ولم يبد فيها أي دفع موضوعي، لذا فإن إعادة الدعوى إلى المحكمة بداءة

١- المادة (٧٧) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٧٤) من قانون المرافعات.

٣- رقم القرار ٤٣٦ في ١٩٩٣/٨/١٦ استئناف بغداد/ قرار تمييزي غير منشور أشار إليه الأستاذ مدحت محمود- المرجع السابق ص١٣٩.

يحتل الإجراء القضائي في نطاق قانون المرافعات المدنية، مكاناً مهماً في التنظيم القانوني، فقد أصبح للإجراء القضائي في ذاته نظرية عامة، تتعلق بماهيته وتحديد طبيعته وكيفية إعلانه، والجزاء المترتب على مخالفة الأوضاع الشكلية التي حددها القانون للإجراء القضائي في وجوده أو في موعد إجرائه، وكذلك الأمر في التبليغ القضائي، إذ أصبح له في ذاته أيضاً نظرية عامة تتعلق بتحديد ماهيته ووسائل إعلانه والجزاء المترتب على مخالفته.

ودراسة هذه النظريات العامة وبالرغم ما تتميز به من صفة التجريد، فإن في دراستها أهمية واضحة تمكننا من الإحاطة بمختلف التفاصيل والتي نتجنب بها التكرار لكثير من الأوضاع والمواعيد والجزاءات، فضلاً عن إيضاح الغموض الذي يحيط بهذه التفاصيل، وعليه فإن دراسة هذه الفصل تستلزم بحثه في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: نظرية الإجراء القضائي

المبحث الثاني: نظرية التبليغ القضائي

المبحث الأول
نظرية الإجراء القضائي

ينظم القضاء المدني مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة تتابعاً زمنياً، تبدأ بإقامة الدعوى وتنتهي بصدور حكم يكتسب فيها حجية الشيء المقضي فيه، وكل إجـراء قضائي هو جـزء من الأجزاء التي تتكون منها الدعـوى، ويعد عملاً قانونياً قائماً بذاته، ينظم القانون عناصره وأثره ويرتب الجزاء على مخالفة قواعده، وتستلزم دراسة نظرية الإجراء القضائي، ببيان ماهيته وطبيعته القانونية ومستلزمات صحته وسنتناول دراسة هذه الأمور في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: ماهية الإجراء القضائي.

المطلب الثاني: ماهية الإجراء القضائي القانونية.

المطلب الثالث: شروط صحة الإجراء القضائي.

المطلب الأول
ماهية الإجراء القضائي

لتحديـد ماهيـة الإجـراء القضائـي أهمية في إيضـاح كيفية اتصـال القضاء بالمنازعـات عن طريق الدعـوى المدنية والتي يطلب المدعي بمقتضاها من القضاء الحصـول على حقه، ويثيـر تحديد تعريف الإجراء القضائـي صعوبة كبيرة، إذ أن لتحديـده فائـدة عملية في تمييز الأعمـال التي تكون مظهراً للنشـاط الإجرائي، ذلك إن وضـع نظرية عامة تحكـم الإجراءات القضائية، يعد من أهم المسـائل التي يهتم بهـا الفقـه الإجرائي الحديث، لأن العلـم القانوني، كلما تقدم نحـو الكمال، خرج من الجزيئـات إلى الكليات ومن الخصـوصيـات إلى العموميات، وإذا كان لفقهاء القانون

الموضوعي الفضل في تأصيل نظرية التصرف القانوني ودفعهم بالعلم القانوني خطوات واسعة، فإن الفقه الإجرائي وعلى حد تعبير الأستاذ[١] الدكتور فتحي والي «يحتاج بحق إلى تأصيل الإجراء القضائي وتمييزه عن غيره ووضع القواعد العامة التي تحكمه».

ولذلك تعددت التعريفات الفقهية للإجراء القضائي، على إن الرأي الراجح الذي يؤيده غالبية[٢] الفقهاء، يعرفه بأنه «العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون مباشرة أثراً إجرائياً ويكون جزءاً من الدعوى المدنية». واستناداً لهذا التعريف، يجب أن يتوفر في الإجراء ثلاثة شروط لكي يكون عملاً إجرائياً، وسنوضح هذه الشروط حسب التفصيل الآتي:

الشرط الأول: يجب أن يكون الإجراء القضائي عملاً قانونياً

أي مسلكاً إيجابياً يتم أثناء إجراء الدعوى ويترتب عليه أثر قانوني، وعليه فإن أعمال الذكاء المحضة التي تتم في الدعوى الدينية، لا تعد إجراءاً قضائياً، ومثالها قيام القاضي بدراسة أوراق الدعوى أو دراسة الخصم أو محاميه لها لأعداء دفاعه[٣].

الشرط الثاني: يجب أن يرتب القانون عليه أثراً إيجابياً مباشراً

ويقصد بالأثر الإجرائي، تلك النتيجة التي تؤثر في الدعوى سواء ببدئها أو تعديلها أو إنهائها[٤]، ويجب أن يكون هذا الأثر مباشراً. وفي ضوء ذلك لا يعد التنازل عن الحق الموضوعي محل الدعوى إجراء قضائياً، لأن الأثر الإجرائي الذي يترتب عليه وهو انقضاء الدعوى لم يكن أثراً مباشراً لها، أي إن الإجراء القضائي ليس هو الغاية المباشرة.

١- د. فتحي والي- دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي- كلية الحقوق- القاهرة ١٩٧٤ ص٢٧.

٢- د.فتحي والي-الوسيط في قانون القضاء المدني- القاهرة ١٩٨٤ ص٤١٢، د. وجدي راغب- الموجز في مبادئ القضاء المدني- ط١ القاهرة ص٢٣٢، د. إبراهيم نجيب سعد- القانون القضائي- ج١ الإسكندرية ١٩٧٤ ص٦٧٢، أستاذنا الدكتور آدم النداوي- فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات- ط١ بغداد ١٩٨٧ ص١٥. د. احمد مسلم- أصول المرافعات- طبع القاهرة ١٩٧٧ ص٣٨٩.

٣- راجع الأستاذ الإيطالي كيوفندا Chiovenda, principil di diritio procesual civile, p. 766. أشار إليه الأستاذ فتحي والي- درس في النظرية العامة ص٢٩.

٤- د. فتحي والي- نظرية البطلان- رسالة دكتوراه ١٩٦٠ ص٧٠، د. نبيل إسماعيل عمر- إعلان الأوراق القضائية ط١ جامعة الإسكندرية ١٩٨١ ص١٥.

الشرط الثالث: أن يكون الإجراء القضائي جزءاً من الدعوى المدنية

ويقصد بهذا الشـرط، أن الإجراء القضائي يكون جزءاً من الدعوى التي يراد اعتمـاد الإجراء لها، ولهذا لا يمكن أن تعد الأعمـال الممهدة للدعوى إجراء قضائياً كمـا فـي حالة أعـذار المديـن أو توكيل محـام أو الإذن الذي يحصـل عليه القاصر بالتقاضي إذا جرت هذه الأعمال قبل إقامة الدعوى، على إنه إذا تمسـك الخصم بهذه الأعمـال بعد إقامة الدعـوى، فإن تلك الأعمال تعد إجـراءات قضائية لأنها تتضمن عملاً قانونياً إجرائياً يؤثر تأثيراً سلبياً مباشراً في سير الدعوى[1].

والإجـراء القضائي أما أن يكون إجـراءً قولياً يتمثل في عبارات لفظية تهدف إلى غرض معين، كما في شرح المدعى عليه لدفاعه وشهادة الشهود والنطق بالحكم، أو يكـون الإجـراء القضائـي فعلياً، يتمثل في سـلوك معين كما فـي انتقال المحكمة للمعاينة وانعقادها واختلاؤها للمداولة.

والإجراء القضائي قد يكون شفوياً وقد يكون مكتوباً، فمثلاً المرافعة والشهادة والنطق بالحكم هي إجراءات شـفوية، أما تقرير الخبير وصدور الأحكام بعد النطق بها، فإنها تعد إجراءات مكتوبة، وهذه الإجراءات الأخيرة هي التي تكاد تسيطر على نظرية الإجراء القضائي، إذ أصبح للكتابة دور مهم فيها لاسيما في العصر الحديث، فقد سـميت الإجراءات القضائيـة المكتوبة «أوراق المرافعـات» كناية عن وصفها إجراءات تتخذ كتابة، أما الإجراءات القضائية الشفوية، فأصبحت تذكر بتحفظ شديد بعد ما كانت تعد أصولاً في نظرية التقاضي[2].

١- د. وجدي راغب- المرجع السـابق ص٢٣٢، جمـال مولد ذبيان- ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية- طبع بغداد ١٩٩٢ ص٥٨.

٢- د. احمد مسلم- المرجع السابق ص٣٩٠.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية للإجراء القضائي

إذا كانت الدعوى المدنية تتكون من مجموعة من الإجراءات القضائية، فإن التساؤل يثور بصدد طبيعة الإجراء القضائي، هل يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها التصرفات القانونية في ميدان القانون الخاص؟ أم إن هذه القواعد لا تنطبق عليه؟

والواقع إن الإجابة على هذا التساؤل لا تزال محل خلاف بين فقهاء[١] القانون الإجرائي، لأن الأمر يدق في الإجابة على هذا التساؤل، فقد ذهب البعض إلى الأخذ بفكرة التصرف القانوني وتطبيقها في ميدان القانون الإجرائي وسريان جميع قواعد القانون الخاص التي تحكم التصرفات القانونية بصفة عامة على التصرفات الإجرائية، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى قصر وصف التصرف القانوني على بعض الإجراءات القضائية، بل إن قسماً منهم يدعو إلى إنكار وجود مثل هذا النوع من التصرفات القانونية وتطبيقه على الإجراءات القضائية، ويرى الفقيه الألماني (Kleinfeller) بأن "فكرة التصرف القانوني ليس لها أي فائدة في الفقه الإجرائي".

وابتداءً يتفق الفقه الإجرائي على إن الإجراء القضائي يعد عملاً قانونياً بالمعنى الواسع، ولكن الخلاف يثار حول بيان طبيعته القانونية بوصفه تصرفاً قانونياً،إذ تقسم الأعمال القانونية الإرادية بمعناها الواسع إلى تصرفات قانونية وأعمالاً قانونية بالمعنى الضيق، وسنوضح ذلك حسب التفصيل الآتي:

أولاً: التصرفات القانونية

لقد تعددت محاولات الفقه في تحديد معنى التصرف القانوني، فالاتجاه التقليدي السائد في الفقه الفرنسي والمصري يحدد التصرف القانوني باتجاه الإرادة إلى أحداث أثر معين، فالعقد وهو تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين وهو ينشئ الحقوق الشخصية وقد يكسب الحقوق العينية، والوعد بجائزة هو تصرف قانوني يستند على إرادة منفردة تنشئ الحقوق الشخصية، والوصية كذلك تصرف قانوني تقوم على إرادة منفردة وتكسب حقوقاً عينية[٢].

١- لاحظ تفصيل ذلك د. فتحي والي- النظرية العامة- المرجع السابق ص٥١ وما بعدها ويشير الأستاذ (Rocco) إلى إن"الفقه لم يصل إلى حل مؤكد لحد الآن".

٢- الأستاذ السنهوري- التصرف القانوني في الواقعة القانونية- دروس لقسم الدكتوراه (٥٣- ١٩٥٤) ص٣.

وينتقد الأستاذ فتحي والي[١] الاتجاه التقليدي في تعريف التصرف القانوني، ويرى بأنه ليس صحيحاً أن يشترط في التصرف القانوني اتجاه الإرادة فعلاً إلى الآثار القانونية، ففي عقد البيع وهو لاشك تصرف قانوني، ليس من اللازم فيه أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلى الآثار القانونية المترتبة على العقد، لأن الواقع يكذب ذلك، فالبائع والمشتري غالباً لا يعلمان هذه الآثار المختلفة لأنهما ليس دائماً من الفقهاء، وحتى المختص بالقانون نفسه عندما ينشأ تصرفاً قانونياً، لا تتجه إرادته إلى ما يترتب عليها من آثار قانونية، ولهذا يجب أن نسلم بأن التصرف القانوني يوجد، وتترتب عليه آثاره القانونية دون أن يكون للاتجاه الفعلي لإرادة المتصرف أو عدم اتجاهها إلى ترتيبها شأن ذلك، فالإرادة في التصرف القانوني تتجه إلى غاية معينة ولا تتجه دائماً إلى الآثار القانونية، وقد دفعت هذه الحقيقة أحد الفقهاء[٢] بتعريف التصرف القانوني بأنه «إعلان إرادة الشخص، متجهاً إلى غاية يحميها النظام القانوني»لأن البائع عند إبرامه عقد البيع يهدف إلى الحصول على الثمن، والمشتري يرمي إلى الحصول على ملكية الشيء له، أما باقي الآثار القانونية لعقد البيع فإنها عادة بعيدة عن تفكيرهما، ولذلك يذهب الاتجاه[٣] الحديث بحق إلى إن معيار التفرقة بين التصرف القانوني وغيره من الأعمال القانونية، يكمن في سلطان الإرادة، ففي التصرف القانوني يعطي المشرع للإرادة سلطان تتمكن به من تنظيم مصالح معينة وفقاً لرغبتها وذلك في حدود التنظيم القانوني، أما في الأعمال

١- ويشير الأستاذ فتحي والي المرجع السابق- ص٣٧ بأن ما نسميه بالتصرف القانوني، يطلق عليه الفقه الفرنسي اسم العمل القانوني «Acte juridique» وما نسميه بالعمل القانوني بالمعنى الضيق يطلق عليه الفقه اسم (العمل المادي) "Acte" وأحياناً اسم الواقعة بالمعنى الضيق "Fait juri"، والواقع أن كلا الاصطلاحين غير دقيق، لأن اصطلاح (العمل المادي) إذا قوبل بالعمل القانوني، فإنه يشير إلى إن الثاني تترتب عليه آثار قانونية بعكس الأول، فلا تترتب عليه هذه الآثار، فهو لهذا مادي، فضلاً عن ذلك أن تعبير عمل قانوني لا ينطبق على التصرف القانوني وحده، بل أيضاً على غيره من الأعمال القانونية التي لا تعد كذلك.

٢- De Ruggiero, Istituziomio, p.25.
أشار إليه الأستاذ فتحي والي- المرجع السابق ص٤١. ويضيف الأستاذ السنهوري- المرجع السابق ص١٢٣ "إن العمل الإرادي هو الإرادة المحضة تتجه إلى أحداث نتائج قانونية تمييزاً لها م الأعمال المادية، والأعمال القانونية أما أن تكون صادرة من جانب واحد أو صادرة من الجانبين، والقانون من وراء ذلك محيط فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال".

٣- للمزيد من التفصيل في هذا الاتجاه راجع الدكتور وجدي راغب- المرجع السابق ص٣٥٧، د. فتحي والي- المرجع السابق- ص٤٩.

القانونيـة بالمعنى الضيق، فليس للإرادة أي سـلطان، وإنما يرتب القانون آثاره على مجرد الواقعة المادية، وعليه فإن القانون يقر بحرية الفرد في أحداث الآثار القانونية في التصرف القانوني ولكن هذه الحرية مقيدة في حدود النظام العام.

ثانياً: الأعمال القانونية

ويطلـق على هذه الأعمـال بالمعنى الضيق (العمل المادي)، وهو حدث مادي يرتـب عليه القانون أثراً لمجرد وصفـه حدثاً إرادياً ودون أن يكون للإرادة دخل في ترتيبهـا، وبهذا يختلف العمل القانوني بالمعنى الضيق عن التصرف القانوني، إذ إن الأخير يكون مضمون الإرادة فيه محل اعتبار في القانون ويمنحها قوة باتجاه أحداث الأثـر القانوني، أما في العمل المادي فيكـون العمل مقتصراً على إرادة واقعة معينة لا يسـتطيع الشخص تعديل مضمونها وليس له دور في ترتيب آثار قانونية على تلك الواقعة، وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه[١] الفرنسي، بأن الإجراء القضائي يعد تصرفاً قانونياً تطبق عليه قواعد التصرف القانوني المعروفة في القانون المدني وهي (قواعد الأهلية والتراضي والمحل والسـبب والتفسـير»، ويشير الأستاذ (Vizioz) إلى طبيعة الإجراء القضائي ويصفه بأنه تصرف قانوني، لأن كل عمل منه يتم بنية إنتاج أثر قانوني، أما غالبية الفقه[٢] الإيطالي فقد أخذ بتطبيق فكرة التصرف القانوني فـي ميدان القانون الإجرائي، وأطلقـوا عليه (التصرف القانوني الإجرائي)، محاولة منهم في بناء نظرية عامة للتصرفات القانونية الإجرائية على غرار نظرية التصرف القانوني التي أنشأها فقه القانون الخاص.

ونعتقـد أنه بالرغم من الجهد الكبير الـذي بذله الفقه القانوني في تحديد طبيعة الإجراء القضائي، فإن الرأي الذي يدعو إليه الأستاذ[٣] فتحي والي جدير بالتأييد، لأن الإجـراءات القضائية ليسـت بتصرفات قانونية بالمعنى الدقيـق الذي تنظمه القواعد العامة في القانون الخاص، لأن التصرف القضائي يخضع لقواعد تختلف عن القواعد التـي يخضع لهـا بالتصرف القانوني، فهي قد تصدر مـن القاضي ومن الخصوم أو

١- للمزيد من التفصيل في هذا المراجع راجع د. فتحي والي- المرجع السـابق- ص٥٥، د. وجدي راغب- الموجـز فـي مبادئ القضاء المدني ص٢٢٤، د. إبراهيم نجيب سـعد، القانون القضائي الخاص- الجزء الأول ص٦٧٣.

٢- راجع تفصيل ذلك الدكتور فتحي والي- المرجع السابق- ص٥٧.

٣- ويؤيد هذا الاتجاه أستاذنا الدكتور آدم النداوي- المرافعات المدنية- طبع بغداد- ١٩٨٨ ص١٣٣.

مـن الغير، وصدورها عن أي من هؤلاء لا يجعلهـا تصرفات قانونية وذلك لفقدانها المقومات الأساسـية التي يسـتند إليها التصرف القانوني لدى كل منهم، وسـنوضح طبيعة الإجراءات التي تصدر عن القاضي والخصوم والغير حسب التفصيل الآتي:

١. **أعمال القاضي:** يعد حسـم الدعوى من أهم الإجراءات القضائية التي تصدر عن القاضي، ويتحدد عمله في ذلك بتطبيق القانون ليصل إلى قرار قضائي والقاضي في هذا الصدد لا يعمل إرادته وإنما إرادة القانون الذي تقتضي وظيفته الالتزام به، وهو بتطبيقه للقانون يؤدي واجباً تجاه الدولة، ذلك إن الحكم القضائي يتكون من عنصرين:

عنصر التقدير وعنصر الأمر وليس لإرادة القاضي في أي من العنصرين أي سـلطان، فهو عند اسـتخدام سـلطته في التقدير يعتمد على ذكائه ومنطقة وليس على إرادته وعند اسـتخدامه لسـلطة الأمر، لا يعمل إرادته، وإنما ينفذ إرادة القانون التي يلتزم بحكم وظيفته بالأمر وفقاً لها.

وبالرغـم من أن الحكم يعد عملاً إرادياً وإنه يصدر من القاضي بإرادته، غير إن إرادة القاضي ليست هي التي تكون مضمون الحكم، ولهذا فلا يمكن وصف الحكم بأنه تصرف قانوني.

٢. **الإجـراء القضائي الصادر عن الخصم:** تصدر عن الخصم أعمال إرادية كثيرة، ويمتلك سلطات التأثير فيها، غير إن الإجراء القضائي بالرغم من وصفه عملاً إرادياً صادراً عن الخصم: فإنه لا يمتلك أي سلطان في التأثير فيه، لأن الخصم في مباشـرته للإجراء القضائي، يخضع خضوعاً تامـاً للقانون الإجرائي الذي يحدد الوسـيلة التـي يجب عليه أن يتبعهـا، فضلاً عن تحديده للشـكلية وتنظيم آثارهـا، وإلـزام الخصـم بالتقيد بها، فالشـخص فـي التصـرف القانوني يريد التصرف والآثار المترتبة عليه ويستبعد الآثار التي لا يريدها، أما في الإجراء القضائي فإن الفرد غالباً لا يسـتطيع أن يحدد هذه الآثار، لأن المشرع هو الذي يحددها ودون أن يأخذ بنظر الاعتبار إرادته[1].

٣. **الإجـراء القضائـي الصادر من الغير:** ويقصـد به الإجـراءات التي تصدر من أشخاص لا يعدون خصوماً أو ممثلين لهم، كأعمال الشهود والخبراء والمترجمين

١- د. وجدي راغب- الموجز في مبادئ القضاء المدني ص٢٣٣، د. إبراهيم نجيب سعد- المرجع السابق ص٦٧٣.

والموظفين الذين يعملون مع القاضي، ولا تعد أعمال هؤلاء تصرفات قانونية لأنهم لا يمتلكون الإرادة في تحديد الآثار التي تترتب على هذه الأعمال، فهي تخضع لسلطة القاضي التقديرية، لعدم ترتبها على أي أثر مباشر في الدعوى، فالشهادة مثلاً لا تتضمن تصرفاً قانونياً، لأن الشاهد يقتصر عمله على الأخبار عن واقعة أمام المحكمة وليس لإرادته أي دور في الأثر القانوني المترتب على الشاهدة، فضلاً عن ذلك إن الأمر بالأخذ بالشهادة يخضع لسلطة القاضي التقديرية لها[١].

وهكذا يتضح إن الإجراء القضائي، عمل قانوني بالمعنى الضيق ولا يعد تصرفاً قانونياً، لأن الإجراء القضائي يخضع للقواعد التي ينظمها القانون الإجرائي ولا يخضع للقواعد التي يستند عليها التصرف القانوني بصفة عامة.

المطلب الثالث

شروط صحة الإجراء القضائي

يخضع الإجراء القضائي لمجموعة من القواعد العامة، نص عليها قانون المرافعات، وهذه القواعد تستلزم لكي يكون الإجراء القضائي صحيحاً أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية وهي الإرادة والمحل والشكل، أما السبب في الإجراء القضائي فلا يحتل نفس الدور الذي يحتله في التصرف القانوني، وسنتناول دراسة هذه الشروط حسب التفصيل الآتي:

أولاً: الإرادة

أن تكون الإرادة التي يعتد بها في الإجراء القضائي هي الإرادة الظاهرة، أما الإرادة الباطنة فلا تكون صالحة لأحداث أثر قانوني، لأن العلم فيها مقصور على صاحبها، ولا تؤثر عيوب الإرادة المعروفة في التصرف القانوني مثل تأثيرها في الإجراء القضائي لأن هذا الأخير ليس بتصرف قانوني وإنما يتم وفقاً للشكل الذي يتطلبه القانون[٢].

١- راجع أستاذنا الدكتور آدم النداوي- فلسفة إجراءات التقاضي- المرجع السابق ص٢٧، جمال مولود، المرجع السابق ص٦٩.

٢- د. فتحي والي- قانون القضاء المدني ص٧٠٣.

ثانياً: محل الإجراء القضائي

ويقصد به ما يراد عليه الإجراء القضائي وهو يختلف باختلاف الإجراءات القضائية، فمثلاً محل الإجراء في التبليغ القضائي يتمثل بافتراض علم الشخص بتسلمه أمر مذكرة التبليغ لشخصه، وأمر التقاضي باستدعاء شاهد للشهادة أمام المحكمة، محله شهادة هذا الشاهد.

ويحتل شكل الإجراء القضائي أثراً مهماً في تحقيق هذا المحل، لاسيما الإجراء القضائي المكتوب لأنه يندمج الإجراء في الورقة المكتوبة التي يرد عليها، فمثلاً توجب المادة (٤٤) من قانون المرافعات على إن «كل دعوى يجب أن تقام بعريضة»، ويجب أن يتوافر في محل الإجراء القضائي الشروط الآتية:

١. أن يكون محل الإجراء القضائي موجوداً ومعيناً

ويستلزم هذا الشرط أن يكون الحق المدعى به في عريضة الدعوى حالاً، أي إن الحق رافع الدعوى قد اعتدى عليه بالفعل أو حصل النزاع بصدده، فلا يجوز أن يكون معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل ويجب أن يكون محدداً من حيث المقدار، فإذا كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمته وأوصافه وإذا كان عقاراً يجب أن يذكر موقعه وحدوده أو موقعه ورقمه أو تسلسله[١].

٢. أن يكون محل الإجراء القضائي قابلاً للتعامل فيه

وهذا الشرط ليس له أهمية خاصة في مجال الإجراء القضائي، لأن القانون يحدد مقدماً مضمون كل إجراء ولا يترك للإرادة أي دور في هذا الشأن، ولذلك ذهب بعض الفقهاء[٢] إلى إن الإجراء القضائي بوصفه إبداء رغبة أمام القضاء يكون مشروعاً في ذاته.

ثالثاً: السبب في الإجراء القضائي

السبب هو الباعث أو الظروف التي تسوغ الإجراء القضائي ولا يحتل السبب في الإجراء القضائي نفس الأهمية التي يحتلها التصرف القانوني، ذلك إن الإجراء القضائي لا يعد تصرفاً قانونياً وإنما هو واقعة قانونية بالمعنى الضيق، تتجه فيها

١- الفقرة الخامسة من المادة (٤٦) من قانون المرافعات.

٢- د. فتحي والي- قانون القضاء المدني- ص٧٠٦.

إرادة الشخص إلى الإجراء ولكن لا دور لإرادته في تحديد آثاره لأن الذي يحدد هذه الآثار هو القانون، فضلاً عن ذلك إن الإجراء القضائي بوصفه قاعدة عامة، سواء تم من الخصوم أم الشهود أم الخبراء، يكون تحت إشراف ورقابة القضاء الذي يملك الصلاحية التامة فيما يتعلق بموافقتها للقانون أو عدم موافقتها.

رابعاً: الشكل في الإجراء القضائي

يعد الشكل من أهم الشروط المهمة لصحة الإجراء القضائي، لأن القاعدة العامة التي تقضي إن الإجراء هو عمل قانوني شكلي، لا ينشأ صحيحاً إلا بوجوده بالصورة التي حددها القانون، والشكل هو قد يكون عنصراً من عناصر الإجراء القضائي، كما في إقامة الدعوى، فكل دعوى يجب أن تقدم بعريضة[١]، ولقد يكون الشكل بوصفه ظرفاً يجب أن يتم فيه الإجراء فدعوى الدين أو المنقول، يجب أن تقام في مكان محكمة موطن المدعى عليه بوصفها قاعدة عامة[٢].

وقد يشترط القانون أن يتم الإجراء خلال مدة معينة وإلا سقط الحق فيه، إذ يقيد الإجراء بقيد زمني، فالدعوى تترك للمراجعة إذا اتفق الطرفان على ذلك أو إذا لم يحضر الخصوم بالرغم من تبليغهم وإذا بقيت الدعوى بعد ذلك عشرة أيام ولم يطلب الخصوم السير فيها، فإنها تعد مبطلة[٣] بحكم القانون، فالزمن هنا يعد ظرفاً يجب أن يتم فيه الإجراء القضائي وكذلك الأمر إذا مضت مدة الطعن في الحكم فإنه يترتب عليه سقوط الحق في الطعن[٤].

١- الفقرة الأولى من المادة (٤٤) من قانون المرافعات المدنية.

٢- الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون المرافعات.

٣- المادة (٥٤) من قانون المرافعات.

٤- المادة (١٧١) من قانون المرافعات.

المبحث الثاني
نظرية التبليغ القضائي

تحتل مشكلة التبليغ القضائي مكاناً مهماً في حسم الدعوى المدنية، بوصفها تعد من الإجراءات الجوهرية التي تتعلق بالنظام العام وضمان حسن التقاضي، فالدعوى إذا تمت دون تبليغ صحيح، فإن ذلك سيؤدي إلى تعذر قيام المحكمة بإجراءات الدعوى والوصول إلى حكم عادل فيها، إذ إن من أهم الأسباب التي تؤخر الحسم في الدعوى، هي إجراءات التبليغ لاسيما إذا كانت هذه الإجراءات لم تكن منظمة بصورة صحيحة أو كانت مرسلة عن طريق وسائل تقليدية، وهذا لا يؤثر فقط على سير إجراءات التبليغ، بل على الحقوق الموضوعية التي تتخذ إجراءات التبليغ حماية لها[١].

وعليه فإن مشكلة التبليغ القضائي، لكي تسهل إجراءاتها، يستلزم أن تستفيد المحاكم من كل الإمكانيات والتقنيات الحديثة، وبعكسه فإن ذلك سيكون مانعاً كبيراً في عدم انطلاق إجراءات التقاضي إلى تحقيق هدفها وهو الوصول إلى حسم الدعوى بأقصر وقت وأقل جهد وأدنى نفقات من أجل تحقيق معنى العدل التام.

وقد عني قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ، بتسيير إجراءات التبليغ، أسوة بما جرت عليه كثير من التشريعات، فاستخدمت التبليغ عن طريق الرسائل العادية، وأجاز كذلك أن يكون التبليغ عن طريق البرقية العادية في الحالات المستعجلة، إلى جانب طرق التبليغ القضائي الأخرى[٢]، غير أن هذا الاتجاه

١- للمزيد من التفاصيل في أهمية التبليغ القضائي راجع، د. عبد الباسط جميعي- مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد دار الفكر العربي ١٩٨٠ ص٤١٢، د. ص٤١٢، د. صلاح الدين الناهي- مبادئ التنظيم القضائي- عمان ١٩٨٣ ص١١٣، أستاذنا الدكتور آدم الدلوي- المرافعات المدنية- بغداد ١٩٨٨ ص١٦٧.

٢- راجع الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي والفقرة الخامسة من المادة (١٤) من هذا القانون.

الذي أخذ به المشرع العراقي لم يعد ينسجم مع التطورات الحديثة التي طرأت على أساليب التبليغ القضائي، إذ كشف التطور العلمي عن استخدام الرسائل الإلكترونية[١].

ونعتقد أنه سيكون لهذه الرسائل دور مهم في تبسيط إجراءات التبليغ القضائي، وهي الرسائل من وسائل الاتصال الفوري السريعة، والتي لم تنص عليها التشريعات العربية في قوانين المرافعات، بالرغم من أن العالم يشهد الآن تطوراً هائلاً باستخدام هذه الوسائل وبشكل لم يكن معهوداً من قبل. فالعالم يمر فعلاً بما يسمى بثورة الاتصالات، فقد مرت الرسائل والبرقيات العادية بثورة من التغيير والإبداع، وظهرت بشكلها الجديد الذي فرض نفسه في التعامل، ولاشك أن الكلفة الإجمالية للتبليغ بوساطة الرسائل الإلكترونية، ستنخفض بصورة واضحة، فضلاً عن السرعة والدقة في تبليغ الشخص المطلوب إعلامه بالتبليغ.

وبغية الإحاطة بنظرية التبليغ القضائي ارتأينا توزيعها إلى المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: ماهية التبليغ القضائي والأثر الذي يترتب على عدم صحته.

المطلب الثاني: أساليب تبليغ الأوراق القضائية.

المطلب الثالث: حالات التبليغ القضائي.

المطلب الرابع: مواعيد التبليغ القضائي.

١- للتوسع راجع بحثنا الموسوم «التبليغ القضائي بوساطة الرسائل الإلكترونية ودوره في حسم الدعوى المدنية- مجلة الرافدين للحقوق- كلية القانون/ جامعة الموصل- العدد الثالث أيلول ١٩٩٧ ص٢٨.

المطلب الأول

ماهية التبليغ القضائي والأثر الذي يترتب على عدم صحته

التبليغ القضائي[١]، إعلام الشخص المطلوب تبليغه بالأوراق القضائية وبما يتخذ ضده من إجراءات وذلك طبقاً للشكل الذي حدده القانون[٢] ويعد التبليغ القضائي من أهم تطبيقات مبدأ احترام حق الدفاع الذي يهدف إلى أعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم، إذ لا يجوز اتخاذ إجراء ضد الخصوم، دون تمكينه من الدفاع عن نفسه والوسيلة إلى ذلك هي ضرورة تبليغه بالإجراءات المتخذة ضده، سواء من قبل المحكمة أو بناء على طلب الخصم الأخر[٣].

والتبليغ القضائي في واقع الأمر، دراسة للشكل في قانون المرافعات، ولا يخفى أن للشكل أهمية كبيرة في هذا القانون، فإذا كانت القاعدة في القانون مبدأ حرية الشكل، فإن القاعدة في قانون المرافعات تنص على قانونية الشكل، بمعنى إنها بوصفها قاعدة عامة يجب أن لا تتم تبعاً للوسيلة التي يختارها الخصوم، بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون[٤]، فالتبليغ القضائي وسيلة شكلية يضعها القانون تحت تصرف الخصوم لحماية الحقوق التي يدعون بها، وذلك عندما يرغبون في الالتجاء إلى القضاء، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بأن «التبليغ القضائي يعد باطلاً وكأنه لم يقع إذا وقع خلافاً للقانون»[٥].

١- وتجدر الإشارة إلى إن المشرع المصري، استخدم مصطلح «الإعلان» بدلاً من «التبليغ»، ونعتقد أن المصطلح الأول أكثر دقة من الثاني، وهذا ما أوضحته المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري، إذ جاء فيها إن المشروع اكتفى بلفظ «الإعلان» لأنه يشمل التنبيه والأخبار والتبليغ والأخطار والإنذار والأعذار، للمزيد من التفصيل راجع د. احمد أبو الوفا- التعليق على نصوص قانون المرافعات- طبع الإسكندرية ط٥ ١٩٨٧ ص١١٠.

٢- في هذا المعنى، د. عبد الباسط جميعي- المرجع السابق ص٤١١، د. نبيل إسماعيل عمر- إعلان الأوراق القضائية- طبع جامعة الإسكندرية- ط١ ١٩٨١ ص١٢، أستاذنا الدكتور سعدون القشطيني- شرح أحكام المرافعات- طبع بغداد ١٩٧٩ ص٢١٣، عبد الرحمن العلام- شرح قانون المرافعات المدنية ج١ طبع بغداد ١٩٧٠ ص٢١٣.

٣- د. فتحي والي- الوسيط في قانون القضاء المدني- طبع القاهرة ١٩٨٧ ص٣٦٩.

٤- حسن مصطفى- إعلان الأوراق القضائية في ضوء قضاء النقض- طبع منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٨ص٣٧.

٥- رقم القرار ٦١١/ حقوقية ثانية/ ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٠/٢٢، أشار إليه الأستاذ إبراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاة محكمة التمييز قسم المرافعات المدنية- ١٩٩٠ ص١١٣.

والمقصود بورقة التبليغ القضائي، الورقة الرسمية التي تنظم من قبل المحكمة بنسختين أو أكثر، والتي يوقع الشخص المطلوب تبليغه على النسخة الأصلية منها والتي تعاد إلى المحكمة، مؤيداً إطلاعه على محتوياتها وبتسلمه النسخة الأخرى، وذلك بأن تعلم المحكمة من صحة تبليغ الشخص المطلوب تبليغه[١]. وتشمل ورقة التبليغ القضائي أية ورقة من أوراق الدعوى، سواء كانت عريضة الدعوى أو عريضة الاعتراض أو الاستئناف أو التمييز أو المعاملات التنفيذية أو السندات الكتابية التي يختص بها الكاتب العدل.

وتتصف ورقة التبليغ القضائي بالسمتين الآتيتين:

أولاً: الشكلية

ونقصد بالشكلية، أن تثبت ورقة التبليغ بالكتابة وان يرعى في تحريرها الأوضاع التي نص عليها القانون وذلك بأن تشتمل على البيانات التي أوجب ذكرها[٢]، وقد نصت المادة (١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ بأن الورقة المراد تبليغها، يجب أن تتضمن على البيانات الآتية:

١. رقم الدعوى وبيان اليوم والشهر والسنة التي حصل فيها التبليغ.

٢. اسم طالب التبليغ ولقبه وشهرته ومهنته أو وظيفته وموطنه فإن لم يكن موطنه معلوماً فأخر موطن كان له.

٣. بيان المحل الذي يختاره الطالب لغرض التبليغ.

٤. اسم المطلوب تبليغه ومهنته وموطنه (محل إقامته)، فإن لم يكن موطنه معلوماً، فأخر موطن كان له.

٥. اسم القائم بالتبليغ وتوقيعه.

٦. اسم من سلمت إليه صورة الورقة وصفته وتوقيعه على الأصل أو إثبات امتناعه وسببه إن وجد.

٧. المحكمة التي يجب الحضور إليها واليوم والساعة الواجب الحضور فيها.

١- راجع المادة ١٥، ١٦، ١٩، من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٢- د. احمد أبو الوفا- نظرية الدفوع- طبع منشأة المعارف الإسكندرية ط٨- ١٩٨٨ ص٢٤١.

وهذه البيانات التي استلزمتها المادة (١٦) من قانون المرافعات، بيانات مهمة تجعل الشخص المطلوب تبليغه على بينة من تدبر الأمر الذي يراد تبليغه فيه، وعليه فإن اشتراط كتابة هذه البيانات، ليس لمجرد ضمان لثبوتها وإنما كتابتها شرط لوجود هـذه الورقة بالفعل، وهذا هو الذي يسـوغ توضيح القاعـدة التي تقضي بان الإجراء يندمج في دليله، فالورقة المثبتة له تعد هي ذات الإجراء ودراستها دراسـة له، ولا يمكن إثابتها إلا بتقديم الشـهود أو بالإقرار القضائي، لأن إتمام إجراءات هذه الورقة بالكتابة أمر يوجبه النظام العام[١]، وهي الدليل الوحيد على وجودها. ويجب أن تكتب ورقة التبليغ باللغة العربية لأنها لغة المحاكم، فإن كتبت بخط لا يقرأ فإن بياناتها تعد معدومـة ويحكـم ببطلانها، غير إنه لا يوجد مانع قانوني مـن كتابتها بلغة أجنبية إذا كان المطلـوب تبليغـه متواجداً في بلد أجنبي وفي لغة تلك الدول الأجنبية بشـرط أن تكون الكتابة واضحة وان تدون فيها جميع البيانات التي اسـتلزمتها المادة (١٦) من قانون المرافعات[٢].

ثانياً: الرسمية

ورقة التبليغ القضائي هي سـند رسـمي، ذلك لأنها تصدر من المحكمة وثبت فيها المبلّغ القضائي المعين من قبل وزارة العدل أو موزع البريد ما تم على يديه طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه[٣].

وعليـه فإن ورقة التبليغ القضائي تكون حجـة على جميع الناس بما يثبته فيها المبلـغ القضائـي أو موزع البريد من البيانات التي دونها بنفسـه، وشـهد بذلك على صحتها، فمثلاً ما يثبته في ورقة التبليغ بأنه وجد دار الشخص المطلوب تبليغه مغلقاً وإنه لم يجد المدين فيه، فإن هذه البيانات لا يجوز إثباتها بالشهادة أو القرائن القضائية، بل يجب اتخاذ طريق الطعن بالتزوير[٤]، لأن هذه الورقة الرسـمية قد حررها المبلغ

١- تجـدر الإشـارة إلى إن محكمة النقض الفرنسـية، قضت فـي أحد أحكامها بأن الإقـرار القضائي يكفي لإثبـات قيـام التبليغ وصحته، وقد كان هذا الحكم محل نقد شـديد من قبل الفقيه جارسـونيه، إذ تسـاءل عن إمكانية السـير مـع هذا المبدأ إثبات عقد الزواج أو الرهن التأمينـي بالإقرار القضائي، راجع نقض دالـوز- وجارسـونيه (٢) رقم (٩١) أشـار إلى ذلك الدكتور احمـد أبو الوفا- نظريـة الدفوع- المرجع السابق- ص٢٤١.

٢- أستاذنا ضياء شيت خطاب- الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية- بغداد ١٩٨٣ ص١٩٧.

٣- راجع الفقرة الأولى من المادة (٢١) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٤- راجع الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من قانون الإثبات.

القضائي وهو موظف عام مختص بتحريرها[١]. وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية «إنه لدى الرجوع إلى شرح المبلغ، وجد متضمناً إنه قام بلصق النسخة الأولى من مذكرة الأخبار بالتنفيذ إلى شرح الدار بعدما وجدها مغلقة، ولم يجد المدين فيها ولا أحد من أفراد عائلته، لذا يكون هذا التبليغ باطلاً استناداً إلى أحكام المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية لسنة ١٩٦٩، لأن لصق مذكرة الأخبار بالتنفيذ يجري عند امتناع المطلوب تبليغه في محل إقامته ومحل عمله وهذا لم يحصل»[٢].

الأثر الذي يترتب على التبليغ

يهدف التبليغ القضائي إلى علم الخصم بما يتخذه ضده من إجراءات قانونية وبمواعيد المرافعات، وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتدبر أمره ودفاعه في رد دعوى الخصم الآخر، لذلك فإن التبليغ القضائي الصحيح يجب أن يتم طبقاً للطريقة التي رسمها قانون المرافعات. فهذه الإجراءات تعد من القواعد الشكلية التي يلزم مراعاتها بكل دقة، وان مخالفة هذه الإجراءات يترتب عليها نتائج ضارة، تؤدي إلى عرقلة الحسم في الدعوى، وبتالي اختلال عنصر الثقة في التنظيم القضائي، وضياع حقوق الأفراد، وعليه فإن احترام قواعد إجراءات التبليغ وعدم مخالفتها، يهدف المشرع منها إلى تنظيم حسن سير العدالة وحماية مصالح الخصوم وكفالة حق التقاضي، الأمر الذي جعل المشرع يلزم الأفراد والمحكمة على وجوب التمسك بالقواعد التي أوجبها القانون لإجراء التبليغات القضائية، وقد نصت المادة (٢٧) من قانون المرافعات المدنية النافذ إن التبليغ القضائي يعد باطلاً إذا شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية منه، كما لو كان الموعد المذكور في التبليغ، يختلف عن موعد المرافعة، أو كان المطلوب تبليغه هو غير الشخص الذي جرى تبليغه، وعيوب التبليغ هذه تؤثر على صحة التبليغ والجزاء الذي يرتبه عليها القانون هو البطلان.

١- راجع قرار محكمة المنيا الابتدائية لسنة ١٩٤٠ والمنشور في مجلة المحاماة المصرية العدد (٢١) ص٣٤٩.

٢- رقم القرار ٢٨٣/ تنفيذ/ ١٩٩٣ في ١٩٩٣/٤/١٥ قرار غير منشور أشار إليه الأستاذ مدحت محمود- شرح قانون المرافعات المدنية- طبع بغداد الجزء الأول ١٩٩٤ ص٣٢.

وبطلان التبليغ دفع شكلي، يستطيع الخصم أن يدفع به، مطالباً ببطلان الإجراءات المتخذة، إذا تمت خلافاً للطريقة التي نص عليها القانون، غير إن حق الخصم في التمسك بهذا الدفع مقيد بالقيدين الآتيتين:

القيد الأول: يجب إبداء الدفع ببطلان تبليغ عريضة الدعوى أو الأوراق الأخرى قبل أي دفع أو طلب آخر وإلا سقط الحق فيه وتفضل فيه المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى.

القيد الثاني: يجب إبداء هذا الدفع في عريضة الاعتراض أو الاستئناف وإلا سقط الحق فيه.

وأوضحت الفقرة الثانية من المادة (٧٣) من قانون المرافعات على إن بطلان التبليغ يزول إذا حضر المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه في اليوم المحدد، ذلك إن الغاية من التبليغ تكون قد تمت وهي حضور المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه.

المطلب الثاني
أساليب تبليغ الأوراق القضائية

حددت المادة (١٣) من قانون المرافعات النافذ أساليب تبليغ الأوراق القضائية فأشارت هذه المادة أن الذي يقوم بمهمة التبليغ القضائي من يعينهم وزير العدل ويطلق على هؤلاء «المبلغين القضائيين» وإلى جانب هؤلاء أجازت هذه المادة إجراء التبليغ القضائي برسالة رسمية من المحكمة بوساطة البريد المسجل المرجع أو ببرقية مرجعة في الأمور المستعجلة بقرار من المحكمة، ويجوز كذلك قيام رجال الشرطة بمهمة التبليغ في الأماكن التي لا توجد فيها مكاتب للبريد أو عدد كاف من المبلغين القضائيين، ولم يشر القانون إلى التبليغ بالرسائل الإلكترونية، وسنتناول دراسة هذه الأمور في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التبليغ القضائي بالرسائل والبرقيات العادية.

الفرع الثاني: التبليغ القضائي بالرسائل الإلكترونية.

الفرع الأول
التبليغ القضائي بالرسائل والبرقيات العادية

التعامل بالرسائل والبرقيات لم يكن أمراً مألوفاً في الماضي بين الأفراد أو المحاكم، بسبب صعوبة الموصلات ولأن يحتاج إلى درجة كبيرة من رقي الحضارة، ولكن بعد انتشار التعامل بالمراسلات في العصر الحديث، بفضل التقدم الصناعي والعلمي والتطور الكبير لنظام الموصلات لاسيما وسائل النقل البرية والجوية وسرعة انتشارها بين مختلف أنحاء العالم، اتسع نطاق الرسائل والبرقيات، مما حدا بالمشرعين على النص عليها ومساواتهما بالسندات العادية من حيث الحجية في الإثبات، وقد علل قانون المرافعات العراقي النافذ في مذكرة الأسباب الموجبة سبب قبول مبدأ التبليغ بوساطة البريد بأن «القانون الجديد عني بتيسير إجراءات التبليغ فاستحدث فضلاً عن طرائق التبليغ الأصلية وأسوة بما جرى عليه كثير من التشريعات، إجراء التبليغ بوساطة البريد المسجل المرجع». كما أشارت الفقرة الخامسة من المادة (١٤) من قانون المرافعات التي استحدثت التبليغ بوساطة البرقية المرجعة، وهي طريقة جديدة، عرفها قانون المرافعات المدنية من خلال التعديل السابع له والصادر عام ١٩٧٩[1].

والرسالة خطاب مكتوب يرسل من شخص إلى آخر بشأن المعاملات أو التعهدات التجارية بينهما، أو بشأن أية مسألة أخرى تهم الطرفين أو تصدر من المحكمة بوصفها وسيلة من وسائل التبليغ القضائي للشخص المطلوب تبليغه وقد حدد قانون البريد العراقي رقم (٩٧) لسنة ١٩٧ في الفقرة الأولى من المادة السادسة منه، الرسائل بأنها «جميع الأوراق المكتوبة باليد أو المطبوعة والتي يكون لها بالنسبة إلى المرسل إليه صفة التراسل الحالي والشخصي أو يمكن أن تقوم مقامه» وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف[2] اللبنانية بأن «العبارة الفرنسية للرسالة Lettre-missive لغة واصطلاحاً تشمل جميع الرسائل حتى ما كان منها مرسلاً بغير واسطة البريد، كما لو أرسلت عن طريق الرسول والبرقية كما ورد في قاموس دالوز العملي تحت الكلمة المذكورة رقم -٢-".

١- راجع الفقرة الثانية من المادة (٧٣) من قانون المرافعات.

٢- القرار ٢٤١ في ١٩٤٥/١٠/٨، أشار إليه سمير سامي الحلبي- موسوعة البيانات في المواد المدنية والتجارية وفقاً للاجتهاد اللبناني- ص١ ١٩٧٩ ص١٧١.

أما البرقية العادية، فهي رسالة مختصة يوجهها شخص أو المحكمة إلى آخر بوساطة دائرة البريد التي تحتفظ بأصلها وتعطي من وجهت إليه صورة عنها[1] وقد أوضحت المادة (١٤) من قانون المرافعات كيفية حصول التبليغ بوساطة دائرة البريد وحددت واجبات موزعي البريد عند قيامهم بتوزيع الرسائل والبرقيات ونشير إلى هذه الإجراءات حسب التفصيل الذي أوردته المادة (١٤).

١. التبليغ بوساطة البريد يصدر من المحكمة بوضع ورقة التبليغ في مظروف بعنوان رسالة قضائية، ويذكر على الغلاف رقم الدعوى ومحتويات الرسالة والتاريخ وتوقيع المعاون القضائي وتختم بختم المحكم . وتودع الرسالة في اليوم التالي على الأكثر بدائرة البريد لإرسالها بطريق البريد المسجل المرجع.

٢. يقوم موزع البريد بتسليم الرسالة إلى الشخص المراد تبليغه أو في محل إقامته إلى زوجه أو من يكون مقيماً معه من أقاربه وأصهاره أو من يعمل في خدمته من المميزين أو إلى من يمثله قانوناً.

٣. إذا رفض التسلم أحد ممن ذكروا أو رفض التوقيع بالتسلم أو استحال عليه التوقيع يثبت الموزع ذلك الرفض أو الامتناع بوصل التسلم وعلى غلاف الرسالة وفي الدفتر المعد لذلك ويعيد الرسالة إلى المحكمة وتعتبر الرسالة بذلك مبلغة.

٤. إذا تبين إن المطلوب تبليغه غائب أو ليس له محل إقامة أو مسكن معلوم أو انتقل إلى محل آخر أو إن العنوان وهمي، يثبت موزع البريد ذلك بوصل التسلم والغلاف والدفتر المعد لذلك ويعيد الرسالة إلى المحكمة.

٥. أ- يصدر التبليغ بواسطة البرقية المرجعة من المحكمة وفق النموذج الذي تعده وزارة العدل، وتودع في نفس اليوم أو في اليوم التالي على الأكثر بدائرة البريد المختصة وتعتبر نفقات البرقية من مصاريف الدعوى.

ب- تسلم البرقية إلى الشخص المخاطب بها في محل عمله أو في محل إقامته، أو إلى من يمثله قانوناً أو من يعمل معه أو إلى زوجته أو من يكون مقيماً معه من أصهاره أو أقاربه من المميزين، ويعتبر المخاطب بها مبلغاً بتاريخ تسلمه لها، أو تسلمها من قبل أي هؤلاء المبين في أشعار دائرة البرق المختصة. وإذا

١- د. إدوار عيد- قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية- الجزء الأول بيروت ١٩٦١ ص٢٩٥.

امتنع أي منهم عن تسلم البرقية يثبت الموزع ذلك في أشعار عدم تسلم البرقية وتخبر المحكمة بذلك، ويعتبر الامتناع عن تسلم البرقية تبليغاً.

ج- إذا تبين إن المطلوب تبليغه قد انتقل إلى محل آخر أو إن العنوان غير صحيح، يثبت الموزع ذلك في أشعار عدم تسلم البرقية، وتخبر المحكمة القضائية بذلك.

وبالرغم من التبليغ القضائي عن طريق الرسائل والبرقيات من طرق التبليغ الجديدة ولا تكلف كثيراً[١] وتعد من الواجبات التي تتولاها المحكمة[٢]، فإن الواقع العملي للمحاكم في العراق، يرينا إن مهمة التبليغ في الوقت الحاضر يقوم بها إما المبلغين القضائيين أو رجال الشرطة، إذ لم تألف المحاكم على استعمال الرسالة القضائية، بوصفها وسيلة من وسائل التبليغ، بالرغم مما توفره من إجراءات تؤدي إلى الاقتصاد بالوقت والجهد، فضلاً إن هناك العديد من التشريعات، كالتشريع الألماني وتشريع النمسا[٣] يجيز التبليغ القضائي في كثير من الحالات بوساطة الرسائل والبرقيات عن طريق دائرة البريد ودون حاجة إلى وساطة المبلغ القضائي أو رجال الشرطة، وقد استغنى المشرع الإيطالي عن الطرق الأخرى للتبليغ واعتمد على التبليغ بوساطة البريد[٤]. وكانت اللجنة التي قامت بتعديل قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٣٥، قد فكرت في إحلال البريد محل المبلغ القضائي في إجراء التبليغ، بقصد توفير الجهد في الوقت وقلة النفقات والمصاريف، غير إن اللجنة المذكورة قد عدلت عن هذا الاتجاه، مسوغة ذلك بأن المبلغ القضائي يقوم بالتبليغ بوصفه وكيلاً عن الخصم طالب التبليغ، وبالتالي فهو مسؤول عن خطئه أو تقصيره

١- سليس وبيرو- جزء أول بند ٣٥٢ ص٣٢١، أشار إليه الدكتور فتحي والي المرجع السابق ص٣٧٠.

٢- جاء في القرار التمييزي ٢٦٣/مستعجل/٩٩٠ في ١٩٩٠/٦/٢٨ (غير منشور) أشار إليه الأستاذ مدحت المحمود- المرجع السابق ص٢٨ «بأنه وجد إن القرار المميز مخالف للقانون، ذلك إن مهمة تبليغ الخصوم تتولاها المحكمة بواسطة من ذكروا في الفقرة (١) من المادة (١٣) من قانون المرافعات المدنية، بعدما يعطي المدعي عناوينهم، وحيث إن المدعي قد أعطى عناوين المدعى عليهما، فقد أصبح متابعة التبليغ من واجب المحكمة وليس من واجب المدعي وفي هذه الدعوى هو دائرة من دوائر الدولة، فكان المقتضى بدلاً من أبطال عريضة الدعوى الاتصال بمراجع المبلغين وشرح الكيفية والوصول إلى تبليغ المدعى عليها، وحيث إن محكمة الموضوع سارت بخلاف ذلك في قرارها المميز، لذا قرر نقضه».

٣- للمزيد من التفصيل راجع د. احمد أبو الوفا- نظرية الدفوع- المرجع السابقص٥٢٨.

٤- راجع المادة الخامسة والسادسة من مشروع قانون المرافعات الإيطالي، مشار إليه عند الدكتور احمد أبو الوفا- الإشارة السابقة.

أو مخالفتـه للقانون، وتكون مسـؤوليته[١] مدنية وانضباطية، أمـا دائرة البريد فإنها ليسـت مسـؤولة عن فقد الرسـالة عن تأخير وصول الرسـالة[٢] وعندما جاء قانون المرافعات الفرنسـي لعام ١٩٤٩ اعتمد التبليغ القضائي بوصفه وسـيلة مهمة تساعد المبلغ القضائي في تخفيف العبء عنه، فضلاً عن مزاياها بالاحتفاظ بسـرية التبليغ غير إنه لم يتخل عن المبلغ القضائي.

ونعتقـد إن عدم اعتماد المحاكم على التبليغ القضائي عن طريق البريد، يرجع إلى إهمال موزعي البريد في تسـليم الرسـائل والبرقيات إلى الأشـخاص المطلوب تبليغهـم، مما يترتب عن ذلك في كثير من الأحوال، تعقيد إجراءات التبليغ وبطؤها، وهـذا الإهمال يمكن أن نلاحظـه أيضاً عن المبلغين القضائيين. ومهما يكن من أمر، فـإن عـدم اعتماد المحاكم على الرسـائل والبرقيات في وقتها، يعـد قصوراً من هذه المحاكم، كان الأجدر بها أن تتلافاه، ذلك لأن التبليغ عن الرسائل والبرقيات، الأصل فيـه إنـه وجد لكي يقلل من فرص البطلان وتخفيف العبء عن المحاكم الناشـئ عن بطيء التبليغات وتعقيدها، وإذا كانت هذه الوسائل العادية لم تحقق هذا الغرض، فإن التطور العلمي قد كشـف عن وسـائل جديدة في التبليغ القضائي، ألا وهي الرسـائل الإلكترونية وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني الآتي:

الفرع الثاني
التبليغ القضائي بالرسائل الإلكترونية

الرسـائل الإلكترونية وسـائل جديدة في عالم الاتصالات، فرضت نفسـها في التعامـل بوصفها البديـل العصري للتعاقد والتبليغ بالمراسـلة عن طريق الرسـائل والبرقيـات العادية، ويؤكد علماء السـلوك[٣] الإنسـاني «Human Behaviour»

١- شـددت الفقـرة الثالثة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحـل المرقم ٦٦٩ في ١٩٧٠/٨/٢٢ العقوبة على كل موظف أو مكلف بخدمة عامة يسبب في تأخير حسم الدعوى لعدم قيامه بإجراءات التبليغ، فضلاً عن اتخاذ كافة الإجراءات الانضباطية وفق القانون «The post office as the agent».

٢- وبالرغـم مـن إن القانون الانجليزي قـد عد دائرة البريد بمثابة وكيل قانوني لطالـب التبليغ، فإنها أيضاً غير مسؤولة عن مخاطر تأخير الرسالة أو ضياعها، Anson›s Law of Contract, 24 Edition, oxford 1975, p. 45.

٣- للمزيد من التفصيل راجع د. عبد العزيز فهمي هيكل- التطور الالكتروني للمكتب ١٩٨٥ ص٩.

بأن الرسائل الإلكترونية، ستفرض تغييرات عميقة على الطرق التقليدية في التبليغ، وان هذه الأخيرة ستكون آخر مخلفات العصر الحالي من وجهة اعتمادها، بوصفها دليلاً لإثبات التبليغ والتعاقد، ويمكن أن نعرف هذه الرسائل، بأنها سندات كهربية "الكترونية" مستخرجة من أجهزة حديثة متطورة في عالم الاتصالات، وتظهر هذه الرسائل على ورق خاص وذلك خلال ثوان معدودات، وان بعدت المسافة المكانية بين المحكمة والشخص المطلوب تبليغه.

وتمر الرسائل الإلكترونية، بمرحلة هائلة من التطور السريع، إذ تدخل عليها في كل يوم أساليب جديدة، فتطور نظام المعلومات والتقنيات وما وصلت إليه الاختراعات والاكتشافات العلمية في مجال الاتصالات البعيدة، جعل العالم يقف على أعتاب مرحلة جديدة مهمة من مراحل التطور والتقدم في تاريخ الحضارة والاتصالات الإنسانية، فمن يطلع على المجالات الاختصاصية في عالم الاتصال، كما في سلسلة مجلة Engineering Tele communication journal magazine والنشرات التي تصدرها وسائل الاتصال للمستقبل القريب والبعيد والتي تؤكد على قيام النشاطات الاقتصادية ودون الاستعانة بالمستندات المادية الورقية التقليدية.

وأهم الرسائل الإلكترونية التي أصبح استخدامها يتزايد بشكل كبير في التعامل، هي الرسائل المستخرجة من التلكس[1] والفاكسيمل. وستقتصر دراستنا على الرسائل الإلكترونية المستخرجة من الفاكسيمل، بوصف إن هذه الرسائل، تعد من أسرع الخدمات البريدية في عالم الاتصالات وأكثرها تطوراً ويطلق عليها الاستنساخ عن بعد أو نقل الصورة بالهاتف Tele Facsimile، ويعرف الفاكسيمل بأنه جهاز استنساخ بالهاتف، يمكن به نقل الرسائل والبرقيات والمستندات المكتوبة بخط اليد أو المطبوعة على آلة الطابعة بكامل محتوياتها وتسلم صورة منها كأصلها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية، سواء داخل القطر

١ـ التلكس: جهاز طباعة الكتروني مبرق متصل ببدالة، يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون احمر والبيانات الصادرة من المرسل إليه باللون الأسود، ويتم استلام الرسائل سواء أكان داخل القطر أم خارجه. للمزيد من التفصيل راجع رسالتنا- التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني- رسالة دكتوراه في القانون المدني/ جامعة بغداد ١٩٩٤. ص١٣ وما بعدها.
ولقد ظهرت وسائل جديدة أخرى، غير إن هذه الوسائل لا تزال قيد التطوير والتخطيط وتنفيذها مقتصر على عدد من الدول الأوربية المتقدمة. وأهم هذه الدول: الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا واليابان وهولندا. ونشير إلى أهم هذه الوسائل الجديدة.

أو خارجه، ويتم تسلم هذه الرسائل والمستندات بسرعة قياسية لا تزيد عن (٣٠) ثانية[١].

ونظراً لحداثة استخدام جهاز الفاكسيمل من قبل الأفراد والمحاكم في التعامل، فإن التشريعات العربية لم تنظم أحكام السندات المستخرجة منه، خلافاً لتشريعات الدول المتقدمة والاتفاقيات الدولية، فقد نظمت أحكامه وعدته من ضمن السندات الكتابية[٢]. فمثلاً يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية، العديد من التشريعات والقواعد والأحكام القضائية التي تسمح باستخدام السندات الإلكترونية ومنها الفاكسيمل ومن هذه التشريعات القانون التجاري الموحد «Uniform Commercial Code»، وعدت السندات الإلكترونية المستخرجة من جهاز الفاكسيمل وأي سند الكتروني آخر يستخرج بهذه الطريقة من ضمن السندات الكتابية، مادامت هذه السندات تتطابق مع الأصل[٣]. واستناداً إلى المادة العاشرة من قانون الإثبات الانجليزي لسنة ١٩٦٨، فإنه يمكن أن نعد السندات المستخرجة من الفاكسيمل، سندات كتابية، وهذا ما أخذ به المشرع الكندي بصفة عامة أيضاً[٤].

١- التيليتكس Teletex، جهاز يشبه نظام التلكس، الا إنه أكثر تطوراً منه، إذ تكون سرعته أكبر بكثير من سرعة الإرسال بواسطة التلكس، إذ يفوقه بخمسين مرة. للمزيد من التفصيل راجع
Tydeman, Teletex Videotexts in the United States, New York , 1982, p. 59.

٢- الفيديو تكس Video tex ويتم عن طريق هذا الجهاز تبادل الرسائل على شاشة تلفزيونية بطريقة تشبه نظام التليتكس، وهذا النظام لا يزال في مرحلة التجارب وهو نظام مزدوج، ينقل الصورة بوساطة أحد أنظمة الاتصالات الأخرى كالهاتف. راجع تايد من الإشارة السابقة.

٣- نقلت أول صورة عبر شبكات الهاتف الاعتيادية على يد العالم الأمريكي (إدوارد بيليني) في ١٩٠٧/١١/٩، وقد نقلت الرسائل إلى جهاز المستقبل الذي عكسها من خلال دوائر كهربية، تقوم بتسجيل هذه الرسائل (نقطة نقطة) أو على ورق خاص يتأثر بالتيار الكهربائي، ومجموع النقاط تشكل الصور أو الوثيقة المراد إرسالها وقد شاع استخدام جهاز الفاكسيمل في بلدان العالم المتقدمة في بداية السبعينات، ودخلت خدمة الفاكسيمل على صعيد القطر العراقي في عام ١٩٨١، واقتصر استخدامه على دوائر المنشأة العامة للاتصالات والبريد وبعض الدوائر الرسمية وكان استخدامه محظوراً من قبل الأفراد في معاملاتهم اليومية، ثم أجيز استخدامه في عام ١٩٨٤ لكافة الأفراد ولدوائر الدولة والشركات، فضلاً عن ذلك إن المؤسسة وضعت عدداً من الأجهزة لخدمة المواطنين في عدد من مكاتب البريد، أطلق عليها «البريد الالكتروني».

٤- راجع الفقرة الثالثة من المادة (١٤) من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحراً لسنة ١٩٧٨ (قواعد هامبورغ)، إذ جاء فيها بأنه يجوز أن يكون التوقيع على سند الشحن بخط اليد أو بالصورة المطابقة للأصل (الفاكسيمل) Facsimile. وراجع كذلك الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي متعدد الوسائل للبضائع لسنة ١٩٨٠.

والمشرع الفرنسي في التعديل الذي تبناه في قانون إثبات التصرفات القانونية في ١٩٨٠/٧/١٢ للمادة (١٣٤٨) من القانون المدني، بل إن هذا التعديل امتد إلى نظام «التليماتك» Telematic والذي يعد أكثر تطوراً من السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكسيمل، إذ يشكل نظام التليماتك تحدياً حقيقياً للسندات الكتابية في المفهوم التقليدي ويستبدلها بنظام يعتمد على الموجات الشعاعية[١].

وهكذا يتضح بأن الاتجاه الجديد، يأخذ بالمفهوم الحديث للسندات الإلكترونية ويعطيها حجية الأصل، وذلك مسايرة للتطور الذي وصلت إليه تكنولوجيا وسائل الاتصال، ولا يوجد مسوغ قانوني يلزم بالتمسك بضوابط السندات التقليدية الكتابية، وقد شددت الدراسات التي قام بها المركز القومي للتخطيط والتطوير الإداري في العراق بضرورة الوسائل الحديثة في التبليغ والتخاطب، لاسيما جهاز نقل الصورة بالهاتف «الفاكسيمل» وأوصت الدراسة بوضع التشريعات القانونية والإدارية لاستخدام السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق جهاز الفاكسيمل وتوفير الأساس القانوني في اعتمادها، بإعطاء الرسالة الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكسيمل، الحجية القانونية لأصل السند الذي استنسخ منه هذا السند، وبعكسه فإن تجاهل هذه الوسائل التي فرضت في التعامل نفسها وعدم استخدامها بصورة فاعلة وواسعة يضعنا في تعداد الحالة المختلفة عن ركب التطور في مجال الاتصالات[٢]. ذلك إن التعامل اليومي للأفراد، أثبت بأن الرسائل المرسلة عن طريق جهاز الفاكسيمل، تعد من أفضل الوسائل الأخرى الحديثة في التبليغ القضائي، لاسيما في تبليغ الدوائر الرسمية ومؤسسات الدولة الأخرى والشركات والجمعيات، وفي تبليغ الشركات الأجنبية والأشخاص الموجودين خارج القطر، فقد أصبح استخدامه اعتيادياً في أغلب مكاتب دول العالم، ونكاد لا نرى دائرة أو شركة لا تمتلك جهاز فاكسيمل، ويرجع السبب في ذلك للفوائد المتحققة من استخدامه والتي يمكن تحديدها في النقاط الآتية:

١- Amelia. H. Boss, A legislative Response to the Issues of Software Contracting, New York, 1993 p. 28.

ويشير الأستاذ بوبلت بأن المشرع الفرنسي أجاز استخدام السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكسيمل في القانون الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٦/٢٦ وعدة من ضمن السندات المكتوبة في المعاملات التجارية

Poullet, Telebinking, Tele Shopping and the Law, New York, 1988, p. 61.

٢- راجع الدراسة رقم (١٧) التي قام بها المركز القومي للتخطيط والتطوير الإداري بشأن استخدام وسائل الاتصال الحديثة- دراسة مسحوبة بالرونيو بغداد ١٩٨٨ ص٢٤.

١. توفير الوقت واختصاره بشكل كبير، إذ يمكن إرسال الرسائل والبرقيات في مدة لا تتجاوز الدقيقة الواحدة.

٢. ضمان وصول الرسائل والمحافظة على سريتها وانعدام احتمال ضياعها، إذ يوفر نظام الفاكسيمل أمنية عالية للمراسلات، كما إنه يصدق على الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكسيمل، مبدأ السرية الوارد في قانون البريد رقم (٩٧) لسنة ١٩٧٣، والذي يكفل سريتها في مرحلة الإيراد والتوزيع، شأنها شأن الرسائل العادية، ونظراً لأن الرسائل الإلكترونية، يمكن قراءتها أثناء عملية الإرسال، فإن النص على استثنائها من السرية، يكون مماثلاً للنص الخاص بالبطاقات البريدية والرسائل المرسلة بأغلفة مفتوحة، ويرفض إرسالها إذا كانت محتوياتها مخالفة بشكل واضح للقانون والآداب العامة.

٣. تجنب جميع الأخطاء التي يمكن وقوعها عن طريق الاتصال بالهاتف أو البرق أو التلكس، لأن الرسائل المرسلة عن طريق نظام الفاكسيمل لا تحتاج إلى تدقيق الأخطاء فيها، لأنها تصل بالصورة والشكل والحجم نفسها، فالأخطاء خلال النقل بهذا النظام تعد معدومة.

٤. لا يحتاج جهاز الفاكسيمل إلى عناصر مدربة لتشغيله، فالذي يستخدمه لا يحتاج أن يكون ملماً بالطباعة، كما هو الحال بالتلكس، مما يؤدي إلى اختصار الكثير من المتاعب، فجهاز الفاكسيمل سهل الاستخدام يشبه أجهزة التصوير (الاستنساخ) وبإمكان مستخدم الجهاز نقل رسالة بخط يده إلى المركز الآخر وتلك ميزة لا توجد في غيره من وسائل الاتصال، وذلك عكس جهاز التلكس فالذي يروم تشغيله عليه، أن يجيد الضرب على الآلة الطابعة باللغة العربية واللاتينية، ويحتاج إلى دورة تدريبية في كيفية الطبع والتخريم وتعلم المصطلحات الدولية في التلكس.

٥. قلة المشاكل اللغوية، فاستخدام جهاز الفاكسيمل يحول دون إساءة فهم اللهجات واللغات، ولذلك تزداد أهميته في الدول التي لا تستعمل الأحرف اللاتينية، كما هو الحال في الصين واليابان واليونان وروسيا[1].

وقد أخذت بالمفهوم الجديد للسندات الإلكترونية محكمة التمييز العراقية فجعلت من الأعذار المرسل عن طريق السند الالكتروني صحيحاً وموافقاً للقانون، إذ نقضت

١- راجع الندوة الثانية للمديرين العامين البريديين العرب- دبي- ١٩٨٣- ص٢٥ وما بعدها.

قـراراً لمحكمـة البداءة لعدم قبولها أن يكون السـند الالكتروني التي يجوز فيها تبليغ وأعذار الخصوم، وفقاً لأحكام المادة (٣٥٧) من القانون المدني[١].

وفـي قرار حديـث آخر أقرت محكمـة التمييـز العراقية، مشـروعية التبليغ عـن طريق السـند الالكتروني، وجاء فـي القرار «إنه في الموعـد المحدد للمرافعة حضر وكيل المدعي ولم يحضر المدعى عليه على الرغم من تبليغه بموجب السـند الالكترونـي «التلكس»، فقررت المحكمة إجـراء المرافعة غيابياً وعلنا وذلك لثبوت تبليغ المدعى عليه عن طريق التلكس بتوسط مصرف الرشيد/ الموصل الثالثة»[٢].

المطلب الثالث

حالات التبليغ القضائي

يجري التبليغ القضائي للأشخاص المطلوب تبليغهم على النحو الآتي:

أولاً: إجراءات تبليغ الشخص الطبيعي

حددت المادة (١٨) من قانون المرافعات المدنية المعدل الأشخاص الذين تسلم إليهـم ورقـة التبليغ حتى يكون التبليغ للمراد إعلامه قـد تم وفقاً للصورة التي حددها القانون، فنصت على إن «تسـلم الورقة المطلوب تبليغها إلى الشخص نفسه ولو كان خـارج محل إقامته أو تسـلم فـي محل إقامته إلى زوجه أو من يكـون مقيماً معه من أقاربـه أو أصهـاره أو ممن يعملون فقي خدمته من المميزين وكذلك يجوز أن تسـلم الورقة إلى مسـتخدميه في محل عمله»، وقد أجازت هذه المادة تبليغ الشـخص وسن التمييز الذي نص عليه القانون المدني هو من كان قد أكمل سن السابعة من العمر[٣]، وهذا الشـخص لا يملك من الإدراك والدراية في معرفة أهمية التبليغ ليسـتطيع بعد ذلك إيصال الأوراق القضائية إلى الشـخص المطلوب تبليغه وهو لا يحسـن التوقيع ويصعـب عليه إدراك أهمية امتناعه عن تسـلم ورقة التبليغ، لذلك نتفق مع أسـتاذنا

١- قرار غير منشور رقم ٣/٥٣٥ منقول في ١٩٩٠/٩/٤.

٢- قرار غير منشور صادر من محكمة بداءة الموصل رقم ١٨٩٨ في ١٩٩٤/٦/١٣.

٣- المادة (٩٧) من القانون المدني.

الدكتـور سـعدون[١] القشـطيني بضرورة النص علـى أن يكون ذلك الشـخص من البالغين، لأن السماح بجواز تبليغ الشخص المميز فيه الكثير من المحاذير.

وحددت المادة (١٩) من قانون المرافعات واجبات المبلغ عند تسـليمه الورقة المطلـوب تبليغها وأوجبت عليه أخذ توقيع من سـلمت إليـه الورقة أو بصمة إبهامه على النسـخة الأصلية من الورقة، إقراراً منه بتسلم النسخة الثانية من الورقة المراد تبليغه، ولا يؤخذ بالختم الشـخصي بوصفه أسلوباً للتوقيع وذلك استناداً للفقرة الثانية مـن المـادة (٤٢) مـن قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسـنة ١٩٧٩ والتـي ألغت العمل بالأختام الشخصية، وبعد أن يوقع القائم بالتبليغ على النسخة الأصلية مؤيداً ما تم مع بيان تاريخ وسـاعة التبليغ الذي يعد من البيانات المهمة لاحتساب مدة الطعن لاسيما إذا كان الأمر متعلقاً بتبليغ حكم أو إنذار أو غيره.

وإذا امتنع المطلوب تبليغه عن تسلم الورقة أو امتنع عن ذلك من يصح تبليغه، يحرر القائم بالتبليغ شـرحاً يثبت فيه ذلك ويـدون فيه تاريخ ومحل حصول الامتناع ويوقعه، ويعد ذلك تبليغاً، أما إذا حصل الامتناع عن التبليغ في محل الإقامة، أو محل العمل فعلى القائم بالتبليغ أن يلصق نسخة من الورقة على باب المحل ويشرح ذلك في ورقة التبليغ[٢] أما إذا لم يجد مغلقاً بالتبليغ المطلوب تبليغه أو من يصح تبليغهم عنه، أو وجـد الـدار أو المحل مغلقاً، فليس له لصق الورقة على باب الدار أو المحل، وإذا مـا لصقهـا فلا يعد ذلك تبليغاً، لأن لصق ورقة التبليغ لا يكون إلا بعد حصول واقعة الامتناع عن التبليغ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة[٣] اسـتئناف بغداد بصفتها التمييزية إنه «لدى الرجوع إلى شـرح المبلغ وجد متضمناً إنه قام بلصق النسـخة الأولى من مذكـرة الأخبـار بالتنفيذ على باب الدار بعدما وجدهـا مغلقة ولم يجد المدين فيها ولا أحد أفراد عائلته، لذا يكون التبليغ هذا باطلاً استناداً إلى أحكام المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية، لأن لصق مذكرة الأخبار بالتنفيذ، يجري امتناع المطلوب تبليغه عـن التبليغ في محل إقامته ومحل عمله، وهذا لم يحصل، لذا يكون اعتراض المدين على التنفيذ قد تم تبليغه».

١- أستاذنا د. سعدون القشطيني- المرجع السابق ص٢٠٥.

٢- المادة (٢٠) من قانون المرافعات.

٣- رقم القرار ٢٨٣/ تنفيذ ١٩٩٣/٤/١٥ أشار الأستاذ مدحت المحمود المرجع السابق ص٣٢.

ثانياً: تبليغ الشخص مجهول محل الإقامة

أوضحت المادة (٢١) من قانون المرافعات المعدل، تبليغ الشخص مجهول محل الإقامة على النحو الآتي:

١. إذا تحقق للمحكمة أن ليس للمطلوب تبليغه محل معين أو محل إقامة أو مسكن معلوم، فيجري تبليغه بطريق النشر في صحيفتين محليتين.

٢. إذا كان المطلوب تبليغه قد اختار محلاً للتبليغ أو ذكر عنواناً في العقود والوثائق موضوع الدعوى، وتبين أثناء التبليغ أنه قد انتقل إلى محل آخر، يشرح القائم بالتبليغ ذلك، ويعيد الورقة إلى المحكمة لإجراء التبليغ وفقاً للبيان الجديد الذي يقدمه طالب التبليغ إذا كانت الجهة التي انتقل إليها معلومة، فإذا كانت مجهولة، فيبلغ طبقاً للفقرة الأولى.

٣. إذا كان المحل المختار أو العنوان الذي ورد بالعقود والوثائق موضوع الدعوى وهمياً، يشرح القائم بالتبليغ ذلك وعندئذ يجري التبليغ وفقاً للفقرة الأولى، ويجب على المحكمة أن تتحقق من أن الشخص أصبح مجهول الإقامة من جهة ذات اختصاص، كمكتب المعلومات في مركز الشرطة أو مختار المنطقة أو أية دائرة مختصة، ثم بعد ذلك تتخذ قراراً بتبليغه عن طريق النشر، ويتضح من المادة (٢١) من قانون المرافعات إن الشخص المطلوب تبليغه، يكون مجهول محل الإقامة في الحالات الآتية:

١. إذا لم يكن للمطلوب تبليغه محل عمل أو إقامة أو مسكن معلوم.

٢. إذا اختار في معاملاته محلاً للتبليغ، ثم انتقل منه إلى محل مجهول.

٣. إذا كان المحل الذي أختاره للتبليغ وهمياً أو مبهماً وليس له محل آخر معلوم، ولا يعد المدعى عليه مجهول محل الإقامة إذ كان قد نفي من قبل الحكومة إلى بلد معين خارج العراق بعد نزع الجنسية العراقية عنه، ذلك إن إقامة الشخص خارج العراق لا يجعله مجهول الإقامة[1].

١- قرار محكمة التمييز رقم ٤٨٩ في ١٩٧٤/١٠/٢٩ النشرة القضائية العدد (٤) السنة الخامسة ص١٦٩.

ثالثاً: تبليغ الوكيل

بينت الفقرة الرابعة من المادة (٢١) من قانون المرافعات إنه إذا كان المطلوب تبليغه وكيلاً بموجب ورقة رسمية فإنه يجوز تبليغ هذا الوكيل نيابة عن موكله إذا قبل التبليغ عنه ولا يجبر على ذلك، غير إنه يكون ملزماً بالتبليغ إذا كان قد استعمل وكالته في ذات الدعوى المطلوب إجراء التبليغ فيها، ولا يجوز إجبار الوكيل على التبليغ عن موكله بالإجراءات التنفيذية التي تعقب صدور الحكم في الدعوى التي كان وكيلاً فيها ما لم تكن الوكالة متضمنة لذلك الحق[١]، ويكون موطن الوكيل معتبراً في تبليغ الأوراق اللازمة لسير الدعوى في جميع مراحل التقاضي إلا إذا نص في سند التوكيل غير ذلك.

رابعاً: تبليغ الدوائر الرسمية

وضع المشرع قواعد لتبليغ الدوائر الرسمية تختلف عن طريق تبليغ الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، وأخذ بنظر الاعتبار طبيعة العمل في الجهاز الإداري ونصت الفقرة الخامسة من المادة (٢١) من قانون المرافعات على إنه «إذا كان المطلوب تبليغه وزارة أو دائرة رسمية أو شبه رسمية أو إحدى مؤسسات الإقطاع الاشتراكي، ترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد أو بالبريد المسجل ويعتبر تاريخ التسلم المدون بدفتر اليد أو في وصل التسليم تاريخاً للتبليغ» واستناداً لأحكام هذه المادة فإن تبليغ يتم أما بإرساله بيد المعتمد وبموجب دفتر اليد، إذ إن الدائرة تعد مبلغة قانونياً بمجرد استلام المخول في تلك الدائرة للتبليغ وتوقيعه بالاستلام على دفتر اليد وتسري المد بحقها اعتباراً من تاريخ ذلك التسلم.

خامساً: تبليغ الشركات والجمعيات

إذا كان المطلوب تبليغه شركة تجارية أو مدنية تسلم الورقة في مركز إدارة الشركة لمدير الشركة أو لأحد الشركاء على حسب الأحوال أو لأحد مستخدمي الشركة فإن لم يكن للشركة مركز، تسلم لمدير الشركة أو لأحد الشركاء لشخصه أو في محل إقامته أو في محل عمله[٢].

١- رقم القرار الصادر من محكمة استئناف بغداد ١٨١ تنفيذ١ في ١٩٨٩/٤/٨، أشار إليه الأستاذ مدحت المحمود- المرجع السابق ص٣٤.

٢- الفقرة السابعة من المادة (٢١) من قانون المرافعات.

أمـا إذا كان المطلـوب تبليغه إحـدى الجمعيات والمؤسسـات الخاصة أو أحد الأشخاص المعنوية، تسلم الورقة في مركز إدارتها للنائب عنها بمقتضى عقد إنشائها أو نظامهـا أو لمـن يقوم مقامه، أو لأحـد العاملين فيها، فإذا لم يكن لها مركز تسـلم الورقة للنائب عنها لشخصه أو في محل إقامته[١].

سادساً: تبليغ الشركات الأجنبية

إذا كان المطلوب تبليغه إحدى الشـركات الأجنبيـة التي لها فرع أو وكيل في جمهورية العراق، تسـلم الورقة إلى هذا الفـرع أو الوكيل أو الممثل التجاري[٢]، أما إذا لـم يكن للشـركة الأجنبية وكيل فيبلغ الوكيل في أي مـكان يكون فيه ويعتبر ذلك تبليغاً للشركة.

سابعا: تبليغ السجين والموقوف

إذا كان المطلوب تبليغه سـجيناً أو موقوفاً، فيتم التبليغ بواسـطة مدير السجين أو الموقف أو من يقوم مقامهما[٣] ويلزم مدير السـجن أو الموقف بإحضاره بالموعد المحدد في التبليغ، وفي حالة عدم حضوره يعد ذلك عذراً للسجين أو الموقوف يمتنع معه على المحكمة إجراء المرافعة بحقه غيابياً.

ثامناً: تبليغ منتسبي الدوائر الرسمية

لما كان المشرع قد أجاز تبليغ الشخص في محل عمله، فإنه يجوز أيضاً تبليغ منتسبي الدوائر الرسمية في محل عملهم وتجري التبليغات بوساطة دوائرهم وكذلك يجوز تبليغهم في محل إقامتهم، وقد أشـارت الفقرة (١١) من المادة (٢١) من قانون المرافعات بأن يبلغ منتسـبو دوائر الدولة الرسـمية وشـبه الرسمية ومؤسسة القطاع العام، بواسطة دوائرهم أو مؤسساتهم وترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد بالبريد المسجل المرجع، ويعد المخاطب مبلغاً بتاريخ التسلم، ما لم يرد أشعار إلى المحكمة بانتقاله إلى دائرة أخرى أو تمتعه بإجازة.

١- الفقرة الثامنة من المادة (٢١) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة التاسعة من المادة (٢١) من قانون المرافعات.

٣- الفقرة العاشرة من المادة (٢١) من قانون المرافعات.

تاسعاً: تبليغ العسكريين وقوى الأمن الداخلي

يجري تبليغ العسكريين وقوى الأمن الداخلي في الأمور المتعلقة بالمسائل المدنية ومسائل الأحوال الشخصية وفقاً لقواعد تبليغ منتسبي الدوائر الرسمية، أما المسائل الجزائية فلا يجوز تبليغهم في محل إقامتهم[1].

عاشراً: تبليغ الطلبة

لم ينص قانون المرافعات على كيفية تبليغ طلبة الجامعات والمعاهد والمدارس، وبما إن الطالب يفترض أن يكون دوامه ومحل عمله في كليته أو مدرسته، أو إن البعض من الطلبة تكون إقامته في الأقسام الداخلية للجامعات، وعليه فإن المسؤول عن تبليغ هؤلاء هو الكلية أو المدرسة.

إحدى عشرة: تبليغ الأشخاص خارج العراق

نظم قانون المرافعات قواعد تبليغ الأشخاص المقيمين خارج العراق وذلك بإتباعه القواعد العامة للمرافعات والمتعارف عليها دولياً والتي تقرر أن سلطان القضاء يجب أن لا يتجاوز حدود الدولة التابع لها، وعليه فإن تبليغ الشخص خارج العراق يجب أن يتم وفقاً للاتفاقيات الدولية المعقودة بين العراق وبين الدول التي يقيم فيها من يطلب تبليغه وفقاً للقواعد العامة، وذلك بإتباع الطرق الدبلوماسية، وقد بينت المادة (٢٣) من قانون المرافعات.

١. إن المطلوب تبليغه إذا كان عراقياً أو أجنبياً مقيماً خارج العراق يجري تبليغه بواسطة البريد المسجل المرجع، إلا إذا وجدت اتفاقية تنص على طريق خاصة للتبليغ.

٢. إذا كان المطلوب تبليغه عراقياً أو أجنبياً، من العاملين في السفارات العراقية أو إحدى الممثليات أو الملحقيات العراقية، فيجري تبليغه بواسطة وزارة الخارجية وترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد أو بالبريد المسجل المرجع إلى وزارة الخارجية، ويعتبر المخاطب مبلغاً بتاريخ التسلم المدون في دفتر اليد أو في وصل التسلم، ما لم يرد أشعار إلى المحكمة بانتقاله إلى خارج ملاك وزارة الخارجية أو تمتعه بإجازة.

١- البند ٣٧/ خامساً من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٧٠٩ في١٩٧٩/٦/٣.

٣. على المحكمة مراعاة محل إقامة المطلوب تبليغه وفق الفقرتين (١) و(٢) من هذه المادة عند تحديد موعد المرافعة، وفي جميع الأحوال يجب تسليم ورقة التبليغ إلى دائرة البريد أو إلى وزارة الخارجية قبل مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تزيد على خمسة وأربعين يوماً من اليوم المعين للمرافعة.

وقد نصت المادة (٦) من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي المصدقة بالقانون رقم(١١٠) لسنة ١٩٨٣ على إمكان تبليغ الأوراق المتعلقة بالقضايا المدنية والتجارية والإدارية وقضايا الأحوال الشخصية بواسطة المحكمة التي يقيم فيها المطلوب تبليغه، وذلك بإرسال الأوراق المطلوب تبليغها مباشرة إلى تلك المحكمة في الدولة المتعاقدة، ليتولى مهمة التبليغ وتعيدها مباشرة إلى المحكمة أو الدائرة العدلية طالبة التبليغ ويعد التبليغ الجاري في تلك الدولة كأنه قد جرى في الدولة التي فيها المحكمة طالبة التبليغ، إذا كان قد تم وفق القانون.

وحتى لا تتكرر التبليغات دون نتيجة يجب أن تكون المدة أكثر مما ذكرته المادة (٢٣) وذلك تجبناً للتأخيرات المحتملة وهذا ما يؤكده الواقع العملي عند تبليغ الأشخاص خارج العراق[١].

المطلب الرابع
مواعيد التبليغ القضائي

مواعيد التبليغ القضائي، هي الآجال أو المدة التي حددها القانون لمباشرة إجراءات المرافعات، ووجدت هذه المواعيد للتوفيق بين المبدأ الذي يقضي بضرورة تبسيط إجراءات التقاضي وسرعة الفصل في المنازعات رعاية للخصوم لكي تستقر مراكزهم القانونية وبين مبدأ العدالة الذي يقضي بضرورة إعطاء فترة زمنية للخصوم ليتمكنوا من إعداد وسائل دفاعهم، لذلك حدد المشرع مواعيد مناسبة للتبليغ يلزم الخصوم بمراعاتها عند مباشرة إجراءات التقاضي[٢]، وسنتناول دراسة مواعيد التبليغ في النقاط الأربع الآتية:

١- للتوسع راجع الأستاذ مدحت المحمود- المرجع السابق ص٣٧.

٢- د. احمد أبو الوفا- المرافعات المدنية- المرجع السابق ص٤٧٢.

أولاً: مدة التبليغ القضائي

ألزمت المادة (٢٢) من قانون المرافعات أن تراعي المحكمة محل عمل وإقامة الشخص المطلوب تبليغه عند إصدار ورقة التبليغ، على أن لا تقل المدة بين تاريخ تبليغه واليوم المعين للمرافعة عن ثلاثة أيام ويستثنى من ذلك الأمور المستعجلة فيجوز أن تكون المدة فيها أقل من ثلاثة أيام، أما المدة من التبليغ وموعد المرافعة فيجب أن لا يقل عن ثلاثة أيام ويجوز للمحكمة زيادة هذه المدة تبعاً لمحل إقامة المدعى عليه، وقد ألزمت تعليمات ديوان الرئاسة[1] المحاكم بان لا تقل مدة التبليغ عن (٦٠) يوماً بالنسبة للعسكري المطلوب حضوره أمام المحاكم وذلك ليتسنى لمديرية الدائرة القانونية في وزارة الدفاع تأمين إحضاره في الموعد المطلوب.

وعليه فإن للخصم أن يعترض على ورقة التبليغ المرسلة إليه على المدة إذا كانت أقل من ثلاثة أيام، أما إذا حضر في يوم المرافعة فلا يجوز له الاعتراض على عدم قانونية التبليغ، غير إن من حقه أن يطلب تأجيل المرافعة ليتمكن من الإجابة على الدعوى أو لكي يستطيع توكيل محام للدفاع عنه.

ثانياً: كيفية احتساب مواعيد التبليغ القضائي

بينت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من قانون المرافعات كيفية احتساب مواعيد التبليغ القضائي، فنصت على «أن تحسب المدة المحددة بالشهور من يوم ابتدائها إلى اليوم الذي يقابله من الشهور التالية، ولا يدخل اليوم والساعة اللذان يكونان مبدأ للمدة في حسابها، أما اليوم والساعة اللذان تنتهي بهما المدة فيدخلان في حسابها»، ويستفاد من هذه المادة إن الميعاد إذا كان مقدراً بالشهور أو بالأيام فلا يدخل في حسابه اليوم الذي صدر فيه التبليغ وإنما يبدأ حساب الميعاد من اليوم التالي له، فلا يحتسب الشهر مقدراً بالأيام (ثلاثين يوماً) أو (واحد وثلاثين) وإنما يحتسب بوصفه شهراً كاملاً، فإذا بدأ الميعاد مثلاً في اليوم الثامن فإنه ينتهي بانقضاء اليوم السابع من الشهر الذي ينتهي به الميعاد.

وإذا حددت المدة بالأشهر كما هو الحال في الحكم الذي أوردته الفقرة الأولى من المادة (٨٢) من قانون المرافعات والتي جاء فيها أنه «يجوز وقف الدعوى إذا

١- تعليمات ديوان الرئاسة المنحل المرقمة ١٣٣٤٦ في ١٩٨٥/٨/٤.

اتفق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ المحكمة لاتفاقهم»، فإن هذه المادة تحتسب من يوم ابتدائها إلى اليوم الذي يقابله من الشهور الثانية، ولا يدخل اليوم والساعة اللذان يكونان مبدأ للمدة في حسابهما، فلو تم الاتفاق على وقف الدعوى لمدة ثلاثة أشهر وأقرت المحكمة هذا الاتفاق في ١٩٩٧/٤/١٠، فإن بدء المدة يكون في ١٩٩٧/٤/١١ ونهايتها هو انتهاء الدوام الرسمي ليوم ١٩٩٧/٧/١١ باعتبار أن اليوم والساعة اللذان تنتهي بها المدة تدخلان في حسابها.

وتحتسب المواعيد المعينة بالأيام والأشهر بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك، لأن هذا التقويم هو المتبع في المعاملات في الوقت الحاضر.

ثالثا: امتداد مواعيد التبليغ القضائي

تمتد مواعيد التبليغ القضائي لأحد الأسباب الآتية:

١. إذا صادف آخر ميعاد التبليغ القضائي عطلة رسمية

فإنها تمدد إلى أول يوم يليه من أيام العمل[١] وهذه الحالة يكثر حصولها في المناسبات الوطنية الطارئة وفي بدء أو نهاية عيد الفطر، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف[٢] منطقة بغداد إن (الاعتراضات التمييزية لا سند لها من القانون، وذلك إن المرافعة كانت قد حددت على تاريخ ١٩٩٢/٧/١ وقد تصادف ذلك اليوم عطلة رسمية (بدء السنة الهجرية) وان المحكمة قد نظرت الدعوى بتاريخ ١٩٩٢/٧/٢ استناداً لأحكام المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية ولم يحضر المدعي أو وكيله رغم التبليغ على مواعيد المرافعة المذكورة، فتركت الدعوى للمراجعة ومضت المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٥٤) من ذات القانون فتعتبر الدعوى مبطلة بحكم القانون».

وإذا كان اليومان الأخيران من الميعاد أو أكثر عطلة رسمية فإنه يمتد ليوم واحد هو أول يوم عمل انقضاء العطلة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف[٣] منطقة بغداد أنها وجدت أن قرار المحكمة مخالف لأحكام المادة (٩٧/ خامساً) من

١- راجع الفقرة الثانية من المادة (٢٥) من قانون المرافعات.

٢- قرار غير منشور المرقم ٤٥٣ في ١٩٩٢/٨/٢، أشار إليه مدحت المحمود السابق ص٣٩.

٣- قرار غير منشور والمرقم ٤٩٦ في ١٩٩٣/٦/٢٥ أشار إليه القاضي مدحت المحمود- المرجع السابق ص٣٩.

قانـون التنفيـذ التي تنص على إنه في حالة إزالة الشـيوع يقبل الضم بنسـبة ٥٪ من بـدل المزايدة الأخيرة خلال ثلاثة أيام من اليـوم التالي لتاريخ الإحالة وعند حصول الضم تفتح المزايدة ثلاثة أيام من اليوم التالي لنشـر الإعلان ثم تجري بعدها الإحالة النهائيـة، وذلـك إن إحالة العقار قد تمت بتاريخ ١٩٩٢/٦/١٠ فإن مدة الضم تبدأ من يوم ١٩٩٢/٦/١١ وتنتهي يوم ١٩٩٢/٦/١٣ بنهاية الدوام الرسمي وحيث إن يومي ٦/١٣ و ١٩٩٢/٦/١٤ كان عطلة رسمية (عيد الأضحى) فيكون يوم ١٩٩٢/٦/١٥ هـو نهايـة مدة الضم، وذلك اسـتناداً إلى أحـكام المادة (٢٥) من قانـون المرافعات المدنيـة، عليه وحيث إن المحكمة قد سـارت في قرارهـا المميز بخلاف ذلك وقبلت الضـم خـارج المدة القانونية ١٩٩٢/٦/١٦ يكون قرارهـا واجب النقض، عليه قرر نقضه وإعادة الدعوى للمحكمة للسير فيها وفق ما تقدم.

٢. المسافة

المقصـود من إضافة ميعاد المسـافة إلى مواعيد التبليـغ القضائي، هو تحقيق العدالة، وذلك لمنح من يبعد موطنه عن المكان الذي يتعين فيه الحضور أو اتخاذ فيه ميعاداً يستفيد منه في قطع هذه المسافة، لكي لا يضيع عليه جزء من ميعاده الأصلي في قطع المسافة المتقدمة، فلا يتميز خصم يقيم في نفس المكان المراد اتخاذ الإجراء فيه على آخر لا يقيم فيه، لأن مواعيد المسافة هدفها تهيئة مدة زمنية للخصوم، قدرها المشـرع بحسـب ما يقتضيه كل إجـراء، حتى يتمكنوا من التـروي وإعداد دفوعهم حسـب ما يسـتلزمه هذا الإجراء، وقد عنيـت الفقرة الثالثة من المـادة (٢٣) بتحديد المسافة لمن يكون موطنهم خارج العراق وذلك بتسليم ورقة التبليغ إلى الدائرة أو إلى وزارة الخارجية قبل مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تزيد على خمسة وأربعين يوماً من اليوم المعين للمرافعة.

وتجدر الإشارة إلى إن ميعاد المسافة يضاف إلى الميعاد الأصلي ويتكون من مجموعهمـا ميعاد واحد متصل[١] وينبني على ذلك إنـه إذا صادف اليوم الأخير من الميعاد الأصلي عطلة رسـمية فلا يمتد الميعاد متـى كانت نهاية الميعادين مجتمعين وتقع بعد العطلة.

١- قرار محكمة النقض المصرية المرقم ١٩٩ في ١٩٨٤/٣/٢٧ د. احمد أبو الوفا المرجع السابق ص٤٨١.

رابعاً: التمييز بين مواعيد التبليغ القضائي ومواعيد السقوط

السقوط جزاء إجرائي يقصد به فقدان القيام بإجراء معين بسبب عدم التقيد بالحدود التي رسمها القانون لمباشرة هذا الحق، فقد يحدد القانون فترة معينة لوجود القانون، فإذا انقضت هذه الفترة لم يعد للحق من وجود وتفترق مواعيد التبليغ ومواعيد السقوط في النواحي الآتية:

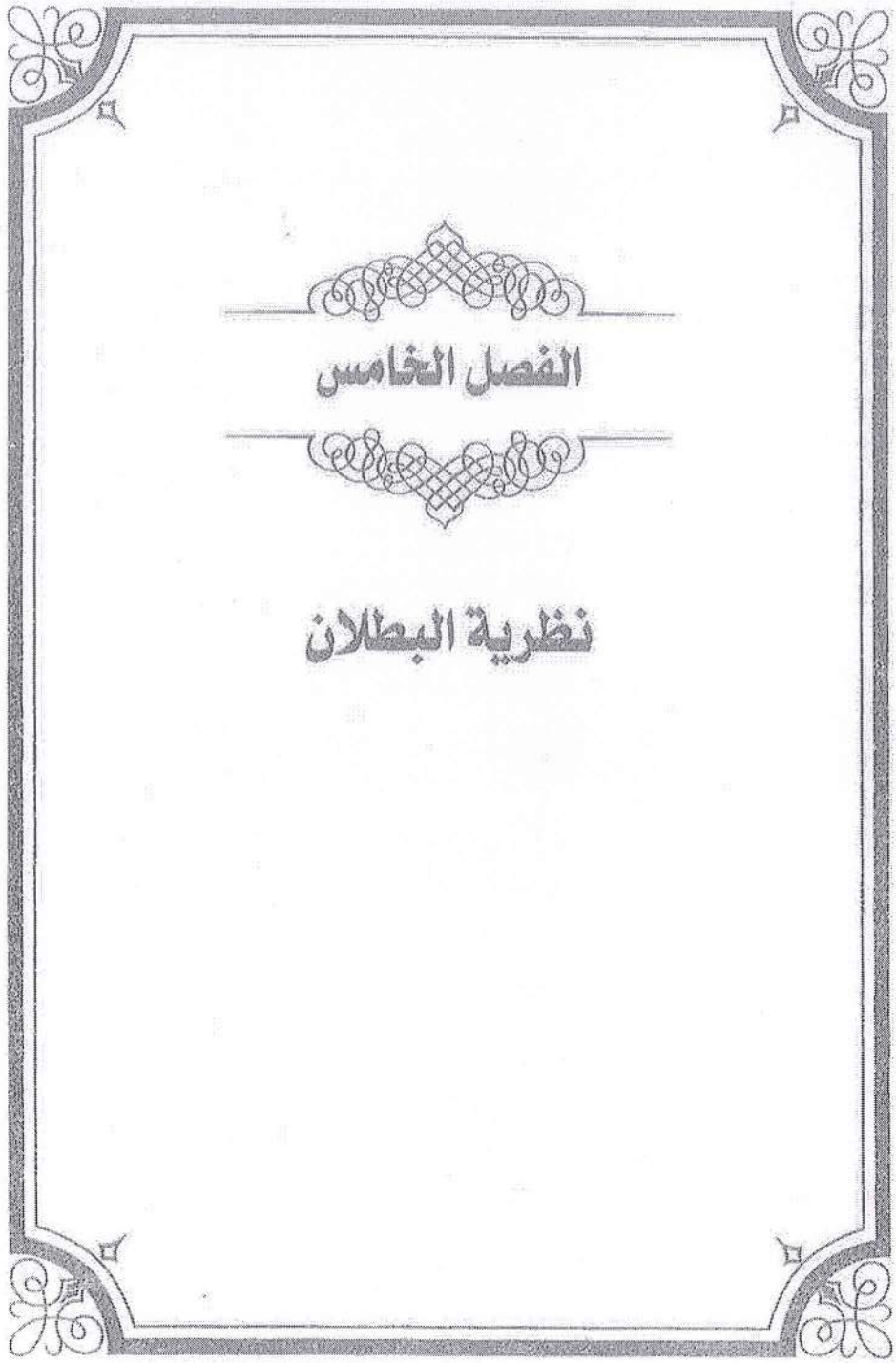
١. إن مواعيد التبليغ القضائي تتخلل الإجراءات، أما مواعيد السقوط فإنها تسبق في جميع الأحوال إجراءات رفع الدعوى إلى القضاء وتكون شرطاً من شروط قبولها.

٢. يؤدي عدم احترام مواعيد التبليغ القضائي إلى زوال الدعوى بوصفها صحيحة قائمة[١]، أما عدم احترام مواعيد السقوط فإنها تؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي وعدم إمكان المطالبة به[٢].

٣. يحصل التمسك بتجاوز ميعاد التبليغ بدفع شكلي بينما تجاوز ميعاد السقوط يكون الدفع بعدم القبول في جميع الأحوال.

١- راجع المادة (٥٤) والمادة (٨٢) من قانون المرافعات المدنية وقارنها مع المادتين (١٨٠) و (١٩٠) من قانون المرافعات.

٢- راجع المادة (١٧١) من قانون المرافعات.



الفصل الخامس

نظرية البطلان

تحتل نظرية البطلان أهمية بالغة في نظريات القانون، فهي من النظريات التي نجد تطبيقاتها في مختلف فروع القانون وذلك لخطورة دورها التي تؤديه في مختلف الأعمال القانونية، وتبدو هذه الأهمية بصورة أكثر وضوحاً في نطاق المرافعات المدنية، وتثير هذه النظرية أدق المشاكل القانونية وحسب تعبير الأستاذ بيكيه «Becqe» إنها "تعد مفتاح كل القانون القضائي" وإذا كان قانون المرافعات يهدف إلى كيفية تنظيم وتطبيق القانون بواسطة القضاء، فإن نظرية البطلان تتضمن احترام قواعد المرافعات، ومن ثم فإنها تهدف أفضل تطبيق للقانون[1]، ولذلك اهتمت التشريعات المختلفة بهذه النظرية لعلاقتها الوثيقة بالنظام الإجرائي الذي وضع لخدمة العدالة، ولكي ترسم في ضوئها إجراءات التقاضي التي يجب أن يلتزم بها الخصوم ويحترمها القضاة، ولم تصل هذه التشريعات إلى حل يتفق مع مقتضيات العدالة ويسلم من النقد، فهل من العدالة أن نحكم ببطلان الإجراء القضائي، كلما مست المخالفة الإجراءات التي حددها القانون، ومن ثم نبطل الحق الموضوعي نتيجة بطلان الإجراءات التي هي مقررة في الأصل لتوجيه صاحبه إلى الطريق الذي يؤدي به إلى الحصول على حقه وإذا لم تأخذ هذه التشريعات بنظام البطلان، فإن ذلك يؤدي إلى إبطال نواهي القانون وأوامره الأساسية، ويستحيل عندئذ على النظام الإجرائي أن يسير ويعمل على الوجه المطلوب الذي رسمه له القانون.

وعليه فإن نظام البطلان لا يمكن الاستغناء عنه بالرغم من إهداره للحقوق وتفضيل الشكل عليها، ولذلك حاول الفقه إلى تأصيل القواعد التي تخضع لها نظرية البطلان في قانون المرافعات تأصيلاً يرتفع بها من قواعد متفرقة إلى مستوى القواعد العامة التي تطبق على سائر الإجراءات القضائية في الدعوى المدنية، بهدف تحويل العلم الإجرائي إلى علم نظري، ذلك إن العلم القانوني بوصفه علماً كلما تقدم نحو الكمال، يجب أن يخرج من الجزيئات إلى الكليات ومن الخصوصيات إلى العموميات.

---

١ - للتوسع راجع الأستاذ الدكتور فتحي والي- نظرية البطلان في قانون المرافعات- ١٩٦٠ ص٦، د. احمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- المرجع السابق ص٨٣ وكتاب النظرية الدفوع- ملامح البطلان في التشريعات الحديثة، ص٩٥٥.

وبالرغـم من الأهمية الواضحة التي تحتلها نظرية البطلان في مختلف فروع القانون، فإنها لم تلق من المشـرع العراقي العناية الكافية لها، وكذلك لم تلق الدراسة التأصيلية الضرورية التي تجمع قواعد هذه النظرية.

وسنتناول دراسة هذه الفصل بتوزيعه على المباحث الآتية:

المبحث الأول: التعريف بالبطلان وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له.

المبحث الثاني: الأصل التاريخي لنظام البطلان والنظريات الفقهية في تنظيمه.

المبحث الثالث: شروط التمسك بالبطلان وأسبابه وتقسيماته.

المبحث الرابع: تصحيح البطلان.

المبحث الأول
التعريف بالبطلان وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

سنتناول دراسة التعريف بالبطلان وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
التعريف بالبطلان

إن تعريف البطلان، أصبح محل خلاف فقهي، فقد أورد الفقهاء تعريفات متعددة له، ومن هذه التعريفات إن البطلان «تكييف[١] قانوني لعمل يخالف نموذجه القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليها القانون إذا كان كاملا» أو «وصف يلحق العمل الإجرائي المعيب لمخالفة قواعد القانون، وهذه المخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون على هذا العمل لو لم يكن معيباً»[٢].

ويتضح من هذه التعاريف المتقدمة إن كلاً منها يؤكد على أحد شروط وجود البطلان أو عناصره وهما:

١. العيب المخالف لقواعد القانون.

٢. عدم ترتب الآثار القانونية للإجراء القضائي.

١- للتوسع في تعريف البطلان راجع:
د. فتحي والي نظرية البطلان- المرجع السابق ص٦.

٢- ويعرف الدكتور جميل الشرقاوي البطلان في التصرف القانوني بأنه «وصف يلحق تصرفاً قانونياً معيباً لنشأته مخالفاً لقاعدة قانونية يؤدي إلى عدم نفاذه وعدم ترتب آثار».

واستناداً إلى هذين الشرطين يمكن تعريف البطلان أنه "الجزاء الذي يرتبه القانون على الإجراءات التي تخالف قاعدة قانونية ويؤدي إلى عدم ترتب الآثار القانونية عليها".

المطلب الثاني
تمييز البطلان عن غيره من الأنظمة المشابهة له

يعرف قانون المرافعات كثيراً من الأنظمة التي قد تختلط بالبطلان وهذه الأنظمة هي عدم القبول والسقوط والانعدام فضلاً عن ذلك إن هناك فرقاً بين البطلان في القانون المدني والبطلان في قانون المرافعات، وسندرس هذه الأمور في النقاط الأربع الآتية:

أولاً: البطلان وعدم القبول

عدم القبول تكييف قانوني يقدم إلى المحكمة ويؤدي إلى امتناعها عن النظر في الإدعاء الذي يتضمنه هذا الطلب، وقد اعتبر قانون المرافعات عدم القبول بمثابة دفع يستطيع الخصم أن يدفع به عند فقدان الشروط اللازمة لقبول الدعوى وهي الأهلية والصفة والمصلحة، وقد نص قانون المرافعات المدنية على حالات الدفع بعدم قبول الدعوى وهي الدفع بعدم توجه الخصومة والدفع بسبب سبق الفصل في الدعوى والدفع بالتناقض[1].

ويختلف عدم القبول عن البطلان في الأمور الآتية:

١. إن البطلان جزاء قانوني للإجراء القضائي في الدعوى الذي يخالف القانون أما عدم القبول فهو جزاء قانوني يقتصر على توافر شروط الدعوى.
٢. إن فكرة عدم القبول لها مصادر متعددة، فهي قد تكون أثراً لبطلان صحة الدعوى أو لعدم توفر شرط من شروطها، فإذا كان سبب عدم القبول هو بطلان صحة الدعوى، فإن أحكام عدم القبول تتحدد مع أحكام البطلان في هذه الحالة، غير إن هذا الاتحاد لا يوجد في الحالة الأولى.

١- راجع المادتين(٨٠ و ٨١) من قانون المرافعات المدنية.

ثانياً: البطلان والسقوط

السقوط هو الجزاء المترتب على عدم مباشرة الإجراء القضائي في الوقت المعين في القانون للقيام به ويسقط الحق في إحدى الحالات الآتية:

١. إذا كان للشخص حقوق متعددة وكان القانون قد وضع ترتيباً معيناً عند استعمالها، فخالف صاحب الحق هذا الترتيب، فمثلاً لا يجوز للمدعي أن يجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالملكية وإلا سقط إدعاؤه بالحيازة[١].

٢. إذا ألزم القانون لصحة الإجراء القضائي مباشرته في ميعاد محدد ولم يتخذ الخصم الإجراء في هذا الميعاد، كما في سقوط الحق في الطعن بالحكم عند عدم مراعاة ميعاده[٢].

٣. إذا اشترط القانون مباشرة الإجراء القضائي في مناسبة معينة، ثم فوت الخصم هذه المناسبة دون مباشرته، كما في سقوط الحق في رفع الاستئناف المقابل إلى ما قبل انتهاء الجلسة الأولى المعينة للمرافعة في الاستئناف الأصلي[٣].

ويفترق السقوط عن البطلان في النواحي الآتية:

١. إن السقوط تكييف قانوني يرد على الحق، أما البطلان فهو تكييف يرد على الإجراء القضائي ولا يوصف به الحق.

٢. البطلان بوصفه تكييف قانوني يمكن تصوره لكل الإجراءات القضائية، أما السقوط فإنه غير مقصور إلا لبعض هذه الإجراءات ولا يمكن تصوره بالنسبة لأعمال القاضي، ذلك إن السقوط يقصد به اقتصار حقهم على مصلحة قانونية والقاضي ليس له مصلحة ، فإذا حدد القانون ميعاداً لقيام القاضي بعمل، فإن الغرض من هذا الميعاد هو تنظيمي لضمان حسن سير الإدارة، فلا يجوز لأحد الخصوم أن يدعي سقوط حق القاضي في القيام بالأجراء القضائي بعد انقضاء الميعاد.

٣. بالرغم من هذه الفروق فإن هناك علاقة بين البطلان والسقوط، فوجود الحق في القيام بالأجراء القضائي يعد من مقتضيات صحة الإجراء، ولهذا فإن سقط الحق وقام الشخص بالعمل بعد ذلك فإن عمله يعد باطلاً.

١- راجع المادة (١٢) من قانون المرافعات المدنية.

٢- راجع المواد ١٧١و ١٨٠ و ١٩٠ من قانون المرافعات المدنية.

٣- المادة (١٩١) من قانون المرافعات المدنية.

ثالثاً: البطلان والانعدام

الانعدام هو الجزاء الإجرائي الذي يرتبه القانون في حالة فقدان الإجراء القضائي، ركناً أساسياً من أركان إنشائه وليس صحته، وعليه فإن جزاء البطلان والانعدام يتشابهان في إن كليهما يترتب عليه عدم ترتب الآثار القانونية للإجراء المعيب ولكنهما يفترقان في إن الانعدام يتقرر في حالة فقدان الإجراء ركناً أساسياً من أركان انعقاده أو إنشائه، أما البطلان فيتقرر عند عدم توفر أحد الشروط اللازمة لصحة الإجراء القضائي، بمعنى إن الإجراء الباطل له وجوده القانوني وهو أمر مصطنع، أما الانعدام فهو إجراء طبيعي ومثاله أن يصدر الحكم من شخص ليس له صفة القاضي، أو أن يصدر من قاض أصيب بالجنون، وتبدو أهمية التمييز بين الحكم الباطل والحكم المعدوم إن الحكم الأخير يتقرر بحكم القانون ولا حاجة لحكم قضائي يقرر ذلك ويكفي مجرد إنكار وجوده عند التمسك به، أما بطلان الحكم، فيجب أن يكون هناك حكماً قضائياً كاشفاً له، فضلاً عن ذلك إن الانعدام لا يقبل التصحيح لأنه شيء غير موجود، أما البطلان فإنه يقبل التصحيح لاسيما إذا كانت مقتضيات الاستقرار القانوني تتطلب ذلك.

رابعاً: البطلان في القانون المدني والبطلان في قانون المرافعات[1]

يطلق على البطلان في القانون المدني بالبطلان الموضوعي، أما البطلان في قانون المرافعات المدنية فيطلق عليه بالبطلان الإجرائي ويمكن أن نجمل الفروق بينهما على النحو الآتي:

١. إن البطلان الموضوعي يكون دائماً جزاءاً عادلاً ويفرضه القانون تحقيقاً للمصلحة العامة عند عدم استجماع العقد لأركانه كاملة، كأن يكون الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع أو إذا اختلت بعض أوصافه، كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون. أما البطلان الإجرائي فهو جزاء بغيض على نفس القاضي ولا يحكم به إلا مضطراً، لأنه يؤدي في كثير من الأحيان إلى التضحية بالحق الموضوعي من اجل المحافظة على الشكل.

١- راجع المادة (١٣٧) من القانون المدني العراقي.

٢. يرتبط البطلان الموضوعي دائماً بالإرادة وبأركان التصرف القانوني وشروط صحته، بينما البطلان الإجرائي يقوم على فكرة الشكل والذي قد يكون لمصلحة الخصوم أو إن التمسك أو لمصلحة القانون ذاته.

٣. إن التمسك بالبطلان في القانون المدني يكون على صورة دفع موضوعي لأنه يتعلق بأصل الحق، أما التمسك بالبطلان في قانون المرافعات المدنية فيكون على صورة دفع شكلي.

٤. العقد الباطل في القانون المدني تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولا تلحقه الإجازة[١]، أما البطلان الإجرائي المتصل بقانون المرافعات فإن الإجازة تلحقه والذي لا تلحقه الإجازة في المرافعات هو الحكم المنعدم.

٥. يسقط الحق في التمسك بالبطلان في قانون المرافعات بالتكلم في الموضوع أو بالرد على الإجراء بما يفيد اعتباره صحيحاً[٢] أما البطلان في القانون المدني فيجوز التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها[٣].

١- راجع المادة (١٤) من القانون المدني العراقي.

٢- راجع المادتين ٧٣و ٧٤ من قانون المرافعات.

٣- د. فتحي والي- نظرية البطلان- المرجع السابق ص٢١. د. احمد أبو الوفا نظرية الدفوع في قانون المرافعات الطبعة الثامنة الإسكندرية ١٩٨٨ ص٩٥٦.

المبحث الثاني
الأصل التاريخي لنظام البطلان
والنظريات الفقهية في تنظيمه

تكشف لنا الدراسة التاريخية، إن هناك من نظم البطلان التي سادت في المجتمعات القديمة، لم تعد هناك فائدة من الدفاع عنها في العصر الحاضر، وقد عرف الرومان في تاريخهم القانوني ثلاثة أنظمة للإجراءات القضائية تتمثل بنظام دعاوى القانون والذي اتسم بالشكلية الجامدة، وقد صور الفقيه الألماني ايرنج هذه الشكلية أنها كانت «طريقة خاصة للإشارة إلى نص القانون» فكان لكل عمل إجرائي نموذج شكلي يجب أن يتم العمل به طبقاً للقانون، فإذا حدث في الإجراء القضائي أي نقص أو خطأ، فلم يأت مطابقاً للشكل القانوني فإن هذا الإجراء يكون باطلاً، فالشكل قوام وجود الشيء أي هو الذي يعطي الجوهر لهذا الشيء، والنظام الثاني نظام دعوى النماذج، وقد وصفه الأستاذ جيرار بأنه «قسوة على الضعيف وإرهاقاً للفقير»، وبعد أن تطور الشعب الروماني أصبح هذا النظام لا يحقق حاجاته فأخذ بنظام الدعوى غير العادية، ويتولى وفقاً لهذا النظام موظف عام لا يتقيد بالإجراءات الخاصة للدعوى، وتغلبت بعد ذلك في القانون الروماني شكلية التصرفات القانونية، بإنشاء العقود الرضائية واستقرت ملامح البطلان مرتبطة بأركان هذه التصرفات وشروط صحتها.

وقد اختلفت التشريعات في معالجتها للبطلان إلى أراء مختلفة وتمثلت بالنظريات المختلفة الآتية:

أولاً: نظرية استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون (نظرية البطلان القانوني)

ويترتب على هذه النظرية، إن البطلان يكون جزءاً لكل عيب يشوب الإجراء حتى ولو كان العيب تافهاً، وهذا ما أخذ به القانون الروماني في الدعاوى القانونية، فكان يحتم على الخصوم والقضاة استيفاء الشكل الذي نصَ عليه القانون وإلا سقطت الدعوى، ويشير الفقيه الروماني كايوس إلى قضية أدعى فيها المدعي، إن المدعى عليه قد كسر كرومه وطلب إلزامه بغرامة أو تعويض وقد خسر هذا المدعي دعواه لسبب بسيط هو إن قانون الألواح الأثني عشر لم يذكر الكروم وإنما ذكر الأشجار[١].

ثانياً: نظرية لا بطلان بغير نص Pas de mullite texte

وتجعل هذه النظرية للمشرع وحده الحق في تحديد الحالات التي يكون جزاؤها البطلان، ودون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد هذه الحالات، ذلك إن البطلان تترتب عليه أضراراً كثيرة ويجب أن يكون المشرع وحده تقدير الحالات التي يحكم فيها بالبطلان ولا يترك لتقدير القاضي. أو تعسفه، ويؤخذ على هذه النظرية استحالة تنبؤ المشرع سلفاً بجميع الحالات التي تستلزم فيها العدالة الحكم بالبطلان، وكانت هذه النظرية سائدة في التشريع الفرنسي قبل تعديله عام ١٩٣٥[٢].

ثالثاً: نظرية لا بطلان بغير ضرر Pas denulite sans griet

وتقضي هذه النظرية بأن البطلان لا يحكم به إلا إذا ترتب على مخالفة الإجراءات التي نص عليها القانون ضرر الخصم، وقد أخذ بهذه النظرية المشرع الفرنسي في قانون المرافعات لسنة ١٩٣٥ وأكده في قانونه الجديد لسنة ١٩٧٥ إذ نصت المادة ٢/١١٤ منه، على إن «أي بطلان لا يمكن الحكم به إلا إذا اثبت الخصم الذي يتمسك به إن العيب قد سبب ضرراً له وسواء تعلق بشكل جوهري أو بشكل من النظام العام»، وذلك إن البطلان ليس إلا تعويضاً قانونياً والتعويض لا يجب تقريره إلا لمن أصابه ضرر.

١- راجع كتابنا- تاريخ القانون- طبع عمان ١٩٩٨ ص١٧٨.

٢- للمزيد من التفاصيل في هذه النظريات راجع الدكتور فتحي والي- نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية- ط١ الإسكندرية ١٩٦٠ ص٢٠٨ وما بعدها.

ويؤخـذ على هذه النظرية إنهـا تقرر إن عبء إثبات الضرر يقع على الخصم الذي يتمسك به، وهو إثبات صعب إن لم يكن مستحيلاً.

رابعاً: نظرية البطلان التهديدي (البطلان الاختياري)

وهذه النظرية تجعل من البطلان مجرد وسـيلة تهديدية، الغرض منها احترام الإجـراءات التي نص عليها القانون، وتتـرك تقرير مخالفة هذه الإجراءات لمحكمة الموضوع، وأطلق على هذا البطلان ب «التهديدي» لأن جزاء البطلان المنصوص عليه مجرد تهديد الخصم الذي يخالف الشكل القانوني، ويؤخذ على هذه النظرية إنها تلحق ضرراً بالعدالة، لأن القاضي إنسان، وكل إنسان له ميل طبيعي لتوسيع سلطته وإساءة استعمالها.

خامساً: نظرية البطلان الإجباري

ومقتضى هذه النظرية إنه إذا نص القانون على البطلان، فيجب على القاضي أن يحكم به ودون أن يكون للقاضي سـلطة تقديرية في ذلك لأن القاضي يجب عليه أن يطبق النص القانوني، ويؤخذ على هذه النظرية بأنها تؤدي إلى الأضرار بالعدالة أكثـر مـن الضرر الذي يقع من تعسـف القاضي، ذلك إن القانـون عندما ينص على البطلان في حالة معينة فإنه يراعي ما قد يحدث في الظروف العادية ولكن من الناحية العملية قد يبدو الحكم بالبطلان بدون ضرورة مما يصبح سـلاحاً في يد سـيء النية ويؤدي إلى غلبة الشكل على الموضوع.

سادساً: نظرية الشك القانوني

تذهـب هـذه النظرية إلى إن المخالفة للقواعـد الإجرائية لا تؤدي إلى بطلان العمل الإجرائي ما لم يكن قد تم بسوء نية، إذ إن البطلان جزاء لسوء النية، وإن هذا السوء مفترض، فإذا تم العمل مخالفاً للقانون، فإن المخالفة دليل على سوء نية من قام بالعمل، ولذلك جاء اسم النظرية «الشك القانوني» لأنها تفترض أصلاً الشك. ويؤخذ على هذه النظرية إنها تخالف القواعد العامة المعروفة في الإثبات، فالقاعدة إن حسن النيـة مفتـرض وكل من يدعي العكس الإثبات، أما النظرية فإنها تفرض سـوء النية وهو فرض ليس له أي سـند قانوني، فضلاً عن ذلك إن حسـن النية مسـألة شخصية محضة وإثباتها صعب ويكاد يكون مستحيلاً.

سابعاً: نظرية الجمع بين نظرية البطلان بغير ضرر ونظرية الشك القانوني

يجمع الأستاذ بوردو Bordeaux بين نظرية لا بطلان بغير ضرر ونظرية الشك القانوني، فهو يرى للحكم بالبطلان أن يكون العيب نتيجة غش ممن قام بالعمل وليس مجرد خطأ بسيط وان يكون الخصم قد أصابه ضرر وتؤخذ على هذه النظرية نفس الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الشك القانوني ونظرية لا بطلان بغير ضرر.

ثامناً: نظرية لا بطلان إذا تحققت الغاية من العمل الإجرائي

وتتلخص هذه النظرية بأن أساس صحة الإجراء أو بطلانه هو تحقيق الغاية من الوضع الشكلي الذي حصلت مخالفته أو عدم تحققها، ويقصد بالغاية، الوظيفة الإجرائية للعمل كما حددها القانون وقد أخذ بهذه النظرية قانون المرافعات الإيطالي في المادة ١٥٦ منه[1].

أما عن موقف المشرع العراقي بصدد معالجته للبطلان في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، فإنه عالج أحكام البطلان بصورة هامشية، إذ لم نجد فيه مكاناً لنظرية عامة في البطلان، بل نجد إن كلمة البطلان ترددت في عدة نصوص من هذا القانون ودون تحديد لمضمون البطلان ولا لقواعده، سوى إنه بصدد التبليغ اختار نظرية البطلان إذا تحققت الغاية من العمل الإجرائي، فقد نص في المادة (٢٧) من قانون المرافعات النافذ بأن التبليغ يعد باطلاً إذا شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية منه.

ونعتقد أن إيراد نظرية عامة للبطلان في قانون المرافعات أمر جدير بالتأييد ونقترح أن يجمع المشرع بين نظرية لا بطلان إلا بنص[2] ونظرية البطلان الاختياري

١- راجع د. احمد هندي- أصول المحكمات المدنية والتجارية- طبع بيروت ١٩٨٩ ص٣٢٢.

٢- وتجدر الإشارة إلى إن المادة (١١٤) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ نصت على إنه لا يحكم ببطلان إجراء من إجراءات المرافعات إلا إذا نص القانون على البطلان صراحة إلا إذا فقد الإجراء بياناً جوهرياً أو كان متعلقاً بالنظام العام، ولا يحكم بالبطلان إلا إذا اثبت المتمسك به حصول ضرر نتيجة المخالفة، حتى ولو كان البطلان متعلقاً بإجراءات جوهرية أو متصلاً بالنظام العام.
وقد نصت المادة (٢٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على إن الإجراء يكون باطلاً إذا نص القانون على بطلانه أو إذا شابه عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا لم يترتب على الإجراء ضرر الخصم.

لمـا فـي ذلك من تجاور وتجنـب كثير من الانتقادات التي توجه إلـى كلتا النظريتين على انفراد وذلك بأن يحصر المشـرع بقدر اسـتطاعته الحالات التي يتراءى له إنها تحمـي مصالـح معتبـرة، أما بصدد الحـالات التي لم ينص علـى بطلانها فيجب أن يضع قاعدة عامة تأخذ بنظرية البطلان الاختياري والتي تقضي ببطلان الإجراءات عنـد مخالفة القواعد الجوهرية المنصـوص عليها في القانون وفي جميع الأحوال لا يحكـم بالبطلان رغم النص عليه إذا لم يترتب على الإجراء ضرر الخصم، والمزج بين النظريات اتجاه حديث أخذت به بعض التشـريعات الحديثة ومنها قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة (٥٩) منه وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ في المادة (٢٤) منه.

المبحث الثالث
شروط التمسك بالبطلان وأسبابه وتقسيماته

لم تنظم التشريعات التي أخذت بنظرية البطلان ومنها قانون المرافعات المصري، الأحكام التي توضح كيفية التمسك بالبطلان، ولهذا فإن الضرورة تستلزم الرجوع إلى القواعد العامة، فهذه القواعد تجيز التمسك بالبطلان لمن قررت القاعدة المخالفة للقانون لمصلحته، فهذا الخصم له أن يطلب وحده بطلان الإجراء القضائي إذا كان هذا الإجراء باطلاً، على إنه ليس لمن كان سبباً في بطلان الإجراء القضائي أن يتمسك بهذا البطلان ولما كانت هذه القاعدة تتقرر لمصلحة شخص معين أو أشخاص معينين، فإن دائرة أصحاب الحق في التمسك بالبطلان تضيق وتتسع تبعاً لذلك.

وسنتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أسباب البطلان.

المطلب الثاني: تقسيمات البطلان.

المطلب الأول
أسباب البطلان

نظم القانون الدعوى وإجراءاتها تنظيماً شكلياً وذلك لما تحققه الشكلية من سرعة وبساطة وهي أمور تستلزمها طبيعة الدعوى بوصفها أداة لتطبيق القانون ولذلك يشترط في الإجراء القضائي أن لا يكون مخالفاً للنموذجه القانوني، وقد تكون أيضاً أسباب البطلان لعيب موضوعي وسنتناول دراسة في النقطتين الآتيتين:

أولاً: أسباب البطلان لعيب شكلي

تعد مشكلة تحديد حالات البطلان لعيب شكلي من الأمور التي آثارت جدلاً في الفقه والقضاء واهتمت بها التشريعات وأعطتها عناية كبيرة، ذلك إن الأعمال القانونية أياً كانت ليست إلا حركة أو تغييراً في العالم الخارجي، والشكل هو الحركة أو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي وإذا لم يظهر هذا التغيير أو الحركة فلا يمكن أن نتصور وجود أعمال قانونية، وإذا كانت القاعدة في القانون المدني هي مبدأ حرية الشكل، أي إن للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم على النحو الذي تتجه فيه هذه الإرادة إلى أحداث الأثر القانوني، أياً كانت الوسيلة التي يتم بها التصرف القانوني، فإن الأمر ليس كذلك في قانون المرافعات، فالمبدأ في هذا القانون هو قانونية الشكل، بمعنى إن جميع أوجه النشاط التي تتكون منها الخصومة بوصفها قاعدة عامة يجب أن تتم لاتباعاً للوسيلة التي يختارها الخصوم بل تبعاً للوسيلة التي يحددها القانون[١].

ولهذه القاعدة تطبيقات عديدة في قانون المرافعات لاسيما في إجراءات التبليغ والبيانات التي يجب أن تشتمل عليها عريضة الدعوى وإجراءات إصدار الأحكام[٢]، ومظاهر الشكلية أما أن تكون عنصراً من عناصر الإجراء القضائي وهذا هو الشكل بالمعنى الضيق، أي الوسيلة التي يتم بها الإجراء القضائي، فالقانون يشترط بوصفه شكلاً للإجراءات أن تتم كتابة أو شفاهة أو بطريقة عينية، كما في قيام المحكمة أو الخبير بالمعاينة وقد يشترط القانون في بعض الإجراءات القضائية بعض الالتزامات المالية كدفع رسم الطابع، وهذا الالتزام المالي لا يعد شكلاً بالمعنى الصحيح، لأن المخالفة المالية لا يترتب عليها بطلان هذه الإجراءات.

والمظهر الثاني للشكلية إنها تعد ظرفاً للإجراء القضائي، وهذه الظروف الشكلية أما أن تتصل بمكان الإجراء القضائي ومثالها ما نصت عليه المادة (١٨) من قانون المرافعات بضرورة تسليم ورقة التبليغ إلى الشخص نفسه أو في محل عمله، وقد يتصل الظرف بزمن الإجراء القضائي، إذ يوجب المشرع مواعيد معينة للخطة بدء المرافعة أو انتهائها.

١- للتوسع راجع ج. فتحي والي- نظرية البطلان- ص١٥٢.

٢- راجع المواد ١٤و ٤٤و ١٦٢ من قانون المرافعات.

والشكلية ضرورة تفرضها طبيعة التنظيم القانوني للدعوى، لأن فرضها يمنع من تعسف القضاة، وقد أشار إلى ذلك الفقيه الألماني[١] (ايرنج) في تشبيهه للشكل في الإجراءات بصك النقود، فكما إن المعدن غير المصكوك يجب لمعرفة قيمته بحث نوعه ووزنه وتقويمه، فإن الشكل يغني عن كل هذا ويكشف عن هذا الإجراء دون جهد، فضلاً عن إن الشكل القانوني وما يتطلبه من إجراءات يدعو الخصم قبل الإقدام عليه إلى التروي والتفكير فيما يترتب عليه من آثار قانونية.

وقد كانت الشكلية في القانون الروماني فطرية ورمزية تتعلق بالأشياء المادية المحسوسة ثم تحولت بفضل تقدم الأفكار الاجتماعية إلى شكلية واعية ومقيدة تقيد حرية الفرد في التعبير عن إرادته في كل مرة تتأثر فيها مصالح أشخاص آخرين بهذه الحرية.

وإذا كان الشكل ضرورياً فيجب أن لا يكون معقداً إلى الدرجة التي تجعل الخصومة ميداناً للمطالعة لا طريقاً لفض المنازعة، فالشكلية إذا كانت لازمة فيجب أن لا تؤدي المغالاة في احترامها إلى ضياع الحقوق الموضوعية، ولذلك يجب تنظيم المشرع لهذه الشكلية تنظيماً ملائماً وليس معقداً يؤدي إلى انصراف أصحاب الحقوق عن حقوقهم.

ثانياً: البطلان لعيب موضوعي

نقصد بالبطلان لعيب موضوعي البطلان لعيب غير شكلي، أي لا يقصد به المضمون فقط بل يشمل كل ما لا يدخل في الشكل، وتثير مشكلة البطلان لعيب موضوعي أمام الباحثين العديد من الصعوبات وذلك لأن التشريعات التي نظمت نظرية البطلان أغفلت تنظيمها، واقتصرت على تنظيم البطلان لعيب شكلي وكذلك اقتصر الفقه على دراسة هذه الناحية فقط، وقد يثور التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق النصوص التي وضعتها التشريعات لتنظيم البطلان لعيب شكلي على البطلان لعيب موضوعي بطريق القياس، وقد استقر رأي الفقه على إن قاعدة لا بطلان بغير نص لا تسري على الشروط الموضوعية[٢].

ومع ذلك فإن الإجراء القضائي بوصفه من الأعمال القانونية له، مقتضيات

١- أشار إلى ذلك الأستاذ الدكتور فتحي والي- المرجع السابق ص١٧١.

٢- د. فتحي والي- المرجع السابق ص٣٨٥.

صحة موضوعية، لأنه لا يعد صواباً الاقتصار على المقتضى الوحيد له وهو الشكل، ولما كان الإجراء القضائي يعد جزءاً من الخصومة ويجب أن يتوافر فيه عنصر السرعة، لأنه يختلف بالمعنى المفهوم في نظرية التصرف القانوني عن أي اعتبار بالنسبة له.

المطلب الثاني
تقسيمات البطلان

يتجه الرأي الراجح في الفقه[1] إلى رفض تقسيم البطلان إلى بطلان مطلق ونسبي ذلك إن البطلان يعد درجة واحدة ولا يقبل التدرج، لأن البطلان يعدم العقد والعقد لا تفاوت فيه، غير إن فقه القانون المدني يميز بين هذين النوعين من البطلان، فيرى إن البطلان المطلق يعد الإجراء باطلاً أصلاً ولا يحتاج الأمر فيه إلى الحكم بالبطلان، أما البطلان النسبي فإنه ينشئ البطلان ولا يعد عمله مجرد تقرير، فضلاً عن ذلك إن البطلان المطلق يكون فيه الحق لكل ذي مصلحة التمسك به وهو لا يقبل التصحيح، أما البطلان النسبي فيكون التمسك بالبطلان لمن تقرر البطلان لمصلحته وهو يقبل التصحيح بالإجازة.

ونتفق مع الأستاذ الدكتور[2] فتحي والي إلى إن هذا التقسيم لا ينسجم مع قواعد بطلان القانون الإجرائي، تلك القواعد التي تمليها طبيعة الإجراء القضائي الخاصة وإنه لا توجد فائدة من هذا التقسيم لأن بطلان الإجراء القضائي حتى ولو تعلق بالنظام العام، فإنه لا يؤثر في قيام العمل بوظيفة الخصومة، ويبقى كذلك حتى يقضي بالبطلان، والمشرع العراقي لم يأخذ بهذه التفرقة في القانون المدني وإنما لجأ إلى وصف البطلان بمدى تعلقه بالنظام العام وبطلان يتعلق بالمصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تتداخل في قانون المرافعات، كما إنها تتداخل في فروع القانون الأخرى، ويترتب على إن البطلان المقرر بوصفه جزاء لمخالفة قاعدة من القواعد التي تتعلق بالنظام العام تختلف عن البطلان المقرر بوصفه جزاء لمخالفة قاعدة لا تتعلق بالنظام

١- د. فتحي والي- المرجع السابق ص٤٨٣، د. احمد أبو الوفا- نظرية الدفوع- المرجع السابق ص٩٦٢.
٢- د. فتحي والي- المرجع السابق- ص٤٨٤.

العـام، وفكرة النظام العام فكرة مرنة بطبيعتها غير قابلة للتحديد انتهى الفقه بشـأنها إلى التسليم بصعوبة وضع التعريف لها وحدودها إنها الفكرة التي تعبر عن ضرورة حمايـة المصلحة العليا للمجتمع، وتظهر هذه الحماية في صورة تقييد لبعض القواعد القانونية التي تؤدي إلى التطبيق المطلق إلى انتهاك هذه المصلحة[1].

ويمكن تقسـيم البطـلان إلى بطلان كلـي وبطلان جزئي وتتجه التشـريعات الحديثـة إلـى تأييد هذا التقسـيم وتولية عناية كبيرة لأنه يهدف إلـى التخفيف من قوة الجـزاء فـي كثير من الأحـوال، إذ يراعى بقدر الإمكان أن ينتـج الإجراء القضائي الباطل أثره بالنسبة لشقه الصحيح إذا كان هذا الشق صالحاً لإنتاج هذا الأثر، بمعنى إن البطـلان الجزئـي يراعى فيه بقـدر الإمكان أن ينتج الإجراء المشـوب بالبطلان جزئياً إذا اقتصر على الأجزاء المشـوبة من الإجراء، وينتج الأثر المقصود بالرغم من الحكم ببطلان كل الإجراء.

١- د. احمد أبو الوفا- المرجع السابق- ص٣٢٨.

المبحث الرابع
تصحيح البطلان

نقصد بتصحيح البطلان زوال الإجراء القضائي المعيب القابل للبطلان، ولتصحيح البطلان أهمية كبيرة في القانون الإجرائي لاعتماد المشرع إلى الإكثار من حالاته بهدف أن تستمر الخصومة وتحقق غايتها دون المشاكل التي يثيرها بطلان أي إجراء قضائي، ولذلك أصبح من الواجب على التشريعات أن تتخذ فلسفة خاصة بصدد معالجة هذه المشاكل وحصرها في أضيق نطاق، لأن الأثر القانوني الذي يترتب على الإجراء الباطل بوجه عام يجعله عاجزاً عن إنشاء الآثار التي كان من الممكن إنشاؤها لو كان الإجراء صحيحاً، وان المغالاة في تطبيق البطلان قد يؤدي إلى حدوث العديد من النتائج الاقتصادية والاجتماعية التي تتعارض مع قواعد العدالة، ومن هنا فإن الحكم بالبطلان الإجرائي يكون دائماً بغيضاً على نفس القاضي، وعليه فإن تصحيح البطلان يعد من السياسات التشريعية[1] التي يلجأ إليها المشرع للحد من مشكلة البطلان وخطورة آثاره في نطاق القوانين الإجرائية.

وسنتناول دراسة تصحيح البطلان بتوزيعه إلى المطالب الخمسة الآتية:

المطلب الأول: تصحيح البطلان الإجرائي بالتحول.

المطلب الثاني: تصحيح البطلان بالانتقاص.

المطلب الثالث: تصحيح البطلان بزوال عيب الإجراء القضائي الباطل.

المطلب الرابع: تصحيح البطلان مع بقاء العيب في الإجراء القضائي.

المطلب الخامس: تصحيح البطلان بالتجديد.

---

١ - نصت المادة (٢٦) من قانون أصول المحاكمات الأردني إنه «يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، ولا يعتد بالأجراء إلا من تاريخ تصحيحه».

المطلب الأول
تصحيح البطلان الإجرائي بالتحول

إن دراسة تصحيح البطلان بالتحول الإجرائي، تستلزم بيان ماهية هذا التحول وشروطه القانونية والآثار المترتبة عليه وذلك في المطلبين الآتيين:

الفرع الأول
ماهية تحول الإجراء الباطل وشروطه القانونية

تعد فكرة تحول الإجراء الباطل من الأفكار الجديدة على التشريع العراقي، إذ جاء خلواً من تنظيم أحكامها، ومقتضى هذه الفكرة إن الإجراء القضائي إذ كان باطلاً وتوافرت فيه عناصر إجراء آخر فإنه يكون صحيحاً بوصفه الإجراء الذي توفرت فيه عناصره.

ويعد المشرع[1] المصري من أول التشريعات العربية التي نظمت فكرة التحول في نطاق القانون الإجرائي، وقد أقر المشرع العراقي نظرية تحول العقد في القانون المدني، وهي نظرية قريبة من فكرة تحول الإجراء الباطل، وقد نصت المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي النافذ بأنه «إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين إن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام العقد».

وتطبيقات تحول العقد معروفة في الفقه الإسلامي، فالقاعدة إن العقد الباطل هو بحكم العدم ولا ينتج أثراً، فقد جاء في بدائع الصنائع[2]: «ولا حكم لهذا البيع الباطل أصلاً، لأن الحكم للموجود، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة» غير إن هذه القاعدة لم تجر على إطلاقها، فقد أورد عليها الفقهاء المسلمون تطبيقات استثنائية، الغرض منها استثمار العقد والاستفادة منه ضمن الضوابط التي لا تخل بأحكام الشريعة الغراء، وتتفق مع قواعد العدالة والحق، ومن هذه التطبيقات قاعدة

١- راجع الفقرة الأولى من المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

٢- علاء الدين الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢ج٥ ١٩٨٢ ص٣٠٥.

«أعمال الكلام أولى من إهماله ولكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل» وقاعدة «إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني»[١].

ويشير ابن الفقيه ابن[٢] رجب الحنبلي في قواعده إنه «إذا أعار شيئاً واشترط عليه العوض صح وانقلب العقد إلى قرض فيملكه بالقبض، وإذا قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك قرضاً وإذا أجره الأرض بثلث ما يخرج منها، كان إجارة باطلة وتحول العقد إلى مزارعة»، ففي هذه الأمثلة يتحول العقد الباطل إلى عقد آخر.

ونستنتج من التعريف الذي أوردته المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي لنظرية تحول العقد، إن هذه النظرية يشترط[٣] لأعمالها، أن يكون هناك تصرف قانوني أصيل باطل، فإذا كان التصرف القانوني الأصلي صحيحاً، فلا يتحول إلى تصرف قانوني آخر وإنما يجب احترام هذا التصرف، فالهبة الصحيحة التي تتضمن عناصر الوصية لا تتحول إلى وصية، ولو اتضح إن كلاً من الواهب والموهوب له، كان يفضل الوصية على الهبة[٤]، ويشترط كذلك أن يتضمن التصرف القانوني الأصلي الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه التصرف القانوني الأصلي. والتحول يقوم على إرادة مفترضة لا على إرادة حقيقية، ويستطيع القاضي أن يكشف عن هذه الإرادة المحتلمة بوصفها واقعة مادية عن طريق القرائن القضائية، فيستطيع أن يستنتج مثلاً من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد عملها به، أو من استمرار تنفيذهما العقد الأصلي، أن نيتهما المحتملة قد انصرفت إلى التحول، حتى لو نازع أحدهما في عدم صحة هذا التحول بعد ذلك. ومن تطبيقات تحول التصرف القانوني، تعهد شخص بأن يجعل غيره وإرثاً بجزء شائع في التركة، فإن هذا التعهد يعد باطلاً، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة، والبيع بثمن تافه يتحول إلى

١- راجع المواد من (٦٠- ٦٢) من مجلة الأحكام العدلية وشرح هذه المواد للأستاذ علي حيدر- درر الحكام- بيروت دون سنة نشر ص٥٣ وما بعدها وانظر كذلك المادة (١٥٥) من القانون المدني العراقي.

٢- أبي الفرج بن رجب الحنبلي- القواعد في الفقه الإسلامي- طبع بيروت ١٩٨٨، القاعدة (٣٨) ص٤٩ وما بعدها.

٣- للمزيد من التفصيل راجع أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون- النظرية العامة للالتزام- طبع الجامعة المستنصرية- ١٩٧٦ ص١٢٩، د. عبد الفتاح عبد الباقي- نظرية العقد والإرادة المنفردة- طبع القاهرة ١٩٨٤ ص٥، د. صاحب الفتلاوي- تحول العقد في ضوء متطلبات التحول الاشتراكي- أطروحة دكتوراه، كلية القانون/ جامعة بغداد ١٩٨٦ ص١٢٨ وما بعدها.

٤- د. عبد المجيد الحكيم- الوسيط في شرح القانون المدني- ص٤٨١- ٤٨٢.

هبـة إذا كان قد أنصب على منقول جرى تسـليمه. وكذلـك تتحول الأوراق التجارية (الحوالة التجارية والسـند للأمر (الكمبيالة) والشيك إلى سندات عادية إذا لم تستوف الشكل الذي نص عليه القانون واشتملت على توقيع ذوي الشأن[١].

ويثور التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نظرية تحول التصرف القانوني على الإجـراء القضائي الباطـل، وقد اختلف الفقه الإيطالي بصـدد تطبيق نظرية التحول علـى الإجـراء القضائي الباطل، فذهـب البعض منهم إلى تطبيـق نظرية التصرف القانوني على الإجراء القضائي وذهب البعض الآخر إلى عدم تطبيقها[٢].

ونتفق مع الأسـتاذ فتحي والـي بإمكانية تطبيق نظريـة التحول في التصرف القانونـي بوصفها قاعدة عامة علـى الإجراء القضائي الباطـل، لأن نظرية التحول نظرية عامة، تسري أحكامها على جميع الوقائع القانونية، ففضلاً عن إن هذه النظرية تعـد بمثابة تجديد لبيان الطبيعة القانونية للمسـتلزمات غير المعيبة من واقعة قانونية مـا، وعليه فإن هناك إمكانية لتحول الإجراء القضائـي الباطل إذا كانت المقتضيات الباقية غير المعيبة تكون إجراءاً قضائياً آخر يعرفه القانون، فمثلاً إذا تمسـك المميز عليه ببطلان عريضة المميز بسـبب عدم توقيع محاميـه على عريضة التمييز، فإن المميـز يسـتطيع أن يهدر هذا البطلان إذا أثبت إن عريضـة التمييز كلها كتبت بخط المحامي، لأن هذا يحقق الغاية من الشكل وهي ضمان جدية الطعن الذي يقدم بواسطة أحد المحامين المسجلين في جدول المحامين وإلا فإن استلزام التوقيع في هذا الصدد يعد من الشكليات البغيضة.

أولاً: أن يكون الإجراء القضائي باطلاً

يفتـرض تحول الإجراء القضائي أن يكون الإجراء القضائي باطلاً، فحيث لا بطـلان، لا يمكن إقرار الإجراء إلى آخر، والإجـراء القضائي الباطل، هو الإجراء

١- راجع المواد ٤١و ١٣٤و ١٣٩ من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

٢- راجـع تفصيـل آراء الفقه في أطروحة الدكتور فتحي والي- نظرية البطلان- المرجع السـابق ص٦٥١ وتجدر الإشارة إلى إن بعض الفقهاء الانجليز أشار إلى إن فكرة التحول موجودة في النظام الانجليزي إذ أقر العقد الباطل في ميدان التجارة لعدم صحته إلى تعهد أو التزام صحيح آخر من خلال استبعاد الأمور غيـر الصحيحـة أو غيـر المشـروعة راجـع M.P. Furmston Cheshire and Fifoot, law of contractninthedition, London, 1976. p. 394 Treitel, the law of contrct, London, 1987 p. 487.

الـذي يخالف النموذج الذي حدده القانون، مخالفة يترتب عليها عدم إنتاج الآثار التي يرتبهـا عليه القانون، فيما لو كان هذا الإجراء كاملاً[١]، ولذلك يشـترط في الإجراء القضائـي الباطل عدم التطابق بين الإجراء القضائـي والنموذج القانوني الذي حدده القانون لهذا الإجراء، ولا يكفي وجود هذا العيب وإنما يستلزم أن يرتب القانون على هذا العيب عدم إنتاج الإجراء القضائي للآثار القانونية التي يرتبها الإجراء القضائي الكامل.

ثانياً: أن يتضمن الإجراء القضائي الباطل إجراء آخر صحيح

ونقصـد بهذا الشـرط أن تكون العناصـر أو المقتضيات الباقيـة من الإجراء القضائي والتي لم تتعرض للبطلان، كافية لتكوين إجراء قضائي آخر يعرفه القانون، ويقع على القاضي مسؤولية فرز العناصر المعيبة وإعادة تحديد طبيعتها القانونية من جديـد في ضوء الإطار العام للدعوى المدنية التي يتخذ الإجراء فيها، ويسـتلزم ذلك الأمر من القاضي أن يبحث عن القاعدة القانونية الجديدة المتصلة بالدعوى، ويحاول أن يـدرج مجموعة الوقائع المقدمـة إليه في إطار القاعدة القانونية، فإذا ما انتهى من هذا التكييف القانوني فإن الأثر القانوني للقاعدة التي يتطابق إطارها مع هذه الوقائع، هو الذي سينشأ ويرتب الآثار التي تستجيب لها هذه القواعد، ويتم ذلك في معزل عن إرادة الخصـوم، بالرغم من الصلة التي تربط بين الإجراء الذي سـوف يتم تحويله، والدعوى التي سوف يتحول بداخلها إلى إجراء جديد، فهذا التحول لن يتم إلا إذا كان هيكل الدعوى القائمة يحتمل هذا التحول.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية[٢]، بجواز تحول الإجراء الباطل إلـى إجراء صحيـح إذا كانت العناصـر الباقية غير المعيبة يتوافـر بموجبها إجراء آخـر صحيح، وجاء في قـرار لمحكمة التمييز[٣] العراقية بأنهـا «يجوز التحول من طلـب أجر المثل إلى طلب الأجر المسـمى حسـب المادة الرابعة مـن قانون الإثبات التي أوجبت تبسـيط الشـكلية إلى الحد الذي يضمن المصلحـة العامة ولا يؤدي إلى

١- للمزيـد من التفصيل في تعريف الإجراء الباطل، راجع الأسـتاذ الدكتـور فتحي والي- نظرية البطلان- المرجع السابق ص٧.

٢- رقـم القـرار ١٢٤٨ في ١٩٦٩/٢/٢ أشـار إليه الدكتـور أحمد أبو الوفا- التعليـق على نصوص قانون المرافعات ط٥ الإسكندرية ١٩٨٧ ص٢٠٦ وما بعدها.

٣- رقم القرار ١١٩ في ١٩٨٢/٣/٣ مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول ١٩٨٢ ص٢٣.

التفريـط بأصل الحق المتنازع عليـه». وتطبيقات تحول الإجـراء القضائي الباطل متعددة وتهدف إلى التخفيف من أثر البطلان وما يترتب عليه بجعل الإجراء القضائي كأن لم يكن، ومن هذه التطبيقات تحول الاسـتئناف المتقابل إلى اسـتئناف أصلي إذا كان هـذا الأخير باطلاً والاسـتئناف المتقابل هو الاسـتئناف الذي يرفعه المسـتأنف عليه[١] ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالاستئناف الأصلي، وإن قرار المحكمة برد الاستئناف الأصلي بسـبب عدم قبوله شكلاً يؤدي إلى بطلان الاستئناف المتقابل تبعاً له إذا كان قـد رفع بعد مدة انقضاء مدة الاسـتئناف، أما إذا كان قد رفـع خلال الميعاد القانوني وبالإجـراءات المعتادة للاسـتئناف الأصلي، فإن الاسـتئناف المتقابل لا يسـقط برد الاسـتئناف الأصلي بل يتحول إلى اسـتئناف أصلي صحيح إذا توافرت فيه عناصر الاستئناف الأصلي[٢].

وكذلك إذا سلم المبلغ القضائي، صورة التبليغ القضائي في موطن غير موطن المعلـن إليه، غير إن هذا الأخير اسـتلم صـورة التبليغ صدفة، فـإن التبليغ في غير موطن المعلن إليه وهو تبليغ باطل يتحول إلى تبليغ قضائي صحيح لشـخص المعلن إليـه[٣]. وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية[٤] بأنه «لا خطأ في اعتبار صحيفة تجديد الدعوى من الشـطب دعوى جديدة متى اسـتوفت بيانـات صحيفة الدعوى». ومن تطبيقات التحول أيضاً إن الطلب العارض إذا أبطل اسـتناداً على بطلان الطلب الأصلي، وكان الطلب العارض قد تم تقديمه بالإجراءات التي نص عليها القانون في رفع الدعوى، أي تم تأشـيره في سجلات المحكمة وتبليغ به الخصم، فإنه يتحول إلى مطالبة أصلية وتستمر الدعوى للفصل فيها[٥].

١- راجع المادة (١٨١) من قانون المرافعات النافذ.

٢- راجع المادة (١٩١) من قانون المرافعات النافذ.

٣- راجع تفصيل ذلك د. نبيل عمر- المرجع السابق ص٢٨٤.

٤- نقض مدني ١٩٧٥/٢/٢٢ طعن رقم ٤٣١ ص٢٤١.

٥- د. وجدي راغب- المرجع السابق- ص٣١٦.

الفرع الثاني
الآثار التي تترتب على تحول الإجراء الباطل

القاعـدة العامة إن الإجراء القضائـي الباطل يعد إجراءاً صحيحاً منتجاً لآثاره حتـى تقـرر المحكمة بطلانه، ففـي جميع الأحوال يلزم صدور حكـم يقرر البطلان وهذه القاعدة لا يوجد استثناء عليها وتسري على البطلان أياً كان نوعه وسواء تعلق بالنظام العام أو بالمصلحة العامة[١] ذلك إن البطلان حتى لو تعلق بالنظام العام، فإن على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسـها، فهو يحتاج إلى حكم لتقريره، إذ لو كان هذا البطلان لا يحتاج إلى هذا الحكم، فإنه لا توجد حاجة إلى إلزام المحكمة بالقضاء به، وعليه لا تترتب آثار البطلان إلا إذا قضت به المحكمة[٢].

والقاعدة إن المحكمة إذا قضت بالبطلان فإن الإجراء القضائي بالباطل لا ينتج أي أثر قانوني ويعد كأن لم يكن.

«Quod nullumest nullum producit efectum» أمـا الخصـم الذي تمسـك بالبطلان وقضى له به، فإنه يستطيع أن يطالب بتعويض عما قد يلحق به من ضرر بسـبب الخطأ الذي صـدر ممن أتخذ الإجراء الباطل فـي مواجهته، وبطلان الإجـراء يمكـن أن تعده المحكمـة قرينة على هـذا الخطأ لصالح من قـام بالأجراء الباطل[٣].

وعليه إذا قضت المحكمة ببطلان عريضة الدعوى، فإنه لا يترتب عليها قطع مدة التقادم التي أشارت إليها المادة (٤٣٧) من القانون المدني والتي تنص على إنه: (تنقطـع المدة المقررة لعدم سـماع الدعوى بالمطالبة القضائيـة ولو رفعت الدعوى إلـى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر، فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسـمع بعدها» وتطبيقاً لذلك قضت محكمة[٤]

١- د. فتحي والي- نظرية البطلان- ص٦٤٤.

٢- يشـير الأسـتاذ الدكتور احمد أبـو الوفا- نظرية الدفوع فـي قانون المرافعات طبع الإسـكندرية ١٩٨٨ ص٣٢٧ إلى حكم لمحكمة النقض المصرية تقضي بعكس هذا الرأي إذ جاء فيه «بأن نقض الحكم يترتب عليه إلغاء الأحكام اللاحقة للحكم المنقوض بقوة القانون وبغير حاجة إلى حكم ولو لم يشـير إلى الأحكام اللاحقة أثناء نظر الطعن (نقض ١٩٧٤/٣/١٨ رقم ٦٧ سنة ٣٩ ق).

٣- د. احمد مسلم- أصول المرافعات طبع القاهرة ١٩٧٧ ص٤٨٧.

٤- رقم القرار ٢٧ في ١٩٧٤/٤/٨ أشار إليه الأستاذ إبراهيم المشاهدي- المرجع السابق- ص١١ ◄

التمييز العراقية بان الدعوى المبطلة تعتبر كأن لم تكن ولا تكون قاطعة لمرور الزمان وان إبطال عريضة الدعوى وفقاً للمادة (٥٤) من قانون المرافعات المدنية المعدل، يقطع مدة التقادم المنصوص عليها في المادة (٤٣٧) من القانون المدني[١] وقد يؤدي بطلان عريضة الدعوى إلى إتمام مدة التقادم بوصفه مانعاً من سماع الدعوى[٢]، وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة فإنه توجد حالات يترتب عليها آثار إجرائية بالرغم من بطلان الإجراء القضائي، وهذه الآثار قد تكون آثاراً لإجراء قضائي آخر يتحول إليه الإجراء القضائي الباطل، والذي هو عبارة عن استخلاص العناصر غير المعيبة في الإجراء القضائي وإعطاء هذه العناصر تكييفاً قانونياً صالحاً لإحداث أثر قانوني منتج في الدعوى التي اتخذ فيها الإجراء الباطل، ويترتب على ذلك ظهور إجراء قضائي جديد.

والتحول يخضع لسلطة القاضي التقديرية، فيتم استناداً إلى طلب يقدم من جانب الخصم ويستخلصه القاضي بنفسه وذلك بإعطاء العناصر التي يستخلصها من الإجراء القضائي الباطل، وصفاً قانونياً ينسجم مع العناصر المستخلصة، أما إذا لم يرغب الخصم في آثارة هذا الإجراء الجديد، فإن من حقه أن يستخدم حقه في الترك، ويترتب على ذلك، أن الخصم ليس هو الذي يقوم بعملية تحول الإجراء بطريقة مباشرة، وإنما القاضي هو الذي يقوم بهذا التحول، وقيام القاضي بهذا الأمر يستند على المعطيات المادية التي طرحها الخصم أمامه، ويتضح مما تقدم إن آثار الإجراء القضائي بعد تحوله، تترتب عليه بوصفه كذلك وليس بوصفه كما سبق تقديمه أولاً، وهذه الآثار يبدأ سريانها من تاريخ التحول وليس من تاريخ تقديم الإجراء الباطل الذي يتحول فيما بعد، أي إن تحول الإجراء الباطل ينتج أثره بأثر رجعي وليس بأثر حال ودون حاجة أن يقوم الخصوم بإجراء جديد، لأن الإجراء القضائي الجديد، يصبح كأي إجراء عادي بوصفه كان صحيحاً في الأصل.

◄ وراجع القرار رقم ٩٦ في ١٩٨٦/٢/١٥ أيضاً.

١- وتجدر الإشارة إن بطلان الدعوى يترتب عليه رد الدعوى وعدم إمكان الخصوم من إقالتها مرة ثانية، ومن ثم فإن ذلك لا يؤدي إلى قطع التقادم، أما في إذا حكمت بإبطال عريضة الدعوى فإنه لا يترتب على هذا الحكم سوى دفع رسم جديد لإقامة الدعوى مرة ثانية، وبالتالي فإن الإبطال يقطع مدة التقادم.

٢- ويلاحظ إن التقادم في القوانين الغربية وغالبية القوانين العربية يعد سبباً لانقضاء الدين سواء كان المدين قد وفى الدين أو لم يوف به، أما في القانون المدني العراقي، فإن التقادم، يعد سبباً لعدم سماع الدعوى عند الإنكار. راجع المواد (٤٣٠- ٤٤٢) من القانون المدني العراقي وللمزيد من التفصيل راجع أستاذنا الدكتور حسن على الذنون- النظرية العامة للالتزامات- طبع الجامعة المستنصرية ١٩٧٦ ص٤٧٣.

وتحول الإجراء القضائي الباطل إلى عمل إجرائي صحيح، يحدث سواء كان البطلان متعلقاً بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة، وقد أشار قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ إلى تطبيقات لنظرية تحول الإجراء القضائي، فالسند الرسمي الباطل الذي لم يستوف الشروط التي استلزمها[١] القانون، يتحول إلى سند عادي إذا كان مشتملاً على شروط السندات العادية في الإثبات، بأن يكون ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو ببصمات إبهامهم، وقد يتحول السند العادي الذي لم يستوف الشروط التي أستلزمها القانون في هذا السند وهي شروط الكتابة والتوقيع إلى سند عادي ناقص أو مبدأ ثبوت بالكتابة، إذا توافرت به الشروط اللازمة، بأن كان السند صادراً عن الخصم أي مكتوباً بخطه ويجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال[٢]. وهذا السند الناقص يتحول إلى سند عادي إذا طلب الخصم استكماله بالشهادة وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية واسعة بصدد استكمال مبدأ الثبوت بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية[٣]، «بأن وجود مبدأ الثبوت بالكتابة، يدل على إن المشرع قد جعل لهذا المبدأ ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود، كما يجوز تكملته في القرائن القضائية». وقد أجازت محكمة التمييز[٤] العراقية استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة عن طريق اليمين المتممة، تطبيقاً للمادة (١٢٠) من قانون الإثبات العراقي النافذ التي تنص على «إن للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به».

وكذلك الدفاتر والأوراق الخاصة غير الموقع عليها، فالأصل فيها استناداً للمادة (٢٩) من قانون الإثبات إنها لا تكون حجة لصاحبها، غير إنها يمكن أن تتحول إلى مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت قد دونت بخط المدين.

١- إن الشروط التي استلزمها القانون في السند الرسمي، يمكن استنتاجها من التعريف الذي أوردته الفقرة الأولى من المادة (٢١) من قانون الإثبات، وذلك بأن يصدر السند من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه وأن يراعي في السند الرسمي الأوضاع القانونية في إصدارها السند.

٢- المادة (٧٨) من قانون الإثبات.

٣- نقض ١٩٨١/٤/١٤ رقم ٢٤ مجموعة أنور طلبة ص٤٥٩.

٤- رقم القرار ٦١٨ مدنية أولى ١٩٧٦ في ١٩٧٧/١/٢٠ مجموعة الأحكام العدلية- العدد الأول ٦٩٧٧ ص٦٠.

المطلب الثاني
تصحيح البطلان بالانتقاص

نتناول دراسة تصحيح البطلان بالانتقاص في الفروع الثلاث الآتية:

الفرع الأول: التعريف بانتقاص الإجراء القضائي الباطل.

الفرع الثاني: شروط انتقاص الإجراء القضائي الباطل.

الفرع الثالث: آثار انتقاص الإجراء القضائي الباطل.

الفرع الأول
التعريف بانتقاص الإجراء القضائي الباطل

فكرة تصحيح البطلان بالانتقاص في نطاق الإجراء القضائي تعد واحدة من الأدوات الفنية التي يستخدمها المشرع بهدف التوصل إلى الحد من آثار البطلان، ويقصد بانتقاص الإجراء القضائي الباطل إن الإجراء إذا كان باطلاً في شق منه وصحيحاً في شق آخر، فإنه يبطل في الشق الأول وحده ويصح في الشق الثاني، فإذا كان الحكم القضائي قد فصل في أكثر من موضوع وكان باطلاً بالنسبة لما قضى به في موضوع واحد، فإنه يكون صحيحاً بالنسبة لما قضى به في الموضوعات الأخرى[1].

وقد أقر المشرع المصري نظرية انتقاص الإجراء القضائي الباطل فنصت الفقرة الثانية من قانون المرافعات النافذ على إنه «إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل»، ويعد انتقاص الإجراء الباطل في قانون المرافعات تطبيقاً لفكرة انتقاص العقد الذي نصت عليه المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي، فجاء فيها إنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً، إلا إذا تبين إن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً».

ويشترك تحول الإجراء القضائي الباطل مع انتقاصه في إن كل منهما يفترض

١- د. فتحي والي- نظرية البطلان- المرجع السابق ص٣٢٩.

بطلان الإجراء القضائي، فحيث لا بطلان، لا يمكن تصور تحول الإجراء أو انتقاصه، فضلاً عن ذلك إن كلاً منهما يؤدي إلى ترتيب بعض الآثار القانونية بالرغم من وجود حالة البطلان، غير إن التفرقة قد تدق بينهما، ومع ذلك نستطيع أن نشير إلى إنه في تحول الإجراء تكون العناصر الباقية غير المعيبة كافية لتكوين أجراء قضائي يرتب عليه القانون آثاراً، أما انتقاص الإجراء فإن العناصر الباقية غير المعيبة لا تكفي لوحدها لإنتاج أجراء قضائي جديد يتحول إليه الإجراء القضائي الباطل وإنما ينتج الإجراء الباطل نفسه بعض آثاره التي ينتجها فيما لو كان هذا الإجراء صحيحاً، ذلك إن الآثار الناتجة بعد انتقاص الإجراء هي بعض آثار نفس الإجراء القضائي الباطل وليست آثار إجراء قضائي جديد[1].

ومن تطبيقات نظرية انتقاص الإجراء الباطل، إن يترتب على المطالبة القضائية إذا توافرت بها بعض الشروط فإن القاضي يكون ملزماً بإصدار حكم فيها بالرغم من بطلانها وإلا فإنه يعد منكراً للعدالة، كذلك فإن عريضة الدعوى التي ترفع أمام قاض غير مختص فإنها تعد باطلة ومع هذا فإن القانون يرتب عليها آثاراً، لأنها تؤدي إلى قطع التقادم.

الفرع الثاني
شروط انتقاص الإجراء القضائي الباطل

يشترط بوجه عام لتحقيق الإجراء القضائي الباطل توفر الشروط الآتية:

الشرط الأول: يجب أن يكون الإجراء القضائي باطلاً

فكرة الانتقاص هي أداة السياسة التشريعية في الحد من الآثار غير المرغوبة لجزاء البطلان، فحيث لا بطلان لا يمكن تصور وجود انتقاص للأجراء القضائي وسواء تعلق البطلان بتخلف إحدى المقتضيات الشكلية أم الموضوعية وكذلك إذا تعلق البطلان بالنظام العام أم كان متعلقاً بالمصلحة الخاصة.

١- د. نبيل إسماعيل عمر- إعلان الأوراق القضائية- طبع الإسكندرية ط ١٩٨١ ص٢٨٩.

الشـرط الثاني: أن يكون الإجراء القضائي مركباً من عـدة أجزاء وان تكون هذه الأجزاء قابلة للانقسام، بعضها صحيح والبعض الآخر معيب بالبطلان

وعليه إذا كان الإجراء القضائي بسيطاً ولم يكن قابلاً للانقسام وكانت أجزاؤه كلهـا معيبـة، فالأصـل إن البطلان يكون كلياً ولا ينتج الإجراء الباطـل أي أثر إلا إذا نـص القانـون على ذلك، ومثال ذلك الحكم الذي يقضي في طلبين كالحكم بفسـخ العقد والتعويض عن الضرر، فإذا جاء الحكم بالفسـخ مسـبباً تسبيباً كافياً دون الحكم بالتعويض كان شـق الحكم المتعلق بالفسـخ صحيحاً وشقه المتعلق بالتعويض باطلاً ويكون واجب الإلغاء عن طريق الطعن فيه[1].

الشـرط الثالث: أن يكون الإجراء القضائي الباطـل منتجاً لأكثر من أثر وان تكون أجزاء الإجراء المركبة قابلة للتجزئة

لا يشـترط لتحقـق الانتقاص أن تتجـه إرادة الخصوم إلى الإجـراء القضائي المتبقـي بعد الانتقاص، لأن الإجراء القضائي لا يعد تصرفاً قانونياً وان دور الإرادة فـي ترتيب آثاره يـكاد يكون معدوماً، وعليه فإن الانتقـاص يتحقق وينتج آثاره دون حاجة لتدخل إرادة الخصوم وسواء اتجهت إرادتهم إلى آثاره أم لم تتجه.

الفرع الثالث

آثار انتقاص الإجراء القضائي الباطل

إذا مـا توفرت شـروط انتقاص الإجـراء الباطل، فإن الجـزء الباطل من هذا الإجراء يعد وكأنه لم يكن موجوداً ومن ثم لا يترتب عليه أي أثر قانوني، أما الجزء الآخـر الصحيـح فإنه يبقـى وتنتج منه كافة الآثـار التي حددها القانون، وتنشـأ هذه الآثـار من تاريخ اتخاذ الإجراء ويعد الجزء الصحيح من الإجراء القضائي وكأنه قد نشـأ صحيحـاً منذ بداية الإجراء ومن ثم فإن آثاره ترتـد إلى لحظة اتخاذه، وانتقاص الإجـراء أمـا أن يتم بناء على طلـب الخصوم أو بمبادرة مـن القاضي بعد أن يدعو الخصوم لسـماع أقوالهم واعتراضاتهم فيما يتعلق بهذا الانتقاص، وصورة التمسـك

١- للتوسـع راجع د. فتحي والي- نظرية البطلان- المرجع السـابق ص٦٥٤، د. نبيل عمر- المرجع السابق ص٢٩٠.

بالانتقاص تكون بطلب الخصم بطلان الإجراء القضائي، على أساس إن البطلان يتعلق بجزء فقط من هذا الإجراء المركب.

المطلب الثالث

تصحيح البطلان بزوال عيب الإجراء القضائي الباطل

يترتب على العيب بطلان الإجراء القضائي، فإذا تحقق عيب في هذا الإجراء ثم صحح هذا العيب بعد ذلك فإن الإجراء الباطل يكون صحيحاً، ويمكن تصحيح البطلان بزوال العيب على النحو الآتي:

١. تصحيح البطلان بتحقق الغاية من الشكل المعيب

إذا تبث تحقق الغاية من الشكل المعيب، فإن الغاية من الشكل تؤدي إلى زوال العيب في الإجراء القضائي، وقد نصت المادة (٢٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي إنه «يعد التبليغ باطلاً إذا شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية منه»، ومفهوم المخالفة لهذه المادة يوضح أنه كلما تحققت الغاية من التبليغ فإنه يعد صحيحاً بزوال العيب منه.

٢. تصحيح البطلان بتكملة الإجراء القضائي الباطل

نقصد بتكملة الإجراء الباطل إضافة المستلزمات التي تنقصه أو تصحيح المقتضى المعيب فيه، فإذا أمكن تكملة الإجراء القضائي فإنه يعد إجراءاً صحيحاً، واستناداً للقواعد العامة التي تحكم نظرية بطلان الإجراء القضائي، يجب أن تتوفر الشروط الآتية عند التصحيح بالتكملة:

١. أن يضاف إلى الإجراء الباطل ما ينقصه، فإذا قدمت عريضة دعوى ينقصها أحد البيانات التي يجب أن تشتمل عليها هذه العريضة[1] كموضوع الدعوى مثلاً فإن تصحيح هذه العريضة بإضافة الموضوع إليه يجعلها صحيحة.

٢. يجب أن تتم التكملة في الميعاد الذي يحدده القانون للقيام بالأجراء المراد تكملته.

١- راجع المادة (٤٦) من قانون المرافعات والمادة (٥٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

٣. يجب أن تتم التكملة قبل التمسك بالبطلان، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة في القانون الإجرائي والتي تقضي إنه إذا قدم شخص طلباً أو دفعاً فإن حقوقه تتحدد بوقت تقديم هذا الطلب أو الدفع وليس بوقت الحكم فيه وذلك حتى لا يضار بتأخير النظر في طلبه أو دفعه، فإذا توفرت شروط التصحيح بالتكملة فإنه واستناداً للقاعدة التي تقضي إنه حيث يختفي العيب فإنه يجب عند ذلك عدم الحكم بالبطلان، لأنه بتكملة النقص تتحقق الغاية التي يهدف إليها المشرع وبالتالي فإن ذلك يؤدي إلى التقليل من الحكم بالبطلان.

٣. تصحيح البطلان بالتصحيح بالحضور

تنص الفقرة الثالثة من المادة (٧٣) من قانون المرافعات إن بطلان التبليغ يزول إذا حضر المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه في اليوم المحدد للمرافعة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية أنه "وحيث تبين إن المميز المدعى عليه الأول قد حضر ودخل في موضوع الدعوى مقراً أنه كان يسوق سيارته قرب مدينة جميلة، إذ حصل حادث الدهس، وبذلك يكون قد أسقط حقه بالدفع بعدم الاختصاص المكاني"[1]، والحكمة من التصحيح بالحضور هي إن الغاية من التبليغ تكون قد تمت وهي حضور المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه، واستناداً لهذه المادة فإن الحضور يؤدي إلى تصحيح البطلان في التبليغ، ويكون المشرع بهذا يطبق القاعدة العامة التي تقضي إنه إذا تحققت الغاية من الشكل القانوني فإنه لا يوجد بطلان ويترتب على حضور الخصم تصحيح الإجراء القضائي الباطل[2].

١- رقم القرار ٢٠١ في ١٣/١٠/١٩٨٠: مجلة الأحكام العدلية العدد الرابع ص١٠٨.

٢- نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني إن «بطلان تبليغ لائحة الدعوى ومذكرات الدعوة الناشئة عن عيب في التبليغ أو إجراءاته أو في تاريخ الجلسة يزول بحضور المطلوب تبليغه في الجلسة المحددة».

المطلب الرابع
تصحيح البطلان مع بقاء العيب في الإجراء القضائي

يختلف هذا التصحيح بزوال العيب إن التصحيح يتم بالرغم من بقاء العيب الذي سبب البطلان ويمكن أن نجمل صور هذا البطلان على النحو الآتي:

١- التصحيح بالنزول عن التمسك بالبطلان

ويرجع في هذا التصحيح إلى الخصم الذي من حقه أن يتمسك بالبطلان ان يتنازل عن هذا الحق، ويتحقق النزول بإعلان إرادة النزول صراحة أو ضمناً، والنزول الضمني هو أن يبدي الخصم ما يدل على استعداده لتحمل آثار الإجراء القضائي المعيب، كما إذا رد على الإجراء بما يدل على انه يعده صحيحاً، وكذلك يزول البطلان المترتب على عدم التبليغ القضائي في المحل الأصلي بقبول التبليغ في المحل المختار، وقد أجازت المادة (٨٩) من قانون المرافعات للخصم أن يتنازل أثناء الدعوى عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعة، ويعد الإجراء أو الورقة كأن لم تكن شروط أن يتم ذلك بموافقة المحكمة وان تحفظ صورة مصدقة من هذه الأوراق في اضبارة الدعوى[1].

ويشترط لتحقق النزول عن البطلان سواء كان صريحاً أو ضمنيا توافر الشروط الآتية:

١- أن يصدر النزول ممن له الحق في التمسك بالبطلان، فإذا صدر من الغير فإنه لا يترتب عليه أي أثر قانوني.

٢- توافر أهلية النزول وهي نفس أهلية التقاضي.

ويمكن النزول عن البطلان أيا كان سببه سواء أكان عيبا في الشكل أم عيباً غير ذلك، ويحدد نطاق النزول عن البطلان، فكرة النظام العام، فإذا كان البطلان لا يتعلق بالنظام العام فإنه يجوز النزول عن الحق في التمسك به: أما إذا تعلق بالبطلان العام فان النزول عن التمسك به لا ينتج أي[2] أثر ويجوز للذي انزل عنه أن يتمسك

١- راجع المادة (٢٠) من قانون الإثبات العراقي.

٢- نصت المادة (١١٠) من قانون أصول المحاكمات المدني الاردني على ان الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالاجراءات غير المتصلة بالنظام العام يجب ابداؤها معا قبل أي ◄

بالبطلان ويجوز ذلك أيضا للغير أن يتمسك به وللمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، ويترتب على النزول عن التمسك بالبطلان عدم استطاعة الخصم التمسك بالبطلان الذي نزل عنه بأية وسيلة ولا في أي درجة من درجات التقاضي.

٢- تصحيح البطلان بواقعة قانونية

يتم تصحيح البطلان نتيجة لتحقق واقعة معينة، فالدفع ببطلان التبليغ دفع شكلي يجب إبداءه قبل أي دفع آخر وإلا سقط الحق فيه وتفصل فيه المحكمة قبل التعرض لموضوع الدعوى ويجب إبداء هذا الدفع في عريضة الاعتراض أو الاستئناف وإلا سقط الحق فيه وقد أوضحت الفقرة الثانية من المادة (٧٣) من قانون المرافعات على أن بطلان التبليغ يزول حتى إذا حضر المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه في اليوم المحدد ذلك أن الغاية من التبليغ تكون قد تمت وهي حضور المطلوب تبليغه أو من يقوم مقامه.

المطلب الخامس
تصحيح البطلان بالتجديد

التجديد إحلال إجراء قضائي محل آخر باطل، فإذا قام شخص بإجراء قضائي معين، ووقع هذا الإجراء باطلاً فان هذا البطلان إذا اثر في الإجراء فانه لا يؤثر في بقاء السلطة التي استخدمها الشخص بقيامه بالإجراء. ولهذا فان له أن يستخدمها مرة أخرى بالقيام بإجراء قضائي جديد، أي إعادة الإجراء الباطل أو تجديده.

وتجدر الإشارة إلى أن التجديد لم يكن ممكنا في القانون الروماني لأن القاعدة في هذا القانون كانت تقضي بأن ليس لمن قام بإجراء قضائي أن يعيده، بإجراءات جديدة وكذلك لم يكن التجديد ممكنا في بداية مراحل القانون الفرنسي القديم.

ويرد التجديد على الإجراء القضائي الباطل بأكمله إذا كان البطلان كلياً، أما إذا كان الإجراء باطلا في شق منه، فان التجديد لا يتناول إلا الجزء الباطل منه، ومن الأمثلة على تصحيح البطلان بالتجديد، أن تكون عريضة الدعوى باطلة لعيب في

◄ دفع اجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه. كما يسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في لائحة الطعن. م/١٣ شرح احكام قانون المرافعات المدنية.

أهلية من وجهت إليه، كأن تكون وجهت إلى قاصر، فيمكن تجديد الدعوى وتوجيهها إلى من يمثل المدعى عليه القاصر قانونيا، ولا يشترط في التجديد إلا شرطا واحدا[1] هو أن يكون هذا التجديد ممكنا ويكون كذلك إذا لم يكن مستحيلا، واستحالة التجديد أما أن تكون استحالة مادية يستحيل منها تجديد الإجراء القضائي ومثاله أن يبطل عمل الخبير ويتضح هلاك الشيء محل الإجراء، فيكون من المستحيل ماديا إعادة الإجراء القضائي. وقد تكون الاستحالة قانونية كما إذا منع القانون صراحة التجديد، ولم يهتم المشرع العراقي بوضع تنظيم عام لتجديد الإجراءات القضائية الباطلة، ولذلك فإن تنظيم نظرية لتصحيح البطلان بالتجديد أمر جدير بالتأييد في التشريع العراقي، لأن التجديد وسيلة فاعلة للسير في الدعوى وعدم انقضائها بغير حكم في موضوعها.

١- للتوسع راجع د.فتحي والي-نظرية البطلان، ص٦٩٢.

تم نشر الملف في قناة شبكة قانونيون على التلكرام
تحتوي القناة على مجموعة كبيرة من الكتب
القانونية الدراسية والعامة بالإضافة الى الملازم ،
الملخصات ، نماذج دعاوى مختلفة ، المتون
القانونية ، وغيرها من الأمور .

رابط القناة اذا كنت ترغب في الانضمام معنا ⇩

https://t.me/iraq_law5

الفصل السادس

نظرية الدعوى

تحتـل نظرية الدعوى بوصفها مفهوما إجرائيـا قانونيا مكانا كبيرا ومهما في النظـام القضائي، وبالرغم من هذه الأهمية فان الدعوى لم تحظ بصورة عامة بعناية كافية من التشريعات المعاصرة، لأن غالبيتها جاءت خالية من أية إشارة إلى تعريف الدعوى أو تحديد شروط قبولها، لذلك اهتم الفقه بهذه النظرية وأولاها العناية الكافية من الدراسة، لأنها تعد العنصر المهم والفاعل في النشاط القضائي.

وتمثل الدعوى دراسة للجهاز القضائي في حال حركته، لأن القضاء المدني قضاء مطلوب وليس تلقائي التحرك، فهو لا يتعرض لفض المنازعات بين الناس أو لتحقيق التطابق بين المراكز الواقعية والقانونية في المجتمع من تلقاء نفسه وإنما لابد أن يطلب ذلك منه في كل حالة، ويتم تحريك النشاط القضائي المتعلق بحماية الحقوق بواسـطة وثيقة تسـمى بالدعوى المدنيـة، وهي ظاهرة حضارية فـي حياة المجتمع لأنهـا تمثـل انتقالاً من القضاء الخـاص الذي يعتمد على القوة فـي فض المنازعات إلى القضاء العام الذي تتولى الدولة تنظيمه لاسـيما بعد أن منعت الأفراد من استيفاء حقوقهم بأنفسـهم، واسـتنادا لهذه الحقيقة عرف جانب من الفقه[1] الدعوى أنها وسيلة تحريك القضاء والتي بدونها يقف ساكتا مهما شاهد من اختلال في المراكز القانونية للأفراد أو في المجتمع بصورة عامة.

ودراسة نظرية الدعوى تستلزم بحثها في المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: ماهية الدعوى وطبيعتها القانونية.

المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى.

المبحث الثالث: تقسيم الدعاوى.

المبحث الرابع: إجراءات إقامة الدعوى والآثار المترتبة عليها.

١- د.أحمد مسلم- المرجع السابق، ص٣٠٩.

المبحث الأول
ماهية الدعوى وطبيعتها القانونية

سنتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
ماهية الدعوى

أن تحديد فكرة الدعوى يعد من الأمور الصعبة والدقيقة ويشوبها بعض اللبس والغموض وذلك لاختلاطها بكثير من المفاهيم الإجرائية كالخصومة وحق الادعاء والمطالبة القضائية، بالرغم من أن لكل من هذه المفاهيم معنى خاص يختلف عن الدعوى بالمعنى الاصطلاحي، بوصفها وسيلة لحماية الحق، فحق الادعاء ينشأ بنشوء الحق وقبل الإخلال به وهو يعد من الحقوق العامة للأفراد والتي لا يسأل فيها الأفراد عما يترتب عليهم من استعمال هذا الحق من ضرر إلا إذا تعسف أو أساء استعمال حقه قاصدا الكيد والإضرار بخصمه وليس الدفاع عن مصلحة جديدة ومشروعة، أما الدعوى فلا تنشأ إلا عند الإخلال بالحق، والأصل أن حق الدعوى يكون مقيدا بخلاف حق الادعاء الذي يكون دائما في الأصل حق مطلق، أما الخصومة فهي الوسيلة التي يقوم بها القاضي وأعوانه والخصوم وممثلوهم وأحيانا الغير والتي بواسطتها يجري التحقق من توافر الحق في الدعوى، اما الدعوى فهي موضوع الخصومة وهي حق قائم بذاته، فالخصومة هي وسيلة التعبير عن عرض النزاع على القضاء. أما المطالبة القضائية فهي الاجراء الذي يستعمل به الشخص حقه، فالدعوى حق والمطالبة القضائية هي الاجراء الذي يستعمل به الشخص هذا الحق ضد شخص معين للحصول على حكم لصالحه.

والدعوى في المفهوم اللغوي اسم من الادعاء ولها معان متعددة نجملها على النحو الآتي:

١- الطلب والتمني: جاء في قوله تعالى ﴿لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾(١).

٢- الدعاء: جاء في قوله تعالى ﴿دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾(٢).

٣- وتطلق الدعوى على الزعم المدعوم بالحجة والبرهان.

٤- وتطلق اخيرا على اضافة الإنسان لنفسه شيئا سواء ملكا أو استحقاقا(٣).

أما في اصطلاح الفقه الاسلامي، فقد أورد الفقهاء المسلمون تعاريف متعددة، ونعتقد أن افضل هذه التعاريف هو الذي أوردته المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية فجاء فيها ان ((الدعوى هي طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي ويقال له المدعي والآخر المدعى عليه)).

أما تعريف الدعوى في الاصطلاح القانوني، فقد عرفها قانون المرافعات العراقي أنها ((طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء)) وهذا التعريف مقتبس من الفقه الاسلامي والذي أوردته المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية، وتجدر الاشارة إلى ان غالبية التشريعات لم تتطرق إلى تعريف الدعوى ولم يتضمن قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر عام ١٨٠٧ تعريفا لها بالرغم من ان محكمة النقض الفرنسية طلبت ان يشتمل القانون على نصوص في هذا الخصوص توضح الغموض الذي يكتنف الدعوى، ذلك ان هذه القوانين تترك أمر تعريف الدعوى للاجتهاد عن طريق الفقه والقضاء لأن كثيرا ما يأتي التعريف قاصرا من ان يحيط بمختلف أطرافه، وقد استجاب قانون المرافعات الفرنسي النافذ الذي صدر عام ١٩٧٥ وأصبح نافذ المفعول في عام ١٩٧٦، فأورد تعريفا للدعوى وحسم الخلاف الذي استمر طويلا حولها فنصت المادة (٣٠) من هذا القانون ان الدعوى هي (الادعاء الذي يقدمه الخصم في ان يسمع القاضي حقيقة ادعائه ليبت في صحته أو عدم صحة

١- سورة يس: الآية ٥٧.

٢- سورة يونس: الآية ١٠.

٣- للتوسع راجع تاج العروس للزبيدي-الجزء العاشر، ص٣٧، ولسان العرب لابن منظور، مجلد (١٤)، ص٢٥٧.

هـذا الادعاء وان من حق الخصم الآخـر ان يناقش صحة هذا الادعاء)[١] وقد وضع قانـون المرافعات لولاية كاليفورنيا الأمريكية فـي المادة (٢٢) تعريفا عاما للدعوى المدنية والجنائية بأنها (الإجراء الطبيعي أمام المحاكم العادية والذي بواسطته يلاحق أحد الأطراف الخصم الآخر من أجل تقرير حق أو التنفيذ الجبري له).

واختلف الفقه في تعريف الدعوى ايضا إلى اراء متعددة يمكن ان نجملها في الاتجاهين الآتيين:

الاتجاه الأول: يرى أن الدعوى هي وسـيلة أو سـلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته[٢].

الاتجاه الثاني: ويـرى ان الدعوى هي الحق في الالتجاء إلى القضاء لتقرير حق أو للتمكن من الانتفاع به أو للتعويض عن الحرمان من هذا الحق[٣].

ونؤيد التعريف الذي يذهب إليه جانبا من[٤]الفقه ان الدعوى هي وسيلة قانونية يتوجـه بها الخصم إلـى القضاء للحصول على تقرير حق لـه أو مصلحة أو حماية، ومن هذا التعريف يتضح ان الدعوى تتسم بالسمات الآتية:

١- ان الدعـوى وسـيلة قانونية يلجـأ بمقتضاها صاحب الحق إلى السـلطة القضائية لحمايـة حقه، وبهـذا تختلف الدعـوى عن الوسـائل الأخرى التي ابـاح القانون بمقتضاها لصاحب الحق ان يلتجأ إلى سلطات اخرى كالسلطة التنفيذية.

٢- ان اسـتعمال الدعـوى امر اختياري، أي انها رخصـة لصاحب الحق، فله مطلق الحرية في الالتجاء أو عدم الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحقه.

٣- ان الدعوى هي الوسـيلة الحديثة التي استعيض بها عن الانتقام الفردي، فالأصل في العصر الحديث انه لا يجوز للشـخص ان يقضي لنفسـه بنفسه إلا في ظروف

١- وقـد أخـذ بهذا التعريف قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة السـابعة منه والتي جاء فيها (الدعوى هي الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بأن يتقدم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه. وهي بالنسبة إلى الخصم بأن يدلي بأسباب دفاع أو بدفوع ترمي إلى دحض ذلك المطلب).

٢- محمد العشـماوي والدكتور عبد الوهاب المشـماوي-قواعد المرافهات- الجزء الأول، ص٥٥٤، د.أحمد أبو الوفا -المرافعات المدنية والتجارية- ص١١٢.

٣- د. محمد حامد فهمي -شـرح المرافعات المدنية والتجارية، ص٣٥٥، د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص٣٤٠.

٤- د.رمزي سيف، المرجع السابق، ص١٠١، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص٦٠٤.

استثنائية خاصة، كما في حق الدفاع الشرعي وحق الحبس في الضمان[١].

والدعوى حسب التعريف الذي اورده المشرع العراقي في المادة الثانية من قانون المرافعات يجب ان تتضمن على العناصر الثلاث الآتية:

١- طلب تحريري، فلا يجوز ان يكون الطلب شفاها.

٢- ان يكون الطلب منصبا على حق يقرره القانون فاذا كانت الدعوى خالية من ذلك العنصر فإنها تكون واجبة الرد من هذه الجهة.

٣- ان يوجه الطلب إلى القضاء، وبذلك تخرج الطلبات المقدمة إلى الجهات الادارية عن مفهوم الدعوى.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية للدعوى المدنية

لقد اثار بيان الطبيعة القانونية للدعوى المدنية نقاشا حاداً بين الفقه القانوني، هل ان الدعوى هي الحق الموضوعي نفسه أم أن الدعوى مستقلة عن الحق، ويمكن حصر رأي الفقه في النظريات الآتية:

أولاً: النظرية التقليدية

يذهب انصار هذه النظرية إلى ان الدعوى ما هي الا الحق نفسه، وعلى حد تعبير الأستاذ كيش (Cuche)ان الفرق بين الحق والدعوى هو الانتقال من القوة الكامنة إلى مظهر الحركة، ويرى الأستاذ جارسونيه (Garconnet)[٢]ان الحق يمثل حالة قانونية هادئة وان الدعوى تمثل الحالة القانونية ذاتها وقت التحرك، ولذلك استقر الرأي أنه لا دعوى دون حق ويستند اصحاب هذه النظرية إلى الادلة الآتية:

١- راجع المادة (٥٠) من القانون المدني العراقي النافذ والتي اجازت فيها لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق. وقد عرفت المادة (٥٠) من قانون المرافعات اليمني رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٢ الدعوى بأنها الوسيلة التي يخولها القانون للشخص في سبيل الالتجاء إلى القضاء للحصول على حق أو ضمانة اثباته.

٢- للتوسع راجع الأستاذ خليل جورج، محاضرات في نظرية الدعوى، ط٢، بيروت، ١٩٨٠، ص٧٤.

١- ان الحق والدعوى ينشآن معا ويبقى أحدهما ما بقي الآخر ولكل حق دعوى وان الدعوى هي فرع من الحق ونتيجة لازمة له فلا حق إلا وله دعوى وان مجرد وجود الحق يوجب وجود الدعوى.

٢- ان الدعوى تتصف بنفس اوصاف الحق، فهي مثله اما عينية أو شخصية، أو عقارية أو منقولة.

٣- ان موضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق، فصاحب الحق يلتجئ إلى القضاء للمطالبة بنفس المنفعة التي يكتسبها فيما لو اقر له مجتمعه.

ثانياً: النظرية الحديثة

ومقتضى هذه النظرية ان الدعوى ليست ذات الحق وانما مستقلة عنه، فالدعوى توجد بغير ثبوت وجود حق موضوعي كما في الطلب باتخاذ اجراء وقتي احتياطي ويستندون في ذلك على الادلة الآتية:

١- انهما يختلفان من ناحية سبب كل منهما، فسبب الحق هو العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الكسب دون سبب أو نص في القانون، أما سبب الدعوى فهو النزاع بين الخصوم والذي يتمثل بالاعتداء على الحق أو المركز القانوني، وقد توجد الدعوى وتنقضي ويبقى الحق دون دعوى، ويحدث هذا إذا انقضت الدعوى بالتقادم.

٢- انهما يختلفان من ناحية شروط استعمال كل منهما، فقد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق كما هو الحال في الولي والوصي الذي يباشر دعوى القاصر.

٣- وقد يتصور في بعض الحالات وجود الدعوى دون وجود حق يستند إليه صاحبها كما هو الحال في دعوى الحيازة، وقد يوجد الحق دون ان تحميه دعوى، كما هو الحال بالنسبة للحقوق الناقصة التي يقابلها من جانب المدين الالتزامات الطبيعية.

٤- ان الحق الواحد قد تحميه أكثر من دعوى، إذ يجوز لصاحب الحق ان يرفع دعوى مطالبا بحقه وقد يرفع دعوى مطالبا بتعويض الضرر الذي يصيب الحق، وقد يرفع دعوى مطالبا باتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية لحماية ذات الحق وهما ثلاث دعاوى لا دعوى واحدة[1].

١- راجع المادة (١١) من قانون المرافعات.

ثالثا: النظرية التوفيقية

وهـذه النظرية يؤيدها غالبية[1] الفقه المعاصر وتعد من أفضل النظريات التي اوضحت بيان الطبيعة القانونية للدعوى المدنية، فالدعوى ليست بذات الحق وليست مستقلة عنه وانما هي جزء لا يتجزأ منه، فلا يتصور وجود الدعوى ان لم تستند إلى الحق، كما انه لا يوجد حق دون ان تحميه دعوى، واذا كانت للدعوى مظاهر تختلف عـن مظاهر الحق، فانه يجب ان لا تستبعد مابينهما من ارتبـاط فالحق يرتكز على الدعوى لأنها تعبير عن الحماية المعتبرة ركنا منه، ولكن الحق ليس هو كل شيء في الدعوى، فلكل من الدعوى والحق نطاقه المستقل بالرغم من ان فكرة الحق متصلة بالدعـوى اتصـالا وثيقا لا سـبيل إلى انـكاره، ولكنها منفصلة عنه في الوقت نفسـه انفصـالا لا يمكن في الواقع تجاهله، فالحق فكرة موضوعية والدعوى فكرة اجرائية ولكنهما يرتبطان ارتباط النتيجة بالسبب.

١- د.أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص١١٥، د.عبد الباسط جميعي مبادئ المرافعات، ١٩٧٤، ص١٨٨، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص٦١٢.

المبحث الثاني
شروط قبول الدعوى

لما كانت الدعوى هي الوسيلة لتحريك الجهاز القضائي من اجل حماية الحق أو المصلحة القانونية، فان الحق في الدعوى هو الامكانية التي تضمنها الدولة لصاحب الشأن في الالتجاء للمحكمة للمطالبة بحماية حقوقه ومصالحه، وحق الالتجاء إلى القضاء بوصفه حقا دستوريا، يعد حقا عاما مباحا لكل شخص، ولما كان من المحتمل مغالاة الاشخاص في استخدام هذا الحق واساءة استعماله، فان التشريعات المختلفة تقيد من استعماله حتى لا يرهق القضاء باعداد هائلة من الدعاوى، وحتى لا يتخذ وسيلة للكيد والاضرار، ولتحقيق هذا الغرض، تفرض التشريعات المختلفة شروطا لقبول الدعوى أمام المحكمة، فاذا اقام الشخص دعوى أمام المحكمة ولم تتوافر الشروط اللازمة لقبول هذه الدعوى امامها، فان الدعوى لا تكون مقبولة بصرف النظر عما إذا كان محقا في ادعائه ام غير محق، وعليه يجب على المحكمة ان تتثبت من شروط قبول الدعوى في الجلسة الأولى وتتأكد من توافر جميع هذه الشروط وذلك قبل ان تخوض في موضوعها، فإذا تختلف شرط أو اكثر في الدعوى المنظورة وجب على المحكمة ردها شكلاً.

وتجدر الاشارة إلى ان حصر الشروط الواجب توافرها لكي تكون الدعوى مقبولة، كان محل خلاف في الفقه والقضاء التشريع، وقد افرد قانون المرافعات العراقي النافذ ثلاثة شروط لقبول الدعوى وهي الاهلية والخصومة والمصلحة ويضيف جانب من الفقه شروطا اخرى، وسنتناول دراسة هذه الشروط في المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: الأهلية.

المطلب الثاني: الخصومة (الصفة).

المطلب الثالث: المصلحة.

المطلب الرابع: الشروط الفقهية الأخرى للدعوى.

المطلب الأول
الاهلية

نصت المادة الثالثة من قانون المرافعات العراقي أنه ((يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعا بالاهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى، وإلا وجب ان ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في هذه الحقوق)).

والأهلية المقصودة هي الاهلية اللازمة لاستعمال الحقوق وهي مماثلة لأهلية التعاقد. وهي بهذا المعنى لا تخرج عن اهلية الاداء، ويرجع في بحث الاهلية إلى احكام القانون المدني[١] واحكام قانون رعاية القاصرين[٢]، وقد نصت المادة (٩٣) من القانون المدني ان كل شخص يكون اهلا للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم اهليته أو يحد منها ونصت المادة (١٠٦) منه ان سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة، واستثناء من هذه السن، اعتبرت الفقرة (٢) من المادة الثالثة من قانون رعاية القاصرين من اكمل الخامسة عشرة من عمره وتزوج بأذن من المحكمة كامل الاهلية، فإذا لم يكن صاحب الحق ذا اهلية كاملة وجب ان ينوب عنه من يمثله قانونا، اما إذا كان الشخص معنويا فيجب ان تقام الدعوى على من يمثله قانونا[٣].

ويجب على المحكمة التحقق من اهلية الخصوم حتى ولو لم يرد دفع بعدم صحتها، فقد اجاز القانون للخصوم إيراد هذا الدفع في جميع مراحل الدعوى، وعليه يكون حضور وكيل عن فاقد الاهلية في الدعوى باطلا، لأن فاقد الاهلية لا يملك حق توكيل الغير ولأن فاقد الشيء لا يعطيه.

وتجدر الاشارة إلى ان الرأي الراجح في[٤] الفقه يميل إلى ان شرط الاهلية لا يعد شرطا لقبول الدعوى وانما هو شرط لصحتها، لان دعوى عديم الاهلية أو ناقصها تكون مقبولة إذا تحققت مصلحة في رفعها وتولدت لديه الصفة ولا يترتب على عدم توافر الاهلية لديه عجزه عن مباشرة الدعوى بنفسه وانما يجب ان يباشرها نيابة عنه، وليه أو وصية، فالأهلية شرط لمباشرة الدعوى لا لقبولها، أي شرط لصحة المطالبة القضائية واجراءات الخصومة.

١- راجع المواد (٩٣- ١١١) من القانون المدني العراقي النافذ.

٢- المواد (٢٧- ٣٩) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

٣- المادة (٤٨) من القانون المدني.

٤- د.امينة النمر، أصول المحاكمات المدنية، ص٨٧، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص٦١٨.

المطلب الثاني
الخصومة (الصفة)

يشترط لقبول الدعوى امام المحاكم ان يكون للمدعي[1] صفة في اقامتها، ويقصد بالصفة في اقامة الدعوى في الاصل ان يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدي عليه، لأنه وحده صاحب الصفة في رفعها، فالدائن هو من له الصفة في المطالبة بالدين والمشتري هو من له الصفة في طلب استلام المبيع ومالك العين هو من له الصفة في طرد الغاصب لها، والمدعى عليه في الدعوى هو من له الصفة في الدفع بعدم قبول الدعوى والدفع بعدم الاختصاص، وقد تكون الصفة في اقامة الدعوى لغير صاحب الحق المطلوب حمايته إذا كان لهذا الغير سلطة استعمال الدعوى نيابة عن صاحب الحق، أي ان تكون له سلطة التمثيل القانوني امام القضاء فيجوز مثلا للوكيل ان يقيم الدعوى للمطالبة بالدين عن الموكل ويجوز للأب ان يقيم الدعوى للمطالبة بحق الصغير.

واشترطت المادة الرابعة من قانون المرافعات ان يكون المدعي عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما أو ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتوفي لمال الوقف وخصومة من اعتبره القانون خصما حتى في الاحوال التي لا ينفذ فيها اقراره، وهذه المادة قصرت الخصومة في الدعوى على المدعى عليه بالرغم من ان الخصومة تنصرف إلى طرفيها، ذلك ان المدعي يجب أن يكون خصماً للمدعى عليه حتى تنعقد الخصومة في الدعوى التي تقوم على طرفين مدعي ومدعى عليه، ولأن المدعي هو صاحب الحق المدعى به، لذلك فان هذه الصفة تكون مطلوبة فيه حتى تقبل خصومته، وقد أوردت المادة الرابعة معياراً لتحديد المدعى عليه وصحة خصومته في الدعوى وذلك بتوفر الشرطين الآتيين:

١- وتجدر الإشارة إلى أن الإمام زين العابدين علي بن الحسين (عَلَيْهِ السَّلَام) يشير في رسالته المشهورة بـ"رسالة الحقوق، إلى أن حق الخصم الذي تدعي عليه إن كنت محقا في دعواك أجملت معاملته ولا تجحد حقه، وإن كنت مبطلا في دعواك فاتق الله (عَزَّ وَجَلَّ)، وتب إليه واترك الدعوى، أما حق الخصم المدعي عليك، فإن كان ما يدعي عليك حقا كنت شاهده على نفسك ولا تظلمه وأوفيه حقه وإن كان ما يدعي عليك باطلا رفقت به ولا تأت في أمره غير الرفق ولا تسخط ربك في أمره ولا قوة إلا بالله. للمزيد من التفصيل، راجع مؤلفنا: شرح الأحكام القانونية في رسالة الحقوق للإمام زين العابدين (عَلَيْهِ السَّلَام). طبع منشورات الحلبي الحقوقية. ط١. بيروت ٢٠١٢. ص١٤٤.

١- ان يترتب على اقراره حكم إذا اخبر القاضي بحق عليه لآخر.

٢- ان يكون محكوما أو ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى، فإن لم يكن كذلك فإن المحكمة لا تسمع الدعوى كما لو اقام شخص الدعوى على آخر طالبا ان يقرضه مالا أو يتبرع له بشيء، ففي هذه الحالة يجب على المحكمة ان ترد الدعوى لأنه ليس هناك إلزام قانوني فيها.

واستثنى المشرع من ذلك خصومة من يتوافر لديه سلطة التمثيل القانوني للأصيل امام المحاكم وهذه السلطة أما ان تكون اتفاقية كما في حالة الوكيل نيابة عن الموكل واما ان تكون قضائية بقرار من القاضي كالقيم لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف واما بنص القانون كما في سلطة الولي، عن الصغير والدائن نيابة عن مدينه في الدعوى المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف، إذ أجاز القانون للدائن في الدعوى المباشرة باستعمال حقوق مدينه وذلك تحقيقا لمصلحة الدائن للمحافظة على ما يضمن حقوقه، فيستطيع الدائن ان يستعمل حقوق مدينه وان كان حقه غير مستحق الاداء باستثناء الحقوق المتصلة بشخص المدين أو الحقوق غير القابلة للحجز[١]. وايضا اجاز المشرع للدائن في دعوى عدم[٢] نفاذ التصرف ان يقيم دعوى على مدين مدينه بالرغم من انه لا تربطه به اية علاقة ودون ان يعمل باسم مدينه ومثالها دعوى المؤجر قبل المستأجر من الباطن والدعوى التي يرفعها الموكل أو نائب الموكل على الآخر ودعوى المقاول من الباطن من قبل صاحب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا للمقاول من وقت رفع الدعوى. وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز العراقية انه "تصح خصومة وزارة الصحة للمدعي المقاول في الدعوى التي يطالب فيها ببقية أجوره عن انشاء مستشفى ولو لم تكن الوزارة هي المتعاقدة معه طالما ثبت أنها صاحبة المصلحة في العقد، وان العقد والعمل تم لحسابها"[٣].

١- تنص المادة (٢٦١) من القانون المدني العراقي، وجاء في المادة (٢٦٢) من هذا القانون ان الدائن يعد في استعماله نائبا عن هذا المدين.

٢- المادة (٢٦٣) من القانون المدني.

٣- رقم القرار ٢٨٨ في ١٩٨٢/٢/٢٧، موسعة، الأستاذ مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٤.

المطلب الثالث
المصلحة

المصلحة لغة الفائدة والمنفعة، والمصلحة في الاصطلاح القانوني هي الفائدة العملية المشروعة التي يحصل المدعي عليها من التجائه إلى القضاء، ولذلك اصبح من المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء أنه "لا دعوى دون مصلحة" وأن "المصلحة هي مناط الدعوى"[١].

ومعنى ان المصلحة (فائدة) أي انه لا يجوز الالتجاء إلى القضاء عبثا دون تحقيق فائدة ما، أما وصف الفائدة بأنها (عملية) فيقصد بها ان المسائل النظرية لا تصلح ان تكون محلا لدعوى قضائية، فالقضاء ليس داراً للأفتاء، وتوصف الفائدة أنها "مشروعة" لكي لا يكون الغرض من الدعوى مجرد الكيد بالخصوم الذين ترفع ضدهم الدعوى، والسبب في تقييد المصلحة بهذه القيود يؤدي إلى التخفيف من العبء الملقى على القضاة وذلك لكي لا تكثر عدد القضايا المعروضة لديهم ويجب ان لا تشغل المحاكم إلا بالدعاوى التي يعود من اقامتها منفعة، فان كان الخصم يجني منفعة أو فائدة من دعواه، أمام المحاكم، فإن دعواه تكون مقبولة وتفصل فيها اما إذا لم تكن هناك فائدة أو منفعة يحصل عليها الخصم من استعمال الدعوى فلا يجوز ان تقبل دعواه، فالمنفعة هي الباعث على رفع الدعوى وهي الغاية المقصودة منه.

ولقد تعرض قانون المرافعات العراقي في المادة السادسة لهذا الشرط وجاء فيها انه "يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن، ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعي الاجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى".

ويلاحظ على هذا النص أنه قصر الاشارة على المصلحة بالمدعى به وهو ما يطلق عليه في القانون المصري بالطلب وشرط المصلحة في القانون[٢] المصري شرط عام يشمل الطلب والدفع ومع ذلك فإن هذا الشرط ينطبق على احكام قانون

١- للتوسع، راجع د.أحمد مسلم، المرجع السابق، ص٣١٨، د.أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ص١١٩.. Morel, Traite, Op, Cit, p.31

٢- المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري النافذ والتي جاء فيها «لا يقبل أي طلب أو دفع».

المرافعات العراقي إذ نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على أنه "يراعى في الدفع ما يراعى في الدعوى من احكام ويشترط ان يكون ذا صلة مباشرة بالدعوى الأصلية".

وعليه فإن المصلحة ليست لقبول الدعوى فحسب، بل هي شرط لقبول أي طلب أو دفع أو حتى طعن في حكم باعتبار ان استعمال الدعوى يكون بطريق الدعوى والدفع، ذلك ان حق اللجوء إلى القضاء قد شرع لحماية الحقوق وليست الدعوى والطلب والدفع والطعن في الحكم إلا وسائل لحماية الحقوق التي يقرها القانون، فلا يجوز مثلاً للخصم ان يتقدم بدعوى يستهدف منها الحصول على رأي المحكمة القانوني، لأن هذا الرأي وان كان الخصم يستفيد منه، غير انه لا يكون حكما قابلا للتنفيذ.

ويتضح من نص المادة السادسة لقانون المرافعات العراقي أنه لا يكفي لقبول الدعوى ان تكون هناك مصلحة من اقامتها امام المحكمة، وانما يلزم لذلك ان تتوافر في هذه المصلحة اوصاف وخصائص معينة، فإذا توافرت المصلحة في الدعوى ولكنها لم تكن مستكملة للخصائص المطلوبة في المصلحة فإن الدعوى لا تكون مقبولة.

والخصائص التي يستلزمها القانون في المصلحة ينبغي ان تكون على النحو الآتي:

١- ان تكون المصلحة قانونية

يجب لقبول الدعوى ان تكون المصلحة فيها قانونية وهي التي تستند إلى حق أو مركز قانوني كما في مطالبة الدائن بالدين الناشيء له في ذمة المدين، ومطالبة المتضرر بالتعويض عن الضرر الذي لحق به ويستوي ان تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية أو جدية أو تافهة، ومثال المصلحة الأدبية ان يقع حادث لطفل فيطالب والده بتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بهم بسبب وفاة ولدهم والذي عبر عنه الرومان بأنهما "يمحون ثمن الآمهم"، ومثال المصلحة التافهة ان يبني جار في ارض جاره، فقد اجاز القانون لهذا الجار ان يطلب ازالة البناء مهما كانت المساحة المعتدى عليها ضئيلة بشرط عدم جواز التعسف في استعمال الحق بصفة عامة[1].

أما إذا كانت المصلحة غير قانونية، أي ان الحق الذي تستند إليه لا يقره القانون، فإن هذه المصلحة لا يأخذ بها ولا تكفي لقبول الدعوى وتكون المصلحة غير

١- راجع المادة السابعة من القانون المدني العراقي.

قانونيــة إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب أو إذا كانت اقتصادية ومثال المصلحة المخالفــة للنظام العــام والآداب ان يطلب رجل الحكم على امراة باســتمرار العلاقة غير المشــروعة المتفق على قيامها بينهما، اما المصلحــة الاقتصادية فانها قد تكون تســتند إلى حق قانوني كما في دعوى الدائن باســم مدينه، فالمصلحة في هذه الدعوى هي مصلحة اقتصادية، الغرض منها المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائن في ذمة مدينه والقانون هو الذي يسمح للدائن بإقامة مثل هذه الدعوى، ولذلك فإنها تكون مصلحة قانونية وتصلح لأقامة الدعوى، اما إذا كانت المصلحة الاقتصادية لا تســتند إلى حق قانوني فإنها لا تكون مقبولة ومثال ذلك ان يطلب تاجر بطلان شركة منافسة لــه في تجارته دون ان يكون شــريكا في هذه الشــركة، فهــذه الدعوى بالرغم من ان للتاجر مصلحة اقتصادية في بطلان الشــركة والتخلص منها غير ان هذه الدعوى لا تكون مقبولة، لأن المصلحة فيها اقتصادية فحسب والقانون لا يمنح التاجر الحق في مطالبة الشركة بالبطلان.

٢- ان تكون المصلحة معلومة

اشــترط المشــرع العراقي ان تكون المصلحة معلومة، أي غير مجهولة، إذ لا تصــح الدعوى بالمجهول، وتكــون المصلحة معلومــة إذا كان المدعى به قد حددت قيمته بشكل ينفي الجهالة، وتحديد قيمة المدعى به يعد من الأمور المهمة في الدعوى المدنية، وبه تســتطيع المحكمة ان تحدد قيمة الدعوى واستيفاء مقدار الرسم القانوني الواجب دفعه للدعوى المرفوعة امامها.

واســتثنى الفقه[١] من شــرط ان تكون المصلحة معلومة دعوى اثبات الوصية ودعوى الابراء من الدين ودعوى اســتراد العيــن المرهونة ودعوى رد المغصوب، فإذا لم يحدد المدعى به من حيث القيمة أو الوصف في هذه الحالات، فإن الدعوى تقبل وتخضع عند ذلك إلى رسم مقطوع يحدد وفق أحكام قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لســنة ١٩٨١ المعدل، والمراد بالمجهول مالا يمكن تحديده ورفع جهالته، ولذا قيل[٢] انه لا يدخل في المجهول الحصة الشــائعة في الديــن والعين إذا تبين مقدارها لامكان قسمة الشيء، ويتحقق شرط المصلحة المعلومة بالتحديد النافي للجهالة والذي يختلف

١- راجع تفصيل ذلك محمد شفيق العاني، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط٢، ص٣١.
٢- د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي، طبع ١٩٩٦، دار الثقافة، الأردن، ص٦١.

بحسب طبيعة المال المطالب به في الدعوى وتنص المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي أنه "يلزم ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة" والجهالة الفاحشة هي التي تنشأ من تجهيل جنس المحل أو من التفاوت الفاحش بين قيم ما يتناوله المبيع المجهول من الأفراد، لأن هذا النوع من الجهالة يجعل المصلحة غير معلومة، فضلا أنه يؤدي إلى التغرير والخداع، اما الجهالة اليسيرة وهي التي يكون معها الجنس معلوما ولا يكون معها تفاوت فاحش في القيم، فانها لا تحول دون صحة الدعوى، لأن العرف جرى بين الناس إلى التساهل في امرها[1].

٣- ان تكون المصلحة حالة

ويقصد بهذا الشرط ان يكون الحق المطالب به في عريضة الدعوى غير معلق على شرط أو مضاف إلى أجل، فتكون المصلحة حالة عندنا يطالب الشخص بالمنفعة التي يقررها الحق فورا وفي الحال، أي وقت اقامة الدعوى، فالمطالبة بالحق المستحق الاداء أو بالحق بعد حلول الأجل أو المطالبة برد الاعتداء الذي وقع فعلا والمطالبة بايجاد دليل لاثبات الحق المتنازع فيه، تكون المصلحة في هذه الأمثلة حالة، أما إذا لم تكن المصلحة حالة فلا يجوز قبول الدعوى إلا بعد حلول الأجل أو تحقيق الشرط، فالمصلحة لا تكون حالة في الدعوى المقامة في هذه الحالة وانما تكون مصلحة مستقبلة ومثالها ان يطالب الدائن المدين الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل.

٤- ان تكون المصلحة ممكنة

لا يكفي ان تكون المصلحة قانونية معلومة وحالة، بل يجب ان تكون ممكنة أي لا تكون المصلحة مستحيلة الوقوع، لأنه لا التزام بمستحيل والاستحالة اما ان تكون بنص القانون، أو وفقا لطبيعة الشيء وعلى النحو الآتي:

أ- الاستحالة القانونية

وهي الاستحالة التي ترجع إلى سبب في القانون يمنع من اقامتها ومثالها تعهد محام برفع تمييز عن قضية بعد انقضاء ميعاد التمييز أو رفع دعوى للمطالبة بحصة في الارث على خلاف ما تقرره احكام الشريعة أو رفع دعوى على انسان للحكم عليه بالرق أو الدعوى بالزوجية بين متحدي الجنس أو الدعوى بعقد مخالف للنظام العام والآداب.

١- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني، ج١، ص١٥٦.م/١٤ شرح احكام قانون المرافعات المدنية.

ب- الاستحالة الطبيعية (المادي)

وهي الاستحالة التي ترجع إلى طبيعة الاشياء، كطلب المدعي الحكم له بوصفه أبا لشخص يكبره سناً أو يطالب المدعي عليه بالامتناع عن عمل سبق وقوعه.

٥- ان تكون المصلحة محققة

ويقصد بذلك ان المصلحة في رفع الدعوى لا تنشأ لمجرد الادعاء بحق، بل يشترط ان يكون الحق المدعى به والذي يهدف المدعي إلى حمايته قد اعتدى عليه بالفعل أو حصل النزاع بصدده ويتحقق بذلك ضرر يسوغ طلب الحماية القضائية، فالمدين الذي يمتنع عن وفاء دين مستحق الاداء يجعل الدائن صاحب مصلحة محققة في اللجوء للقضاء للمطالبة بالزام المدين بالوفاء، اما إذا لم يكن الدين مستحق الاداء، فان المدعي لا يكون قد اعتدى عليه بعد، وعليه لايجوز للدائن ان يرفع دعوى المطالبة بالدين قبل حلول اجل ميعاد الاستحقاق، وكذلك من يطالب بتعويض عن ضرر عليه ان يثبت وقوع هذا الضرر فعلاً، وتسويغ هذا الشرط يرجع إلى ان مهمة القضاء وهي الفصل في المنازعات وحيث لا منازعة حول الحق فلا مجال لقبول الدعوى في نزاع لم يقع بعد، لأن الدعوى بوصفها وسيلة علاجية تهدف إلى علاج ما وقع فعلاً من اعتداء على الحق.

واذا كان الأصل ان المصلحة لكي تقبل في الدعوى ان تكون حالة فإن هذا الأصل اصبح يفسر بكثير من التوسع، فقد اجازت التشريعات المختلفة شرط المصلحة المحتملة وقد نصت المادة السادسة من قانون المرافعات العراقي "ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إذا كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن وكذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الاجل عند الحكم به.

ونقصد بالمصلحة المحتملة ان الضرر فيها والاعتداء لم يقع بعد على رافع الدعوى، وانما يكون محتمل الوقوع، فترفع الدعوى ليس لغرض رفع ضرر وقع بالفعل وانما لتوقي الضرر قبل وقوعه[1] وقد اجازت التشريعات المختلفة قبول الدعوى المبنية على المصلحة المحتملة في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الغرض من الدعوى الاحتياط بدفع ضرر محدق

وقد عبر المشرع العراقي عن هذا الشرط انه "إذا كان هناك مايدعو إلى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن" فإذا شرع شخص في حفر اساس لأقامة

١- المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري والمادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة التاسعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

بنـاء بطريقة يحتمل معها ان يختل البناء المجـاور له، فالمالك هذا البناء قبل حدوث الضرر فعلاً، ان يرفع دعوى يطالب بها باتباع طريقة أخرى لحفر الاساس أو بالكف عن الحفر بتلك الطريقة قبل تقديم كفالة مناسـبة ولا يجوز الدفع بعدم قبول مثل هذه الدعـوى بحجة ان الضرر لم يقع بعـد، ذاك لأن الدعوى في هذه الحالة تكون بصدد الاحتياط لدفع ضرر محدق فتكون مقبولة من المحكمة ابتداء.

الحالة الثانية: إذا كان الغرض من الدعوى الاسـتيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه

وقد عبر المشـرع في المادة السـابعة من قانون المرافعـات "يثبت حق انكر وجوده"، والمقصود بـ"الاستيثاق" الحصول على الدليل، وبالرغم من ان الاستيثاق يتعارض مع وظيفة القضاء التي تقوم أصلا في الفصل في المنازعات التي تقوم فعلا بيـن الناس وليس توقي قيام هذه المنازعات، فإن المشـرع قدر ان تيسـير الحصول على الدليل للحق نوع من اداء العدالة لاسيما إذا كان يخشى ضياع هذا الدليل بعض الوقت، لذلك فإن المصلحة المحتملة تكفي لتسويغ قبول الدعوى لحفظ هذا الدليل.

ومن تطبيقات المصلحة المحتملة الدعاوى الآتية:

١- **دعـوى قطع النـزاع:** وصورة هذه الدعـوى ان يزعم شـخص ان له حق آخر خـارج مجلس القضاء، ويثيـر تلك المزاعم على نحو جـدي يؤثر على مركز ذلك الشـخص الآخر ويصيبه بالضرر، فيرفع الآخر دعوى على الأول يطالبه فيهـا باثبـات ما يدعيه، فـإن عجز حكم بأنه لا حق له فيمـا يزعمه ويحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه، وهذه الدعوى غير مقبولة في الفقه الاسلامي والقانـون العراقي، لأن المدعي لا يجبر[1] علـى اقامة الدعوى، ولأن الدعوى حـق لصاحبها فلا يجوز اجباره على اسـتعمالها، لأنه قـد يرى ان الوقت غير مناسب لذلك أو انه لم يتهيأ له الأدلة الكافية اللازمة لأثباته.

٢- **الادعاء بحق مؤجل:** وتسـمى هـذه الدعوى بدعوى الالزام في المسـتقبل، وقد أجازت الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون المرافعات رفع الدعوى بحق مؤجل خلافا للمبدأ العام على ان ينص في الحكم على تنفيذه عند حلول الأجل، ويقـع عبء اثبات هذه الدعوى على عاتق المدعي، بأن يثبت ان حقه موضوع

١- ابن عابدين، ج١، ص٣٧٢، وانظر كذلك استاذنا ضياء شيت خطاب، قانون المرافعات، ص٩٩.

الدعـوى منـازع فيه ويحتاج إلى حكم من المحكمة بتقريره، فإذا ما اثبت وجود المنازعة أو احتمال حدوثها في المستقبل فإن المصلحة تتحقق في دعواه، ومثال ذلك الدعوى التي يرفعها المؤجر على المسـتاجر والتي يطلب فيها الحكم على المستأجر بما حل من أجرة وألزمه بما يحل من الأجرة في المستقبل، فالمصلحة لم تقع بالفعل، ولكنه اصبح متوقع الحصول بدلالة الظروف المستفادة من تقصير المسـتأجر في الوفاء بما حل من الأجـرة، فأصبح للمؤجر مصلحة تكفي لقبول الدعوى استنادا إلى هذا الضرر المحدق واثارت هذه الدعوى خلافا في الفقه[1] والقضاء، لأنها ترفع بحق لم يحل أجله بعد، ثم يحل الاجل أثناء نظر الدعوى.

٣- **دعـوى اثبات الحالة:** وهي دعوى وقائية تهدف إلى تفـادي وقوع الخطر الذي يحيط بالحق وذلك باقامة الدليل عليه، ففي هذه الدعوى لا يوجد حق متنازع فيه بـل هنالك خشـية من ضياع معالم واقعة قانونيـة أو مادية يمكن ان تكون محل نـزاع في المسـتقبل، وان فقدان معالمها قد يؤدي إلـى ضياع الحق، وقد اعتبر قانون المرافعات دعوى اثبات الحالة من الدعاوى المسـتعجلة فقد نصت المادة (١٤٦) من هذا القانون على دعوى سماع شاهد وجاء فيها أنه يجوز لمن يخشى فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه، ان يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد، وكذلك دعوى طلب اقرار المدعى عليه بالسـند المنسوب له المنصوص عليه في المادة (١٤٥) من قانون المرافعات ودعوى طلب الكشـف المسـتعجل لتثبيت الحالة المنصوص عليها في المادة (١٤٤) من القانون ذاته.

٤- **الدعوى الاسـتفهامية:** وهي الدعوى التي ترفع على شـخص له الحق في اتخاذ موقفين خلال مدة معينة، يطلب الافصاح فيها عن الموقف الذي يختاره، ومثال ذلـك ما نصت عليه المادة (١٣٦) من القانون العراقي التي اشـترطت لأجازة العقـد الموقـوف ان تكون صراحة أو دلالة، ويجب ان يسـتعمل خيار الاجازة أو النقـض خـلال ثلاثة اشـهر، فإذا لم يصدر مـا يدل علـى الرغبة في نقض العقـد اعتبر نافذا، فإذا رفعت الدعوى على من يملك اجازة العقد الموقوف قبل انقضاء الثلاثة اشهر لتحديد موقفه من اجازة العقد الموقوف أو عدمه، فهل تقبل

١- للمزيد من التفصيل راجع د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص٦٣٨.

هذه الدعوى، الرأي الراجح[١] في الفقه والقضاء عدم قبول الدعوى الاستفهامية لمخالفتها لنصوص القانون الذي يحدد مددا معينة لأجازة العقد أو نقضه، فكل محاولة لتقصير هذه المدة تعد غير قانونية ومن ثم لا تكون مقبولة.

المطلب الرابع
الشروط الفقهية الأخرى للدعوى

أضاف الفقه شروطا أخرى للدعوى واستمدت هذه الشروط من طبيعة الظروف المحيطة بالدعوى وهي على النحو الآتي:

١- ان لا يكون قد سبق صدور حكم في موضوع الدعوى

وهذا الشرط يعد تطبيقا لمبدأ حجية الشيء المحكوم به والمنصوص عليه في المادة (١٠٥) من قانون الاثبات، إذ لا يجوز للمحكمة ان تفصل في نزاع سبق ان فصل فيه حكم سابق، فلا يجوز رفع الدعوى إلا مرة واحدة فإذا رفعت مرة ثانية حكم بردها قبل الدخول في اساسها وذلك لوجود حكم سابق فيها إكتسب درجة البتات[٢].

٢- ان ترفع الدعوى في المدة التي حددها القانون

فالدعوى لا تقبل إذا رفعت قبل هذه المدة أو بعدها حتى ولو كانت شروط قبول الدعوى الأخرى متوافرة فيها، ومثال ذلك دعوى الحيازة التي تشترط المادة (١١٥٠) من القانون المدني العراقي إقامتها خلال سنة من تاريخ الانتزاع وإلا ردت الدعوى شكلاً، وكذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٥٧٠) من القانون المدني العراقي بعدم سماع دعوى ضمان العيب إذا انقضت ستة اشهر من وقت تسلم المبيع.

٣- عدم اتفاق الخصوم على التحكيم في موضوع النزاع

بالرغم من ان الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة إلا أنه يمنعها من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائما، فيجب على المحكمة ان تعرض موضوع الدعوى على المحكمين اولا، إذ لا يجوز أن ترفع إلا بعد استنفاذ طرق التحكيم.

١- للتوسع راجع استاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص١٠١، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص٦٤١.

٢- راجع المادة (٢٠٩) من قانون المرافعات النافذ.

٤- عدم اتفاق الخصوم على الصلح في النزاع موضوع الدعوى

الصلـح، عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة[١] وبالتالي إذا اتفق الخصوم على الصلـح فلا تكون هناك دعوى لحمايتها، غير أنه إذا ثار بصدد تفسـير الصلح، فمن الجائز ان ترفع دعوى بطلب تفسيره وتحديد حقوق اطرافه وقد اجازت المادة (٧٠٩) من القانون المدني العراقي على رفع دعوى المطالبة ببدل الصلح.

١- المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي.

المبحث الثالث
تقسيم الدعاوى

تعد الدعوى أهم وسيلة قانونية لحماية الحق من المنازعة فيه أو الاعتداء عليه، فهي ترتبط بالحق ارتباطا وثيقا وتعد عنصرا اساسيا فيه، ولهذا تدور الدعوى مع الحق وتلحق بها اوصافه، واستنادا لما تقدم يقسم الفقه الدعوى من حيث طبيعة الحق الذي تستند إليه إلى دعاوى شخصية وعينية ومختلطة، وتنقسم من حيث طبيعة موضوع الشيء الذي تقام الدعوى للحصول عليه إلى دعاوى منقولة ودعاوى عقارية والدعوى العينية العقارية وتقسم الدعوى من حيث الغرض المقصود منها إلى دعاوى الحق ودعاوى الحيازة، فضلا عن ذلك ان الدعوى تقسم من حيث المحكوم به إلى دعاوى إلزام ودعاوى تقريرية ومنشئة[1].

وسنتناول دراسة هذه التقسيمات في المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: الدعاوى العينية والدعاوى الشخصية والدعاوى المختلطة.

المطلب الثاني: الدعوى المنقولة والدعاوى العقارية.

المطلب الثالث: دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة.

المطلب الرابع: دعاوى الالزام والدعاوى التقريرية والمنشئة.

١- وتجدر الاشارة إلى ان هذه التقسيمات تستند إلى الحقوق المالية أما الدعوى التي تتعلق بحالة الانسان الشخصية كدعوى الزواج أو النسب أو الحجز، فهي لا تعد من ضمن تقسيمات الدعاوى، ولا يمكن ان تعد من الدعوى العينية أو الشخصية لأنها تتعلق بالحالة الشخصية ولا تتعلق بالأموال وهي من اختصاص المحاكم الشرعية، فضلا عن ذلك ان هناك دعوى اثار تكييفها خلافا في الفقه لأنها لا تدخل ضمن التقسيمات السابقة للدعوى، كدعاوى الفسخ والبطلان ودعوى اثبات الحالة، والرأي الراجح ان هذا الخلاف لا أهمية له من الناحية العملية لأن تقسيم الدعاوى لا تظهر أهميته الا بالنسبة للاختصاص المكاني، والقاعدة العامة في الاختصاص المكاني هي اختصاص محكمة المدعى عليه. للمزيد من التفصيل راجع، د.أحمد أبو الوفاء المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص١٤، محمد العثماني، المرجع السابق، ص٦٠٣.

المطلب الأول
الدعاوى الشخصية والعينية والمختلطة

أوضحت المادة (١٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني هذه الدعاوى بأن صفة الدعوى تتحدد بالنظر إلى الحق الذي تحميه، فهي شخصية إذا كان الحق شخصيا، وعينية إذا كان عينيا، ومختلطة إذا تناول موضوعها الحقين معا أو كانت ترمي إلى تنفيذ عقد قائم على حق عيني أو إلغاء هذا العقد أو فسخه أو ابطاله، وسنتناول دراسة هذه الدعاوى في النقاط الثلاث الاتية:

أولاً: الدعاوى الشخصية

وهي الدعاوى التي تستند إلى حق شخصي والحق الشخصي، رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقا عينا أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل[١]، وهذه الدعاوى لا تقع تحت حصر لان الحقوق الشخصية لا يمكن تعدادها، نظرا لكثرة الروابط القانونية بين الناس وتنوعها ومثالها الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه للمطالبة بالدين وبدعوى المتضرر للمطالبة بالتعويض.

ثانياً: الدعاوى العينية

وهي الدعاوى التي يكون موضوعها حقا عينيا، والحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين وهو اما ان يكون حق اصلي أو تبعي[٢]، ولما كانت الحقوق العينية واردة في القانون على سبيل الحصر، فان الدعوى العينية تكون محصورة في هذه الحقوق، وتظهر أهمية التفرقة بين الدعاوى الشخصية والعينية في النواحي الآتية:

١- **من حيث الخصومة:** ان الخصم في الدعوى العينية هو واضع اليد، اما في الدعوى الشخصية (دعاوى الدين) فان الخصم هو المدين المرتبط مع الدائن بأحد مصادر الالتزام.

١- راجع المادة (٦٩) من القانون المدني.

٢- حددت المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي الحقوق العينية الأصلية وهي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكن والمساطحة وحقوق الارتفاق والوقف والاجارة الطويلة والحقوق العينية التبعية وهي حق الرهن التأميني والحيازي وحقوق الامتياز.

٢- مـن حيث الاختصاص المكاني: ان الدعوى العينيـة تقام في محكمة محل العقار عندما تكون متعلقة بحق عيني فيه[١]، اما الدعوى الشخصية فتقام في محل اقامة المدعى عليه الدائمي أو المؤقت أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشـأ فيه أو محل التنفيذ أو المحل الذي اختاره الطرفان لاقامة الدعوى[٢].

٣- من حيث ورودها على سبيل الحصر أو المثال: فان الدعاوى العينية تكون واردة على سبيل الحصر، فهي غير محدودة في القانون ذلك ان مصادر هذه الدعاوى هي العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشـروع أو الكسـب دون سبب أو نص القانون وبالتالي فإن عدد الدعاوى الشخصية لا يمكن حصرها.

ثالثا: الدعوى المختلطة

وهي الدعاوى التي تسـتند إلى حق شـخصي فتكون هذه الدعـاوى من اجتماع حقين مختلفين في طبيعتهما ولكنهما يهدفان إلى غرض واحد، بحيث يكون حسب تعبير محكمة النقض[٣] الفرنسية للحكم في ثبوت الحق الشخصي أثر في حل النزاع القائم على الحل العيني، ولذلك يجب ان تتوفر الشروط الاتية لكي تكون الدعوى مختلطة وهي:

١- ان يكون للمدعي حقي عيني وحق شخصي ويباشرهما معاً.

٢- ان توجه الدعوى للشخص الذي ارتبط معه بهذا الالتزام أو لورثته أو إلى خلفائه العاملين.

٣- ان يكون الحق العيني مستندا إلى الحق الشخصي.

ومثال هذه الدعاوى: دعوى المشـتري على البائع بتسـليم العقار المبيع تنفيذا لعقد البيع، ودعوى البائع على المشـتري بفسـخ البيع ورد العقـار إليه وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاسـتئناف المصرية ان "الدعـوى بطلب عقد بيع وقائي لكونه يخفى رهنـا مع تسـليم العقار هـي من قبيل الدعـاوى المختلطة[٤]، لأنها تسـتند إلى حقين

١- المادة (٣٦) من قانون العقوبات.

٢- الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون المرافعات.

٣- تمييز في ١٩٢٥/٧/٦ دالوز أشار إليه الأستاذ خليل جريج، المرجع السابق، ص١٦٨.

٤- استئناف اسيوط ١٩٤٩/٥/٢٦ مجلة التشريع والقضاء، السنة الثالثة، ص٣٠، وتجدر الاشارة إلى ان تسمية الدعاوى المختلطة ترجع إلى القانون الروماني في عهد جستنيان فكانت تتناول في حال تنفيذ العقد الناقل للمكية من جهات إثبات الحق العيني ومن جهة ثانية الحكم له بالتسليم وهذا هو الحق الشخصي ◄

أحدهما شخصي مستفاد من العقود المطلوب بطلانها، وثانيهما عيني اساسه الحق العيني المطلوب استرداده كنتيجة لانحلال تلك العقود.

المطلب الثاني
الدعاوى المنقولة، والدعاوى العقارية

تنقسم الدعاوى من جهة نوع الشيء موضوع الخصومة إلى دعاوى منقولة ودعاوى عقارية، وسنتناول دراستها حسب التفصيل الآتي:

أولاً: الدعاوى المنقولة

وهي الدعوى التي يكون موضوع الحق الذي تحميه مالاً منقولاً، والمنقول هو كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والميكلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة[1].

ثانيا: الدعاوى العقارية

وهي الدعاوى التي يكون موضوع الحق الذي تحميه مالاً عقاريا، والعقار هو كل شيء له مستقر ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف، فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود وغير ذلك من الأشياء العقارية[2].

ومعيار التمييز بين الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية هو ان الشيء الذي ترمي الدعوى الحصول عليه عقارا فالدعوى عقارية، واذا كان منقولا فالدعوى تكون منقولة ويجب الرجوع في ذلك إلى أحكام القانون المدني العراقي لمعرفة العقار والمنقول، فمثلا المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك رصدا في خدمة هذا العقار[3]، أو استغلاله يعد عقارا بالتخصيص ومن ثم تكون الدعوى عقارية.

◄ الذي يلتزم به البائع. وتعرض هذا التقسيم إلى الانتقاد ولذلك تذهب غالبية التشريعات الحديثة إلى ربط الدعوى المختلطة بقواعد الاختصاص المكاني.

١- الفقرة الثانية من المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي.

٢- الفقرة الأولى من المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي.

٣- المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي.

وكثيرا ما يقع خلط وتداخل بين تقسيمات الدعاوى المنقولة والدعاوى العقارية وبين الدعاوى المتعلقة بالعقار والدعاوى العينية بالرغم من ان تقسيم الدعاوى إلى منقول وعقار يرجع إلى طبيعة الشيء المطالب به، وتقسيمها إلى عينية وشخصية يرجع لطبيعة الحق، وعليه تصبح تقسيمات الدعوى على النحو الاتي:

١- **الدعوى الشخصية المنقولة:** وهي التي تستند إلى حق شخصي ويكون موضوع ذلك الحق منقولاً، كالدعوى بطلب لوفاء بدين من النقود، فهي شخصية لان رافعها يستند إلى حق شخصي وهي منقولة لأنها تتعلق بحق شخصي ينصب على نقود.

٢- **الدعوى الشخصية العقارية:** وهي التي تستند إلى حق شخصي ويكون موضوع ذلك الحق عقارا، كالدعوى التي يطلب أحد الورثة فيها إبطال سند التسجيل العقاري وتسجيل جزء من العقار بإسمه لأنه أحد الورثة وان اسمه لم يدون في القسام الشرعي بإنحصار ورثة المتوفي بعد تصحيح القسام.

٣- **الدعوى العينية المنقولة:** وهذه الدعوى تستند إلى حق عيني يرد على منقول، ومثالها الدعوى التي يقيمها المدعي بطلب ملكية منقولة، فهي عينية لأنها تستند على حق عيني وهي منقولة لأن موضوع الحق الذي تحميه هو منقول.

٤- **الدعوى العينية العقارية:** وتستند هذه الدعوى إلى حق عيني يرد على عقار، ومثالها الحيازة التي يرفعها المدعي على من ينازعه في حيازته للعقار.

وتظهر أهمية هذه التقسيمات عند تحديد اختصاص المحكمة اختصاصا مكانيا، فدعوى المنقول تقام في محل إقامة المدعي عليه الدائمي أو المؤقت أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي اختاره الطرفان لإقامة الدعوى وذلك عندما تكون الدعوى متعلقة بمنقول[1]، بينما الدعوى العقارية فتقام في محكمة محل العقار واذا تعددت العقارات فيجوز إقامة الدعوى في محل أحدها[2].

١- راجع الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٣٦) من قانون المرافعات.

المطلب الثالث

دعاوى الملكية المتعلقة بالحقوق ودعاوى الحيازة

تنقسم الدعاوى العينية العقارية من حيث الغرض المقصود منها إلى دعاوى الملكية ودعاوى الحيازة، وقد اقرت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون المرافعات العراقي هذا التقسيم وجاء فيها (إذا كان المراد من الدعوى العينية المتعلقة بعقار اثبات ملكية حق عيني، كانت الدعوى ملكية، اما إذا كان المراد منها اثبات الحيازة فقط كانت الدعوى حيازة)، ودعوى الملكية تسمى في القانون المصري "دعوى المطالبة بالحق" وهي الدعوى التي يكون الغرض منها اثبات الحقوق العينية كحق الملكية أو حق التصرف أو حقوق الارتفاق، ومثالها ان يدعي المدعي أنه مالك العقار موضوع الدعوى أو صاحب تقرير حق عيني عليه ويطلب تقرير حقه في مواجهة المدعى عليه الذي ينازعه، اما دعاوى الحيازة، فهي الدعاوى التي تهدف إلى اثبات الحيازة للمال فقط دون حق الملكية أو حق متعلق بذلك المال، ودعاوى الحيازة هي ثلاث دعاوى، دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التصرف ودعوى وقف الاعمال الجديدة.

وتظهر أهمية التفرقة بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة في النواحي الاتية:

١- نص قانون المرافعات على عدم جواز الجمع بين دعاوى الحيازة ودعاوى الملكية ونصت على ذلك المادة (١٢) من هذا القانون بأنه لا يجوز للمدعي ان يجمع الحيازة وبين المطالبة بالملكية وإلا سقط ادعاؤه بالحيازة.

٢- لا تسمع من المدعي في دعوى الحيازة الادعاء بالملكية إلا إذا تنازل عن دعوى الحيازة[١].

٣- المدعي الذي يخسر دعواه بالملكية لا تسمع منه دعوى الحيازة، اما من خسر دعوى الحيازة فيجوز له ان يقيم دعوى الملكية[٢].

٤- اشترط المشرع خلافا للقواعد العامة رفع دعوى الحيازة خلال سنة تبدأ من تاريخ السبب الذي يسوغ رفع الدعوى وإلا كانت الدعوى غير مقبولة[٣].

١- الفقرة الثانية من المادة (١٢) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون المرافعات.

٣- المادة (١١٥٠) من القانون المدني العراقي.

والحيازة وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل حقا من الحقوق[١]، ومثال ذلك سكن المستأجر في العقار المأجور وزراعة الفلاح للارض المتعاقد عليها، وقد عرفها القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٢٢٨) أنها "حيازة شيء أو الانتفاع بحق نستولي عليه بأيدينا أو نستعمله بأنفسنا أو بواسطة الغير الذي يستولي عليه أو يستعمله بإسمنا".

وعلى هذا فان الحيازة ليست حقا شخصيا ولاحقا عينيا وإنما هي مجرد انتفاع بحق عيني مستقر على شيء أو سبب من أسباب كسب الملكية ويتنازع الحيازة في الفقه القانوني نظريتان وهما:

١- النظرية الشخصية في الحيازة

وتفترض هذه النظرية لقيام الحيازة وجود عنصرين وهما العنصر المادي وهو السيطرة المادية على الشيء وتتكون من أعمال مادية تتعلق باستعمال العقار أو استغلاله أو تاجيره للغير والعنصر المعنوي وهو يتعلق بنية الحائز وظهوره بمظهر المالك بتصرفاته، وبتوافر هذين العنصرين تكون الحيازة قانونية أي قرينة على تملك الحق اما إذا لم يتوافر العنصر المعنوي في الحيازة فتكون مجرد حيازة مادية أو عرضية كحيازة المستأجر والمودع لديه والمرتهن رهن حيازة والحارس.

وتجدر الاشارة إلى ان هذه النظرية قديمة ترجع إلى القانون الروماني وأقرها القانون المدني الفرنسي والايطالي والمصري ولذلك يطلق عليها الفقه بالنظرية التقليدية.

٢- النظرية المادية

وهذه النظرية تفترض وجود العنصر المادي فقط دون تمييز بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية، فهذه النظرية تحمي وضعا ماديا أوسع نطاقا من الوضع الذي تحميه النظرية الشخصية لأنها تشترط فقط السيطرة المادية على الشيء ولهذا يتمتع بالحماية القانونية كل من يستعمل الشيء ويستغله كالمرتهن والمفارس والمزارع، وقد نادى بهذه النظرية الفقيه الالماني "إيرنج" وأقرها القانون المدني الألماني في المواد (٨٥٤- ٨٧٣)[٢].

١- المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي.

٢- الأستاذ خليل جريج، المرجع السابق، ص٥٢٤.

وتجدر الاشارة إلى ان الحيازة التي يحميها المشرع بدعاوى خاصة هي الحيازة التي ترد على العقار، اما الحيازة التي ترد على منقول فلا يحكمها هذا التنظيم، ذلك لأن القانون يقرر للمنقول القاعدة التي تقضي ان الحيازة في المنقول سند الملكية.

وترجع حكمة المشرع لحماية الحيازة إلى حماية الملكية ذاتها لأن المشرع يفترض ان الحائز هو المالك في أغلب الأحوال، لذا أجاز له رفع دعاوى الحيازة ليدفع بها الاعتداء على ملكيته وهي إجراءات مبسطة وأدلة مادية سهلة في الاثبات لأن من حاز شيئا اعتبر مالكا له حتى يقوم الدليل على العكس[1].

وتجدر الإشارة إلى ان دعاوى الحيازة أنها أحيانا قد تحمي المغتصب لاسيما حين يكون حائزا في الأصل للعقار، غير ان هذه الحماية مؤقتة، إذ يستطيع مالك الحق ان يرفع دعوى بملكية العقار لاثبات حقه[2]، فضلا عن ذلك ان في حماية الحيازة محافظة على النظام والأمن، فلا يجوز اغتصاب الحقوق حتى لو كان من يغتصبها في حقيقة الأمر هو صاحبها، وإلا أدى ذلك إلى الفوضى والاضطراب.

وسنتناول دراسة تقسيم أنواع دعاوى الحيازة حسب التفصيل الآتي:

أولا: دعوى استرداد الحيازة

وهي دعوى تقتضي وجود شخص نزعت يده[3]، وهذه الدعوى يقيمها المدعي الذي نزع منه العقار الحائز عليه فعلا، على المدعى عليه الذي سلب الحيازة بنفسه أو بواسطة الغير وسواء كان المدعى عليه هو المالك للعقار أو من الغير.

ويشترط في قبول دعوى استرداد الحيازة استنادا لنص المادة (١١٥٠) من القانون المدني العراقي الشروط الآتية:

١- ان يكون المدعي حائزا للعقار الذي سلبت حيازته وان تكون هذه الحيازة واقعية، فلا يكفي أن تكون للحائز حيازة مادية فقط كما هو الحال في المستأجر المرتهن رهن حيازي والمودع لديه.

١- الفقرة الثانية من المادة (١١٥٧) من القانون المدني العراقي.

٢- د.أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص١٤٥.

٣- الفقرة الأولى من المادة (١١) من قانون المرافعات.

٢- ان تكون الحيازة واردة على عقار.

٣- ان يكون رافع دعوى استرداد الحيازة، قد سبق له ان تصرف في العقار تصرفا متواصلاً ودون انقطاع مدة سنة كاملة وان يكون تصرفه سليما أي اكتسب حيازته للعقار دون عنف أو إكراه أو خفاء لأن عيب الخفاء يزيل قرينة الملكية لصاحب دعوى الاسترداد.

٤- ان يكون فقدان الحيازة قد وقع بالعنف والقوة أو بوسائل الخادع والغش والاحتيال، كما لو وضع شخص قفلا على باب مدخل يؤدي إلى غرفة منزل يشغله غيره ويمنع على هذا الأخير الوصول إلى هذا المحل.

٥- وجوب رفع دعوى استرداد الحيازة خلال سنة من فقد الحيازة، فإذا كان فقدان الحيازة خفية فان سريان مدة السنة تبدأ من وقت علم الحائز بذلك، والحكمة من رفع دعوى الحيازة خلال سنة من فقدها، هي حث الحائز على المبادرة بدفع الاعتداء الواقع على حيازته، لأن الحيازة مركز واقعي يتأثر بالاعتبارات الواقعية، فإذا مضت أكثر من سنة على سلب الحيازة، فإن المشرع يفترض ان الحائز المغتصب أصبح إزاء الحائز الأول المهمل أولى واقعا بالرعاية[1].

وقد نقضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية[2] قرارا لمحكمة البداءة ادعى فيه المدعي أنه استأجر المحل العائد إلى المدعى عليه إلا ان هذا الأخير قام بكسر أقفال المحل ورمى الأثاث خارج المحل بالرغم من دفع المدعي بدلات الإيجار وطلب من المحكمة الحكم عليه بمنع معارضته من الانتفاع في المحل، وقضت محكمة البداء برد دعوى المدعي، وقد وجدت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، إن ما ورد بعريضة الدعوى يعد من دعاوى الحيازة المنصوص عليها في المادة (١١) من قانون المرافعات المدنية وتكييفها بـ (دعوى استرداد الحيازة) بما يقتضي التحقيق وصولا إلى حقيقة المركز القانوني للمدعي وهل هو مستأجر فعلا ونزعت الحيازة من يده أم خلاف ذلك، وفي ضوء ذلك التحقيق يمكن اتخاذ القرار الذي تراه المحكمة موافقا للقانون من حيث إنها اتخذت الحكم المميز قبل ما تقدم لذا تقرر نقض الحكم وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير وفق ما تقدم.

١- د. أحمد مسلم، المرجع السابق، ص٣٦٥.

٢- رقم القرار (٣٥٦٧) في ١٩٩٢/١٢/٢٩، أشار إليه الأستاذ مذحت المحمود، المرجع السابق، ص٢٢.

ثانياً: دعوى منع التعرض

وتستلزم هذه الدعوى حصول تعرض للحائز لم يبلغ نزع اليد[١]، ويقيمها الحائز على المدعى عليه الذي ينكر حقه بهذه الحيازة بعمل مادي لا يصل إلى حد نزع الحيازة ومثالها ان يحدث المدعى عليه مجرى في أرض زراعية تحت حيازة المستأجر، وقد بينت المادة (١١٥٤) من القانون المدني العراقي شروط هذه الدعوى بما يأتي:

١- وقوع التعرض. وهو الإجراء الموجه إلى واضع اليد على أساس ادعاء حق يتعارض مع وضع اليد[٢]، أو هو العمل الذي يعطل أو يعرقل الانتفاع، كأحداث حفرة أو حراثة الأرض، وهذا هو التعرض المادي، أما التصرف القانوني فيكون نتيجة منازعة قانونية لحق الحائز في حيازته، كتوجيه الإنذار عن طريق الكاتب العدل يطلب فيها إخلاء العقار بحجة أن المنذر هو مالكه.

٢- يجب أن تكون حيازة رافع الدعوى على العقار، قد مضت عليها سنة كاملة على الأقل متصرفا بالعقار الذي يطالب بمنع التعرض له في حيازته.

٣- وجوب رفع هذه الدعوى خلال سنة من تاريخ حصول التعرض وإلا سقط الحق فيها.

وهكذا يتضح الفرق بين دعوى استرداد الحيازة التي تهدف إلى معاقبة الاعتداء الذي يحصل على العقار أما دعوى منع التعرض فتهدف إلى حماية وضع اليد القانوني.

ثالثاً: دعوى الأعمال الجديدة

وتفترض هذه الدعوى حصول تعرض للحائز من جراء أعمال جديدة لم تتم، تهدد حيازته[٣] فالمشرع قد أمعن في حماية الحيازة إذ لم يكتف بحمايتها من السلب أو حمايتها من التعرض وإنما نظم فضلا عن ذلك وقايتها من التعرض قبل حصوله متى تهيأت الأسباب لاحتمال وقوعه، وقد نصت المادة (١١٥٥) من القانون المدني على أنه من حاز عقارا واستمر في حيازته سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض

١- الفقرة الثانية من المادة (١١) من قانون المرافعات.

٢- نقض مدني مصري في ١٩٣٢/١٠/٣ مجموعة عمر، ج١، رقم ٦٦، ص١٣٨.

٣- الفقرة الثالثة من المادة (١١) من قانون المرافعات، وتجدر الاشارة إلى ان القانون البلجكي أغفل تنظيم احكام دعوى الاعمال الجديدة واستغنى عنها باعتبار ان الشروع في العمل المؤدي إلى الاعتداء على الحيازة يعد ضربا من ضروب التعرض وبذلك تكون هذه الدعوى مندمجة في نطاق دعوى منع التعرض، د.أحمد مسلم، المرجع السابق.

له من جاء أعمال جديدة تهدد حيازته كان له ان يدعي أمام المحكمة طالبا وقف هذه الأعمال بشرط ألا يكون قد تمت وإلا يكون قد انقضى عام على البدء بها.

ويشترط لدعوى وقف الأعمال الجديدة الشروط الآتية:

١- أن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة خلال سنة من البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر، وهو نفس الشرط اللازم لقبول سائر دعاوى الحيازة.

٢- ألا تكون تلك الأعمال قد تمت، لأن المقصود منها هو منع أتمام العمل، أما إذا تم العمل فان التعرض يكون قد وجد فعلا وعند ذلك فالدعوى الملائمة هي دعوى منع التعرض وليست دعوى وقف العمال الجديدة[١].

٣- يجب لصحة الدعوى أن تكون الحيازة جديرة بالحماية وذلك بأن يتوافر في الحيازة الأركان والشرط اللازمة لاستمرار حيازة المدعي سنة كاملة قبل البدء في تلك الأعمال ويثور التساؤل عن حجية الحكم الذي يصدر في دعاوى الحيازة، وللإجابة على هذا التساؤل نشير إلى أن الأحكام التي تصدر في دعاوى الحيازة لا تعد حجة في دعوى الملكية وذلك لاختلاف موضوع الدعوى وسببها فلا يجوز الحكم في دعوى الحيازة على أساس ثبوت حق الملكية أو نفيه وإنما يجب أن يستند الحكم فيها إلى توفر شرائطها القانونية[٢].

ويبقى الحكم الصادر في دعاوى الحيازة ساريا إلى أن يسقط بالحكم في دعوى الملكية ذلك أن المحكمة عندما تبحث في ملكية العقار موضوع دعوى الحيازة، فإن ذلك لا ينفي حق الحائز.

١- وتطبيقا لذلك نقضت محكمة استئناف بغداد التميزية حكما لمحكمة البداءة يقضي بوقف العمال الجديدة من قبل المدعى عليه، على قطعة المدعي لأن المدعى عليه حفر الاساس والبناء في الارض الزراعية التي يملكها المدعي، وقد وجدت محكمة الاستئناف إن قرار محكمة البداءة مخالفا للقانون، ذلك ان عريضة الدعوى موضوع التدقيقات التميزية قد تضمنت وقف الأعمال الجديدة التي صورها المدعي بوصف المدعى عليه يروم حفر الاسس والبناء في الارض الزراعية التي يملكها، وظهر الكشف على القطعة إن هناك بناء كامل التشييد ولم يكن هناك حفر اسس كما جاء بعريضة الدعوى، لذا تعد الاعمال قد تمت، وما دام الامر كذلك فلا تعد من الاعمال الجديدة التي تهدد حيازة المدعي وتعالج عن طريق دعوى الحيازة وذلك استنادا إلى احكام المادة (١١٥٥) من القانون المدني، فكان على المحكمة بعد ما وقفت من خلال الكشف على تمام البناء ان ترد دعوى وقف الاعمال الجديدة وتوعز للمدعي بإقامة دعوى موضوعية وفق التكييف الذي يراه وليس عن طريق دعوى الحيازة، عليه ولما تقدم تقرر نقض الحكم، رقم القرار (٥٠٠) في ١٩٩٣/٥/١٢ الأستاذ مدحت المحمود، المرجع السابق، ص٢٥.

٢- الفقرة الرابعة من المادة (١٢) من قانون المرافعات. م/١٥ شرح احكام قانون المرافعات المدنية.

المطلب الرابع
تقسيم الدعوى إلى دعاوى الإلزام ودعاوى تقريرية ومنشئة

يقسم جانب من الفقه الدعاوى من حيث المحكوم به إلى دعاوى الإلزام (التنفيذ) ودعاوى تقريرية ومنشئة[1]، وسنتناول دراسة هذه الدعاوى حسب التفضيل الآتي:

أولاً: دعاوى التنفيذ (الإلزام)

ويعد هذا النوع من أكثر الدعاوى انتشارا في مجال العمل القضائي وتستلزم هذه الدعوى أن يطلب المدعي من المحكمة إلزام المدعى عليه بالتنفيذ الجبري لالتزامه بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام به، فموضوع دعوى الإلزام هو المطالبة بالحق المدني الشخصي والذي حل الأجل لتنفيذه جبرا، والمدعي في هذه الدعاوى يطالب أولا بإثبات وتقرير حقه المنازع فيه كتقرير حق ملكيته للشيء مثلا وثانيا الحكم على المدعى عليه بالقيام بأعمال معينة كإعادة هذا الشيء للمدعي أو تعويضه عنه في حالة هلاكه، وعند رفض المحكوم عليه القيام بالعمل المحدد في الحكم القضائي اختيارا، يتم التنفيذ جبرا تحت إشراف قاضي التنفيذ، ويطلق على دعاوى المديونية بدعاوى التنفيذ.

ثانيا: الدعاوى التقريرية

وهي تلك الدعاوى التي يطالب فيها المدعي المحكمة بتأكيد وتقرير حالة أو مركز موجود من قبل ودون أن تتضمن إلزام أحد الخصمين بأداء معين، فهذه الدعاوى تهدف إلى إزالة عدم الوضوح في الحقوق والواجبات التي قد تظهر نتيجة للنزاع بشأن وجودها أو مضمونها وذلك الاعتداء على هذه الحقوق أو تنفيذ الواجبات، واغلب هذه الدعاوى تنشأ عند المنازعة في شرعية التصرف القانوني المبرم وآثاره القانونية، ولذلك فأن أهمية هذه الدعوى تظهر في توضيح العلاقات المتبادلة بين أطراف العلاقة الموضوعية وإزالة الشك أو الغموض الذي يدور حول الحق أو المركز القانوني، ومثالها الدعوى التي يطالب فيها المدعي بتقرير رابطة الزوجية أو بنوة شرعية أو صحة عقد أو الدعوى التي يطالب فيها المدعي ببراءة ذمته.

١- للتوسع راجع د. محمد محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج٢، القاهرة، ١٩٨١، ص١٠١، د.علي صالح القويطي، المرجع السابق، ص٤٤.

وتنقسم الدعاوى التقريرية بدورها إلى دعاوى ايجابية وسلبية، فاذا كانت الدعوى تهدف إلى تقرير وجود العلاقات القانونية كما هو الحال في دعوى إثبات ملكية العقار، فإنها تسمى بالدعوى التقريرية الايجابية، أما إذا كانت الدعوى تهدف إلى تقرير عدم وجود العلاقة القانونية نتيجة لبطلان التصرف القانوني مثلا فإنها تسمى بالدعوى التقريرية السلبية.

ثالثا: الدعاوى المنشئة

وهي تلك الدعاوى التي تهدف إلى تعديل أو إنشاء أو إنهاء مركز قانوني قائم، والحكم في هذا النوع من الدعاوى لا ينشأ عنصرا جديدا في العلاقة القانونية القائمة بين الخصوم، ولذلك يثور التساؤل حول مدى الجدوى من إقامة مثل هذه الدعاوى لاسيما وان الأحكام الصادرة فيها لا تؤثر في العلاقة القائمة، وللإجابة على هذا التساؤل، نوضح أن من الحقائق المسلم بها في القوانين الوضعية أن تعديل العلاقة القانونية لا يتحقق إلا باتفاق طرفي هذه العلاقة ومع هذا يجيز القانون الموضوعي في بعض الحالات إنهاء العلاقة القانونية من طرف واحد، وقد نصت المادة (٥١٨)[1] من القانون المدني العراقي أنه إذا كان البيع بمقتضى النموذج، فإنه تكفي رؤية النموذج فان ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أورده بفسخ البيع، وعليه فان رغبة أحد الأطراف التي أشارت إليها المادة المذكورة ليس بحاجة إلى أي عامل أو عنصر، ولكن بما أن المادة أشارت إلى إنهاء العلاقة أو حتى تعديلها من طرف واحد قد يؤدي في الكثير من الحالات إلى إحداث ضرر بالطرف الآخر، فان القانون يضع ممارسة هذا الحق تحت إشراف المحكمة وذلك على شكل الحكم في دعوى منشئة، ولا يشترط القانون عند ممارسة الحق في الدعوى المنشئة وجود أسس خاصة سوى الاشتراط في بعض الحالات بضرورة اللجوء إلى المحكمة كما هو الحال مثلا عند رغبة أحد الشركاء في الانسحاب من الشركة، إذ يحق له أن يتقدم بدعوى منشئة لإخراجه من الشركة، مما يعد تجسيدا للرغبة من طرف واحد.

١- راجع كذلك المادة (٤٨٨) من القانون المدني المصري.

المبحث الرابع
إجراءات إقامة الدعوى والآثار المترتبة عليها

رسم القانون لصاحب الدعوى طريقا لمباشرة دعواه وذلك عن طريق عريضة الدعوى، لأنه بتقديمه هذه العريضة تنشا الخصومة أمام المحكمة، ولأهمية عريضة الدعوى، فقد إلزام المشرع أن تكون مستوفية للشروط التي حددها القانون، فضلا عن ذلك أن هناك آثارا أخرى تترتب على إقامة الدعوى، وسنتناول دراسة هذه الإجراءات والآثار المترتبة عليها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: شروط عريضة الدعوى.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على رفع الدعوى.

المطلب الأول
شروط عريضة الدعوى

ألزمت الفقرة الأولى من المادة (٤٤) من قانون المرافعات أن تقام كل دعوى بعريضة، وقد حددت المادة (٤٦) من هذا القانون الشروط التي يجب أن تشتمل عليها عريضة الدعوى وهي على النحو الآتي:

أولا: يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على اسم المحكمة التي تقام أمامها الدعوى

أن الغرض من اشتراط ذكر المحكمة في عريضة الدعوى هو لبيان معرفة المحكمة التي ترفع الدعوى أمامها من ناحية الاختصاص النوعي أو المكاني، فلا يجوز تقديم عريضة الدعوى بواسطة مرجع إداري كالوزير أو المحافظ وذلك لتعارض هذا الأمر مع مبدأ استقلال السلطة القضائية.

ثانياً: يجب ذكر تاريخ كتابة عريضة الدعوى

إن ذكر تاريخ كتابة عريضة الدعوى يفيد في معرفة تاريخ تقديم عريضة الدعوى للمحكمة وليس لهذا علاقة بتاريخ إقامة الدعوى لأن الدعوى تعد قائمة من تاريخ دفع الرسم[١].

ثالثا: اسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل إقامته

والغرض من هذا البيان تحديد الخصوم في النزاع تحديدا دقيقا وعلى نحو ينفي الجهالة عنها ويبدأ المدعي بذكر اسمه الثلاثي والصفة التي أقام بها الدعوى، وهل أقيمت هذه الدعوى عليه أصالة أم بوصفه ممثلا لشخص آخر، ذلك أن توجه الخصومة يعد من النظام العام، فضلا عن ذلك أن ذكر هذه المعلومات تفيد في إجراءات التبليغ القضائي وبدونها يتعذر على المحكمة تحديد موعد لنظر الدعوى.

رابعا: بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ

استلزم القانون أن يثبت المدعي عنوانه والذي يراه ملائما للتبليغ بالكتابة، وقد أجازت المادة (٤٥) من القانون المدني العراقي للشخص أن يتخذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين، وهذا الموطن المختار لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

خامسا: بيان موضوع الدعوى

يعد موضوع الدعوى من أركان الدعوى الهامة، فإذا كانت عريضة الدعوى خلواً منه فان ذلك يؤدي إلى إبطال هذه العريضة، وموضوع الدعوى هو ما يطلبه المدعي من المحكمة في عريضة دعواه، والذي يتمثل بالحق أو المركز القانوني الذي يسعى المدعي لحمايته، ولذا يجب ان يتحدد موضوع الدعوى تحديدا دقيقا، فإذا كان من المنقولات وجب ذكر جنسه ونوعه وقيمته وأوصافه وان كان من العقارات وجب تعيين موقعه أو حدوده[٢].

إن بيان موضوع الدعوى يعد أمرا ضروريا، تستطيع المحكمة في ضوءه ان تصدر حكمها بصورة دقيقة لأنه لا يصح القضاء بالمجهول، فضلا عن ذلك ان

١- استاذنا آدم النداوي، المرجع السابق، ص١٥٢.

٢- الفقرة الخامسة من المادة (٤٦) من قانون المرافعات.

القاضـي يلتـزم بما يطالب به المدعي ولا يجوز له أن يحكـم بأكثر هما طلبه الخصم أو بغيـر ما طلبه، وقـد نصت على ذلك المادة (٥٩) من قانون المرافعات وجاء فيها "ليـس للطرفين أن يزيدا على الدعوى باسـتثناء الدعوى الحادثة"، كما انه لا يجوز تغيير المدعى به، وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز[1] العراقية "أنه لا يصح تغيير المدعى به من طلبات إثبات ملكية المغروسات إلى طلب المعارضة فيها".

سادسا: وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها

يقصد بوقائع الدعوى الحوادث المادية التي كانت السبب في قيام النزاع ورفع الدعـوى، ومثـال ذلك واقعة اصطدام سـيارة وحدوث أضرار مادية تنشـأ عن هذه الواقعة، وطلب فسـخ عقد، لأنه يلزم أن يوضح فيه الأمور الموجبة لطلب فسـخ هذا العقـد، أما أدلة الدعوى، فهي الوسـائل التي حددها قانـون الإثبات لتأكيد أو نفي أي ادعاء أو دفع يعرض أمام القضاء، وهي الدليل والإقرار والشـهادة واليمين والقرائن وغيرهـا من أدلة الإثبات الأخـرى، أما طلبات المدعي، فهي الأمـر أو النهي الذي يطلـب فيه المدعي من المحكمة إصـداره والذي يتضمن المحافظة على حقه كما في اسـترداد المغصوب أو إعادة إقامة جدار ثم هدمه، ونقصد بأسـانيد الدعوى المصدر القانونـي الذي يسـتند إليه المدعي في دعواه والذي يشـمل مصـادر الالتزام كالعقد والإدارة المنفردة أو الفعل الضار أو الإثراء دون سبب ونص القانون.

سابعا: توقيع المدعي أو وكيله إذا كان الوكيل مفوض بسند مصدق عليه من جهة مختصـة، ويجب أن يكون التوقيع وفقا للأسـاليب التـي نص عليها قانون الاثبات[2].

والحكمة من البيانات التي ألزم القانون الخصوم إيرادها في عريضة الدعوى، تهـدف علـى جعـل الخصم على علـم كاف بكل ما يتعلـق بالنزاع الـذي تفصل فيه المحكمـة التي رفعت إليها الدعوى، وهذه البيانات تعد من الأمور الشـكلية، لأن أي

١- رقم القرار ٥٦٩ في ١٩٦٥/٦/٣ قضاء محكمة التمييز العراقي، المجلد الثالث، ص٢٨٣.

٢- في السابق كانت ثلاثة أساليب معتمدة في التوقيع وهي الامضاء، بصمة الابهام، الختم، وقد الغى قانون الاثبـات هذا الأسـلوب الأخير بموجب المـادة (٤٢) وان قانون النقل رقم (٨٠) لسـنة ١٩٨٣ أجاز في الفقرة الرابعة من المادة (١٤٢) في النقل البحري أن يكون توقيع سند الشحن بخط اليد أو بطريقة مقبولة، كأن تكون مثلاً عن طريق السندات الإلكترونية المستخرجة من جهاز الفاكس والتلكس.

نقص أو غموض فيها يلزم المدعي بإكماله خلال مدة مناسبة وألا تبطل الدعوى بقرار من المحكمة إذا كان هذا النقص أو الغموض من شأنه أن يجهل المدعى عليه أو المحل المختار لغرض التبليغ[١].

ثامنا: وجوب أداء الرسوم القضائية

أشارت المادة (٤٨) من قانون المرافعات إلى الإجراءات التي تتخذها المحكمة أثر تقديم عريضة الدعوى وذلك بوجوب دفع الرسوم القضائية المقررة قانوناً، والمقصود بالرسوم القضائية، رسم الطابع المقرر على الأوراق الإجرائية ورسوم تسجيل الأوراق وتبليغها، والرسوم القضائية بهذا التحديد تختلف عن المصاريف القضائية التي يتحملها في النهاية المحكوم عليه في الدعوى، فهذه المصاريف تشمل فضلا عن الرسوم القضائية المتقدمة الذكر مصاريف السير في الدعوى والحكم فيها وبدل أتعاب المحاماة على النحو المقرر قانوناً.

تاسعاً: يجب ان تقام كل دعوى بعريضة واحدة

إن كل دعوى يجب أن تقام بعريضة مستقلة، فإذا اشتملت عريضة الدعوى على أكثر من دعوى، فإن المحكمة تكلف المدعي في أن يحصر طلبه في دعوى واحدة وصرف النظر عن الباقي، فإذا لم يوافق المدعي على ذلك فإن المحكمة تقرر رد دعواه، ومثال ذلك أن يطلب المدعي في عريضة واحدة طلبات يشكل كل منها دعوى مستقلة كما هو الحال في دعوى طلب منع معارضة المدعى عليه للمدعي بعقار، وطلب الحكم باجر المثل عن فترة غصب هذا العقار، فإن هذه العريضة تضم دعويين ولا يجوز الجمع بينهما في عريضة واحدة، وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف[٢] بغداد "بعدم جواز الجمع بين دعوى طلب إزالة شيوع العقار وبين طلب أحد الشركاء الحكم له بملكية المنشآت المقامة على هذا العقار لغرض استيفاء قيمتها عند البيع، بعدما أنكر بقية الشركاء هذا الادعاء"، وهذا الاتجاه يجد سنده في اختلاف طبيعة كل من الدعويين، فدعوى إزالة شيوع العقار من الدعاوى العينية العقارية ودعوى المطالبة بقيمة المنشآت المشيدة على ذلك العقار من دعاوى المطالبة بحق شخصي.

١- المادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية.

٢- رقم القرار (٧٦٥) في ١٩٩٣/٧/٢١، الأستاذ مدحت المحمود، المرجع السابق، ص٧٣.

وإذا كان الأصل مبدأ وحدة عريضة الدعوى، فإن المشرع أورد على هذا المبدأ الاستثناءات التي أشارت إليها المادة (٤٤) من قانون المرافعات وهي على النحو الآتي:

١- **يجوز الادعاء بعريضة واحدة بحق عيني على عدة عقارات إذا اتحد السبب والخصوم:** أجازت الفقرة الثانية من المادة (٤٤) من قانون المرافعات للمدعي الادعاء بدعوى بحق عيني على عدة عقارات إذا اتحد السبب والخصوم ومثال ذلك أن يطلب المدعي إثبات ملكيته لجزء من عدة عقارات آلت إليه عن طريق الإرث وكان الخصم واحدا في هذه العقارات، كأن يتوفى شخص ويترك عدة ورثة ويتم إصدار قسام شرعي لكل منهم، ولكنهم اغفلوا اسم أحد الورثة، فيجوز للوارث الذي أغفل أسمه أن يرفع الدعوى بعريضة واحدة يطلب فيها تصحيح تسجيل العقارات بأسماء الورثة وان تعطى له حصته من العقارات وذلك بعد تصحيح القسام الشرعي، ذلك أن الحق العيني المطالب به واحد وهو الملكية ويوجد اتحاد السبب والخصوم بالرغم أن موضوع الدعوى هو عدة عقارات.

٢- **يجوز الادعاء بعريضة واحدة بعدة حقوق شخصية وعينية منقولة:** أجازت الفقرة الثالثة من المادة (٤٤) جمع عدة حقوق شخصية وعينية منقولة في دعوى واحدة بشرط اتحاد الطرفين، كما لو طلب المدعي تسليمه السيارة التي اشتراها من المدعى عليه والحكم له بأجر مثلها عن فترة بقائها لدى بقائها لدى المدعى عليه غصباً، فالطلب الأول يتضمن طلب الحكم بملكية السيارة وتسليمها للمشتري وهذا حق عيني على منقول، أما الطلب الثاني وهو اجر المثل عن فترة الغصب وهذا حق شخص.

٣- **يجوز الادعاء بعريضة واحدة إذا تعدد المدعون وكان في ادعائهم اشتراك وارتباط:** ومثال على ذلك أن يكون لتركة المتوفى دين عن شخص فيجوز للورثة مجتمعين إقامة الدعوى على المدين بعريضة واحدة.

٤- **يجوز إقامة الدعوى بعريضة واحدة إذا تعدد المدعى عليهم واتحد سبب الادعاء أو كان الادعاء مرتبطاً:** ومثال ذلك إقامة الدعوى على المدين وكفيله بعريضة واحدة أو إقامة الدائن الدعوى على ورثة مدينه كافة بعريضة واحدة، ومثال ذلك أيضا الدعوى التي تقام على المدينين المتضامنيين فإنها تقدم بعريضة واحدة.

المطلب الثاني
الآثار التي تترتب على إقامة الدعوى

عريضة الدعوى هي الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى القضاء ويطلب فيها الحكم لحماية حقه أو مركزه القانوني، فإذا تقدم المدعى بهذه العريضة إلى القضاء في صورة دعوى فإن هناك آثاراً قانونية تترتب عليها وهي على النحو الآتي:

أولاً: قيام حالة النزاع القضائي بين الخصوم

يترتب على تقديم عريضة الدعوى أمام المحكمة نشوء حالة قانونية لم تكن موجودة هي حالة قيام النزاع بين الخصوم ويؤدي قيام النزاع إلى ترتيب آثار قانونية سواء للخصوم أو المحكمة، فتلتزم المحكمة بضرورة الفصل في عريضة الدعوى وبعدم التأخر فيها، فإن امتنعت المحكمة عن الفصل في الدعوى أو تراخت في إصدار الحكم دون سبب مشروع فإنها تكون قد تخلفت عن إحقاق الحق، وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي وجاء فيها أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعا عن إحقاق الحق، ويعد أيضا التأخر عن المشروع عن إصدار الحكم امتناعا عن إحقاق الحق".

وتلتزم المحكمة بالفصل في الدعوى المقدمة إليها دون زيادة أو إغفال، فلا يجوز لها أن تتجاوز عريضة الدعوى إلى الحكم بأكثر منها[1] فإذا طلب المؤجر مثلا إلزام المستأجر بدفع الأجرة، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي فضلا عن هذا بفسخ عقد الإيجار كما لا يجوز للمحكمة أن تغفل الفصل في بعض المطلوب في عريضة الدعوى فإذا طلب الدائن بإلزام المدين بالدين والفوائد، فلا يجوز للمحكمة أن تفصل في طلب الدين فقط دون طلب الفوائد.

ومن آثار قيام النزاع القضائي بين الخصوم هو ان الحق يعد متنازعا فيه، وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة (٥٩٣) من القانون المدني أنه "ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان قد رفعت فيه دعوى أو قام بشأنه نزاع جدي"، ولهذا لا يجوز للقضاة ولا للمدعين العامين ونوابهم ولا المحامين ولا لكتبة المحاكم ومساعديهم، أن

١- راجع الفقرة الخامسة من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية.

يشتروا باسمهم ولا باسم مستعار، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون عملهم في دائرتها[١].

ويلزم المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة وألا تعرض الحكم عليه في غيبته.

ثانيا: انقطاع التقادم المانع من سماع الدعوى للحق المتنازع بشأنه

نصت الفقرة الأولى من المادة (٤٣٧) من القانون المدني العراقي بأنه تنقطع المدة المقررة بعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر، فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت فإنها تسمع بعدها، والتقادم في التشريع العراقي لا يعد من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طالب المدين أو بناء على طلب دائنه أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولم يتمسك به المدين[٢]، وبذلك يختلف المشرع العراقي عن القوانين المدنية الأخرى كالقانون المدني الفرنسي والقانون المصري لأن التقادم يكون مسقطا للحق وليس مانعا من سماع الدعوى.

ثالثاً: اعذار المدعى عليه ووضعه موضع المقصر في التنفيذ

الاعذار: دعوة المدين من قبل دائنه إلى تنفيذ التزامه ووضعه قانونا في حالة التأخر في التنفيذ تأخراً تترتب عليه مسؤوليته عن الإضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر، فالمدعى عليه يصبح مسئولا عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام ما لم ينص القانون على غير ذلك[٣].

رابعاً: سريان الفوائد القانونية

تسري الفوائد القانونية من تاريخ الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة (١٧١) من القانون المدني والتي جاء فيها "إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما أن يدفع للدائن على

١- المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي.

٢- الفقرة الأولى من المادة (٤٤٢) من القانون المدني.

٣- راجع المواد ٢٥٦- ٢٥٨ من القانون المدني العراقي.

سـبيل التعويض عن التأخير، فوائد قانونية قدرها أربعة في المسائل المدنية وخمسة في المسـائل التجارية، وتسـري هـذه الفوائد من تاريخ المطالبـة القضائية بها أن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسـريانها وهذا كله ما لم ينص القانون علـى غير ذلـك، وبذلك يكون للمدعي الحق في أن يطالـب خصمه بالفوائد القانونية من تاريخ الدعوى.

الفصل السابع

نظرية المرافعة

المرافعة هي مرحلة المحكمة بنظر الدعوى وسماعها لما يدلي به الخصوم من أقوال وتأييد ما يقدمونه من طلبات أو دفوع وأدلة، ونظراً لأهمية المرافعة بوصفها من أهم المراحل التي تمر بها المحاكمة، فإن اصطلاح قانون المرافعات اقتصر عليها.

ويترتب على المرافعة التزامات تنشأ على الخصوم وذلك بحضورهم أمام المحكمة لإبداء أقوالهم ودفوعاتهم في الدعوى وألا تعرضوا لإصدار الأحكام الغيابية بحقهم، فقد أجازت التشريعات للخصوم التوكيل بالخصومة إلى محامين يحضرون عنهم في المرافعة، فضلاً عن ذلك أن هناك إجراءات معينة يجب على المحكمة أن تتبعها عند سماع الدعوى وإدارة نظام الجلسة وفي تأجيل المرافعة.

وقد يعرض أثناء المرافعة أن يقدم الخصوم للمحكمة طلبات أثناء نظر الدعوى الأصلية وتؤدي إلى تعديلها من حيث الموضوع أو السبب أو الأشخاص ويطلق على هذه الدعوى بالدعوى الحادثة، وقد يعترض المرافعة أثناء نظرها طوارئ، قد توقف المرافعة أو تقطعها عند مرحلة معينة مما يؤدي إلى تعطيل إجراءات الفصل فيها.

واستنادا لما تقدم سنتناول دراسة هذا الفصل بتوزيعه إلى المباحث الخمسة الآتية:

المبحث الأول: حضور الخصوم وغيابهم.

المبحث الثاني: الوكالة بالخصومة.

المبحث الثالث: نظام الجلسة وسماع الدعوى وتأجيلها.

المبحث الرابع: الدعوى الحادثة.

المبحث الخامس: الأحوال الطارئة على الدعوى.

المبحث الأول
حضور الخصوم وغيابهم

يرتبط بموضوع حضور الخصوم وغيابهم معرفة المقصود باصطلاح المرافعة الحضورية والغيابية، والمرافعة الحضورية هي التي يحضر فيها جميع أطراف الدعوى للمرافعة، وتعد المرافعة الحضورية بحق الخصم أيضا إذا حضر في أية جلسة من جلسات المرافعة، حتى ولو تغيب ذلك الخصم عن حضور المرافعة[1]، والغرض من ذلك هو تضييق نطاق غياب الخصم عن الدعوى والتقليل من حالات إصدار الأحكام الغيابية التي تكون قابلة للاعتراض، فضلاً عن النتائج الضارة التي تترتب على الاعتراض لاسيما تأخير حسم الدعوى وإطالة أمد النزاع بين الخصوم.

أما المرافعة الغيابية، فهي المرافعة التي لا يحضر فيها الخصم أية جلسة من جلسات المرافعة، منذ بدايتها وحتى صدور حكم فيها مع تبليغه صحيحاً بالحضور، وسنتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
حضور الخصوم

من الالتزامات المفروضة على الخصوم بعد قيام الدعوى حضورهم أمام المحكمة لإبداء أقوالهم ودفاعهم في الدعوى، فإذا تخلف الخصم عن الحضور فإن ذلك يؤدي إلى تعرضه للحكم عليه غيابيا، فضلا أن تغيب المدعي قد يعرضه إلى اعتبار الدعوى كأن لم تكن، ونظراً لتعدد إجراءات الدعوى فإن التشريعات المختلفة

١- الفقرة الأولى من المادة (٥٥) من قانون المرافعات العراقي.

تجيز توكيل شخص ما للحضور أمام القضاء نيابة عن الخصم ويطلق عليه الوكيل بالخصومة، فالحضور أمام المحكمة ليس محتما فيه أن يكون شخصيا، وإنما يجوز للخصوم التوكيل في الخصومة إلى أشخاص آخرين، ويعد الخصم حاضرا في الدعوى إذا حضر هو أو وكيله في الجلسة الأولى ولو تغيب في أي جلسة من الجلسات الآتية سواء كان الخصم مدعيا في الدعوى أو مدعيا عليه.

وإذا حضر الطرفان في اليوم المحدد للمرافعة يجب على المحكمة أن تتحقق من إتمام التبليغات وصفات الخصوم، ثم بعد ذلك تقوم بنظر الدعوى، ويعد الحكم الذي يصدر في هذه الحالة بحق الخصوم حضورياً، ويترتب على المرافعة الحضورية أن الحكم الذي يصدر فيها يكون قابلاً للطعن فيه بكل طرق الطعن المقررة قانوناً باستثناء الحكم بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي.

المطلب الثاني
غياب الخصوم

في اليوم المعين للمرافعة تأمر المحكمة بالمناداة على الخصوم، فإذا غاب هؤلاء عن الحضور في الدعوى، فعند ذلك يجب على المحكمة أن تطبق القواعد الخاصة بالغياب، ويقصد بالغياب تخلف الخصم عن الحضور في جميع الجلسات المحددة للنظر في الدعوى أمام المحكمة، وقد أشار المشرع إلى ثلاث فروض تتعلق بحالات الغياب وتوضحها على النحو الآتي:

أولاً: غياب المدعي والمدعى عليه "عدم حضور الطرفين"

نظمت المادة (٥٤) من قانون المرافعات حالة غياب المدعي والمدعى عليه، إذ تترك الدعوى في هذه الحالة للمراجعة إذا اتفق الطرفان على ذلك، ويجب على المحكمة أن تتأكد من أن الطرفين قد تبلغا وفقا للقانون ولم يحضرا. فإذا بقيت الدعوى كذلك عشرة أيام ولم يطلب المدعي أو المدعى عليه السير فيها عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون.

وترك الدعوى للمراجعة يقصد به استبعاد النظر في الدعوى وعدم الفصل فيها مع بقاء الآثار القانونية المترتبة على إقامتها خلال فترة الترك، وتترك الدعوى

للمراجعة في أحدى الحالات التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (٥٤) وهي:

١- إذا اتفق الطرفان على تركها للمراجعة.

٢- إذا لم يحضر الطرفان برغم تبلغهما.

٣- إذا لم يحضر الطرفان بالرغم من تبليغ المدعي.

ويقصد بالدعوى المبطلة بحكم القانون، أن بطلانها يعد أمراً واقعياً حتى ولو أغفل القاضي قرار بإبطالها.

وقد أجازت الفقرة الأولى من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات الطعن تمييزا بقرار الإبطال أمام محكمة استئناف المنطقة، ولم يجز الطعن بقرار ترك الدعوى للمراجعة، وإذا ما استأنفت المحكمة السير في الدعوى، فإن المرافعة فيها تستمر من النقطة التي وقفت عندها.

وإذا لم يحضر الطرفان للمرة الثانية، فلا تترك الدعوى للمراجعة وإنما تقرر المحكمة إبطال عريضة الدعوى[1]؛ ذلك أن التمادي في الترك بعد قرينة على عدم جدية الخصوم في الاستمرار بإقامة الدعوى، وكذلك فإن إبطال عريضة الدعوى لا يمنع من تجديدها مرة ثانية وذلك بعد دفع رسم جديد كامل الدعوى[2].

ثانياً: غياب المدعى عليه وحضور المدعي

نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٦) من قانون المرافعات أنه "إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه رغم تبليغه، فتجري المرافعة بحقه غيابياً وتصدر المحكمة حكمها في الدعوى بما تراه إن كانت صالحة للفصل فيها، فإن لم تكن صالحة للفصل فيها فتؤجلها حتى تستكمل وسائل الإثبات فيها"، ويتضح من هذه المادة أن حضور المدعي وتخلف المدعي عليه عن الحضور للمرافعة، يوجب على المحكمة أن تتحقق عن تبليغ المدعى عليه تبليغا قانونياً، فإذا ظهر لها أن المدعى عليه لم يبلغ فيجب عليها أن تحكم بتأجيل الدعوى وإصدار تبليغ جديد له.

أما إذا تحققت المحكمة من صحة تبليغ المدعى عليه وعدم حضوره في الموعد المحدد للمرافعة وعدم تقديمه عذرا مشروعا لتخلفه عن الحضور فتقرر المحكمة إجراء المرافعة بحقه غيابيا، وإن الحكم الغيابي الصادر بحق المدعى عليه يكون

١- الفقرة الثالثة من المادة (٥٤) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الرابعة من المادة (٥٤) من قانون المرافعات.

قابلاً للاعتراض عليه عن طريق الطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي[١].

وتجدر الإشارة إلى أن غياب المدعى عليه لا يعد إقرارا منه بالدعوى وإنما ترد دعواه حسبما يتظاهر لها من سير المرافعة، وإذا كانت بنية دليل المدعي سندا عاديا منسوبا للمدعى عليه الغائب ولم يتمكن المدعي من تقديم مقياس للتطبيق بين التوقيع الموجود على السند وتوقيع آخر ثابت ثبوتا رسميا في عائديته للمدعى عليه، فإنه يجوز لها في هذه الحالة إصدار الحكم غيابيا معلقا على الاستكتاب والنكول عن حلف اليمين عند الاعتراض حتى ولو كان المدعى عليه قد حضر جلسات المرافعة السابقة[٢].

ثالثا: غياب المدعي وحضور المدعى عليه

نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٦) من قانون المرافعات على أنه "إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه، فله أن يطلب إبطال عريضة الدعوى أو يطلب النظر في دفعه للدعوى غيابيا، وعندئذ تبت المحكمة بما تراه موافقا للقانون".

لقد أجازت هذه المادة للمدعى عليه أن يختار أحد الأمرين الآتيين:

١- إبطال عريضة الدعوى: فان اتجهت المحكمة إلى الاستجابة إلى طلب الإبطال عند تقرر إبطال عريضة الدعوى بغياب المدعي ويكون قرارها هذا قابلاً للطعن فيه بطريق التمييز [٣]، وترجع الحكمة من ابطال عريضة الدعوى إلى ان تخلف المدعي عن الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى وبالرغم من أنه هو الذي أقام الدعوى، يدل على أنه غير جاد في دعواه، ولذلك لا تكون الدعوى التي نشأت جديرة بنظرها أمام المحكمة، ويعد الإبطال بمثابة عقوبة مؤقتة، إذ يجوز للمدعي أن يرفع الدعوى مجددا بعد دفع الرسوم.

٢- نظر المحكمة في طلب دفع المدعى عليه: إذا أنكر دعوى المدعي وكان من شأن هذا الدفع رد دعوى المدعي، وعندئذ تبت المحكمة في الدعوى بما تراه موافقا للقانون، فإذا كان موضوع الدعوى دينا وابرز المدعي عليه وصلاً يثبت تسديده

١- المادة (١٧٧) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٤١) من قانون الاثبات.

٣- الفقرة الأولى من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات.

لهـذا الدين فلا مانـع من النظر في الدفع والحكم برد دعوى المدعي من الناحية الموضوعية، وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف بغـداد[١] بأنها "وجدت ان محكمـة الموضوع قررت إبطال عريضـة الدعوى، في حين أن وكيل المدعى عليـه وإنما طلب رد دعـوى المدعي فكان على محكمة الموضوع ان تكلفه بما لديه من دفوع يدفع بها دعوى المدعي بغيابه وعندئذ تبت المحكمة في الدعوى بما تراه موافقا للقانون".

وتجدر الإشـارة إلى انه من الناحية العملية، نجد إن غالبية المدعى عليهم يطلبون إبطال عريضة الدعوى عند تخلف المدعي عن الحضور بعد تبليغه أما لعدم وجود دفوع موضوعية لديهم أو لصعوبة إثبات هذه الدفوع، ولا يشـترط أن يقدم هذا الدفع في الجلسـة الأولى للمرافعة وإنما يجوز تقديمه في أية جلسـة يتخلف المدعي فيها عن الحضور دون عذر مشروع.

رابعاً: غياب بعض الخصوم وحضور البعض الآخر

ألغى المشرع النص التشريعي الذي نظم[٢] هذه الحالة، إذ نصت المادة (٥٧) الملغاة من قانون المرافعات أنه "إذا تعدد المدعون أو المدعى عليهم وتخلف بعضهم عن حضور الجلسة الأولى رغم تبلغهم تؤجل الدعوى وتبلغ المحكمة المتخلفين مرة أخـرى في الحضور في الجلسـة التالية، ويعتبر الحكم الـذي يصدر في الدعوى بعد ذلـك حضوريا في حق من تخلـف عن الحضور رغم تبلغه" فالحكم الذي يصدر في الدعـوى يكون حضورياً بحق الغائبين عن الحضور ولا يكون الحكم الصادر بحقهم قابلاً للاعتراض لأنه حكم حضوري في حق المدعى عليهم جميعاً سواء تخلفا جميعاً عن الحضور في الجلسة الجديدة أو حضر من سبق حضوره وتخلف من سبق تخلفه عن الحضور[٣]، ونعتقد أن الأخذ بهذا الحكم جدير بالتأييد، لأن المحكمة يجب عليها في هذا الافتراض أن تؤجل الدعوى لتبلغ من لم يتم التبليغ إليه شخصيا وفي الجلسة الثانيـة يصدر الحكم حضوريا إزاء الجميع، لاسـيما وان تعـدد المدعين أو المدعى

١- رقم القرار ٣٣٤ في ١٩٨٨/٦/١٥ مدحت المحمود، المرجع السابق، ص٩٤.

٢- الغيـت المـادة (٥٧) وحل محلها النص الآتي: «يحكم لوكيـل المدعى عليه عند ابطال عريضة الدعوى بموجب الفقرة من المادة (٥٦) من قانون المرافعات بثلث اجور المحاماة المقررة قانوناً.

٣- د.علي صالح القويطي، المرجع السابق، ص٧٠.

عليهم، يجعلهم لا يتنازعون فيما بينهم وإنما تكون مصالحهم دائما مشتركة وهذا ما يطلق عليه بالمساهمة الإجرائية والتي هي اشتراك عدة أشخاص بصفة مدعين أو مدعى عليهم في الدعوى الواحدة ولا يوجد تناقض في طلباتهم ومصالحهم، وبما أن مصالح الخصوم عند تعددهم تكون متوافقة فإن عملهم الإجرائي يكون متوافقاً أيضا.

المبحث الثاني
الوكالة بالخصومة

يتسم النظام القانوني للدعوى المدنية بمبدأ قانونية الشكل، الذي يقضي بأن الحماية القانونية لحقوق الأفراد في الدعوى المدنية لا يمكن تحقيقها إلا إذا تمت بموجب الإجراءات التي حددها القانون، وإذا كان القضاء المدني بوصفه مبدأ عاماً، يستند على مبدأ حرية تصرف الأفراد في حقوقهم المدنية، فإن هذا القضاء لا يتحرك تلقائيا وإنما يجب أن يتم بناء على طلب وعن طريق دعوى[1]، فالمحكمة المدنية لا يمكن لها أن تفرض بإدارتها الخاصة احترام الحقوق الشخصية للأفراد، ولا أن توفر الحماية لهذه الحقوق إلا بناء على هذا الطلب الذي يجب أن يتم تبعاً للأجراء الذي حدده القانون.

ومن هنا تتضح أهمية الوكالة بالخصومة في النظام القانوني للدعوى المدنية، إذ تستهدف تأمين واطمئنان الأفراد على حقوقهم، وذلك بتخويل الغير من الأفراد الذين يكونون أكثر خبرة ومعرفة منهم في المطالبة بهذه الحقوق والدفاع عنها وعليه فإن الوكالة بالخصومة أصبحت ضرورية في الحياة العملية، لاسيما بعد أن تشعبت فروع القانون وتعقدت، ولذلك فإنه في كثير من الحالات قد لا يستطيع اطراف الدعوى الحضور بأنفسهم لعدم وجود متسع من الوقت لديهم لذلك أجازت التشريعات للوكالة في الخصومة عن طريق توكيل شخص للحضور في الموعد المعين للمرافعة لكي يمارس بدلاً منهم الأعمال والإجراءات القانونية التي يحفظ بها حقوقهم، فضلاً عن ذلك فإن حضور الخصوم بأنفسهم أمام القضاء، قد يضر بالسير المنتظم للوظيفة

١- ان القضاء المدني قضاء مطلوب وليس تلقائيا وذلك خلافا للقاضي الجنائي الذي يتحرك من ذاته ودون طلب من ذوي العلاقة، وكذلك الأمر في القضاء الإداري، للمزيد من التفصيل راجع استاذنا الدكتور آدم النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، طبع بغداد، ١٩٧٩، ص٦٠. م/١٦ شرح أحكام قانون المرافعات المدنية.

القضائية، بسبب ما يبديه الخصوم من سلوك عاطفي في الدعوى، لذلك فإن الوكيل بالخصومة يستطيع بما يتوفر لديه من ثقافة وخبرة في مساعدة القاضي في أداء وظيفته بتطبيق القانون تطبيقا سليماً.

ونظراً لأهمية الوكالة بالخصومة ودورها في تأمين الأفراد على حقوقهم، فقد نظم قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل أحكام هذه الوكالة مستمداً أحكامها من الشريعة الغراء ومن القوانين العربية والأجنبية[١]. وقد اهتمت الدول على اختلاف أنظمتها بأحكام الوكالة بالخصومة وشرعت لها القوانين، وحرص المشرع العراقي على تأكيد الثقة بين الوكيل والموكل، فحدد هذه الوكالة في ممارسة الأعمال والإجراءات التي يحفظ بها الوكيل حق موكله وإجراءات رفع الدعوى.

وسنتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه على المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: الأصل التاريخي للوكالة بالخصومة.

المطلب الثاني: معنى الوكالة بالخصومة وخصائصها.

المطلب الثالث: أحكام الوكالة بالخصومة.

المطلب الرابع: انقضاء الوكالة بالخصومة.

المطلب الأول
الأصل التاريخي للوكالة بالخصومة

عرف الأفراد مفهوم الوكالة بالخصومة منذ القدم، وكانت تستهدف في المجتمعات البدائية الدفاع عن الغير ونصرته فرداً كان أو جماعة وتقديم المساعدة له وتأمين المحافظة على حقه، وكان يتولاها الفرد القادر عليها، وذلك بدافع من الشيم

١- راجع الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، وتجدر الإشارة إلى ان الوكالة بالخصومة أصبحت الزامية في بعض التشريعات لاسيما في القضايا المدنية، إذ لم يعد باستطاعة الخصم القيام بنفسه في تحريك بعض العمال الإجرائية أو حضوره بعض الخصومات، بل يجب عليه الاستعانة بوكيل بالخصومة، وعليه فإن الاجراء الذي يقوم به الخصم دون الاستعانة بوكيل بالخصومة يعد باطلاً. راجع المادة (١٧) من قانون المحاماة المصري لسنة ١٩٨٣ وللمزيد من التفصيل راجع الدكتور فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبع القاهرة، ١٩٨٧، ص٣٠٦.

الإنسانية التي جبلت عليها، ونستعرض التطور التاريخي للوكالة بالخصومة في المجتمعات الإنسانية حسب التفصيل الآتي:

أولاً: الوكالة بالخصومة في مدونات وادي الرافدين

إن المدونات القانونية القديمة التي تم الكشف عنها في وادي الرافدين والتي يرجع تاريخها إلى حوالي أربعة آلاف عام، تدل بوضوح على أن المجتمع العراقي القديم، كان أول مجتمع إنساني عاش في ظل القانون، وقد اقترنت المدونات القانونية بأسماء الملوك الذين وضعوها، كمدونة اورنمو، ولبت عشتار واشتونا وحمورابي وغيرهم من الملوك الذين تعاقبوا على حكم وادي الرافدين[1]. وبالرغم من ان هذه المدونات لم تشر إلى وجود وكلاء بالخصومة، غير ان النصوص المسمارية العديدة التي تم الكشف عنها أشارت إلى فكرة الوكالة بالخصومة، فقد عثر منقبوا الآثار على لوح طيني في مدينة (نفر) كان يحتوي على أول سابقة قضائية في تاريخ القانون يمكن إن نطلق عليها "بالزوجة المتسترة عن الأخبار عن مقتل زوجها مع علمها بالجناة، وتتلخص وقائع هذه القضية أن ثلاثة رجال اشتركوا في جريمة قتل أحد موظفي المعبد في سنة ١٨٥٠ ق.م، واخبروا زوجة القتيل بجريمتهم، ولكن الزوجة لم تخبر السلطات عن نوع تلك الجريمة، وألقت السلطة القبض على هؤلاء المجرمين، وأحيلت القضية إلى "مجمع المواطنين" الذي وجه الاتهام في بداية الأمر إلى زوجة القتيل، فضلا عن الفاعلين الثلاثة، وتولى الادعاء بالحق العام سبعة من رجال الجمعية، وأعلنوا أن طائلة العقاب يجب أن تقتصر على القتلة الحقيقيين، وتولى الدفاع من الجمعية شخصان، طلبا تبرئة ساحة الزوجة لأنها لم تشترك في قتل زوجها، وحكمت المحكمة ببراءة الزوجة، وأقرت حجج الدفاع مسوغة قراراتها بأن العقوبة ينبغي ألا تشمل سوى القتلة الفاعلين.

إن هذه الوثيقة تشير إلى قيام مفهوم الوكالة بالخصومة في وادي الرافدين بالرغم من أن هذه الوكالة لم ينظمها قانون أو نظام خاص لها مثلما هو مقرر في عصرنا الحاضر، وتجدر الإشارة أن بابل عرفت طبقة من الحكماء، نذرت نفسها للدفاع عن الغير أو المطالبة بحقوقهم ويطلق عليهم (وكلاء الغير) وكان هؤلاء يتمتعون بمنزلة اجتماعية رفيعة وكان الملك يختار القضاة منهم[2].

١- للمزيد من التفصيل راجع كتابنا، تاريخ القانون، طبع جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص٩٣ وما بعدها.

٢- للمزيد من التفصيل راجع، شاكر العاني، نشوء المحاماة وتطورها في الحضارات الانسانية، مجلة ◄

ثانياً: الوكالة بالخصومة في القانون الروماني

تمتد نشأة الوكالة بالخصومة في القانون الروماني إلى عهد وضع قانون الألواح الأثني عشر أقر مفهوم الوكالة وأصبح بموجب هذا القانون للشخص ان يختار من يدافع عنه، لاسيما بعد أن ازدهر القانون وظهر في روما طبقة من الفقهاء كان يلتجأ إليهم الأفراد في خصوماتهم واتخذوهم أعواناً لهم في التقاضي، ومن هؤلاء الفقيه كاتو وشيشرون وغيرهم، وكان هؤلاء الفقهاء يساعدون الأفراد في اختيار صنع الدعاوى التي تحمي حقوقهم عن طريق تدعيم الفقيه لرأيه الاستشاري الذي أبداه لصاحب المصلحة(١).

وقد جاء في مدونة جوستنيان التي أجازت الوكالة بالخصومة ما ياتي: "وليعلم الآن أن لكل إنسان أن يخاصم أمام القضاء أما بالأصالة عن نفسه وأما بالنيابة عن غيره، والنيابة هي أن يكون المخاصم وكيلا عن غيره أو وصيا عليه أو قيما، وبما أن عدم إجازة المرافعة عن الغير كان فيه ضرر عظيم، فقد نشأ عرف باختيار الوكلاء بالخصومة لأن المرض والسن وضرورة التبليغ وغيرها من الأسباب غالبا ما تعوقنا عن مباشرة ما يهمنا من الدعاوي بأنفسنا"(٢).

ثالثاً: الوكالة بالخصومة في عصر ما قبل الإسلام

كانت فكرة الوكالة بالخصومة معروفة في عصر ما قبل الإسلام، فكانوا يستعينون بمن يرونه أقدر وأبلغ في عرض وجهة نظر أي من الطرفين في الخصومة، وكان الشعراء من أبلغ العرب وأبرعهم إلقاء أو خطابة، فهم ألسنة الناس والمدافعين عن حقوقهم، وكانوا يطلقون على الشخص الذي يستعان به في الخصومة "حجيجا" أي قوي الحجة، فإذا حدث نزاع بين الخصوم جاز لأي واحد منهما أن يوكل عنه "حجاجاً" وكانت صيغة الوكالة تقضي بأن يقول الموكل إلى وكيله وضعت لساني في فمك لتحج عني(٣).

◄ القضاء السنة (٣٩)، ١٩٨٤، ص١٣٠.

١- JolowicZ, Historical in troduction to the study of Roman Law, Cambridge 1967, p.369.

٢- د.عبد العزيز فهمي، مدينة جوستنيان في الفقه الروماني، طبع بيروت، ١٩٤٦، ص٢٩٣.

٣- راجع استاذنا ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، بغداد، ١٩٧٣، ص٦٧.

رابعاً: الوكالة بالخصومة في الفقه الإسلامي

لقد كانت الوكالة بالخصومة معروفة في كتب الفقه الإسلامي وارتبطت بازدهار القضاء الإسلامي، فأجيزت الوكالة بالخصومة وعرفت بنظام التوكل في الدعاوى والخصومات المدنية والجنائية، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة وأحكام الفقهاء، فقد ورد في القران الكريم ﴿رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَن يَقْتُلُونِ*وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسِلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَن يُكَذِّبُونِ*قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ﴾[١].

وقد ورد عن النبي (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ) قوله: ((بيانك عن الأرتم صدقة))[٢]، وقد روي عن الإمام علي (عَلَيْهِ السَّلَامُ) إنه كان يكره حضور الخصومة وكان يوكل غيره، فكان إذا كانت له خصومة وكل عقيلاً، فلما كبر وكل عبد الله بن جعفر[٣]، وأساس مشروعية الوكالة في الإسلام، أنها تعبر عن ضمان حق الإنسان في حريته وكرامته ومعاملاته. وقد حرص الفقه الإسلامي على إقامة أحكام الوكالة بالخصومة على أساس من الخلق الرفيع والعدل المتعفف وعدم الإضرار بحق الغير. وقد حدد «السمناني» هذا الحرص بأن اشترط في الوكيل بالخصومة أن يكون من أهل الستر والعدل والعفاف، وأن يكون مأمونا على الخصومة، وعلى سرية ما يجري فيها، ولا يتوقف عن حجة إذا لاحت على خصمه[٤].

وأخيرا فإن مجلة الحكام العدلية، نظمت أحكام الوكالة بالخصومة، وأطلقت في المادة (١٧٩) على الوكيل بالخصومة بالوكيل المسخر، وهو الوكيل المنصوب من قبل القاضي للمدعى عليه الذي لا يستطيع الحضور للمحكمة[٥].

١- سورة القصص، الآيات: ٣٣، ٣٤، ٣٥.

٢- راجع، أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، الجزء الخامس، طبع بيروت، بدون سنة نشر، ص١٥٤.

٣- راجع، الإمام الشافعي، الأم، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة، ط١، ١٩٨٠، ص٢٣٣.

٤- راجع، السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي، طبع بغداد، ١٣٨٩هـ، الجزء الأول، ص١٢٣.

٥- راجع المواد ١٤٤٩، ١٨٣٤ من مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الثاني
معنى الوكالة بالخصومة وخصائصها

الوكالــة بالخصومة، تصرف قانوني يستلزم توافر الأركان العامة اللازمة لإبرام التصرفات القانونية من رضا ومحل وسبب، فضلاً عن ذلك أن هناك خصائص تميز هذه الوكالة عن أحكام الوكالة العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

ويعرف عقد الوكالة بالخصومة بأنه الاتفاق الذي يتم بين الخصم وبين وكيله الذي يكون الأصل فيه إنه من المحامين وذلك لأجل تمثيله أمام القضاء[1]. وقد أوضحت الفقرة الأولى من المادة (٥٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي الوكالة بالخصومة هي التي «تخول الوكيل ممارسة الأعمال والإجراءات التي تحفظ حق موكله ورفع الدعاوى والمرافعة فيها حتى ختامها ومراجعة طرق الطعن القانونية ما لم ينص سند الوكالة على خلاف ذلك أو لم يوجب القانون تفويضا خاصاً». ومن هذا التعريف يتضح بأن الوكالة بالخصومة تتميز بخصائص متعددة، منها إنها وكالة من نوع خاص، وإنها يجب أن تتم بالشكل الذي حدده القانون وأن الأصل فيها إنها خاصة بالمحامين وإنها بأجر، وسنتناول هذه الخصائص في النقاط الأربعة الآتية:

أولاً: إنها وكالة من نوع خاص

الوكالــة بالخصومة[2]، نوع خاص من أنواع الوكالــة الاتفاقية وإنها خاصة بالخصومة، أي الحق في التوكيل بمباشرة الدعوى، ذلك لأن أغلب أعمال الوكالة تظهر في صورة تصرفات قانونية تخوله الحق بمباشرة الدعوى عن الموكل أمام القضاء، ويتضح ذلك عند قيام الوكيل بالخصومة برفع الدعوى والمرافعة ومراجعة طرق الطعن القانونية، فهي وكالة من نوع خاص تسري عليها في الأصل الأحكام

١- في هذا المعنى، كيوفندا، نظم جزء ثان مشار إليه عند الدكتور فتحي والي، المرجع السابق، ص٢٤٧. وجاء في قرار لمحكمة التمييز بأن «الانابة في توقيع العقد لا تعني الانابة والتوكيل في المخاصمة لأن الثانية تحتاج إلى التصريح والتعيين» رقم القرار ٧٧٤ في ١٩٦٩ اشار إليه المشاهدي، المرجع السابق، ص٢٣٩.

٢- وتجدر الإشارة إلى ان الوكالة بالخصومة مقتضيات تستلزم ان لا تترك كلها للأحكام العامة للوكالة المدنية، بل لابد من وضع قواعد خاصة لها استثناء من تلك الأحكام، وذلك في حالة موطن الوكيل وتعدد الوكلاء، للمزيد من التفصيل راجع د.أحمد أبو الوفا، المدينة والتجارية، ط١٤، ١٩٨٦، ص٥٥٤.

العامة للوكالة[١]. وهذا الحكم هو السائد في النظام القانوني الانجليزي، إذ أن الذي ينظم العلاقة بين أطراف الوكالة بالخصومة هو عقد الوكالة سواء كان الوكيل المحامي Barrister أو وكيل دعاوى Solicitor[٢].

ويجب أن تتوافر في الوكالة شروط الانعقاد وذلك بتطابق الإيجاب والقبول على عناصر الوكالة، فيتم التراضي بين الموكل والوكيل على ما هية العقد والتصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل والأجر الذي يتقاضاه، وكذلك يجب أن تتوفر شروط الصحة التي يستلزمها القانون في التصرفات القانونية والمتمثلة الأهلية الواجبة للموكل. فإذا كان الأصل في الوكالة الاتفاقية[٣]، إنها لا يشترط توفر أهلية التصرف القانوني في الوكيل، فإن الوكالة بالخصومة تستلزم أن يكون الوكيل بالخصومة متمتعا بالأهلية المدنية الكاملة، وذلك استنادا للمادة الثانية من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل، وهذا الحكم يعد قيداً على الأحكام العامة التي وردت في القانون المدني.

ويجب أن يكون التصرف القانوني محل الوكالة بالخصومة ممكنا، فإذا كان مستحيلا فإن التصرف يكون باطلاً إذ لا التزام بمستحيل[٤]. وبهذا قضت الفقرة الأولى من المادة (٤٢٧) من القانون المدني بأنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلاً"، وعليه تكون الوكالة باطلة تبعاً لبطلان التصرف

١- وتجدر الاشارة إلى ان هناك خلافا في الفقه حول التكييف القانوني للوكالة بالخصومة، فمنهم من يرى أنها عقد وكالة ومنهم من يرى إنها عقد مقاولة، وذهب البعض الآخر إلى إنها عقد إجازة خدمات وذهب رأي يخر إلى انها عقد غير مسمى، راجع تفاصيل هذه الآراء، د.عبد الباقي سوادي، مسؤولية المحامي المدينة، طبع بغداد، ص٨١، د.حسن محمد علوب، استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، طبع القاهرة، ١٩٧٠، ص٧٨، جليل الساعدي، كفالة حق الدفاع، رسالة ماجستير، كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص٧٢ وما بعدها، ونعتقد إن الرأي الذي رجحناه في المتن هو الرأي الراجح فالوكالة بالخصومة وكالة من نوع خاص وهذا ما يؤيده قانون المرافعات في المواد من ٥١- ٥٣ وقانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ في المواد ٢٢- ٢٣.

٢- Barristerويطلق عليه محامي مرافعة، إذ لا يجوز المرافعة عن الغير أمام المحاكم العليا إلا من حصل على هذا اللقب. اما الـ Solicitor، فهو محامي وكيل بعد التمرين على يد محام واجتياز امتحانات خاصة تحت اشراف نقابة المحامين Law Solicitor. راجع Kiralfy, The English Legal System, 3 ed., 1963, p.384.

٣- راجع الفقرة الثانية من المادة (٩٣٠) من القانون المدني العراقي.

٤- للمزيد من التفصيل راجع السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، بيروت، ١٩٦٤، ص٤٢٢.

القانوني، ومثال ذلك أن يتعهد محام برفع استئناف في دعوى لا تقبل الاستئناف أو الطعن بالتمييز بعد فوات موعده، وتسمى هذه الاستحالة المطلقة التي ترجع إلى نص القانون.

ثانياً: إنها وكالة تستلزم مراعاة الشكل الذي حدده القانون

إذا كان الأصل في الوكالة الاتفاقية، إنها رضائية لا تستلزم شكلاً خاصاً، فإن الوكالة بالخصومة يشترط فيها مراعاة الشكل الذي نص عليه القانون[1]، فقد نصت المادة (٥١) من قانون المرافعات إنه "في اليوم المحدد للمرافعة يجب على المحكمة أن تتحقق من إتمام التبليغات وصفات الخصوم ويحضر الخصوم بأنفسهم أو ممن يوكلونه من المحامين.. ويكون ذلك بوكالة مصدقة من كاتب العدل أو المحكمة المنظورة أمامها الدعوى، ولدوائر الدولة أن تنيب عنها لدى المحاكم من يمثلها من موظفيها الحاصلين على شهادة الحقوق بوكالة مصدقة من الوزير أو رئيس الدائرة[2].

وقد ادخل قانون المرافعات النافذ تعديلاً مهما على أحكام الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، فقيد الوكالة العامة، وأوجب تخصيصها في المسائل التي حددها القانون، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٢) بأن الوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الإقرار بحق ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم ولا البيع أو الرهن أو الإجازة أو غير ذلك من عقود المعاوضة ولا القبض

١- الأصل في الوكالة بالخصومة إنها أيضا تعد من العقود الرضائية، غير أن هذه الرضائية، لوحدها قد لا تكفي وإنما لابد من إتمام الشكل الذي نص عليه القانون، كما ان الوكالة بالخصومة قد تنعدم في حال ندب المحامي عندما ينص القانون على ذلك، ففي هذه الحالة تكون الوكالة مفروضة بحكم القانون إذ أن كل محام يرفض دون عذر مقبول تقديم المعونة التي كلف بها من لجنة المعونة القضائية أو يهمل بهذا الواجب يعاقب تأديبياً، راجع المواد من ٦٦- ٧١ من قانون المحاماة العراقي.

٢- جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية المرقم ١٠ في ١٩٥٩/٤/٢ أشار إليه السنهوري، المرجع السابق، ص٤٠٦ بأنه «إذا كان القانون يشترط في الوكالة بالخصومة أن تكون بالكتابة، ويتطلب تقديم سند التوكل لأثبات الوكالة، إلا أنه متى أقر الخصم الحاضر مع المحامي بالوكالة، فإن هذا يكفي دليلاً في الاثبات، فلا يجوز للقضاء التصدي لعلاقة ذوي الشأن بوكلائهم إلا اذا أنكر صاحب الشأن وكالة وكيله، فإذا باشر المحامي اجراءاً قبل أن يستصدر توكيلاً من ذي الشأن الذي كفله بالعمل، فلا يعترض عليه بأن التوكيل لاحق على تاريخ الاجراء، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وغاية الأمر أن صاحب الشأن إن لم يحضر بنفسه يوم الجلسة أو لم يرسل عنه وكيلاً، ثابتة وكالته بالطريقة القانونية، جاز لخصومه محافظة على حقوقهم ابداء الطلبات التي يجيزها لهم القانون».

ولا التبـرع ولا توجيـه اليمين أوردها أو قبولها ولا رد الحكام أو التشـكي منهم ولا ممارسـة الحقوق الشـخصية ولا أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضاً خاصاً. ونتفق مع أستاذنا الدكتور[١] سعدون القشطيني بأن ما ذكرته الأسباب الموجبة لقانون المرافعات من مسوغات لتخصيص العموم الذي جاء به القانون المدني بشأن الوكالة العامة ووضع القيد على نصوصه، كان يجب إدخاله على القانون المدني نفسـه ولا محل لإيراده في قانون المرافعات.

ومراعاة لهذه الشـكلية التي اسـتلزمها القانون يجب علـى المحكمة أن تطلب مـن الوكيل إبراز وكالتـه العامة للاطلاع عليها، فإذا لم تطلب ذلك فإن حكمها يكون معرضـاً للنقـض، وجاء في قرار لمحكمـة[٢] التمييز العراقية بـأن "المحكمة إذا لم تطلـب من الوكيل إبراز وكالته العامة للاطلاع عليها تكون قد أجرت المرافعة دون أن تجمع الطرفين بصورة قانونية ويكون حكمها مخالفاً للقانون". وقد استقر[٣] قضاء محكمة التمييز العراقية بأنه لا يصح تصديق الوكالة الخاصة التي تخول الوكيل حق الخصومـة عن موكله في دعـوى معينة وتقتصر على أمر أو أمور معينة بالدعوى، إلا أثناء رؤية الدعوى ولا يجوز تصديقها بعد حسم الدعوى.

ثالثاً: ان الأصل فيها إنها خاصة بالمحامين

حـددت المادة (٥١) من قانون المرافعات بأن الأصل بالخصومة، إنها خاصة بالمحاميـن الذين بحق لهم وحدهم أن يكونوا وكلاء عن الخصوم. وأجازت اسـتثناء لبعض الأشـخاص أن يكونوا وكلاء بالخصومة[٤]، وبذلك تختلف الوكالة بالخصومة

١- د.سعدون القشطيني، المرجع السابق، ص٢٢٥.

٢- رقم القرار ٣٥١ في ١٩٦٣/١٠/١٣ أشـار إليه الأسـتاذ إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، طبع بغداد، ١٩٩٠، ٣٧٢.

٣- راجع القرارات التي اشـر اليها اسـتاذنا الدكتور سـعدون القشـطيني، المرجع السابق، ٢٢٧. وجاء في قـرار لمحكمة التمييز المرقم ٥٩٩ في ١٩٧٠/٦/٤ النشـرة القضائية، العدد الثالث، س١، ص٧٨، بان «الوكالة بالخصومة لا تصدق بالدعوى إلا أثناء رؤية الدعوى ولا يجوز تصديقها بعد حسم الدعوى».

٤- الاشخاص الذين يحق لهم أن يكونوا وكلاء بالخصومة عن الغير استثناءاً استناداً للمادة (٥١) من قانون المرافعات هم:

١- الأزواج والأصهـار والأقـارب حتـى الدرجة الرابعة وذلك فـي الدعاوى البدائية لحد خمسـمائة دينار والأحوال الشخصية.

٢- النائب عن غيره بسبب الوصاية أو الولاية أو القيمومة أو التولية وذلك بنفس شروط الاصهار حتى ◄

عـن الوكالـة الاتفاقية، إذ أن هـذه الأخيرة أجازت لأي شـخص أن يكون وكيلاً ولم تشـترط سـوى أن يكون الوكيل عاقلاً ومميزاً، أما في الوكالة بالخصومة فإن توكيل غير من حدده القانون يكون باطلاً، وهذا ما أكدته المادة الثانية والعشرون من قانون المحامـاة العراقـي إذ جاء فيهـا بأنه لا يجوز لغيـر المحامين المسـجلين في جدول المحاميـن إبداء المشـورة القانونية أو التوكل عن الغير للادعـاء بالحقوق أو الدفاع عنهـا أمام المحاكم العامة والخاصة ودوائر التحقيق والشـرطة واللجان التي خصها القانون بالتحقيق أو الفصل في منازعات قضائية.

والمحامون هم من أعوان القضاء وقد عدتهم بعض التشريعات[1] جزءاً مكملاً للنظـام القضائي، فهم المختصون بالقانون الذي يمارسـون الخصومة القانونية نيابة عن أصحابها. ويمكـن تعريف المحامي بأنه المقيد قانوناً في جدول المحامين والذي يقوم بمسـاعدة المتقاضي بإبداء النصح إليهم ومباشـرة إجراء الخصومة عنهم أمام المحاكم بطريق الوكالة لغرض مساعدتهم في الحصول على حقهم[2]، وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية بأنه "ليس لغير المحامين حق الترافع في الدعوى"[3].

رابعاً: إن الأصل فيها إنها تكون بأجر

الأصل في الوكالة بالخصومة إنها بأجر، وأن هذا الأجر هو الذي يميز الوكالة بالخصومـة عـن الوكالة الاتفاقية العادية، إذ الأصل في هـذه الأخيرة أن الوكيل يعد متبرعاً إذا لم يتفق الموكل على الأجرة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٩٤٠) من القانون المدني بأنه "إذا اشـترطت الأجرة في الوكالة وأوفى الوكيل العمل يستحقها،

◄ الدرجة الرابعة.

٣- موظفو الدوائر الرسمية الحاصلين على شهادة بكالوريوس في القانون.

للمزيد من التفصيل راجع استاذنا الدكتور آدم النداوي، المرافعات المدنية، بغداد، ١٩٨٨، ص١٩٠.

١- عرفت المادة الأولى من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المحاماة بانها: مهنة حرة تشارك السـلطة القضائيـة فـي تحقيق العدالة وفي تأكيد سـيادة القانون وفي كفالة الدفاع عـن حقوق المواطنين وحرياتهم». وبهذه المادة يكون المشـرع المصري قد حسم تلك المسألة بأن مهنة المحاماة تعد جزءاً من النظام القضائي وليس بوصفها مساعدا للقضاء، راجع معوض عبد التواب، شرح قانون المحاماة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣، الإسكندرية، بدون سنة نشرت، ص١٥.

٢- فـي هذا المعنى د.أحمد ابـو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، طبع بيروت، ١٩٨٣، ص١٣٢، د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، طبع القاهرة، ١٩٨٢، ص١٧٥.

٣- رقم القرار ١٨٨٤ في ١٩٦٦/٨/١١، اشر إليه الأستاذ المشاهدي، المرجع السابق، ص٣٧٦.

وإن لم تشترط، فإن كان الوكيل ممن يعمل بأجرة فله أجر المثل وإلا كان متبرعاً". ومن هذه المادة يتضح بأن أبرز تطبيق للوكالة بأجر هي الوكالة بالخصومة. وقد نظم قانون المحاماة العراقي النافذ أحكام أتعاب المحاماة في المواد من (٥٥- ٦٥). وفي ضوء هذه المواد يمكن تحديد ثلاث أنواع من الأتعاب.

١- **الأتعاب الاتفاقية:** وهي التي يتفق عليها المحامي مع موكله ابتداءً وبموجب عقد تحريري أو شفهي وذلك في الدعاوى غير الجزائية. وجاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية[1] بأنه "إذا وجه الموكل إشعاراً كتابياً إلى موكله المحامي يدعوه فيه إلى الاستقالة من الدعوى والاكتفاء بالأجور المقبوضة عنها كمقدمة أتعاب وتبلغ المحامي بهذا الإشعار الكتابي وسجل عليه "تبلغت بقرار إقالتي من الدعوى وتمت الموافقة عليها" فالمحامي يكون قد وافق على ما جاء بالإشعار دون أن يبدي تحفظاً على أصل الكتاب بخصوص بقية أتعابه الأمر الذي لا يمكن تأويله أو تحميله على غير ذلك حيث لا عبرة بالدلالة مقابل التصريح".

٢- **الأتعاب المثلية (أتعاب المثل):** وهي التي تخضع لتقدير المحكمة عند عدم الاتفاق عليها ابتداءً مع أطراف الوكالة بالخصومة، ويجري تقدير هذه الاتعاب في ضوء الجهد المبذول وللمحكمة أن تستعين بخبراء في تحديد هذه الأتعاب. وقضت المحكمة[2] التمييز العراقية بأنه إذا "عزل الموكل لعذر مشروع استحق الوكيل أجر مثل أتعابه وإن كان العزل بغير عذر مشروع فإن الوكيل يستحق كامل أتعابه استناداً للمادة (٦٠) من قانون المحاماة".

٣- **الأتعاب القانونية:** وهي الأتعاب التي تحكم بها المحكمة للمحامي ضد موكله بموجب قرار الحكم الذي تصدره وجاء في قرار لمحكمة[3] التمييز العراقية بأن "أتعاب المحاماة التي تقضي بها المحكمة تعد فقرة حكمية وأن الحكم الصادر بها يبقى معتبراً ويمتنع على المحكمة التي أصدرته العدول عما قضت به، كما يمتنع عليها تعديل هذا القضاء".

١- رقم القرار ٦٩٠ في ١٩٩٠/٣/١٠، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، ١٩٩١، ص٢٥٤.

٢- رقم القرار ٢٠٠٨ في ١٩٧٦/٢/٢، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، ١٩٧٦، ص٢٤١.

٣- رقم القرار ٢٣٥ في ١٩٨٦/١٢/٢٥، مجلة القضاء، العدد الأول، ١٩٨٧، ص٣٠٣.

وأشار قانون المحاماة إلى حالة خاصة أوجب فيها على المحامي أن يتولى الدفاع فيها عن موكله دون أجر أي مجاناً وهي الحالة التي تكلفه بها لجنة المعونة القضائية عندما يكون منتدبا بالدفاع عن المعسر وأجاز له القانون أن يتقاضى من النقابة المصاريف الضرورية التي انفقها في سبيل أداء واجبه وكذلك يجوز له الرجوع بهذه الأتعاب على موكله إذا ثبت يسره ولم يحصل عليها من خصمه[١].

وقد حظرت الفقرة الثالثة من المادة (٤١) من قانون المحاماة العراقي على المحامي التعامل مع موكله بأن تكون أتعابه حصة عينية من الحقوق المتنازع عليها. وبهذا الصدد قضت محكمة النقض[٢] المصرية أن هذا الاتفاق يتنافى مع شرف مهنة المحاماة لما ينطوي عليه من استغلال موقف الموكل، وكل اتفاق من هذا القبيل يعد باطلاً، ألا أن البطلان ينصرف في هذه الحالة إلى تحديد قيمة الأتعاب المتفق عليها، ولا يترتب عليه حرمان المحامي من حقه في الأتعاب، مادام قد قام بالعمل الموكل به وإنما يكون على القاضي أن يستبعد التقدير المتفق عليه، ويقوم هو بتقدير أتعاب المحاماة وفقاً لما يستصوبه مراعياً في ذلك الجهد الذي بذله وأهمية الدعوى وثروة الموكل".

وقد منح القانون لأتعاب المحامي حق أمتياز من الدرجة الأولى على ما آل إلى موكله من أموال نتيجة الدعوى أو العمل موضوع التوكيل[٣]، وأجاز القانون للمحامي إذا لم يكن قد حصل على أتعابه بأن يستخرج على نفقة موكله صوراً من الأوراق التي تصلح سندا له في المطالبة بالأتعاب وأن يبقى لديه المستندات والأوراق الأصلية حتى يؤدي الموكل مصاريف استخراج صورها[٤]. ويسقط حق المحامي في المطالبة بأتعاب المحاماة في حالة عدم وجود اتفاق كتابي بها بعد ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء العمل الموكل إليه، أما أتعاب المحاماة المتفق عليها كتابة فلا يسقط حق المطالبة بها إلا بمضي خمسة عشرة سنة على تاريخ استحقاقها[٥].

١- راجع الفقرة الثانية من المادة (٧١) من قانون المحاماة العراقي.

٢- رقم القرار ٣٤٨ نقض ١٩٦٨/٦/٢٠ مجموعة أحكام النقض المدنية السنة (١٩)، ص١٩٧.

٣- راجع المادة (٦٤) من قانون المحاماة العراقي وقرار محكمة التمييز المرقم ٢٤٩ في ١٩٧٦/٣/٢١. مجموعة الأحكام المدنية، العدد الأول، ١٩٧٦، ص٢٤٧.

٤- راجع المادة (٥٣) من قانون المحاماة العراقي.

٥- راجع المادة (٦٥) من قانون المحاماة.

المطلب الثالث
أحكام الوكالة بالخصومة

الوكالة بالخصومة عقد يلتزم الوكيل بموجبه بمباشرة الدعوى والمرافعة فيها حتى ختامها والقيام بالأعمال والإجراءات القانونية التي تحفظ حق موكله، والوكالة بالخصومة عقد ملزم للجانبين يخضع في أحكامه إلى النصوص التي تنظم الوكالة الواردة في قانون المرافعات وقانون المحاماة والقانون المدني، واستنادا لهذه الأحكام يلتزم الوكيل بالخصومة بالحفاظ على حقوق موكله وتنفيذ الوكالة واطلاع موكله على المرحلة التي وصلت عليها الدعوى، وبرد ما في يده من أموال، ويلتزم الوكيل بدفعه الأجرة ورد النفقات التي تكبدها الوكيل في تنفيذ وكالته، وسنتناول دراسة هذه الأحكام في الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول
التزامات الوكيل بالخصومة

تنشئ الوكالة بالخصومة التزامات على عاتق الوكيل الذي يلتزم بالوفاء بها وأشارت إلى هذه الالتزامات القواعد العامة في القانون المدني، فضلاً عن الأحكام الخاصة الأخرى التي نص عليها قانون المحاماة وتعليمات قواعد السلوك المهني لمهنة المحاماة، ويمكن إجمال هذه الالتزامات في النقاط الثلاث الآتية:

أولاً: التزام الوكيل بالخصومة بتنفيذ الوكالة وعدم مجاوزة حدودها المرسومة

إن تطبيق أحكام الوكالة التي نصت عليها القواعد العامة في القانون المدني، تستلزم أن يكون الوكيل بالخصومة ملزما بتنفيذ الوكالة[1]. وأن لا يتجاوز حدودها المرسومة، على أنه لا حرج عليه إذا خرج في تصرفه عن هذه الحدود متى كان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان ليوافق على هذه التصرفات، بل أن من حق الوكيل بالخصومة أن يسلك الطريقة المشروعة التي يراها مناسبة للدفاع عن حقوق موكله ودون أن يلتزم بتوجيهاته.

١- راجع المادة (٩٣٣) من القانون المدني العراقي.

والتـزام الوكيـل بالخصومة، الأصل فيه أنه التزام ببذل عنايـة، لأنها بأجر وهذا ما قضت به المادة (٩٣٤) من القانون المدني.

والوكيـل بالخصومـة بوصفه متعاقداً، ملزم قانوناً بأن ينفذ ما تعهد به بحسـن نية، فإذا أخل بهذا الواجب ولم يبذل العناية اللازمة، فأنه يكون مسئولا عن تعويض الموكل، بشـرط أن يثبت هذا الأخير إهمال المحامـي وعدم اتخاذه الحيطة اللازمة. ويكون الوكيل بالخصومة دائماً مسئولاً عن الغش والخطأ الجسيم، فإذا وكل محام في الطعن في حكم معين ولم يرفع الطعن في الميعاد القانونية، فإن هذا يعد خطأ جسيماً، يسـتلزم مسـؤولية المحامي، وكذلك إذا أتصل بخصم موكله وأمره بمعلومات تضر بمصلحة موكله أو أفشى أسراره، أو ترك المرافعة في الدعوى أو تنازل عن حق من حقوق موكله أو القيام بإجراء يتطلب القانون فيه تفويضاً خاصاً، كالمصلحة وإبطال عريضة الدعوى ما لم يكن مأذوناً بذلك، فهذه الأمور تعد بمثابة غش وتقضي القواعد العامة في القانون بأن الغش يفسد كل شيء ولا يجوز أن يستفيد منه فاعله.

وقـد منعت المادة (٤٤) مـن قانون المحاماة العراقي أن يقبل المحامي الوكالة عـن خصم موكله أثنـاء قيام الدعوى التـي وكله فيها، وتطبيقـاً لذلك قضت محكمة التمييز[1] العراقية بأنه "لا تصح وكالة المدعي في الدعوى إذا كان موكله وكيلاً عاماً لطرفي الدعوى". وكذلك منعت المادة (٥٩٥) من القانون المدني العراقي المحامين مـن التعامل في الحقـوق المتنازع فيها وذلك لاعتبارات تتعلـق بمهنة المحاماة التي تسـتلزم توزيـع العدالة بين النـاس وحماية حقوقهم وليس الاتجار بهـم، وأخيراً فإن المـادة (٨٩) مـن قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسـنة ١٩٧٩، قد حظـرت لمن علم من المحامين أو الأطباء أو الوكلاء، أو غيرهم عن طريق مهنته بواقعة أو معلومات، أن يفشـيها ولو بعد انتهاء مهمته، إلا أنه يجب عليه الإدلاء بالشـهادة إذا أستشـهد به من أفضى بها أو كان ذلك يؤدي إلى منع ارتكاب جريمة.

ثانياً: التزام الوكيل بالخصومة باطلاع موكله على المرحلة التي وصلت إليها الدعوى

ألزمـت المـادة (٩٣٦) من القانـون المدني الوكيل بأن يطلـع من وقت لآخر على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة، وكذلك ألزمت تعليمات قواعد السلوك المهنـي لمهنـة المحاماة بأن على المحامي أن يقدم للموكل رأياً صريحاً في موضوع

١- رقم القرار ٣٤٩٧ في ١٩٨٥/٨/٨، أشار إليه الأستاذ المشاهدي، المرجع السابق، ص٣٧٩.

الدعوى، وعليه أن يلتزم ببذل الجهد القانوني المتفق مع شرف المهنة وأن يتعاون مع موكله وإبداء الاهتمام اللازم لصيانة حقوقه وبذل أقصى جهده في الدفاع عنها وأن يطلع موكله على الوقائع القانونية والمادية التي أتخذها من أجل ذلك، وأن يفحص تعليمات أو توجيهات موكله ومستنداته فحصاً دقيقاً ويستجيب للصالح منها ضمن أحكام القانون وفقاً لقناعته الوجدانية، ولن يمنع موكله من القيام بأعمال لا يجوز للمحامي نفسه أن يقوم بها لا سيما تجاه القضاء أو الشهود أو الخصوم ووكلائهم، فإذا رفض الموكل ذلك أو تعارضت تعليماته وقناعة المحامي الوجدانية فله التخلي عن الوكالة وإنهاء علاقته بالدعوى مع مراعاة واجبه في حفظ أسرار موكله.

ولا يجوز للوكيل بالخصومة أن يخفي المعلومات بصدد الدعوى، بل عليه اطلاع موكله عليها، لاسيما إذا كان موكله دائرة رسمية، ويجب أن يخبر موكله بنتيجة الدعوى وأن يبين رأيه القانوني بصدد القرار الذي صدر في الدعوى والطعن فيه، وفي جميع الأحوال عليه ان يلتزم برأي الموكل في الطعن من عدمه حتى ولو كان ذلك مخالفاً لرأيه القانوني[1]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأن "عدم إخبار المحامي الوكيل موكله بمصير الدعوى والحكم الصادر فيها وعدم الطعن تمييزاً في الحكم دون عذر مشروع، يدخل في نطاق الإخلال بواجب مهنة المحاماة ويكون مشمولاً بحكم المادة (١٠٨) من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل"[2].

ثالثاً: التزام الوكيل برد ما في يده للموكل

يلتزم الوكيل برد ما في يده للموكل من أموال ومستندات[3]، ذلك بأن المال الذي يقبضه الوكيل لحساب موكله يكون أمانة في يده، فإذا تلف بدون تعد لم يلزمه الضمان، وللموكل أن يطلب إثبات ذلك، ويترتب على ذلك بأن الوكيل لا يسأل بصورة عامة عن الضرر الذي يلحق بأموال الموكل، إذا أستطاع أن يثبت بأن هلاك الأموال كان ناشئاً بسبب أجنبي[4].

١- راجع تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٨٧ لقواعد السلوك المهني لمهنة المحاماة.

٢- رقم القرار ٣٢ في ١٩٨٧/٢/١٩، مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول والثاني، ١٩٨٧، ص٤١.

٣- راجع المادة (٩٣٥) من القانون المدني العراقي.

٤- تنص المادة (٢١١) من القانون المدني بأنه «إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لأجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».

وقد ألزمت المادة (٥٣) من قانون المحاماة بأن يرد المحامي عند انقضاء التوكيل لموكله عند طلبه، العقود التي حصل عليها لحسابه والمستندات والأوراق الأصلية التي كان قد سلمها له، ويسقط حق الموكل في مطالبة محامي بالأوراق والمستندات الأخرى بعد خمس سنوات من تاريخ انتهاء مهمته، إلا إذا كان الموكل قد طلبها قبل مضي هذه المدة بكتاب مسجل، فتبدأ مدة السقوط من تاريخ هذا الكتاب[1].

الفرع الثاني
التزامات الموكل

تنشأ الوكالة بالخصومة التزاماً في جانب الموكل، يلتزم فيه بدفع الأجرة ورد النفقات التي تكبدها في تنفيذ الوكالة. وسبق أن تناولنا التزام الموكل بدفع الجرة للوكيل، إذ الأصل بالخصومة إنها بأجر[2]، وعليه سنتناول دراسة الالتزام الثاني وذلك حسب التفصيل الآتي:

التزام الموكل برد النفقات التي تكبدها الوكيل في تنفيذ الوكالة

أشارت المادة (٩٤١) من القانون المدني إلى التزام الموكل برد النفقات التي تحملها الوكيل، فنصت "بأن على الموكل أن يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة المعتاد مع الفوائد من وقت الاتفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته، فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للانفاق منها في شؤون الوكالة، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ متى طلب الوكيل ذلك" فموجب أحكام هذه المادة يلتزم الموكل بأن يرد ما يستلزمه تنفيذ الوكالة من نفقات صرفها الوكيل من ماله الخاص، وهذا الحكم أكده قانون المحاماة إذ نص في المادة (٦٥) منه "بأن المحامي يستحق أتعاب محاماة عن قيامه بالأعمال التي كلف بها ويحق له أيضاً استيفاء ما أنفقه في صالح موكله، وأجازت القواعد العامة لتوكيل المحامين للوكيل المحامي أن

١- راجع المادة (٥٤) من قانون المحاماة العراقي.

٢- جاء في المادة (٦٠) من قانون المحاماة بأن «الوكيل إذا عزل محاميه بدون سبب بعد المباشرة بعمله يكون ملزماً بدفع كامل الأتعاب، كما لو كان قد أنهى العمل لصالح موكله، وإذا حصل العزل قبل المباشرة بالعمل، فيستحق المحامي أتعاب المثل عن الجهد الذي بذله تمهيداً للمباشرة بالعمل».

يطالب موكله بمصاريف السفر، فضلاً عن حقه في استحقاقه للأتعاب المتفق عليها، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز بأن "المدعى عليه لا يتحمل أجور سفر المحامي وكيل المدعي عند وجود محامين في المنطقة التي أقيمت فيها الدعوى"[١].

المطلب الرابع
انقضاء الوكالة

تنقضي الوكالة بالخصومة بموجب القواعد العامة في القانون المدني وقانون المرافعات المدنية وقانون المحاماة، بأحد أسباب انقضاء الوكالة بالخصومة وهي موت الموكل أو الوكيل وبخروج أحدهما من الأهلية أو بإتمام العمل الموكل به وكذلك في حالة عزل الوكيل بالخصومة وشطبه من جدول المحامين. وسنتناول دراسة هذه الأسباب في النقاط الأربعة الآتية:

أولاً: موت الموكل أو فقده لأهليته

تنقضي الوكالة بالخصومة بموت الموكل[٢]، وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرارها جاء فيه بأنه "إذا كان الوكيل قد ظل بعد وفاة موكله يباشر الدعوى التي وكل فيها بوصفه وكيلاً عن ورثته، فلا يقبل بعد ذلك أن يجادل في صفة الوكالة مدعيا أنها انقضت بوفاة الموكل"[٣]. وكذلك تنقضي الوكالة بالخصومة إذا فقد الموكل أهليته، لأن الأصل في الوكالة سواء كانت اتفاقية أو بالخصومة أنه لابد من توفر الأهلية لدى الموكل بوصفه أصيلاً، فإن فقد أهليته فإن الوكالة تنقضي.

ثانياً: وفاة الوكيل بالخصومة أو فقده لأهليته

تنقضي الوكالة بالخصومة أيضا بموت الوكيل، ذلك لأن الموكل قد أختار وكيله لأمور يغلب فيها الاعتبار الشخصي، وعليه فإن الورثة لا يحق لهم بعد موت

١- رقم القرار ١٣٥ في ١٩٨٥/١٢/١٨، أشار إليه الأستاذ المشاهدي، المرجع السابق، ص٣٥٩.

٢- راجع المادة (٩٤٦) من القانون المدني.

٣- نقض ١٩٤٢/٥/٢١ أشار إليه الأستاذ طه أبو الخير، حرية الدفاع، ط١، الاسكندرية، ١٩٧١، ص٧٠، وتجدر الإشارة إلى أن وفاة الموكل أو فقدان لأهلية الخصومة يؤدي إلى انقطاع سير المرافعة راجع المادة (٨٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

المـوكل أن يحلّو محله، وألزمـت المادة (٥٢) من قانون المحاماة نقابة المحامين في حالة وفاة المحامي أو شطب أسمه أو توقيفه أو الحجز عليه أو استحالة قيامه بوكالته، أن تعلـم النقابة المرجع المختـص برؤية الدعوى وذلك حفظاً لحقوق الموكل، وعلى النقابـة كذلك تكليف أحد المحامين باتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على مصالح الموكل إلى أن يختار محامياً آخر.

وكذلـك تنقضي الوكالة إذا فقد الوكيل بالخصومة أهليته، لأن القانون اسـتلزم أن يكـون المحامـي متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة، فإذا طرأ على أهليته عارض من العـوارض التي أدت إلى انعـدام تمييزه أو إضعافه، فإنه يفقد أهليته وبالتالي تنقضي الوكالة لفقدان شرط أساسي من شروط مهنة ممارسة الوكالة بالخصومة التي تقضي بأن يكون الوكيل متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة.

ثالثاً: إتمام العمل الموكل به الوكيل بالخصومة في الدعوى

وفـي هـذه الحالة تنقضـي الوكالة بالخصومـة، إنقضاء اعتيادياً، وذلك عن طريـق تنفيذها، بقيام الوكيل بممارسـة الأعمال والإجـراءات التي خوله موكله في رفع الدعوى والمرافعة فيها حتى ختامها ومراجعة طرق الطعن القانونية، وتنقضي الوكالـة بالخصومة في الأصل بصدور قرار اكتسـب حجية الحكـم البات، ويترتب على ذلك أن الوكيل المحامي يسـتحق أتعابه حسـب التفصيل الذي أوضحناه سـابقاً، إلا إذا نص سند الوكالة على خلاف ذلك، أو إذا أوجب القانون تفويضاً خاصاً بذلك.

رابعاً: عزل الوكيل بالخصومة أو اعتزاله أو شطب أسمه من جدول المحامين

يـؤدي اعتـزال الوكيل بالخصومة من الوكالة إلـى انقضائها، وكذلك تنقضي الوكالـة عندمـا يرغب الموكل بإنهـاء وكالة من وكله بالخصومـة، وأجازت الفقرة الأولـى من المادة (٥٣) من قانون المرافعات للوكيـل بالخصومة أن يعتزل الوكالة بشرط أن يبلغ موكله هذا الاعتزال ولا يجوز له ذلك في وقت غير لائق ويعود تقدير ذلك للمحكمة.

ولكي يعد اعتزال الوكيل صحيحاً، يجب توفر الشرطين الآتيين:

الشرط الأول: أن يقوم الوكيل بتبليغ موكله بالاعتزال، وذلك لكي يتولى الموكل الأمر بنفسه أو يوكل وكيلاً آخر، وهذا ما أقرته المادة (٩٤٧) من القانون المدني.

الشـــرط الثاني: أن يكـون اعتزال الوكيل بوقت لائق وان يكـون هناك عذر مقبولاً. والوقـت اللائـق، يقصد به الوقت المناسـب الذي يسـتطيع فيه المـوكل تأمين مصالحه، ويترك تقدير مسألة هذا الوقت لسلطة المحكمة التقديرية، وإذا أعتزل الوكيـل دون إلتزامه بهذين الشـرطين، فـإن الإجراءات تجـري بحقه لصالح الموكل؛ وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٥٣) من قانون المرافعات، إذ جـاء فيهـا بـأن "أعتزال الوكيل أو عزلـه لا يمنع من سـير الإجراءات في مواجهته إلا إذا أبلغت المحكمة بذلك وبتعيين بدله أو يعزم الموكل على مباشرة الدعوى بنفسـه"، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييـز[1] العراقية بأنه "إذا بلغ الوكيـل المحكمة بعزله من الوكالـة كتابة وطلب تبليغ موكلـه، فعلى المحكمة تأجيـل الدعوى ودعوة الموكل للمرافعة بدعوى جديدة". وتجدر الإشـارة إلى أن اعتزال الوكيل دون مراعاته لشـرط الاعتزال، يجعله متعسفاً ومسؤولا عن تعويـض الموكل عن الإضرار التي لحقت به نتيجة الاعتزال، ويحظر القانون علـى الوكيـل بالخصومة بعد اعتزالـه بالخصومة بعد اعتزالـه أن يتوكل عن خصم موكله في دعوى أخرى لها علاقة بالدعوى التي أعتزل وكالته فيها[2].

وتنقضي الوكالة بالخصومة كذلك في حالة عزل الموكل لوكيله، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٩٤٧) من القانون المدني، إذ جاء فيها بأن للموكل أن يعـزل الوكيـل أو أن يقيد من وكالته". وقد قيد القانـون حق الموكل في عزل الوكيل بالخصومـة بأن يكون عزل الوكيل في وقت مناسـب ويعذر مقبول، لأن الأصل في الوكالـة بالخصومـة إنها بأجر وأن للوكيل مصلحة في هذا الأجر، فإذا عزل الموكل وكيلـه في وقت غير مناسـب وبغير عذر مقبول فأنه يكون ملزمـاً بتعويض الوكيل عـن الضـرر الذي لحق به من جراء هذا العزل، كأن يقضي له بالأجر كله أو بعضه وذلك حسـب تقدير القاضي للضرر الذي لحق بالوكيل، وأسـاس التعويض في هذه الحالة ينطوي على تعسـف الموكل في استعمال حقه، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة[3] التمييز العراقية بأن "تقدير مشروعية عزل الموكل للوكيل المحامي بسبب التقصير والإهمال وغير ذلك من الأمور التي يعود تقديرها للمحكمة وليس للموكل، إذ أنه من

١- رقم القرار ٨٩٣ في ١٩٧٠/٨/١٩، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الأولى، ص٧٤.

٢- راجع المادة (٤٤) من قانون المحاماة.

٣- رقم القرار ٥ في ١٩٨٧/٦/١٧، مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول والثاني، ١٩٨٧، ص٣٣.

المسلم به قانوناً أن للموكل أن يعزل الوكيل أو يقيده من وكالته، غير أن هذا الحق ليس مطلقاً وإنما هو مقيد، إذ نصت المادة (٦٠) من قانون المحاماة رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٥ بأنه إذا عزل الموكل محاميه بدون سبب مشروع بعد المباشرة بعمله، يكون ملزماً بدفع كامل الأتعاب كما لو كان قد انهى العمل لصالح موكله. وإذا حصل العزل قبل المباشرة بالعمل فيستحق المحامي اتعاب المثل عن الجهد الذي تمهيداً للمباشرة بالعمل: لذلك على المحكمة أن تفصل في ضوء الأحكام الواردة في هذه المادة".

وتنقضي الوكالة في الخصومة، عند شطب أسم المحامي أو توقيفه أو الحجز عليه أو استحالة قيامه بوكالته[1] فلا يجوز لمن رفع أسمه من جدول المحامين وانقطعت علاقته بالمحاماة لأي سبب أن يمارس أي عمل من أعمالها[2]، وكذلك فأنه لا يجوز للمحاكم والدوائر الرسمية وشبه الرسمية قبول مراجعة المحامي أو وكالته في دعوى ما لم يكن أسمه مسجلاً في جدول المحامين.

١- راجع المادة (٥٢) من قانون المحاماة.

٢- المادة (١٦) من قانون المحاماة. ويقرر مجلس نقابة المحامين رفع أسم المحامي من جدول المحامين إذا فقد شرطاً من شروط ممارسة المحاماة المنصوص عليها في المادة الثانية، وهذه الشروط هي ما يأتي:
أولاً: أن يكون عراقياً أو فلسطينياً متمتعاً بالأهلية الكاملة ومقيما في العراق.
ثانياً: أن يكون حائزاً على شهادة حقوق من أحدى كليات الحقوق في الجامعات العراقية أو في جامعة أخرى معترف بها في العراق تمنح حائزها حق ممارسة المحاماة على أن ينجح في الحالة الأخيرة في امتحان إضافي في القوانين العراقية يجريه ويعين مواده مجلس كلية الحقوق بجامعة بغداد. ويستثنى من ذلك خريجو كلية الشريعة ومن تولى القضاء الشرعي على أن تقصر صلاحيتهم لممارسة المحاماة على قضايا الأحوال الشخصية دون غيرها.
ثالثاً: أن يكون محمود السيرة حسن السمعة أهلاً للاحترام الواجب لمهنة المحاماة، وأن لا يكون قد حكم عليه بعقوبة في جناية غير سياسية أو في جنحة مخلة بالشرف او عزل من وظيفته أو مهنته أو اعتزلها أو انقطعت صلته بها لأسباب ماسة بالذمة أو الشرف ولم يرد له اعتباره.

المبحث الثالث
نظام الجلسة وسماع الدعوى وتأجيلها

أعطى المشرع للمحكمة سلطات متنوعة في تنظيم الجلسة وسماع الدعوى وتأجيلها وذلك بهدف تمكينها من تحقيق العدالة وحسن أداءها، وسنتناول دراسة هذا المبحث في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: نظام الجلسة.

المطلب الثاني: سماع الدعوى.

المطلب الثالث: تأجيل الدعوى.

المطلب الأول
نظام الجلسة

الجلسة بوصفها اصطلاحا قضائياً، يقصد به انعقاد المحكمة في الوقت والمكان المحدد للنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها وتلتقي المحكمة بالخصوم أو وكلائهم بقاعة المحكمة، وبذلك تختلف الجلسة عن المرافعة، إذ يقصد بالأخيرة ما يبديه الخصوم أو من يمثلهم في الدعوى من أقوال ودفوع وأدلة خلال الجلسة لتأييد دعواهم من قبل المدعى عليهم. وقد نظم القانون إجراءات الجلسة وذلك بوضع القواعد التي تنظمها، وسنبحث هذه الإجراءات على النحو الآتي:

أولاً: إلزام المحكمة للخصوم بتعيين المحل المختار للتبليغ

يجب على المحكمة في أول جلسة يحضر فيها الخصوم أن تطلب إلى كل منهم بيان المحل المختار الذي يختاره لغرض التبليغ ويكون هذا المحل معتبراً في

تبليغ الأوراق اللازمة لسير الدعوى في جميع مراحل التقاضي ما لم تخطر المحكمة والطرف الآخر بتغييره[1] والمحل المختار لغرض التبليغ هو المحل الذي يختاره أحد أطراف الدعوى ليتم تبليغه على أساسه في جميع مراحل الدعوى.

ثانياً: إلزام المحكمة للخصوم بتقديم لوائحهم ومستمسكاتهم قبل الجلسة الأولى من المرافعة

ألزمت الفقرة الأولى من المادة (٥٩) من قانون المرافعات الخصوم أن يقدموا لوائحهم ومستمسكاتهم قبل الجلسة المحددة للمراجعة في الدعوى فبعد أن يبلغ المدعى عليه بعريضة الدعوى، يلزم بأن يجيب على الدعوى بلائحة، وكما تبدأ الدعوى بتقديم المدعي بلائحة يفتتح بها الدعوى فإن للمدعي عليه أن يرد على تلك اللائحة بما لديه من دفوع وهذا ما يطلق عليه بتبادل اللوائح، والأصل أن المدعى عليه إذا حضر المرافعة وجب عليه أن يجيب على الدعوى، فإن سكت وتخلف عن الحضور جاز للمحكمة أن تستنتج من ذلك قرينة للحكم بدعوى المدعي.

ثالثاً: إلزام الخصوم بعدم تغيير موضوع الدعوى ومنعهم من زيادتهم

منعت الفقرة الثالثة من المادة (٥٩) من قانون المرافعات من أن يزيدا على الدعوى باستثناء الدعوى الحادثة التي سنتناول دراستها لاحقاً، ذلك أن زيادة الدعوى يؤدي إلى تأخير حسم الدعوى وعدم استقرارها، غير أن المشرع أجاز للخصوم في تنقيص أو تعديل دعواهم أو دفوعهما بشرط أن لا يغير من موضوع الدعوى، ومثال التنقيص، إقامة الدعوى بالمطالبة بأجر المثل لمدة أربع سنوات وتنقيصها إلى سنتين، ويتم ذلك في لائحة أو خلال الجلسة ومن أمثلة تعديل الدعوى طلب المدعي إزالة الشيوع للعقار المشترك قسمة ثم تعديل ذلك إلى إزالة شيوع العقار بيعاً بعدما ظهر له أن هذا العقار غير قابل للقسمة، وكذلك يجوز للمدعي أيضا أن ينقص من دفعه أو يعدله وفق ما يتراءى له بشرط عدم تغيير موضوع الدعوى.

---

١ ـ المادة (٥٨) من قانون المرافعات المدنية النافذ.

رابعاً: يجب على المحكمة حفظ النظام والأمن في الجلسة

تقرر المادة (٦٣) من قانون المرافعات المدنية أن ضبط الجلسة وإدارتها منوطان برئيسها، وتتجلى سلطة المحكمة في ذلك إذا حصلت إخلال بالنظام أو إذا وقعت جريمة فيها وذلك على النحو الآتي:

١- **لرئيس الجلسة أن يخرج من قاعة الجلسة من يخل بنظامها:** ورئيس الجلسة هو رئيس المحكمة إن كانت مشكلة من ثلاثة قضاة كما هو الحال في الهيئة الاستئنافية بمحكمة الاستئناف، وبقاضي المحكمة إن كانت مشكلة من قاض فرد، ويقصد بإدارة الجلسة الإعلان عن بدء المرافعة وتشكيل المحكمة. والمناداة على الخصوم وتوجيه الأسئلة والمحافظة على النظام العام داخل المرافعة ومنع أطراف الدعوى وغيرهم من القيام بأي تصرف يخل بنظام الجلسة، وللقاضي في سبيل إخراج أي منهم من قاعة الجلسة، فإن لم يمتثل وتمادى كان للمحكمة أن تقرر حبسه أربعا وعشرين ساعة أو بتغريمه ويكون قرار المحكمة في هذا باتاً ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن.

وإذا كان من أخل بنظام الجلسة من المحامين بصفته وكيلاً عن أحد الخصوم فإن المحكمة تحرر محضراً بالفعل الذي ارتكبه المحامي وتشعر نقابة المحامين بذلك لاتخاذ الإجراءات الانضباطية بحقه، وقد أجاز المشرع للمحكمة إلى ما قبل انتهاء الدوام الرسمي لليوم الذي أوقفت الجزاء فيه أن ترجع عن الحكم الذي أصدرته وتعفي من صدر ضده من العقوبة سواء كانت بالحبس أو الغرامة.

٢- **إلزام المحكمة بتدوين محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقادها:** تقرر المادة (٦٤) من قانون المرافعات المدنية بكتابة محضر عن كل جريمة تقع أثناء انعقادها بما ترى اتخاذه من إجراءات التحقيق، فإذا كانت الجريمة التي وقعت جناية أو جنحة، كان لها أن تأمر بالقبض على من وقعت منه، وذلك في ضوء صلاحيتها المقررة في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتقرر توقيف المتهم بعد القبض عليه وإرساله مخفوراً مع المحضر إلى قاضي التحقيق المختص لاتخاذ الإجراءات القانونية ضده سواء كانت الجريمة مرتكبة من خصم ضد الخصم الآخر أو ارتكبه ضد المحكمة ذاتها.

المطلب الثاني
سماع الدعوى

أوجب المشرع لضمان سماع الدعوى، إجراءات متعددة يجب على المحكمة أن تأخذ بها، وقد نظم القواعد القانونية التي تكفل تنظيم هذه الإجراءات، ومن هذه القواعد الأخذ بمبدأ سماع أقوال الخصوم وحرية الدفاع والمناقشة وتوثيق أقوال الخصوم في محضر الجلسة، وسنتناول دراسة هذه القواعد حسب التفصيل الآتي:

أولاً: سماع أقوال الخصوم وحرية الدفاع والمناقشة

ضماناً لحق الدفاع المقرر للخصوم وحرية المناقشة أوجبت المادة (٦٠) من قانون المرافعات بأن تسمع أقوال الخصوم وإدعاءاتهم ودفوعهم ولا يجوز منع الخصوم من الكلام ومقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع الدعوى أو أخلوا بنظام الجلسة أو وجه بعضهم إلى بعض إهانة أو سب أو طعنوا في حق شخص أجنبي في الدعوى[1].

وألزم المشرع أن تكون المرافعة علنية وذلك بأن يكون حضور الناس فيها مباحاً حسب التفصيل الذي أوردناه سابقاً عن هذا المبدأ، فإذا أخلت المحكمة بهذا المبدأ ولم تستمع إلى أقوال الخصوم فإن قرارها يتعرض للنقض، وتطبيقاً لذلك[2] نقضت محكمة استئناف قراراً لمحكمة البداءة لأن تلك المحكمة أحضرت المدعى عليه ولم تستمع إلى أقواله ودفوعه وختمت المرافعة وأصدرت الحكم المميز مما يعد ذلك مخالفة لأحكام الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من قانون المرافعات التي تنص "تسمع المحكمة أقوال المدعي أولاً ثم المدعى عليه ويجوز تكرار ذلك على حسب الأحوال ويكون المدعى عليه آخر من يتكلم" وحيث أن ذلك قد أخل بشكلية المرافعة وبالتالي بالحكم المميز لأن المدعى عليه لم يتمكن من إبداء دفوعه التي أبداها في العريضة التمييزية، عليه قرر نقض الحكم المميز".

ولئن كان القانون قد كفل للخصوم حرية الدفاع والمناقشة وأوجب على المحكمة الاستماع إليهم وحرم مقاطعتهم، غير أنه ليس للخصوم مطلق الحرية في

١- الفقرة الثانية من المادة (٦١) من قانون المرافعات المدنية.

٢- رقم القرار ٧٠٩ في ١٩٩٣/٧/٣ أشار إليه الأستاذ مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٠١

الاستمرار في إبداء أقوالهم ودفوعهم حسب ما يشاءون، وإنما للمحكمة أن تأمرهم بالكف عن الاستمرار في الكلام.

ثانياً: توثيق أقوال الخصوم في محضر الجلسة

ألزمت الفقرة الثانية من المادة (٦٠) من قانون المرافعات المحكمة، بتثبيت أقوال الخصوم في محضر الجلسة والذي يتضمن على بيانات هامة وهي أسم القاضي الذي ينظر الدعوى وتاريخ وساعة الجلسة، إلا إذا كانت هذه الأقوال تكرارا لما ورد في اللوائح المتبادلة، فيمكن الإشارة إليها دون إعادة تدوينها، ويوقع محضر الجلسة من قبل القاضي والكاتب والخصوم أو وكلائهم ويحفظ في اضبارة الدعوى، ويجوز أن يتلى المحضر في المرافعة بناء على طلب أحد الطرفين، وعندما تنتهي المحكمة من تحقيقها في الدعوى وتسأل الخصوم إن كان لديهما ما يضيفانه على أقوالهما السابقة، ويجب أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم قبل ختام المرافعة لكي لا يحرم من فرصة إبداء الدفوع، ولاشك أن في حضور الخصوم أمام المحكمة والاستماع إلى أقوالهم في جلسة علنية، يعد ضمانة هامة في الوصول إلى الحكم العادل.

وقد أجازت المادة (٦٥) للمحكمة ولو من تلقاء نفسها شطب العبارات الخارجة والمخالفة للآداب والنظام العام من اللوائح في أية ورقة من أوراق الدعوى وذلك لأن قدسية القضاء تأبى أن تكون ميداناً للتهاتر يتصارع فيه الخصوم بلغو القول وفاحشه[1].

ويتم شطب العبارات المتقدم ذكرها بقرار من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم، ويتم ذلك بوضع خط فوق تلك العبارات ويدون قرار الشطب في أسفل المحضر الذي أوردت فيه تلك العبارات أو على اللائحة أو الورقة التي وردت فيها.

١- الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي النافذ.

المطلب الثالث
تأجيل الدعوى

تأجيل الدعوى قرار قضائي تنظيمي تصدره المحكمة أثناء نظر الدعوى ويجوز لها العدول عنه أو تبديله أو تعديله[1] ويثبت في مخاضر الجلسة، ويعد تأجيل الدعوى من الأمور المؤثرة في تأخير حسم الدعوى، وقد شاع منذ القدم أن آفة القضاء التأجيل، ذلك أن القضاء البطيء هو أقرب إلى الظلم، وبالرغم أن القانون قد رسم حدود التأجيل، فلا يجوز أن تتجاوز مدة التأجيل عشرين يوماً وأن تعليمات السقوف الزمنية لحسم الدعاوى، حددت المحاكم المدنية بأن تفصل في الدعوى بمدة لا تتجاوز الأربعة أشهر من تاريخ انتهاء التبليغ، فإن طبيعة النظام القضائي في العراق وواقعه العملي يفرض على القاضي تأجيل المرافعة حتماً ولو لم تكن هناك ضرورة تستدعي لذلك، لأن هذا النظام لا يحدد القاضي بعدد معين من الدعاوى وإنما يترك له الحرية في سماع ما يستطيع من هذه الدعاوى ثم يبدأ الجلسة الثانية من حيث انتهى، وإتباع هذا النظام يؤدي إلى وجود ميل عند القاضي للإسراع في نظر القضايا وعدم تمكين المتقاضين من استيفاء مرافعاتهم وتناول كل وجوه الدفاع المتعلقة بالدعوى، ولذلك جرى العمل على إتباع نظام المرافعة الكتابية بالرغم من المبدأ الأساسي في نظام المرافعات هو نظام المرافعة الشفوية، فضلاً عن المماطلة والتسويف التي يتبعها بعض الخصوم في تأجيل تأخير الحسم في الدعوى، فمثلاً في دعاوى التخلية عندما يعلم المستأجر أن موقفه أصبح ضعيفاً في الدعوى، فانه يعمد إلى المماطلة وتأخير الدعوى لمدة طويلة ترهق المؤجر لأنه كلما تأخر حسم الدعوى فإن المستأجر يستفيد من إشغال الدار المتنازع عليها، وكذلك الأمر في دعاوى الأغراض الجهازية، فإن الزوج في هذه الدعوى وعندما يكون موقفه ضعيفا فإنه يحاول دائماً أن يعمد إلى المماطلة وإطالة إجراءات الدعوى لغرض إرهاق أعصاب الزوجة من الانتظار لاسيما إذا حاول الزوج تهريب هذه الأغراض.

١- يرى الأستاذ صادق حيدر شرح قانون المرافعات، محاضرات مسحوبة بالرونيو، المعهد القضائي، ١٩٨٦، ص١١٢. أن قرار التأجيل هو قرار إداري يجوز للمحكمة أن تعيد النظر فيه لتقرر تعيين موعد آخر للمرافعة غير الموعد الذي سبق أن قررته. وهذا الرأي محل نظر لأن قرار القاضي في تأجيل الدعوى ليس قرارا إداريا وإنما قرار قضائي تنظيمي وقتي تصدره المحكمة لغرض تنظيم السير في إجراءات الدعوى.

وإذا كانت المادة (٦٢) من قانون المرافعات قد نصت على عدم تجاوز مدة التأجيل عن عشرين يوماً إلا إذا اقتضت الضرورة إلى ذلك، فإن اقتضاء هذه الضرورة يستخدم الآن بكثرة في التأجيل، ويمتد أحياناً لأكثر من شهرين، لذلك من الضروري وضع الضوابط الصارمة في هذا الصدد التي تؤمن عدم استخدام هذه الوسيلة استخداماً يؤدي إلى التأخير في الفصل في الدعوى.

وقد أجازت المادة (٦٢) من قانون المرافعات للمحكمة أن تؤجل الدعوى إذا اقتضى الحال ذلك أو للحصول على أوراق أو قيود من الدوائر الرسمية، فمثلاً يجوز أن تؤجل الدعوى لغرض إجراء الكشف والمعاينة على المال المتضرر موضوع طلب التعويض أو دعوى شاهد أو لغرض الحصول على أوراق ومستندات من الدوائر الرسمية، كطلب أمر قيد للعقار موضوع الدعوى وتلزم الدوائر بالاستجابة إلى طلب المحكمة حتى ولو كانت القوانين والأنظمة لا تسمح بالاطلاع عليها أو تسليمها، فمثلاً تمنع المصارف من تزويد الغير بالوثائق أو المعلومات المتعلقة بالمتعاملين معها وتزويدهم برصيد المدعى عليه، فإذا أمتنع المصرف عن الاستجابة لطلب المحكمة فإن الموظف المسؤول عنه يتعرض إلى المسائلة القانونية، فقد ألزمت توجيهات ديوان رئاسة[1] الجمهورية المنحلة إلزام الدوائر ذات العلاقة كافة بالإجابة على طلبات المحاكم بمنتهى السرعة لغرض تهيئة العوامل التي تساعد على حسم الدعوى دون تأخير.

وقد حددت المادة (٦٢) من قانون المرافعات أسباب تأجيل الدعوى على النحو الآتي:

أولاً - وجود سبب مشروع للتأجيل: ألزمت الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها المحكمة بعدم تأجيل الدعوى إلا لسبب مشروع وهو السبب الذي تقتضيه طبيعة الإجراءات التي تقوم بها المحكمة في الدعوى والذي يقترن بموافقتها.

ثانياً - لا يجوز للمحكمة تأجيل الدعوى لذات السبب أكثر من مرة واحدة إلا إذا رأت المحكمة ما يقتضي ذلك لحسن سيرة العدالة: واستناداً لهذا القيد، لا يجوز للمحكمة أن تأجل الدعوى لذات السبب أكثر من مرة واحدة إلا إذا كان التأجيل بسبب خارج عن إرادة المحكمة والخصوم، كما لو طلبت المحكمة قساماً شرعياً لم تكتمل إجراءات إصداره بسبب الخلاف بين ورثة الخصم والسلطة المالية،

١- كتاب ديوان رئاسة الجمهورية المنحل ف/١١/٣/ ٤٨٠٣ في ١٩٨٣/٤/١٩.

ويجب على المحكمة أن تعلل سبب التأجيل وأسباب تكراره وذلك لكي لا تقع تحت طائلة المساءلة الإدارية، ومن الأمثلة عن عدم مشروعية التأجيل لذات السبب لأكثر من مرة، طلب المحامي تأجيل الدعوى لدراستها لأنه قد وكل فيها حديثاً ثم يأتي في الجلسة التالية ويطلب التأجيل لذات السبب ودون تقديم ما يسوغ ذلك، أما إذا قدم أسباباً لهذا التأجيل فإن للقاضي أن يدقق مدى جدية هذه الأسباب بطلب تكرار التأجيل لذات السبب، فإذا أعتقد أن التأجيل يحقق العدالة فلا لوم عليه في الموافقة على التأجيل وهذه المسألة متروكة لتقدير القاضي ومقيدة في جميع الأحوال بإلزامه بأن يسبب قراراته.

ثالثاً - يجب أن لا تتجاوز مدة التأجيل عشرين يوماً، إلا إذا اقتضت الضرورة على ذلك: ويجب أن نذكر هذه الضرورة في قرار التأجيل، كما في طلب الحصول على وثائق خارج القطر[1].

وألزمت الفقرة الرابعة من المادة (٦٢) من قانون المرافعات الخصم طالب التأجيل غير الحاضر في المرافعة مراجعة المحكمة للتبليغ بيوم المرافعة الذي أجلت إليه الدعوى، وفي جميع الأحوال يعد مبلغاً باليوم المذكور دون حاجة لإصدار ورقة بتبليغ له، وبذلك وفقت هذه الفقرة بين مصلحة طالب التأجيل وبين نية هذا الخصم في التسويق والمماطلة وتأخير حسم الدعوى، ذلك أن المحكمة حينما تستجيب لطلب الخصم فإنه ينبغي عليها أن تحرص على عدم تأجيل المرافعة لمدة طويلة. وتطبيقاً لذلك نقضت[2] محكمة التمييز قراراً وجدت أن وكيل المدعي قدم طلباً قبل موعد المرافعة بيوم واحد أراد فيه تأجيل الدعوى لسفره اضطراراً إلى الموصل وتعذر حضوره جلسة المرافعة المؤرخة ١٩٩٣/٧/٢٧ وإن هذا الطلب وبوصفه قد قدم لأول مرة من قبل وكيل المدعي فإنه يعد مشروعاً ويمكن للمحكمة تأجيل الدعوى

١- وتجدر الإشارة إلى أن اقتضاء الضرورة يستعمل الآن بكثرة في التأجيلات ويمتد التأجيل لشهرين أو أكثر ولذلك من الضروري وضع الضوابط الصارمة وتحديد الضرورة، ولا يعني وضع هذه الضوابط التشديد في عدم الموافقة على التأجيل دون تسويغ وإنما يجب أن يراعى في هذا التأجيل الظروف التي تحيط به، فمثلاً يجب على المحكمة أن تساعد المحامي الذي توكل حديثاً في الدعوى من دراسة الدعوى بإعطائه مهلة مناسبة، وقد أعتبر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١٨) في ١٩٩٧/٣/٩ أن طلبات التأجيل المتكررة، قرينة على ضعف حجية الخصم طالب التأجيل عند إصدار الحكم، الوقائع العراقية، العدد (٣٦٦) في ١٩٩٧/٣/٢٤.

٢- رقم القرار ٤٢٤/مستعجل في ١٩٩٣/٨/١١، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٠٥.

لمدة قصيرة توفيقاً لصالح المحامي والخصم الآخر ويوصف أن طالب التأجيل يعد مبلغاً في جميع الأحوال على الموعد الجديد استنادا إلى أحكام الفقرة الرابعة من المادة (٦٢) من قانون المرافعات المدنية، عليه قرر نقض القرار المميز.

ويجب على الخصم طالب التأجيل عن طريق البريد أن يقدر الوقت الذي يستغرقه الطلب ليصل إلى المحكمة قبل يوم المرافعة وإلا فإن المحكمة سوف لا تأخذ بهذا الطلب وتهمله وتطبيقاً لذلك قضت محكمة[1] استئناف ذي قار بصفتها التمييزية "إن وصول برقية المدعي بتأجيل الدعوى في اليوم التالي لموعد المرافعة لا يقدح في صحة القرار بإبطال عريضة الدعوى المتخذ بناء على طلب المدعى عليه. إذ كان على المدعي أن يقدر الفترة الزمنية التي تصل فيها البرقية من محل الإرسال إلى محل الوصول".

ويجب على المحكمة أن تحدد اليوم الذي تؤجل فيه الدعوى بدقة وإلا فإن قرارها يكون غير صحيح، وهذا ما قضت[2] به محكمة التمييز إذ "وجدت أن القرار المميز غير صحيح، ذلك أن المحكمة أجلت في الجلسة المؤرخة في ١٩٦٩/١٠/١ الدعوى إلى يوم غير معين من الشهر الأول لسنة ١٩٧٠ وهو تاريخ مجهول لا يمكن تأسيس حكم عليه".

١- رقم القرار ١٥٥ في ٦١٩٨٠/٩، الوقائع العدلية، العدد (٢٨)، ١٩٨٠، ص٤٩٧.

٢- رقم القرار ٢٤ في ١٩٧٠/٣/٤، النشرة القضائية، العدد الثاني، ١٩٧١، ص٤٩٧.

المبحث الرابع
الدعوى الحادثة

الأصل أن يتقيد نطاق الدعوى بالطلب الأصلي الذي تضمنته عريضة الدعوى، فلا يجوز للمدعي أن يزيد شيئاً على طلباته المدونة في هذه العريضة ويجب أن يتقيد بهذا الطلب، وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي "موريل" أن المدعي (يكون سجين طلبه)[1] وذلك لكي لا يفاجأ المدعى عليه ويربك بهذا التعديل الجديد ويؤدي ذلك إلى أتساع نطاق الخصومة، فضلاً عن ذلك أن السماح للمدعي بتغيير الدعوى بالزيادة والإضافة، يفقد المحكمة السيطرة على مسار الدعوى وحبسهما ضمن السقف الزمني المحدد لها.

غير أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تهدف إلى عدم حرمان المدعي من فرصة تصحيح طلباته بما يتفق مع أدلة الإثبات التي قدمها وتحديلها في ضوء هذه الأدلة، لذلك قد يتسع نطاق الدعوى بين الطرفين، فتعرض في أثناء نظر الدعوى الأصلية طلبات جديدة يطلق عليها بالدعوى الحادثة[2].

وسنتناول دراسة هذه الدعوى في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التعريف بالدعوى الحادثة وشروط قبولها.

المطلب الثاني: أنواع الحادثة وكيفية الفصل فيها.

١- أستاذنا ضياء الدين شيت خطاب، المرجع السابق، ص١٢٤.

٢- وتجدر الإشارة إلى أن الدعوى الحادثة يطلق عليها في القوانين العربية بالطلبات العارضة أو الطارئة راجع المادة (١٢٣) من قانون المرافعات المصري والمادة (١١٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة (٢٩) من قانون أصول المحاكمات اللبناني والمادة (١٤٧) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢.

المطلب الأول
التعريف بالدعوى الحادثة وشروط قبولها

نتناول دراسة التعريف بالدعوى الحادثة وشروط قبولها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
التعريف بالدعوى الحادثة

هي تلك الدعوى التي يتم تقديمها للمحكمة أثناء نظر الدعوى الأصلية وتؤدي إلى تعديل نطاق الخصومة وأتساعها من جهة الموضوع أو السبب أو الخصوم، وبشرط أن تكون الطلبات التي تضمنتها مرتبطة بالدعوى المنظورة أمام المحكمة.

وهذه الطلبات أن أحدثها المدعي تسمى بالدعوى المنضمة أو الطلبات الإضافية، لأنها تشكل طلبات إضافية إلى جانب الطلبات الواردة في عريضة الدعوى، أما إذا قدم المدعى عليه الدعوى فإنها تسمى بالدعوى المتقابلة، لأن المدعى عليه يقابل طلبات المدعي الإضافية بهذه الطلبات، وقد يتقدم شخص من غير الخصوم للدخول في الدعوى الأصلية ويسمى بالتدخل في الدعوى سواء تم هذا التدخل من جانب هذا الغير أو من جانب الخصوم أنفسهم أو المحكمة.

وتعد الدعوى الحادثة استثناء من القاعدة التي تقضي بعدم جواز زيادة الدعوى والتقيد بالطلبات الواردة في عريضتها ابتداءً، وقد نصت المادة (٦٦) من قانون المرافعات العراقي أنه "لا يجوز إحداث دعوى جديدة عند نظر الدعوى" ويسوغ هذا الاستثناء للمزايا العديدة التي تحققها الدعوى الحادثة والتي نجملها على النحو الآتي:

أولاً: تؤدي إلى تحقيق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات القضائية، وفي هذا توفير الوقت والجهد والنفقات.

ثانياً: إنها تحول دون تكرار موضوع الدعوى، لأنها تتجنب إقامة أكثر من دعوى في موضوع واحد، وفي هذا تقليص في عدد الدعاوى الكثيرة التي تثقل كاهل المحاكم، مما توفر الوقت ودراسة الدعاوى وحسمها ضمن الوقت المحدد بقدر الإمكان.

ثالثاً: إبـراز الدور الإيجابي للمحكمة في إدارة الدعوى وذلك من خلال الدور المهم الـذي تضطلع به الدعـوى الحادثة. وتختلـف الطلبات العارضـة في الدعوى الحادثة عن الطلبات الأصلية في عريضة الدعوى من النواحي الآتية:

١- إن المحكمة التي تنظر في الطلب الأصلي ملزمة بالنظر في الطلب العارض فـي الدعوى الحادثة بشـرط أن لا تخرج عـن اختصاصها[1] وأن يكون هناك ترابط بين الدعوى الأصلية والدعوى الحاثة، ويعد الاسـتدراك الذي جاء في نهاية الفقرة الأولى من المادة (٧٢) من قانون المرافعات، استدراك لا مسوغ لـه لأن المحكمة التـي تنظر الدعـوى الأصلية ترفض ابتـداء قبول الدعوى الحادثة إذا كان النظر فيها يخرج عن اختصاصها.

٢- إن تقديـم الدعـوى الحادثة يقدم عادة بعد تقديم الطلبـات الأصلية في الدعوى وقبـل ختام المرافعة وإن قبول الدعوى الحادثة أو عدم قبولها متروك لسـلطة تقديـر المحكمـة، فإذا رأت أن تقديـم هذه الدعوى تؤدي إلـى عرقلة الدعوى الأصليـة أو تأخير حسـمها فيجوز للمحكمة أن ترفـض قبولها، ويجوز تقديم الدعوى الحادثة شـفاهاً في الجلسـة، وقد جرى العمل في المحاكم على قبولها بهذا الشـكل إذا أحدثها أحد الطرفين وتكلفه بدفع الرسـم القانوني عنها ويجب أن يبلغ الخصم فيها أن لم يكن حاضراً في الجلسة، لأن تقديم الدعوى الحادثة يعد توسـعاً في الدعـوى الأصلية ويجب أن يكون الخصـم على بينة بما طرأ على الدعوى الأصلية.

٣- إن الطلبات العارضة في الدعوى الحادثة تؤدي إلى تعديل الطلب الأصلي من حيث زيادة أو نقصانه دون أن تؤدي إلى إلغاءه.

٤- إن الطلبـات العارضـة فـي الدعوى الحادثـة لا تقبل بعد ختـام المرافعة في الدعوى.

١- الفقرة الأولى من المادة (٧٢) من قانون المرافعات المدنية.

الفرع الثاني
شروط الدعوى الحادثة

إذا كانت الدعوى الحادثة تؤدي إلى أتساع نطاق الخصومة، فإن المشرع لم يترك هذا الأمر لمطلق إرادة الخصوم وإنما وضع لها ضوابط تحكمها بحيث لا يؤدي اتساع نطاق الخصومة إلى ضياع معالم الدعوى الأصلية وتعقيد إجراءات الدعوى، ولذلك أشترط لقبول الدعوى الحادثة الشروط الآتية:

أولاً: أن تكون الدعوى الحادثة مرتبطة بالدعوى الأصلية

ويقصد بهذا الشرط أن تكون الدعوى الحادثة متصلة بالدعوى الأصلية سبباً وموضوعاً ومرتبطة بها بصورة وثيقة حتى يجوز قبولها، فإذا أدعى شخص على آخر بالتعويض عن بدل إيجار ثم أحدث دعوى جديدة يريد فيها الحكم عليه بأداء مبلغ معين قد أقترضه منه، فأن الدعوى الحادثة لا تقبل منه وترد لأن سبب هذه الدعوى تختلف عن سبب الدعوى الأصلية، ويعرف الأستاذ (سوليس)[1] الأرتباط بقيام صلة بين دعوتين تستلزم العدالة وحسن سير القضاء جمعها في محكمة واحدة، وذلك تجنباً لصدور أحكام متناقضة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة[2] التمييز العراقية أنه "يشترط في الدعوى الحادثة أن تكون مرتبطة بالدعوى الأصلية، بحيث يكون الحكم الصادر في أحداها مؤثراً في الأخرى، ودعوى التعويض التي أوردها المميز لا ترتبط بدعوى استرداد مبلغ أستلمه المميز دون وجه حق".

وحكمة هذا الشرط ترجع إلى أن إعطاء المدعي الحق أن يضيف إلى موضوع الدعوى الأصلية دعاوى حادثة جديدة لا علاقة لها بها، يؤدي إلى الإخلال بحقوق الدفاع ومواعيد المرافعات بتعريض المدعى عليه لمفاجآت لم يكن مستعداً لها، أما إذا كانت الدعوى الحادثة مرتبطة بموضوع الدعوى الأصلي، فلا توجد مشكلة في أحداثها، لأن عريضة الدعوى قد تناولت أساس النزاع وأوضحت للمدعى عليه احتمالات الخصومة وحدودها ومنحته الوقت الكافي لذلك.

١- Solus et Perrot, Op.cit,p.298.

٢- رقم القرار (٢١) في ١٩٧٤/٢/٢٣، النشرة القضائية، العدد الأول، ص٣٢٠.

ثانياً: أن تكون المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية مختصة بنظر الدعوى الحادثة

يجب أن تكون الدعوى الحادثة التي يقدمها المدعي داخلة في اختصاص المحكمة التي تنظر الموضوع الأصلي، اختصاصاً نوعياً فإن كانت الدعوى خارج اختصاصها فلا يجوز النظر فيها لأن قواعد الاختصاص النوعي والوظيفي من النظام العام أما إذا كانت غير مختصة مكانياً بنظرها فلا يوجد مانع يحول دون قبولها لأن الاختصاص المكاني لا يعد من النظام العام، بل هو حق للخصوم.

ثالثاً: يجب أن لا يكون الغرض من الدعوى الحادثة تأخير الفصل في الدعوى الأصلية

لما كان الغرض من الدعوى الحادثة هو تحقيق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات القضائية وتجنب صدور أحكام متناقضة، فإن الدعوى الحادثة إذا سارت خلافاً لهذه الأحكام، فإنها سوف تؤدي إلى إطالة أمد النزاع، وعلى ذلك نصت المادة (٧١) من قانون المرافعات على أن المحكمة "إذا رأت أن التدخل أو الإدخال لا يستند إلى مصلحة جدية ولم يقصد به إلا تأخير الدعوى فإنها تقرر رفض قبول الشخص الثالث وتمضي في السير في الدعوى"، ونصت المادة (٧١) من قانون المرافعات "على أن تقدم الدعوى الحادثة إلى ما قبل ختام المرافعة"، وعليه إذا قدمت الدعوى بعد ختام المرافعة فإن المحكمة سوف تردها، ذلك لأن في ختام المرافعة تكون الدعوى قد تهيأت للحكم فيها ويكون في قبول التدخل تعطيل للفصل فيها.

رابعاً: يجب أن يدفع عن الدعوى الحادثة الرسم القانوني

ذلك لأن دفع الرسم القانوني يعد من القواعد العامة، لأن كل دعوى يجب أن يدفع عنها رسماً قانونياً، ولا تعد الدعوى قائمة ومنتجة لآثارها إلا من تاريخ دفع الرسم عنها، ولذلك يجب ان يدفع الخصوم الرسوم القانونية في الدعوى الحادثة حسب قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل.

خامساً: يجب أن يتسم الفصل في الدعاوى الحادثة بالبساطة واليسر في الإجراءات

ذلك أن هذه الدعوى إنما ترد على دعوى قائمة بالفعل طبقاً للأوضاع التي رسمها القانون، ولذلك أجاز القانون في المادة (٧٠) للخصم أن يقدم الدعوى الحادثة إلى المحكمة بعريضة، كما يجوز إبداؤها شفاها بالجلسة في حضور الخصم الآخر.

سادساً: يجب أن تقدم الدعوى الحادثة قبل ختام المرافعة

المقصود بختام المرافعة أن تكون الدعوى قد تهيأت للفصل وإن المحكمة أصبحت لديها قناعة لإصدار الحكم فيها، فإذا ختمت المرافعة فلا يجوز قبول الدعوى الحادثة[1].

المطلب الثاني
أنواع الدعوى الحادثة وكيفية الفصل في الطلبات التي تتضمنها

قدمنا فيما سبق أن الدعوى الحادثة، هي الطلبات العارضة التي يحدثها الخصوم أثناء السير في الدعوى وذلك استثناء من عدم زيادة الإدعاء في الدعوى الأصلية، وإن غالبية التشريعات المعاصرة أجازت تقديم هذه الدعوى بأنواعها الثلاث وهي الدعوى المنضمة والدعوى المتقابلة والتدخل في الدعوى، وسنتناول دراسة هذه الأنواع في الفروع الأربعة الآتية:

الفرع الأول: الدعوى الحادثة المنضمة.

الفرع الثاني: الدعوى الحادثة المتقابلة.

الفرع الثالث: التدخل في الدعوى.

الفرع الرابع: كيفية الفصل في الطلبات التي تتضمنها الدعوى الحادثة.

الفرع الأول
الدعوى الحادثة المنضمة

وهي الطلبات العارضة التي يتقدم بها المدعي أمام المحكمة عند النظر في دعواه الأصلية ويكون من شأنها التغيير في نطاق الدعوى من حيث الموضوع أو الأطراف أو السبب وقد نص المشرع العراقي في المادة (٦٧) على صور الدعوى

١- للتوسع راجع، د. محمد العشماوي، المرجع السابق، ص٣١٢، د. أمينة النمر، المرجع السابق، ص١٢١.

الحادثة المنضمة وهي على النحو الآتي: (تعتبر من الدعاوى الحادثة ما يقدمه المدعي تكملة للدعوى الأصلية أو ما يكون مترتباً عليها أو متصلاً بها بصلة لا تقبل التجزئة بحيث يكون الحكم الذي يقرر لأحدهما من شأنه أن يؤثر في الحكم الذي يجب أن يقرر للآخر). وسنتناول هذه الصور حسب التفصيل الآتي:

١- **ما يقدمه المدعي تكملة لدعواه الأصلية:** ومثالها طلب المدعي استرداد العين ويكملها بطلب إزالة المنشآت التي أقامها المدعى عليه على العين المطلوبة، ومثالها أيضاً أن يطلب المدعي في الدعوى الأصلية تسليم المال موضوع الدعوى عيناً، ثم يتضح له استحالة ذلك نتيجة لهلاك المال ويقدم دعوى حادثة يطالب فيها بدفع قيمة المال نقداً.

٢- **الطلبات المترتبة على الدعوى الأصلية:** ومثالها طلب الحكم بالفوائد للدين محل الطلب الأصلي.

٣- **الطلبات المتصلة بالدعوى الأصلية بصلة لا تقبل التجزئة:** ومثالها طلب المدعي والحكم له بالتعويض بمبلغ معين في دعوى فسخ العقد لإخلال المدعى عليه بالتزاماته الناشئة عن ذلك العقد.

الفرع الثاني
الدعوى الحادثة المتقابلة

وهي الطلبات الطارئة التي يقدم بها المدعى عليه في مواجهة المدعي أثناء نظر الدعوى المقامة عليه، وتختلف هذه الدعوى عن الدعوى المنضمة أنها لا يشترط فيها أن تكون مرتبطة بالدعوى المرفوعة التي أقامها المدعي، ولهذا فهي تسمى بدعوى المدعى عليه، إذ يصبح المدعي في الدعوى الأصلية (مدعاً عليه) ويكون مقدم الطلب والمدعى عليه في الدعوى الأصلية (مدعياً).

والأصل أن المدعى عليه يكتفي بالدفاع في الدعوى المقامة ضده بإبداء الدفوع فيها بقصد رد طلب المدعي وعدم الحكم به، غير أنه قد يلجأ هو أيضاً إلى المهاجمة في الدعوى بهدف الحصول على حكم ضد المدعي. وقد أوضحت المادة (٦٨) من قانون المرافعات العراقي صور الدعوى المتقابلة التي يحق للمدعي إقامتها وهي على النحو الآتي:

١- **طلب المقاصة القضائية:** المقاصة طريقة من طرق انقضاء الالتزام يفترض فيها أن هناك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما[1] والمقاصة القضائية هي التي تفقد أحد شروط المقاصة القانونية فتحتاج إلى حكم من القضاء في الدعوى الأصلية، فإذا كان المدعى عليه في الدعوى الأصلية مديناً للمدعي وفي نفس الوقت يكون المدعي مديناً للمدعى عليه بدين آخر، ففي هذه الحالة يحق للمدعى عليه تقديم طلب المقاصة بين الدينيين، وقد أجاز المشرع للمدعى عليه تقديم دعوى المقاصة بوصفها دعوى حادثة لكي يتجنب ما قد يلحقه من أضرار فيم لو طلب المقاصة عن طريق دعوى أصلية.

٢- **أي طلب مرتبط ومتلازم مع الطلب الأصلي:** ونقصد بها الطلبات التي يكون الحكم فيها مؤثراً في الحكم الذي يتقرر للطلب الأصلي، ومثال ذلك طلب المدعى عليه تزوير السند الذي يتمسك به المدعي، ومثالها أيضاً دعوى التعويض التي يقيمها المدعي نتيجة حادث اصطدام مركبة المدعى عليه بمركبته وقيام هذا الأخير بإقامة دعوى متقابلة بالأضرار التي أصابته نتيجة هذا الاصطدام.

الفرع الثالث
التدخل في الدعوى

بالرغم من أن حدود الدعوى يرسمها ابتداء المدعي بعريضة دعواه وأنه يوجد في كل دعوى مدنية خصمان هما المدعي والمدعى عليه، فإن المشرع أجاز أن يتقدم شخص آخر من خارج الدعوى ويطلب تدخله فيها أما منظماً لأحد الخصوم أو مطالباً بحق لنفسه في موضوع النزاع الذي نشأت بسببه الدعوى، وقد أجازت التشريعات المختلفة ومنها التشريع العراقي التدخل في الدعوى فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٠) من قانون المرافعات العراقي دخول الشخص الثالث أو إدخاله دعوى حادثة، فإذا كان دخوله إلى جانب المدعي فتكون الدعوى منضمة، أما إذا كان دخوله إلى جانب المدعى عليه فإن دخوله يعد دعوى متقابلة وإذا طلب الحكم لنفسه فإن

١- راجع المادة (٤٠٨) من القانون المدني العراقي، والمقصود بالمقاصة في الدعوى المتقابلة هي المقاصة القضائية وليست المقاصة القانونية أو الرضائية لأن الدفع بالمقاصة القانونية أو الرضائية وإثباتها يؤدي إلى الحكم برد الدعوى أستاذنا الدكتور آدم النداوي، المرجع السابق، ص٢٣١.

دخوله يطلق عليه اختصام الغير، وسنتناول دراسة التدخل في الدعوى في النقطتين الآتيتين:

أولاً: التعريف بالتدخل في الدعوى وأسبابه

التدخل في الدعوى هو طلب طارئ بمقتضاه إدخال أحد الخصوم في الدعوى لشخص ثالث لم يكن طرفاً فيها، أو يتدخل بمقتضاه شخص ثالث في الدعوى القائمة منضماً لأحد الخصوم أو في مواجهتهم جميعاً، والحكمة من إجازة هذا التدخل هي نفس الحكمة في قبول الدعوى الحادثة وهي الرغبة في فض النزاع والاقتصاد في مبدأ الإجراءات القضائية، وكذلك فإن الغرض من تقييده هي نفس الغرض من تقييد الدعوى الحادثة وهي الحرص على تثبيت حدود الخصومة لكي لا تتسع به نطاق الدعوى، ولذلك استلزمت الفقرة الأولى من المادة (٦٩) من قانون المرافعات لقبول تدخل الشخص الثالث توفر أحد الأسباب الآتية:

١- أن تكون لطالب التدخل علاقة بالدعوى. ومثال ذلك وجود نزاع بين مشتري العقار وبائعه فيطلب الدلال الذي توسط في عملية البيع والشراء دخوله في الدعوى تدخلاً اختصامياً طالباً الحكم لنفسه بأجوره المنصوص عليها في عقد البيع ذاته[1].

٢- أن يكون لطالب التدخل رابطة تضامن مع أحد الخصوم. ومثال ذلك وجود رابطة التضامن أو الالتزام وطلب كفيل المدعى عليه التدخل إلى جانبه لرد الدعوى عنه.

٣- أن يكون لطالب التدخل التزام لا يقبل التجزئة بينه وبين أحد الخصوم. ومثال ذلك طلب الشريك التدخل في الدعوى المقامة على شريكه في العقار المشترك والمتضمنة المطالبة بقيمة التحسينات التي أدخلها المدعي على العقار المشترك.

٤- إذا كان طالب التدخل يضار من الحكم الذي سيصدر في الدعوى. ومثال ذلك النزاع الذي يحصل على ملكية عين بين البائع والمشتري، فيتدخل من يدعى أنه المالك الحقيقي لها ويطلب الحكم له بهذه الملكية قبل طرفي الدعوى الأصليين.

١- مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١١٤.

٥- أن تتوفر في طالب التدخل الشروط العامة لإقامة الدعوى. وهي الأهلية والخصومة والمصلحة، لأن طالب التدخل، سيصبح بعد قبوله في الدعوى طرفاً فيها ويحكم له أو عليه.

٦- أن يدفع طالب التدخل الرسم القانوني باستثناء القرار الذي تتخذه المحكمة بإدخال شخص ثالث، إذ لا يستوفي منه أي رسم عن دخوله في الدعوى[١] إلا إذا طلب الحكم لنفسه.

ثانياً: أنواع التدخل

التدخل نوعان، تدخل اختياري وتدخل إجباري وذلك حسب التفصيل الآتي:

١- التدخل الاختياري

ويتم بإرادة الشخص المتدخل وينقسم إلى تدخل انضمامي وتدخل اختصامي.

أ- **التدخل الاختياري الانضمامي:** هو التدخل الذي يتقدم به الشخص الثالث (الغير) إلى المحكمة التي تنظر الدعوى، يطلب فيها الانضمام إلى أحد الخصوم للدفاع عنه[٢]، ومثال هذا التدخل طلب الكفيل المتضامن الدخول في الدعوى إلى جانب المدين المدعى عليه، وطلب الدائن الدخول إلى جانب مدينه المدعي لمساعدته في كسب الدعوى المقامة من قبله على المدعى عليه، لأن في كسبها زيادة في الضمان العام على أموال مدين الشخص الثالث المدعي في الدعوى، ومثالها أيضاً تدخل البائع في دعوى الاستحقاق أو المطالبة بالمبيع لسبب سابق على البيع والمرفوعة على المشتري، فالبائع يتدخل منضماً إلى المدعى عليه (المشتري) لمساعدته في إثبات عدم أحقية المدعي فيما يطالب به من استحقاق المبيع له، وذلك حماية لحقوقه ومصالحه لكي لا يعود عليه المشتري (المدعى عليه) بضمان الاستحقاق.

ب- **التدخل الاختياري الاختصامي:** ويعرف كذلك بالتدخل الهجومي ويقصد به أن يطلب شخص من الغير ومن تلقاء نفسه في دعوى قائمة أمام المحكمة للمطالبة

١- راجع الفقرة الثالثة من المادة (١٥) من قانون الرسوم العدلية، رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل.

٢- جاء في الفقرة الأولى من المادة (٦٩) أن لكل ذي مصلحة أن يطلب دفوعه في الدعوى شخصاً ثالثاً منضماً لأحد طرفيها.

لنفسه بالحق المتنازع عليه وذلك في مواجهة الخصوم فيها. ومثاله حالة وجود نزاع على ملكية عين بين شخصين، فيتدخل الشخص الثالث طالباً الحكم له بملكية العين المتنازع عليها في مواجهة الخصمين، ومثاله أيضاً حالة وجود نزاع بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن بطلب الأجرة، فيتدخل المؤجر طالباً الحكم بتخلية المأجور في مواجهة الخصمين لمخالفتهما أحكام قانون إيجار العقار.

٢- التدخل الجبري

ويسمى بـ (اختصام الغير) ويقصد به تكليف شخص ثالث من الغير بالدخول في الدعوى والاشتراك فيها للمطالبة بذات الحق المطلوب لكي يكون هذا الحكم حجة عليه، ولا يعترض على تنفيذه عند إصداره، وسمي هذا التدخل بالجبري لأنه يتم دون رغبة الشخص المراد إدخاله في الخصومة، ويتم التدخل الجبري أما بناء على قرار من المحكمة أو بناء على طلب الخصوم وذلك حسب التفصيل الآتي:[١]

أ- **اختصام الغير بناء على طلب الخصوم:** ويتم هذا الاختصام بتقديم الخصم طلب إدخال الغير في الدعوى وذلك وفقاً للإجراءات التي يستلزمها القانون في رفع الدعوى، ومثال هذا الاختصام أن يقوم الدائن المدعي بإدخال المدين المتضامن المدينين المتضامنين ابتداءً[٢]، ومثاله أيضا إقامة المدين الدعوى على سائق مصلحة نقل الركاب الذي صدم سيارته للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء ذلك الاصطدام، ومن حقه طلب إدخال المدير العام لمصلحة نقل الركاب شخصاً ثالثاً في الدعوى، فضلاً عن المدعى عليه باعتباره المسؤول عن أعمال تابعة استنادا لأحكام المادة (٢١٩) من القانون المدني.

ب- **اختصام الغير بناء على أمر المحكمة:** ويقصد به قيام المحكمة بادخال شخص في الدعوى للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى وذلك للوصول إلى الحكم العادل وقد أجاز المشرع هذا الاختصام في الفقرة الرابعة من المادة (٦٩) من قانون المرافعات ويرد في صورتين وجوبية وجوازية وذلك على النحو الآتي:

١- المرجع السابق، د. وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، القاهرة ١٩٧٧، ص٣١٦.

٢- راجع المادة (٣٢١) من القانون المدني العراقي.

الصـــورة الوجوبية لاختصام الغير بناء على طلب المحكمة: نصت على هذه الصورة الفقرة الثالثة من المادة (٦٩) من قانون المرافعات واوجبت المحكمة دعوة الوديع والمودع والمســتعير والمعير والمستعار والمؤجر والمرتهن والراهن والغاصب والمغصــوب منه نظر دعــوى الوديعة على الوديع والمســتعار على المســتعير والمأجور على المســتأجر والمرهون على المرتهن والمغصوب على الغاصب، وتسمى هذه الدعاوى بالدعوى المخمسة فقد الزم القانون ادخال المالك الحقيقي للعين المتنازع عليها في الدعوى، إذ قد يصاب المالك باضرار جراء الحكم الذي يصدر في الدعوى نتيجة تواطؤ الخصوم للاستيلاء على أموال المالك، ولذلك يجب على المحكمة دعوة المالك الحقيقي للمال موضوع النزاع حفاظاً على حقوقه، وبالرغم مــن الحصر الــذي أوردته الفقرة الثالثة من المادة (٦٩) فإن القضاء اســتقر على ادخال من تجد المحكمة أن له علاقة في الدعوى ولم يمثل فيها وأن من شأن الحكم الذي ســيصدر في الدعوى أن يمس حقوقه وذلك من تلقاء نفســها وبصفة شخص ثالث في الدعوى، لما في ذلك من تحقيق للعدل وتجنب النزاع في المستقبل[1].

الصورة الجوازية لاختصام الغير بناء على طلب المحكمة: أشارت إلى هذه الصورة الفقــرة الرابعة من المادة (٦٩) من قانون المرافعات فأجازت للمحكمة أن تدعو أي شــخص للاستيضاح منه عما يلزم لحســم الدعوى وذلك إذا رأت أن الفصل فيها يستدعي ادخاله ثالثا لأجل تسهيل حسمها والوصول إلى الحقيقة، ومثال ذلك ادخال مدير التسجيل العقاري للاستيضاح منه عن بعض الغموض الموجود في محتويات اضبارة العقار موضوع المنازعة، ومثالها ايضاً ادخال زوجة المدعي للاســتيضاح منها عما إذا تســلمت من المدعى عليه المبلغ المدعى به وكالة عن زوجهــا كما افاد المدعى عليه في دفعــه للدعوى، وغالباً ما تتجه المحكمة وبعد الاستيضاح من الشخص الثالث إلى إخراجه من الدعوى وقبل صدور الحكم فيها وذلك تخفيفاً عن عناء الحضور إلى حين إصدار الحكم.

١- راجــع قــرار محكمة اســتئناف بغداد فــي قرارها المرقم ٢٤٥٣ فــي ١٩٩٢/٩/٢٨ اشــار إليه مدحت المحمــود، المرجع الســابق، ص١١٩. وتجدر الاشــارة إلى ان الادخال من جهــة المحكمة كان موضع خــلاف في القضاء الفرنســي ورفضته الدائــرة المدنية لمحكمة النقض، وقد اعتــرض عليه بأن يعد من جانب الخصم دعوى منه على الغير، فكيف يقوم به القاضي أو يلزم شخصاً بالادعاء على شخص لم يرَ محلاً لمقاضاته، وإذا كانت القوانين العربية تمنح القاضي سلطة تقديرية في تحديد ضرورة ادخال خصم في الدعوى، فان قانون المرافعات اليمني يحدد بعض هؤلاء الأشخاص الذين يحق للمحكمة ادخالهم في الخصومة. للتوسع، راجع د.علي صالح القويطي، المرجع السابق، ص١٠٢.

الفرع الرابع
كيفية الفصل في الطلبات التي تتضمنها الدعوى الحادثة

نصت المادة (٧٢) من قانون المرافعات بأن المحكمة المنظورة أمامها الدعوى تفصل في الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك بشرط ألا تخرج عن اختصاصها، وإذا تعذر على المحكمة الحكم في الدعويين معاً، وكان الحكم في الدعوى الأصلية متوقفاً على الحكم في الدعوى الحادثة، تفصل في الدعوى الحادثة أولاً ثم تنظر بعد ذلك في الدعوى الأصلية، فالأصل أن يتم الفصل في الدعوى الحادثة مع الدعوى الأصلية، فالمطالبة بالفائدة القانونية من خلال الدعوى المنضمة التي أحدثها المدعي يتم عند الحكم في الدعوى الأصلية وهي المطالبة بالدين الذي ترتبت عليه الفائدة القانونية ويكون الحكم في الدعوى الأصلية والدعوى الحادثة بنفس الوقت وفي قرار واحد يتضمن فقرتين أحداهما تخص الدعوى الأصلية والأخرى تخص الدعوى الحادثة، وهذا هو الأصل والاستثناء أن يصدر الحكم في الدعوى الحادثة سابقاً للحكم الذي يصدر في الدعوى الأصلية من حيث الوقت ويكون ذلك عندما يتوقف الحكم في الدعوى الأصلية على الفصل في الدعوى الحادثة، ومثال ذلك دعوى المطالبة بثمن ماكنة زراعية إذا أحدث المدعى عليه دعوى حادثة، يطلب فيها انقاص ثمن المبيع لوجود عيب خفي في تلك الماكنة من شأنه يحط من الثمن فتلزم المحكمة بالتحقيق في الدعوى الحادثة أولاً وتكلف المدعى عليه باثبات وجود العيب الخفي وبعد ثبوته تعرض الأمر على خبير أو أكثر لتقدير مقدار ما ينتقص ذلك العيب من ثمن الماكنة المبيعة ويعد التوصل إلى النتيجة يكون قرارها بالحط من الثمن ما توصل إليه الاستجواب الذي أجرته ثم الحكم للمدعي في الدعوى الأصلية بالباقي.

ويمكن أن تقدم الدعوى الحادثة إلى ما قبل ختام المرافعة في الدعوى الأصلية بعريضة تبلغ للخصم الآخر أو بإبدائها شفاهاً بالجلسة في حضوره[1]، ويستلزم الأمر لإمكان قبولها أن يكون الخصم الثاني حاضراً للمرافعة وهذا ما قضت به محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية[2].

١- الفقرة الأولى من المادة (٧٠) من قانون المرافعات.

٢- رقم القرار ٣٠٤ في ١٩٨٢/٣/٧، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، ١٩٨٢، ص١١٧.

تم نشر الملف في قناة شبكة قانونيون على التلكرام
تحتوي القناة على مجموعة كبيرة من الكتب
القانونية الدراسية والعامة بالإضافة الى الملازم ،
الملخصات ، نماذج دعاوى مختلفة ، المتون
القانونية ، وغيرها من الأمور .

رابط القناة اذا كنت ترغب في الانضمام معنا ⇩

https://t.me/iraq_law5

المبحث الخامس
الأحوال الطارئة على الدعوى

الأصـل أن المحكمة يجب أن تمضي في نظـر الدعوى حتى يتم الفصل فيها، غيـر أنـه قد يعرض للدعوى ظـروف طارئة تدعو إلى إرجـاء النظر في الدعوى، ممـا يؤدي إلى انحرافها عن مجراها الطبيعي نحـو الفصل فيها، وتعطيل إجراءات الدعـوى بصـورة مؤقتة، يطلق عليـه بالحالات الطارئة على الدعـوى، ويقصد بها العوارض والعوامل والظروف التي تطرأ أو تعرض على الدعوى وتؤثر في السير للوضع الطبيعي لها وتعطلها بصورة مؤقتة وهذه الحالات هي:

١- وقف المرافعة.
٢- انقطاع المرافعة.
٣- إبطال عريضة الدعوى.
٤- التنازل عن الدعوى.
٥- سقوط الدعوى.
٦- انقضاء الدعوى بمضي المدة.

وسنتناول دراسة هذه الحالات في المطالب الستة الآتية:

المطلب الأول
وقف المرافعة

وقـف المرافعة، قـرار قضائي تتوقف فيه المحكمة عن نظر الدعوى فترة من الزمن بسـبب أمر يستوجب أو يجيز الوقف، ويتم وقف المرافعة أما بإتفاق الخصوم (الوقـف الاتفاقي) أو بحكم من المحكمة (الوقف القضائي) وسـنتناول دراسـة وقف المرافعة في الفروع الثلاث الآتية:

الفرع الأول: الوقف الاتفاقي.

الفرع الثاني: الوقف القضائي.

الفرع الثالث: الآثار التي تترتب على وقف المرافعة.

الفرع الأول
الوقف الاتفاقي

يجيز قانون المرافعات العراقي في المادة (٨٢) على جواز اتفاق الخصوم على وقف الدعوى وعدم السير فيها مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ اقرار المحكمة لاتفاقهم، والأسباب التي تدعو إلى الوقف الاتفاقي هي مراعاة المشرع لمصلحة الخصوم التي تقضي بذلك لغرض اجراء التفاوض بينهم ولحسم الدعوى عن طريق الصلح أو التحكيم أو لغرض قيام المدعى عليه بتنفيذ الالتزام موضوع الدعوى رضاء، ويشترط لهذا الوقف توفر الشروط الآتية:

١- اتفاق جميع الخصوم على وقف المرافعة، فلا يجوز الوقف بإرادة أحد الخصوم دون الآخرين وذلك لأهمية البواعث التي تدفع الخصوم إلى الاتفاق على وقف الدعوى لاسيما رغبتهم في الصلح.

٢- يجب أن لا تزيد مدة الوقف عن ثلاثة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة للإتفاق، فإذا اتفق الخصوم على وقف الدعوى لمدة أطول من ذلك فإن المحكمة لا تقر إتفاقهم إلا في حدود ثلاثة أشهر، وبمفهوم المخالفة يجوز أن تقل المدة عن هذه الثلاثة أشهر.

٣- إقرار المحكمة لاتفاق الخصوم، أعطى المشرع للمحكمة سلطة تقديرية في إقرار المحكمة لاتفاق الخصوم على وقف الدعوى أو عدم إقرارها لهذا الاتفاق ورفضه إذا اتضح لها أن الوقف يهدف فقط إلى إطالة أمد النزاع أو الإضرار بأشخاص آخرين خارج الدعوى.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٨٢) من قانون المرافعات أنه إذا لم يراجع أحد الطرفين المحكمة في الخمسة عشر يوماً التالية لنهاية الأجل أي بعد انتهاء مدة الثلاثة أشهر، فإن الدعوى تعد مبطلة بحكم القانون، وتعد هذه المدة مدة سقوط، أي

بانتهائها يسقط حق الخصوم باستئناف السير في الدعوى ولا تسمع الأعذار التي من شأنها أن تؤدي إلى قطع هذه المدد، وبالرغم من أن نص المادة (٨٢) يشير إلى عريضة الدعوى أنها تعد مبطلة بحكم القانون، فإن العمل يجري الآن في المحاكم بأن تقدم الدعوى إلى قاضي المحكمة بانتهاء الخمسة عشرة يوماً، فيتخذ قراراً بالإبطال لغرض تأشيره في سجل أساس الدعوى، ولأن قرار أبطال عريضة الدعوى من القرارات التي يجوز الطعن فيها بطريقة التمييز استناداً إلى أحكام المادة (٢١٦) من قانون المرافعات، فإذا لم يتخذ هذا القرار فإن المحكمة لا تستطيع النظر من القيام بمهمتها في التدقيق.

الفرع الثاني
الوقف القضائي

وهو الوقف الذي تكون فيه للمحكمة سلطة ايقاف السير في إجراءات الدعوى وذلك في الحالات التي يجيز لها القانون أو يلزمها الوقف، ويكون وقف الدعوى بحكم المحكمة وليس بقوة القانون ويترتب على ذلك أن حالة الوقف لا تنشأ إلا من تاريخ صدور الحكم بالوقف، وحالات الوقف القضائي التي تحكم بها المحكمة أما أن يكون وقفاً وجوبياً أو جوزاياً أو جزائياً حسب التفصيل الآتي:

١- **الوقف الوجوبي:** وهو الوقف الذي تكون المحكمة فيه ملزمة باصدار قرار الوقف بالدعوى إذا حدث بسبب ذلك الوقف ويطلق عليه الفقه بالوقف التعليقي أي الذي يتعلق به إصدار الحكم في موضوع الدعوى الأصلية وقد ألزمت المادة (٨٣) من قانون المرافعات المحكمة بوقف الدعوى كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم والأمثلة على هذا الوقف ما نصت عليه المادة (٣٦) من قانون الاثبات العراقي والتي جاء فيها "إذا أدعى الخصم تزوير السند وطلب التحقيق في ذلك ووجدت المحكمة قرائن قوية على صحة إدعائه، أجابته إلى طلبه وألزمته أن يقدم كفالة شخصية أو نقدية تقدرها المحكمة لضمان حق الطرف الآخر، فهذه المادة ألزمت المحكمة بوصف أن الدعوى المنظورة أمامها مستأخرة إذا ما طعن الخصم بتزوير السند الذي أبرزه خصمه إثباتا لدعواه أو دفعه وحتى ظهور نتيجة التحقيق في صحة

ذلك السند، ومن الأمثلة الأخرى على هذا الوقف، أمر المحكمة بوقف إجراءات الدعوى المنظورة امامها والمتعلقة بتقسيم التركة إلى حين الفصل في دعوى الميراث ذاتها والتي تحدد فيه من هم ورثة المتوفي.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف[1] بغداد بصفتها التمييزية أنها وجدت القرار المميز مخالف لأحكام المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية، إذ كان على محكمة الموضوع بعد أن اطلقت على دعوى طلب التخلية المتعلقة بذات الدار المطلوب تخليتها أن تعتبر طلب الأذن بإجراء الترميمات مستأخراً لحين حسم دعوى طلب التخلية نتيجة ذلك أن إجراء الترميم مع وجود طلب دعوى التخلية سيجعل الترميم غير ذي جدوى إذا ما صدر حكم بتخلية الدار، عليه قرر نقض الحكم. وقضت[2] في قرار آخر لها أنها وجدت أن الحكم المميز مخالفاً للقانون ذلك أن رفض المحكمة استئخار رد ازالة الشيوع لحين حسم دعوى طلب التمليك كان مخالفاً لأحكام المادة (١/٨٣) من قانون المرافعات المدنية، لأن الفصل في دعوى التمليك من شأنه ان يؤثر في الخصومة بالنسبة إلى دعوى إزالة الشيوع من جهة، ولأن إزالة شيوع العقار موضوع طلب التمليك من شأنه ان يؤثر في حق طالبة التمليك، لأن من شروط طلب التمليك المنصوص عليها في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ سكن طالب التمليك في العقار من المراد تملكه، فإذا ما بيع العقار نتيجة إزالة شيوعه، نكون قد ضيعنا على طالب التمليك شرط من الشروط المطلوبة في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المشار إليه، عليه قرر نقض الحكم المميز.

٢- الوقف الجوازي: أي ان الوقف يكون جوزاياً للمحكمة، بمعنى أن لها سلطة تقديرية تتحكم بوقف الدعوى أو ترفضه حتى لو توافر سبب الوقف، فإذا أستمر وقف الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه مدة ستة اشهر فإن المحكمة تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون، فقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة (٨٣) من قانون المرافعات لغرض إبطال الدعوى المستأخرة أن يستمر استأخارها بفعل المدعي أو امتناعه، كأن يتخلف عن حضور المرافعة فيها، وتقرر المحكمة ترك الدعوى للمراجعة ثم تبطلها، ويعد قرار إبطال عريضة الدعوى من

١- رقم القرار ٢٣ في ١٩٩٠/١/٤، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٤٥.

٢- رقم القرار ٧٥٠ في ١٩٩٣/٨/١٥، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٤٨.

القرارات التي لا تقبل الطعن بطريق التمييز على انفراد كما هو الأمر بالنسبة إلى القرار المتخذ بأستأخار الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية، اما قرار رفض اعتبار الدعوى مستاخرة فلا يقبل الطعن بطريق التمييز على انفراد وإنما يجوز الطعن به مع الطعن بالحكم الذي يصدر في الدعوى، وإذا ما قضت المحكمة بإبطال عريضة الدعوى استناداً إلى أحكام الفقرة الثانية من المادة (٨٣) من قانون المرافعات فإنها لا تحكم لوكيل المدعى عليه بأتعاب المحاماة، لأن حالات الابطال التي يقضى بها المحامي الخصم بأتعاب المحاماة نص عليها القانون حصراً وليس من بينها هذه الحالة.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة[1] استئناف بغداد أنها "وجدت ان الحكم المميز مخالف لقانون ذلك أن وكيل المدعى عليهم قد طلب إبطال عريضة الدعوى لمرور المدة القانونية وان المحكمة قد دعت الطرفين بناء على هذا الطلب وقررت إبطال عريضة الدعوى بعد موافقة وكيل المدعي على الإبطال، لذا فإن وكيل المدعى عليهم لا يستحق أتعاب المحاماة، لأنه يستحقها فقط في حالة طلبه إبطال عريضة الدعوى إذا لم يحضر المدعي بعد تبليغه، وهي الحالة المنصوص عليها في المادة (٢/٥٦) من قانون المرافعات المدنية ويستحقها كذلك في حالة طلب المدعي إبطال عريضة الدعوى واستجابة المحكمة لهذا الطلب وذلك استناداً إلى أحكام المادة (١/٦٣) المعدلة من قانون المحاماة التي تنص على "أن المحكمة تحكم ولو بغير طلب على خسر الدعوى كلاً أو جزءاً بأتعاب محاماة عما خسره لخصمه الذي حضر عنه محام، ويعتبر من أبطلت الدعوى بناء على طلبه بحكم من خسرها فيما يتعلق بأتعاب المحاماة فقط، وحيث أن إبطال عريضة الدعوى لم يكن وفق الحالتين المتقدمتين، لذا قرر نقض الحكم المميز بقدر تعلق الأمر بأتعاب المحاماة".

٣- **الوقف الجزائي:** وهذا الوقف مقرر في القانون المصري ولم يأخذ به المشرع العراقي، فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة (٩٩) من قانون المرافعات المدنية المصري للمحكمة بوقف الدعوى مدة لا تزيد عن ستة أشهر بدلاً من الحكم

١- رقم القرار ٣٤ في ١٩٩١/٥/٧، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٥٠، والدعوى المستأخرة هي كل مسألة وليس بالضرورة ان تكون دعوى يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها. راجع المادة (١١٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

على المدعي بالغرامة وذلك جزاءاً له لعدم قيامه بما تأمره المحكمة باتخاذه ومثال هذا الوقف إهمال المدعي بتخلفه عن إيداع المستندات الدالة على صحة ادعائه والتي لا تستطيع المحكمة تكوين عقيدتها بدونها، أو بتخلفه عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات، ذلك ان المدعي هو الذي يتحمل عبء إيداع هذه المستندات، لأنه المكلف بالسير في دعواه، فإن تراخى في تعجيلها بعد انقضاء مدة الوقف سرى ميعاد سقوط الدعوى في حقه[1].

الفرع الثالث
الآثار التي تترتب على وقف المرافعة

إذا حدث سبب يوجب وقف المرافعة أو يجيزه، فإن الفصل في الدعوى يتعطل ويرجئ السير في الإجراءات فترة زمنية مع بقاء الدعوى قائمة أمام المحكمة منتجة لآثارها القانونية، فإذا زال سبب الوقف فيكون للخصوم الحق في متابعة الدعوى، أما إذا انتهت المدة المحددة لوقف المرافعة، ولم يراجع الطرفان أو أحدهما خلال خمسة عشر يوماً التالية لنهايتها لغرض استئناف السير في الدعوى فإن عريضة الدعوى تبطل بحكم القانون[2].

وإذا كان تأجيل الدعوى يتفق مع وقفها، لأن كليهما يقوم على أسباب موجبة لعدم الفصل في الدعوى، فإن التأجيل يختلف عن الوقف في النواحي الآتية:

١- يختلف التأجيل عن الوقف، ان التأجيل يستلزم ان يتحدد في القرار الصادر فيه، تاريخ الجلسة التي تؤجل إليها، لأن التأجيل يكون لفترة زمنية محددة مقدماً، أما في حالات وقف الدعوى فلا تتخذ في الغالب مدة للوقف ولا يكون تاريخ الجلسة الجديدة معروفاً.

٢- يسوغ التأجيل كلما اقتضت الضرورة وظروف التأجيل ذلك، أما وقف المرافعة فلا يجوز وقفها إلا لأسباب معينة على سبيل الحصر.

١- للتوسع، راجع د.أحمد مسلم، المرجع السابق، ص٥٣٢.

٢- الفقرة الثانية من المادة (٨٢) من قانون المرافعات.

المطلب الثاني
انقطاع المرافعة

انقطـاع المرافعـة يقصد بها منع النظـر في الدعوى وعدم السـير فيها نظراً لقيام أحد الأسـباب المقررة قانوناً والتي توجب هذا الانقطاع[1] وإذا كان الأصل في المرافعة أن تتحقق فيها المواجهة بين الخصوم، فإن ذلك يستلزم أن يكون طرفاها من الأحيـاء، غير أنه قد تحدث واقعة تؤدي إلى انقطـاع المرافعة كالوفاة أو فقد الأهلية أو زوال صفة مباشـرتها، مما ينتج عن ذلـك أن تكون المرافعة بطرف واحد، وهذا الأمر لا ينسـجم مع المنطق السـليم وطبيعة المرافعة وتنظيمهـا القانوني، وفي مثل هـذه الحالة لابد أن تنقطع إجراءات المرافعات إلى أن يحل الخلف محل سـلفه الذي توفي أو فقد أهليته أو زالت صفته في الدعوى، وسـنتناول دراسـة انقطاع المرافعة في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أسباب انقطاع المرافعة.

الفرع الثاني: آثار انقطاع المرافعة.

الفرع الأول
أسباب انقطاع المرافعة

حدد المشـرع العراقي أسـباب انقطـاع المرافعة في المـادة (٨٤) من قانون المرافعات التي نصت أنه "ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقـد أهليـة الخصومة أو زوال صفة من كان يباشـر الخصومة نيابة عنه، إلا إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعها، واستناداً لنص هذه المادة فإن المرافعة تنقطع بأحد الأسباب الثلاثة الآتية:

١- وينتقد الأسـتاذ الدكتور أحمد مسلم، المرجع السابق، ص٥٢٨، هذا المصطلح ويرى أن هذا الاصطلاح مضلـل لأنـه الواقـع يؤكد أن انقطاع المرافعة ليـس إلا بعض أحوال وقفها أو هو وقفها لأسـباب معينة اصطلح على تسميته انقطاعاً.

أولاً: وفاة أحد الخصوم

الأصل أن تقوم المرافعة بين طرفيها من الأحياء، فلا تنعقد أصلاً إلا بين أشخاص موجودين على قيد الحياة وإلا كانت معدومة لا ترتب أثراً، والموت أمر لا إرادي يقع دون أن يكون للخصم يد في وقوعه أو قدرة على دفعه، فإذا انعقدت في البداية بين أشخاص أحياء ثم مات أحد أطرافها فإنها تنقطع بالوفاة ويصبح ورثة المتوفي أطرافاً في المرافعة، وبما أن الورثة قد يجهلون وجود الدعوى فإن إجراءات المرافعة تنقطع حتى يكون لهم علم بوجودها ويستوي في ذلك وفاة المدعي أو المدعى عليه أو أحدهم إذا تعددوا[1]، فإذا تأيد للمحكمة وفاة أحد الخصوم بعد إقامة الدعوى، فإنها تتخذ قرارها بوقف السير في الدعوى ما لم يحضر أحد الورثة في اليوم المحدد للمرافعة ويبرز القسام الشرعي الخاص بحصر الورثة، فإذا تم ذلك تسير في الدعوى بمواجهته وتبلغ بقية الورثة بالحضور.

ثانياً: فقد أحد الخصوم لأهلية التقاضي

المقصود في هذه الحالة فقد أهلية الدعوى وليس فقد الأهلية بصفة عامة، لذلك ينطبق حكم هذه الحالة ليس فقط على من يصاب بجنون أو عته أو سفه أو أي عارض آخر من عوارض الأهلية يؤدي إلى زوال إدراكه، وإنما ينطبق الأمر أيضاً على الخصم الذي يطرأ عليه ما يؤدي إلى منعه من التقاضي وزوال أهليته الإجرائية، كما لو كان تاجراً وحكم بإشهار إفلاسه أو صدر عليه حكم بالسجن مدة تزيد على خمس سنوات ولم يحضر من يمثله بموجب حجة قيمومة، فإن المحكمة تتخذ قراراً بقطع السير في الدعوى لأن القيم عليه يجب أن يمثل في الدعوى، فتقطع المرافعة حتى يعلم القيم بها.

ثالثاً: زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن الخصم

ونقصد بها زوال التمثيل القانوني لأحد الخصوم، أي أن يكون الخصم الأصيل ممثلاً في الدعوى لشخص آخر تمثيلاً قانونياً بحكم القانون أو القضاء ثم زالت صفة الممثل الإجرائية، كزوال صفة الوصي الذي ألغيت حجة وصايته والقيم الذي ألغيت قيمومته وممثل الوقف إذا عزل عن الولاية على الوقف، ففي مثل هذه الحالات تنقطع المرافعة حتى يحضر الخصم الحقيقي بنفسه أو يحضر من يمثله من جديد.

١- د.أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، طبع بيروت، ١٩٩٤، ص٣٣٤.

وتجدر الإشارة إلى أن زوال الصفة الإجرائية للوكيل بالخصومة، كاعتزال المحامي أو وفاته لا يؤدي إلى انقطاع المرافعة وإنما تمنح المحكمة الخصم أجلاً مناسباً لتعيين وكيلاً بدلاً عنه، لأن المحامي يعد من أعوان القضاء وليس طرفاً في الدعوى ولا ممثلاً قانونياً، وقد نصت المادة (٨٥) من قانون المرافعات بأن السير في الدعوى لا ينقطع بوفاة الوكيل أو بانقضاء وكالته بالعزل أو الاعتزال وللمحكمة أن تمنح أجلاً للخصم الذي توفي وكيله أو انقضت وكالته وتبليغه بذلك، وقد ألزمت المادة (٥٢) من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ العراقي نقابة المحامين أن تعلم المرجع المختص برؤية الدعوى في حالة وفاة المحامي الوكيل أو شطب أسمه أو توقيفه أو الحجز عليه أو استحالة قيامه بوكالته حفظاً لحقوق الموكل وعلى أن يكون ذلك قبل وقت مناسب من موعد النظر في الدعوى، كما أن هذه المادة ألزمت النقابة بتكليف أحد المحامين باتخاذ الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على مصالح الموكل إلى أن يختار محامياً آخر.

الفرع الثاني
آثار انقطاع المرافعة

يترتب على انقطاع المرافعة الآثار الآتية:

أولاً: أن الدعوى لا تزول وإنما تبقى قائمة رغم انقطاعها، ولذا تظل المطالبة القضائية منتجة لكل آثارها، وتظل كذلك كافة الإجراءات القضائية اللاحقة التي اتخذت أثناء المرافعة، قائمة قبل الانقطاع، فإذا انتهت حالة الانقطاع بسير المرافعة، فإن المحكمة تستأنف سيرها من النقطة التي وقفت عندها مع الأخذ بنظر الاعتبار بكل الإجراءات السابقة.

ثانياً: يترتب على انقطاع المرافعة بطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء قطع السير في الدعوى[1]، كإجراءات الحجز وإجراء المضاهاة على تواقيع الخصم الذي قطعت المرافعة لمصلحته، وإذا ما أصدرت المحكمة خلال فترة قطع

١- الفقرة الثالثة من المادة (٨٦) من قانون المرافعات.

السير في الدعوى حكماً، فإن هذا الحكم يعد باطلاً، ونتفق مع الرأي[١] الراجح أن هذا البطلان مقرر لمن قام سبب الانقطاع لمصلحتهم وهم خلفاء المتوفى وذلك لغرض إعطائهم الفرصة في الدفاع عن حقوقهم وحتى لا تتخذ الإجراءات دون علمهم، وبالتالي فإن هذا البطلان لا يستفيد منه جميع الخصوم وإنما من شرع الانقطاع لحمايتهم، لأن بطلان خاص مقرر للمصلحة الخاصة.

ثالثاً: وقف جميع المدد القانونية التي كانت سارية في حق الخصوم الذين حصل الانقطاع بسبب يتعلق بهم، لأن قطع الدعوى كان لأسباب خارجة عن إرادتهم، فتنقطع مدد الطعن ولا تسري إلا بعد تبليغ الحكم إلى من يحل محل الخصم الذي توفي أو فقد أهلية التقاضي أو زالت صفة تمثيله، فالمدد القانونية تقف ولا يحتسب سريانها إلى حين زوال الانقطاع، فإن توفي الخصم مثلاً بعد تبليغه بالحكم الصادر ضده ومضت خمسة عشرة يوماً من مهلة الطعن في الحكم فإن المهلة تقف ولا تسري إلا بعد تبليغ الورثة بالحكم الصادر ضد مورثهم، وقد نصت المادة (١٧٤) صراحة على وقف المدد القانونية إذا توفي المحكوم عليه أو فقد أهلية التقاضي أو زالت صفة من كان يباشر الخصومة عنه بعد تبلغه وقبل انقضاء المدد القانونية للطعن، ولا يزول وقف المدة إلا بعد تبليغ الحكم إلى الورثة أو أحدهم في آخر موطن كان للمورث أو موطن من يقوم مقام من فقد أهلية التقاضي أو صاحب الصفة الجديدة، وتجدد هذه المدد بعد تبليغ الحكم المذكور على الوجه المتقدم.

رابعاً: إذا أستمر انقطاع سير الدعوى بلا عذر مقبول ستة أشهر ولم تستأنف سيرها في خلال هذه المدة تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون[٢].

وتعد هذه المدة مدة سقوط وتسري على جميع الأشخاص ولو كانوا عديمي الأهلية أو ناقصيها، ويكون الإبطال بحكم القانون عند انقضاء المدة وعدم مراجعة الخصوم للمحكمة لغرض استئناف السير في الدعوى إلا إذا قام عذراً مشروعاً كقيام حالة الحرب مثلاً وانقطاع الموصلات أو قطع العلاقات الدبلوماسية وعدم وجود تمثيل في الدولة المطلوب جلب بعض المستندات

١- صادق حيدر، المرجع السابق، ص٩٩، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص٨١١، د.أحمد خليل، المرجع السابق، ص٣٣٧.

٢- المادة (٨٧) من قانون المرافعات. م/١٩ شرح أحكام قانون المرافعات المدنية.

المتعلقة بالدعوى فيها، وقد اعتبرت محكمة[1] استئناف بغداد تأخر صدور القسام الشرعي الخاص بحصر وراثة الخصم الذي قطع السير في الدعوى بمناسبة وفاته ولسبب لا يد لورثته بتأخر صدوره، من قبيل العذر الشرعي، مما يلزم طرح مدة تأخر صدوره من المدة التي نص عليها القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن إبطال عريضة الدعوى بحكم المادة (٨٧) لا يمنع من إقامة الدعوى من جديد بذات الموضوع بعد إكمال الأمور المتعلقة بالدعوى.

المطلب الثالث
إبطال عريضة الدعوى

نقصد بإبطال عريضة الدعوى، ترك المدعي للدعوى القائمة بينه وبين المدعى عليه مع احتفاظه بأصل الحق المدعى به، إذ يجوز له تجديد المطالبة به، ذلك لأن الدعوى، هي حق من حقوق المدعي، وأنه إذا ترك الخصومة فلا يجبر عليها، كقاعدة عامة، وهذا الحق في الإبطال هو مظهر لسلطات إرادة الخصوم، لأن الدعوى تبدأ بناء على إرادة المدعي، ولذا يجيز له القانون أيضاً أن ينهيها بإرادته.

والأسباب التي تدفع المدعي بإبطال دعواه كثيرة، فقد يجد أن من مصلحته إبطالها لاستكمال أدلتها، أو قد يجد أن هناك اعتبارات عائلية أو إنسانية تمنعه من الاستمرار في الدعوى، وبما أن المدعي هو الذي أقام الدعوى ودفع مصاريفها، لأنه هو الذي يقدر مصلحته في بقائها، ولذلك يشترط لإبطال عريضة الدعوى أن يصدر من شخص أهل للتقاضي، ويملك هذا الحق، ولا يصح من الوكيل إلا إذا كان سند الوكالة ينص صراحة على حق الإبطال.

وبالرغم من أن حق المدعي بإبطال دعواه حق مقرر في القانون، غير أن هذا الحق يكون مقيداً في بعض الأحيان، إذ يمنع المدعي من استخدامه إذا كان موضوع الدعوى حقاً من الحقوق التي تمس النظام العام، كما هو الحال في دعاوى الفرقة في

١- القرار التمييزي الصادر من محكمة استئناف بغداد المرقم ٣٩٧ في ١٩٩٣/٧/٢٨، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٥٦.

زواج المسلمة من غير المسلم وفي دعاوى الفرقة المتعلقة بالجمع بين الأختين، لأن هذه الدعاوى لا يجوز للمدعي إبطالها، وإذا ما طلب ذلك فإن المحكمة لا تأخذ بطلبه وتمضي برؤية الدعوى بالرغم من تغيب المدعي وذلك حفاظاً على النظام العام، ومنع المدعي هذا يجد سنده في المادة (٢٩٩) من قانون المرافعات التي أجازت أعمال القواعد الشرعية على الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية بما يتلاءم مع طبيعة هذه الدعاوى.

وقد اجازت الفقرة الأولى من المادة (٨٨) من قانون المرافعات للمدعي بإبطال عريضة دعواه في أي وقت وفي أي دور من أدوار المرافعة سواء في محاكم البداءة والشرعية والمواد الشخصية، وكما يجوز للمدعي إبطال عريضة الدعوى الأصلية فإنه يجوز للمعترض إبطال دعواه الاعتراضية وكذلك يجوز للمستأنف طلب إبطال العريضة الاستئنافية وقد استثنت الفقرة المذكورة حالة إذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم فيها، فلا يجوز طلب إبطال عريضة الدعوى في هذه الحالة، ويقصد بتهيئة الدعوى للحكم، أن الدعوى أصبحت صالحة للحكم فيها بعد أن استمعت إلى كافة أقوال الخصوم وتحققت من كافة الأدلة المقدمة من قبلهم وأصبحت الدعوى في مراحلها النهائية، فإذا تهيأت الدعوى للحكم فإنه لا يجوز طلب إبطال الدعوى، وإذا ما طلب ذلك فإن المحكمة سوف ترد طلبه وتمضي بإصدار الحكم في الدعوى وفي الموعد الذي حددته لهذا الغرض، وسبب هذا المنع يرجع إلى أن المحكمة تكون قد بذلت جهدها في التحقيق في موضوع الدعوى واستكمال أدلتها، وان هذا الجهد يجب أن لا يضيع ويتكرر في دعوى جديدة يقيمها المدعي.

وحالات إبطال عريضة متعددة نص عليها القانون في حالات متفرقة يمكن أن نجملها في النقاط الآتية:

أولاً: أجاز القانون[1] للمحكمة إبطال عريضة الدعوى إذا وجدت خطأ أو نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى ولم يصلح المدعي هذا الخطأ أو النقص بالرغم إعطاءه مدة مناسبة لذلك.

ثانياً: إن الدعوى مبطلة بحكم القانون إذا تركت للمراجعة ومضت المدة القانونية عليها دون مراجعة أحد الطرفين[2].

---

١ ـ المادة (٥٠) من قانون المرافعات.

٢ ـ المادة (٥٤) من قانون المرافعات.

ثالثاً: أجاز القانون للمدعى عليه[١] أن يطلب إبطال عريضة الدعوى في حالة عدم حضور المدعي بالرغم من تبليغه.

رابعاً: أعتبر القانون[٢] عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون بعد انتهاء أجل وقف الدعوى وعدم مراجعة أحد الطرفين خلال خمسة عشر يوماً من انتهائه.

خامساً: أعتبر القانون[٣] عريضة الدعوى مبطلة بحكم القانون إذا أستمر وقفها بفعل المدعي أو امتناعه مدة ستة أشهر بعد استئخارها.

سادساً: أعتبر القانون[٤] الدعوى مبطلة بحكم القانون إذا انقطع سيرها بلا عذر مقبول مدة ستة أشهر.

وحددت الفقرة الثانية من المادة (٨٨) من قانون المرافعات كيفية تقديم طلب إبطال عريضة الدعوى فنصت على أن ذلك يكون بإحدى الوسيلتين الآتيتين:

١- **بعريضة تقدم للمحكمة من المدعي أو ممن يمثله:** وفي هذه الحالة تبلغ المحكمة الخصم بصورة العريضة أو بمضمونها ليبدي ما لديه بصدد الإبطال وفي ضوء ذلك تقرر المحكمة أما إبطال عريضة الدعوى أو رفض الطلب إذا وجدت سبباً يمنع الإبطال.

٢- **صدور إقرار صريح من المدعي أثناء الجلسة بطلب الإبطال:** ويدون ذلك بمحضرها، فإذا كان المدعي حاضراً فإن المحكمة تسمع أقواله وتصدر قرارها بالإبطال أو الرفض، أما إذا كانت المرافعة غيابية بحق المدعى عليه، فلا توجد ضرورة لتبليغه بطلب الإبطال لأنه أختار التغيب عن الدعوى.

وقررت الفقرة الرابعة من المادة (٨٨) من قانون المرافعات، أن الأثر المترتب على إبطال عريضة الدعوى، هو اعتبار الدعوى المبطلة كأن لم تكن، لأن الإبطال ألغى المركز القانوني الذي حصل عليه الخصم برفع الدعوى، وإذا ما أبطلت الدعوى فإن الإجراءات التي اتخذت بمناسبتها تلغى أيضاً، كالحجز الاحتياطي وإيقاف التنفيذ

١- المادة (٥٦) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٨٢) من قانون المرافعات.

٣- الفقرة الثانية من المادة (٨٣) من قانون المرافعات.

٤- المادة (٨٧) من قانون المرافعات.

ووضع إشـارة عدم التصرف والمحكمة ملزمة أن تشـير إلى ذلك في قرار الإبطال التي تصدره.

وقد اسـتقر القضاء علـى أن إبطال إقامة الدعوى لا يعـد قاطعاً للتقادم، وهذا ما اسـتقرت عليه محكمـة التمييز العراقية ذلك أن الدعـوى المبطلة تعد كأن لم تكن ولا تكون إقامتها قاطعة لمرور الزمان[١]، والقرار الصادر بإبطال عريضة الدعوى يكون قابلاً للتمييز خلال سبعة أيام من اليوم التالي للتبليغ[٢].

المطلب الرابع
التنازل عن الدعوى والحكم فيها

أعطى المشـرع للمدعـي حق الالتجاء إلى القضاء عـن طريق تقديم الدعوى وأجـاز له حق التنازل عنها وعن الحكم فيها، وعليه فإن التنازل عن الدعوى ينطلق من مبدأ حرية الإرادة ويقصد بها رغبة المدعي بإنهاء حقه في مباشـرة الدعوى، أو أي إجراء من إجراءاتها، وقد حدد قانون المرافعات نوعين من التنازل وهما التنازل عن إجراء معين أو ورقة من أوراق المرافعة والتنازل عن الحكم[٣].

وسنتناول دراسة أنواع التنازل في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
التنازل عن إجراء معين أو ورقة من أوراق المرافعة

أجـازت المادة (٨٩) من قانـون المرافعات للخصم أن يتنـازل أثناء الدعوى

١- للمزيد من التفصيل في ذلك راجع القرارات التي أشـار إليها الأسـتاذ مدحت المحمود، المرجع السابق، ص١٥٩.

٢- الفقرة الخامسة من المادة (٨٨) والمادة (٢١٦) من قانون المرافعات.

٣- وتجدر الإشارة إلى أن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني أشار في المادة (٥٢٧) إلى التنازل عن الحق فأجاز للمدعي أن يتنازل عن الحق الذي أدعى به وهذا التنازل يؤدي إلى سـقوط الدعوى المسـتندة إليه ويجرد الحق من الحماية القانونية، ولم تنص على هذا التنازل غالبية التشريعات العربية وإنما تأخذ بالنزول عن الحق المتنازع فيه بالحذر والحيطة رعاية لمصلحة صاحب الحق، لأن الأصل أن صاحب الحق لا ينزل عن حقه ولذلك يجب عدم افتراض هذا التنازل. د.أحمد خليل، المرجع السابق، ص٣٥٢.

عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعة، فللخصم أن يتنازل عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات مع بقاء الدعوى، وهنا يعد الإجراء أو الورقة كأن لم تكن وتبقى فقط المرافعة قائمة، وعليه يستطيع الخصم أن يتنازل عن أي دفع بعد تقديمه بشرط أن لا يكون هذا الدفع متعلقاً بالنظام العام ومثال ذلك تنازل المدعي عن الحجز الاحتياطي وتنازله عن السند الذي قدمه بوصفه دليلاً لإثبات دعواه، والتنازل عن إجراء أو ورقة، إنما يتسم بمحض إرادة الخصم ودون حاجة إلى موافقة الخصم الآخر إلا إذا كانت له مصلحة مشروعة في التمسك بالإجراء المتنازل عنه أو بالورقة المتنازل عنها، كما لو كان السند المقدم مزوراً ومن مصلحة الشخص الآخر التمسك بتلك الورقة على أساس أنها دليل اتهام للخصم الذي يريد التنازل عنها أو أن في طلب التحقيق فيه مصلحة فيه تعود عليه بمنفعة معينة ترجع صحة دعواه في المرافعة، ولا يجوز للمحكمة أن تعتمد الإجراء أو الورقة التي تم التنازل عنها في الحكم الذي تصدره في الدعوى.

الفرع الثاني
التنازل عن الحكم

أجاز المشرع العراقي في المادة (٩٠) من قانون المرافعات التنازل عن الحكم ورتب عليه التنازل عن الحق الثابت فيه، والتنازل عن الحكم لا يجوز أن يكون عن حجية الحكم لأن هذه الحجية تعد من النظام العام، وإنما يستطيع المحكوم له أن يتنازل عن الحق الذي يقرره الحكم، ولذلك فالتنازل عن الحكم يترتب عليه التنازل عن الحق الثابت فيه وبالتالي تزول الخصومة التي صدر فيها الحكم، ويمتنع على صاحب الحق أن يطالب بالحق موضوع الحكم أو أن يقيم فيه دعوى جديدة، لأن ذلك يتعارض مع مبدأ سبق الحكم في الدعوى التي أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنية، ومادام ذلك الحق قد سبق الفصل فيه وأصبح حجة بعد اكتسابه درجة البتات[١]، ولأنه أسقط حقه بتنازله والقاعدة أن الساقط لا يعود[٢].

١- المادة (١٠٥) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٢- راجع الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون المدني.

وتجدر الإشارة إلى أن التنازل عن الحكم هو تصرف إرادي من المحكوم له، فهو لا يحتاج إلى قبول من المحكوم عليه، وهو ترك لحق لا يتطلب قبولاً ويجب أن تتوافر في المتنازل عن الحكم أهلية التصرف في الحق الثابت في هذا الحكم[١].

وقد يتم التنازل عن الحكم ضمناً وذلك بعدم تنفيذ ذلك الحكم حتى مضي مدة التقادم عليه المنصوص عليها في المادة (١١٤) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠، فإذا مضت مدة التقادم البالغة سبع سنوات على اكتساب الحكم درجة البتات فلا يقبل التنفيذ وبالتالي تسقط قوته التنفيذية.

وكذلك يتم التنازل إذا نفذ هذا الحكم وحضر من صدر لصالحه امام مديرية التنفيذ التي نفذ أمامها وتنازل عنه صراحة.

المطلب الخامس
سقوط الدعوى

يقصد بسقوط الدعوى زوال جميع إجراءاتها وآثارها زوالاً إجرائياً بسبب عدم السير فيها بفعل المدعي أو امتناعه عن متابعتها لمدة معينة، اختلفت فيها التشريعات[٢]، ويسوغ الفقه سقوط الدعوى في المفهوم الإجرائي بوصفها إجراء جزائي بحق المدعي المهمل والذي يعد بمثابة التنازل عن الدعوى وكذلك مراعاة حالة المدعى عليه ورعايته، فلا يجب ان يبقى تحت تهديد دعوى المدعي بصورة مستمرة، فضلاً عن ذلك أن مصلحة المجتمع تستلزم أن لا تتراكم الدعاوى أمام المحاكم مما يؤدي إلى تعقيد إجراءات التقاضي.

وسقوط الدعوى لا يعد من مبتكرات التشريعات الحديثة بل يرجع أصله إلى الفقه الروماني وقد جاء في مدونة جستنيان (ان مصلحة المجتمع تقضي ان لا يطول أمد المنازعات بين الأفراد).

١- للتوسع راجع د.احمد خليل، المرجع السابق، ص٣٥٢.

٢- وهي سنة في قانون المرافعات اليمني (المادة ١٦٠) وقانون المرافعات المصري (المادة ٣٠١) وسنتين في القانون اللبناني (المادة ٥٠٩) والقانون الفرنسي (المادة ٣٨٦). أما القانون التونسي فقد حدد المدة بثلاث سنوات (الفصل ٢٤٤) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية لعام ١٩٥٩ المعدلة.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون المرافعات العراقي لم يشر إلى سقوط الدعوى بوصفها من العوارض التي تطرأ على الدعوى، وإنما أشار إلى هذا الاصطلاح ونص على سقوط دعوى الحيازة في جمع المدعي بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالملكية[١] وكذلك تسقط دعوى الاعتراض إذا مضت عشرة أيام من تاريخ ترك الدعوى للمراجعة دون أن يراجع الطرفان أو أحداهما[٢] ويلاحظ ان المشرع العراقي يخلط أحياناً بين سقوط الدعوى وإبطالها[٣].

وتشترط التشريعات للأخذ بنظام سقوط الدعوى الشروط الآتية:

١- **عدم السير في الدعوى بفعل المدعي:** أما إذا لم يكن عدم السير في الدعوى راجعاً إلى فعل المدعي، فلا تسقط الدعوى، فإذا كانت هناك ظروف تجعل من المستحيل على المدعي متابعة إجراءات الدعوى والتي لابد له فيها كحدوث فيضان أو حرب أو إضراب عمال وسائط النقل عن العمل مما أدى إلى استحالة متابعة إجراءات الدعوى، ففي هذه الحالات تقف مدة السقوط.

٢- **استمرار عدم السير في الدعوى المدة التي حددها القانون.**

٣- **تمسك المدعى عليه أو الخصم الذي له مصلحة بطلب السقوط:** وإذا كان سقوط الدعوى هو جزاء لإهمال المدعي لعدم السير في الدعوى المدة التي حددها القانون، فهل يجوز للمدعي أن يطلب سقوطها؟

لقد كانت الإجابة على هذا التساؤل محل خلاف في الفقه[٤] ذلك لأن الأصل أن من يرفع دعوى لا يجوز له أن يسقطها لأنه يفترض فيه أنه جاد في طلبه، ونعتقد أن الرأي الراجح هو الذي يذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع المدعي أن يطلب سقوط الدعوى ويتساوى بذلك مع المدعى عليه في المركز القانوني، وإذا كان سقوط الدعوى قد نظم أصلاً رعاية لمصالح المدعى عليه، فهذا لا يعني حرمان المدعي من طلبه في سقوط الدعوى يكون جائزاً كلما كانت للمدعي مصلحة قانونية في انقضائها وعلى ذلك نصت المادة (١٢٦) من قانون أصول

١- الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون المرافعات.

٢- المادة (١٨٠) من قانون المرافعات.

٣- المادة (١٩٠) من قانون المرافعات.

٤- للتوسع راجع، د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص٨١٦.

المحاكمات المدنية الأردني "لا يجوز للمدعي إسقاط دعواه في أي دور من أدوار المرافعة إلا في غيبة المدعى عليه أو موافقته أن كان حاضرا" ذلك أن غياب المدعى عليه يدل على اهتمامه بالدعوى، فضلاً عن ذلك أنه يجوز إسقاط الدعوى بالاتفاق أمام المحكمة بين المدعي والمدعى عليه.

ويترتب على سقوط الدعوى إلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك عريضة الدعوى[١] وتعد الدعوى كأن لم تكن وتزول الآثار التي ترتبت على إعلانها وترجع العلاقة بين الخصوم إلى ما كانت عليه قبل رفع الدعوى.

وتجدر الإشارة إلى أن سقوط الدعوى لا يسقط الحق ولا الادعاء به[٢] لأن الدعوى وسيلة لحماية الحق، فسقوط الوسيلة لا يسقط الحق الذي شرعت هذه الوسيلة لحمايته، فالحق يخضع في انقضائه لقواعد القانون المدني.

المطلب السادس
انقضاء الدعوى بمضي المدة

انقضاء الدعوى بمضي المدة، يقصد به زوال الدعوى بسبب عدم السير فيها لمجرد مضي المدة التي حددها القانون، ولم يحدد المشرع العراقي مدة خاصة لمضي المدة لانقضاء الدعوى، ولهذا يجب الأخذ بالمدة المعينة لمرور الزمن العادي بوصف أن الدعوى حق قائم لدى القضاء، يسقط بعد الاستعمال شأنها بذلك شأن سائر الحقوق وقد حدد قانون المرافعات المصري مدة ثلاث سنوات تنقضي بها الدعوى وأشار في مذكرته التفسيرية أن الغرض من هذه الحالة هو لوضع حد لتراكم القضايا وفي ذلك رعاية للمصلحة العامة ورعاية المدعى عليه، وبهذا لا يقع الانقضاء بقوة القانون بل يجب التمسك به[٣] وبهذا يشترك انقضاء الدعوى بمضي المدة مع سقوطها وذلك منعاً لتراكم القضايا المعلقة في المحاكم، غير أن السقوط يتميز عن انقضاء الدعوى في النواحي الآتية:

١- المادة (١٣٧) من قانون المرافعات المصري.

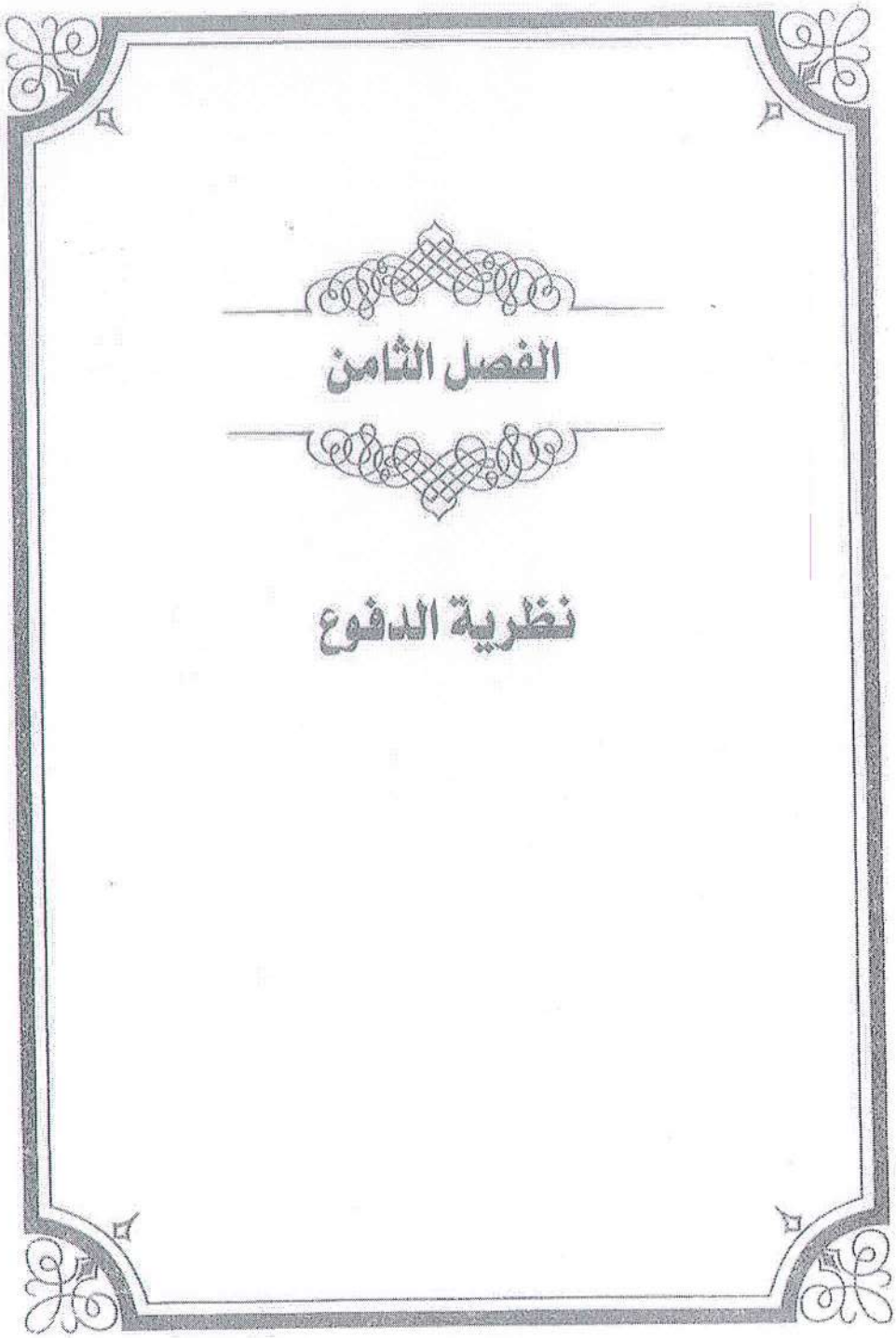
٢- المادة (١٢٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية.

٣- قد نصت المادة (١٦١) من قانون المرافعات اليمني أنه «إذا توقف سير الدعوى لمدة ثلاث سنوات من بالغ عاقل لغير سبب موجب لذلك فإن الدعوى تسقط ويتحمل المدعي تكاليف الدعوى».

١- إن سـقوط الدعوى لا يكون إلا في حالة عدم السـير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه، أما انقضاء الدعوى فإنه يكون في جميع الأحوال سـواء كان عدم السير في الدعوى يرجع إلى فعل المدعي أو امتناعه أو غير ذلك من الأسباب.

٢- قصر المشـرع مدة سـقوط الدعوى وجعله أقل مدة لها في بعض التشريعات سنة واحـدة وذلك ليبرز معنى الجزاء فيها، أما انقضاء مدة الدعوى فجعل المدة ثلاث سنوات لانقضائها.

ونعتقـد أن وضـع نص يقـرر التقادم بسـقوط الدعوى بالتقادم، في التشـريع العراقـي أمر جدير بالتأييد وذلك انسـجاماً مع ما حدده قانـون المرافعات المصري والـذي جـاء في المـادة (١٤٠) منه على أنـه "في جميع الأحـوال تنقضي الدعوى بمضي ثلاث سنوات على آخر إجراء صحيح فيها.



الفصل الثامن

نظرية الدفوع

من الحقوق التي أقرها المشـرع للخصوم، هي حقهم في الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقهم ومصالحهم عن طريق تقديم الدعوى، ومن مستلزمات هذا الحق إقرار المشـرع أيضاً للمدعى عليه وهو الشـخص الذي رفعت عليه الدعوى، الحـق في الدفاع عن نفسـه وحماية مصالحه في الدعـوى المرفوعة عليه وذلك عن طريق الدفوع وبكل الوسائل المحددة في القانون، وذلك لكي يحقق العدالة والمساواة بين طرفي الدعوى.

ونظـراً لأهميـة الدفوع في حماية حق المدعى عليه، فإنها ترقى إلى مسـتوى الدعوى، وتعد أحد أوجه اسـتعمالاتها، وسنتناول دراسة نظرية الدفوع في المباحث الثلاث الآتية:

المبحث الأول: ماهية الدفوع والحكمة من تشريعها.

المبحث الثاني: أنواع الدفوع.

المبحث الثالث: التنظيم القانوني للدفوع.

المبحث الأول
ماهية الدفوع والحكمة من تشريعها

يقصد باصطلاح الدفع بمعناه العام جميع وسائل الدفاع القانونية التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب عن دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه سواء أكانت هذه الوسائل موجهة إلى الدعوى أو بعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به أو إلى سلطة الخصم في استعمال دعواه منكراً لها[1].

أما اصطلاح الدفع بمعناه الخاص، فيقصد به الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الدعوى دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يدعيه خصمه الآخر، فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بما يطلبه هذا الخصم، كأن يجيب أن الدعوى قد رفعت إلى محكمة غير مختصة أو رفعت بإجراء باطل، ووسائل هذا الدفاع تعرف بالدفوع الشكلية، أما وسائل الدفاع المتعلقة بأصل الحق فهي تعرف بالدفوع الموضوعية.

أما قانون المرافعات المدنية العراقي فقد عرف[2] الدفع أن "الآتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً"، ونتفق مع أستاذنا ضياء شيت خطاب[3] أن المشرع لم يكن موفقاً بهذا التعريف لأن الدفع في حقيقته الوسائل التي يلجأ إليها المدعى عليه للرد على طلبات المدعي سواء أكانت موجهة لموضوع الحق المدعى به أم متعلقة بالدعوى أو لعيب في الإجراءات

١- د.أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، ١٩٨٨، ص١١.

٢- الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون المرافعات.

٣- أستاذنا ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، ص١١٧، وانظر عكس هذا الرأي أستاذنا الدكتور آدم الدواي، المرجع السابق، ص٢١٠، والذي يرى أن الدفع هو دعوى من جانب المدعى عليه فكل ما يبغي المدعى عليه رده في دفعه يشمل التعريف ويدخل ضمنه سواء تعلق ذلك بإجراءاتها أو موضوعها أو أشخاصها أو من حيث توجيه الدعوى.

القضائيـة، غير أن الدفوع ونظـراً لأهميتها في حماية المدعى عليه، فإنها تصل إلى مستوى الدعوى، ويعد وسيلة لاستعمالها ولذلك يجب أن تتوفر فيها الشروط الواجب توفرها في الدعوى سواء كانت هذه الشروط شروط قبول كما في شرط[1] المصلحة أو شـروط موضوعية كضرورة ارتباطهـا بالدعوى أصلاً، وعرفت محكمة النقض المصريـة الدفع بأنه دعـوى من قبل المدعى عليه أو ممن يمثل المدعى عليه خصماً عنـه يقصـد به دفع أو إبطال دعوى المدعي بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعى الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع".

وعليه فإن الدفع هو وسـيلة لاستعمال[2] الدعوى، غير أن هذه الوسيلة قد تبدو سـلبية لأن المدعى عليه لا يسـتهدف من إثارة الدفع سـوى تفادي الحكم عليه بطلب المدعي، أما إذا أراد المدعى عليه أن يتجاوز مرحلة الدفاع السـلبية هذه فيجب عليه أن يتخـذ وضعاً هجوميـاً في مواجهة الدعوى المرفوعة عليه وذلك عن طريق تقديم الدعوى الحادثة المتقابلة.

والحكمة من الدفع هي إقامة موازنة عادلة بين طرفي الدعوى اسـتناداً لكفالة حق الإدعاء لكل خصم في إقامة الدعوى، ولذلك يجب على المحكمة تمكين المدعى عليـه باطلاعه علـى أدلة خصمـه وإعطائه فرصة الـرد عليها تحقيقـاً لمبدأ حرية الخصوم في الدفاع وحقهم بالمجابهة بالأدلة ومناقشـة كل خصم لادعاءات خصمه، فإذا كان المدعي هو أول من يتكلم فإن المدعى عليه يكون آخر من يتكلم، لاسـتيفاء حقـه الكامـل في الدفاع عـن حقوقه ولا يجـوز للمحكمة أن ترد أي دفـع قدم تقديماً صحيحاً في الدعوى وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق[3].

وإذا كانـت نظرية الدفوع تقتصر في الأسـاس على بحث الجزاء الذي يصفه المشـرع علـى مخالفة القواعد المنظمـة لإجراءات المرافعات وكيفية التمسـك بهذا الجزاء حتى تحترم نواهي القانون وأوامره الأساسـية، فإنه يجب على المشرع أيضاً أن يحول دون اتخاذ هذا الإجراء سلاحاً للكيد والإضرار بحقوق الأفراد.

١- نقض مدني جلسة ١٩٧٦/٤/٧، المكتب الفني، السنة ٢٧، ص٥٩٥.

٢- وتجدر الإشـارة إلى أن هناك خلطاً بين الدعوى بوصفها وسـيلة قانونية لحماية الحق وبين الدفع بوصفه أداة لاستعمال الدعوى ويوجد هذا الخلط أيضاً بين الدعوى وعريضتها بالرغم من أن عريضة الدعوى هي أيضا مجرد أداة لاستعمال الدعوى. للتوسع راجع د.أحمد خليل، المرجع السابق، ص٢٥٩.

٣- راجع المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية.

ويرجع الأصل التاريخي لنشأة الدفوع إلى القانون الروماني، فقد كان الالتجاء إلى القضاء لا يسمح به إلا بالاستناد إلى دعوى من الدعاوى الواردة في قانون الألواح الأثني عشر والوارد فيه على سبيل الحصر، ثم بذل البريتور الروماني (الحاكم القضائي) جهداً متميزاً لقبول دعاوى هي في الأصل لا تقبل بمقتضى هذا القانون، وقد قرر البريتور لمن كان ضحية إكراه أن يرفع دعوى الإكراه مطالباً بأربعة أمثال الضرر الذي وقع عليه،

وكانت دعاوى الإكراه والغش تسمى بالدعوى الواقعية وكانت هذه الدعاوى تهدف إلى تمكين الخصم الذي وقع تحت تأثير الإكراه أو الغش من إبطال التصرف القانوني الذي صدر عنه مشوباً بأيهما، ولكي يحقق البريتور العدالة بين طرفي الخصومة منح دفوعا مختلفة للمدعى عليهم بقصد تفادي الحكم عليهم في دعاوى أقيمت عليهم ظلما، وهكذا انشأ البريتور وسيلة جديدة لحماية الحق إلى جانب الدعوى، هذه الوسيلة هي (الدفع، أي دفع دعوى الخصم بقصد تفادي الحكم له بما يدعيه).

وقد كانت الدفوع الشكلية في القانون الروماني تتميز بالتعقيد، فقد كان يسمح بها للخصم في الطعن في دعوى خصمه، وردها عند مخالفة الخصم الآخر لأتفه التفصيلات التي ينص عليها القانون، ثم بعد ذلك تطور القانون الروماني بعد مرور الزمن، وتحرر الالتجاء إلى القضاء من أي قيد وأصبحت القاعدة الأساسية المتعلقة بالنظام العام، ان التقاضي حق لكل مواطن وانه لا يجوز لأي قانون ان يحرم الفرد من الالتجاء إلى القاضي، فالقضاء أصبح حراً ويجوز لأي شخص ان يلجأ إليه بإبداء أي طلب أو دفع أيا كان موضوعه ولذلك كثيراً ما تردد على لسان الخصوم في فرنسا عند إقرارها لهذا القاعدة (اللهم احمنا من عدالة المحكمة)[1].

وقد أقرت قاعدة الالتجاء إلى القضاء غالبية الدساتير ومنها الدستور العراقي، وهكذا أصبح ما يجوز طلبه بطريق الدعوى يجوز نفيه بطريق الدفع وما يجوز طلبه بالدعوى لا يجوز طلبه بالدفع[2] واستناداً لما تقدم فإنه إذا جاز التمسك بأمر ما، فأنه يجوز طلبه وبالتالي يجوز دفعه وإذا امتنع التمسك به، فإنه لا يجوز للخصم ان يتمسك به سواء كان في صورة عريضة دعوى أو في صورة دفع.

١- الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ١٣.

٢- وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٣٦١) من قانون الموجبات اللبناني على هذه القاعدة وجاء فيها (ان مرور الزمن لا يقتصر على اسقاط حق الدائن في اقامة الدعوى بل يسقط ايضاً الموجب نفسه فلا يمكن بعد ذلك الاستفادة منه بوجه من الوجوه لإقامة دعوى ولا بتقديم دفع).

المبحث الثاني
أنواع الدفوع

تنقسم الدفوع إلى دفوع موضوعية ودفوع شكلية إجرائية ودفوع بعدم القبول، وسنتناول دراسة هذه الأنواع من الدفوع في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول
الدفوع الموضوعية Defenses defond

هي الدفوع التي توجه مباشرة نحو الحق موضوع الدعوى وذلك بالمنازعة في طلبات الخصم الآخر والمطالبة باصدار حكم يقضي برفض الدعوى كلياً أو جزئياً، ويطلق قانون أصول المحاكمات اللبناني اصطلاح (أسباب الدفاع) على الدفوع ونصت المادة (٥٠) منه على أن الدفاع هو كل سبب يرمي به الخصم رد طلب خصمه لعدم صبحته بعد بحث الحق في الموضوع[1].

ويوجه الدفع الموضوعي إلى ذات الحق المدعى به فينكر وجود هذا الحق الذي يطلب المدعي حمايته، والدفوع الموضوعية متعددة والقانون لا يحددها، وفي لا تقع تحت حصر، لأنها تتعلق بأصل الحق ذاته وتنظمها القوانين المقررة للحقوق المدني، كالدفع بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة القانونية أو ببطلان العقد مصدر الالتزام أو

١- وتجدر الاشارة إلى ان هناك فارقاً بين الدفاع الموضوعي والدفع الموضوعي، لأن مجرد انكار الوقائع المدعى بها أو انكار اثرها القانوني بعد دفاعاً، أما الدفع الموضوعي فيستلزم تمسك المدعى عليه بواقعة مانعة للحق بقصد رفض الدعوى، وقررت محكمة النقض المصرية بهذا الصدد (أنه إذا كانت الطاعنة مدعى عليها في الدعوى الا انها تعتبر في منزلة المدعي بالنسبة للدفع المبدي فيها بعدم الاختصاص مكانياً بنظر الدعوى وتكون مكلفة قانوناً باثبات ما تدعيه)، راجع تفصيل هذا القرار د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

الدفع بالصورية، فالدفوع الموضوعية تنازع في موضوع عريضة دعوى المدعي ولذلك تسمى دفوعاً موضوعية، وعليه فإن كل سبب يترتب عليه إقناع المحكمة فإنه يترتب عليه وقف دعوى المدعي كلياً أو جزئياً ويعد من الدفوع الموضوعية، لذلك تختلف الدفوع الموضوعية عن دعاوى المدعى عليه في انها مجرد وسائل دفاع سلبية محضة يقصد بها المدعى عليه تفادي الحكم للمدعي بما طلبه في عريضة الدعوى، ودون ان يقصد منها الحصول على فائدة معينة، ففي دعوى التعويض إذا أنكر المدعى عليه حصول ضرر فهو يبدي دفعاً موضوعياً أما إذا هو طالب بتعويض الضرر الذي أصابه بسبب خطأ المدعي يكون قد تقدم بدعوى مقابلة وهي أداة هجومية تستهدف الحصول على منفعة متميزة عن مجرد رد طلب المدعي[1].

وتخضع الدفوع الموضوعية لذات الشروط التي يخضع لها حق الدعوى من حيث وجوب توفر الأهلية والصفة والمصلحة[2]، أما إبداء الدفوع الموضوعية فلا يخضع لقيود خاصة سوى ما يقتضيه حسن دفاع المدعى عليه عن نفسه من تقديم الدفوع الحاسمة على الدفوع الأقل قوة وان يراعي الخصم عدم التناقض بين تقديم هذه الدفوع وذلك لكي لا يهدم بعضها البعض، وعليه فإنه من الأفضل ممن كانت لديه عدة دفوع موضوعية متفاوتة القوة، ان لا يكتفي بإبداء الدفع الحاسم منها، فتصدر المحكمة حكمها ضده، وانما يجب ان يبدي سائر ما لديه من الدفوع على سبيل ألاحتياط، ويشير الأستاذ الدكتور احمد مسلم[3] إلى قرار لمحكمة النقض المصرية وقد حدث ان اقتصر شخص في دفاعه على التمسك بحجية حكم معين يرتبط بموضوع النزاع، ولما لم تأخذ المحكمة الاستئنافية بوجهة نظره أصدرت حكمها ضده، فلما طعن في هذا الحكم بالنقض بحجة الإخلال بحق الدفاع، قررت هذه المحكمة أنه ما دام الطاعن هو الذي آثر ان يقتصر في دفاعه على هذا الدفع القانوني بقوة الأمر المقضي فيه وكان وحده صاحب الشأن في إبداء ما يرى من أوجه الدفاع في الدعوى، فلا على المحكمة ان هي حكمت في موضوع الدعوى واعتبرت سكوته عن مناقشة قيمة الريع عد منازعة في تلك القيمة.

١- د. احمد ابوالوفا، نظرية الدفوع، ص ١٨.

٢- الفقرة الثانية من المادة الثامنة من قانون المرافعات العراقي.

٣- احمد مسلم، المرجع السابق، ص ٥٦٦، ورقم قرار المحكمة ١٠ شباط ١٩٥٧، مجموعة النقض المرية السنة الثامنة، العدد ١ رقم ٣، ص ٤٥.

وعليه فإن إبداء الدفع الموضوعي يعد تعرضاً للموضوع وان الحكم فيه بقبوله هو حكم في موضوع الدعوى يترتب عليه إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به.

المطلب الثاني
الدفوع الشكلية

وهي الدفوع التي يطعن الخصم فيها بقانونية إجراءات الدعوى بقصد تعطيل سيرها، فهذه الدفوع لا تتعرض إلى الحق الموضوعي الذي يستند إليه المدعي ولا تتعرض إلى الوسيلة التي يحمي المدعي حقه بها ولكنها تتعرض إلى عدم صحة الإجراءات التي رفعت بها عريضة الدعوى.

وقد عرفت المادة (٥٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الدفع الشكلي انه (كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية المحاكمة أو سقوطها أو وقف سيرها) [1]، وتقسم الدفوع الشكلية إلى نوعين رئيسيين وهما:

أولاً: الدفوع الشكلية النسبية

وهي الدفوع التي تتعلق بمصلحة أحد الخصوم ويلزم تقديمها قبل أي دفع آخر والا سقط الحق فيها والحكمة من ذلك هي تفادي ضياع الوقت والجهد والنفقات لأن في إتاحة الفرصة لإبداء هذه الدفوع في أي وقت يشجع الخصوم على التمسك بها بعد ان تكون الدعوى قد قطعت شوطاً كبيراً، مما يؤدي إلى إطالة حسمها، ومن الأمثلة على هذه الدفوع، الدفع بعدم صلاحية المحكمة (الاختصاص المكاني) والدفع بالطعن بالتبليغات القضائية وقد نصت على ذلك المادتين ٧٣ و٧٤ من قانون المرافعات فجاء فيهما ان الدفع يبطلان عريضة الدعوى أو الأوراق الأخرى يجب إبداؤه قبل أي دفع أو طلب آخر وإلا سقط الحق فيه، وتفصل فيه المحكمة قبل

١- وتجدر الإشارة إلى ان خلافاً قد ثار في الفقه بصدد هل ان الدفوع الشكلية وردت على سبيل الحصر أم المثال، والرأي الراجح ان الدفوع الشكلية لم ترد في قانون على سبيل الحصر، وهذا ما أخذ به قانون المرافعات المصري، إذ صرحت المذكرة الإيضاحية إلى ان المشرع اتجه إلى عدم حصر الدفوع الشكلية على اعتبار أن كل دفع يتصل بالإجراءات هو في واقع الأمر دفع شكلي، ولم يحصر قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ الدفوع الشكلية وجاء في المادة (٧٣) منه (أنه يعد دفعاً متعلقاً بالإجراءات كل دفع يتصل ببطلانها أو باعتبارها كان لم تكن أو يتصل بوقف السير في الدعوى).

التعرض لموضوع الدعوى وإلاّ سقط الحق فيه أيضاً، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف[1] بغداد بصفتها التمييزية بقرار جاء فيه أنه (وحيث تبين ان المميز المدعى عليه الأول كان قد حضر في الجلسة ودخل في موضوع الدعوى مقراً أنه كان يسوق سيارته قرب مدينة جميلة حيث حصل حادث الدهس وبذلك يكون قد اسقط حقه بالدفع بعدم الاختصاص المكاني).

ونصت المادة (٩٥) على أنه يجب طلب رد القاضي قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا سقط الحق فيه.

ثانياً: الدفوع الشكلية المطلقة

وهي الدفوع التي تتعلق بالنظام العام ويمكن التقدم بها في أية مرحلة من مراحل الدعوى، وان المحكمة تقضي بها من تلقاء نفسها وقد أورد قانون المرافعات العراقي على أمثلة ندرجها على النحو الآتي:

١- **الدفع بتوحيد دعويين:** جاء في المادة (٧٥) من قانون المرافعات (إذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباطاً بدعوى مقامة قبلا بمحكمة أخرى فلها ان تقرر توحيد الدعويين وترسل اضبارة الدعوى إلى المحكمة الأخرى والقرار الصادر من المحكمة برفض التوحيد يكون قابلاً للتمييز.).

٢- **الدفع بعدم جواز إقامة الدعوى في أكثر من محكمة واحدة:** نصت المادة (٧٦) من قانون المرافعات بعدم جواز إقامة الدعوى الواحدة في أكثر من محكمة واحدة، فإذا أقيمت في أكثر من محكمة اعتبرت عريضة الدعوى المقامة أولاً وأبطلت العريضة الأخرى، وقد أجاز النص للمحكمة توحيد الدعويين لتجنب مشاكل الأحكام المتناقضة في الدعوى الواحدة ولتحقيق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات.

٣- **الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي:** تنص المادة (٧٧) من قانون المرافعات ان الدفع باختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى، وهذا الدفع يعد من النظام العام ويجوز إبداؤه في أية مرحلة من مراحل الدعوى بما في ذلك مرحلة التمييز وهذا ما أكدت عليه المادة

١- رقم القرار ٢٠١ في ١٩٨٠/١٠/١٢، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، ١٠٨.

(٣/٢٠٩) مـن قانون المرافعات والتي جاء فيها لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى[١].

وقد عرف قانون المرافعات الفرنسي الدفع بعدم القبول في المادة (١٤٤) أنه (كل دفع ينكر به الخصم دعوى خصمه ودون المساس بموضوعها وذلك بسبب عدم توافر شروط قبول دعواه)، وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الدفع، فذهب جانب من الفقه[٢] إلى ان الدفع بعدم القبول يخضع لأحكام الدفوع الشكلية إذا كان سبب البطلان يرجع إلى عيب في الإجراء القضائي، وذهب رأي آخر[٣] إلى ان الدفع بعدم القبول يحتل مركزاً وسطاً بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية لأنها لا توجه إلى إجراءات الدعوى ولا تتناول الحق ذاته وانما تتناول الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه[٤].

ونتفق مع جانب من الفقه ان الدفع بعدم القبول الأصل فيه أنه ذو طبيعة مختلطة، غير أنه يغلب عليه وصف الدفع الموضوعي، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية ان (الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة هو دفع موضوعي متى كان مبناه يتحصل في طلب اطراح المتمسك بالدفع، المسؤولية عن نفسه تأسيساً على أنه غير ملزم بصفته الشخصية قبل المدعي بأي التزام، وانما الملتزم شخص آخر)[٥].

ومن أهم صور الدفع بعدم قبول الدعوى هو السقوط والذي يقصد به ضياع الحق بسبب عدم مباشرته في المدة التي حددها القانون، والأمثلة على ذلك الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة إذا رفع الخصم دعوى الملكية وخسر الدعوى[٦]، وكذلك إذا كان للمحكوم عليه مدة معينة كحقه في الاستئناف أو التمييز في الطعن بالحكم الصادر

١- د. احمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، ص ٢٠.

٢- د.فتحي والي، الوسيط، ص ٥٤٨، د. إبراهيم نجيب، المرجع السابق، ص ٦٥٦.

٣- د.عبد المنعم الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٢٥، د.رمزي سيف، المرجع السابق، ص ٤٢٣، د.عبد الباسط جميعي، ص ٣٥٣، أستاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ١٢٠.

٤- د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٥٣.

٥- نقض مدني جلسة ١٩٧٤/٤/١٠، مجموعة المكتب الفني السنة (٢٥) الطعن رقم ١٦٣ لسنة (٣٨)، ص ١٤٠.

٦- الفقرة الأولى من المادة (١٢) من قانون المرافعات.

عليه ولم يباشر حقه ضمن تلك المدة، فإن طعنه يسقط، لتقديمه بعد المدة القانونية.

ويجوز للمحكمة والخصوم أثارة الدفع بعدم قبول الدعوى، وهذا ما أكدت عليه المادة (٨٠) من قانون المرافعات وجاء فيها (إذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها، وللخصم ان يبدي هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى). وقضت محكمة استئناف[1] بغداد بصفتها التمييزية انها وجدت (ان محكمة الموضوع قررت إجراء الكشف وفق الطلب رغم دفع المطلوب الكشف ضده بعدم توجه الخصومة وحيث ان الخصومة في الدعوى تختص المحكمة بالتحقيق فيها ولو من تلقاء نفسها لأنها من النظام العام استناداً إلى أحكام المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية ومما ينطبق على الدعوى في هذا الخصوص يسري على الطلبات المتعلقة بالقضاء المستعجل (المادة ١٥٠ من قانون المرافعات المدنية) فكان على المحكمة قبل اتخاذ أي إجراء التحقق من الخصومة في طلب الكشف المستعجل ومعرفة الخصم الحقيقي لأجراء الكشف بمواجهته حفاظاً على حقوقه وحقوق طالب الكشف، عليه وحيث ان المحكمة سارت بخلاف ذلك قرر نقض قرارها بعدم الاستجابة لطلب التأكد من الخصومة).

١- رقم القرار ٢٠٣ مستعجل في ١٩٩٢/٥/٦، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص ١٣٩.

المبحث الثالث
التنظيم القانوني للدفوع

تشترك الدفوع بصفة عامة بصفات يتميز بها كل دفع عن الآخر، وتبدو أهمية التمييز بين هذه الأنواع الثلاثة من الدفوع من حيث الوقت المعين لإثارته وسلطة المحكمة في إثارته من تلقاء نفسه أو في حجية الحكم الصادر فيه وأثره على مدى زوال سلطة المحكمة لولايتها بنظر النزاع وغير ذلك من الأمور الاجرائية التي تستلزم التمييز بين الدفوع، والدفوع تحكمها القواعد القانونية الآتية:

أولاً: وقت الأداء بالدفع

ان الدفوع الموضوعية الأصل فيها أنه يجوز الإدلاء بها في أي دور من أدوار المرافعة سواء كان ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية، ويستثنى من ذلك عدم جواز إيراد دفوع جديدة أما محكمة التمييز باستثناء الدفع بالخصومة أو الاختصاص وسبق الحكم في الدعوى[1]. إذ يجوز الدفع بهذه الدفوع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة التمييز مباشرة، بينما الدفوع الشكلية فإن الأصل فيها ان الدفع فيها يكون قبل الدفوع الموضوعية[2] والا سقط الحق بالتمسك بها، فإذا دفع المدعي بانقضاء الدين بالوفاء مثلاً، ثم دفع بعد ذلك بعدم اختصاص المحكمة المكاني وهو دفع شكلي، فلا يقبل منه هذا الدفع إذا كان الواجب عليه إبداؤه قبل الدفوع الموضوعية وقبل الدخول بأساس الدعوى[3]، ذلك ان الدفوع الشكلية، انما هي دفوع قاصرة على مسائل شكلية ولا تؤثر على موضوع الحق ولهذا يجب إبداؤها قبل الدفوع الموضوعية والا سقط الحق بها، ويتفق الدفع

١- المادة (٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية.

٢- الفقرة الثانية من المادة (٨٠) من قانون المرافعات.

٣- المادة (٧٤) من قانون المرافعات.

بعدم القبول مع الدفوع الموضوعية، إذ يجوز للخصم إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى مع ملاحظة ان غالبية هذه الدفوع تتعلق بالنظام العام وقد أجازت المادة (٦٣) من قانون أصول الحاكمات المدنية اللبناني للقاضي ان يحكم بتعويض عن الضرر الذي ينجم عن إساءة الخصم لرخصه الإدلاء بدفوع عدم القبول وعدم استعمالها في وقت مبكر وانما يتواخى في ذلك بقصد المماطلة وإطالة أمد النزاع ويكون طلب التعويض في هذه الحالة بناء على طلب الخصم المتضرر.

ثانياً: سلطة المحكمة في إثارة الدفع

طبقاً لمبدأ حياد القاضي فإن المحكمة لا يجوز لها إثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسها، كقاعدة عامة الا إذا كانت هذه الدفوع تتعلق بالنظام العام، ذلك لأننا أمام دعوى مدنية تحمي حقوقاً خاصة، فكما لا يجوز الحكم للمدعي بشيء دون طلب منه فكذلك لا يجوز للمحكمة إثارة الدفع الموضوعي للمدى عليه من تلقاء نفسها، اما الدفوع الشكلية فإنها عند تعلقها بالنظام العام كما هو الحال في مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي أو النوعي، فإن على المحكمة ان تثير هذا الدفع من تلقاء نفسها، وتتفق الدفوع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية لأن الدفع بعدم القبول في الغالب يتصل بقاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام، لذلك أوجبت المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية على المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها لاسيما عندما يتصل بالنظام العام.

ثالثاً: حجية الحكم الصادر في الدفع

ان الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يترتب عليه إنهاء النزاع في أصل الحق، فهو حكم نهائي يحوز حجية الشيء المقضي فيه تطبيقاً لنص المادة (١٠٥) من قانون الإثبات، فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أية محكمة أخرى، فهو لا ينهي الدعوى بوصفها حالة إجرائية فحسب وانما أيضاً ينهي النزاع الذي تضمنته هذه الدعوى.

أما الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي فهو لا يمس أصل الحق وبالتالي لا يكتسب حجية الشيء المقضي فيه ولا يؤدي إلى انهاء النزاع، وبناء عليه فإن هذا الدفع لا يمنع من إقامة ذات الدعوى مرة ثانية للمطالبة بنفس الحق إذا ما صحح الاجراء الذي طعن فيه، ويتفق الدفع بعدم القبول مع الدفوع الشكلية بالنسبة للحكم

الصادر إذ لا يكتسب حجية الشيء المقضي فيه ويجوز إقامة الدعوى وتجديدها مرة ثانيـة طالما لم يسـبق الفصل فـي موضوعها وكان المانع من الدعـوى مؤقتاً عندما تكون الدعوى غير متوجهة أو ان المصلحة غير قائمة، اما إذا كان أساس الدفع بعدم القبول مانعاً دائماً كالدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد سـنة من التعرض أو الدفع بعدم قبول الطعن لرفعة بعد المدة التي حددها القانون، فإن الحكم الصادر بعدم القبول استناداً إلى سقوط الحق في الدعوى سوف يمنع من جواز تجديدها مرة ثانية.

رابعاً: من حيث انتهاء ولاية المحكمة في الدفع

لمـا كان الحكم الصادر في الدفع الموضوعي يمس أصل الحق، أي لا يصدر إلا بعـد بحث الحـق في الموضوع ويصبح الحكـم حائزاً لحجيته نهائيـاً، فإنه أيضاً يخـرج الدعـوى من يد المحكمة، فتسـتنفذ ولايتها ولا يجوز لهـا ان تفصل فيها من جديد ومن ثم إذا تم اسـتئناف الحكم وألغت المحكمة الحكم المستأنف فلا يجوز إعادة الدعوى إلى محكمة البداء أو الدرجة الأولى وقد اسـتنفذت هذه الأخيرة ولايتها، أما الدفوع الشكلية فإنها توجه إلى إجراءات الدعوى دون بحث الحق في الموضوع وان انتهاء النزاع بصدور حكم اجرائي بعدم قانونية الدعوى لا يجعل المحكمة مسـتنفدة لولايتهـا تجـاه الموضوع لأنها لم تفصل فيه، أما في الحكـم بعدم القبول فإن محكمة الدرجة الأولى لا تسـتنفذ ولايتها بالحكم إذا لـم يتعرض هذا الحكم لبحث الموضوع لأن الأصل ان استئناف هذا الحكم لا يطرح النزاع بصورة كلية على محكمة الدرجة الثانية وانما يطرح فقط مسـألة القبول وذلك حتى لا يحرم الخصم درجة من درجات التقاضي، وعليه فإن محكمة الاسـتئناف إذا ألغت الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولـى بعدم القبول، فإن عليهـا ان تعيد الدعوى إلى هذه المحكمة لتفصل فيها إذا لم تكن قد فصلت فيها من قبل.

ومن اسـتقراء التمييز بن أنواع الدفوع يتضح مدى التشـابه بين القواعد التي تحكم الدفع الشـكلي والدفع بعدم القبول وقد يكون الاختلاف محصوراً فقط في وقت الإدلاء بالدفـع، لأن القاعـدة المطلقة هي جواز إبداء الدفع بعدم القبول في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، والقاعدة العامة وان كان يرد عليها استثناءات وهي ان الدفوع الشـكلية يجب إبداؤها قبل مناقشـة الموضـوع، وبعد مناقشـة الموضوع من جانب الخصم يجوز إبداء أي دفع موضوعي أو دفع بعدم القبول.

خامساً: من حيث ترتيب الدفوع وكيفية التمسك بها

إذا توافرت في الدعوى عدة دفوع فيجب على الخصم ان يبدأ بالدفوع الشكلية، كما ان هذه الدفوع يتقدم بعضها على البعض الآخر، فيجب الدفع أولاً ببطلان تبليغ عريضة الدعوى أو الأوراق القضائية الأخرى قبل أي دفع أو طلب آخر والا سقط الحق فيه وتفصل المحكمة في هذه الدفوع قبل التعرض لموضوع الدعوى ثم بعد ذلك للخصم ان يدفع وتفصل المحكمة في هذه الدفوع قبل التعرض لموضوع الدعوى ثم بعد ذلك للخصم ان يدفع بعدم اختصاص المحكمة للنظر في الدعوى ومن ثم طلب إحالتها إلى المحكمة المختصة، كما ان التبليغ بالحضور أمام المحكمة إذا جرى خلافاً للقانون فإنه يكون باطلاً، غير ان الخصم إذا حضر في اليوم المعين للمرافعة، فإن حضوره يعد معتبراً ولا يجوز له التمسك ببطلان التبليغ[1].

وإذا كان للخصم دفع بطلب رد القاضي، فيجب عليه تقديمه قبل الدخول بأساس الدعوى والا سقط الحق فيه، غير أنه يجوز تقديم طلب الرد بعد ذلك إذا استحدث أسبابه أو أثبت طالب الرد أنه لم يكن يعلم بها[2].

وعليه إذا اجتمع في الدعوى دفع بعدم الاختصاص المكاني ودفع بوجود تقادم، فيجب ان يبدأ الخصم أولاً بالدفع بعدم الاختصاص المكاني ثم بعد ذلك يدفع بالتقادم، وتجدر الإشارة إلى ان غالبية الدفوع الشكلية يستلزم إيرادها قبل الدخول بأساس الدعوى، اما الدفع بعدم قبول الدعوى فهو يعد وسطاً بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية ويجوز إكماله في جميع أدوار المرافعة.

١- الفقرة الثالثة من المادة (٧٣) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٩٥) من قانون المرافعات المدنية.

الفصل التاسع

نظرية القرارات الوقتية

لا جدال ان الوظيفة الأساسية للمحكمة هي الفصل في المنازعات وإصدار الأحكام اللازمة بشأنها بعد دعوة الخصوم وسماع أقوالهم وأدلتهم، غير أنه إلى جانب هذه الوظيفة يعطي المشرع للمحكمة سلطة إصدار قرارات ليست بأحكام وتصدر في مسائل معينة لا تفترض نزاعاً ولا تستدعي في الغالب منها دعوة الخصوم وسماعهم، هذه الوظيفة يطلق عليها بـ (نظرية القرارات الوقتية) وهي إجراءات قضائية تستهدف المحكمة منها اتخاذ إجراء تحفظي لحماية مصالح الخصوم وحفظ أموالهم وذلك لدفع الخطر المحتمل الوقوع بالحق وقت التعرض إلى أصل هذا الحق، وهذا الخطر المحدق الوقوع بالحق قد يكون مصدره مالاً قد يتسارع إليه التلف بمرور الزمان عند إتباع الإجراءات القضائية العادية أو قد يكون الغرض منه تثبيت وقائع يكون من الصعوبة إثباتها بعد مرور الزمن عليها، أوان يكون القصد من القرار الأخذ على يد المدعى عليه سواء كان قبل إقامة الدعوى أو بعدها وذلك إذا قام بإضعاف ذمته المالية والتي تؤثر على الضمان العام له تجاه الدائنين، فالقرارات الوقتية بالرغم من أنها تبدو مستقلة وتخضع لقواعد خاصة بها فإن ذلك لا يعني انها غريبة عن سائر أنواع النشاط القانوني للقضاء وانما هي عمل قانوني وقائي يقوم به القضاء، وتمييزاً عن أعمال الوظيفة[1] القضائية تتخذ القرارات الوقتية[2] صوراً ثلاثة نتناولها في المباحث الثلاث الآتية:

المبحث الأول: الحجز الاحتياطي

المبحث الثاني: القضاء المستعجل

المبحث الثالث: القضاء الولائي

١- د. وجدي راغب، القضاء الوقتي في قانون المرافعات المدنية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول ١٩٧٣، ص ١٦٧.

٢- وتشير التشريعات العربية إلى صورة أخرى يطلق عليها (أوامر الأداء) وخلاصة هذا النظام انه يجوز للدائن بدين صغير أ بدلاً من يقيم الدعوى على مدينه، يلجأ إلى استصدار أمر بختمه من قاضي البداءه على عريضة تقدم إليه ودون تكليف للمدعي عليه بالحضور ويعلن المدين بهذا الأمر، وله ان يتظلم منه إلى المحكمة نفسها خلال مدة قصيرة والا صار الأمر بمثابة حكم نهائي، وقد نصت على هذا النظام المادة (٢٠) من قانون المرافعات المصري والمادة (١٨٨) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، وجاء في هذه المواد أنه «استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى ابتداءاً، تتبع الأحكام الواردة في قانون المرافعات، إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الاداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار، أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه أو مقداره).

المبحث الأول
الحجز الاحتياطي

يكتسب الحجز الاحتياطي أهمية واضحة في قوانين[١] المرافعات لما يرتبه من آثار على الواقع العملي لحياة الناس، وهو أداة هامة يستخدمها طالب الحجز في التأثير على المركز المالي لمدينة، وقد يكون هذا الحجز أداة كيدية لإلحاق الضرر بالمدين إذا استخدمه الدائن بسوء نية.

وكان الحجز في المجتمعات القديمة لاسيما القانون الروماني القديم يعطي للدائن سلطة على جسم المدين وليس على ما له فحسب وذلك بمقتضى دعوى يطلق عليها دعوى إلقاء اليد، وبموجبها يستطيع الدائن ان يحضر مدينه أمام القاضي ويسمح لكل شخص بالتدخل بوفاء الدين، فإذا لم يحدث مثل هذا التدخل، يكون للدائن الحق بأخذ المدين لديه ودون حاجة لإصدار قرار من القاضي وله ان يحبسه في سجنه الخاص ويقتله أو يقيده بالسلاسل، وبتطور القانون الروماني ألغيت السجون الخاصة في القرن الرابع الميلادي، وانتهى نظام التنفيذ على شخص المدين واستبدل به نظام التنفيذ على أمواله كما هو الحال في التشريعات الحديثة وأصبح الالتزام علاقة قانونية[٢].

وقد ألغي نظام بيع الإنسان الحر بسبب الدين في الشريعة الإسلامية استناداً على قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[٣]. وبموجب هذه الآية الكريمة أصبحت مسألة إعطاء المدين مهلة للوفاء بدينه، قاعدة مسلم بها في الفقه الإسلامي، لأنه يمثل جانب الرأفة والرحمة بالناس ودفع الحرج عنهم، أما الحجز على أموال

١- لتوسع راجع محمد مقبل، الحجز الاحتياطي، رسالة ماجستير كلية القانون/جامعة ؟؟؟؟؟ ١٩٩٧، ص ٣.
٢- لتوسع راجع كتابنا تاريخ القانون، ص ٢٣٤ وما بعدها.
٣- سورة البقرة الآية (٢٨٠).

المدين بسبب الدين فلم يكن معروفاً في الفقه الإسلامي لعدم شيوع السندات التنفيذية في عصرهم.

وسنتناول دراسة هذا الفصل بتوزيعه إلى المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: التعريف بالحجز الاحتياطي وخصائصه التمييز بينه وبين الحجز الاحتياطي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحجز الاحتياطي وشروطه

المطلب الثالث: نطاق الحجز الاحتياطي والآثار المترتبة على إجراءه

المطلب الأول
التعريف بالحجز الاحتياطي وخصائصه والتمييز بينه وبين الحجز التنفيذي

الحجز لغة المنع ويعني أيضاً الفصل بين شيئين[1] وقد جاء قانون المرافعات العراقي خلواً من أي تعريف للحجز الاحتياطي شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات. ويمكن تعريفه بأنه إجراء وقائي مؤقت في مواجهة المدين، وذلك بوضع أمواله تحت يد وتصرف القضاء منعاً من تصرفه فيها وبقاء دين للدائن لا يزال محل نزاع. وسنتناول دراسة خصائص الحجز الاحتياطي والتمييز بينه وبين الحجز التنفيذي في الفرعين الآتيين:

١- ابن منظور، لسان العرب، دون سنة نشر، ص ١٩٦. وتستخدم بعض التشريعات العربية مصطلح (الحجز التحفظي) مثل قانون المرافعات المصري وقانون المرافعات اليمني وقانون المسطرة المدنية المغربي رقم ٤٤٧ لعام ١٨٧٤، وقانون الاجراءات المدنية الجزائري رقم (٨) لسنة ١٩٧٥، بينما يستخدم قانون المرافعات العراقي وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني مصطلح الحجز الاحتياطي، ونعتقد أن اصطلاح الحجز التحفظي هو الأكثر قرباً من المفهوم القانوني للحجز، بوصفه يشمل مجمل مفهوم التحفظ الذي يهدف إليه هذا النوع من الحجز في هذا المجال فضلاً عن ذلك ان التحفظ في اللغة يعني الحذر وإبداء الحيطة وحفظ الشيء، أي صانه وحرسه ومنعه من الضياع والتلف. راجع المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٠، دار الشرق/ بيروت ١٩٨٨، ص ٣٣٢.

الفرع الأول
خصائص الحجز الاحتياطي

يتميز الحجز الاحتياطي بالخصائص الآتية:

١- ان الحجز الاحتياطي يعد وسيلة عاجلة للحماية القضائية المؤقتة، وهذه الحماية تتقرر أساساً لدرء الخطر الذي يتوقعه الدائن على الضمان العام لحقه، بشرط ان يثبت ان ضياع حقة على وشك الوقوع وان تقتنع المحكمة بذلك مستندة إلى ما يقدمه الدائن من وثائق ومستندات وإذا اقتنعت المحكمة بذلك فإنها تقرر منحه الحماية القضائية المؤقتة لمصلحة الدائن طالب الحجز.

٢- الحجز الاحتياطي يهدف أساساً إلى ضبط أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء ورقابته ضماناً لحق الدائن من الفقدان والضياع وليس إلى بيع تلك الأموال.

٣- ان حالات توقيع الحجز الاحتياطي وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فيحق لطالب الحجز الاحتياطي في أية حالة يرى فيها ان ضمانه العام قد يتعرض للفقدان أو الضياع أو الخطر بسبب يعود للمدين كتصرفه في هذه الأموال بتبديدها أو إخفائها أو تهريبها[1].

٤- يتميز الحجز الاحتياطي بجواز توقيعه دون ان يكون بيد الدائن طالب الحجز سند تنفيذي، وانما يجوز توقيعه إذا توفر سند رسمي أو عادي أو أية أوراق أخرى أو حتى بشهادة إذا توافرت فيه الشروط التي قررها القانون[2].

الفرع الثاني
التمييز بين الحجز الاحتياطي والحجز التنفيذي

هناك أوجه شبه واختلاف بين الحجز الاحتياطي والحجز التنفيذي نجملها على النحو الآتي:

١- د.نبيل اسماعيل عمر، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، طبع ١٩٩٥، ص ٣٩٣.

٢- حدد تلك الشروط المادة (٢٣١) من قانون المرافعات وهي ان يكون الدين معلوم المقدار وحال الأداء وغير مقيد بشرط.

يتشـابه الحجز الاحتياطـي والحجز التنفيذي من حيث طبيعـة أثر كل منهما، فهـي واحدة، فكل منهما يـؤدي وظيفة واحدة وهي التحفظ على أموال المدين وكذلك هناك تشـابه مـن حيث إجراءات كل منهما، ويختلف الحجـز الاحتياطي عن الحجز التنفيذي في النقاط الآتية:

١- الحجز الاحتياطي في الأساس هو إجراء وقائي مؤقت يأمر به القاضي المختص فـي مواجهة المديـن وذلك بالتحفظ علـى أمواله خوفاً من تهريبهـا أو التصرف فيهـا ولا يؤدي بذاته إلى بيع المال المحجوز واسـتيفاء الحاجز منه، بينما الحجز التنفيـذي هو إجـراء تنفيذي للحكم الصادر في الدعوى أو لأي سـند تنفيذي آخر يهـدف إلـى منع المدين مـن التصرف في أموالـه ورفع يده عنها تمهيـداً لبيعها واستيفاء الدائن من حقوق في ذمته.

٢- ان طلب اتخاذ إجراءات الحجز الاحتياطي لا يسـتلزم ان يكون بيد الدائن طالب الحجـز سـند تنفيذي وانما يجوز ان يكون بيده أي سـند آخـر يتضمن حقاً محقق الوجود وحاله الأداء وغير مقيد بشرط، بينما الحجز التنفيذي لا يجوز إجراءه الا بناءاً على سند تنفيذي صادر في ضوء حكم نافذ من المحكمة المختصة ومكتسب لحجية الشيء المقضي فيه.

٣- الحجز الاحتياطي وسـيلة أو إجراء وقائي لحماية الدائن من فقدان ضمان الوفاء بحقه نتيجة تصرف المدين في أمواله واحتمال تهريبها وذلك بخلاف ما يشـترط في الحجز التنفيذي.

٤- لا يشـترط في الحجـز الاحتياطي اتخاذ مقدمات التنفيـذ لأن الغرض منه ضبط المـال ومباغتـة المدين له لمنعه من تهريب المال المـراد حجزه، بخلاف الحجز التنفيـذي الذي تسـتلزم اجراءاته تلك المقدمات واعـلان المدين به بوصفه نتيجة لوجود السند التنفيذي بيد طالب الحجز.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية للحجز الاحتياطي وشروطه

يتميز الحجز الاحتياطي بطبيعة قانونية خاصة بوصفه وسيلة من وسائل الحماية القضائية الذي تقرر لمصلحة الدائن وقد اختلف الفقه في طبيعته القانونية، فضلاً عن ذلك هناك شروط يجب توفرها لإجراء الحجز الاحتياطي وسنتناول دراسة هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحجز الاحتياطي.

الفرع الثاني: شروط الحجز الاحتياطي.

الفرع الأول
الطبيعة القانونية للحجز الاحتياطي

يثور التساؤل في طبيعة الحجز الاحتياطي هل هو وسيلة من وسائل الحماية القضائية أم هو إجراء تحفظي مؤقت، فذهب جانب من الفقه[1] أنه وسيلة من وسائل الحماية القضائية المؤقتة الوقائية التي يجيز القانون بواسطتها للدائن ان يطلب الحجز على أموال مدينه ووضعها تحت يد ورقابة القضاء للمحافظة على ضمانه العام من أي خطر يؤدي إلى فقدان هذا الضمان ولذلك فإن الحجز الاحتياطي يتخذ لحماية الدائن من تصرف يحتمل ان يقوم به المدين بهدف إلحاق الضرر بمصلحة الدائن كفقدان أمواله أو ضياعها أو تهريبها.

وذهب جانب[2] آخر من الفقه إلى ان الحجز الاحتياطي يعد اجراءاً وقائياً أو تحفظياً مؤقتاً يلجأ إليه الدائن عند الضرورة للحفاظ على ضمانه العام بواسطة استصدار أمر من المحكمة المختصة بذلك، والحجز الاحتياطي الذي يوضع على أموال المدين المحجوز عليه لا يهدف إلى بيع تلك الأموال وانما حفظ وضعها تحت يد ورقابة القضاء للمحافظة على الضمان العام للدائن، فلا تتخذ مقدمات التنفيذ بل

١- د. وجدي راغب، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول ١٩٧٣، ص ٢٠٢.

٢- د. محمد حسين، طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجزائر ١٩٨٢، ص ١٤٦.

يهدف إلى مباغتة المدين قبل ان يتصرف بلك الأموال، وهذه الوضعية تبقى مؤقتة أي ان مصير الحجز الاحتياطي إلى زوال إذا لم يستطع الدائن إثبات حقه وتأييد طلبه للحجز.

الفرع الثاني
شروط الحجز الاحتياطي

يستلزم القانون شروطاً لايقاع الحجز الاحتياطي وهي على النحو الآتي:

أولاً: ان تتوافر للدائن أدلة الحجز الاحتياطي

أشارت لمادة (٢٣١) من قانون المرافعات "ان لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الاداء وغير مقيد بشرط ان يستصدر أمراً من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على أموال مدينه المنقولة والعقارية الموجودة لديه أو لدى شخص ثالث بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته. ويجوز طلب الحجز ولو لم يكن هناك سند إذا قدم الدائن أوراقاً أخرى تتضمن الإقرار بالكتابة وترى المحكمة كفايتها لذلك، وإذا كانت الدعوى مما يمكن أثباتها بشهود فيجوز الاستناد إلى الشهادة في طلب الحجز"، وعليه فإن أدلة الحجز بموجب المادة (٢٣١) هي ما يأتي:

١- ان يكون بيد الدائن سند رسمي بدين معلوم ومستحق الاداء وغير معلق أو مقيد بشرط.

٢- أو ان يكون بيده سند عادي.

٣- أو أيه أوراق أخرى تتضمن الإقرار بالكتابة وترى المحكمة كفايتها لذلك.

٤- أو شهود إذا كانت الدعوى مما يمكن أثباتها بالشهود.

ثانياً: ان يتوفر شرط الاستعجال عند توقيع الحجز الاحتياطي

لم يتطرق قانون المرافعات المدنية العراقي إلى شرط الاستعجال بوصفه احد الشروط الواجب توافرها عند طلب توقيع الحجز الاحتياطي بالرغم لما هذا الشرط من أهمية بالنسبة لطالب الحجز نظراً لما ينطوي عليه من خطر فقدان الضمان العام

لحقـه والذي يدفعه إلى الاسـتعجال في تقديم طلبه إلـى المحكمة للمحافظة على ذلك الضمان، وقد تطرقت إليه بعض التشـريعات[1] وعرفته بأنه الخشية أو الخطر الذي يهدد ضمان الحق.

ثالثاً: ان يكون الدين معلوماً ـ ومستحق الأداء وغير مقيد بشرط

والديـن المعلوم هـو الدين الذي يكون معين المقدار، أمـا إذا كان مقدار الدين غيـر معلـوم أو معين المقدار كأجر المثل أو التعويـض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطلـب وضع الحجز الاحتياطي، والدين المسـتحق الأداء الديـن الذي يكون معجلاً وليـس مؤجـلاً، اما الدين المؤجل فلا يجوز معه وضـع الحجز الاحتياطي لأنه غير مستحق الأداء لعدم حلول ميعاد استحقاقه وبالتالي لا يجوز إجبار المدين على التنفيذ إذا كان الحق لم يحل ميعاد اسـتحقاقه بعد، ويقصد بشـرط ان لا يكون الدين معلقاً أو كان مضاف إلى أجل إن هذا الشرط يوقف تحققه لحين تحقق الشرط أو ينتهي الأجل.

رابعاً: ان يقدم طالب الحجز كفالة رسمية أو تأمينات نقدية

اشترط قانون المرافعات العراقي على طالب الحجز عند إجابة المحكمة لطلبه بتوقيـع الحجز الاحتياطي على أموال مدينة المحجوز عليه ان يقدم كفالة رسـمية أو تأمينـات نقدية مقدارها عشـرة في المائة من قيمة الديـن المطالب به أو يضع عقاراً قيمته النسـبة المذكـورة على الأقل للحجز عليه، ضماناً لمـا يترتب على الحجز من ضرر إذا ظهر ان طالب الحجز غير محق في طلبه وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية مـن المادة (٢٣٤)[2] من قانون المرافعات، أما إذا كان طالب الحجز دائرة رسـمية فيكتفـي القانـون بتقديم تعهد من قبلها بأداء الضـرر والمصاريف إذا ظهر انها غير محقق في ادعائها.

١ـ المادة ٢٤٦ مرافعات يمني، والمادة (٣١٦) مرافعات مصري المادة (٣٢٢) مرافعات تونسي.

٢ـ يقابل هذه المادة نص الفقرة الثانية من (١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

المطلب الثالث
نطاق الحجز الاحتياطي والآثار المترتبة على إجراءه

الأصل ان القاعدة العامة للضمان هي ان جميع أموال المدين ضامنة لديونه[١]، غير ان الحجز يجب ان يوجه إلى الأموال التي أقر المشرع بجواز حجزها لأن هناك أموال مستثناة من الحجز الاحتياطي، وعليه سنتناول دارسة هذا المطلب بتوزيعه إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: نطاق الحجز الاحتياطي

الفرع الثاني: إجراءات الحجز الاحتياطي

الفرع الأول
نطاق الحجز الاحتياطي

أعطى المشرع الحق للدائن طالب الحجز حق الحجز على ما يشاء من أموال مدينه، الا أنه استثنى بعض الأموال من الحجز لاعتبارات مختلفة منها اعتبارات إنسانية واقتصادية واجتماعية، وبما ان المال هو المحل الذي يرد عليه الحجز الاحتياطي، فمن الضروري ان تتوافر في هذا المال شروط معينة ومن هذه الشروط هي:

١- **ان يكون الحق الذي وضع الحجز الاحتياطي لأجله ذو طابع مالي:** ذلك ان الحقوق غير المالية لا تصلح ان تكون محلاً للحجز، كالحقوق الذهنية – الفكرية – والحقوق المتعلقة بالشخصية كالاسم، فهذه الحقوق لا تقوم بالمال.

٢- **ان يكون المال المحجوز عليه ملكاً للمدين المحجوز عليه:** فلا يجوز الحجز على مال غير مملوك للمدين والا اعتبر الحجز باطلاً لأنه وقع على مال مملوك للغير، وذلك ان المدين يضمن التزاماته بالأموال وليس بأموال الغير.

٣- **ان يكون من الأموال الجائز الحجز عليها:** القاعدة العامة ان المال الذي لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه ولهذا يشترط عند توقيع الحجز الاحتياطي

١- المادة (٦٢) من القانون المدني العراقي،

علـى أمـوال المدين المحجوز عليـه ان يكون المال محل الحجـز من الأموال التي يجوز الحجز عليها لأن المشرع العراقي حدد بعض الأموال المستثناة من الحجز الاحتياطـي بمقتضى المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات والمادة (٦٢) مـن قانـون التنفيذ، ولذلك فإذا وقـع الحجز على مال من الأمـوال غير الجائز الحجز عليها فإن الحجز يعد باطلاً ولا يلزم الدائن بتحديد الأموال الجائز الحجز عليهـا من الأموال غيـر الجائز عليها، وانما عبء إثبـات ذلك يقع على عاتق المحجوز عليه وذلك استناداً لنص المادة (٢٤٩) من قانون المرافعات.

ويرجع استثناء المشرع العراقي بعضاً من أموال المدين من الحجز لاعتبارات إنسانية لاسـيما وأنه حددها حصراً بنص المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات، غيرأن قانـون التنفيذ رقم ٤٥ لعام ١٩٨٠ واللاحق في صـدوره على قانون المرافعات ألغى العمل بنص المادة (٢٤٨) من قانون التنفيذ على تحديد الأموال المسـتثناة من الحجز واعتبـر عند التعارض مع نصوص هذا القانون الأخذ بأحكام قانون التنفيذ[1]، وبما ان قانون التنفيذ لاحق على قانون المرافعات، فان النصوص الواردة في المادة (٦٢) تعد معدلة لأحكام المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات، ولهذا فان إلغاء هذه المادة أمر جدير بالتأييـد وذلـك لعدم فاعليتها في هذا الصدد بعد تعديلها ونسـخها بموجب أحكام قانون التنفيذ، وعليه فان الأموال المستثناة من الحجر الاحتياطي هي على النحو الآتية:

١- أموال الدولة والقطاع العام.

٢- الأموال والأعيان الموقوفة وقفاً صحيحاً.

٣- ما يكفي لمعيشة المدين ومن يعيلهم من وارداته.

٤- الأثاث المنزلية الضرورية للمدين مع أفراد عائلته الا إذا كان الدين ناشئاً عنها.

٥- الآلات والأدوات اللازمة للمدين لممارسة صنعته أو مهنته ما لم يكن الدين ناشئاً عنها.

٦- المؤونة اللازمة لإعاشة المدين وعياله لمدة شهر واحد.

٧- الكتب الخاصة بمهنة المدين[2].

١- راجع المادة (١٢٨) من قانون التنفيذ والتي نصت على عدم العمل بأي نص يتعارض وأحكام هذا القانون.

٢- وقد نص قانون المحاماة العراقي المعدل رقم ٧٣ لعام ١٩٦٥ على عدم جواز حجز أو بيع كتب المحامي وموجودات مكتبه الضرورية لممارسة المهنة.

٨- عدد وادوات المزارع والفلاح الخاصة بالزراعة والضرورية لممارسة عمله والبذور التي يدخرها لزراعتها والسماد المعد لإصلاح الأرض والحيوانات المستخدمة في الزراعة وما يكفي لمعيشته مع عائلته في حاصلاته الأرضية والمواد اللازمة لمدة شهر واحد.

٩- الثمار والخضروات والمحاصيل الأرضية قبل ان تكون لها قيمة مالية.

١٠- ما زاد عن الخمس من الرواتب والمخصصات بما في ذلك مخصصات غلاء المعيشة التي يتقاضاها الموظف والعسكري ورجل الشرطة والعامل وذوي الرواتب التقاعدية وكل من يتقاضى راتباً أو أجوراً من الدولة.

١١- الحوالات التجارية وسندات الأمر وسائر الأوراق التجارية القابلة للتداول.

١٢- آثار المؤلف والصور والخرائط واللوحات الفنية الأخرى قبل طبعها، اما إذا كان الأثر معد لعرضه للبيع بحالته التي وضعها المؤلف فيجوز حجزه.

١٣- العلامة الفارقة والعنوان التجاري وبراءة الاختراع والنموذج الصناعي.

١٤- مسكن المدين أومن كان يعيلهم بعد وفاته ويعد بدل بيع السكن أو بدل استملاكه للمنفعة العامة بحكم المسكن، كما تعتبر الحصة الشائعة والأرض المعدة لإنشاء مسكن عليها بحكم المسكن أيضاً غير أنه إذا كان المسكن مرهوناً أو كان الدين ناشئاً عن ثمنه فيجوز حجزه لوفاء بدل الرهن أو الثمن.

١٥- عقار المدين الذي يتعيش من وارداته التي لا تزيد عن حاجته وحاجة من كان يعيلهم بعد وفاته إذا كان العقار مرهوناً أو كان الدين ناشئاً عن ثمنه فيجوز حجزه وبيعه للوفاء ببدل الرهن أو الثمن.

١٦- العقار بالتخصيص، وهو مال منقول بطبيعته ولكن القانون يعده عقاراً إذا رصده مالكه لخدمة عقار مملوك له أو لاستغلاله[1].

١- المادة (٦٣) من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني
إجراءات الحجز الاحتياطي وآثاره

تخضع إجراءات الحجز الاحتياطي للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات المدنية، فضلاً عن القواعد والإجراءات التي حددها قانون التنفيذ طبقاً لأحكام المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات والتي تنص على ان (المعاون القضائي أو من يقوم مقامه، يقوم بوضع الحجز الاحتياطي وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في قانون التنفيذ). وقد حدد المشرع العراقي المادة (٢٣٤) من قانون المرافعات الإجراءات الواجب إتباعها من قبل طالب الحجز الاحتياطي على أموال مدينه وهي على النحو الآتي:

١- يكون طلب الحجز الاحتياطي بعريضة يقدمها الدائن مشتملة على اسم الدائن والمدين والغير ان وجد، وشهرتهم ومحال إقامتهم والسند الذي يستند إليه طلب الحجز ومقدار الدين المطلوب الحجز من أجله ويوقع الدائن على هذه العريضة مع بيان تاريخها.

٢- يجب ان يقدم طالب الحجز كفالة رسمية أو تأمينات نقدية. وإذا كان طالب الحجز يستند في طلبه إلى سند رسمي منظم من كاتب العدل أو كان طلبه يستند إلى حكم حاز درجة البتات أو لم يحزها فإنه في هذه الحالة يعفى طالب الحجز من تقديم الكفالة أو التأمينات[١].

وبعد ان يقوم القاضي بتدقيق طالب الحجز، فله أن يجيبه أو يرفضه وفقاً لتقديره لكفاية الأدلة أو عدم كفيتها[٢]، وإذا قررت المحكمة وضع الحجز الاحتياطي قامت بتنفيذه وبتبليغ المحجوز عليه والشخص الثالث المحجوز تحت يده إن وجد. وإذا كان المحجوز عقاراً يتم الحجز بوضع إشارة الحجز على قيده في دائرة التسجيل العقاري[٣]. ويجوز للمحكمة ان تقرر وضع الحجز الاحتياطي بناء على طلب طالب الحجز قبل إقامة الدعوى أو بنفس عريضتها عند إقامتها أو أثناء السير في الدعوى أو بعد صدور الحكم فيها[٤].

١- المادة (٢٣٥) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٢٣٣) من قانون المرافعات المدنية.

٣- المادة (٢٣٩) من قانون المرافعات المدنية.

٤- المادة (٢٣٦) من قانون المرافعات المدنية.

فـإذا قررت المحكمة وضع الحجـز قبل إقامة الدعوى بناء على طلب الحاجز فإن القانون يلزم طالب الحجز برفع دعوى بتأييد حقه في الحجز خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغ المحجوز عليه أو الشـخص الثالث ان وجد بأمر الحجز خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغ المحجوز عليه أو الشـخص الثالـث ان وجد بأمر الحجز الاحتياطي طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (٢٣٧) من قانون المرافعات وإذا قررت المحكمة الحجز الاحتياطي بناء على طلب عريضة الدعوى أو أثناء السير فيها فيكتفي بتبليغ أمر الحجز إلى المحجوز على أمواله أو الشـخص الثالث المحجوز تحت يده وتعتبر الدعوى القائمة متضمنة طلب تأييد الحجز[١].

ويثور التسـاؤل عن موقف الشخص الثالث الموجود المال المحجوز بعد تبليغه بقرار الحجز ؟ الشـخص الثالث هو كل شـخص يوجد المال المحجوز تحت يده عند الحجـز[٢] ويجوز ان يكون الشـخص الثالـث الوكيل أو المسـتأجر أو المودع لديه أو الشـريك أو البنـك وكذلك الوصي والولي والقيم بالنسـبة للقاصـر أو المحجوز عليه، وكذلك تعد زوجة المدين شخصاً ثالثاً التي تسكن الدار معه ما دامت واضعة يدها عليه.

وموقـف الشـخص[٣] الثالث ى يخلو من أحد الافتراضـات الآتية وهو أما ان يقـر أن الأمـوال المحجـوزة لدية تعود إلـى المدين، فعند ذلك لا يلـزم حضوره في جلسـة المرافعة التي تجري بين الدائن والمديـن، وانما يجب عليه ان يحتفظ بها ولا يسـلمها للمدين إلى ان يطالب بتسـليمها من قبل المحكمة أو دائرة التنفيذ أو يودعها فـي المحكمة المختصة وإذا رغب الشـخص الثالث في ان يسـلم الأموال المحجوزة عنده فعلى المحكمة ان تقوم بتسـلمها والمحافظة عليها، أو تأمر بتسليمها إلى حارس قضائي[٤].

أما إذا انكر الشـخص الثالـث وجود أموال لديه تعود إلـى المدين وجب على الدائن إثبات وجودها لديه وإذا أدعى الشخص الثالث أنه أعاد الأشياء المحجوزة إلى المدين أو أودعها محلاً أخر بأمر من المدين أو انتقلت ملكيتها إليه أو لغير المدين قبل وقوع الحجز وجب على الشـخص الثالث إثبات ذلك إذا لم يصادفه الدائن وإذا سكت

١- الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٧) من قانون المرافعات المدنية.

٢- قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٨٨٤ في ١٩٧٩/١١/٢٠، إبراهيم المشاهدي، ص ٢١٣.

٣- للتوسع راجع استاذنا الدكتور آدم النداوي، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

٤- المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية.

الشخص الثالث ولم يقدم البيان المقتضى تقديمه أعتبر سكوته دليلاً على وجود المال المحجوز لديه وعائديته للمدين ما لم يثبت خلاف ذلك[١].

وأجاز القانون لكل من رفض طلبه بوضع الحجز أو من وقع الحجز على أمواله وكذلك للشخص الثالث الذي صدر أمر الحجز على أموال تقع تحت يده ان يتظلم من هذا القرار خلال ثلاثة أيام من تبليغه الحجز إلى المحكمة التي أصدرته[٢]. وينظر التظلم طبقاً لأحكام التظلم من الأوامر على العرائض، ويكون قرار المحكمة قابلاً للطعن فيه بطريق التمييز استناداً إلى نص الفقرة الأولى من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات.

ويترتب على الحجز الاحتياطي الآثار الآتية:

أولاً: بقاء الأموال المحجورة عليها ملكاً للمحجوز عليه. ذلك لأن الحجز أياً كان نوعه لا يؤدي إلى إخراج هذه الأموال من ملكية المدين المحجوز عليه ولا يؤدي مباشرة إلى بيع تلك الأموال وبالتالي فإنه لا يرتب حقاً عينياً للدائن الحاجز على هذه الأموال، وانما الهدف من الحجز هو التحفظ عليها لتكون بيد القضاء تمهيداً لاستيفاء حق الدائن الحاجز من ثمنها بعد بيعها.

ثانياً: قطع التقادم، يترتب على الحاجز أياً كان نوعه احتياطياً أو تنفيذياً انقطاع مدة سريان تقادم حق الدائن الحاجز قبل مدينه المحجوز عليه، بوصف ان الحجز يعد سبباً من أسباب انقطاع مدة سريان التقادم[٣].

ثالثاً: تترتب عدة التزامات على الشخص الثالث في الحجز الاحتياطي ويجب عليه ان يقوم بها وفقاً لما قرره القانون، ومنها منعه من الوفاء بالتزاماته للمدين المحجوز عليه أو تسليمه المال المحجوز أو التصرف بهذه الأموال المحجوزة بأي صورة من صور التصرف القانوني بما يؤثر على ضمان الحجز ذلك ان المحجوز تحت يده يعد حارساً على المال فإذا امتنع عن تسليمه يكون ضامناً لهذا المال وللمحكمة ان تلزمه بتسليم الأشياء المحجوزة أو قيمتها على ان يكون له حق الرجوع على المدين أو الغير الذي أعيدت له هذه الأشياء[٤].

١- المادة (٢٤٣) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٢٤٠) من قانون المرافعات المدنية.

٣- راجع المادة (٤٣٧) من قانون المدني العراقي.

٤- المادة (٢٤٦) من قانون المرافعات.

رابعاً: تحول الحجز الاحتياطي إلى حجز تنفيذي إذا حصل الدائن على سند تنفيذي، ذلك ان طلب الحجز لا تتوفر فيه شروط الحجز التنفيذي لأنه ليس بيد طالب الحجز سنداً تنفيذياً أو حكماً نهائياً أكتسب درجة البتات وبالتالي فهو يلجأ إلى هذا الإجراء الوقائي حتى يستكمل الإجراءات الأخرى اللازمة للحصول على حكم قضائي.

المبحث الثاني
القضاء المستعجل

تتزايد أهمية القضاء المستعجل في التنظيم القضائي[١] المعاصر لاسيما بعد ان أصبح توفير الحماي القضائية الاعتيادية لمن يطلبها، تتسم بطول الاجراءات وتستغرق وقتاً قد يتعرض من خلالها الحق الموضوعي المطلوب حمايته للضرر، لذلك دعت الحاجة إلى إيجاد قضاء سريع يستجيب مع تطور الأحوال الاقتصادية والمالية والتجارية والاجتماعية في العالم، ويعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في المسائل المستعجلة التي يدعي بها الخصوم سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين وذلك من خلال قرارات تصدر بعد إجراءات قانونية سريعة مختصرة وتضفي حماية مؤقتة لمصالحهم المهددة بالضياع[٢].

وسنتناول دراسة القضاء المستعجل في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: التعريف بالقضاء المستعجل وشروطه.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للقضاء المستعجل وتحديد حالاته.

المطلب الثالث: إجراءات الدعوى المستعجلة.

١- وتجدر الإشارة إلى ان القضاء المستعجل لا يعد غريباً عن الفقه الإسلامي، ذلك ان الفقهاء المسلمين بحثوا عنه في أبواب متفرقة ومن ذلك ما ورد في باب النفقة، إذ أجازوا للقاضي ان يحدد نفقة مؤقتة إلى طالبها على إن يؤثر ذلك في أساس الدعوى ونصت المادة (٦٥٦) من مجلة الأحكام العدلية (بأن المديون مؤجلاً لو أراد الذهاب إلى ديار أخرى وراجع الدائن القاضي وطلب كفيلاً يكون مجبوراً على الكفيل، والا قرر القاضي منعه من السفر).

٢- للتوسع راجع عمار سعدون المشهداني، القضاء المستعجل، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص ٥.

المطلب الأول
التعريف بالقضاء المستعجل وشروطه

لم تتضمن غالبية التشريعات المعاصرة على نص يعرف القضاء المستعجل وقد تركت هذه المسألة للفقه والقضاء، والذي عرف[١] القضاء المستعجل بأنه قضاء وقتي يهدف إلى حماية قضائية وقتية لا تمس أصل الحق وإنما لدرء الخطر الحقيقي المحدق به وذلك احتراماً للحقوق الظاهرة ولحماية مصالح الأطراف المتنازعة.

وقد عرفت المادة (٤٨٤) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي لعام ١٩٧٥ القضاء المستعجل بأنه (قرار مؤقت، يصدر نتيجة لطلب أحد الخصوم وبحضور الخصم الآخر أو ان يتم استدعاء الخصوم في الحالات التي يعطي فيها القانون للقاضي صلاحية اتخاذ إجراءات ضرورية بصورة مستعجلة). فالقضاء المستعجل قرار تتخذه محكمة مختصة بإصداره بناء على طلب من الخصوم عندما تكون المصلحة ودون المساس بأصل الحق الذي يحمي هذه المصلحة. وقد تصدت محكمة النقض[٢] المصرية إلى تحديد القضاء المستعجل (بأنه يقوم على توافر الخطر والاستعجال الذي يسوغ تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به رد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استعجاله).

وقد اختلف الفقه بصدد شروط اختصاص القضاء المستعجل فمنهم من يقصره على شرط واحد هو الاستعجال والبعض الآخر يستلزم توفر شرطين وهما الاستعجال وان يكون الطلب وقتياً، وذهب اتجاه آخر من الفقه[٣] إلى أن شروط القضاء المستعجل ثلاثة وهي الاستعجال وان يكون هناك طلباً وقتياً وعدم المساس بأصل الحق.

١- للتوسع راجع د. محمد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٥٩. وتجدر الإشارة إلى أن مشروع قانون الإجراءات المدنية العراقي الذي أعد من قبل أحد اللجان المتخصصة في دائرة إصلاح النظام القانوني (الملغاة) عرف القضاء المستعجل: (قرار وقتي تتخذه المحكمة طبقاً للإجراءات التي يحددها القانون للوقاية من خطر التأخير في حماية حق يرجح وجوده).

٢- نقض مدني جلسة ١٩٦٦/٢/١٨ مجموعة المكتب الفني السنة ١٧ العدد الأول الطعن رقم ٢٠٣ السنة ٣١، ص ١٤٨.

٣- محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، ط٤١، ١٩٧٧، ص ٢٩، محمد علي راتب، محمد مصر الدين كامل، محمد فاروق راتب، قضاء الأمور المستعجلة، ط٥، ١٩٦٨، ص ١٣.

ونعتقد ان هذا الرأي هو الراجح، ذلك لأن الاقتصار على شرط الاختصاص لا يمكن التسليم به، لأن القضاء المستعجل لا يصدر الا أحكاماً وقتيه وسنتناول دراسة شروط القضاء المستعجل في النقاط الثلاث الآتية:

أولاً: يجب ان تتوافر حالة الاستعجال

يعرف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم درءه بسرعة[١] لا تحمل الانتظار ولا يمكن ان تحقق عن طريق القضاء العادي، وحالة الاستعجال التي تتضمن خطراً محدقاً بالحق أو وقوع ضرر للخصم قد يتعذر تلافيه، أمر متروك لتقدير المحكمة تستنبطه من ظروف الدعوى وطبيعة الحق المطالب به وان القانون قد نص على ان هذا الأمر يعد من اختصاص القضاء المستعجل.

وقد تصدت محكمة النقض المصرية إلى تعريف الاستعجال، فقررت ان (مناط اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالطلب المستعجل ان يقوم على توافر الخطر والاستعجال، الذي يسوغ تدخله لإصدار قرار وقتي لرد عدوان يبدو للوهلة الأولى أنه بغير حق ومنع خطر لا يمكن تداركه أو يخشى استفحاله إذا ما فات عليه الوقت) [٢].

ويجب التمييز بين حالة الاستعجال وبين نظر الدعاوى على وجه السرعة، إذا قد ينص القانون على اعتبار النظر في بعض الدعاوى بصورة مستعجلة، كما في دعوى الشفعة[٣] ودعاوى إشهار الإفلاس وغيرها من الدعاوى التي ينص القانون على ان النظر فيها يكون بصورة مستعجلة ولكن ليست من اختصاص القضاء المستعجل، وهذه الدعاوى تحكم فيها المحكمة بأحكام حاسمة تتصدى لأصل الحق الذي تتضمنه هذه الدعاوى.

١- د. احمد أبو الوفا، المرفقات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٢٤٤، محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٥٧، محمد علي راتب، المرجع السابق، ص ٥٠.

٢- نقض مدني جلسة ١٩٦٦/٦/١٨، المكتب الفني – السنة ١٧، العدد الأول الطعن رقم ٢٣ لسنة ٣١ القضائية، ص ١٤٨.

٣- المادة ٢/١١٣٩ من القانون المدني العراقي.

ثانياً: ان يكون الإجراء وقتياً

لا يكفي توافر عنصر الاستعجال وانما يجب ان يكون الإجراء الذي يواجه هذا الخطر المستعجل، إجراء وقتي وليس بإجراء موضوعي، فإذا تضمنت الدعوى المستعجلة طلباً موضوعياً كالحكم بالملكية أو الفسخ أو البطلان، فإنها عند ذلك لا تكون من اختصاص القضاء المستعجل، وهذا هو الذي يميز بين القضاء الموضوعي والقضاء المستعجل، فقد يكون هذا الإجراء الوقتي هو الحراسة أو الهدم أو إثبات حالة ونحو ذلك، فالإجراء الوقتي هو ترتيب وضع مؤقت حتى يفصل في أصل الحق.

ثالثاً: عدم المساس بأصل الحق

لما كان القضاء المستعجل يختص بالفصل في الاجراءات الوقتية أو التحفظية والتي يخشى عليها من فوات الوقت أو درء خطر محدق الوقوع بها، فإن هذا الاختصاص يحتم على القاضي في الأمور المستعجلة عدم تعرضه لأصل الحق ولا يسمح له إحداث تغيير في المراكز القانونية الموضوعية للخصوم وانما يقتصر دوره باتخاذ قراره في ضوء ظاهر المستندات المقدمة إليه لدرء الخطر ودون التعرض لأصل الحق، ونتفق مع الأستاذ[1] محمد عبد اللطيف إلى ان المقصود بأصل الحق والذي لا يتعرض القاضي إلى المساس به هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز له ان يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير أو التأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما وليس له ان يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني، وقد فصلت محكمة النقض المصرية[2] بأن (مأمورية قاضي الأمور المستعجلة ليست الفصل في أصل الحق بل هي إصدار حكم وقتي بحت يرد به عدواناً بادياً للوهلة الأولى بغير حق).

وإذا كانت مهمة القاضي المستعجل تلزمه بعدم التعرض لأهل الحق، فإن هذا لا يمنعه من اتخاذ كافة الاجراءات الضرورية لحماية حقوق الخصوم ووضع الحلول التي تستقر معها العلاقة القانونية مؤقتاً وهو في بحثه هذا لا يعدو ان يكون بحثاً عرضياً عاجلاً لمعرفة أي من الطرفين أجدر بالحماية الوقتية[3].

١- محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٩٣.

٢- مستعجل أهلي ١٩٣٤/١١/١٩، مجلة المحاماة المصرية السنة (١٥)، ص ٢٨٢.

٣- محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٥٨.

ويترتب على شرط عدم المساس بأصل الحق في القضاء المستعجل النتائج الآتية وهي:

١- لا يجوز لقاضي الأمور المستعجلة توجيه اليمين الحاسمة أو المتممة، لأن توجيهها يترتب عليه المساس بموضوع الحق، فلا يتصور في حالة قبول الخصم اليمين أو ردها على خصمه أو النكول عنها ان يظل الموضوع سليماً دون ان يؤثر هذا اليمين على موضوع الحق المتنازع عليه.

٢- لا يختص القضاء المستعجل بالفصل في الادعاء بالتزوير، لأن الفصل فيه يستلزم الحكم بصحة السند المطعون فيه أو برده وبطلانه وهذا قضاء في أصل الحق.

٣- إذا دفع الوارث أو الخلف بالجهالة أمام قاضي الأمور المستعجلة في سند عادي منسوب صدوره إلى السلف فلا يملك القاضي ان يوجه إلى المدعى عليه اليمين المنصوص عليها في المادة (٣٩) من قانون الإثبات بأنه لا يعلم ان الخط أو الإمضاء أو البصمة تعود لسلفه والذي تلقى الحق منه، لما في ذلك مساس بأصل الحق.

٤- لا يجوز للقضاء المستعجل الاختصاص بطلب إلزام الخصم أو الغير بتقديم سند تحت يده لأنها طلبات موضوعية تقدم إلى قاضي الموضوع ولا تنسجم مع طبيعة القضاء المستعجل[1].

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للقضاء المستعجل وتحديد حالاته

ان الأحكام المستعجلة هي بطبيعتها تدابير مؤقتة تمليها ظروف القضية ودفع الخطر المحدق بالحق ودون التصدي لأساسه، وعليه فإذا زالت الأسباب التي بنيت عليها هذه الأحكام فإنها تنتهي وتصبح في حكم العدم وعلى ذلك استقر القضاء وغالبية الفقهاء على ان الأحكام الصدارة من قاضي الأمور المستعجلة هي أحكام وقتية ولا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، وعليه فإن محكمة الموضوع غير ملزمة

١- للتوسع راجع محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ٤٣٧.

عند الفصل في أصل النزاع بالأخذ بالأسباب التي استند اليها القضاء المستعجل في الحكم بالإجراء الوقتي، فله ان يرجع عنه أو ان يعدله إذا طرأت ظروف أو أسباب تسوغ ذلك، ومع ذلك فإن القرارات الصادرة من قاضي الأمور المستعجلة تقيد القاضي إذا لم تتغير الظروف التي أملتها ويلزم طرفي الخصومة.

وهكذا فإن الأحكام المستعجلة يجب ان لا تتصدى لأساس الحق ولا يكتسب حجية الأمر المقضي فيه، فهي أشبه ما تكون بالإسعافات الأولية في الطب، أما أصل الحقوق بما فيها الالتزامات والعقود فيجب ان تترك لمحكمة الموضوع التي لها وحدها حق الفصل فيها[1].

وقد أورد قانون المرافعات المدنية صوراً وحالات للقضاء المستعجل وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وسنتناول حسب التفصيل الآتي:

١- منع المدعى عليه من السفر

نصت المادة (١٤٢) من قانون المرافعات للمدعي ان يستصدر قراراً من القضاء المستعجل يمنع المدعى عليه من السفر إذا قامت لديه أسباب جدية يرجح معها سفر المدعى عليه بقصد الفرار من الدعوى. والمحكمة ثبت لديها ذلك، ان تكلف المدعى عليه باختيار من ينوب عنه قانوناً في الدعوى حتى تكتسب درجة البتات، فإذا امتنع عن ذلك فللمحكمة ان تصدر قراراً يمنعه من السفر، بعد ان يقدم المدعي كفالة لضمان ما قد يصيب المدعى عليه من ضرر[2].

ويتضح من هذه المادة ان قناعة القاضي في الأمور المستعجلة لابد ان تستند على أسباب وأدلة إثبات مقدمة من المدعي، فإذا قدم هذه الأدلة فإن للمحكمة ان تمنع المدين من السفر ما لم يقدم كفالة تضمن حقوق الدائن وتوكيل من ينوب عنه في الدعوى وهو إجراء تحفظي.

٢- قطع المرافق العامة

أجازة المادة (١٤٣) من قانون المرافعات لمن قطعت عنه المياه أو تيار الكهرباء أو المواصلة الهاتفية أو غير ذلك من المرافق تعسفاً ان يطلب من القضاء

١- أستاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ١٧٠.

٢- راجع المادة (١٥٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

المستعجل إعادتها، ويكون القطع تعسفياً إذا قدم المشترك وصولات تؤيد تسديده لأجور الماء والكهرباء والهاتف الذي قطع عنه، بحجة أنه لم يسدد هذه الأجور، ويجب ان يكون القطع قد تم من قبل الإدارة التي تتولى إدارة هذا المرفق، اما إذا تم من قبل الأفراد، كما لو قطع المؤجر تيار الكهرباء عن المستأجر لغرض التضييق عليه لإخلاء المأجور، فإن هذا القطع لا يكون مشمولاً بأحكام هذه المادة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف[1] بغداد ان (قطع التيار الكهربائي تعسفاً المقصود في المادة (١٤٣) من قانون المرافعات المدنية هو الذي تم تنفيذاً لأمر صادر من الدائرة الرسمية أو الجهة العامة التي تشرف على إدارة هذا المرفق)، ونعتقد ان اشتراط القضاء العراقي ان يكون القطع قد تم من قبل الإدارة وليس من قبل الأفراد أمر يجب ان يعاد النظر فيه لاسيما في ظل التطور الهائل الذي يشهده القطاع الخاص في العصر الحديث، إذ أصبح للأفراد دوراً كبيراً في إدارة وإنشاء المرافق العامة ومن ضمنها الكهرباء والهاتف، لذلك من حق الخصوم الذين قطعت عنهم الكهرباء أو الهاتف ان يستفيدوا من حكم المادة (١٤٣) سواء كان المرفق قد أنشئ من قبل الإدارة أم الأفراد.

٣- إثبات الحالة

أجازت المادة (١٤٤) من قانون المرافعات لمن يخشى ضياع[2] معالم واقعة يحتمل ان تصبح نزاع أمام القضاء ان يطلب من القضاء المستعجل قبل إقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشأن الأحكام المتعلقة بالخبرة والكشف، ويصح للمحكمة ان تتخذ تقرير الكشف سبباً لحكمها، فالطلب المستعجل هو أجراء تحفظي يتم على نفقة الطلب خشية زوال معالمه المادية، تمهيداً لرفع الدعوى أمام محكمة الموضوع، والأمثلة على إثبات الحالة كثيرة نذكر منها، طلب المزارع إثبات قيام المجاورين لأرضه بردم وطمر السواقي في أرضه وتلف المزروعات الصيفية نتيجة عدم وصول الماء لها بسبب واقعة ردم السواقي، أو طلب المؤجر تثبيت الإضرار التي أحدثها المستأجر في الدار المستأجرة أو الكشف المستعجل على بضاعة قابلة للتلف

١- القرار التمييزي المرقم ٣٤/مستعجل/١٩٩٠، والمصادر من محكمة الاستئناف بغداد، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص ١٧٨.

٢- راجع الفقرة الثالثة من المادة (٣٢) من قانون أصلاً المحاكمات المدنية الاردني.

وتقدير الأضرار التي أحدثها المستأجر في الدار المستأجرة أو الكشف المستعجل على بضاعة قابلة للتلف وتقدير الأضرار التي لحقت بها وغير ذلك من الحالات المستعجلة والتي لا تقع تحت حصر.

٤- الإقرار بالسند العادي

أجازت المادة (١٤٥) من قانون المرافعات لمن بيده سند عادي ان يطلب من القضاء المستعجل دعوة من ينسب ليه هذا السند ليقر أنه بخطه أو إمضائه أو بصمة إبهامه، ولو كان الالتزام به غير مستحق الأداء، وهذه الصورة تعد من أكثر الصور شيوعاً في القضايا المستعجلة، وهي طلب الدائن ومن يمثله إحضار مدينه ليقر ان السند العادي الذي بيده قد كتب بخط المدين أو ان الإمضاء أو بصمة الإبهام التي على السند تعود للمدين، فإذا أقر المطلوب إقراره بما طلبه الدائن، فإن المحكمة تثبت ذلك الإقرار في محضر الجلسة وتقرر ختام المرافعة أما إذا أنكر لما طلبه المدعي، فعند ذلك تقوم المحكمة بإجراء التحقيق في الواقعة طبقاً للإجراءات المقررة في المادة (٤٠) من قانون الإثبات النافذ، اما إذا سكت المطلوب إقراره ولم ينكر، فيعد ذلك إقراراً منه طبقاً للفقرة الثالثة من المادة (١٤٥) من قانون المرافعات.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة[1] بداءة المحمودية دعوة المطلوب الإقرار منه للمرافعة وتثبيت إقراره بعائدية التوقيع على السند العادي الموجود لدية لاحتمال حصول نزاع مستقلاً وعند إنكاره أثناء إجراء التحقيق وتثبيت الواقع في ضوء نتيجة التحقيق قررت المحكمة المذكورة تأييد ثبوت توقيع البائع المطلوب الإقرار ضده على عقد البيع المبرز بوصفه سنداً عادياً والمبرم بين طالب الإقرار والمطلوب الإقرار ضده.

٥- سماع شاهد في دعوى لم تعرض أمام القضاء:

اجازت المادة (١٤٦) لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد امام القضاء ويحتمل عرضه عليه ان يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد امام القضاء المستعجل وتكون المصاريف على المدعي[2]. وهذا

١- رقم القرار ٨٠/مستعجل في ١٩٩٣/٢/٢٠، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص ١٨٣.

٢- استاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص١٦٣.

الاجراء كثيراً ما يلجأ إليه من يخشى سفر الشاهد الذي يثبت حقه تجاه المطلوب الاجراء المستعجل ضده أو يخشى موته أو انتقاله إلى جهة غير معلومة بسبب الكوارث الطبيعية أو الحروف فيطلب من المحكمة الاستماع إلى هذا الشاهد لتكون شهادته دليل اثبات يستند إليه في المستقبل لإثبات دعواه.

٦- الحراسة القضائية:

الحراسة القضائية اجراء تحفظي بموجبه، يضع قاضي الأمور المستعجلة بوضع المنقول أو العقار تحت الحراسة القضائية، وقد نصت المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية أنه (يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار إذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه، ويكون تعيين الحارس اجراً تقدره المحكمة).

وتحدد المحكمة في قرارها مهمة الحارس والتزاماته وما له من حقوق وسلطة، فإن سكت الحكم عن ذلك تسري الأحكام الآتية:

١- يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وادارتها وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد وان يقدم للمحكمة حساباً بما تسلمه وبما انفقه معززاً بالمستندات.

٢- لا يجوز للحارس في غير اعمال الادارة ان يتصرف، الا باذن من القضاء ولا يجوز[1] له بطريق مباشر أو غير مباشر ان يحل أحداً محله في أداء مهمته كلها أو بعضها.

وعليه فإن محكمة القضاء المستعجل يجب ان تتأكد من توفر شرط المصلحة المشروعة التي يحميها القانون والتي تستند على حق، ثم تتحقق من توفر شروط المصلحة المشروعة المطلوب وضعها تحت الحراسة القضائية، ويجب ان تتأكد من شرط الخطر العاجل من بقاء المال بيد حائزه، ومن أمثلة طلب تعيين حارس قضائي ان يكون هناك نزاع على ملكية عين ويخشى من بقائها في حيازة حائزه، كأن يكون معسراً ويخشى منه التصرف في العين، فيطلب تعيين حارس قضائي ليتولى حفظ

١- المادة (١٤٨) من قانون المرافعات.

العين واستغلالها حتى يفصل في النزاع على ملكيتها، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف[1] بغداد انها وجدت القرار المميز مخالف لأحكام المادة (١٤٧) من قانون المرافعات التي تشترط لغرض الاستجابة إلى تعيين حارس قضائي، ان يكون هناك نزاع على منقول أو عقار وان يكون هذا المال قد أصبح هناك ما يخشى عليه خطراً عاجلاً إذا بقي تحت يد حائزه فيوضع بقرار من محكمة القضاء المستعجل تحت الحراسة للمحافظة عليه وادارته مع غلته إلى من يثبت الحق فيه، وان ما ادعاه طالب الحراسة ممن سبب لا يتفق مع ما تتطلبه هذه المادة من أسباب لوضع الحراسة وعليه قرر نقض الحكم.

٧- الحالات المنصوص عليها في القانون

وهي الحالات التي تصدر فيها المحكمة قرارتها طبقاً لأحكام المادة (١٤٩) من قانون المرافعات، إذ يجوز للطالب ان يستصدر أذناً من القضاء المستعجل للقيام بتنفيذ التزام على نفقة خصمه أو للقيام بعمل أو تصرف وذلك في الأحوال المنصوص عليها في القانون والأمثلة على الحالات التي نص عليها القانون كثيرة نذكر منها ما يأتي:

١- طلب رب العمل الأذن له لإكمال العمل المتفق عليه بعقد المقاولة على نفقه المقاول إذا ما توقف عن انجاز العمل أو عجز عن انجازه وسند رب العمل بطلب الإذن هو المادتان (٢٤٨) و(٢٥٠) من القانون المدني.

٢- طلب المستأجر الإذن له بترميم المأجور على نفقة المؤجر عند امتناع الأخير عن اجراءها إذا كانت الاجزاء التي يريد ترميمها تخل بمنفعة المأجور وسند ذلك المادة (٧٥٠) من القانون المدني.

٣- طلب الشركاء اصحاب القدر الأكبر من الحصص في المال المشترك بالأذن لهم بالإنفاق في سبيل الانتفاع بذلك المال وسند الشركاء في ذلك المادة (١٠٦٥) من القانوني المدني.

٤- طلب الشريك الأذن له بالصرف على المال الشائع لغرض إصلاح وترميم ذلك المال وسنده في ذلك المادة (١٠٦٨) من القانون المدني.

١- رقم القرار (٤٠٢) مستعجل في ١٩٩٠/١٠/١٦، مدحت المحمود، المرجع السابق، ص ١٩٢.

٥- وقد اجازت المادة (٣١) من قانون الأحوال الشخصية للقاضي أثناء النظر في دعوى النفقة ان يقرر نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها ويكون هذا القرار قابلاً للتنفيذ.

وإذا ما وجدت المحكمة ان طلب الأذن وفق أحكام المادة (١٤٩) من قانون المرافعات المدنية لا يستند إلى نص في القانون، يبيح للطالب القيام بما طلب فلا يجوز لها اصدار الأذن وانما يجب عليها رد الطلب.

المطلب الثالث

إجراءات الدعوى المستعجلة

ايثاراً للسرعة التي تتطلبها الحالات المستعجلة، فإن المشرع بسط إجراءات رفع الدعوى المستعجلة وقصر المواعيد بشأنها، فنصت المادة (١٥٠) من قانون المرافعات المدنية أن يقدم الطالب المستعجل بعريضة يبلغ فيها الخصم قبل الجلسة المحددة بأربع وعشرين ساعة على الأقل، ويرفق بها ما يعزز طلبه من المستندات وتصدر المحكمة قرارها بشأن الطلب خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام وتسري في شأنه إجراءات التقاضي المقررة في قانون المرافعات والاحكام الخاصة بالمواد المستعجلة.

ويبدو واضحاً من هذه المادة ان جميع ما يطبق من إجراءات على الدعوى العادية تطبق على الدعوى المتضمنة طلب القضاء المستعجل ومنها قواعد الحضور والغياب وقواعد الاختصاص باستثناء الأمور الآتية:

١- ان مدة التبليغ حددها المشرع في الأمور المستعجلة بمدة لا تقل عن أربع وعشرين ساعة، بينما تكون هذه المدة لا تقل عن ثلاثة أيام في الدعوى العادية[١].

٢- شمول القرارات الصادرة من القضاء المستعجل بالنفاذ المعجل بقوة القانون[٢].

١- المادة (٢٢) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٦٥) من قانون المرافعات.

٣- ان قرارات القضاء المستعجل لا يطعن فيها الخصم بطريق الاعتراض على الحكم[١] الغيابي وان صدرت غياباً بحق ذلك الخصم، انما يطعن فيها بطريق التمييز حسب احكام المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية والتي تحدد مدة الطعن في القضاء المستعجل بسبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً.

٤- أجاز المشرع الطعن في الحكم المستعجل استناداً لنص المادة (٢١٦) من قانون المرافعات فور صدوره وذلك قبل الحكم في موضوع الحق وهذا الأمر يعد خلافاً للقاعدة العامة للأحكام الصادرة أثناء نظر الدعوى والتي لا تنتهي بها كل الدعوى، فلا يجوز الطعن المباشر فيها الا بعد صدور الحكم الذي ينهي كل خصومة.

٥- استقر الفقه على ان سلطة القضاء المستعجل محددة في نطاق الحكم في المسائل الوقتية وليس لحكمه أي تأثير على أصل الحق، ومن ثم لا يعد رفع الدعوى أمام القضاء المستعجل قاطعاً للتقادم لأنه لا ينصب على محل المطالبة بحق ما يريد المدعي استرداده ليقطع على خصمه مواعيد التقادم[٢].

ونصت المادة (١٤١) من قانون المرافعات المدنية، ان محكمة البداءة تختص بنظر محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل إذا رفعت اليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع، ومفهوم هذا النص القانوني، ان القاضي المختص في الأمور المستعجلة هو قاضي البداءة إذا رفعت إليه الدعوى المستعجلة بصفة أصلية، وعلى ذلك لا يجوز لغيرها من المحاكم النظر في التدابير المستعجلة كقاعدة عامة ذلك لعدم اختصاصها في ذلك، ولأن عدم الاختصاص يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للخصوم الاتفاق على خلافه، فيجوز للقاضي ان يرد الطلب من تلقاء نفسه، وتختص محكمة الموضوع بنظر القضايا المستعجلة إذا رفعت اليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع، كما في محكمة الأحوال الشخصية ومحكمة المواد الشخصية والتي تعد المحكمة المختصة نوعياً بنظر المسائل المستعجلة الداخلة ضمن اختصاصها، فالمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، تدخل ضمن مفهوم القضاء

١- المادة (١٧٧) من قانون المرافعات.

٢- محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص ١٧٥.

المستعجل وتختص بنظرها محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية حسب مقتضى الحال ولا تختص بنظرها محكمة البداءة وذلك تطبيقاً لأحكام المادة (٣٠٢) من قانون المرافعات التي نصت ان (محكمة الأحوال الشخصية تختص بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة مؤقتة أو بتعيين أمين على محضون على حضانته يقوم برعايته والمحافظة عليه إذا قام لديها من الأسباب ما يخشى من خطر عاجل على طالب النفقة أو على بقاء المحضون تحت يد حاضنة حتى يبت في أساس الدعوى، كما تختص بغير ذلك من الأمور المستعجلة الداخلة في اختصاصها). وكذلك يجوز لمحكمة الاستئناف النظر في التدابير المستعجلة إذا رفعت اليها بطريق التبعية وكانت الدعوى الأصلية منظورة امامها وذلك تطبيقاً فحكم الفقرة الثانية من المادة (١٤١) من قانون المرافعات.

واستناداً لما تقدم فإن القضاء المستعجل يختلف عن القضاء العادي في الأمور الآتية:

١- ضرورة توافر حالة الاستعجال في القضايا المستعجلة المعروضة أمام المحكمة، لأن القضاء المستعجل يستلزم اتخاذ إجراءات سريعة، قد يتعذر اتخاذها في القضاء العادي.

٢- ان القضاء المستعجل حكمه مؤقت[١] ولا يمس الموضوع ولا يؤثر على أصل الحق ولا يكون لأحكامه حجية الشيء المقضي فيه وذلك خلافاً للقضاء العادي.

ونتفق مع الرأي[٢] الذي يذهب إلى ضرورة ايجاد قضاء خاص بالمحاكم يطلق عليه القضاء المستعجل، لأن وجود محكمة خاصة بهذا القضاء يؤدي إلى تحقيق الغرض المنشود من هذا القضاء لاسيما بعد تطوره في العصر الحديث.

١- نصت الفقرة الثالثة من المادة (٣٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على ان القرار الذي يصدر بقبول طلب المستدعي في المسائل المستعجلة يكون على ذمة الدعوى الموضوعية ولدين الفصل فيها.

٢- د.أحمد مسلم، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

المبحث الثالث
القضاء الولائي

لا جدال ان الوظيفة الاساسية للقضاء العادي، هي الفصل في المنازعات بقرارات لا تصدر الا بعد دعوة الخصوم وسماعهم، وتوجد بجانب هذه الوظيفة القضائية وظيفة ولائية ادارية يباشرها القاضي بما له حق الولاية، ربما تستلزمه مصلحة الأفراد في الحصول على الحماية القضائية، ولذلك فإن القضاء الولائي أخذ يحتل أهمية واسعة في الحياة العملية، فلم يعد مقصوراً على حالات معينة، بل كثرت وتنوعت حالاته وأصبحت جميع المحاكم قاصرة عن القيام بأداء وظيفتها الأساسية التي هي الفصل في النزاع، دون الاستعانة به، ويوفر هذا النوع من القضاء حماية سريعة للحق لا توفرها إجراءات التقاضي العادية حتى لو كانت مستعجلة لوجود العديد من الحالات التي لا تمس بأصل الحق وتحتوي على خطر عاجل الا انها تتطلب ان تصدر بصورة مباغتة للخصم، الأمر الذي لا يمكن معه اللجوء إلى القضاء المستعجل.

وقد ظهرت فكرة القضاء الولائي منذ فترة موغلة في القدم[1] لاسيما في القانون الروماني وفي الفقه الاسلامي، فقد كانت التفرقة بين الوظيفتين القضائية والولائية معروفة في القانون الروماني، فقد كان للقضاة نوعين من الاختصاص، قضائي واداري أو ولائي وكان المقصود من الاختصاص القضائي ما يملكه القاضي من سلطة الفصل في المشاكل التي تطرح أمامه في شكل خصومة حقيقية، وأما الاختصاص الولائي فكان يباشره عندما يصدر الأوامر بما له من الولاية العامة ودون ان يبحث في وقائع الدعوى، كالأمر الصادر بوضع يد الشخص على عقار أو

١- للتوسع راجع تيماء محمود فوزي، القضاء الولائي، رسالة ماجستير- كلية القانون، جامعة الموصل ١٩٩٧، ص ٦.

إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وذلك بإبطال حكم الالتزام وارجاع الخصم إلى حالته التي كان فيها قبل التعاقد[١].

والتفرقة بين وظيفتي القضاء معروفة في الفقه الاسلامي، فقد قسم الفقهاء القضاء إلى قولي وفعلي وحدد القضاء الفعلي بما يباشره القاضي من الأعمال التي تصدر عن الولاية العامة كالأذن بتزويج الصغير وشراء وبيع مال اليتيم وقسمة عقاره[٢].

وسنتناول دراسة القضاء الولائي بتوزيعه إلى المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: التعريف بالقضاء الولائي وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الولائي وصوره المختلفة.

المطلب الثالث: إجراءات اصدار القضاء الولائي وصوره وطرق الطعن فيه.

١- الأستاذ محمد العشماوي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ٢٢٨.

٢- راجع في تفصيل ذلك، الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، طبع بغداد ١٩٨٩، ص ٣٦٤، ولقد نشأ القضاء الولائي في العصر الاموي وتطور مع تطور الدولة الاسلامية، لاسيما بعد ان توسعت اختصاصات القاضي فأصبح له النظر في أموال المحجوزين واليتامى والاشراف على الأوقاف وتزويج الأيامى وهم الذين لا زوج لهم سواء كانوا رجالاً أم نساء وذلك عند غياب الولي.

المطلب الأول
التعريف بالقضاء الولائي وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له.

من الصعوبة ايراد تعريف شامل للقضاء الولائي، إذ لا يزال تعريفه محل خلاف في الفقه وذلك بسبب عدم اتفاقهم على مدلول الوظيفة الولائية، ويقصد بالقضاء الولائي في اللغة نسبة إلى الولاية والتي تدل على القرابة والامارة، وعليه فان تسمية القضاء بالولائي ترجع إلى ان القضاء له الولاية العامة التي فيها معنى السلطة والإمرة والايصاء[١].

أما الفقه الاسلامي فلم يعرف اصطلاح القضاء الولائي، غير أنه قسم القضاء إلى قولي وفعلي وضمني، فجاء في رد المختار حاشية ابن عادين[٢] (وعلمت أنه قولي وفعلي فالقولي مثل الزمت وظهر عندي أو علمت والفعلي كتزويج الصغيرة التي لا ولي لها).

أما في اصطلاح الفقه فقد عرف[٣] بأنه عمل يتخذ في ظاهره شكل الحكم من حيث صدوره عن قاض منوط به اصدار الأحكام القضائية لكنه في أساسه عمل اداري يميزه عن العمل القضائي خلوه، من مميزاته، أو هو القرار الذي يصدره القاضي دون مرافعة أو تكليف بالحضور بناء على طلب الخصم وفي غيبة خصمه الآخر، ويصرح فيه بأجراء عمل مؤقت تحفظي في الحالات التي تقتضي تطبيقها السرعة ودون المساس بأصل الحق.

وقد عرفت بعض التشريعات القضاء الولائي أو الأوامر على العرائض ومنها قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني في المادة (١٨٢) بأنه (كل ما يصدره رئيس المحكمة بناء على طلب الخصوم من أوامر وقتية أو تحفظية لا تمس موضوع الحق وان كانت تتعلق به أو بتنفيذه) إذا كان قد صدر حكم به وعرفته المادة (٦٠٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بأنه (القرار الوقتي الذي يصدر دون

١- الزيات، المعجم الوسيط، ج٢، طبع مصر ١٩٦١، ص ١٠٧.

٢- محمد ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج٤، ص ٤١٢.

٣- للتوسع راجع د.عبد الباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع٢ ١٩٦٩، ص ٢٣٢، العشماوي، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

خصومة في الحالات التي يصح فيها اصدار الأمر دون دعوة الخصم وسماعه)، أما قانون المرافعات الفرنسي النافذ فقد عرفه في المادة (٤٩٣) بأنه (قرار مؤقت يتخذ بدون اجراء مواجهة بين الخصوم ودون استدعاء الطرف الآخر).

ولم يورد قانون المرافعات العراقي تعريفاً للقضاء الولائي، غير ان مشروع قانون الاجراءات المدنية العراقي عرفه بأنه (قرار وقتي يصدره القاضي في الأحوال المنصوص عليها في القانون في أمر مستعجل بناء على طلب يقدم إليه في أحد الخصوم ولا يشترط في اصداره ان يتم في مواجهة الخصم الآخر)، ونعتقد ان هذا التعريف يعد من أفضل التعريفات التي وردت بشأن القضاء الولائي.

وسنتناول دراسة شروط هذا القضاء وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: شروط القضاء الولائي.

الفرع الثاني: تمييز القضاء الولائي عن القضاء العادي.

الفرع الأول
شروط القضاء الولائي

نصت المادة (١٥١) من قانون المرافعات العراقي على أنه (لمن له حق في الاستحصال على أمر من المحكمة للقيام بتصرف معين بموجب القانون ان يطلب من المحكمة المختصة اصدار هذا الأمر في حالة الاستعجال بعريضة يقدمها إلى القاضي المختص وتقدم هذه العريضة من نسختين مشتملة على وقائع الطلب واسانيده ويرفق بها ما يعززها من المستندات)، ومن هذا النص نستنتج ان القضاء الولائي يجب ان تتوافر فيه الشروط الآتية:

١- يجب ان يقدم الطلب من شخص له مصلحة أو حق قانوني في اصداره، وهذا الشرط تستلزمه طبيعة الاشياء، لأنه لا يعقل طلب اصدار أمر من القضاء من شخص لا مصلحة له في ذلك.

٢- ان تتوفر حالة الاستعجال في الأمر المطالب به، يعد الاستعجال أحد الشروط الخاصة بالقضاء المستعجل، وقد جعله المشرع التونسي أمراً استثنائياً[١]، فأجاز للقاضي اصدار الأمر كلما توفرت حالة الاستعجال، بينما لم يفرق المشرع العراقي في ذلك، بل جعله شرطاً عاماً لكل حالات الأوامر على العرائض.

٣- ان لا يؤدي الأمر إلى المساس بأصل الحق، فعندما يباشر القاضي عملاً ولائياً، فإنه لا يتعرض إلى أصل الحق بل يقضي بالاعتماد على ظاهر المستندات المقدمة إليه.

٤- ان يقدم الطلب بصيغة معينة وذلك بناء على طلب مقدم من صاحب المصلحة بعدد معين من النسخ ومرفقاً بالمستندات المؤيدة له وهذا ما اتفقت عليه غالبية القوانين المقارنة التي نظمت الأوامر على العرائض[٢].

الفرع الثاني
تمييز القضاء الولائي عن النظم القانونية المشابهة له

لما كان القضاء الولائي تصدر أوامره من القاضي نفسه الذي يمارس الوظيفة القضائية، أدى ذلك إلى الخلط بينه والاحكام القضائية وبين القرارات التي يصدرها القاضي في الأمور المستعجلة، لذلك لابد من التمييز بين هذه الانظمة وذلك في النقطتين الآتيتين:

أولاً: تمييز القضاء الولائي عن القضاء العادي

يختلف القضاء الولائي عن القضاء العادي في أمور عدة نجملها على النحو الآتي:

١- تصدر الاعمال الولائية دون تكليف بالحضور اما في القضاء العادي فلا يستطيع القاضي ان يفصل في أصل الحق الا بعد سماع أقوال الطرفين واسانيدهما ولا يتم ذلك الا بتكليف الخصوم بالحضور أمامه.

١- المادة (٢١٤) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

٢- المادة (١٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (١٨٣) مرافعات يمني، (١٩٤) مرافعات مصري.

٢- يخضع اصدار الاعمال القضائية للقواعد التي ينظمها قانون المرافعات وذلك بأن يتم بناء على رفع دعوى بعريضة ويراعى في الأحكام الصادرة فيه ان تكون مسببة، أما فيما يتعلق بتسبيب الاعمال الولائية الصادرة في صورة أمر على عريضة، فلا يسبب الا إذا صدر مخالفاً لأمر سابق.

٣- يكون الطعن بالاعمال الولائية عن طريق التظلم باجراءات خاصة ويجوز الطعن فيه بالتمييز فقط، اما في القضاء العادي فلابد من اللجوء إلى طرق الطعن المنظمة من قبل القوانين والتي قد تكون اعتراضاً واستئنافاً أو بالتمييز أو إعادة المحاكمة.

٤- يترتب على صدور الحكم في القضاء العادي، تمتعه بحجية الأمر المقضي فيه، والذي يؤدي إلى منع إعادة النظر في نفس القضية، أما القضاء الولائي، فسواء أكان صادراً في صورة أمر على عريضة أو صورة أخرى لا يكتسب حجية الشيء المقضي فيه ويجوز للمحكمة اصدار ما يخالفه واعادة النظر فيه.

٥- يصدر القاضي الأحكام القضائية بالاستناد إلى سلطته القضائية ويصدر الاعمال الولائية بالاستناد إلى سلطته الولائية وهذه السلطة الأخيرة أوسع من السلطة القضائية لقيامها على الملاءمة والتقدير.

٦- الاعمال الولائية تكون مشمولة بالنفاذ المعجل[1] أما الأحكام الصادرة في القضاء العادي فلا تنفذ الا إذا اكتسبت الدرجة النهائية أو تكون مشمولة بالنفاذ المعجل.

ثانياً: تمييز القضاء الولائي عن القضاء المستعجل

بالرغم من ان القضاء الولائي يتشابه مع القضاء المستعجل، لأن كليهما يقوم على توفر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فضلاً عن ذلك ان احكامهما مشمولة بالنفاذ المعجل[2]، فإن القضاء الولائي يختلف عن القضاء المستعجل في الأمور الآتية:

١- ان إجراءات الحصول على القرار المستعجل تتم عن طريق رفع دعوى ومراعاة قواعد الحضور والغياب والتبليغ ومراعاة حرية الدفاع، أما إجراءات الحصول على الأمر الولائي فتتم باتباع إجراءات خاصة ودون مراعاة لقواعد الحضور والغياب أو قواعد المرافعة.

١- المادة (١٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

٢- المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية.

٢- ان تقديم الطلب المستعجل يستلزم منه ان يصدر حكماً قضائياً يتمتع بحجية مؤقتة لا تصل إلى حجية الشيء المقضي فيه، أما عند تقديم الطلب الولائي فيصدر أمراً بذلك ولا يتمتع بأية حجية عند صدوره لذلك يستطيع القاضي ان يصدر ما يخالف الأمر السابق.

٣- يخضع القضاء المستعجل للقواعد العامة التي تنظم العمل القضائي لذلك لابد ان تصدر مسببة، اما الأعمال الولائية، فهي لا تسبب الا إذا خالفت أمراً سابقاً.

٤- ان القرارات الصادرة من القضاء المستعجل يطعن بها حسب القواعد العامة للطعن بالأحكام، أما الاعمال الولائية فيتم الطعن بها عن طريق التظلم والتمييز.

٥- يختلف القضاء المستعجل عن القضاء الولائي من حيث السلطة، فتكون الأولى سلطة قضائية بينما تكون الثانية سلطة ولائية.

المطلب الثاني
سلطة القاضي الولائي وصوره المختلفة

أثار البحث عن سلطة القضاء الولائي نقاشاً حاداً في الفقه، بوصف ان هذه السلطة تعد ضمن السلطات التنفيذية القضائية، مما أدى إلى أثارة التساؤل حول وجود سلطة ولائية خاصة، وذهب جانب من الفقه إلى تقييد سلطة القاضي الولائي بحسب نطاق السلطة الممنوحة للموظف الاداري، ونعتقد ان هذا الرأي بالرغم من وجاهته فإنه محل نظر، ذلك لأن القاضي الولائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير الوقائع المقدمة إليه، فضلاً عن عدم تقيده بوسائل الاثبات المقررة في قوانين الاثبات، لأن له الحرية الواسعة في اجراء التحقيقات اللازمة لتكوين قناعته، وعليه من الصعوبة وضع معيار عام لتحديد نطاق السلطة الولائية للقاضي، لأن هذه السلطة، قد تضيق وتتسع وتنعدم بحسب تنوع الأعمال التي تخول القاضي القيام بها، أما عن صور القضاء الولائي في التشريع العراقي فقد حددت على النحو الآتي:

أولاً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون المرافعات المدنية

فقد أوردت المادة (١٥١) من قانون المرافعات صوراً للقضاء الولائي على سبيل الحصر، لذلك لا يستطيع القاضي اصدرا أي أمر على عريضة الا إذا وجد نصاً

قانونياً يخوله بذلك وأهم صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون المرافعات هي:

١- الأمر الصادر بتسليم نسخة ثانية من الحكم.

٢- قرار المحكمة بشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

٣- الأمر الصادر بإيقاع الحجز التحفظي.

٤- الأمر الصادر بتقدير أجور المحكمين.

٥- قرار المحكمة بمنع المعونة القضائية.

٦- ما تقوم به محكمة الأحوال الشخصية من نصب الوصي وعزله ومحاسبته والاذن له بالتصرفات الشرعية[1].

ثانياً: صور القضاء الولائي التي وردت في قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

١- قرار المحكمة باتخاذ أي اجراء من إجراءات الاثبات.

٢- تصديق المحكمة على محضر الخبير الذي قام بالمضاهاة.

٣- الأمر الصادر بتكليف الخصم بتقديم السند الذي في حوزته.

٤- قرار المحكمة لإجراء الاستجواب.

٥- اذن المحكمة لإعادة استدعاء الشاهد أو سؤاله مرة ثانية.

٦- قرار المحكمة بتقدير اتعاب الخبير واستدعاءه للاستيضاح منه عن أمور معينة[2].

ثالثاً: صور القضاء الولائي الذي نص عليها قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

١- اذن القاضي بزواج المريض عقلياً في حالة عدم الاضرار بمصلحته ومصلحة المجتمع وقبول الزوج الآخر بذلك.

٢- اذن القاضي لمن أكمل الخامسة عشرة من عمره بالزواج.

١- الفقرة الثانية من المادة (٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية.

٢- راجع المواد ١٧، ٥٠، ٥٤، ٥٧، ٧١، ٩٦، ١٤١، من قانون الاثبات.

٣- تعيين حاضنة للصغير عند وفاة الأم وعدم صلاحية الأب لذلك.

٤- توثيق عقد الزواج وإصدار الحجة الخاصة به.

٥- عزل الوصي المختار.

٦- الأذن الصادر من القاضي للزواج بأكثر من زوجة واحدة[١].

رابعاً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠

١- قرار المحكمة باستمرار الولاية بعد بلوغه سن الرشد.

٢- سحب ولاية الولي إذا اثبت سوء تصرفه وقرار المحكمة بإيقاف الولاية.

٣- اقرار المحكمة للوصاية المختارة بعد وفاة الأب.

٤- اقامة وصي مؤقت إذا حكم بوقف الولاية وعزل الوصي وتعيين قيم للمفقود[٢].

خامساً: صور القضاء الولائي التي نص عليها القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

١- الحجز على السفيه وذي الغفلة.

٢- ترخيص المحكمة للولي بتسليم الصغير الذي أكمل ١٥ سنة جزء من أمواله والأذن له بالتجارة إذا امتنع الولي عن ذلك.

٣- نصب الاوصياء على الصغار وتقييد وسلب ولاية الأب والجد إذا عرف بسوء التصرف.

٤- نصب الوصي على الاصم والابكم أو الاعمى الاصم أو الأعمى الأبكم.

٥- اذن المحكمة الشرعية للوصي للبيع والرهن والصلح واستثمار النفوذ وقسمة المال الشائع.

٦- الاذن لحابس بيع الشيء المحبوس بيعه إذا كان عرضة للهلاك.

٧- الحجر على المدين المفلس[٣].

١- راجع المواد ٧، ٨، ١٠، ٥٧، ٨١، ٨٣، من قانون الأحوال الشخصية.

٢- راجع المواد ٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٣٦، ٣٨، ٨٣، ٨٨، ٩٤، من قانونه رعاية القاصرين.

٣- المواد ٩٥، ٩٨، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ٢٧١ من القانون المدني.

سادساً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون التجارة العراقي/ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

١- الحجز الاحتياطي على منقولات الساحب أو الضامن أو المظهر.

٢- الاذن للمصرف بفتح الخزانة لسحب الاشياء الخطرة إذا بلغ المستأجر بذلك ولم يحضر.

٣- اذن المحكمة للمصرف بفتح الخزانة وافراغ محتوياتها إذا لم يدفع المستأجر أجرة الخزانة لأوامر المحكمة لإيداع محتوياتها لدى أمين.

٤- وضع الحجز الاحتياطي على الخزانة[١].

سابعاً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون التنفيذ رقم (٣) لسنه ١٩٨٠

١- اصدار المحكمة قراراً بتأخير التنفيذ وايقافه.

٢- حجز مال المدين ورفعه بناء على طلب من الدائن.

٣- اصدار المحكمة قراراً بقبول التنفيذ من عدمه.

٤- الأمر الصادر بإعطاء صورة من السند المنفذ والأمر الصادر بتأخيره.

٥- إلغاء الحجز أو الاستمرار بتنفيذه[٢].

٦- الأمر الصادر بتخلية العقار المحجوز المعروض للبيع بالمزايدة.

٧- قرار المنفذ العدل الاحالة القطعية للمزايد الأخير عن بيع العقار في المزاد.

١- المواد ١٢٣، ٢٥٣، ٢٥٦، من قانون التجارة.

٢- المواد ٥٥، ٦٣، ٥٠، ٦٨، ٩١، ٩٧، من قانون التنفيذ.

المطلب الثالث

إجراءات اصدار القضاء الولائي وطرق الطعن فيه

سنتناول دراسة هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: إجراءات اصدار القضاء الولائي.

الفرع الثاني: طرق الطعن في القضاء الولائي.

الفرع الأول

إجراءات اصدرا القضاء الولائي.

يختلف القضاء الولائي عن القضاء العادي، ان اجراءاته لا تبدأ برفع دعوى بل عن طريق تقديم طلب معين تتوفر فيه شروط القضاء الولائي، ونصت المادة (١٥١) من قانون المرافعات ان من له حق في الاستحصال على أمر من المحكمة ان يتم ذلك برفع طلب بنسختين إلى المحكمة المختصة باصدار الأمر وهي أما محكمة البداءة أو محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية وحسب الأحوال أو محكمة الموضوع إذا رفع الطلب اليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع وان يتوافر في الطلب ركن الاستعجال ووجود نص في القانون يجيز للمحكمة اتخاذ الأمر المطلوب، ويرفع مع الطلب المقدم الايصال الخاص بدفع الرسم، ولا يؤدي عدم دفع الرسم إلى البطلان، انما يقتصر ذلك على رفض الطلب وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض[1] المصرية إلى ان المخالفة المالية في القيام بإجراء قضائي، لا يترتب عليها بطلان هذا الاجراء ما لم ينص القانون على ذلك.

وبعد ان يتم تقديم الطلب إلى القاضي المختص يقوم بفحص الوقائع والمستندات المقدمة مع الطلب، وله ان يقوم بما يشاء من التحقيقات لغرض التوصل إلى اصدار الأمر أو عدم اصداره أو قد يجيب الطالب عن جزء من طلبه ويرفض الجزء الآخر بحسب القناعة التي تتكون لديه، ولا يصح اصدار العمل الولائي بصورة شفوية بل يجب ان يتم ذلك عن طريق الكتابة[2].

١- نقض مدني رقم ٤٨٩ في ١٩٧٣/٢/٢٩، د.مصطفى مجدي هرجة، الموجز في الأوامر على العرائض، طبع دار الطباعة الحديثة ١٩٩٤، ص ٣١.

٢- جاء في المادة (١٥٢) من قانون المرافعات ان القاضي يصدر امره كتابة بالقبول أو الرفض على ◄

الفرع الثاني
طرق الطعن في القضاء الولائي

اختلفت التشريعات في وسليلة الطعن في القضاء الولائي واقتصرها القانون العراقي على طريق التظلم والتمييز وسنتناول ذلك حسبت التفصيل الآتي:

أولاً: الطعن بالقضاء الولائي عن طريق التظلم

نصت المادة (١٥٣) من قانون المرافعات المدنية على أنه لمن يصدر الأمر ضده وللطالب عند رفض طلبه ان يتظلم لدى المحكمة التي اصدرته خلال ثلاثة ايام من تاريخ اصدار الأمر أو من تاريخ تبليغه وذلك بتكليف الخصم الحضور أما المحكمة بطريق الاستعجال، ويجوز رفع التظلم تبعاً للدعوى الأصلية في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أثناء المرافعة بالجلسة، وتفصل المحكمة في التظلم على وجه الاستعجال بتأييد الأمر أو الغائه أو تعديله ويكون قرارها قابلاً للتمييز.

وتبدأ إجراءات التظلم في القانون العراقي بتقديم طلب أمام من قبل الطالب في حالة رفض طلبه، أو من صدور الأمر في جزء منه، أو يقدم من قبل من صدر عليه الأمر، ويرفع التظلم إلى المحكمة المختصة في نظر النزاع الذي صدر الأمر تمهيداً له، أو بسببه، ويتم رفع التظلم خلال مدة ثلاثة أيام من تاريخ ابلاغ الأمر أو من تاريخ صدوره وذلك بالنسبة للطالب الذي رفض طلبه، والقرار الصادر بالتظلم لا يكون نهائياً، بل يجوز الطعن فيه بالتمييز[1].

ثانياً: الطعن بالقضاء الولائي عن طريق التمييز

يكون الطعن بالتمييز في القرار الصادر في التظلم من الأمر وليس الأمر نفسه وتكون مدة الطعن سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً حسب نص

◄ احدى نسختي العريضة وإعطاء الطالب صورة رسمية من الأمر بذيل النسخة الثانية من العريضة ويحفظ الأصل في كتاب المحكمة ويبلغ من صدر الأمر ضده بصورة منه.

١- بالرغم من ان الاستئناف طريقاً عادياً للطعن في الأحكام ومع ذلك نصت عليه غالبية القوانين بوصفه طريقاً للطعن في الاعمال الولائية بالرغم من الاختلافات الواسعة بينهما. راجع المواد (٢٢٢) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي، والمادة (٦٠٣) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والمادة (٤٩٦) من قانون المرافعات الفرنسي والمادة (١٨٦) مرافعات يمني والمادة (٢٢٠) مرافعات مصري.

المادة (٢١٦) من محكمة الأموال الشخصية أو المواد الشخصية أو محكمة العمل أو محكمة الاستئناف، أما إذا صدر القرار بالتظلم من محكمة البداءة فإن محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية هي التي تختص بنظره[١]. وفي حالة تقديم الطلب إلى جهة عير مختصة، فإنها تقوم بإحالته إلى المحكمة المختصة بذلك[٢].

وفي حالة رفض التظلم وصدور قرار من محكمة التمييز بتصديقه فإن ذلك لا يمنع من إقامة دعوى بذات الحق في موضوع التظلم في المحاكم المختصة، لأن قرارات القضاء الولائي ليس لها حجية على موضوع النزاع، بل تقتصر حجيتها على ما يتعلق بالقضاء الولائي نفسه، لذلك يجوز للمتظلم رفع دعوى الاستحقاق أو الدخول في الدعوى شخصاً ثالثاً، كما يجوز له اقامة دعوى اعتراض الغير، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز[٣] العراقية (ان التظلم من أمر الحجز واكتساب القرار الدرجة القطعية لا يمنع المتظلم من اقامة دعوى الاستحقاق أو اقامة دعوى اعتراض الغير، لأن قرارات القضاء الولائي لا حجية لها على موضوع النزاع لأنها تعتمد على ظاهر المستندات ودون المساس بأصل الحق المتنازع عليه).

١- الفقرة الثانية من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات وجاء في الفقرة الثالثة منها أنه لا يقبل تمييز الأوامر على العرائض الا بعد التظلم فيها أما من أصدرها طبقا كما هو مبين في المادة (١٥٣) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدني.

٣- رقم القرار ١٩٨٠ في ١٩٧٥/٦/٢٢ مجلة الأحكام العدلية، ع١، س٦، ١٩٧٥، ص ١٧٩.

الفصل العاشر

نظرية التحكيم
والعرض والإيداع

نظم المشـرع العراقي الأحـكام الخاصة بالتحكيم في البـاب الثاني من قانون المرافعـات وفـي المواد (٢٥١- ٢٧٦)، ونظم العرض والإيـداع في المواد (٢٧٧- ٢٨٥) مـن هذا القانون، فضلاً عـن ذلك فإن القانون المدني تعرض لأحكام العرض والإيداع في باب انقضاء الالتزام وفي المواد - ٣٨٥- ٣٨٩) وعليه سنتناول دراسة هذا الفصل في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: نظرية التحكيم

المبحث الثاني: العراض والإيداع

المبحث الأول
نظرية التحكيم

الأصل ان الفصل في المنازعات يجب ان يكون من اختصاص سلطة القضاء الذي نظمته الدولة، غير ان القانون أجاز للخصوم استثناء، ان يعرضوا المنازعات التي تنشأ بينهم على أفراد ومحكمين يمنحونهم الثقة ويطمئنون لقضائهم، لذلك عني قانون المرافعات المدنية بنظام التحكيم وأفرد له باباً خاصاً نظم به هذا النوع من وظيفة القضاء التي يباشرها الأفراد ودون ان يكون لديهم سلطة الولاية العامة في نظر الخصومات والفصل فيها، وسبب الالتجاء إلى التحكيم، يرجع إلى ما يتميز به هذا النظام من سرعة في الاجراءات وتجنب الكثير من النفقات التي يتكبدها الخصوم عند اللجوء إلى القضاء العادي، فضلاً عن ذلك ان الخصوم في التحكيم يختارون الشخص الذي يثقون به وبقرار حكمه، فحكم المحكم يتم بالرضا والاطمئنان وبعيداً عن المماطلة، ففي غالب الأحوال يلقى تنفيذ حكمه القبول من الخصوم الذين صدر الحكم ضدهم، فحكم المحكم يستمد ولايته من ارادة الخصوم وعلى خلاف ولاية القضاء العادي التي تفرض عليهما والذي تتميز حكمها بالقسر والإجبار[1].

وتبدو أهمية التحكيم في القضايا التجارية واضحة، لأنها تتلاءم مع ما تتطلبه التجارة من سرعة في حسم المنازعات واقتصاد في النفقات[2] والإجراءات، وتزداد هذه الأهمية في المنازعات الدولية، لأن المتعاملين في التجارة الدولية يترددون في طرح منازعاتهم أمام المحاكم الوطنية وذلك خشية تطبيق قواعد القانون الداخلي التي لا تأخذ بنظر الاعتبار ضرورة التعامل التي تقتضيها هذه التجارة، ولذلك فإن اللجوء إلى التحكيم في مجال التجارة الدولية يلقى قبولاً أكثر من قبل المتعاملين

١- الأستاذ محمد العشماوي، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

٢- للتوسع راجع أستاذنا الدكتور، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري، طبع جامعة بغداد ١٩٩٢، ص٢٠ وما بعدها.

وأصبح الطريقة الشائعة لفض المنازعات، بل إن أهمية التحكيم التجاري وجدت لها مكاناً في التشريعات الوطنية المختلفة، فبعد ان كانت التشريعات تنظم التحكيم على الصعيد الداخلي والوطني، نجدها الآن تفرد فصولاً كاملة من نصوصها لأحكام التحكيم التجاري الدولي، فمثلاً أضاف المشرع الفرنسي في قانون المرافعات النافذ فصلاً خاصاً بالتحكيم التجاري الدولي[1] وكذلك نظم قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة أحكام التحكيم الدولي في المواد من (٨٠٩- ٨٢١)، وقد استقى هذا القانون احكامه من قانون المرافعات الفرنسي[2].

وسنتناول دراسة التحكيم بتوزيعه إلى المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: ماهية التحكيم وشروطه

المطلب الثاني: نطاق التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له.

المطلب الثالث: إجراءات التحكيم وطرق الطعن في القرار التحكيمي.

المطلب الرابع: أثار التحكيم وانقضاؤه وتنفيذه.

١- لاحظ التعديل للمادة (٥٠٢) من قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ بالمرسوم الصادر في ١٩٨١/٥/٢١.

٢- وقد تعرض نظام التحكيم للنقد الشديد بوصفه نظاماً خطراً، ذلك ان التحكيم لا يرقى إلى مستوى القضاء من حيث الضمانات التي يوفرها للخصوم، لأن المحكمين بالرغم من الثقة التي منحت اليهم من الخصوم فانهم في الغالب ليست لديهم قدرة القضاة في تمرسهم بدراسة القضايا وثقافتهم القانونية، مما يوقعهم في الخطأ، وبذلك تتعرض مصالح الخصوم للخطر لذلك فإن المصلحة تستلزم ان يقتصر تطبيقه على الحالات التي تتطلب خبرة خاصة وتخصصاً معيناً كما في المعاملات التجارية ذات الصفة الدولية، وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي ان الأخذ بالتحكيم يرجع إلى ما جرت به عادة البلاد من اللجوء إليه في الكثير من المنازعات لاسيما المعاملات التجارية.

المطلب الأول
ماهية التحكيم وشروطه

يقصد بالتحكيم لغة، قضى بالأمر وقد ورد في القرآن الكريم: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾[١].

والتحكيم نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين، ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي[٢].

أما مصطلحات التحكيم فهما (شرط التحكيم) و(مشارطة التحكيم)، فشرط التحكيم Clause Compronissoire ويقصد به الاتفاق مقدماً على عرض النزاع الذي قد ينشأ مستقبلاً في قضية معينة على محكمين للفصل فيه، ومثال ذلك ان يدرج في عقد بيع بضاعة معينة شرط بموجبه يصار إلى فض النزاع الذي يتعلق بتحديد نوع إلى التحكم.

أما مشارطة التحكم Compromis، فهي الاتفاق على التحكيم بعد قيام حالة النزاع[٣]، ودون ان يكون هناك شرط في العقد المبرم بين الطرفين على التحكيم، وقد أشارت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي إلى كل من الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين).

والتحكيم طريق استثنائي، لذلك لا يجوز جبر الأفراد على الرجوع إلى المحكمين دون اتفاقهم على ذلك، فالأصل ان التحكيم جوازي اختياري، ولكن هذا لا يمنع من ان ينص القانون على الالتجاء إلى التحكيم الإلزامي[٤]، وحيث ان التحكيم عقد فإن له شروطاً موضوعية وأخرى شكلية نجملها على النحو الآتي:

١- سورة النساء الآية (٦٥). راجع المعجم الوسيط الجزء الأول، ص ١٩٠، وعرفت المادة (١٧٩٠) من مجلة الأحكام العدلية التحكيم بأنه (اتخاذ الخصمين قاضياً برضاهما، لفصل خصوماتها ودعواهما).

٢- د. صلاح الدين الناهي، مبادئ التنظيم القضائي، المرجع السابق، ص ١٩٣، حسن المؤمن، الوجيز في التحكيم، طبع بيروت ١٩٧٧، ص ١٠.

٣- د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط٥، ١٩٨٨، ص ١١٥.

٤- وتجدر الإشارة إلى ان قانون التحكيم الأردني في جمع بين صورتي الاتفاق على التحكيم سلفاً في النزاع القائم والاتفاق مستقبلاً بمصطلح (اتفاق التحكم) جمعاً يستفاد التسوية بينهما وجاء في الفقرة الثانية في هذا القانون المكرسة لتحديد المصطلحات ان عبارة (اتفاق التحكيم هي الاتفاق الخطي المتضمن الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن). للتوسع، د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ١٩٤.

أولاً: الشروط الموضوعية لعقد التحكيم

الأصل ان التحكيم تصرف إرادي جوازي، ولذلك يشترط لانعقاده على النحو الصحيح، توفر الأركان والشروط اللازمة لانعقاده وصحته، فيشترط توافر التراضي والأهلية والمحل والسبب، ويجب ان يتحقق ركن التراضي صراحة أو ضمناً سواء بالنسبة للمحكم أو الأطراف المتنازعة، اما محل عقد التحكيم فهو إجراء عملية التحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن عقد معين بين أطرافه، اما السبب فهو رغبة الأطراف في النزاع بالتحكيم والنزاع يجب ان يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب، واستلزمت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات بأن لا يكون المحكم قاصراً أو محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره، أما عن جواز تحكيم القضاة فإن هذه المادة أشارت بعدم جواز ان يكون المحكم من رجال القضاء الا بأذن من مجلس القضاء وذلك ضناً بوقتهم وإبعاداً لهم عن مواطن الريب.

ويجب ان يكون المحكم متمتعاً بالأهلية الكاملة ولا فرق ان يكون ذكراً أو أنثى ويشترط كذلك ان يكون من الأشخاص الطبيعيين، فلا يجوز ان يكون المحكم شخصاً معنوياً وهذا ما نصت عليه المادة (٧٦٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني (لا تولى مهمة المحكم لغير شخص طبيعي، وإذا عين عقد التحكيم شخصاً معنوياً فتقتصر مهمته على تنظيم التحكيم)، وهذا النص يتطابق مع المادة (١٤٥١) من قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ المعدل.

ويقصد بتنظيم التحكيم، ان الخلاف الذي ينشأ عن عقد التحكيم يصار تسويته إلى الشخص المعنوي ولا يكون هذا الشخص محكماً، أي لا يتولى مهمة التحكيم، بل يتم اختيار المحكمين من قبل الأشخاص الطبيعيين.

ثانياً: الشروط الشكلية لعقد التحكيم

نصت المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات على أنه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم الا بالكتابة، ويجوز الاتفاق عليه أثناء المرافعة، فإذا ثبت للمحكمة وجود اتفاق على التحكيم أو إذا أقرت اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة عند ذلك تقرر اعتبار الدعوى متأخرة إلى ان يصدر قرار التحكيم). ويتضح من هذا النص ان الكتابة تعد شرطاً لإثبات عقد التحكيم وانها ليست لها علاقة بانعقاده، ولا يشترط في الكتابة ان تكون رسمية أو أية شكلية معينة، غير ان هذا النص يستعبد من

ناحية أخرى إمكانية إثبات عقد التحكيم بشهادة الشهود مهما كانت قيمة الشيء محل التحكيم[1]. وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي أنه ولأهمية عقد التحكيم وخطورته فلا سبيل لإثباته بغير طريق الكتابة، نظراً لطبيعته الخاصة التي خرج بها على القواعد العامة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية[2] (أن التحكيم في القانون نوع واحد حسب نص المادة (٢٥١) مرافعات وان الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو ان يكون ثابتاً بالكتابة حسب نص المادة (٢٥٢) المعدلة من قانون المرافعات، ويستوي في ذلك ان يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه أثناء المرافعة وفي جميع هذه الحالات يكون من حق أحد الطرفين مراجعة المحكمة المختصة لتعيين الحكم والمحكمين عند استقالتهم أو اعتزالهم ويكون عقد التحكيم مهياً وقاطعاً للخصومة حتى ولو كان أحد طرفي الدعوى دائرة رسمية.

المطلب الثاني
نطاق التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

نقصد بنطاق التحكيم، تحديد الحالات التي لا يصح فيها التحكيم، فضلاً عن ذلك ان التحكيم قد يصعب تمييزه عن بعض الأنظمة الأخرى كالخبرة والصلح وعليه نتناول دراسة هذه الأمور في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
نطاق التحكيم

نصت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي أنه (لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ولا يصح الا ممن له أهلية التصرف في حقوقه

١- وتجدر الإشارة إلى ان قانون التحكيم الأردني لم يشر إلى أي شرط شكلي في ايقاع عقد التحكيم، ومن ذلك وصف اتفاق المحكمين في هذا القانون في المادة الثانية منه بأنه خطي، ولا يعني بذلك أنه شكلي، لأن الكتابة وسيلة وليست ركنا في الأصل، وعليه فإن العقد يخضع للقواعد العامة في العقود القضائية. د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ١٩٧.

٢- رقم القرار ٢٦٣/مدينة أول في ١٩٧٥/٥، ٢ الأحكام العدلية، العدد الأول ١٩٧٥.

ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقاً لقانون الأحوال الشخصية)، وعليه يمكن ان نحدد نطاق التحكيم ضمن الضوابط الآتية:

١- ان التحكيم لا يصح الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، ويقصد بالصلح العقد الذي يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي[١]. وعليه لا يجوز التحكيم مثلاً في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب لأن الصلح لا يجوز فيها[٢].

٢- ان التحكيم لا يصح الا ممن له أهلية التصرف في حقوقه.

٣- لا يصح التحكيم في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية الصرفة فلا يجوز التحكيم في الحالات الخاصة بالنسب وصحة أو بطلان الزواج والولاية على الصغار والوصاية عليهم، لأن هذه القضايا من النظام العام ولا يصح الصلح فيها خلافاً لما يقرره القانون[٣]. اما الحقوق المالية الناشئة عن عقود البيع والقرض والمقاولة والإيجار وغيرها فإنه يجوز التحكيم فيها طبقاً للقواعد العانة المقررة في القانون المدني، وكذلك يجوز التحكيم في قضايا الأحوال الشخصية في الحقوق المالية، كتقدير نفقة أو أثاث الزوجين أو المهر، وذلك ان قضايا الأحوال الشخصية يحكمها نظام تحكيم خاص بها بين الزوجين عند حدوث الشقاق.

٤- لا يجوز إثبات التحكيم الا بالكتابة[٤].

٥- ولا يجوز ان يكون المحكم من القضاة الا بإذن مجلس العدل وكذلك لا يجوز ان يكون قاصراً أو محجوراً أو مفلساً[٥].

٦- لا يجوز التحكيم في القضايا الجزائية لأن النظر فيها لا تملكه سوى المحاكم النظامية المختصة بذلك لتعلقها بالنظام العام.

١- المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي.

٢- المادة (٧٠٤) من القانون المدني.

٣- المادة (١٣٠) من القانون المدني.

٤- المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات المدنية.

٥- المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية.

الفرع الثاني
تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له

يختلف التحكيم عن الخبرة في النواحي الآتية:

١- الخبرة تعني إعطاء الرأي في مسألة استناداً إلى معرفة الخبير واختصاصه في الأمور الفنية أو العلمية التي يبدي رأيه فيها، وهذا الرأي غير ملزم لأي من أطراف النزاع وانما يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ به أو تركه، أما قرار المحكم فيكون ملزماً لأطراف النزاع وواجب التنفيذ عليهم، لأن المحكم شخص أعطاه الخصوم باتفاقهم مهمة الفصل في النزاع القائم بينهم ولا يشترط فيه معرفة أو دراية بعلم أو فن، بل قد يكون غير متخصص ولا خبرة له ومهمته تنحصر في الفصل في النزاع المعروض عليه، فقراره يشبه القرار الذي يتخذه القاضي، وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة[١] التمييز العراقية (ان شرط العاقد كنص الشارع، فإذا اتفق العاقدان على تحكيم شخص ثالث لفض النزاع الناتج عن تنفيذ عقد المقاولة، كان قضاء المحكم قضاء ملزماً وحاسماً للنزاع).

٢- ان المحكم لا يؤدي يميناً لأن ثقة الخصوم به هي التي أدت إلى اختياره. أما الخبير فإنه يؤدي يميناً أمام القضاء بمقتضى قانون الخبراء وقانون الإثبات[٢].

٣- يلتزم الخبير في عمله بمقتضى قواعد قانون الإثبات وقانون الخبراء ولا يجوز للخصوم إعفاءه من ذلك، أما المحكم فقد أجاز المشرع للخصوم عند الاتفاق على التحكيم إعفاء المحكمين من الإجراءات المقررة في قانون المرافعات، فضلاً عن ذلك ان المحكمين إذا كانوا مفوضين بالصلح فإنهم يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام[٣].

ثانياً: تمييز التحكيم عن الصلح

قد يلتبس الأمر عند التمييز بين التحكيم وعقد الصلح لاسيما وان كليهما يهدف

١- رقم القرار ١٣٣٠ في ١٩٥٤/٨/٣٠ أشار إليه استاذ د.فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١٨.

٢- المادة العاشرة من قانون الخبراء رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ والفقرة الثانية من المادة (١٣٤) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٣- المادة (٢٦٥) من قانون المرافعات المدنية.

إلى حسم الدعوى دون استصدار حكم قضائي، ومع ذلك فإن هناك اختلافاً بين التحكيم والخبرة، يمكن ان نجملها على النحو الآتي:

١- يختلف التحكيم عن الصلح، لأن هذا الأخير هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي، أما التحكيم فإنه يقطع الخصومة بصدور حكم من المحكم، فالذي يبت في النزاع في التحكيم هم المحكمون، أما الصلح فإن أطرافه هم أطراف الخصومة نفسهم.

٢- ان التحكيم لا يستلزم تضحية من الجانبين خلافاً للصلح لأن المحكمين يعدون بمثابة قضاة، وعليه يكون هناك صلحاً لا تحكيماً إذا نزل كل من الطرفين عن جزء من ادعاءه وتركا تقدير ما يدفعه كل منهما للآخر إلى خبير بعد ان يحدد في الصلح الأسس التي يبني عليها تقديره.

ويختلف التحكيم كذلك عن التوفيق Consilation لأن إجراءاته أبسط بكثير من إجراءات التحكيم وان الموفق يحاول ان يقرب بين وجهات نظر الطرفين لكي يتوصل إلى إتفاق لتسوية النزاع، كما ان حكم التحكيم يكون ملزماً للأطراف، أما قرار التوفيق، فليست له صفة الإلزام ولا يلتزم الموفق بتطبيق قانون معين[1].

المطلب الثالث

إجراءات التحكيم وطرق الطعن في القرار التحكيمي

إجراءات التحكيم هي الأمور التي يجب مراعاتها عند لجوء الخصوم إلى التحكيم والتي يجب على المحكم ان يسير بموجبها ابتداء من طلب التحكيم ولحين إصدار قرار في القضية المتنازع عليها في التحكيم، فضلاً عن ذلك ان معظم التشريعات تعمد إلى ان تمارس قدراً معيناً من الرقابة القضائية على القرارات التحكمية، ولذلك فان القرار التحكيمي يكون محلاً للطعن أمام المحكمة المختصة، وسنتناول دراسة هذا المطلب بتوزيعه على الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: إجراءات التحكيم

الفرع الثاني: طرق الطعن في القرار التحكيمي

١- استاذنا د.فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ١٩.

الفرع الأول
إجراءات التحكيم

الأصـل ان المحكم لا يلتزم بإتباع إجراءات معينة، إلا إذا اتفق الطرفان على إتبـاع قواعد إجرائيـة أخرى وتنص بعـض القوانين على وجوب إتبـاع المحكمين لقواعد الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك ويمكن تحديد إجراءات التحكيم على النحو الآتي:

أولاً: يجب على المحكمين التقيد بأحكام المادة (٢٦٥) والتي جاء فيها:

١- يجـب على المحكمين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات الا إذا تضمـن الاتفاق على التحكيم أو أي إتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليه المحكمون.

٢- إذا كان المحكمـون مفوضيـن بالصلـح يعفـون من التقيد بإجـراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق بالنظام العام.

وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات ان الأصل ان يراعي المحكمون قواعد المرافعات وان يلتزموا أحكام القانون الموضوعية ولكن القانون أباح للطرفين ان يتفقوا اتفاقاً صريحاً على إعفاء المحكمين، وينبني على ذلك ان المحكمين ملزمون فـي جميع الأحوال بإتبـاع أحكام القانون الموضوعية ولا يجـوز إعفاؤهم منها، أما المحكمـون المفوضون بالصلح فهـم معفون، من التقيد بإجـراءات المرافعات ومن التـزام قواعـد القانون الموضوعيـة، فلهم مثلاً ان يرفضوا تطبيـق قاعدة قانونية أو ان يحكمـوا بمقتضـى قواعد العدالة كرفـض الدفع بمرور الزمـان أو رفض الحكم بالمقاصـة أو بالفوائـد في الأحوال التي نص عليها القانون، وعلى ذلك ان المحكمين المفوضيـن بالصلح يقوم اختيارهم على أسـاس كبير من الثقة فرأيهم عنوان الصحة ويكـون الصلح الـذي أرادوه معتبراً ولا يجوز الطعن عليـه الا إذا خالف قاعدة من قواعد التحكيم أو حكماً من أحكام النظام العام.

ثانياً: يفصل المحكمون في النزاع على أسـاس عقد التحكيم أو شـرطه والمسـتندات ومـا يقدمه الخصـوم لهم وعلى المحكميـن ان يحددوا لهم مـدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناء على الطلبات والمستندات المقدمة

مـن جانب واحد إذا تخلف الطرف الآخر عن تقديم ما لديه من أوجه الدفاع في المـدة المحـددة[١]، وإذا عرضت خلال التحكيم مسـألة أوليـة تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي أخر يوقف المحكمون عملهم، ويصدرون قراراً للخصوم بتقديم طلباتهم إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى ان يصدر حكم بات في هذه المسألة[٢].

ثالثـاً: أوجبت المـادة (٢٦٧) من قانون المرافعات بأن يتولـى المحكمون مجتمعين إجـراءات التحقيق ويوقع كل منهم علـى المحاضر ما لم يكونوا قد ندبوا واحداً منهـم لإجراءات معينة واثبتوا ذلك في المحضر، ذلك ان عمل المحكمين يكون عملاً جماعياً ولا يجوز لأحد منهم ان ينفرد به دون الآخرين.

رابعـاً: وهناك حالات يتدخـل القاضي فيها أثناء إجـراءات التحكيم ويمكن تحديدها على النحو الآتي:

١- **تعييـن المحكم:** عند عدم تحديد الخصوم في اتفاق التحكيم شـخص يقوم بالتحكيم وطلـب أحد أطراف النزاع من المحكمة تعيين المحكم فان قرار المحكمة بتعيين المحكم يكون قطعياً وغير قابل لأي طعن، أما قرارها برفض طلب تعيين المحكم فيكـون قابلاً للتمييز[٣]. ويجب عند تعدد المحكمين ان يكـون عددهم[٤] وتراً عدا حالـة التحكيم بيـن الزوجين، فقد أوجبت الشـريعة الغراء في حالة الشـقاق بين الزوجيـن ان يفصل في الأمـر حكمين أحدهما من أهل الـزوج والآخر من أهل الزوجة وللإصلاح بينهما اسـتناداً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَماً مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحاً يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾[٥].

١- المادة (٢٦٦) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٢٦٨) من قانون المرافعات المدنية.

٣- الفقرة الثانية من المادة (٢٥٦) من قانون المرافعات المدنية.

٤- المادة (٢٥٧) من قانون المرافعات.

٥- سورة النساء الآية (٣٥).

٢- **اتخاذ الإجراءات التحفظية:** ويقصد بها اتخاذ القاضي قرارات مستعجلة لحماية الحق موضوع النزاع وقبل الفصل فيه، وهذه الإجراءات تنفذ فوراً، وبما ان المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ فإن اتخاذه للقرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية، لا يكون لها أثر فاعل من الناحية العملية لأن سلطة التنفيذ محصورة بالسلطة العامة ويجب ان يصدر الأمر بذلك من القاضي، فالأصل إن القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من القاضي، وهذا يمثل جانباً من التعاون بين قضاء الدولة المحكمين وقد نصت المادة (١٤١) من قانون المرافعات ان محكمة البداءة هي التي تختص للنظر في الطلبات المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق.

٣- **رد المحكمين:** من الأمور التي تتدخل فيها المحكمة أثناء إجراءات التحكيم هي حالة طلب أحد أطراف النزاع رد المحكمين وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦١) من قانون المرافعات[1].

٤- **إيقاف إجراءات التحكيم وانقطاعها:** وفي هذه الحالة تطبق المحكمة أحكام وقف الخصومة وانقطاعها المنصوص عليها في قانون المرافعات حسب التفصيل الذي أوضحناه سابقاً[2].

٥- **وتنتهي إجراءات التحكيم بإصدار القرار التحكيمي وتبليغه للأطراف المتنازعة:** وعندئذ تتخذ الإجراءات الخاصة بتنفيذه وقد أوضحت ذلك المادة (٢٧٠) والتي جاء فيها:

١- يصدر المحكمون قرارهم بالإتفاق أو بأكثرية الآراء بعد المداولة القانونية فيما بينهم مجتمعين وطبقاً لما هو مبين في هذا القانون ويجب كتابته بالطريقة التي كتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة.

٢- يجب ان يشمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين. وبعد ان يصدر المحكمون قرارهم يجب عليهم إعطاء صورة منه لكل من الطرفين وتسليم القرار مع اتفاق التحكيم إلى المحكمة

١- يقابل هذه المادة نص المادة (١٤٦٣) من قانون المرافعات الفرنسي

٢- راجع المواد من (٨٢- ٨٤) من قانون المرافعات.

المختصـــة بالنزاع خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره وذلك بوصل يوقع عليه كاتب المحكمة[1].

الفرع الثاني
طرق الطعن في القرار التحكيمي

ألزمـت المـادة (٢٧١) من قانون المرافعـات بإيداع قـرار التحكيم مع اتفاق التحكيم المحكمة المختصة بالنزاع خلال ثلاثة أيام التالية لصدوره وأوضحت المادة (٢٧٥) مـن هذا القانون ان أحكام المحكمين غير قابلة للاعتراض عن طريق الحكم الغيابـي وانمـا يقبل الطعـن بالطرق الأخرى المقـررة في القانون وأشـارت المادة (٢٣٧) مـن قانون المرافعات إلى طريق خاص للطعن في حكم المحكمين بالبطلان. ونتناول هذه الطرق حسب التفصيل الآتي:

أولا- الطعن بالقرار التحكيمي بإتباع الطرق الخاصة بالطعن المقررة بالأحكام عدا الاعتراض: وهي بحسب نص المادة (١٦٨) من قانون المرافعات والاستئناف وإعادة المحاكمة والتمييز وتصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير، والطعن في هذه الحالة يكون منصباً على الحكم الذي تصدره المحكمة المختصة بالنزاع بصـدد القرار التحكيمي وذلك طبقاً للمـادة (٢٧٤) من قانون المرافعات والتي تنـص ان للمحكمـة ان تصدق قرار التحكيم أو تبطلـه كلاً أو بعضاً ويجوز لها في حالة الإبطال كلاً أو بعضاً ان تعيد القضية إلى المحكمين لإصلاح ما شـابه قرار التحكيم أو تفصل في النزاع بنفسها إذا كانت القضية صالحة للفصل فيها، وعنـد ذلك يكون حكمها غير قابل للاعتـراض عليه وانما يقبل الطعن بالطرق المقررة في القانون[2].

١- وتجدر الإشارة إلى ان غالبية التشريعات العربية ومنها قانون المرافعات المصري المادة (٥١) وقانون أصول المحاكمات اللبناني المادة (٩٧٠)، تنص على تسمية القرار التحكيمي بالحكم وهذا الاتجاه منتقد لأن الأفضل تسميته بالقرار بدلاً من الحكم وهذا ما أخذ به قانون المرافعات العراقي وذلك للتمييز بين القـرار والحكم، اما قانون التحكيم الأردني: فيسـتعمل تارة مصطلح حكـم المحكمين وتارة أخرى قرار المحكمين راجع المواد (١٢- ١٧).

٢- المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المدنية.

ثانيـاً- الطعن بالبطـلان في القرار التحكيمي أمام المحكمـة التي أودع لديها قرار التحكيم: أجـازت المادة (٢٧٣) من قانون المرافعـات المدنية للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة ان يتمسكوا ببطلانه، وللمحكمة من تلقاء نفسها ان تبطله في الحالات الآتية:

١- إذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق.

٢- إذا خالـف القرار قاعدة من قواعـد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في قانون المرافعات.

٣- إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار.

وتجـدر الإشـارة إلـى ان دعـوى البطلان، لا تقبـل إلا في حالة عـدم جواز اسـتئناف القرار التحكيمي، فإذا كان الاسـتئناف جائزاً وجب رفعه للطعن في القرار والا لاسـبيل لدعوى البطـلان[1] فضلاً عن ذلك ان البطلان ليـس له مدة محددة فلا يسـقط الحق فيه إلا بانقضاء الأجل المسـقط للحقوق عادة أما طرق الطعن المقررة في القانون، فإن المدد المعينة لمراجعتها للطعن في القرار التحكيمي حتمية، ويترتب علـى عدم مراعاتها وتجاوزها سـقوط الحق وتقضي المحكمة من تلقاء نفسـها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية[2].

وتجدر الإشـارة إلـى ان أحكام القانون الأردني تتطابـق إلى حد ما مع أحكام القانـون العراقي فيمـا يتعلق بالطعن في قرارات التحكيم سـوى ان القانون الأردني لم يسـتخدم لفظ بطلان القرار التحكيمي، بل اسـتخدم لفظ فسخ حكم المحكمين، وان القانون لا يلزم المحكمين بإيداع القرار التحكيمي للمحكمة المختصة[3].

١- الأستاذ العشماوي، المرجع السابق، ص ٣١٣.

٢- المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية.

٣- المـواد ١٣ و١٤ و١٨ مـن قانـون التحكيم الأردني. وتجدر الإشـارة إلى ان قانـون المرافعات المدنية الفرنسـي، أجاز الطعن بطريق الاستئناف في القرار التحكيمي وكذلك بالبطلان، راجع المواد (١٤٨١-١٥٠٣) من هذا القانون.

المطلب الرابع
آثار التحكيم وانقضاؤه وتنفيذه

نتناول دراسة آثار التحكيم وانقضاؤه وتنفيذه في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: آثار التحكيم.

الفرع الثاني: انقضاء التحكيم.

الفرع الثالث: تنفيذ القرار التحكيمي.

الفرع الأول
آثار التحكيم

بعد ان تتوافر الأركان الموضوعية التي يجب توافرها في كل عقد وكذلك توافر الشروط الشكلية، فان عقد التحكيم عند ذلك ينتج آثاره بين الأطراف ويرتب التزامات وحقوق لكل من المحكم والخصوم وذلك حسب التفصيل الآتي:

أولاً: التزامات المحكم

من أهم التزامات المحكم بموجب عقد التحكيم هو النظر في النزاع وإصدار قرار التحكيم النهائي بشأنه، ويجب ان يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الآراء[1].

وقد أوضح القانون في الأسباب الموجبة طريقة إصدار القرار من المحكمين وجعله أسوة بالأحكام وأوجب الإشارة فيه إلى اتفاق التحكيم وشروطه، حتى يراقب القضاء فيما بعد كيفية التزام المحكمين بهذا الاتفاق أو تجاوزه، وأوجب قانون المرافعات في المادة (٢٧١) على المحكم إعطاء كل طرف من الخصوم صورة من القرار وتسليم القرار وما يلحق به من وثائق ومستمسكات إلى كاتب المحكمة خلال ثلاثة أيام من إصداره.

١- للتوسع راجع الأستاذ العشماوي، المرجع السابق، ص ٣٠٤، استاذنا الدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

ويجـب على المحكم ان يصدر القـرار الخاص بالتحكيم خلال المدة التي اتفق عليها الخصوم في عقد التحكيم ويلتزم بالحفاظ على سرية الوثائق التي يطلع عليها.

ثانياً: حقوق المحكم

أهـم حقوق المحكم في مقابـل الالتزامات الواجب قيامه بها، هي حقه في أجرة التحكيم، وقد نصت على ذلك المادة (٢٧٦) ان (أجور المحكمين تحدد باتفاق الخصوم عليها في عقد التحكيم أو في اتفاق لاحق والا فتحددها المحكمة المختصة بنظر النزاع فـي حكمها أو بقرار مسـتقل قبل التظلم والطعن تمييزاً، فضـلاً عن ذلك ان من حقه المطالبة بالمصاريف التي أنفقها بسبب التحكيم مثل نفقات السفر والإقامة ومصاريف الطباعة أو الترجمة أو غير ذلك من المصاريف التي تقتضيها مهمة علمية التحكيم.

ويجـب على الخصـوم ان يمنحوا المحكم سـلطة اتخاذ القرار لحسـم النزاع بالتحكيم وان يزودوه بالوثائق والمعلومات التي لها صلة بموضوع النزاع.

الفرع الثاني
انقضاء التحكيم

يمكن إجمال الأسباب[1] التي ينقضي بها التحكيم بأحد الأسباب الآتية:

أولاً - ينقضي عقد التحكيم بصدور قرار نهائي من المحكمين بالشـكل الذي يحدده القانون: ذلك ان المحكم بعد ان يقبل القيام بالتحكيم يجب عليه ان يستمر بمهمته لحيـن انجازها بصدور قرار فيها ولا يجوز ان يتنحى عن التحكيم دون سـبب مشروع والا التزم بالتعويض لمصلحة الخصوم عن الضرر الذي لحق بهم من جراء تنحيه في وقت غير مشروع ودون عذر مقبول وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦٠) مـن قانـون المرافعات والتي جاء فيها أنه (لا يجـوز للمحكم بعد قبول التحكيم ان يتنحى بغير عذر مقبول ولا يجوز عزله الا باتفاق الخصوم).

١- للتوسع راجع أستاذنا د.فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

ثانيـاً - **إذا اتفق جميع الخصوم على عزل المحكم**[١]: وفي هذه الحالة يجب ان يدفع الخصوم الأجر إلى المحكم بشكل يتناسب والجهد الذي بذله لحين انتهاء عزله من التحكيم، ويجوز عزل المحكم في أية مرحلة من مراحل التحكيم حتى وان كان ذلك بعد صدور الحكم في شق معين من موضوع النزاع الذي ينظره المحكم[٢].

ثالثاً - **ينقضي التحكيم عند طلب أحد الخصوم رد المحكم وصدور قرار بالرد:** وذلك عندما تكون لديه أسباب تجعله لا يطمئن إلى حياد المحكم وعدالته، وقد أجازت المادة (٢٦١) من قانون المرافعات العراقي جواز رد المحكم لنفس الأسباب التي تظهر بعد تعيين المحكم، ويقدم طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويكون قرارها في هذا الشأن خاضعاً للتمييز طبقاً للقواعد المبينة في المادة (٢١٦) من هذا القانون وتكون مدة الطعن سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً.

رابعـاً - **ينقضي التحكيم لوفاة المحكم أو فقده لأهليته:** أو عندما يكون هناك سبب قانوني أو فعلي يحول دون قيام المحكم بمهمته ومثال ذلك تعيين المحكم قاضياً وعدم حصوله على الأذن من مجلس القضاء، فلا يجوز ان يكون المحكم من رجال القضاء الا بإذن من هذا المجلس[٣].

ومثال السبب الفعلي حالة المرض أو القوه القاهرة التي تحول دون قيام المحكم بمهمته على وجه السرعة المطلوبة للتحكيم، وعند ذلك يعد هذا السبب من الأمور التي بموجبها تستدعي تبديله ويكون ذلك بنفس الطريقة التي تم تعينه بموجبها.

١- المادة (٢٦٠) من قانون المرافعات.

٢- د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط٤، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٣، ص ١٧١.

٣- المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية.

الفرع الثالث
تنفيذ القرار التحكيمي

الأصل ان على الخصوم احترام القرار التحكيمي وتنفيذه اختيارياً من الخصم الخاسر وان الاستثناء يكون بالرفض والمماطلة بعدم التنفيذ ويتخذ الرفض أشكالاً متعددة، منها الامتناع عن التنفيذ دون الطعن بالقرار أو ان الخصم المذكور يلجأ إلى الطعن بالطرق القانونية، اما الطرف الذي تم الحكم لصالحه بموجب القرار التحكيمي، فإنه يلجأ في حالة امتناع الطرف الآخر عن التنفيذ إلى طلب التنفيذ الجبري من الجهات المختصة، وقد اختلفت التشريعات بصدد إعطاء قرار المحكمين حجية الشيء المقضي فيه بعد صدوره. فأعطت مجموعة من التشريعات للمحكم السلطة في إضفاء القوة التنفيذية لقرار التحكيم ودون ان يطلب ذلك من أية جهة أو سلطة خاصة، ومثال ذلك القانون النرويجي والنمساوي والروماني والهنغاري والقانون البلجيكي[1].

أما غالبية القوانين[2] فإنها لم تعط لقرارات المحكمين قوة الأحكام القضائية من حيث التنفيذ، وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون المرافعات العراقي وألزم هذا القانون ان تقوم المحكمة المختصة بإضفاء الصفة التنفيذية على قرار التحكيم لكي يمكن تنفيذه جبراً على المحكوم ضده وأوجبت المادة (٢٧١) من هذا القانون أيضاً ان يودع المحكم القرار التحكيمي مع أصل اتفاق التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال الثلاثة أيام التالية لصدور القرار ويقوم كاتب المحكمة باستلام قرار المحكم لقاء وصل وقد نصت المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات على أنه:

١- لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعبيرهم قضاء أو اتفاقاً ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة.

٢- لا ينفذ قرار المحكمين الا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله.

١- للمزيد من التفصيل راجع استاذنا د.فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

٢- قانون التحكيم الأردني، المادة (١٥) قانون المرافعات المصري المادة (٥٠٩)، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة (٧٩٥).

وعليـه فان تنفيذ القرار التحكيمي مرتبط بالمصادقة عليه، وقد أعطى القانون للمحكمة سـلطة واسـعة في مراقبة القرار التحكيمي، إذ أجاز لها القانون ان تصدق قرار التحكيم أو تبطله كلاً أو بعضاً[1]، والقرار الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن لا يقبل الاعتراض وانما الطعن بالطرق الأخرى المقررة في القانون[2].

١- المادة (٢٧٤) من قانون المرافعات المدنية.
٢- المادة (٢٧٥) من قانون المرافعات المدنية.

المبحث الثاني
العرض والإيداع

الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الدين، ولكن قد يرفض الدائن هذا الوفاء دون مسوغ قانوني، لذلك وجد نظام العرض والإيداع ليحقق العدالة التي تقضي ان لا يترك المدين تحت رحمة الدائن المتعنت في رفضه الوفاء، أو إذا كانت هناك ظروف تجعل الوفاء للدائن متعذراً أو غير ممكناً، وقد نظم قانون المرافعات المدني نظام العرض والإيداع في المواد (٢٧٧- ٢٨٥)، وكذلك فان القانون المدنية نظم أحكام العرض والإيداع في باب انقضاء الالتزام في المواد (٣٨٥- ٣٨٩).

وقد أخذت أهمية العرض والإيداع العملية تتزايد في الوقت الحاضر لاسيما أمام دوائر الكتاب العدول والمحاكم المختصة أثناء نظرها للدعوى المدنية أو أمام جهات رسمية أخرى كدوائر التنفيذ ودوائر التسجيل العقاري، لأنه يعد طريقاً استثنائياً يثير العديد من المشكلات القانونية في التطبيق العملي بسبب التوسع الكبير في استخدامه من قبل الأفراد[1].

وسنتناول دراسة هذا الموضوع بتوزيعه إلى المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: ماهية العرض والإيداع وحالاته.

المطلب الثاني: إجراءات العرض والإبداع.

المطلب الثالث: أثار العرض والإيداع.

١- للمزيد من التفصيل راجع عبد العالي صالح محمد، العرض والإيداع كطريقة للوفاء بالالتزام، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بغداد ١٩٩٠، ص ٤ وما بعدها.

المطلب الأول
ماهية العرض والإيداع وحالاته

العرض: هو إبداء المدين استعداده بتقديم الدين إلى الدائن بواسطة الجهة المختصة خلال مدة محددة يبادر فيها الدائن إلى استيفاءه[1]. والجهة المختصة التي يتم العرض فيها هي الكاتب العدل أو بواسطة المحكمة المختصة في حالة العرض الفعلي أو الحقيقي ولدى شخص ثالث تعينه المحكمة إذا امتنع الدائن عن تسلم ما عرض عليه.

أما الإيداع: فيعرف بأنه تسليم ما عرض المدين الوفاء به للدائن لدى الكاتب العدل أوفي صندوق المحكمة وذلك عند رفض الدائن عن تسلم ما تم عرضه عليه. وان الأسباب التي تدعو إلى العرض والإيداع أسباب متعددة نجملها على النحو الآتي:

١- **رفض الدائن للوفاء:** إذا رفض الدائن عرض الدين المعروض صحيحاً على الدائن، أو أودع الدين في صندوق المحكمة قبل إقامة الدعوى فيتحمل الدائن نفقات الدعوى وأجور المحاماة ويتحمل كذلك النفقات التي تستجد بعد العرض والإيداع إذا حصل ذلك أثناء سير الدعوى[2]. فالمدين يستطيع ان يثبت تقصير الدائن بعدم قبوله الوفاء ومن ثم الرجوع عليه عن طريق عدم الوفاء بالغرامة ضمن الأجل الذي حدده القانون له، فدوافع الدائن في رفض قبول الوفاء متعددة ولا حصر لها.

٢- **قد يقصد المدين من العرض والإيداع التخلص من تبعة هلاك الشيء أو تلفه:** ففي عقد البيع يكون هلاك المبيع قبل القبض على البائع، غير أنه إذا قام البائع بأعذار المشتري بتسلم المبيع فإن يده تتحول إلى يد أمانة بدلاً من الضمان، وبالتالي لا يسأل عن الهلاك إلا إذا نجم عن تقصير منه، والمدين البائع يستطيع التخلص من تبعة الهلاك نهائياً عن طريق العرض والإيداع.

١- د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، طبع بغداد ١٩٦٧، ج٢، ص ٤٠١، عبد الرحمن العلام، قواعد المرافعات العراقي طبع بغداد ١٩٦٢، ص ٢٧٨.

٢- المادة (٢٨٠) من قانون المرافعات، وتجدر الإشارة إلى ان هناك حالات يجوز فيها للدائن رفض الوفاء وذلك في حالة وفاء الدين من غير المدين أو ان الدين كان مؤجلاً والأجل في صالح الدائن أو في حال عدم قدرة المدين على الوفاء إذا كانت طبيعة الالتزام أو الاتفاق تقضي قيام المدين بالتنفيذ.

٣- **يستطيع المدين التخلص من الفوائد القانونية والاتفاقية:** ذلك ان من آثار العرض والإيداع وقف هذه الفوائد.

٤- **تعذر الوفاء للدائن:** كما لو كان المدين يجهل شخصية الدائن أو محل إقامته أو ان الدين كان محل نزاع بين عدة أشخاص ولم يعرض المدين أياً منهم صاحب الحق إذا كان الدائن عديم أو ناقص الأهلية ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء.

٥- **تحقيق رغبة المدين:** إذا كان مستأجراً للعقار في عدم التعرض للحكم بالتخلية وفقاً لأحكام المادة الثالثة لقانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩، ويجب عليه إيداع الأجرة لدى الكاتب العدل.

المطلب الثاني
إجراءات العرض والإيداع

نظم القانون المدني إجراءات العرض والإيداع في المواد (٣٨٩- ٣٨٩) وقانون المرافعات المدنية في المواد (٢٧٧- ٢٨٥) ونستنتج من أحكام هذه المواد ان إجراءات العرض والإيداع هي ثلاثة إجراءات وهي الأعذار والعرض والإيداع وصدر الحكم بصحة العرض والإيداع أو ببطلانه وسنتناول هذه الإجراءات حسب التفصيل الآتي:

أولاً: إعذار الدائن

تبدأ إجراءات العرض والإيداع، بأعذار الدائن، وهو حق قرره المشرع العراقي[1] ويكون ذلك عن طريق الإنذار الذي يوجهه المدين إلى الدائن لغرض حصول العلم لدى الدائن بضرورة قبول الوفاء في حالة امتناعه فإن ذلك يجيز للمدين عرض دينه لدى الجهة المختصة وهي الكاتب العدل، فإذا تبلغ الدائن بهذا الإنذار ولم يبادر إلى استيفاء حقه، فعند ذلك يكون من حق المدين مباشرة إجراءات العرض الفعلي وإيداع الشيء على نفقة المدين.

١- المادة (٣٨٥) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: العرض

إذا لم يقم الدائن باستيفاء حقه بالرغم من تبلغه بمضمون أعذار المدين بواسطة الكاتب العدل، فإن للمدين الحق بمباشرة إجراءات العرض وذلك من أجل تنبيه الدائن بخطورة موقفه في رفض الوفاء والنتائج التي قد يتحملها لذلك، ويجب ان يكون العرض صحيحاً ليؤدي إلى ترتيب أثاره القانونية[1] وذلك بأن يكون المدين قد عرض على الدائن الوفاء الكامل، إذ يجب عليه ان يعرض الدين كله مع فوائده وملحقاته، وان يعرضه في وقت حلوله وفي المكان المحدد للوفاء، ذلك لأن تمام العرض والإيداع يعد بمثابة وفاء، وعليه يجب ان تتوفر في المدين والدائن الأهلية الكاملة، فضلاً عن توفر الشروط الشكلية التي حددها قانون المرافعات وذلك بأن يتم العرض الحقيقي أمام الكاتب العدل، ونصت الفقرة الأولى من المادة (٢٧٧) من قانون المرافعات، ان للمدين إذا أراد الوفاء ان يعرض على الدائن ما التزم بأدائه من نقود أو منقولات وذلك بواسطة الكاتب العدل والذي بدوره يخبر الدائن بالعرض الواقع ويطلب إليه الحضور في الزمان والمكان المعينين للتسلم[2]. وإجراءات العرض لا تتخذ الا بعد ثبوت امتناع الدائن عن قبول الوفاء المعروض عليه فعلاً ودون مسوغ قانوني.

ثالثاً: الإيداع

إذا لم يؤد العرض الذي تقدم به المدين والذي تبلغ به بواسطة الكاتب العدل أو في صورة عرض فعلي أثناء المرافعة، إلى قيام المدين باستيفاء حقه، فإن المدين يستطيع ان ينتقل إلى المرحلة الثالثة وهي إيداع المعروض على ذمة المدين، والإيداع يختلف تبعاً لطبيعة الشيء محل الوفاء وقد أوضحت المادة (٢٧٩) من قانون المرافعات ذلك الأمر وذلك حسب التفصيل الآتي:

١- إذا رفض الدائن العرض أو لم يحضر أما المحكمة وكان المعروض نقوداً فللمدين ان يودعها في صندوق المحكمة.

٢- إذا كان المعروض منقولاً تعين المحكمة أو كاتب العدل على حسب الأحوال مكان الإيداع وشروطه وشخصاً عدلاً لتضعه تحت يده.

١- المادة (٣٨٥) من قانون المدني العراقي.

٢- وقد نصت المادة (٢٨٢) من قانون المرافعات وان يعترض على صحة العرض أو الايداع خلال ثلاثة ايام من تبليغه بكل منهما ويعد سكوته عن الاعتراض قبولا لهما.

٣- إذا كان المعروض عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد، جاز للمدين ان يطلب من المحكمة وضعه تحت يد عدل، ويقوم وضعه تحت يد هذا العدل مقام الإيداع.

وعلى المحكمة في جميع الأحوال إذا تم الإيداع لديها، ان تبلغ الدائن خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله[1].

رابعاً: الحكم بصحة العرض والإيداع

أجازت المادة (٢٨٣) من قانون المرافعات، إقامة دعوى صحة العرض أو الإيداع أو ببطلانهما، بشرط ان لا تحكم المحكمة بصحة العرض الا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التي استحقت حتى يوم الإيداع، وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض، فالمدين يستطيع ان يقيم دعوى منع تعرض الدائن له بالوفاء مستنداً إلى ما قام به تجاه الدائن من عرض وإيداع، فإذا ظهر للمحكمة ان كلاً من العرض والإيداع قد تم وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون، فإن المحكمة سوف تحكم بصحتهما، وعند ذلك يكون الوفاء متحققاً من تاريخ الأعذار، وقد تصدر المحكمة حكماً لصالح الدائن، وفي هذه الحالة تقضي ببطلان العرض، ويترتب على ذلك زوال كافة الآثار التي تترتب العرض والإيداع، إذ يسترد المدين ما أودعه وتبقى ذمته مشغولة بالالتزام[2].

وتجدر الإشارة إلى ان طلب المدين الحكم بصحة العرض والإيداع، نادراً ما يحدث في الحياة العملية، وذلك لأن إجراءات العرض وإيداع والنتائج المترتبة عليها لا تدع مجالاً لطلب المدين الحكم بصحة العرض والإيداع الا إذا وجد نزاع معروض أمام القضاء سواء تم هذا العرض أما الكاتب العدل أو تم فعلياً أثناء المرافعة، وإذا لم يسلك المدين الطرق القانونية التي رسمها القانون في العرض والإيداع فإن ذلك سيؤدي إلى عدم صحة العرض وبطلانه.

١- المادة (٢٨١) من قانون المرافعات المدنية.

٢- د.أنور سلطان، أحكام الالتزام، طبع بيوت، ١٩٧٩، ص ٣٧١.

المطلب الثالث

آثار العرض والإيداع

يترتب على صحة إجراء العرض والإيداع آثاراً مهمة، لأن العرض إذا استوفى شروط صحته وهي ذاتها الشروط التي يجب توافرها لصحة الوفاء وذلك بأن يكون الالتزام حالاً وان يكون كل من الدائن والمدين، يتمتع بأهلية الوفاء وان يتضمن العرض جميع ما التزم به المدين، وكذلك إذا توفر في العرض الشروط الشكلية التي حددها القانون لصحة إجراءات هذا العرض، فإن الإيداع يصبح بمثابة الوفاء إذا قبله الدائن أو إذا صدر حكم بصحته، ونتناول دراسة هذه الأمور في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

آثار العرض وإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض

من الآثار التي تترتب قبل قبول الدائن للعرض الذي قدمه المدين قبل صدور حكم بصحة العرض، أنه أجاز للمدين الرجوع عن العرض واسترداد ما سبق إيداعه وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٨٥) من قانون المرافعات، ويشترط المشرع العراقي لرجوع المدين في العرض الشروط الآتية:

الشرط الأول: ان يحصل رجوع المدين في العرض قبل قبول الدائن

وذلك بأن يرفض ما عرضه عليه، وقد أكدت هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون كتاب العدول فلا يجوز للمدين الذي أودع الشيء على ذمة الدائن ان يرجع في هذا العرض وبالتالي سحب الوديعة بعد تبلغ الدائن الذي أودعت لحسابه، إلا بموافقته.

الشرط الثاني: ان يحصل رجوع المدين في العرض قبل ان يصدر حكم بصحته

فإذا صدر الرجوع عن العرض بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض فإن العرض يعد لاغياً وتكون مصروفات العرض والإيداع على المدين.

الشرط الثالث: ان تمضي ثلاثة أيام من تبلغ الدائن بالعرض والإيداع[١]

ويترتب على قبول الدائن للعرض والإيداع أو بعد صدور حكم بصحته، ان الإيداع يقوم مقام الوفاء وفي هذه الحالة تكون نفقات الإيداع على الدائن، وهو الذي يتحمل تبعة هلاك الشيء من وقت الإيداع وكذلك تقف سريان الفوائد من هذا الوقت[٢]. وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض[٣].

وتبعه هلاك الشيء، هي الخسارة التي تتمثل في ضياع الشيء بهلاكه أو تلفه بقوة قاهرة، والأصل في هذه التبعة انها تقع على المالك[٤]، وعليه إذا كان هلاك الشيء أو تلفه على المدين قبل إيداعه الشيء على ذمة الدائن، فإن هذه التبعة يتحملها الدائن إذا هلك الشيء بعد إيداعه على ذمته.

ومن الآثار التي تترتب بعد قبول الدائن أو بعد صدور الحكم بصحة العرض والإيداع أنه لا يجوز للمدين الرجوع عن العرض ولا استرداد المودع بعد قبول الدائن لهذا العرض[٥] وذلك لأن الشيء المودع يكون قد دخل في ذمة الدائن بقبوله العرض والإيداع أو صدور الحكم بصحتهما. وإذا رجع المدين في العرض بعد ان قبله الدائن أو بعد ان صدر حكم بصحته وقبل الدائن منه هذا الرجوع لم يكن لهذا الدائن ان يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء من الدين وذمة الضامنين[٦].

١- المادة (٢٨١) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٣٨٦) من القانون المدني العراقي.

٣- الفقرة الثانية من المادة (٢٨٣) من قانون المرافعات المدنية.

٤- د.عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ج١، ص ٤٤٠.

٥- الفقرة الثانية من المادة (٢٨٥) من قانون المرافعات المدنية.

٦- الفقرة الثانية من المادة (٣٨٩) من القانون المدني.

الفصل الحادي عشر

نظرية الأحكام القضائية

الدعـوى، مجموعة مـن الإجراءات القضائية المتسلسـلة منطقياً، يتم اتخاذها لغـرض الوصول إلى حكم في موضوع الدعوى ذاتها، وتنشـأ الإجراءات القضائية بالمطالبة القضائية عن طريق عريضة الدعوى التي يرفعها الخصوم، وتسـتمر هذه الإجـراءات في سـيرها إلى ان تصل إلـى نهايتها الطبيعية وهـي الحكم وهو الغاية الأساسـية التي يهدف اليها رافع الدعوى، وهـو الوثيقة القضائية المهمة في الدعوى التي تقرر حقوق الخصوم وتضع حداً للنزاع القائم بينهم.

والقاضي لا يتمكن من إصدار الأحكام الا بعد دراسة واستيعاب أوراق الدعوى ومسـتنداتها، ولكي يكون الحكم صحيحاً وعادلاً فقد نظم المشـرع إجراءات إصداره بشـكل مفصل ودقيق، فضلاً عن ذلك ان إصدار الحكم تترتب عليه آثار متعددة وان بعضاً من هذه الأحكام لها قوة أكثر من غيرها في التنفيذ، ونتناول دراسة هذا الفصل بتوزيعه إلى المباحث الخمسة الآتية:

المبحث الأول: ماهية الأحكام والضوابط العامة لصحتها.

المبحث الثاني: تقسيمات الأحكام.

المبحث الثالث: مراحل اصدار الأحكام.

المبحث الرابع: النفاذ المعجل.

المبحث الخامس – آثار الأحكام

المبحث الأول
ماهية الأحكام والضوابط العامة لصحتها

الحكم في اللغة القضاء[١] بالعدل وجمعه أحكام واصله المنع، ويقال حكمت عليه بكذا منعته من خلافه فيم يقدر الخروج من ذلك وحكمت بين القوم وصلت بينهم، ويأتي الحكم بمعنى العلم والفقه قال تعالى: ﴿وآتيناه الحكم صبيا﴾[٢]، وسمي الحاكم (حاكماً) لأنه يمنع الظالم من الظلم.

والحكم في اصطلاح الفقه الإسلامي، الفصل في الخصومات وقطع المنازعات[٣] أو هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة، أو الأخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[٤].

ويتفق غالبية الفقهاء المحدثين ان الحكم هو (كل قرار يصدر عن القاضي وفقاً للشكل المقرر قانوناً في دعوى قضائية يتم تحريكها بموجب أحكام قانون المرافعات)[٥]، وهذا التعريف ينطوي على عنصرين، العنصر الموضوعي وهو ان الحكم قرار صادر في منازعة بين خصمين أو أكثر، والعنصر الشكلي، ويقصد به أنه يجب مراعاة أوضاع وإجراءات معينة عند إصدار الأحكام.

والحكم في قانون المرافعات العراقي يقصد به القرار النهائي الذي تنتهي به الدعوى ويعد حجة فيما يفصل، بوصفه حقيقة قضائية وهو على نوعين: الحكم

١- أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، بيروت ١٩٨١، ص ١٤٨.

٢- سورة مريم الآية (١٢).

٣- الخصاف، شرح أدب القاضي، ج١، ص ١٢٦، تحقيق: الأستاذ هلال السرحان.

٤- ابن فرحون، تبصرة الأحكام.

٥- د. احمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ط٩، ١٩٨٩، ص ٢، د.نبيل إسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية ١٩٨٠، ص ٣٧، د.كامل كيره، قانون المرافعات الليبي، القاهرة ١٩٧٠، ص ٦٩٧.

القطعي البات، أي الحكم الفاصل الذي تصدره المحكمة في دعوى معروضة على القضاء وتبت أو تقطع به في درجتها الاعتيادية، والحكم النهائي، وهو الذي استكمل جميع مراحل الطعن ووصل إلى الدرجة النهائية ولم يعد قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن القانونية، وقد أطلق قانون المرافعات مصطلح (الحكم) على القرار الذي تنتهي به الدعوى أما مصطلح (القرار) فأطلقه على الإجراء الذي تتخذه المحكمة قبل الفصل في النزاع، فقد أجاز القانون للمحكمة ان تصدر قبل الفصل في النزاع ما تقتضيه الدعوى من قرارات، ولها ان تعدل عن هذه القرارات أو ان لا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط ان تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة[1].

وعليه فإن مصطلح (القرار) الذي أخذ به المشرع العراقي، هو أكثر شمولاً من الحكم. والذي تتخذه المحكمة في القضاء المستعجل وكذلك (الأمر) في الأوامر على عريضة أحد الخصوم، فالقاضي في القانون العراقي يحكم ويقدر ويأمر، ونتفق مع أستاذنا ضياء[2] شيت خطاب، ان المصطلحات التي استخدمها المشرع العراقي أكثر دقة من القوانين العربية لاسيما القانون المصري والذي أطلق مصطلح (الحكم) على كل قرار تصدره المحكمة في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة عنه.

واستناداً لما تقدم فإن الحكم القضائي لكي يكتسب صفة الأحكام يجب مراعاة القواعد العامة الآتية عند إصداره:

أولاً: يجب ان يكون الحكم صادراً من جهة قضائية أوجدها القانون للفصل في المنازعات.

ثانياً: ان يكون الحكم متخذاً في منازعة رفعت عنها قضية بين خصمين وفقاً لقواعد قانون المرافعات وبالشكلية التي يحددها هذا القانون.

ثالثاً: ان يكون الحكم صادراً من محكمة ذات اختصاص، أي لها سلطة الفصل في موضوع الحكم الذي أصدرته، لأن قواعد الاختصاص تعد من النظام العام وان مخالفة الحكم لهذه القواعد، يصبح كأنه لم يكن.

رابعاً: ان يكون الحكم قد حاز على درجة البتات، أي ان يكون قطعياً وفاصلاً في النزاع.

١- راجع المادة (١٥٥) من قانون المرافعات المدنية والمادة (١٧) من قانون الإثبات.

٢- استاذنا ضياء شيت خطاب، فن القضاء، ص ٨٧.

المبحث الثاني
تقسيمات الأحكام

ان تقسيم الأحكام يقصد بها تصنيفها إلى أنواع معينة بالاستناد إلى الأساس الذي يقوم عليه كل تقسيم، وابتداء نوضح ان تقسيمات الأحكام واردة على سبيل المثال وليست على سبيل الحصر، وهي تقسيمات يمكن ان تتراوح وتتعدد باختلاف وجهات النظر، فضلاً عن ذلك فإن الحكم الواحد قد تجتمع فيه العديد من هذه الأوصاف، ولذلك فإنه الباحث قد يندهش لأول وهلة لوجود العديد من التقسيمات النظرية التي يمكن وضعها لأنواع الأحكام القضائية[1]، فهي تقسم من حيث قابليتها للطعن إلى أحكام صادرة بدرجة أولى وأحكام صادرة بدرجة أخيرة، ومن حيث حضور الخصوم أو غيابهم إلى أحكام حضورية وغيابية، ومن حيث وظيفتها إلى أحكام موضوعية وأحكام وقتية، ونتناول تقسيمات الأحكام بتوزيعها إلى المطالب الخمسة الآتية:

المطلب الأول: تقسيم الأحكام من حيث طبيعة الموضوع الذي فصلت فيه.

المطلب الثاني: تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها.

المطلب الثالث: تقسيم الأحكام من حيث حضور الخصوم أو غيابهم.

المطلب الرابع: تقسيم الأحكام من حيث مضمون الحكم.

المطلب الخامس: تقسيم الأحكام من حيث وظيفتها.

١- للتوسع راجع د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية، ص ٦٨٩، وجدي راغب، الموجز في مبادئ القضاء المدني، القاهرة ١٩٧٧، ص ٤٥٤، د.نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، الإسكندرية ١٩٨٦، ص ١٠٥٧، د. احمد خليل، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

المطلب الأول
تقسيم الأحكام من حيث طبيعة الموضوع الذي فصلت فيه

تنقسم الأحكام من حيث طبيعة الموضوع الذي فصلت فيه إلى أحكام قطعية، وأحكام غير قطعية:

أولاً: الحكم القطعي

هو الحكم الحاسم الذي تنتهي به الدعوى ويؤدي إلى رفع الدعوى عنها، ولا يقصد بها هنا الأحكام النهائية التي تضع حداً للنزاع ولا تقبل الطعن بأي طريق ولكن يقصد بها الأحكام التي تفصل في النزاع ولو كانت تقبل الطعن فيها بالاستئناف أو التمييز أو الاعتراض ان كان قد صدر بغياب أحد الطرفين، وليس من الضروري ان تفصل هذه الأحكام في النزاع بجملته، بل يكفي ان تضع حداً للنزاع في بعض أجزاء الدعوى، ولذلك تعد الأحكام الآتية قطعية:

١- الحكم الصادر عن المحكمة برد دعوى المدعي لعدم تمكنه من إثبات دعواه ولحلف خصمه اليمين.

٢- الحكم الصادر عن المحكمة بالحكم على المدعي عليه بالمبلغ المدعى عليه.

٣- الحكم الصادر برد الدعوى لعدم اختصاص المحكمة الوظيفي.

٤- الحكم الصادر برد الدعوى لوجود التقادم المانع من سماع الدعوى فيها.

ثانياً: الحكم غير القطعي

وهو الحكم غير النهائي والذي لا يحسم موضوع النزاع كله، والأحكام غير القطعية تنقسم إلى أحكام وقتية الغرض منها اتخاذ إجراء تحفظي أو وقتي لحماية مصالح الخصوم ومثالها الأحكام التي يصدرها القاضي في الأمور المستعجلة، وأحكام متعلقة بسير الدعوى، وأجاز القانون للمحكمة العدول عن هذه الأحكام وذلك إذا تغيرت ظروف إصدارها[1]، وتظهر أهمية التفرقة بين الحكم القطعي والحكم غير القطعي من ناحيتين:

١- المادة (١٥٥) من قانون المرافعات المدنية.

١- **الحكم القطعي:** هو الذي يحوز حجية الشيء المقضي فيه، أما الأحكام غير القطعية فلا تحوز هذه الحجية وانما حجيتها مؤقتة في الأحكام الوقتية وهي ليست لها أية حجية في الأحكام المتعلقة بسير الدعوى ويجوز العدول عنها.

٢- **الحكم القطعي:** لا يسقط الدعوى أو يعدم سماعها بالتقادم وانما لا يسمع الدفع بالتقادم الطويل، مما يترتب عليه بقاء كافة الآثار القانونية المترتبة على الدعوى، وذلك خلافاً للحكم غير القطعي والذي يسقط بسقوط الخصومة حتى وان لم يرد بشأن ذلك نص في القانون.

المطلب الثاني
تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها

تنقسم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها بمختلف طرق الطعن إلى الأحكام الآتية:

أولاً: الأحكام الصادرة بدرجة أولى

وهي الأحكام التي تقبل الطعن بطريق الاستئناف، فإذا لم تستأنف هذه الأحكام فيجوز الطعن فيها بالتمييز ومثالها الأحكام الصادرة من محاكم البداءة في الدعاوى التي تزيد قيمتها على ألف دينار وكذلك الأحكام المتعلقة بإشهار الإفلاس وتصفية الشركات[1].

ثانياً: الأحكام الصادرة بدرجة أخيرة

وهي الأحكام التي لا تقبل الطعن فيها بالاستئناف ولو كان قابلاً فيها بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي، وانما تقبل فقط الطعن بطريق واحد هو التمييز ومثالها الأحكام الصادرة من محاكم البداءة في الدعوى التي قيمتها أقل من ألف دينار وكذلك الأحكام الصادرة من محكمة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية والعمل[2].

١- راجع المواد (٣٤ و١٨٥) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المواد (٣٥ و٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية.

ثالثاً: الأحكام التي حازت درجة البتات

وهي الأحكام النهائية التي تعد من أقوى أنواع الأحكام، ولا يقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن الا عن طريق إعادة المحاكمة، وتعد هذه الأحكام من القرائن القانونية القاطعة والتي لا يجوز قبول دليل ينقض من حجيتها[1]، ويكتسب الحكم درجة البتات في الحالات الآتية:

١- إذا صدق الحكم استئنافاً وتمييزاً وتصحيحاً.

٢- إذا بلغ الخصم بالحكم ولم يطعنوا فيه والاستئناف أو التمييز.

٣- إذا اتفق الخصوم واسقطوا حقهم بالطعن بالحكم[2].

وتظهر أهمية هذا التقسيم في التنفيذ القضائي، فلا يجوز تنفيذ الأحكام تنفيذاً جبرياً إلا إذا كانت قطعية أو حائزة لدرجة البتات، أما الأحكام الأخرى، فلا يجوز تنفيذها الا إذا كانت مشمولة بالنفاذ المعجل.

المطلب الثالث

تقسيم الأحكام من حيث حضور الخصوم أو غيابهم

تنقسم الأحكام من حيث صدورها في حضور الخصوم أو في غيابهم إلى:

أولاً: الأحكام الحضورية

وتسمى بالأحكام الوجاهية، وهي الأحكام التي تصدر في حضور الخصوم أو وكلائهم أمام المحكمة، وتعد المرافعة حضورية كذلك إذا حضر الخصم في أية جلسة ولو تغيب بعد ذلك[3].

ثانياً: الأحكام الغيابية

وهي الأحكام التي تصدر في غياب أحد الطرفين ودون خصومة لأية جلسة من جلسات المرافعة وذلك حسب التفصيل الذي أوضحناه في غياب الخصوم.

١- المواد (١٠٥ و١٠٦) من قانون الإثبات.

٢- المواد (١٦٩) من قانون المرافعات.

٣- الفقرة الأولى من المادة (٥٥) من قانون المرافعات.

وتبدو أهمية هذا التقسيم أنه يسمح للمحكوم عليه في الأحكام الغيابية الاعتراض على الحكم الصادر عليه غيابياً من محكمة البداءة أو المحكمة الشرعية وذلك في غير المواد المستعجلة وخلال مدة عشر أيام، ذلك ان الحكم الغيابي[1] يصدر بناء على تحقيق ناقص ويتم بسماع أحد أطراف الدعوى دون الطرف الآخر، وهو يعد بمثابة قرينة ضعيفة على صحة القضاء الوارد به ولذلك يطعن فيه بالاعتراض اما الأحكام الحضورية فلا يجوز الاعتراض عليها بطريق الاعتراض على الحكم الغيابي.

المطلب الرابع
تقسيم الأحكام من حيث مضمون الحكم

تنقسم الأحكام من حيث مضمون الحكم إلى الأحكام الآتية:

أولاً: الأحكام المقررة أو الكاشفة

هي الأحكام التي تصدر مقررة ومؤكدة لحالة أو مركز موجود قبل صدور الحكم ودون ان يتضمن إلزام أي من الخصوم بأداء معين، فالحكم المقرر يزيل حالة الشك التي تدور حول الحق أو المركز القانوني[2]، ومثاله الحكم الصادر بتقرير رابطة الزوجية أو بنوة شرعية أو صحة عقد أو ببراءة ذمة المدين أو الحكم بتزوير سند.

ثانياً: الأحكام المنشئة

وهي الأحكام التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنهاء مركز قانوني قائم لأنه بصدور هذه الأحكام تنشأ الرابطة الجديدة ومثالها الحكم الصادر بإشهار إفلاس تاجر.

ثالثاً: الأحكام الملزمة

وهي الأحكام التي تقبل التنفيذ جبراً وذلك بإلزام الطرف الآخر بأداء معين لتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال.

١- الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) من قانون المرافعات.

٢- للتوسع راجع د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

وتظهر أهمية هذا التقسيم في الوظائف التي تؤديها هذه الأنواع المختلفة من الأحكام والتي تؤثر في قابليتها للتنفيذ الجبري، فلا يقبل التنفيذ جبراً الا الأحكام الملزمة.

المطلب الخامس
تقسيم الأحكام من حيث وظيفتها

تنقسم الأحكام من حيث وظيفتها إلى النوعين الآتيين:

أولاً: الأحكام الموضوعية

وهي الأحكام الصادرة في دعوى مرفوعة بإجراءات عادية وتتعرض إلى أصل الحق بقصد حسم النزاع الحاصل بصدده بصورة قطعية، فهي أحكام صادرة لحسم دعوى موضوعية وتكتسب حجية الشيء المقضي فيه ويطعن فيها بطرق الطعن العادية.

ثانياً: الأحكام الوقتية

وهي القرارات الصادرة في دعوى وقتية ويقصد منها الحصول على حماية مؤقتة ودون ان تتعرض لأصل الحق، وتكتسب هذه الأحكام حجية مؤقتة ويطعن فيها بالتمييز كقاعدة عامة في التشريع العراقي بحسب التفصيل الذي أوردناه في نظرية القرارات الوقتية.

وهناك تقسيم آخر للأحكام من حيث المحل الذي تفصل فيه وهي:

١- الأحكام الصادرة في الموضوع: وهي الأحكام التي تفصل في طلبات الخصوم والدفوع الموضوعية سواء في موضوع الدعوى كله أوفي جزء منه وتكتسب حجية الشيء المقضي فيه.

٢- الأحكام الفرعية: وهي القرارات الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى وتفصل في مسائل الإجراءات التي تحدث أثناء سير الدعوى، ومثالها الحكم في مسألة الاختصاص والأحكام الصادرة في إجراءات الإثبات التي تهدف لإعداد الدعوى للفصل فيه، كالقرار الصادر من المحكمة بندب خبير أو بانتقال المحكمة

للمعاينة، فالأحكام الفرعية هي قرارات لا تفصل في موضوع النزاع ولا تحدد مركز الخصومة تحديداً مؤقتاً أو نهائياً وكذلك لا تكتسب حجية الشيء المقضي فيه، واما تنحصر فوتها وأثرها داخل الإجراءات التي صدرت بصددها[1].

١- د. احمد خليل، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

المبحث الثالث
مراحل إصدار الأحكام

نظمت التشريعات المختلفة ومنها قانون المرافعات العراقي كيفية إصدار الأحكام بشكل مفصل ودقيق وذلك لأهمية الأحكام ودورها في إنشاء الحقوق وتقريرها، وفي وضع حد للمنازعات التي تنشأ بصددها، ووضعت هذه التشريعات نصوصاً تكفل تحقيق العدالة في صدور الأحكام وتحول دون تمكين القضاة من الرجوع فيما قضوا به وكذلك عدم تمكين الخصوم من طرح النزاع من جديد، وألزمت المحكمة عند إصدارها للحكم ان يتم ذلك على مراحل تبدأ من قرارها بختام المرافعة وانتهاء بالنطق بالحكم وتسبيبه وتنظيم اعلام به عن طريق تحريره، ونتناول دراسة مراحل إصدار الأحكام في المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: ختام المرافعة

المطلب الثاني: المداولة

المطلب الثالث: تسبيب الأحكام

المطلب الرابع: النطق بالأحكام وتحريرها

المطلب الأول
ختام المرافعة

يقصد بختام المرافعة ان تنتهيأ المحكمة لإصدار الحكم في الدعوى وذلك بعد ان يقدم الخصوم أو وكلاؤهم لوائحهم التحريرية وأقوالهم الأخيرة إلى حد أنه لم يبق للخصوم ما يستوجب المناقشة، وهو ما يسمى عملاً بحجز القضية للحكم أو قفل باب المرافعة حسب اصطلاح المشرع المصري، ونصت المادة (١٥٦) من قانون المرافعات على أنه إذا تهيأت الدعوى لإصدار الحكم تقرر المحكمة ختام المرافعة، ثم تصدر حكمها في ذات اليوم أو تحدد للنطق به موعداً آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تفهيم ختام المرافعة.

ولا يجوز للمحكمة بعد ان تقرر ختام المرافعة تسمع توضيحات من أحد الخصوم الا بحضور الخصم الآخر، ولا ان تقبل مذكرات ومستندات من أحد الطرفين، غير أنه يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة مجدداً إذا ظهر لها ما يستوجب ذلك على ان تدون ما يسوغ[1] هذا القرار وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض[2] المصرية (على محكمة مراعاة القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي والا تخل بمبدأ المواجهة بين الخصوم، فإذا تقدم أحد الخصوم لأول مرة بدفاع جوهري يتغير به وجه الرأي في الدعوى في مذكرته الختامية وفي اليوم الأخير من الأجل المحدد لتقديم مذكرات من الخصوم، وطلب الخصم الآخر فتح باب المرافعة للرد عليه وجب تمكينه من ذلك).

المطلب الثاني
المداولة

القاعدة ان الدعوى تدخل مرحلة المداولة بعد ان تقرر المحكمة ختام المرافعة، ويقصد بالمداولة التشاور في الحكم بين أعضاء المحكمة إذا كانت مؤلفة من أكثر من

١- المادة (١٥٧) من قانون المرافعات المدنية.

٢- نقض رقم ٤٦ في ١٩٨٤/٦/٥ رقم ١٩٤١ السنة القضائية (٥٠). وجاء في المادة (١٥٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني انه في غير القضايا التي تنظر تدقيقاً.

قاض واحد والتفكير في الحكم وتكوين الرأي فيه إذا كان القاضي منفرداً[١].

والمداولة تتم في حالة تعدد القضاة عندما تكون المحكمة مؤلفة من هيئة كمحكمة التمييز ومحكمة الاستئناف، أما إذا كانت المحكمة مؤلفة من قاض منفرد كما في محكمة البداءة أو محكمة الأحوال الشخصية، فيمكن ان نتصور المداولة في هذه الحالة بتفكير القاضي وتأمله في الدعوى قبل ان يصدر حكمه فيها، ذلك ان المداولة بالنسبة للقاضي الفرد هي مرحلة العضو الأقل درجة ثم الأقدم منه ثم رئيس المحكمة ويجب ان تصدر الأحكام بالاتفاق أو بأكثرية الآراء فإذا تشعبت الآراء وجب على العضو الأقل درجة ان ينضم إلى أحد الآراء لتكوين الأكثرية[٢]، والقصد من هذا الوجوب في الانضمام إلى أحد الآراء يرجع إلى عدم ترك الدعوى دون صدور حكم فيها.

ويشترط لسلامة المداولة توافر الشروط الآتية:

أولاً: يجب ان تجري المداولة بصورة سرية، وذلك لضمان استقلال القضاة وتمكينهم من إبداء رأيهم بحرية فإذا حضر أي شخص في المداولة فإن الحكم سيكون عرضة للبطلان وهذا ما نصت عليه المادة (٥٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني[٣].

ثانياً: يجب على المحكمة ان لا تسمع أي خصم أو وكيله دون حضور الطرف الآخر أو ان تقبل مذكرات أو مستندات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها[٤]. وإلا كان الحكم باطلاً لإخلاله بحق الدفاع.

ثالثاً: يجب ان يكون القضاة الذين اشتركوا في المداولة هم أنفسهم الذين سمعوا المرافعة واختتمت بحضورهم، فلا يجوز لغير القضاة أعضاء هيئة المحكمة الاشتراك في المداولة والا تعرض الحكم للبطلان، ذلك ان الحكم هو خلاصة الرأي الذي كونه القضاة من سماعهم للمرافعة، لذلك يجب ان لا يصدر الحكم

١- تعلن المحكمة ختام المحاكمة بعد الانتهاء من سماع البيانات والمرافعات.

٢- بعد اختتام المحاكمة على المحكمة ان تنطق بالحكم علانية في نفس الجلسة والا ففي جلسة أخرى تعين لهذا الغرض خلال ثلاثين يوماً على الأكثر.

٣- نصت الفقرة الأولى من المادة (١٥٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بأن تكون المداولة في الأحكام سرية ولا يجوز ان يشترك فيها غير قضاة الحكم

٤- الفقرة الأولى من المادة (١٥٧) من قانون المرافعات المدنية.

الا من سمع المرافعة لأي سبب كما في الإحالة على التقاعد أو النقل أو الوفاة، فيلتزم في هذه الحالة استكمال هيئة المحكمة بقاضٍ وفتح باب المرافعة مجدداً بهيئتها الجديدة، وبعد ان يتلى ضبط المرافعة ويصادق عليه الخصوم تقرر المحكمة ختام المرافعة ثم تصدر حكمها، والغرض من ذلك هو تمكين العضو الجديد من الاشتراك في عملية إصدار الحكم

المطلب الثالث

تسبيب الأحكام

يقصد بتسبيب الأحكام، إيراد الأدلة الواقعية والقانونية التي استندت اليها المحكمة في إصدار الحكم[1]، وقد نصت المادة (١٥٩) من قانون المرافعات على ما يلي:

١- يجب ان تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون.

٢- على المحكمة ان تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها.

ويعد تسبيب الأحكام الجزء الأكثر أهمية في الأحكام، ذلك أنه بواسطة التسبيب تتحدد شرعية هذه الأحكام وحجيتها، لذلك أوجب المشرع تسبيب الأحكام ليضمن عدم تحيز القاضي وصدور أحكامه بعيدة عن التأثر بالعواطف، فضلاً عن ذلك انها وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى قناعة الخصم الذي خسر الدعوى بالحكم وفي حالة عدم قناعته تمكنه من دراسة أسباب الحكم عند الطعن به، وكذلك تمكن محكمة التمييز أو الاستئناف من بسط رقابتها على سلامة الحكم، وأخيراً فإن من فوائد التسبيب أيضاً أنه يساعد الفقه والقضاء في تطبيق القانون وتفسيره وذلك عن طريق دراسة وتحليل أحكام القضاء دراسة علمية مقارنة مما تساعد في تطوير القانون وتقدمه، وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي (ان القانون ذهب إلى

١- للتوسع راجع د. احمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ص ١٦٧؛ د.عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام واعمال القضاة، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢٠٣ وما بعدها.

التشـدد في تسـبيب الأحكام قبل إصدارها وقبل النطق بهـا وذلك لحمل القضاة على الا يحكموا في الدعاوى على أسـاس فكـرة مبهمة لم يتضح معالمها أو مجملة غابت تفاصيلها، وان يكون الحكم دائماً نتيجة أسـباب معينة واضحة محصورة جرى على أساسها تفكير القاضي وتقديره).

وتقسـم الأسـباب في الحكم إلى أسـباب واقعية وأسـباب قانونية، والأسـباب الواقعيـة، هـي بيان الوقائـع والأدلة التي يستند اليها الحكم، أما الأسـباب القانونية فيراد بها بيان النصوص القانونية التي يصدر الحكم تطبيقاً لها[1]. وتختلف الأسـباب الواقعية عن الأسـباب القانونيـة للحكم، ان النقص في أسـباب الحكم الواقعية يجعل الحكـم قابـلاً للبطلان، أما النقص في بيان الأسـباب القانونية فـلا يجعل الحكم قابلاً للبطلان إذا كانت النتيجة التي توصل لها القاضي صحيحة قانوناً[2].

أما إذا كانت النتيجة غير موافقة للقانون، كان الحكم معيباً بعيب مخالفة القانون وإن الحكم يتعرض للفسخ أو النقض[3]، وإذا كان القانون قد نص على ان القصور أو النقص في أسـباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان هذا الحكم فإن المقصود بذلك، ان هذا القصور يرجع إلى عدم توفر أي من الشروط الآتية في الأسباب الواقعية وهي على النحو الآتي:

أولاً - يجـب ان تكون الأسـباب كافية: أي يجب إيراد جميع أسـباب الحكم بصورة واضحـة وبعيداً عن الغمـوض الذي يكتفي بالإحالة إلى ما جـاء في وثيقة من الوثائق، لأن الغموض يعد من العيوب التي تؤثر على تسبيب الأحكام القضائية، ومـن الصيغ التي تدل على الغموض ذكر المحكمـة عبارة (غير وارد) ودون بيان الأسباب التي جعلت المحكمة تتراجع عن قرار معين وتطبيقاً لذلك نقضت محكمة التمييز الأردنية قراراً لمحكمة الاسـتئناف لأنها أجلت الدعوى لإصدار قرار بشـأن السـماح للمسـتأنف بتقديم بينة إضافية، ثم أصدرت حكمها المميز

١- استأذنا ضياء شيت خطاب، فن القضاء، ص ١٠٠.

٢- وجـاء فـي الشـطر الأخير من المادة (١٧٨) من قانـون المرافعات المصري المعـدل ان (القصور في أسـباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في اسـماء الخصوم وعدم بيان أسـماء القضاة الذين أصـدروا الحكـم يترتب عليه بطلان الحكم) ومفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج منه أنه لا يعيب الحكم القصور في أسبابه القانونية، وانما العبرة في القانون بالنتيجة التي توصل اليها الحكم. د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، القاهرة ١٩٧٨، ص ٣٧٦.

٣- راجع المواد (١٩٣ و٢١٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

الفاصل في موضوع الدعوى دون ان تبت بطلب تقديم البينة الإضافية، وانما اكتفت في حكمها المميز بالقول ان الطلب المذكور غير وارد فيكون حكمها حقيقاً بالنقض[١].

ثانياً - يجب ان تكون الأسباب الواقعية التي يستند إليها الحكم منطقية: ونقصد بذلك ان تكون مقدمات التسبيب سليمة وغير متناقضة وان يكون ما بني عليها من أحكام محتملاً عقلاً ومنطقاً، أما إذا كان من المستحيل عقلاً استخلاص الواقعة التي اعتمدها الحكم فإنه سوف يكون مشوباً بخطأ في الاستدلال، كما لو ذكرت المحكمة في الحكم ان المدعي عجز عن إثبات براءة ذمته ودون بيان الأسباب التي استند إليها الحكم بالعجز عن إثبات براءة ذمته أو ذكر المحكمة، ان ادعاءات المدعي لا أساس لها ودون ان تدقق الأدلة التي بنيت عليها هذه الادعاءات.

ثالثا - يجب ان تكون أسباب الحكم مستمدة من إجراءات الدعوى: ونقصد بهذا الشرط ان تكون الدعوى هي المصدر الوحيد الذي يستمد منه القاضي الحجج والأدلة لاستكمال قناعته ولذلك ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة[٢].

بالرغم ان تسبيب الحكم يعد الأساس الفعلي والقانوني للحكم الا ان المشرع لا يشترط تسبيب بعض الأحكام لاسيما التي لا تتضمن قضاء قطعياً، كما هو الحال في الأحكام المنظمة لسير الدعوى أو باتخاذ إجراءات من إجراءات الإثبات وغيرها[٣].

المطلب الرابع
النطق بالأحكام وتحريرها

يقصد بمنطوق الحكم، قراءة الحكم بصوت عال في جلسة المرافعة، ويتضمن قراءة أسبابه وفقراته الحكمية، أي منطوق الحكم وأحياناً تقتصر القراءة على الفقرة

١- تمييز حقوق ٧٢/٩٥، المبادئ القانونية، د٣، ١٩٧٢، ص ١٦٩- ١٧٠.
٢- المادة الثامنة من قانون الإثبات.
٣- الفقرة الأولى من المادة (١٧) من قانون الإثبات.

الحكمية فقط، وللنطق بالحكم أهمية كبيرة لاسيما للمحكوم له، إذ أنه لا يوجد قانوناً ولا يعد حقاً له الا بعد النطق به، أما بعد النطق بالحكم فيحق للقاضي العدول عن الرأي الذي أبداه أثناء المداولة.

ويجب ان يكون النطق في جلسة علنية والا تعرض الحكم للبطلان وهذا ما نصت عليه المادة (١٦١) من قانون المرافعات العراقي إذ جاء فيها أنه (يتلى منطوق الحكم علنا بعد تحرير مسودته وكتابة أسبابه الموجبة في الجلسة المحددة لذلك، ويعتبر الطرفان مبلغين به تلقائياً، إذا كانت المرافعة قد جرت حضورياً، حضر الطرفان أم لم يحضرا في الموعد الذي عين لتلاوة القرار)، وقد جرى العمل في المحاكم بسبب تزايد عدد القضايا وضيق وقت المحاكم، بعدم النطق بالحكم فعلاً في جلسة علنية، وهذا العمل لا يؤثر بالقاعدة الأصلية التي تقضي بعلانية النطق بالحكم، إذ ا يمكن لأي من الخصوم الحضور ان يطلع على الحكم أو ان يطلب منه صورة.

والأصل ان رئيس المحكمة هو الذي يقوم بتلاوة الحكم علناً، غير ان بعض المحاكم جرت على تكليف كاتب الضبط بتلاوة الحكم وهذا مما يقلل من هيبة المحكمة عند تلاوة الحكم، ولا يخفى ان النطق بالحكم علنا ونشره في مجموعات دورية يؤدي إلى الثقة بالقضاء وأحكامه ويؤثر على الرأي العام بنشر الوعي القضائي بين الأفراد.

ويجب ان تصدر الأحكام باسم[١] الشعب، لأن الشعب هو مصدر السلطة[٢] وشرعيتها. وقد كانت محكمة النقض المصرية تقضي ببطلان الأحكام التي لا تتضمن صدورها باسم الشعب ولكنها عدلت عن هذا الاتجاه، وقررت ان خلو الحكم بما يفيد صدوره باسم الأمة والشعب لا ينال من شرعية الحكم[٣].

وبعد النطق بالحكم بنظم (إعلام) وهو مصطلح عراقي لا وجود له في

١- المادة (١٥٤) من قانون المرافعات والمادة السادسة من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل. راجع المادة الثانية من الدستور النافذ.

٢- وتجدر الاشارة إلى ان بعض التشريعات كقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمرافعات اليمني لم ينص على هذه الصيغة، ويعد ذلك نقصاً تشريعياً يجب على هذه التشريعات تلافيه، وينص الدستور المصري في المادة (٢٠) بأن الأحكام (تصدر باسم الأمة) بينما تصدر الأحكام في المحكمة العربية السعودية بصيغة (باسم الله والحمد لله).

٣- قرار محكمة النقض المصرية في العدول عن هذا الاتجاه بتاريخ ١٩٧٤/١/٢١، نقلاً عن الأستاذ الدكتور عبد المنعم الشرقاوي والدكتور فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٩٧٦- ١٩٧٧، ص ١٩٠.

القوانين العربية والأجنبية، ويقصد بالإعلام السند القضائي المتضمن الفصل في النزاع بين أطراف الدعوى بصدور الحكم فيها، اما في القوانين العربية والأجنبية فيطلق عليه (الحكم) ويجب كتابة الحكم باللغة العربية لأن القانون لا يعطي أية حجية قانونية لحكم غير مكتوب، ويجب ان تكتب قبل النطق بالحكم مسودة للحكم ونسخة أصلية تكتب بعد النطق بالحكم، والحكم الجيد يتسم بثلاث صفات وهي ان يكون تاماً وواضحاً وموجزاً، ولكل قاض طريقته في كتابة الأحكام. فالأسلوب القضائي لا يختلف كثيراً عن الأسلوب الذي يستعمله الإنسان في العبير عن فكرته، عدا بعض الألفاظ التي اعتاد القضاة استعمالها مثل حيث، وبما ان، وبناء على ما تقدم، ولدى التدقيق والمداولة، ولدى التأمل ويجب على القاضي ان يكون على علم تام بقواعد النحو والصرف وتركيب الجمل والبلاغة وان يقرأ دائماً الأحكام العربية والأجنبية للحصول على معلومات واسعة من الألفاظ والمصطلحات القانونية للاستفادة منها في كتابة حكمه[1].

وأشارت المادة (١٦٢) من قانون المرافعات إلى البيانات التي يجب ان يتضمنها الحكم وهي على النحو الآتي:

١- اسم المحكمة التي أصدرته وذلك لمعرفة ان الحكم قد صدر من محكمة مختصة.

٢- تاريخ إصدار الحكم، وهو نفسه تاريخ النطق بالحكم وذلك لمعرفة بدء مدد الطعن فيه.

٣- أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم، وذلك للتأكد من ان الحكم قد صدر من هيئة قضائية مشكلة حسب الأصول التي نص عليها القانون.

٤- أسماء الخصوم وأسماء وكلائهم، وذلك لتحديد المحكوم له والمحكوم عليه وهذه الشكلية تمثل العنصر الشخصي للدعوى.

٥- إثبات الحضور والغياب في الحكم، وذلك لغرض الطعن بالحكم الغيابي عن طريق الاعتراض لدى نفس المحكمة التي أصدرته، أما إذا كان الحكم حضورياً، فيمكن الطعن به استئنافاً أو تمييزاً وفقاً للقانون.

١- ويشير استاذنا ضياء شيت خطاب، فن القضاء، ص ٩٨ (ان الحكم القضائي كالبناء، إذا توافرت عناصر البناء، فإن القاضي يحسن تفكيره وسلامة ذوقه وأسلوبه الأدبي، أن يشيد قصراً جميلاً أو ان يقيم كوخاً يمجه الذوق).

٦- خلاصة الدعوى وموجز ادعاءات الخصوم ودفوعهم.

٧- الأدلة القانونية التي استند اليها الخصوم من وقائع وحجج قانونية.

٨- القرارات التي سبق صدورها من المحكمة كالقرار الصادر بعجز المدعي عن إثبات دعواه.

٩- منطوق الحكم.

١٠- ما بني عليه الحكم من علل وأسباب والمواد القانونية التي استند اليها، ويقصد بذلك تسبيب الحكم.

١١- توقيع القاضي أو رئيس المحكمة على نسخ من الحكم بقدر ما تدعو إليه حاجة كل دعوى ثم تختم كل نسخة بختم المحكمة وتحفظ باضبارة الدعوى، وتعطى منها صورة رسمية لمن يطلبها من الطرفين بعد دفع الرسم القانوني المستحق ولا تسلم نسخة من الحكم للغير الا بناء على أمر يصدر على عريضة من القاضي أو رئيس المحكمة[1].

١- المادة (١٦٣) من قانون المرافعات المدنية.

المبحث الرابع
النفاذ المعجل

النفاذ المعجل: هو تنفيذ الحكم القضائي قبل ان يكتسب درجة البتات، أي قوة الشيء المحكـوم به، ولذلك أطلق عليه أنـه معجل ومؤقت، لأن تنفيذه يتعلق بمصير الحكم، فهو غير مستقر، يبقى إذا أكتسب الحكم درجة البتات بتأييده استئنافاً وتصديقه تمييزاً، ويـزول إذا نقض الحكم، وترجع اعتبارات الأخذ بهذا النظام، ان دليل المدعي يكون قوياً في بعض الحالات يرجح معها تأييد الحكم عند الطعن به بإحدى طرق الطعن[1].

المطلب الأول
حالات النفاذ المعجل

تقسم الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل إلى حالات مشمولة بقوة القانون وحالات مشمولة بحكم القضاء وذلك حسب التفصيل الآتي:

أولاً: الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون

نصـت الفقرة الأولى مـن المادة (١٦٥) من قانون المرافعـات على ان النفاذ المعجل واجب بقوة القانون في الحالات الآتية:

١- أحكام النفقات.

٢- القرارات الصادرة في المواد المستعجلة والتي يفصل فيها القضاء المستعجل.

١- للتوسع، استاذنا ضياء شيت خطاب، الموجز في شرح قانون المرافعات، ص ٢٧٧، د.سعدون القشطيني، المرجع السابق، ص ٢١٤، د. آدم الندّاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

٣- الأوامر الصادرة على العرائض، وتعد هذه القرارات معجلة التنفيذ بحسب طبيعتها، لأن التأخير في تنفيذها يحدث أضراراً في مصلحة الخصوم.

٤- وهناك حالات أخرى وهي حالة الحكم بإشهار الإفلاس الصادر من محكمة البداءة، فهذا الحكم يقبل النفاذ المعجل بصورة مطلقة بالرغم من حصول الاعتراض والاستئناف وكذلك فإن القرارات الصادرة قبل الفصل في الدعوى، فإنها قابلة للنفاذ المعجل قبل صدور الحكم الحاسم للدعوى.

وقد اعتبر قانون المرافعات الفرنسي، التنفيذ معجلاً بحكم القانون في أحكام القضاء المستعجل والتدابير المؤقتة والاحتياطية[1].

وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي ان القانون أضاف حالات جديدة يكون فيها الحكم نافذاً بقوة القانون ودون طلب من صاحب الشأن وهي القرارات الصادرة في المواد المستعجلة والأوامر الصادرة على العرائض والأحكام والقرارات الصادرة بالنفقات وذلك تحقيقاً للغاية منها وتمشياً مع طبيعة الاستعجال فيها ولا يؤخر تنفيذ هذه الأحكام والقرارات مراجعة طرق الطعن ما لم تقرر المحكمة المرفوع اليها الطعن خلاف ذلك.

ثانياً: الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بحكم القضاء

أوجب المشرع على المحكمة ان تحكم بالنفاذ المعجل بناء على طلب من المدعي ودون ان تطلب منه تقديم كفالة، أو يترك للمحكمة تقدير مسألة النفاذ المعجل، وتمنحه كلما دعت الحاجة إليه وعند وجود خطر محدق بالحق ويكون ذلك بشرط تقديم كفالة، واستناداً لما تقدم فإن حالات النفاذ المعجل المشمولة بحكم القضاء هي:

١- **إلزام المحكمة بالنفاذ المعجل دون كفالة:** أوجب المشرع[2] على المحكمة ان تقرر بناء على طلب المدعي شمول الحكم بالنفاذ المعجل ودون كفالة وذلك في الحالات الآتية:

١- الفقرة الثانية من المادة (٥١٤) من قانون المرافعات الفرنسي، وراجع تفصيل ذلك يوسف نجم، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٦٤) من قانون المرافعات.

أ- إذا ستند الحكم على سند رسمي، والسند الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره[1].

ب - إذا اقر المدعى عليه بالحق المدعى به، والإقرار أخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر[2].

ج- إذا نكل المدعى عليه عن اليمين.

وفي جميع هذه الحالات يجب على المحكمة ان تحكم بالنفاذ المعجل بشرط ان يطلب المحكوم له ذلك ويصدر هذا القرار مع الحكم الحاسم للدعوى، لأنه من العبث إضاعة الوقت والمماطلة في إباحة الطعن بالحكم في هذه الحالات لاسيما وان المحكوم عليه لا يستطيع ان يدحض ما قام عله الحكم القضائي.

٢- حالة ترك الحكم بالنفاذ المعجل للمحكمة بشرط تقديم الكفالة: أجازت الفقرة الثانية من المادة (١٦٤) من قانون المرافعات للمحكمة ان تشمل بالنفاذ المعجل بشرط الكفالة في الحالات الأخرى غير الوجوبية إذا كان المدعى به مما يستلزم التصدي للتنفيذ عاجلاً، كالأشياء المتسارعة الفساد أو القابلة للتلف وفي هذه الحالة يجب أخذ كفالة من المدعي بالشيء المحكوم به والإضرار التي قد تصيب المدعى عليه ويقدمها عند تنفيذ الحكم في دائرة التنفيذ، وفي هذه الحالة يجب ان يتم البيع طبقاً لأحكام المادة (٢٤٢) من قانون المرافعات وأحكام قانون التنفيذ. والسبب في ذلك يرجع إلى ان هذه الحالات تتصف بطابع العجلة التي يخشى معها التلف انتظاراً لاكتساب الحكم درجة البتات.

١- المادة (٢١) من قانون الإثبات.

٢- المادة (٥٩) من قانون الإثبات.

المطلب الثاني
الآثار التي تترتب على شمول الحكم بالنفاذ المعجل

يترتب على شمول الحكم بالنفاذ المعجل الآثار الآتية:

أولاً: القاعدة العامة ان الطعن بالحكم لا يؤخر تنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، لأن ذلك يتناقض مع الغرض من شمول هذه الأحكام بالنفاذ المعجل وذلك استناداً للفقرة الثانية من المادة (١٦٥) من قانون المرافعات والتي جاء فيها (لا يؤخر التنفيذ المعجل مراجعة طرق الطعن المقررة في القانون ما لم تقرر المحكمة المرفوع اليها الطعن خلاف ذلك).

وبناء على ذلك فإنه يمكن تنفيذ الحكم الغيابي تنفيذاً معجلاً بالرغم من الاعتراض عليه أو استئنافه، لأن القاعدة تقضي ان الاعتراض على الحكم الغيابي يؤخر التنفيذ الا إذا كان مشتملاً على قرار بالنفاذ المعجل ويستمر على التنفيذ ما لم تقرر المحكمة عند الاعتراض على الحكم إلغاء قرارها القاضي بالنفاذ المعجل[١]، وكذلك فإن استئناف الحكم يؤخر تنفيذه الا إذا كان مشتملاً على قرار بالنفاذ المعجل فيستمر التنفيذ ما لم تقر المحكمة عند نظر الاستئناف إلغاء القرار الصادر بالنفاذ المعجل[٢].

والقاعدة ان الطعن بالحكم بطريق التمييز لا يؤخر تنفيذه، غير أنه يستثنى من هذه القاعدة، تأخير تنفيذ الحكم في دائرة التنفيذ إذا كان متعلقاً بقار، أما إذا تعلق بحق شخص فإن التمييز لا يؤخر التنفيذ الا إذا قدم طالب التمييز كفيلاً ملياً يضمن تسليم المحكوم به إذا ظهر أنه غير محق في تمييزه أو يضع المحكوم عليه النقود أو المنقولات المحكوم بها أمانة في دائرة التنفيذ أو إذا كانت أمواله محجوزة بطلب الخصم أو وضعت تحت الحجز بطلبه، فعند ذلك يجوز تأخير التنفيذ إلى التمييز وذلك بقرار من المحكمة المختصة بنظر الطعن.

ثانياً: إعادة الطرفين ان كان ذلك ممكناً إلى الحالة التي كانا عليها قبل تنفيذ الحكم في حالة صدور قرار بأبطال أو فسخ أو نقض الحكم المشمول بالنفاذ المعجل.

١- الفقرة الأولى من المادة (١٨٣) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٩٤) من قانون المرافعات.

النفـاذ المعجل، تنفيذ مؤقت، فإذا فسـخ هذا الحكم اسـتئنافاً أو نقض تمييزاً ثم ردت دعـوى المدعـي فإنه يلغى ما تم من التنفيذ المعجل ويرد إلى خصمه ما كان قد استوفاه منه وتعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ.

وثار التساؤل حول مسؤولية المحكوم له بالتعويض في حالة إبطال أو فسخ أو نقض الحكم المشمول بالنفاذ المعجل ؟

ويذهب الرأي الراجح ان المحكوم له يكون مسـؤولاً وملزماً بالتعويض، لأنه عند تنفيذه للحكم يتم على مسؤوليته، فضلاً عن ذلك ان إجراء النفاذ المعجل ليس حقاً للمحكوم له وانما هو رخصة ان شـاء انتفع لها وان شـاء تريث حتى يكتسـب الحكم درجة البتات، وعليه فإن حق المحكوم له في إجراء النفاذ المعجل يزول بنقض الحكم فيصبح التنفيذ الذي تم لا يستند على أسـاس من القانون وان قواعد العدالة لا تسـمح بأن يتحمل المحكوم عليه الأضرار التي أصابته وهو الذي ربح الدعوى نهائياً، بينما المحكـوم لـه قد تعجل بالتنفيذ قبـل ان يصبح له حقاً ثابتاً. ولهذا اسـتقرت[1] محكمة التمييز الفرنسـية بالحكم على من باشـر بالنفاذ المعجل بالفوائد القانونية للمبالغ التي كان قد قبضها ابتداء من يوم القبض والى ان يرد تلك المبالغ.

١- للتوسع راجع استاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ٢٨١.

المبحث الخامس
آثار الأحكام القضائية

يترتب على صدور الأحكام باختلاف أنواعها في الدعوى المدنية آثاراً قانونية مختلفة، وأهم هذه الآثار هي اكتساب الحكم حجية الأمر المقضي فيه وخروج النزاع من ولاية المحكمة وتقرير الحقوق وإنشائها والحكم بمصاريف الدعوى، ونتناول دراسة هذه الآثار في النقاط الأربعة الآتية:

أولاً: اكتساب الحكم حجية الأمر المقضي فيه

تعد حجية الحكم أثراً قانونياً مهماً للحكم القضائي، فقد قررت التشريعات المختلفة على اعتبارها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، وترجع الحكمة لهذه الحجية لأمر تتعلق بالصالح العام، إذ لو أجيز لكل خصم خسر الدعوى ان يجددها مرة أخرى لتأبدت المنازعات ولتعددت الأحكام الصادرة في نفس النزاع، مما يحتمل تضاربها وابتعاد القضاء عما يجب ان تتوافر له من قدسية واحترام، والحجية هي نوع من الحرمة التي يكتسبها الحكم بعد صدوره بوصفه حكماً صحيحاً من الناحية الشكلية والموضوعية، وهذه الحجية قرينة ذات فرعين أحدهما يسمى قرينة الصحة والآخر قرينة الحقيقة، وقد جعل قانون الإثبات العراقي حجية الأحكام من القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام ونص في المادة (١٠٦) منه على عدم جواز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة، ويترتب على ذلك ان حجية الأحكام تعد مطابقة للحقيقة ولا يجوز لأي من طرفي النزاع إقامة الدعوى بشأنها ، فإذا أقيمت الدعوى مجدداً بشأن ذات الحق كان للطرف الآخر ان يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيه.

ويكتسب الحكم حجية الأمر المقضي فيه حتى وان كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى الطرق المقررة قانوناً، وهذه الحجية تبقى ولا تزول إلا إذا أبطل أو عدل أو فسخ أو نقض الحكم[1].

١- الفقرة الثالثة من المادة (١٦٠) من قانون المرافعات المدنية.

والأصل ان الحجية تكون لمنطوق الحكم فقط دون غيرها من اجزائه، لأن المنطوق هو الذي تعبر فيه المحكمة به في ألفاظ صريحة وواضحة، أما بقية أجزاء الحكم فلا تكتسب هذه الحجية، ومع ذلك فإن أسباب الحكم بوصفها توضح الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي تستند عليها الحكم، يمكن ان تحتوي على قضاء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بما قضت به المحكمة في منطوقها ويعد مكملاً له، بل قد يحدث ان تتضمن أسباب الحكم جزاءاً من قضاء المحكمة ويكون الجزء الآخر موجوداً في منطوقه، فقد تناقض المحكمة ضمن أسباب الحكم مسؤولية المدعى عليه عن التعويض وتحكم بثبوتها فعلياً، ثم يقتصر منطوق حكمها على ندب خبير لتقدير التعويض الذي يجب على المدعى عليه دفعه بالفعل في ضوء تحديد مسؤوليته عنه والتي حكمت المحكمة بثبوتها في أسباب الحكم، واستناداً لذلك تكتب مثل هذه الأسباب حجية المنطوق ذاتها[1].

ثانياً: خروج النزاع من ولاية المحكمة

بصدور الحكم تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة لما فصلت فيه بحكمها ويخرج النزاع من ولاية المحكمة سواء كانت إعادة النظر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، فلا تستطيع المحكمة العدول عما قضت به أو تعديله الا وفقاً للقانون، واستنفاذ ولاية المحكمة يقتصر فقط على المسألة التي فصلت فيها بهذا الحكم، فليس للمحكمة التي قضت بالدين على المدين ان تعود وتعطيه مهلة للوفاء أو ان تقضي بشمول حكمها بالنفاذ المعجل بعد سبق صدوره بأنه غير مشمول بهذا النفاذ غير ان هذا الأثر ترد عليه الاستثناءات الآتية:

١- يجوز للمحكمة ان تعدل عما تصدره من قرارات وقتية إذا تغيرت الأسباب التي استند اليها الحكم أو إذا قبلت للمحكوم عليه ويجوز لها ان تغير الحكم الصادر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات إذا لم تجد له ضرورة فيما بعد[2].

٢- أوجب القانون على المحكمة ان تصحح الخطأ المادي الكتابي في الحساب في الأحكام التي أصدرتها، واستلزمت المادة (١٦٧) من قانون المرافعات الشروط الآتية لقبول التصحيح:

١- للتوسع راجع د. احمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٧٤٨.

٢- راجع نص المادة (١٧) من قانون الإثبات العراقي بفقراتها الثلاث.

أ- ان تكون الأخطاء المطلوب تصحيحها خطأ في الحساب أو غلطاً مادياً، والخطأ الحسابي هو الذي يأتي نتيجة الجمع والطرح، اما الخطأ المادي فهو الخطأ الكتابي الذي يقع في بيان اسم أحد الخصوم أو الغلط في اسم القاضي، ويجب ان لا تؤثر هذه الأخطاء على الحكم الصادر فيها وتغير من منطوقه.

ب- يجب ان تقع هذه الأخطاء في منطوق الحكم، لأنه هو الذي يؤثر في حقوق الخصم، ولا عبرة بالأخطاء الواردة في تسبيب الحكم.

ج- ان تقوم نفس المحكمة بتصحيح الخطأ الذي وقعت فيه، فإذا كان الغلط المادي وقع في الحكم البدائي، فإن محكمة البداءة تقوم بتصحيحه وهكذا.

د- ان يطلب الخصوم أو أحدهما تصحيح هذه الأغلاط.

٣- يجوز للمحكمة في تفسير الحكم الذي أصدرته ان تفسر ما ورد فيه من غموض وذلك بناء على طلب أحد الخصوم لاسيما إذا كان تفسير منطوق الحكم يحتمل عدة معانٍ ويصعب الوقوف على ما قصدته المحكمة من حكمها، أما إذا كان المنطوق واضحاً فلا تقبل دعوى التفسير لانعدام المصلحة، وأوضحت المادة العاشرة من قانون التنفيذ رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٠ ان الحكم إذا شابه غموض في منطوقه كلاً أو بعضاً بما يتعذر على مديرية التنفيذ فهم حقيقة ما قصدته المحكمة، جاز للمنفذ العدل ان يستوضح من المحكمة التي أصدرت الحكم عما ورد فيه من غموض، وإذا اقتضى الأمر صدور قرار منها أفهم ذو العلاقة بمراجعتها دون الاخلال بتنفيذ ما هو واضح من الحكم الواجب التنفيذ.

ثالثاً: تقرير الحقوق وإنشاؤها

يعد تقرير الحقوق وإنشاؤها من أهم الآثار التي تترتب على الأحكام. والأصل في الأحكام انها أحكام مقررة أي كاشفة للحقوق وليست منشئة لها، لأن سلطة القضاء لا تقوم بسن القوانين وانما تقوم بحمايتها، وعندما تفصل المحكمة في النزاع، انما تكشف عن الحقوق المتنازع فيها ولا تنشئ لأطراف الدعوى حقوقاً جديدة، أي ان للأحكام القضائية أثر رجعي، فإذا حكمت المحكمة لشخص بحق الملكية فإن الحكم بثبوت هذا الحق لا ينشئ حق الملكية وانما يقره ويؤكد هذا الحق الذي نشأ عن واقعة قانونية سابقة لصدور هذا الحكم، هي المصدر المنشئ لأصل الحق ذاته كالعقد أو

الميراث وغيرها، وكذلك إذا قضت المحكمة بتنفيذ التزام، فهي تكشف عن حق الدائن فيه ولا تستبدل به حقاً جديداً ناشئاً عن قضائها، وكذلك الأمر إذا قضت المحكمة برفض دعوى الدائن فإنها بذلك تقرر حالة قانونية موجودة وهي عدم صحة الحق الذي ادعاه المدعي وبذلك تزول كل الآثار التي ترتبت على الدعوى، وهذا ما يؤكد ان وظيفة المحكمة ليست إنشاء حقوق للخصوم، بل إيضاح حق كل خصم بالنسبة لموضوع النزاع المطروح أمامها.

وترجع الحكمة من تسويغ الأثر الرجعي للأحكام القضائية إلى حماية صاحب الحق من الضرر الذي يتعرض له بسبب بطء القضاء أو منازعة خصمه، وإذا كانت الأحكام القضائية كاشفة للحقوق ولا تنشئ الحق للمحكوم له، إلاّ أن هذه الأحكام تمنح صاحب الحق المزايا الآتية:

١- تأكيد الحق بقطع النزاع فيه ومنع المحكوم له من تجديده في المستقبل.

٢- إطالة المدة المسقطة لتقادم الحق الذي تقرر بهذا الحكم، إذ تصبح هذه المدة خمس عشر سنة حتى وان كان الحق في الأصل يسقط بمدة أقصر.

٣- ينشئ للمحكوم له سنداً قابلاً للتنفيذ الجبري على المحكوم عليه.

٤- ينشئ للمحكوم له سنداً رسمياً يحل محل السند الذي كان أساساً لما ادعاه ويفترض القانون صحة كل ما ورد به ما لم يتم الطعن فيه بالتزوير[1].

وإذا كا الأصل ان الأحكام مقررة للحقوق، فإن بعض هذه الأحكام يكون منشأ لها وذلك خلافاً للأصل العام في حالة ما إذا كان من شأن الحكم ان ينشئ حالة جديدة، أي حقاً أو مركزاً قانونياً لم يكن قائما قبل صدوره، ومثال ذلك الأحكام الصادرة بإشهار تاجر أو إيقاع حجز على شخص بسبب أمور مالية وعقلية أو حجز احتياطي أو تعيين حارس قضائي.

رابعاً: مصاريف الدعوى

تشمل مصاريف الدعوى مجموع الرسوم القضائية التي استلزمها رفع الدعوى والحكم فيها، ويجب على المحكمة ان تحكم بمصاريف الدعوى عند اصدار الحكم

١- للتوسع راجع الأستاذ الدكتور احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

وذلك من تلقاء نفسها، ويتحمل هذه المصاريف الخصم المحكوم عليه[١]، ومصاريف الدعوى لا يدفعها المحكوم عليه على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحق المحكوم له من جراء دعوى خصمه فيما يدعيه لأنها لا تعد في ذاتها دليلاً على خطأ المحكوم عليه يستوجب مسؤوليته وانما يدفعها لأن القانون يلزمه بتحملها تحقيقاً لمقتضيات العدالة، وعليه فإن القانون هو مصدر التزام بدفع هذه المصاريف ويتحملها المحكوم عليه حتى ولو كان حسن النية في منازعته[٢]، وأساس ألزام الخصم بالمصاريف هو الاستناد إلى نظرية الغرم بالغنم، لأن المدعي عندما يرفع دعوى على المدعى عليه ثم يخسرها فهو يتحمل المصاريف، لأنه قد نازع المدعى عليه بحقه الثابت وقد ظهر أنه غير محق[٣] في دعواه، لذلك يجب عليه ان يتحمل هذه المصاريف، وحسب نص المادة (١٦٦) تشمل هذه المصاريف الأمور الآتية:

١- الرسوم القضائية التي استلزمها رفع الدعوى بموجب قانون الرسوم القضائية ومصاريف الإنذار ورسوم التبليغ.

٢- مصاريف الخبير ونفقات الشهود وأجور الترجمة وأتعاب المحاماة.

والخصم الذي خسر الدعوى هو الذي يتحمل مصاريف الدعوى سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه، وإذا تعدد المحكوم عليهم فللمحكمة الحكم بقسمة المصاريف بينهم بنسبة ما حكم به على كل منهم ولا يلزمون بالتضامن الا إذا كانوا متضامنين في أصل الحق المدعى به، وإذا ظهر كل من الطرفين أنه غير محق في قسم من الدعوى فيتحمل المصاريف بنسبة القسم الذي خسره ولا تتعدد أجور المحاماة بتعدد المحكوم لهم أو المحكوم عليهم أو بتعدد الوكلاء[٤]، وهناك دعاوى يتحمل فيها المدعي مصاريف الدعوى ابتداءا وانتهاءاً كما في دعوى الطلاق وذلك لعدم اعتبار أحد الزوجين خاسراً فيها لأن الطلاق أمر بيد الرجل.

١- الفقرة الأولى من المادة (١٦٦) من قانون المرافعات المدنية.

٢- Moerl, Traite de Procedure, 2 eme ed. 1949- 693.
أشار إليه الأستاذ الدكتور احمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٧٣٤.

٣- استاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ٢٨١.

٤- الفقرة الثالثة الرابعة والخامسة من المادة (١٦٦) من قانون المرافعات.

تم نشر الملف في قناة شبكة قانونيون على التلكرام
تحتوي القناة على مجموعة كبيرة من الكتب
القانونية الدراسية والعامة بالإضافة الى الملازم ،
الملخصات ، نماذج دعاوى مختلفة ، المتون
القانونية ، وغيرها من الأمور .

رابط القناة اذا كنت ترغب في الانضمام معنا ⇩

https://t.me/iraq_law5

الفصل الثاني عشر

نظرية الطعن
في الأحكام والقرارات القضائية

لما كانت أحكام القضاء تصدر عن إنسان فإنها عرضة للخطأ الذي يرد عليها ويبعدها عن طريق الحق والصواب، ولذا فإن العدالة تقضي ان يسمح لكل من صدر عليه حكم قضائي، يعتقد أنه معيب ان يطرح النزاع على القضاء من جديد، لعله يصل إلى ما يراه حقاً، فضلاً عن ذلك ان استقرار الحقوق لأصحابها وضرورة التعجيل بالبت في المنازعات لكي لا يطول أمدها، يحتم وجوب احترام الحكم الذي يصدر عن القضاء وعدم السماح بتجديد النزاع فيما فصل فيه بأية وسيلة من الوسائل[1].

وتوفيقاً بين هذه الاعتبارات المتعارضة وضعت نظرية الطعن في الأحكام، وبمقتضى هذه النظرية يحدد المشرع وسائل التظلم من الأحكام ويحدد لها مواعيد معينة وبانقضاء هذه المواعيد فإن الحكم الصادر من القضاء، يجب ان يحترم ويمتنع تجديد النزاع بصدده مهما شاب الحكم من خطأ أو بطلان.

وعليه فإن طرق الطعن في الأحكام هي الوسائل القانونية التي أقرها المشرع، لمراجعة الأحكام القضائية التي يشوبها الخطأ والعيب والتي بمقتضاها يتمكن الخصوم من طلب إعادة النظر في هذه الأحكام الصادرة ضدهم بقصد تعديلها أو إلغائها، وتكمن أهمية الطعن في النواحي الآتية:

١- أنه يضمن الحماية القضائية الكاملة للحقوق.

٢- أنه يضمن تصحيح ما شاب الأحكام القضائية من أخطاء وعيوب ونواقص وذلك توفيقاً للعدالة وتطبيقاً لنصوص القانون.

٣- انها تضمن إشراف رقابة المحاكم إلاّ على درجة على صحة وشرعية أعمال المحاكم الأدنى درجة.

وقد حدد قانون المرافعات العراقي الطرق القانونية للطعن في الأحكام[2] وهي:

١- د.رمزي سيف، المرجع السابق، ص ٧٦٢، د. صلاح الدين الناهي، المرجع السابق، ص ١٤٣.

٢- المادة (١٦٨) من قانون المرافعات.

الاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف وإعادة المحاكمة والتمييز وتصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير، وقد أضاف قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ المعدل الطعن لمصلحة القانون في حالة حصول خرق للقانون من شأنه أن يضر بمصلحة الدولة بالرغم من فوات المدد القانونية.

وعليه سنتناول دراسة هذا الفصل بتوزيعه إلى المباحث الثمانية الآتية:

المبحث الأول: الأحكام العامة لنظرية الطعن في الأحكام.

المبحث الثاني: الاعتراض على الحكم الغيابي.

المبحث الثالث: الاستئناف.

المبحث الرابع: التمييز.

المبحث الخامس: تصحيح القرار التمييزي

المبحث السادس: إعادة المحاكمة.

المبحث السابع: اعتراض الغير

المبحث الثامن: الطعن لمصلحة القانون.

ونظراً لأهمية الصيغ القانونية لنماذج الدعوى وضرورتها في أكمال الدراسة النظرية لدارسي القانون لاسيما الذي يسلك منهم ممارسة طريق المحاماة، حيث يصعب عليه ان يصبح محامياً ناجحاً ما لم يكن ملماً بالصيغ العملية لكتابة عريضة الدعاوى ولذلك خصصت المبحث التاسع من هذا الفصل لايراد نماذج عملية لأهم الدعاوى المدنية وأكثرها تداولاً في المحاكم، تاركاً التفصيل في هذه الدعاوى للمؤلفات القانونية التي اهتمت بدراسة هذه الصيغ والنماذج للدعوى المدنية[1].

١- للتوسع راجع د. محمد جابر الدوري، الصيغ القانونية بمقتضى أحكام قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، بغداد ١٩٩٠، المحامي عبد الرزاق القيسي، كيف تقيم الدعوى بنفسك، طبع بغداد، الطبعة الثانية ١٩٦٠، المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعاوى المدنية، ط١، بغداد ١٩٩٢.

المبحث الأول
الأحكام العامة لنظرية الطعن في الأحكام

تتضمن دراسة الأحكام العامة لنظرية الطعن في الأحكام، دراسة القواعد العامة التي تطبق على كافة طرق الطعن، وقد نص عليها القانون في فصل خاص في المواد (١٦٨- ١٧٦)[١]، ونتناول دراسة هذه الأحكام بتوزيعها إلى المطالب الخمسة الآتية:

المطلب الأول: التقسيم الفقهي لطرق الطعن.

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الطعن.

المطلب الثالث: الأحكام والقرارات القابلة للطعن.

المطلب الرابع: قاعدة نسبية الطعن.

المطلب الخامس: مدد الطعن.

المطلب الأول
التقسيم الفقهي لطرق الطعن

طرق الطعن، هي الوسائل القضائية التي ينظمها القانون لمراقبة الأحكام ومراجعتها ويقسم[٢] الفقه طرق الطعن في الأحكام إلى نوعين وهما:

١- وقد نظم قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني هذه الأحكام في المواد (١٦٩- ١٧٥).

٢- د.أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ٧٦٧، أستاذنا ضياء شيت خطاب، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

أولاً: طرق الطعن العادية وتتمثل في (١) الاعتراض على الحكم الغيابي (٢) الاستئناف.

ثانياً: طرق الطعن غير العادية وهي: (١) إعادة المحاكمة (٢) التمييز (٣) تصحيح القرار التمييزي (٤) اعتراض الغير.

وهناك عدة معايير للتمييز بين طرق الطعن العادية وغير العادية نجملها على النحو الآتي:

١- يختلف طريق الطعن العادي عن طريق الطعن غير العادي، ان المشرع لم يحصر أسبابها ولم يحدد حالاتها بل ترك للخصوم حرية ممارسة حقهم في الطعن بناء على ما يرونه مناسباً من الأسباب، اما طرق الطعن غير العادية، فقد حدد القانون أسبابها على سبيل الحصر ولا يجوز الطعن بأي طريق من هذه الطرق الا بناء على هذه الأسباب التي حددها القانون.

٢- وهناك معيار آخر للتمييز بين طرق الطعن العادية وغير العادية، وهو أنه يترتب على الطعن بطريق عادي تحديد النزاع واعادة الحكم في الدعوى فيه من جميع الوجوه، اما الطعن بطريق غير عادي فلا يترتب عليه الا النظر في العيوب التي استند عليها الطعن في الحكم.

٣- وأخيراً فإن الطعن بالحكم بالطرق العادية يؤدي إلى إيقاف تنفيذ الحكم بالطريق الا إذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل، إذ يستمر التنفيذ بالرغم من وجود الطعن ما لم تقرر المحكمة إلغاء الحكم الصادر بالنفاذ المعجل[1]، بينما طرق الطعن الغير العادية فإن الأصل فيها انها لا تؤدي إلى تأخير التنفيذ.

المطلب الثاني
الشروط الواجب توافرها في الطعن

ان الخصوم في الطعن هما طرفان الأول: الطاعن وهو الطرف الايجابي والذي يمثل الخصم المحكم ضده، وهو يبادر الطعن في الحكم الصادر عليه، والثاني، وهو المطعون ضده، ونقصد به الشخص الذي حكم لمصلحته ويرفع الطعن ضده، ولكي يقبل الطعن يجب ان تتوافر فيه شروط معينة في كل من الطاعن والمطعون ضده، ويجب ان تتوفر الشروط الآتية في الطاعن لكي يقبل طلبه في الطعن وهي:

١- المادتان (١٨٣) و(١٩٤) من قانون المرافعات المدنية.

أولاً- الصفة: أي يجب ان يكون طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، فإن لم يكن خصماً فلا يقبل الطعن منه حتى ولو كان الحكم قد أضر به.

ثانياً - المصلحة: يشترط في الطاعن ان تكون له مصلحة في الطعن، والمصلحة في المنفعة التي يحصل عليها الطاعن عند سلوكه طريق الطعن بأن يكون قد خسر الدعوى خسارة كلية، كأن ترفض جميع طلباته أو خسارة جزئية وذلك إذا حكم عليه ببعض طلبات المدعي، ولهذا فالخصم الذي لايحكم عليه بشيء أو الخصم الذي يحكم له بما ادعاه، ليس له الحق ان يرفع الطعن لعدم وجود مصلحة في ذلك.

ثالثاً- الاهلية: يشترط في الطاعن ان يكون ذا اهلية أو سلطة لمباشرة الطعن، فاذا اصبح عديم الاهلية، فيجب ان يتقدم بالطعن عنه الوصي أو القيم أو الوالي.

رابعاً - ويشترط اخيرا في الطاعن ان لايكون قد اسقط حقه صراحة في الطعن: إذ يجوز للمحكوم عليه ان يتنازل صراحة بان لايطعن بالحكم ويسقط حقه فيه اسقاطاً صريحاً امام المحكمة وبدون ذلك بورقة مصدقة من الكاتب العدل حسب التفصيل الذي اوضحناه سابقاً[1]، اما التنازل الضمني فلا يقبل وذلك لعدم النص عبيه في القانون.

خامساً - وهناك شروط يجب ان تتوفر في المطعون ضده: وهو الطرف السلبي في الحكم المطعون فيه، وهذه الشروط ان يكون المطعون ضده طرفاً في الدعوى الصادرة فيها الحكم المطعون فيه وان يكون محكوماً له: بمعنى ان يكون قد استفاد من الوضع القانوني المطعون فيه، بان يكون قد حكم بشيء على الطاعن أو ان تكون المحكمة قد رفضت للطاعن طلباً وجهه إلى الخصم المراد الطعن عليه، ويجب ان لايكون قد تنازل عن الحكم الصادر له في الدعوى ويجب ان يكون ذا اهلية أو سلطة للاعمال الاجرائية يشترط لصحتها ان تصدر من شخص تتوافر فيه الاهلية اللازمة لاتخاذ هذه الاعمال على الوجه الصحيح.

١- المادتان (١٨٣) و (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية.

المطلب الثالث
الأحكام والقرارات القابلة للطعن

ان الأحكام التي تقبل الطعن، هي الأحكام التي تنهي الخصومة ويجوز الطعن فيها مباشرة فور صدورها وخلال المدة المقررة للطعن فيها حتى ولو كانت هذه الأحكام لاتفصل في موضوع الدعوى كالحكم بعدم قبول الدعوى أو بسقوطها وغيرها من الأحكام التي تنهي الدعوى دون ان تكون فاصلة في الموضوع، وتذكر المحكمة في اخر عبارة من الفقرة الحكمية طرق الطعن في الحكم، غير ان الخطأ في الاشارة إلى ذلك لايؤدي إلى ضياع الحق، فعندما تصف المحكمة الحكم بأنه حضوري في الوقت الذي هو غيابي، فأن هذا الخطأ لايستفيد منه الخصم بل يبقى الحكم خاضعاً لطرق الطعن المقررة في القانون.

اما القرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى ولاتنتهي بها الدعوى فالقاعدة انه لايجوز الطعن فيها الا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها باستثناء القرارات التي اجاز القانون تمييزها بصورة مستقلة بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية[1] وترجع الحكمة من عدم اجازة الطعن في الأحكام غير المنتهية للدعوى إلى ابقاء الدعوى منظورة امام محكمة واحدة وعدم توزيعها بين المحاكم، لانه لو جاز المشرع الطعن في الأحكام غير المنتهية للدعوى، لأدى إلى تفريق الدعاوى بين عدة محاكم، مما يؤدي إلى اطالة امد النزاع واعاقة الفصل في موضوع الدعوى وزيادة نفقات التقاضي، مما قد يدفع الخصم إلى عدم المطالبة بالحق الذي رفعت الدعوى اصلاً للمطالبة به.

١- نصت المادة (١٧٠) من قانون المرافعات ان ((القرارات التي تصدر أثناء المرافعة ولاتنتهي بها الدعوى لايجوز الطعن فيها الا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها، عدا القرارات التي أبيح تمييزها استقلالاً بمقتضى القانون)).

المطلب الرابع
قاعدة نسبية اثر الطعن

مقتضى قاعدة نسبية اثر الطعن، ان الطعن لايستفيد منه الا من قام برفعه ولايحتج به الا على من وقع عليه[١] وهذه القاعدة هي تطبيق لمبدأ نسبية الاثر المترتب على إجراءات المرافعات، فلا يستفيد من الاجراء الا من باشره ولايحتج به الا على من اتخذ في مواجهته، ويظهر اثر قاعدة نسبية الطعن عند تعدد المحكوم عليهم وقيام البعض منهم بالطعن في الحكم ولم يطعن البقية فيه، فأنه عند تعديل الحكم المطعون فيه فلا يستفيد من الا الذين طعنوا في هذا الحكم، اما بقية المحكوم عليهم فانهم لايستفيدون من ذلك لان عدم طعنهم في الحكم يعد اسقاطاً منهم لحقوقهم في الطعن.

وقاعدة نسبية اثر الطعن ليست مطلقة وانما ترد عليها استثناءات اقتضتها الضرورات العملية والمنطقية وهذه الاستثناءات هي:

أولا: يستفيد من الحكم من تكون له مصلحة مستمدة من حقوق أو جرى التعديل لصالحه، أو من يحكم عليه بالتضامن مع من عدل الحكم لصالحه، فاذا رفعت الدعوى على الاصيل أو الكفيل وحكمت عليهما المحكمة بالتضامن، وطعن الاصيل في الحكم وكان النقض لصالحه فأن الكفيل يستفيد منه ايضاً.

ثانياً: يستفيد من الحكم من يكون مدعياً أو مدعى عليه، مع من عدل الحكم لصالحه إذا كانت الخصومة متعلقة بشيء غير قابل للتجزئة[٢].

والمقصود بعدم التجزئة، ان يكون الفصل في موضوع النزاع لايحتمل غير حل واحد[٣]، ومثالها دعوى المطالبة بحق ارتفاق أو دعوى قسمة العقار، فأن من لم يطعن بالحكم يستفيد من تعديل الحكم إذا كان قد طعن فيه احدهم وحكم لصالحه، لان الحق واحد لايتجزأ، والحكمة من هذا الاستثناء ترجع إلى رغبة المشرع واحتياطه للحد من تضارب الأحكام في الدعاوى التي يتعدد اطرافها مع قابليتها للتجزئة[٤].

١- الفقرة الأولى من المادة (١٧٦) من قانون المرافعات، والمادة (١٧٥) من أصول المحاكمات المدنية الاردني.

٢- الفقرة الثانية والثالثة من المادة (١٧٦) من قانون المرافعات.

٣- د. احمد أبو الوفا- المرجع السابق- ص ٧٨٩.

٤- وتجدر الإشارة إلى أن تعديل الحكم إذا كان قد صدر لأسباب خاصة بالطاعن في حالة عدم تجزئة

المطلب الخامس
مدد الطعن

مـدد الطعن، هي الفترة الزمنية التي بانقضائهـا يمتنع على المحكوم عليه ان يطعن في الحكم، ويترتب على فوات المدد القانونية للطعن، سقوط الحق في الطعن، وهـذه المـدد هي مدد حتميـة، وتعد من النظام العام، وتقضي بهـا المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدة القانونية[١].

وتسري على مدد الطعن قواعد كيفية احتساب مدد التبليغ بصفة عامة وامتدادها بسـبب العطل الرسمية أو وجود مسافة بين مكان الطعن ومحكمة الطعن[٢] والقاعدة ان سـريان المـدد القانونية للطعن تبدأ من اليوم التالي لتبليـغ الحكم أو اعتباره مبلغاً وللخصوم مراجعة طرق الطعن القانونية في الأحكام قبل تبليغها.

ولما كانت مدد الطعن من مدد السقوط فانه وتقديراً من المشرع لهذا الاعتبار اجـاز وقف هـذه المدد بقوة القانون عند توفر الظروف القاهرة لوقفها والتي لا تكون للخصـوم يـد فيها، لان وجود هذه الظروف يؤدي إلى منع الخصم المحكوم عليه من ممارسـة حقه في الطعن، وقد نصت الفقرة من المـادة (١٧٤) من قانون المرافعات علـى الحـالات التي تقف فيها مـدد الطعن، بالرغم مـن ان هذه المـدد حتمية ومدد سقوطها لايجوز للخصوم ان يتفقوا على مد ميعادها أو انقاصه، وهذه الحالات هي: (١) وفـاة المحكـوم عليه و (٢) فقدانـه لأهلية التقاضـي (٣) وزوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن المحكوم عليه[٣].

ويسـتمر وقف مدد الطعن إلى ان يتم اعلان الحكم إلى من يقوم مقام المحكوم عليـه وذلك بعـد تبليغ الحكم إلى من يقـوم مقام الخصم الذي توفـى أو فقد اهليته أو ازيلت صفته الاجرائية.

◄ موضوع الدعوى أو في حالة التضامن، فإنه لا يستفيد من الطعن الذي يطعن بالحكم لأن تعديل الحكم كان لأسباب خاصة بمن قدم الطعن. راجع الفقرة الرابعة من المادة (١٧٦) من قانون المرافعات.

١- الفقرة الرابعة من المادة (١٧٦) من قانون المرافعات.

٢- المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية.

٣- راجع كذلك المادة (١٧٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

ويلـزم التبليغ في تلك الحالات دائماً لسـريان مدد الطعن حتى ولو كان الحكم قد سـبق تبليغه إلى الخصم الذي توفـي أو فقد اهليته أو زالت صفته الاجرائية، وفي حالة تبليغ الحكم تجدد المدد السـابقة على تاريخ حدوث سـبب الوقف وتسـتكمل بعد التبليغ، فالمدة عندما تستأنف سريانها، انما تسري للمدة الباقية من الطعن وليس لمدة جديدة، ووفاة المحكوم له لاتؤثر على سـريان مدد الطعن لأن القانون يجيز في حالة موته تبليغ الطعن إلى أحد ورثته وذلك في آخر موطن كان لمورثهم واذا فقد المحكوم لـه اهليته للتقاضي أو زالت صفته الاجرائية وجـب تبليغ الطعن إلى من يقوم مقامه قانوناً في موطنه[1].

ويجب ان تقف مدد الطعن بعد سـريانها، اما إذا وقفت هذه المدد أثناء صدور الحكـم، بـأن توفى المحكوم له أو فقد اهلية التقاضي أو زالت صفته أو توفي من كان بمثله فلا تقف مدد الطعن وعلى المحكوم عليه تقديم الطعن خلالها[2].

وتجدر الاشـارة إلى ان القوة القاهرة ايضـاً تؤثر على مدد الطعن فتؤدي إلى وقفها، وعليه ان قيام حالة حرب أو كارثة طبيعية أو اضراب عام يعد بمثابة قوة قاهرة تـؤدي إلى وقف سـريان هذه المدد، وتخضع تقدير مـا إذا كانت الواقعة المدعى بها قوة قاهرة إلى محكمة الموضوع ويجب ان تطرأ بعد سريان مدد الطعن بالنقض[3].

١- (١٧٥) من قانون المرافعات.

٢- المادة (٦٢٠) من قانون أصول المحاكمات اللبناني.

٣- نبيل عمر- المرجع السابق ص ٣٠١.

المبحث الثاني
الاعتراض على الحكم الغيابي

الاعتراض على الحكم الغيابي أو حسب تعبير المشرع المصري ((المعارضة في الأحكام الغيابية))[1]، هو طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية، يتقدم به من صدر عليه حكم في غيابه طالباً ابطال الحكم الغيابي أو تعديله، والحكمة من اجازة هذا الطعن، هي لمنع استغلال الخصم فرصة غياب خصمه وحماية لحق الدفاع، إذ لايجوز ان يحكم على شخص دون سماع دفاعه.

وهذا الطعن بالرغم من مسوغاته، فأنه فقد كثيراً من اهميته العملية واتجهت بعض التشريعات[2] الحديثة إلى إلغاء الاعتراض على الحكم الغيابي لاسيما في القضايا المدنية، واصبح الطعن العادي يقتصر على الطعن بالاستئناف وان الاعتراض لا يكون الا في احوال استثنائية يجب ان يقررها القانون فقط، بحجة ان الاعتراض وسيلة لاطالة امد النزاع، وان الحكم في غياب المدعى عليه ليس معناه التسليم بطلبات المدعي وانما يعني ان المحكمة لاتحكم له في غياب خصمه الا إذا تحققت من صحة ادعاءاته.

اما قانون المرافعات المدنية العراقي فأنه ذهب إلى تضييق نطاق الغياب والاعتراض على الحكم الغيابي توفيراً لمراحل التقاضي وآخذاً بما درجت عليه التشريعات الحديثة من إلغاء الطعن بطريق الاعتراض على الحكم، واختط القانون طريقاً وسطاً، اعتبر فيه المرافعة حضورية في حق المدعي أو المدعى عليه إذا حضر في اية جلسة ولو تخلف في الجلسات[3] التالية وذلك ان الحضور في احدى

١- المادة (٣٨٥) من قانون المرافعات المصري.

٢- ومن هذه التشريعات قانون أصول المحاكمات الاردني وراجع المادة (١٩٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني

٣- المادة (٥٥) من قانون المرافعات.

الجلسات كفيل بالتعريف بالدعوى وتتبع سيرها، وبوسع الخصم الذي يتخلف عن الحضور ان ينيب عنه غيره أو يقدم لائحة فضلاً عما اتيح له من استعمال طرق الطعن، وتمشياً مع وجهة نظر التشريع في تطبيق نظام الطعن بالاعتراض وتوخياً لتقصير امد التقاضي، فقد نص القانون على ان الطعن على الحكم بطريق آخر غير الاعتراض يعد نزولاً عن حق الاعتراض[1].

ونتناول دراسة الاعتراض على الحكم الغيابي في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: الخصوم في الدعوى الاعتراضية والاحكام القابلة للطعن.

المطلب الثاني: إجراءات الاعتراض على الحكم الغيابي والنظر فيه.

المطلب الثالث: اثار الاعتراض على الحكم الغيابي.

المطلب الأول
الخصوم في الاعتراض على الحكم الغيابي والاحكام القابلة للطعن

ان الخصوم في الاعتراض على الحكم الغيابي هما (المعترض) وهو الذي حكم عليه غيابياً، لانه لم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة بالرغم من تبليغه وفقاً للقانون، وسواء كان الحكم صادراً لصالح المدعي أو المدعى عليه والخصم الآخر هو (المعترض عليه) وهو الذي يطعن ضده بالاعتراض، ولما كان الاعتراض لايمكن تقديمه الا من المدعى عليه، فأن المعترض يصبح دائماً هو المدعى عليه، اما المدعي في هذه الدعوى فهو في الغالب المعترض عليه، ولايجوز للشخص الخارج عن الدعوى الاعتراض على الحكم الغيابي بحجة ان الحكم قد اضر به، لانه في هذه الحالة يحق له ان يطعن بالحكم بطريق اعتراض الغير.

والاحكام التي يجوز للمحكوم الاعتراض عليها غيابياً هي الأحكام التي تصدر من محكمة البداءة أو محكمة الاحوال الشخصية[2]. وآخذاً بالاتجاه الذي يهدف إلى تقليص مفهوم الأحكام الغيابية فأن بعض الأحكام في التشريع العراقي لاتقبل

١- الأسباب الموجبة لقانون المرافعات والفقرة الثانية من المادة (١٧٧) منه.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) من قانون المرافعات.

الاعتراض عليها حتى ولو صدرت بالصورة الغيابية واهم هذه الأحكام هي:

١. **الأحكام الصادرة من محكمة الاستئناف:** ذلك ان الحكم الاستئنافي لايقبل الاعتراض، إذ بصدوره تكون الدعوى قد اجتازت شوطاً كبيراً، فضلاً على ان الطعن في هذا الحكم قد كفله القانون باللجوء إلى طريق الطعن بالتمييز[١].

٢. **القرارات الصادرة في الامور المستعجلة:** ذلك لأن هذه الأمور بحكم طبيعتها المستعجلة، تقتضي اختصار الوقت والإجراءات.

واخيراً فقد اعتبر المشرع الخصم الذي يحضر في اية جلسة ولو تغيب بعد ذلك صدور الحكم بحقه حضورياً ولايقبل الاعتراض عليه لانه ليس حكماً غيابياً، لان غيابه يعد عدولاً عن السير في الدعوى واهمالاً منه في متابعتها.

المطلب الثاني

إجراءات الاعتراض على الحكم الغيابي والنظر فيه

يمكن ان نحدد اهم إجراءات الاعتراض على الحكم الغيابي والنظر فيه في النقاط الآتية:

أولا - تقديم عريضة من المعترض: وتتضمن هذه العريضة أسباب الاعتراض وبيان المحل الذي يختاره الطاعن لغرض التبليغ والحكم محل الطعن وتاريخه والمحكمة التي اصدرته ودفع رسم الاعتراض، لان الاعتراض لايعد قائماً الا من يوم دفع رسم الاعتراض ويجب على الطاعن ان يقدم مع مرفقات العريضة صورة منها يبلغ بها الخصوم وتجري التبليغات وفقاً للقانون[٢].

واذا وجدت المحكمة نقصاً في العريضة الاعتراضية، فأنها تطلب من المعترض اصلاحه خلال فترة مناسبة والا تبطل عريضة الدعوى[٣]، اما إذا كان النقص يتعلق بأسباب الاعتراض أو طلبات المعترض فأن المحكمة تحكم برد الاعتراض لان القانون يلزم المعترض ببيان أسباب الاعتراض[٤].

١- الأسباب الموجبة لقانون المرافعات.

٢- المادة (١٧٣) من قانون المرافعات.

٣- المادة (٥٠) من قانون المرافعات.

٤- الفقرة الأولى من المادة (١٧٩) من قانون المرافعات.

ثانياً - يجب تقديم الاعتراض على الحكم الغيابي خلال المدة القانونية للطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي: وهي الاجل الذي يجوز رفع الاعتراض فيه على الحكم الغيابي والذي بانتهائه، يمتنع رفع الاعتراض، ومدة الاعتراض هي عشرة ايام تبدأ من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو اعتباره مبلغاً، ويجوز الاعتراض على الحكم قبل التبلغ به[١]، وهذه المدة تعد من النظام العام ويجب على المحكمة ان تحكم برد الاعتراض شكلاً إذا لم يقدم في مدته[٢].

ثالثاً - يجب تقديم المعترض اعتراضه إلى المحكمة التي اصدرت الحكم الغيابي مباشرة: ويجوز تقديم الاعتراض بواسطة المحكمة الواقعة في محل اقامة المعترض بشرط ان تبين فيها محله المختار[٣]. ويمكن ان نتصور ثلاث حالات عند نظر المحكمة للدعوى الاعتراضية وهي:

١. حضور الخصوم: إذا حضر الطرفان فأن المحكمة تنظر في قبول الاعتراض من الناحية الشكلية، وبعد ان تتحقق ان عريضة الاعتراض مقدمة في المدة القانونية ومشتملة على اسبابه تقبل الاعتراض وتنظر فيه وفق القانون، فتؤيد الحكم الغيابي أو تبطله أو تعدله حسب الاحوال[٤].

٢. غياب الخصوم: إذا لم يحضر المعترض والمعترض عليه في اليوم المعين للمرافعة رغم تبليغهما، تقرر المحكمة ترك الدعوى للمراجعة وكذلك إذا حضرا واتفقا على ترك الدعوى للمراجعة، واذا مضت عشرة ايام من تاريخ الدعوى للمراجعة دون ان يراجع الطرفان أو احدهما، تسقط دعوى الاعتراض ولايجوز تجديدها[٥].

٣. حضور أحد الخصوم وغياب الآخر: إذا حضر أحد الطرفين معترضاً كان أو معترضاً عليه ولم يحضر خصمه في اليوم المعين للمرافعة رغم تبليغه تمضي المحكمة في نظر الاعتراض وتحكم بتأييد الحكم الغيابي أو ابطاله مع رد الدعوى أو الحكم بها أو تعديل الحكم على حسب الاحوال[٦].

١- المادة (١٧٩) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٧٩) من قانون المرافعات.

٣- الفقرة الثانية من المادة (١٧٨) من قانون المرافعات.

٤- المادة (١٨١) من قانون المرافعات.

٥- المادة (١٨٠) من قانون المرافعات.

٦- المادة (١٨١) من قانون المرافعات.

وبهذا تشير الأسباب الموجبة لقانون المرافعات، بأن القانون لم يفرق بين ما إذا كان الغياب بعذر أو بغير عذر تمشياً مع وجهة نظره في ان المحكمة قد اصبح لها دور ايجابي عند نظر الدعوى وتراعي مصلحة الخصم الغائب اسوة بالخصم الحاضر وحتى لايكون ثمة مجال لتقدير العذر وشرعيته وتوسل الخصوم به، مما يطيل امد التقاضي، وفي هذه الحالة يعد الحكم الصادر في الدعوى الاعتراضية حضورياً بحق الخصم الغائب والحاضر فيهما، لان الحكم الصادر في الاعتراض لايجوز الاعتراض عليه لا من رافعه ولا من المعترض عليه وانما يجوز الطعن فيه بطرق الطعن الاخرى المقررة قانوناً[1].

المطلب الثالث

آثار الاعتراض على الحكم الغيابي

يترتب على الاعتراض على الحكم الغيابي الآثار الآتية: -

أولا: ان الاعتراض على الحكم الغيابي لايسقط الحكم المعترض عليه

القاعدة ان الاعتراض على الحكم الغيابي لايسقط بمجرد الطعن فيه بالاعتراض، وانما يظل الحكم قائماً حتى يلغى أو يعدل بحكم جديد، ويترتب على هذه القاعدة ان الاعتراض على الحكم الغيابي يؤخر تنفيذه، الا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل، ومالم تقرر المحكمة عند نظر الاعتراض إلغاء القرار الصادر بالنفاذ المعجل[2].

ثانياً: إعادة النزاع المحكوم فيه غيابياً امام المحكمة التي اصدرت الحكم

يطرح الاعتراض على الحكم الغيابي النزاع مجدداً امام المحكمة إلى الحالة التي كان عليها قبل الفصل غيابياً، وتقضي المحكمة فيه من جديد بحكم لايجوز الطعن فيه بالاعتراض وانما يجوز الطعن فيه بطرق الطعن الاخرى المقررة قانوناً، ويطلق على هذا الأثر بـ (الأثر الناقل للاعتراض) وهو الأثر الأساسي للاعتراض

١- المادة (١٨٢) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٨٣) من قانون المرافعات.

والـذي يعني إعادة النـزاع في حدود اعتراض الخصم الغائـب، فاذا قصر المحكوم عليـه اعتراضه علـى بعض ما حكم عليـه فقط ورضي بالبعض الاخر فأن سـلطة محكمة الاعتراض تتحدد بما حصل به الاعتراض.

ثالثاً: ويترتب على الحكم الغيابي انه لااعتراض بعد الاعتراض

وقـد نصت على هذه القاعدة المادة (١٨٢) من قانون المرافعات وبهذا الصدد تشـير الأسـباب الموجبة لهـذا القانون (ان الحكـم الصادر في الاعتـراض لايجوز الاعتراض عليه لا من رافع الاعتراض ولا من المعترض عليه تطبيقاً لقاعدة اساسية في فقه المرافعات، انه لايجوز الاعتراض بعد الاعتراض وحتى لاتدور القضية في حلقـة مفرغة لا نهاية لها)، فالاعتراض على الحكـم الغيابي لايكون الا لمرة واحدة ولكن لايجوز للمحكوم عليه الطعن في الحكم الغيابي بطرق الطعن الاخرى المقررة في قانون المرافعات كالاستئناف أو التمييز أو تصحيح القرار أو إعادة المحاكمة[1].

١- للتوسع راجع: استاذنا الدكتور آدم النداوي- المرجع السابق ص ٢٦٥.

المبحث الثالث
الاستئناف

يعد الاستئناف من اهم طرق الطعن القانونية، بل يكاد يكون الطريق الوحيد في بعض التشريعات، بعد ان ضيقت التشريعات الحديثة من الحالات التي يمكن الالتجاء فيها إلى الاعتراض عن طريق الطعن في الحكم الغيابي، والاستئناف هو الطعن الذي يقدمه الخصم الذي خسر الدعوى بكاملها أو بجزء منها في الحكم الصادر امام محاكم الدرجة الأولى طالباً فسخه أو تعديله، والغرض من الاستئناف، هو لضمان حسن سير العدالة، إذ انه يؤدي إلى استدراك الخصوم لما فاتهم تقديمه من دفاع وادلة امام محكمة الدرجة الأولى، وان محكمة الاستئناف وهي المشكلة من رئيس وعضوين لاتقع في الاخطاء التي وقعت فيها محاكم الدرجة الأولى، وهي التي تشكل من قاض واحد، فمحكمة الاستئناف اقدر على حل النزاع حلاً عادلاً صحيحاً[1].

والاستئناف هو الوسيلة التي يطبق فيها مبدأ التقاضي على درجتين وهو يعد من المباديء الاساسية في التنظيم القضائي، وبمقتضاه يكون للمحكوم عليه ان يعيد طرح النزاع امام محكمة اعلى درجة من المحكمة التي اصدرت الحكم لتعيد بحث النزاع والفصل فيه من جديد، وحتى المحكوم عليه يطلق عليه بالاستئناف وتسمى المحكمة التي يرفع اليها الاستئناف محكمة الدرجة الثانية، اما المحكمة التي فصلت في الدعوى أولا فيطلق عليها بمحاكم الدرجة الأولى.

وهناك اتجاه يدعو إلى إلغاء طريق الاستئناف، لانه يؤدي إلى بطء التقاضي وزيادة النفقات وضياع الحقوق وتضارب الأحكام، ونعتقد ان هذا الاتجاه ليس جديراً بالتأييد لأن محكمة الاستئناف لايزال دورها مهماً في التخفيف من الاعباء الملقاة على محكة التمييز، ونتناول دراسة الاستئناف بتوزيعه إلى المطالب الاربعة الآتية:

١- استاذنا ضياء شيت خطاب- المرجع السابق ص ٣٠١، د. احمد خليل- المرجع السابق ص ٣١٣.

المطلب الأول: الخصوم في الاستئناف.

المطلب الثاني: أنواع الاستئناف.

المطلب الثالث: إجراءات الاستئناف والنظر فيه.

المطلب الرابع: آثار الاستئناف.

المطلب الأول
الخصوم في الاستئناف

الاستئناف رخصة يمنحها القانون لمن خسر دعواه من الخصوم، وهو بذلك يختلف عن الحق في الدعوى، وذلك ان الحق في الاستئناف هو حق اجرائي ينشأ عن الفصل في خصومة امام محكمة الدرجة الأولى، ويترتب على ممارسته نشوء خصومة جديدة امام محكمة الاستئناف، ولذلك يجب ان يتوفر في الخصوم ما يشترط لقبول الدعوى من اهلية وصفة ومصلحة، والخصوم في الاستئناف هم الخصوم في محكمة البداءة أو من يقوم مقامهم كالوارث الذي يمثل التركة، والوكيل الذي يمثل الموكل، ونتناول شروط قبول الطعن بالاستئناف حسب التفصيل الآتي:

١. **الأهلية:** يجب ان يكون المستأنف ذا اهلية لتقديم الاستئناف والاهلية المطلوبة هي اهلية التقاضي وذلك حسب التفصيل الذي اوضحناه في شروط الدعوى.

٢. **الخصومة أو الصفة:** يشترط ان يكون كل من المستأنف والمستأنف عليه هو الخصم في الدعوى البدائية أو من يقوم مقامه، كالولي والوصي بالنسبة للصغير والقيم بالنسبة إلى المحجور، والمتولي بالنسبة للوقف، اما الذي له حق اعتراض الغير على الحكم البدائي فلا يجوز له الطعن بالحكم عن طريق الاستئناف، لانه لم يكن خصماً في محكمة البداءة الا إذا طلب التدخل في الدعوى الاستئنافية بصفة شخص ثالث[1].

وذلك بالانضمام إلى أحد الخصوم أو كان له حق الطعن في الحكم بطريق اعتراض الغير، ومثال ذلك إذا كانت محكمة البداءة قد حكمت على الكفيل في دعوى

١- الفقرة الثانية من المادة (١٨٦) من قانون المرافعات.

لـم ترفـع على الاصيل، فأن من حـق هذا الاخير ان يتدخل في الدعوى الاسـتئنافية لان لـه حق الاعتراض على الحكم البدائي بوصفه من الغير ولايجوز ان يطلب أحد الطرفين من محكمة الاسـتئناف دخول شخص ثالث، وذلك حتى لايحرم هذا الاخير مـن درجة من درجات التقاضي وهي محكمة البداءة، بل يجوز لمحكمة الاسـتئناف إلى ما قبل ختام المرافعة ادخال شخص ثالث لم يكن خصماً في الحكم المستأنف.

٣. **المصلحـة:** ويشـترط ايضـاً ان يكون المسـتأنف ذا مصلحة في الاسـتئناف، إذ لادعوى بغير مصلحة، ولما كان طريق الطعن بالاسـتئناف قد شـرع لمصلحة الخصوم، فأن من حقهم التنازل عن الاستفادة منه[١].

٤. ويشـترط اخيراً ان تكون الأحكام مما تقبل الطعن فيها بالاسـتئناف وهي الأحكام الصـادرة من محاكم البداءة والاحـكام الصادرة منها في قضايا الافلاس وتصفية الشركات[٢].

المطلب الثاني
أنواع الاستئناف

نص المشـرع العراقي على نوعين من الاسـتئناف وذلـك تأكيداً منه لضمان حسن سير العدالة وهما:

أولا الاسـتئناف الأصلي: وهو الاسـتئناف الذي يقدمه المحكـوم عليه، بقصد البدء بتحريك إجراءات دعوى جديدة في مواجهة المحكوم له، وهي دعوى الاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية، وقد أجاز المشـرع لكل خصم في الحكم البدائي ان يقدم استئنافاً إذا لم يستجب الحكم إلى كامل طلباته والاستئناف المقدم منهما يعد كل منهما استئنافاً أصليا.

ثانياً - الاسـتئناف المقابل: ويطلق عليه ايضاً بالاسـتئناف الفرعي أو التبعي وهو الذي يتقدم به المسـتأنف عليه عن حكم سـبق وان اسـتأنفه المستأنف الاصلي، ويلجأ المسـتأنف عليه لتقديم الاسـتئناف المقابل عندما يكـون الحكم البدائي قد

١- المادة (١٦٩) من قانون المرافعات.

٢- راجع المادة (١٨٥) والمادة (٣٤) من قانون المرافعات.

حكم ببعض طلباته ورفض البعض الآخر منها، ولهذا فأنه يتريث حتى إذا رفع المستأنف الاصلي استئنافاً اصلياً، فأنه يقوم بدوره برفع استئناف متقابل بما رفض من الدعوى لكي يحصل من محكمة الاستئناف على حكم بما خسره في محكمة البداءة.

ويشترط لقبول الاستئناف المتقابل توافر الشروط الآتية:

١. **ان يكون هناك استئنافاً اصلياً:** إذ لايجوز ان يرفع المستأنف عليه استئنافاً متقابلاً على حكم بدائي لم يسبق ان رفع عنه استئناف اصلي.

٢. **يجب ان تكون هناك مصلحة للمستأنف في الاستئناف المتقابل:** وتتحقق هذه المصلحة إذا كانت قد ردت محكمة البداءة بعض طلباته.

٣. **ان يقدم المستأنف عليه الاستئناف المتقابل قبل انتهاء الجلسة الأولى المعينة للمرافعة في الاستئناف الاصلي:** فأن قدم الاستئناف بعد ذلك فلا يقبل منه[١].

ويختلف الاستئناف المتقابل عن الاستئناف الاصلي في النواحي الآتية:

١. **من حيث المدة:** ان مدة الاستئناف الاصلي هي خمسة عشر يوماً[٢]، بينما الاستئناف المتقابل لايتقيد بأي مدة وانما يشترط ان يقدم الاسشتئناف المتقابل إلى ما قبل انتهاء الجلسة الأولى المعينة للمرافعة في الاستئناف الاصلي حسب نص المادة (١٩١) من قانون المرافعات.

٢. **من حيث توافر شروط الاستئناف:** الاستئناف المتقابل لايخضع لشروط الاستئناف الاصلي.

١- راجع المادة (١٩١) من قانون المرافعات المدنية، وتجدر الاشارة إلى ان قانون المرافعات المصري سمح في المادة (٢٣٧) منه للمستأنف عليه إلى ماقبل باب المرافعة ان يرفع استئنافاً متقابلاً، ونتفق مع استاذنا ضياء شيت خطاب- المرجع السابق ص ٣٥، ان اتجاه القانون العراقي اكثر سداداً من الاتجاه المصري لانه يمنع المماطلة وتأخير حسم الدعوى.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٨٧) من قانون المرافعات واستثنيت الفقرة الثانية من هذه المادة من المدة المقررة للاستئناف وهي خمسة عشر يوما الحكم الصادر بالاستناد إلى سند صدر بناء على ورقة مزورة أو شهادة زور، إذ لاتبدأ مدة الاستئناف الا من اليوم التالي لعلم المحكوم عليه أو الاقرار الكتابي بالتزوير من فاعله. ومدة الاستئناف في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني حسب نص المادة (١٧٨) منه هي ثلاثون يوما.

٣. من حيث مدى حق المستأنف على الاستئناف المتقابل يمنح للمستأنف عليه وحده: ولهذا لايجوز للمستأنف الاصلي ان يستأنف استئنافاً متقابلاً، ويرتبط الاستئناف المتقابل بالاستئناف الاصلي، إذ يسقط الاستئناف المتقابل إذا حكم برد الاستئناف الاصلي شكلاً[١].

المطلب الثالث
إجراءات الاستئناف والنظر فيه

يقدم الطعن بالاستئناف بعريضة إلى محكمة الاستئناف أو في المحكمة التي اصدرت الحكم، فاذا قدمت عريضة الاستئناف إلى محكمة الاستئناف مباشرة، تسجل العريضة ويستوفى الرسم وتحدد للنظر فيها في جلسة يبلغ المستأنف بتاريخها على العريضة ويبلغ المستأنف عليه بموعد الجلسة، وتبلغ المحكمة التي اصدرت الحكم بوقوع الاستئناف ويطلب منها ارسال اضبارة الدعوى إلى محكمة الاستئناف، اما إذا قدمت عريضة الاستئناف إلى المحكمة التي اصدرت الحكم، فعليها استيفاء الرسم القانوني وتسجيل العريضة وارسالها مع اضبارة الدعوى إلى محكمة الاستئناف مباشرة[٢].

واستلزمت الفقرة الثانية من المادة (١٨٨) من قانون المرافعات ان تشتمل عريضة الاستئناف على البيانات الآتية:

١. **اسم المحكمة الاستئنافية:** وذلك للتأكد من قواعد الاختصاص وان الاستئناف رفع إلى محكمة اعلى درجة من تلك التي اصدرت الحكم، لأنه يتضمن تجريحاً في حكمها، فلا بد ان تكون المحكمة التي تنظر في الاستئناف اعلى درجة منها.

٢. **اسم المستأنف والمستأنف عليه ومحل اقامتهما:** وذلك لأجل تبليغ المستأنف عليه بعريضة الاستئناف.

٣. **بيان خلاصة الحكم المستأنف وتاريخ صدوره وتبليغه.**

٤. **بيان أسباب الاستئناف التي تؤدي إلى فسخ الحكم البدائي أو تعديله.**

١- المادة (١٩١) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الأولى من المادة (١٨٨) من قانون المرافعات.

٥. **بيان طلبات المستأنف:** والتي يطلب فيها فسخ الحكم البدائي أو تعديله حسب مقتضيات الدعوى وبعد ان يرفع المستأنف عريضة الأستئناف بالشروط التي ذكرناها اعلاه، تطبق محكمة الاستئناف القواعد والاصول التي تتبع لدى محكمة الدرجة الأولى من حيث ضبط الجلسة والمرافعة والاحوال الطارئة والتبليغات واجراءات المرافعة واصدار الأحكام[1].

وقد بينت المادة (١٩٠) الاجراءات التي تتبعها المحكمة في حالة عدم حضور المستأنف والمستأنف عليه وذلك بترك الدعوى الاستئنافية لحين المراجعة واذا مضى على تركها ثلاثون يوماً دون ان يراجع الطرفان، تبطل عريضة الدعوى الاستئنافية ولايجوز تجديدها، اما إذا حضر أحد الطرفين وتغيب الطرف الآخر رغم تبليغه، تمضي المحكمة في نظر الدعوى وتفصل فيها طبقاً للقانون.

المطلب الرابع
آثار الاستئناف

اهم الآثار التي تترتب على الاستئناف هي الأثر الموقف للتنفيذ والأثر الناقل للاستئناف وعدم جواز احداث دعوى جديدة، ونتناول دراسة هذه الآثار حسب التفصيل الآتي:

أولا- الأثر الموقف للتنفيذ: ويقصد بهذا الأثر ان الطعن بالاستئناف يعد مانعاً من تنفيذ الحكم تنفيذاً جبرياً خلال المدة المقررة للاستئناف، فالاحكام المستأنفة لاتصلح ان تكون سندات تنفيذية، يلزم المحكوم عليه بتنفيذها، الا إذا كانت مشمولة بالنفاذ المعجل، وهذا ماقررته الفقرة الأولى من المادة (١٩٤) من قانون المرافعات والتي جاء فيها ان (استئناف الحكم يؤخر تنفيذه الا إذا كان مشمولاً بالنفاذ المعجل، فيستمر التنفيذ مالم تقرر المحكمة عند نظر الاستئناف إلغاء القرار الصادر بالنفاذ المعجل)، ذلك ان عدم تأخير التنفيذ في الاستئناف، قد يلحق ضرراً بالمحكوم عليه، اما إذا حكمت محكمة الاستئناف بفسخ الحكم، فعند ذلك تلغى إجراءات التنفيذ التي تمت قبل وقوع الاستئناف[2].

١- المادة (١٩٥) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الثانية من المادة (١٩٤) من قانون المرافعات.

ثانيـاً - الأثر الناقل للاسـتئناف: وهذا الأثر يعد مـن اهم الآثار التـي تترتب على الاسـتئناف، ويقصد به ان رفع الاسـتئناف يؤدي إلى إعادة طرح النزاع الذي فصل فيه الحكم البدائي على محكمة الاستئناف (محكمة الدرجة الثانية) فتصبح هذه المحكمة مختصة ببحثه وتحقيقه والفصل فيه، وقد نصت الفقرة الأولى من المـادة (١٩٢) مـن قانون المرافعات على هذا الأثر فجاء فيها ان (الاسـتئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداءة بالنسـبة لما رفع عنه الاستئناف فقط).

وهذا الأثر الناقل للاستئناف ليس مطلقاً وانما هو مقيد لما رفع عنه الاستئناف فقط، أي ان الاستئناف لاينقل إلى محكمة الاستئناف الا ما فصل فيه الحكم البدائي من طلبات موضوعية، ويترتب على ذلك انه لايجوز تقديم طلبات بدعاوى جديدة امام محكمة الاستئناف لأنها تكون غير جائزة.

ثالثاً - حكم الطلبات والادلة الجديدة امام محكمة الاسـتئناف: نصت المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية انه لايجوز احداث دعوى في الاسـتئناف لم يسبق ايرادهـا بداءة ومع ذلك يجـوز ان يضاف إلى الطلبـات الاصلية مايتحقق بعد حكـم البداءة من الاجور والفوائـد والمصاريف القانونيـة ومايجد بعد ذلك من التعويضات[1].

فالاصل حسـب هـذا النص عدم السـماح للخصوم بابداء طلبـات جديدة في الاسـتئناف لم يسـبق ايرادها بداءة، وذلك لان محكمة الاسـتئناف لاتنظر الا في الدعوى التي سـبق ان فصلت فيها من قبـل محكمة ذات درجة اولى وان القانون يفترض ان الخصوم من قد قدموا كل مالديهم من ادلة لدى محكمة البداءة، فضلاً عن ذلك ان السماح بتقديم هذه الطلبات سوف يحرم الخصم من درجة من درجات التقاضـي امام محكمة البداءة ومن ثم إذا اسـتأنف المحكـوم عليه بعض الفقرات الحكمية ولم يستأنف الفقرات الاخرى من الحكم، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف ان تنظر الا لما استأنف فقط من الحكم البدائي.

١- قارن ذلك مع المادة (١٨٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

ويستثنى من هذه القاعدة:

١. جواز المطالبة ببعض الملحقات وهي:

أ- اجور المحاماة في محكمة الاستئناف.

ب- الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية.

ج- المصاريف القانونية ومايزيد بعد ذلك من تعويضات[1].

٢. اجاز القانون تقديم ادلة جديدة في الاستئناف لتأييد الادعاء والدفع الوارد بداءة، ذلك لآن تقديم ادلة جديدة لايغير من النزاع، إذ ان من حق الخصوم ان يستدركوا مافاتهم من تقديم الادلة امام محكمة البداءة، لان الغاية من الاستئناف هي اصلاح مافي الحكم من خطأ، فضلاً عن ذلك ان تقديم هذه الادلة لتأييد الادعاء والدفع لايغير موضوع النزاع ولاصفة الخصوم، ومثالها ان يبرز الخصم دليلاً كتابياً يثبت فيه ان المستند الذي كان مدار الحكم البدائي كان مزوراً، فيجوز له عند ذلك تقديمه إلى محكمة الاستئناف، أو ان يدعي المدعي ان المستند كان مفقوداً ثم وجده أثناء استئناف الدعوى، فيجوز تقديمه إلى محكمة الاستئناف، فالادلة الجديدة يجوز تقديمها إلى هذه المحكمة مادامت متعلقه بالنزاع المعروض امامها.

١- الفقرة الثانية من المادة (١٩٢) من قانون المرافعات المدنية.

المبحث الرابع
التمييز

التمييز من طرق الطعن غير العادية، ويتم بموجبه الطعن في الأحكام والقرارات المخالفة للقانون وبقصد نقض الحكم المطعون فيها، ويرفع الطعن بالتمييز امام محكمة التمييز وهي محكمة وحيدة مقرها في محافظة بغداد وتمثل اعلى هيئة قضائية تهدف إلى توحيد القضاء وتحقيق العدالة، ويشير الأستاذ الفرنسي (موريل)[1] بهذا الصدد إلى ان محكمة التمييز هي حارسة القانون، وظيفتها المحافظة على مبدأين اساسيين وحدة التشريع والمساواة امام القانون، فما دام من غير الممكن معرفة القانون مقدماً لأنه غير وافٍ بالغرض أو غامض، فأن القانون في حاجة إلى تفسير، ولما كانت المحاكم متعددة فأن خطر التناقض والاختلاف في التفسير لا يمكن معالجتها الا بوجود محكمة التمييز، ووحدة القانون قد تكون خدعة دون وحدة القضاة وان محكمة التمييز تحقق وحدة التشريع والقضاء، وتجعل استقرار القانون وتطبيقه تطبيقاً مماثلاً على كل المواطنين امراً مؤكداً.

ولقد ظهرت فكرة الطعن بالاحكام بالتمييز في فرنسا في القرن الرابع عشر وعنها اخذت التشريعات الاخرى ومنها التشريع المصري والعثماني الذي اصدر قانون أصول المحاكمات الحقوقية ونص على تأسيس محكمة التمييز ويكون مقرها الاستانة عاصمة الدولة العثمانية وذلك في ٢ تموز ١٣٠٣م، ثم عندما احتلت بريطانيا العراق، الغت الطعن بالتمييز واستبدلتها بمحكمة استئناف بغداد ثم صدر تعديل ٢٠/ كانون الأول/١٩٢٥م الذي نص على تأسيس محكمة التمييز في بغداد[2].

١- موريل- الموجز في المرافعات المدنية- باريس ١٩٤٩ رقم (٩٩) اشار إليه الدكتور عبد الرزاق عبد الوهاب- الطعن في الأحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية- طبع بغداد- ١٩٩١ ص ١٦.

٢- وتجدر الإشارة إلى قانون السلطة القضائية لإقليم كوردستان العراق رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧، الذي ◄

ومحكمة التمييز الآن هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم والتي تعمل على ضمان تطبيق العدالة وحسن توزيعها على اساس من المساواة اما القانون.

ونتناول دراسة التمييز في المطالب الستة الآتية:

المطلب الأول: أنواع التمييز.

المطلب الثاني: الخصوم في الطعن بالتمييز ومدة الطعن فيه.

المطلب الثالث: حالات الطعن بالتمييز.

المطلب الرابع: إجراءات الطعن بالتمييز وآثاره.

المطلب الخامس: تصدي محكمة التمييز الفصل في النزاع.

المطلب السادس: إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض.

المطلب الأول
أنواع التمييز

حددت الفقرة الأولى من المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات حالات التمييز الوجوبي إلى جانب التمييز الاختياري، فضلاً عن ذلك ان هناك تمييز متقابل أو تبعي، ونتناول دراسة هذه الأنواع من التمييز حسب التفصيل الآتي:

أولا: التمييز الاختياري

وهو التمييز الجوازي الذي يقع عادة بناء على طلب من الخصم، إذ يجوز للخصوم تمييز جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف ومحاكم الدرجة الأولى، وكذلك القرارات التي تصدر أثناء نظر الدعوى ولاتنتهي بها الدعوى وذلك بحسب التفصيل الذي اوردناه عند دراسة الاختصاص النوعي للمحاكم.

◄ أقر في المادة التاسعة والعاشرة منه على تشكيل محكمة تمييز بوصفها الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم المدنية في الإقليم، وتتألف مما لا يقل عن تسعة قضاة، بما فيهم الرئيس ونوابه، ويكون مقرها في أربيل عاصمة الإقليم.

ثانياً: التمييز الوجوبي

وهـو التمييز التلقائي الذي يقع دون طلب ويكون واجباً بقوة القانون، إذ لاتنفذ الأحـكام والحجج المشـمولة بالتمييـز الوجوبي مالم تصدق مـن محكمة التمييز ولو مضـت مـدة التمييز كلها، وقـد حددت الفقرة الأولـى من المـادة (٣٠٩) من قانون المرافعات حالات التمييز الوجوبي وهي على النحو الآتي:

١. الأحكام الصادرة على بيت المال (وزارة المالية).

٢. الأحكام الصادرة على الاوقاف.

٣. الأحـكام الصادرة على الصغار أو الغائبيـن أو المعتوهين أو غيرهم من ناقصي الاهلية، ومفهوم المخالفة لهذه المادة يقضي ان الأحكام الصادرة لصالحهم لاتكون خاضعة للتمييز الوجوبي.

٤. الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية والمتضمنة فسخ عقد الزواج.

٥. الحجـج المعتبرة بمثابة الأحـكام، وهي الحجج التي تتضمن فقرة حكمية كالحجج المتعلقة باسـتبدال الاوقاف والاذن بالقسـمة الرضائية، اما الحجج الاخرى التي لاتحتـوي على فقـرات حكمية، كالحجـج المتعلقة بتوكيل محـام أو حجج الاذن بالشـراء والبيع والرهن وحجج الاذن للوصي بالنفقة وغير ذلك من الحجج فانها تدخـل فـي نطاق القضـاء الولائي وبامـكان المتضرر ان يتظلم منهـا امام نفس المحكمـة ولايحتـاج إلى تمييز، والغـرض من حالات التمييـز الوجوبي، يرجع إلـى ان هـذه الحالات تحتاج إلى رعاية خاصة ولذلك عمد المشـرع إلى حمايتها فاخضعها لطرق التمييز الوجوبي إذا اغفل الخصوم طرق باب التمييز.

ثالثاً: التمييز المتقابل أو التبعي

وهو التمييز الذي يتقدم به المميز عليه عن حكم سبق وان ميزه المميز الاصلي إذا كان قد خسر قسماً من دعواه. ولم يأخذ قانون المرافعات بالتمييز المتقابل، خلافاً لما كان مقرراً في قانون المرافعات السابق، وقد اوضحت الأسباب الموجبة عن ذلك بأن القانون لم يأخذ بمبدأ التمييز المتقابل لانه في الحقيقة يعطي رافعه مدة اطول من رافع التمييز الاصلي، فضلاً من انه ليست هناك معلومة ينتهي عندها الحق في اقامة التمييز المقابل، بسـبب ان القضايا التمييزية تنظر بطريق التدقيق، وبوسـع من يريد

ان يطعن بالتمييز طعناً متقابلاً ان يطعن طعناً اصلياً في المدة القانونية وتقوم محكمة التمييز عند التدقيق بتوحيد الطعنين، وهذا ماتسير عليه اغلب التشريعات.

المطلب الثاني
الخصوم في الطعن بالتمييز ومدة الطعن فيه

الخصوم في الطعن بالتمييز هم من كانوا خصوماً في الدعوى امام المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه، وقد اشارت إلى ذلك المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية للخصوم ان يطعنوا بطريق التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداءة، وعليه فمن لم يكن خصماً امام المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فلا يقبل منه الطعن تمييزاً حتى وان كان الحكم ماساً بحقوقه، ويكون له في هذه الحالة ان يطعن في الحكم بطريق اعتراض الغير ويجب ان تتوفر في الطاعن أو المميز، ان تكون له صفة في الطعن وان تكون له اهلية لرفع الطعن وله مصلحة في رفعه وان لايكون قد اسقط حقه في الطعن.

اما مدة الطعن بالتمييز: فأن المشرع العراقي لم يقدر مدة واحدة للطعن[1] بالتمييز، بل فرق بين الطعون في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف والمحاكم الاخرى وكذلك القرارات وذلك حسب التفصيل الآتي:

أولا: (٣٠) يوماً، نصت المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات ان مدة الطعن بطرق التمييز هي ثلاثون يوماً في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة والاستئناف.

ثانياً: (١٠) أيام، ان مدة الطعن بطرق التمييز عشرة ايام في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة التي يطعن فيها تمييزاً امام محكمة الاستئناف، مثل دعوى التخلية في قانون ايجار العقار ومحاكم الاحوال الشخصية التي يطعن بها امام محكمة التمييز.

١- ان مدة الطعن بالتمييز في قانون المرافعات المصري هي (٦٠) يوما راجع المادة (٢٥٢) مرافعات مصري وكذلك الأمر في قانون المرافعات الفرنسي اما مدة الطعن في قانون أصول المحاكمات الاردني فهي (٣٠) يوما حسب نص المادة (٩١) منه.

ثالثاً: (٧) أيام، وتكون مدة الطعن بالتمييز بالقرارات التي اجاز المشرع الطعن فيها تمييزاً حسب نص المادة (٢١٦) هي سبعة ايام مثل القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الاحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الاوامر على العرائض.

المطلب الثالث

حالات الطعن بالتمييز

ان الطعن بالتمييز لايجوز الا في حالات معينة نص عليها القانون، وهذه الحالات تتفرع كلها من اصل واحد وهو مخالفة القانون[1]، وقد اجازت المادة (٢٠٣) للخصوم ان يطعنوا تمييزاً في الحالات ألاتية:

أولا: إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله

لم يوضح قانون المرافعات المدنية المقصود بالقانون الذي تترتب على مخالفته نقض الحكم، غير ان المادة الأولى من القانون المدني، اوضحت المقصود بالقانون الذي يجب على المحاكم ان تستند إليه في قضائها، هو التشريع والعرف ومباديء الشريعة الاسلامية والمعاهدات التي صادق عليها العراق، ويدخل في مفهوم القانون العقد المبرم بين الخصوم، لأن العقد شريعة المتعاقدين، طالما كانت نصوصه غير مخالفة للنظام العام.

ويقصد بمخالفة القانون، هو ان تترك المحكمة العمل بنص قانوني لايحتمل التأويل ولا خلاف في وجوب الاخذ به في الدعوى، كأن تحكم المحكمة بأجتهادها مع ان القانون قد بين وجه الحكم في تلك الدعوى، أو ان تقوم المحكمة بتجزئة الاقرار الذي لايقبل التجزئة أو تقبل الاثبات بشهادة الشهود في اثبات تصرف قانوني يزيد عن الحد الذي قرره القانون، ومثال ذلك ايضاً الحكم الذي قضت به محكمة التمييز[2] العراقية والذي جاء فيه: (ان الحكم المميز إذا قضى برد الدعوى على اساس ان

١- للتوسع راجع د. عبد الرزاق عبد الوهاب- المرجع السابق- ص ٧٥- وقارن هذه الحالات مع المادة (١٩٨) من قانون أصول المحاكمات الاردني.

٢- رقم القرار ١٢٢٠ في ١٩٦٨/١٢/٢٦ قضاء السنة الخامسة ص ٣٨٠.

المسؤولية المدنية لاتوجه إلى الصغير دون ان تلاحظ المحكمة ان الدعوى اقيمت على الاب بصفته ولياً على الصغير وان الاب مسؤول مدنياً عن الضرر الذي يحدثه الصغير، فأن الحكم يكون مخالفاً لنص المادة (٢١٨) من القانون المدني التي تقرر مسؤولية الاب عن الضرر الذي يحدثه الصغير).

ويكون الخطأ في تطبيق القانون عندما تطبق المحكمة قاعدة قانونية على الدعوى لاتنطبق عليها، كما لو طبقت احكام قانون الايجار على التزام البساتين أو ان توجه المحكمة اليمين إلى المدعي وتحكم لصالحه بالرغم من ان المدعي عجز عن اثبات دعواه[1].

ويقصد بالعيب في تأويل القانون، اعطاء النص الواجب التطبيق على الدعوى معنى غير معناه الحقيقي، ومثال ذلك ان ترفض المحكمة طلب تصحيح تاريخ الاستحقاق بحجة ان الخطأ ليس خطأ مادياً، فأن حكمها ينقض لأن المحكمة قد فسرت المادة (١٦٧) من قانون المرافعات والتي تجيز تصحيح الاخطاء المادية، تفسيراً معيباً.

وان بناء الحكم على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيق القانون أو العيب في تأويله، يقصد بها جميعاً (الخطأ في القانون)، غير ان المشرع قد ذكر هذه العبارات جميعاً تأكيداً لتوسيع سلطة محكمة التمييز في مراقبة تطبيق القانون[2].

ويشترط للطعن بمخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو العيب في تأويله توفر الشروط الآتية:

١. وجود نص قانوني الزامي واجب التطبيق على الدعوى.

٢. ان تقع مخالفة القانون في منطوق الحكم لا في اسبابه.

٣. ان تكون المسألة القانونية المدعى وقوع الخطأ فيها قد عرضت على المحكمة التي اصدرت الحكم بها.

٤. ان يكون الحكم المطعون فيه قد خالف نص القانون أو ماهو في حكمه.

ثانياً: إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص

قواعد الاختصاص، هي السلطة التي يمنحها القانون للمحكمة في دعوى

١- رقم القرار ١٢٨ في ١٩٨٦/٦/١٠ النشرة القضائية العدد الأول ص ١٦١.

٢- الأستاذ عبد الرحمن العلام- شرح قانون المرافعات المدنية ج٤ بغداد ١٩٩٠ ص ٢٤.

معينـة، وقواعـد الاختصاص منهـا مايتعلق بالنظـام العام كالاختصـاص الوظيفي والنوعي، ويمكن التمسـك بهما في اية حالة تكـون عليها الدعوى، ومنها مالا يتعلق بالنظـام العام، كالاختصاص المكاني، وهذا الاختصاص لايجوز الدفع به لآول مرة امـام محكمـة التمييز وانما يمكـن الطعن في قرار المحكمـة القاضي برفض الطعن فـي الاختصاص المكاني ضمن الطعن بالحكـم الصادر في الدعوى، وقد يكون عدم الاختصـاص إيجابيا، بأن تتعدى محكمة علـى اختصاص محكمة اخرى، وقد يكون عدم الاختصاص سلبياً بأن تمتنع المحكمة عن الحكم في مسألة تدخل في اختصاصها وهو مايطلق عليه بانكار العدالة.

ثالثاً: إذا وقع خطأ في الإجراءات الأصولية مؤثر في صحة الحكم

كل خطـأ باجراءات الدعوى يـؤدي التى التأثير في الحكم ومن ثم بطلان ذلك الحكم، وبطلان الاجراءات نوعان، نوع يتعلق بالنظام العام ويجوز للخصوم التمسك به في اية حالة تكون عليها الدعوى، وان على المحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسـها ولـو رضي به الخصوم، والامثلة على الاجـراءات المتعلقة بالنظام العام كثيرة مثل عدم تسـبيب الحكم، ولزوم تنحي القاضي عند وجود سـبب يلزمه بذلك، ونوع آخر يتعلـق بمصلحـة الخصوم، إذ لهم التنازل عنه ويسـقط إذا لم يتمسـك بـه من تقرر البطـلان لمصلحته، ومثـال ذلك بطلان تبليغ عريضة الدعـوى أو اللوائح أو صور المسـتندات، وبطلان التبليغ بالحضور يـوم المرافعة فأنه يزول إذا حضر المطلوب تبلغيه[1].

رابعاً: إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً في نفس موضوع الدعوى

لقد جعل المشـرع التناقض سبباً من أسـباب الطعن وذلك لوجوب احترام قوة الشيء المقضي فيه في الحكم السابق لاتصاله بالنظام العام، ولما يترتب على اهداره من تأبيد المنازعات وعدم اسـتقرار الحقوق، ويشـترط لقبول الطعن بسبب التناقض في الأحكام توفر الشروط الآتية:

١. صـدور حكمين متناقضين في نفس الدعوى من محكمة مدنية واحدة أو محكمتين مدنيتين ويجب ان يكون التناقض في الأحكام، اما القرارات الصادرة من القضاء المستعجل فلا تعد احكاماً ولاتكتسب حجية السيء المقضي فيه.

١- المادة (٧٣) من قانون المرافعات.

٢. ان يتحد الخصوم والسبب والموضوع في الحكمين، وذلك بأن يكون في الدعويين واحداً وان يكون الموضوع الذي فصل فيه الحكم الثاني هو نفس الموضوع الذي فصل فيه الحكم السابق[١].

٣. ان يكون الحكمان متناقضين بحيث لايمكن تنفيذهما في وقت واحد ومن ذلك ان تقضي المحكمة بالمقاصة وتحكم في ذات الوقت بالزام المدعي عليه بدفع الدين الذي طالب به المدعي كاملاً.

٤. ان يقع التناقض في منطوق الحكم، لان التناقض في الأسباب لاتأثير له إذا لم يكن مرتبطاً بمنطوق الحكم ارتباطاً وثيقاً.

خامساً: إذا وقع الحكم في خطأ جوهري

لم يحدد المشرع المقصود بالخطأ الجوهري وانما حدد في المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات ست صور يتحقق بأحداها الخطأ الجوهري، وذلك لصعوبة تحديد هذه الاخطاء، ونتناول صور الخطأ الجوهري حسب التفصيل الآتي:

١. **الخطأ في فهم الوقائع:** ان فهم القاضي وقائع الدعوى يتم نتيجة مقاييس منطقية لا تخضع لقاعدة قانونية، ولذلك اتفق الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على ان سلطة قاضي الموضوع في تحصيل هذا الفهم تامة ورأيه قطعي لايخضع فيه لرقابة محكمة التمييز، غير ان قانون المرافعات العراقي جعل اخضاع الخطأ في فهم الوقائع لرقابة محكمة التمييز خلافاً لما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، ولم يوضح في الأسباب الموجبة هذا التحول في موقف المشرع العراقي، ونتفق مع الدكتور[٢] عبد الرزاق عبد الوهاب، ان المشرع اراد ان تمتد رقابة محكمة التمييز على فهم وقائع الدعوى في الحالات التي يكون فيها الخطأ في فهم الخطأ خطأ في القانون، ذلك ان حرية قاضي الموضوع في فهم الوقائع ليست مطلقة، لانه ملزم بأن يحصل فهم الوقائع بالدليل القانوني الذي يجوز الاستدلال به وليس ان يحصل هذا الفهم الا من الادلة المقدمة في الدعوى ولايجوز له ان يحكم بعلمه، فاذا فهم القاضي وقائع الدعوى خلافاً للادلة المقدمة إليه فانه يكون قد اخطأ في فهم الوقائع خطأ جوهرياً يجعل حكمه معرضاً للنقض.

١- المادة (١٠٥) من قانون الاثبات.

٢- د. عبد الرزاق عبد الوهاب- المرجع السابق ص ٢٠١.

٢. **اغفال الحكم الفصل في جهة من جهات الدعوى:** إذا اغفلت المحكمة الفصل في احدى الطلبات المقدمة اليها، فأن حكمها يكون معيباً وعرضة للنقض لوقوع خطأ جوهري، ومثال ذلك ان تتضمن الدعوى عدة طلبات كأن يطلب المدعي الزام المدعى عليه ببدل بيع وبدين وتصدر المحكمة حكماً بالزام المدعى عليه ببدل البيع ولاتحكم بالدين.

٣. **الحكم على خلاف ماهو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الاوراق والمستندات المقدمة من الخصوم:** إذا اصدر القاضي حكماً مخالفاً لما جاء بمحاضر الدعوى أو بلوائح الطرفين أو مخالفاً للادلة الكتابية المقدمة، فان حكمه يكون عرضة للنقض ويكون معيباً بخطأ جوهري، وقد قضت محكمة التمييز بنقض الحكم الاستئنافي المميز لان المحكمة حكمت خلاف دلالة الاوراق[1].

٤. **إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض:** المنطوق هو ذلك الجزء من الحكم الذي يفصل في نقاط النزاع، وقد جرى القضاء العراقي على اطلاق مصطلح "الفقرة الحكمية" على المنطوق، فاذا كان منطوق الحكم متناقضاً بعضه لبعض ومقدماته غير منسجمة مع بعضها، فأن الحكم يكون معيباً بخطأ جوهري ويجعله عرضة للنقض. ومثال ذلك ان تقضي المحكمة بالحكم للمدعي بمبلغ معين ثم تحكم برد دعوى المدعي.

٥. **إذا كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية:** يشترط لتطبيق الحكم ان يكون متضمناً للشروط القانونية المتعلقة بتشكيل المحاكم والقواعد التي نص عليها قانون المرافعات في نظام المرافعة وكيفية اصدار الحكم وتحريره وان يشتمل على الأسباب التي بني عليها والجزاء الذي يرتبه القانون على مخالفة هذه القواعد هو نقض الحكم.

١- رقم القرار ٥٢٢ في ١٩٧٣/٢/٧ د. عبد الوهاب- المرجع السابق ص ٢٠٩.

المطلب الرابع
إجراءات الطعن بالتمييز وآثاره

رسم المشرع في المواد (٢٠٥- ٢٠٩) من قانون المرافعات، إجراءات الطعن بالتمييز ويكون الطعن في الحكم بطريق التمييز بعريضة تقدم إلى المحكمة المختصة بنظر الطعن أو المحكمة التي اصدرت الحكم أو إلى محكمة محل اقامة طالب التمييز، ويجب ان تتضمن عريضة التمييز على البيانات[١] الآتية:

١. اسماء الخصوم المميز والمميز عليه وشهرتهم ومحل اقامتهم.

٢. اسم المحكمة التي اصدرت الحكم المميز.

٣. تاريخ تبليغ الحكم المميز.

٤. الأسباب التي يستند اليها المميز في طعنه.

وخلو عريضة التمييز من توقيع المميز أو وكيله يجعل العريضة باطلة بطلاناً لايقبل التصحيح، اما إذا وقع خطأ أو نقص في البيانات الاخرى التي يجب ان تشتمل عليها عريضة التمييز، فيكلف المميز بأصلاح الخطأ خلال مدة مناسبة والا تبطل العريضة بقرار من المحكمة وذلك استناداً للمادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية، وتنظر المحكمة المختصة بنظر الطعن بالتمييز في الطعن ودون ان تجمع[٢] بين الخصوم، وذلك لان محكمة التمييز ليست درجة من درجات التقاضي، بل هي هيئة تدقق الحكم المميز طبقاً للقانون، ومع ذلك اجازت الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) لمحكمة التمييز ان تدعو الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي ترى لزوم الاستيضاح عنها، ولها ان تأذن بتقديم بيانات أو لوائح جديدة، ولايجوز أحداث دفوع جديدة ولا ايراد ادلة جديدة امام محكمة التمييز باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى[٣] وذلك حسب التفصيل الذي اوضحناه في نظرية الدفوع.

ويترتب على الطعن بالتمييز الأثران الآتيان:

١- المادة (٢٠٥) من قانون المرافعات المدنية.

٢- الفقرة الأولى من المادة (٢٠٩) من قانون المرافعات.

٣- الفقرة الثالثة من المادة (٢٠٩) من قانون المرافعات.

الأثر الأول: تأخير التنفيذ إذا كان الحكم المميز متعلقاً بعقار أو حق عيني عقاري

الاصل ان الطعن بالتمييز لايؤخر تنفيذ الحكم وذلك احتراماً للاحكام ولكي لايكون الطعن في الحكم وسيلة للماطلة والتسويف، غير ان تنفيذ الحكم يجعل من الصعب في بعض الحالات ازالة آثار التنفيذ إذا كسب المميز المحكوم عليه طعنه التمييزي ونقض الحكم، ولذلك ذهبت اغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي إلى تأخير تنفيذ الحكم المطعون فيه بالتمييز في بعض الحالات.

وفي غير الحالتين التي يترتب عليها تأخير التنفيذ عند الطعن بالتمييز وهما إذا كان الحكم متعلق بعقار أو حق عيني عقاري، فان المشرع اجاز للمميز ان يطلب تأخير تنفيذ الحكم المميز بشرط توفر أحد الشروط الثلاثة الآتية:

١. ان يقدم المميز كفالة تضمن تسليم المحكوم به في حالة خسران الطعن ويجب ان تصدق الكفالة من رئيس التنفيذ الذي نفذ الحكم المميز في دائرته.

٢. ان يضع المميز النقود والمنقولات المحكوم بها امانة في دائرة التنفيذ.

٣. ان يكون الحجز الاحتياطي قد وقع على اموال المميز[١].

فاذا توافرت أحد هذه الشروط فان على المحكمة ان تصدر قراراً بأيقاف التنفيذ بالرغم من نص الفقرة الأولى من المادة (٢٠٨) والذي يوحي ان الامر جوازي، لانه مادام حصول المميز على حقه قد اصبح مضموناً فلا مسوغ لرفض طلب تأخير التنفيذ وهذا ماسارت عليه محكمة التمييز العراقية[٢].

الأثر الثاني: نقل النزاع إلى محكمة التمييز

ان الطعن بالتمييز ينقل الدعوى إلى محكمة التمييز في حدود المسائل القانونية التي يتعلق بها الطعن التمييزي وفي حدودها لمحكمة التمييز حق التصدي لموضوع الدعوى في الحالات التي منحها القانون هذا الحق، واذا قضت محكمة التمميز بنقض الحكم المميز فانها تعيد اوراق الدعوى إلى المحكمة التي اصدرت الحكم[٣].

١- الفقرة الأولى من المادة (٢٠٨) من قانون المرافعات.

٢- للتوسع راجع د. عبد الرزاق عبد الوهاب- المرجع السابق ص ٢٧٢.

٣- الفقرة الثانية من المادة (٢١٢) من قانون المرافعات.

المطلب الخامس
تصدي محكمة التمييز للفصل في النزاع

الاصل ان محكمة التمييز لاتفصل في النزاع لأنها محكمة قانون وليست درجة من درجات التقاضي ولان الفصل في النزاع هو من اختصاص محكمة الموضوع، وان دور محكمة التمييز يقتصر على تدقيق اوراق الدعوى والتحقق من موافقة الحكم للقانون فهي تقوم اما بتصديق الحكم المميز أو نقضه ليعود إلى محكمة الموضوع لتفصل فيه مجدداً ولهذا انشأت محكمة التمييز في فرنسا بقانون ١٧٩٠ حرم على محكمة التمييز التصدي للفصل في موضوع الدعوى إذا نقضت الحكم إذا كان صالحاً للفصل فيه، بل انه منعها من تفسير القانون تفسيراً ملزماً للمحاكم الأخرى لان ذلك من اختصاص السلطة التشريعية وليس من اختصاص السلطة القضائية[١]، وبعد تطور أعطى المشرع للهيئة العامة في محكمة التمييز سلطة الفصل في الموضوع إذا كان موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه.

وقد أعطى قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ محكمة التمييز في المادة (٢١٤) سلطة التصدي للفصل في موضوع النزاع، ويقصد بتصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع، قيام محكمة التمييز بالحكم في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه والفصل فيه من محكمة الموضوع[٢] والتصدي في قانون المرافعات وكذلك في قانون المرافعات المصري[٣] هو امر واجب، إذ الزم المشرع العراقي في المادة (٢١٤) محكمة التمييز عند نقض الحكم بالفصل في النزاع إذا كان صالحاً للفصل فيه إذا تحقق الشرطان الآتيان:

الشرط الأول: ان يكون الحكم المميز قد نقض لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه:

وهذا الشرط يتعلق بالسبب الذي وقع النقض من اجله، ولفظ الخطأ في القانون تندرج تحته جميع حالات الخطأ، ويستثنى من ذلك حالة الاختصاص التي نصت عليها المادة (٢١٢) من قانون المرافعات، لان محكمة التمييز تعين المحكمة المختصة،

١- للتوسع راجع بحث الدكتور عبد الرزاق عبد الوهاب- تصدي محكمة التمييز للفصل في الموضوع- مجلة القضاء- العددان الثالث والرابع- ١٩٧٥ ص ٦٠ ومابعدها.

٢- د. نبيل اسماعيل عمر- المرجع السابق ص ٤١٦.

٣- الفقرة الرابعة من المادة (٢٦٩) من قانون المرافعات المصري.

اما إذا كانت الدعوى ليست من اختصاص محكمة الموضوع وفصلت فيها بالرغم من عدم اختصاصها، فان محكمة التمييز لايمكن ان تتصدى إلى موضوع الدعوى بل يجب عليها نقض الحكم وتعين المحكمة المختصة للفصل في موضوع الدعوى، وعليه فان اشتراط هذا الشرط يمنع محكمة التمييز من التصدي لموضوع الدعوى إذا كان الحكم قد نقض بسبب آخر كوقوع بطلان في الاجراءات أو التناقض في الأحكام أو عدم الاختصاص أو الخطأ الجوهري.

الشرط الثاني: ان يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه:

ومعنى هذا الشرط، ان يكون مابقي من مسائل الدعوى الواقعية والقانونية من الممكن جلبها دون حاجة لاتخاذ أي اجراء جديد من إجراءات التحقيق ومحكمة التمييز عندما تستعمل حقها في التصدي للموضوع لايكون لها ما لمحكمة الموضوع، إذ ليس لمحكمة التمييز سماع الشهود أو اجراء كشف جديد أو انتخاب خبراء، لان معنى ذلك ان الدعوى لم تكن صالحة للفصل فيها، وانما يكون لها دعوة الطرفين وسماع اقوالهما ان وجدت ضرورة لذلك[1].

ولايشترط ان يكون الموضوع بأكمله صالحاً للفصل فيه، بل يكفي ان يكون صالحاً للحكم في جزء منه، اما إذا كان الموضوع غير صالح للحكم فيه، كأن يكون بحاجة إلى تحقيقات تكميلية أو سماع اشخاص آخرين، فلا يجوز لمحكمة التمييز ان تتصدى لنظر الموضوع لتخلف الشروط الموجبة للتصدي.

وتجدر الاشارة ان لايحوز لمحكمة التمييز ان تستعمل حق التصدي عند نقض القرارات المنصوص عليها في المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية، لان هذه القرارات التي اجاز القانون الطعن بها استثناء لاتفصل في موضوع الدعوى ولذلك فان الموضوع لايكون صالحاً للفصل فيه بعد النقض، وعليه لامجال للتصدي عند نقض هذه القرارات[2] وكذلك فان حق التصدي سلطة منحها المشرع لمحكمة التمييز تستخدمها إذا قضت بنقض الحكم وكان موضوع النزاع صالحاً للفصل فيه، ويجوز للخصوم ان يطلبوا من محكمة التمييز التصدي للموضوع بالرغم من انها ليست ملزمة بذلك فالتصدي سلطة لمحكمة التمييز تستعملها غير مقيدة بطلبات الخصوم وليس حقاً للخصوم.

١- المادة (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية.

٢- د. عبد الرزاق عبد الوهاب- المرجع السابق ص ٦٩.

ويترتب على استخدام محكمة التمييز لحقها في التصدي، حسم النزاع بصفة نهائية ولا يجوز إعادة طرحه بجميع عناصره مرة اخرى امام القضاء في صورة دعوة مبتدأة، ويكتسب حكمها حجية الشيء المقضي فيه والحكم الصادر بالنسبة للخصوم يعد سنداً تنفيذياً نهائياً، ويستخدم في إعادة الحال إلى ماكانت عليه إذا كان الحكم المطعون فيه بالتمييز قد نفذ كله أو نفذ في بعض منه.

وقد اجاز قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ لهيئة قضايا العمل في محكمة التمييز في منازعات العمل وهي الخلافات ذات الأثر على المصلحة المشتركة للعمال والتي تنشأ بينهم وبين اصحاب العمل، ان تتصدى للفصل في موضوع النزاع، فقد نصت الفقرتين الخامسة والسادسة من المادة (١٣٢) من قانون العمل على دعوة وزير العمل والشؤون الاجتماعية ورئيس الاتحاد العام لنقابات العمال أو من يمثلهما وطرفي النزاع للاستماع إلى اقوالهم، ولها ان تتخذ الاجراءات كافة لغرض الفصل في النزاع[1].

المطلب السادس

إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض

يقصد باصرار محكمة الموضوع، ان تتمتع هذه المحكمة بحرية الفصل في الدعوى وفق ما تراه وغير مقيدة باتباع قرار محكمة التمييز في المسألة القانونية التي قررتها، بل لها ان تصر على قرارها وتصدر حكماً مماثلاً للحكم المنقوض، وترجع الحكمة من اعطاء هذا الحق لمحكمة الموضوع في الاصرار، هو لغرض منح القضاة اوفر قسط من الاستقلال والحرية في اتخاذ الحكم، وقد اختلفت التشريعات في اعطاء حق الاصرار لمحكمة الموضوع، فمنها من ذهب إلى منع محكمة الموضوع من الاصرار على حكمها الأول ومن هذه التشريعات قانون المرافعات المصري، إذ جاء في الأسباب الموجبة له بأن اعطاء هذا الحق يؤدي الى تأخير امر الفصل في القضايا تأخيراً يزيد على الحق المعقول، بذلك اوجب القانون على المحكمة التي تحال اليها الدعوى ان تتبع قرار محكمة التمييز في المسألة القانونية التي فصلت فيها.

١- راجع المواد (١٣٣- ١٣٥) من قانون العمل العراقي.

وقد انتقدت هذه الطريقة ايضاً في فرنسا لآنها تغري المحاكم بمخالفة المبادىء التي تقررها محكمة التمييز، وتلزم قضاة محكمة التمييز مجتمعين باعادة النظر في هذه المبادىء، وبهذا الصدد يشير الأستاذ[١] (دلاكراسري)" ان الهيئة الواحدة من هيئات محكمة التمييز لاتقرر رأياً في القانون الا وهي ترتجف لاتدري ماذا يكون مصيره إذا اصرت المحاكم على مخالفته، وان محكمة التمييز لاتستطيع الزام المحاكم باتباع رأيها الا بعد ان تحشد كل قواها بعقد دوائرها مجتمعة".

اما المشرع العراقي فقد اجاز لمحكمة الموضوع الاصرار على حكمها المنقوض، وقد اقتبس ذلك من قانون أصول المحاكمات العثماني فأجاز لمحكمة الاستئناف[٢] ومحكمة البداءة الاصرار على حكمها المنقوض في المسائل القانونية المختلف عليها بين محكمة التمييز وتلك المحاكم، ولايكفي مجرد اصدار محكمة الاستئناف أو محكمة البداءة نفس الحكم الذي نقضته محكمة التمييز، حتى تكون امام حالة إصرار، لأن الرأي في فرنسا[٣] يشترط لكي تكون المحكمة قد اصرت على رأيها الشروط الآتية:

الشرط الأول: ان يكون الحكم الأول الذي نقضته محكمة التمييز والحكم الثاني الذي اصدرته بعد النقض، اتحاد في السبب والخصوم.

الشرط الثاني: ان يكون الحكم الثاني مخالفاً لرأي محكمة التمييز الذي بني عليه، اما إذا كان الحكم قد بني على أسباب جديدة غير الأسباب التي بني عليها الحكم الأول والذي نقضته محكمة التمييز فلا يعد ذلك اصراراً.

وطبقاً لأحكام التشريع العراقي فإن محكمة البداءة إذا اصدرت حكماً مماثلاً لقضاء الحكم الأول المنقوض، فيعد ذلك إصرارا ويكون حكمها الثاني المتضمن الاصرار قابلاً للتمييز لدى الهيئة العامة لمحكمة التمييز ويكون قرارها واجب الاتباع[٤].

١- دلاكراسري- وظيفة محكمة التمييز في القانون المقارن- اشار إلى ذلك الأستاذ حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ج١ هامش (١) ص ٧٦٩.

٢- راجع المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية.

٣- للتوسع راجع د. عبد الرزاق عبد الوهاب- المرجع السابق ص ٣٥٥.

٤- الفقرة الثانية من المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية.

واذا كان المشرع العراقي قد اجاز لمحكمة الاستئناف والبداءة الاصرار على حكمها المنقوض، فانه لم يجز الاصرار في الحالات الآتية:

١. لايجوز للمحاكم الشرعية ومحاكم البداءة الاصرار على حكمها الذي نقضته محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية، وقد اوجب القانون على المحاكم الشرعية والبدائية (الصلحية) باتباع قرار محكمة التمييز بصورة مطلقة سواء من ناحية الاجراءات الاصولية أو المسائل القانونية[١] ذلك ان هاتين المحكمتين تكون إجراءات التقاضي فيها بسيطة ومواعيدها قصيرة وان اعطاءها الحق في الاصرار يؤدي إلى اطالة امد النزاع في امور لايستلزم فيه الامر هذا التأخير، فضلاً عن ضآلة الحق الذي تنظره مثل هذه المحاكم[٢].

٢. لايجوز لمحكمة الاستئناف أو محكمة البداءة الاصرار على حكمها المنقوض في مسائل الاجراءات الاصولية، لان قرار محكمة التمييز يكون واجب الاتباع، ذلك ان الاخطاء في الاجراءات الاصولية قد لاتكون محلاً للاجتهاد مثلما يكون ذلك في القواعد الموضوعية، فضلاً عن ذلك ان الاصرار عليها قد يؤدي إلى اطالة أمد النزاع في هذه الحالة، لذلك لامجال امام محكمة الاستئناف أو البداءة الا باصلاح الخطأ الذي وقعت فيه.

٣. لايجوز لجميع المحاكم الاصرار على حكمها المنقوض الصادر من الهيئة العامة لان القرار الصادر فيها يكون على الدوام ملزماً وواجب الاتباع لاسيما وان الهيئة العامة هي اعلى هيئة قضائية في البلاد ويكون قرارها عنوان الحقيقة واقرب إلى السداد، فلا يقبل المساس به واضعاف الثقة فيه عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته أو الاصرار على رأي آخر مهما كانت الأسباب والعلل[٣].

٤. اوجب المشرع على المحاكم كافة اتباع القرار التمييزي الصادر في الطعون بالقرارات الصادرة قبل الفصل في الدعوى والتي اجاز المشرع بالمادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية الطعن فيها كالقرارات الصادرة من القضاء

١- الفقرة الأولى من المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية، وتجدر الاشارة إلى ان محاكم الصلح الملغاة لم يكن لها حق الاصرار وقد حلت محكمة البداءة على محكمة الصلح الملغاة اينما ورد ذكرها في قانون المرافعات والقوانين الاخرى بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (٦٥) من قانون التنظيم القضائي.

٢- الأستاذ عبد الرحمن العلام- المرجع السابق ص ١١٦.

٣- الأسباب الموجبة لقانون المرافعات.

المســتعجل والقضاء الولائي فان القرار الصــادر نتيجة الطعن من المحاكم الذي اصدرته يكون واجب الاتباع[1].

١- الفقرة الثانية من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية.

المبحث الخامس
تصحيح القرار التمييزي

يعد الطعن بطريق تصحيح القرار التمميزي من الطرق غير الاعتيادية، ذلك ان الاصل في الأحكام المصدقة من قبل محكمة التمييز انها تنهي النزاع وتعد عنواناً للحقيقة القضائية، إذ يجب وضع حد للخصومات التي يجب ان تنتهي بها الخصومة، وهذا الطعن لم تأخذ به غالبية القوانين[1] الوضعية المعاصرة، ولكن المشرع العراقي اخذ[2] بهذا الطعن محافظة منه على صحة القرارات التمييزية ومطابقتها للقانون فضلاً عن ذلك ان الانسان مهما بلغ علمه فانه يكون عرضة للسهو والنسيان، ولذلك وقع في تاريخ القضاء الكثير من اخطاء محاكم التمييز، ولذلك عمد المشرع إلى ايجاد طرق تصحيح الخطأ بتصحيح القرار التمييزي، وبموجبه يرجع طالب التصحيح إلى محكمة التمييز مبيناً لها هذا الخطأ، فتقوم محكمة التمييز بتصحيحه على الوجه الذي براه موافقا للقانون، ولقد حصر المشرع هذا الطريق في اضيق الحدود رعاية منه لمصلحة الخصوم والعدالة في الوقت نفسه ولقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي " إن الطعن في القرارات التمييزية بطريق تصحيح القرار، طريق استثنائي لامثيل له في التشريعات الاخرى، ووجه له نقد كثير، ولكن الضرورة قد اوحت به لاستدراك خطأ القضاة ".

ويبدو ان المشرع العراقي اقتبسه من تقاليد القضاء الاسلامي إذ جاء في رسالة الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) انه " لايمنعك قضاء قضيت فيه اليوم

١- لم يأخذ قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني بهذا الطريق وجد في المادة (٢٠٤) منه انه « لايجوز الطعن في احكام محكمة التمييز باي طريق من طرق الطعن ».

٢- وقد اخذ بهذا الطعن قانون المرافعات المدنية التركي- راجع د. صلاح الدين الناهي- المرجع السابق ص ١٩١.

فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك، ان تراجع الحق فيه لان الحق قديم لايبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ".

ونتناول دراسة تصحيح القرار التمييزي بتوزيعه إلى المطالب الاربعة الاتية:

المطلب الأول: القررات التمييزية التي تقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي.

المطلب الثاني: أسباب تصحيح القرار التمييزي.

المطلب الثالث: إجراءات طالب تصحيح القرار التمييزي ومدة الطعن بالتصحيح.

المطلب الرابع: آثار الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي.

المطلب الأول
القرارات التمييزية التي تقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي

حددت الفقرة الأولى من المادة (٢١٩) القرارات التي تقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي وهي على النحو الآتي:

١. القرارات الصادرة عن محكمة التمييز ومحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية إذا كانت من القرارات المصدقة للحكم، اما القرارات الصادرة بنقض الحكم المميز فلا تقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي.

٢. القرارات الصادرة من الهيئات المدنية الخاصة بنقض الحكم المميز والتصدي لموضوع الدعوى والحكم فيها حسبما هو مبين في المادة (٢١٤) من قانون المرافعات المدنية، إذ اجاز القانون بتصحيح القرار التمييزي فيها في مدته القانونية ولدى الهيئة العامة.

اما القرارات التمييزية التي لاتقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي فهي على النحو الآتي:

١. القرارات التمييزية الصادرة من الهيئة العامة لمحكمة التمييز[1]، لان هذه القرارات جديرة بالثقة والاعتبار لذلك لم يجعلها القانون قابلة للتصحيح.

١- الفقرة الأولى من المادة (٢٢٠) من قانون المرافعات والاسباب الموجبة لهذا القانون.

٢. القرارات الصادرة من الهيئات المدنية الخاصة بنقض الحكم المميز، لان الدعوى لم تنته بعد، عند نقض الحكم المميز وانه بالامكان تدارك الخطأ في القرار المنقوض ببيان اوجه هذا الخطأ امام محكمة الموضوع.

٣. لايقبل طلب تصحيح القرار من قبل أحد الطرفين الا مرة واحدة[١]، لان هذا الطريق استثنائي والقانون منحه لطالب التصحيح لمرة واحدة.

٤. لايقبل طلب تصحيح القرار صدر في طلب تصحيح[٢] سابق، فإذا قررت محكمة التمييز رد طلب تصحيح القرار لاي سبب كمضي مدة تصحيح القرار أو كانت أسباب التصحيح غير صحيحة فلا يقبل تصحيح القرار ثانية، إذ لا تصحيح بعد التصحيح لقرار تمييزي، لان الغرض من طلب التصحيح هو ان يكون لمرة واحدة وليس لمرات متعاقبة وذلك تفادياً لاطالة النزاع واحتراماً للقرار التمييزي الصادر بتصحيح قرار سابق[٣].

المطلب الثاني
أسباب تصحيح القرار التمييزي

حددت الفقرة الأولى من المادة (٢١٩) من قانون المرافعات أسباب تصحيح القرار التمييزي والتي إذا توافر سبب منها فانه يجيز طلب تصحيح الطعن في القرار التمييزي وهذه الأسباب هي على النحو الآتي:

١. إذا كان طالب التصحيح قد أورد فيما قدمه لمحكمة التمييز سبباً من الأسباب القانونية التي تؤدي إلى نقض الحكم أو تصديقه وأغفلت المحكمة تدقيقه في قرارها التمييزي، مثال ذلك ان يطعن الخصم في عريضته التمييزية ان محكمة الموضوع في هذه الحالة ليست بذات اختصاص نوعي أو وظيفي، غير أن المحكمة المختصة بالتمييز تغفل عن تدقيق هذا الطعن. فمن حق المميز أن يطلب تصحيح القرار التمييزي في هذه الحالة.

١- الفقرة الثانية من المادة (٢٢٠) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الثالثة من المادة (٢٢٠) من قانون المرافعات.

٣- استاذنا ضياء شيت خطاب- المرجع السابق ص ٣٦٧.

٢. إذا كان القرار التمييزي قد خالف نصاً صريحاً في القانون وفي هذه الحالة يجب ان يفسر القانون بالمعنى الواسع، ويشمل التشريع والعرف ومباديء الشريعة وقواعد العدالة وذلك على النحو الذي بيناه عند دراسة مفهوم مخالفة الحكم للقانون عند تمييزه، فإذا كان القرار التمييزي قد خالف نصاً صريحاً في القانون المدني أو قانون المرافعات أو القانون التجاري أو أي قانون اخر خاص أو عام فيكون القرار التمييزي جديراً بالتصحيح، والامثلة على ذلك كثيرة منها ان تحكم محكمة الموضوع على الخصم دون تبليغه بالحضور للمرافعة وتصادق على القرار محكمة التمييز، أو تقرر المحكمة تجزئة الاقرار البسيط خلافاً لقاعدة عدم تجزئة الاقرار.

٣. إذا كان القرار التمييزي يناقض بعضه بعضاً أو يناقض قراراً سابقاً لمحكمة التمييز صادراً في نفس الدعوى ودون ان يتغير الخصوم فيه ذاتاً وصفة.

ان القانون اوجب ان تكون الأحكام مسببة، ويترتب على ذلك الا تكون الأسباب التي ادت إلى نقض الحكم أو تصديقه مناقضة، فاذا قررت محكمة التمييز في القرار الواحد، ان تقرير الخبير غير قانوني، فانه لايصلح ان يكون سنداً للحكم، ثم تصادق على الحكم المميز بالزام الخصم بالمبلغ الذي قدره الخبير، فهذا تناقض يستلزم التصحيح.

وقد ادرك المشرع ان التناقض بين الأحكام في الدعوى الواحدة، يفقد الثقة بين الخصوم بعدالة الأحكام، ويعرض معاملات الافراد إلى عدم الاستقرار، لاسيما إذا كان التناقض صادراً من محكمة التمييز وهي اعلى محكمة في القطر والتي يفترض فيها ان تسهر على تطبيق القانون، ولذلك نص المشرع في هذه الفقرة من المادة (٢١٩) على ان التناقض في احكام الدعوى الواحدة يجوز الطعن فيه عن طريق تصحيح القرار التمييزي.

المطلب الثالث

إجراءات طلب تصحيح القرار التمييزي ومدة الطعن فيه

نتناول دراسة هذا المطلب في النقاط الثلاث الآتية:

أولا: إجراءات طلب تصحيح القرار التمييزي

اوضحت المادة (٢٢٢) من قانون المرافعات الاجراءات المتبعة للطعن بتصحيح القرار التمييزي وذلك حسب التفصيل الآتي:

١. يقدم طلب التصحيح بعريضة إلى المحكمة التي اصدرت القرار المطعون فيه ويبين فيها الأسباب القانونية التي يستند اليها وتبلغ صورة منها إلى الخصم الآخر ليجيب عليها خلال سبعة ايام من تاريخ تبليغه.

٢. على طالب التصحيح ان يضع التأمينات التي حددها القانون في صندوق المحكمة عند تقديم العريضة، فاذا لم تتضمن عريضة التصحيح الأسباب التي يستند اليها طالب التصحيح، فان محكمة التمييز تقرر رد العريضة لأنها ملزمة بالتقيد بالاسباب الواردة في عريضة التصحيح، اما البيانات الاخرى فاذا كان من شأنها ان لاتجهل بالموضوع، فأن الخطأ فيها غير موجب لرد عريضة التصحيح، وأوضحت الفقرة الأولى من هذه المادة بأن ترفع العريضة إلى المحكمة التي اصدرت القرار المطعون فيه ولايمنع ان تقدم بواسطة محكمة اخرى إذا كان طالب التصحيح يقيم في منطقة هذه المحكمة.

ثانياً: مدة الطعن بالتمييز

حددت المادة (٢٢١) من قانون المرافعات المدنية مدة تصحيح القرار التمييزي بسبعة ايام من اليوم التالي لتبليغ القرار التمييزي، وتنتهي المدة في جميع الاحوال بانقضاء ستة اشهر على صدور القرار المراد تصحيحه، لان انقضاء هذه المدة فيه دلالة كافية على علم صاحب الشأن ورضائه وحتى لايظل هذا الطريق الاستثنائي يهدد إلى امد طويل الأحكام النهائية ومايجب لها من استقرار[1].

١- الأسباب الموجبة لقانون المرافعات.

وان مدة السبعة ايام ومدة الستة اشهر هما من المدد الحتمية، ويترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز[١] العراقية " ان مدة الستة اشهر المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من قانون المرافعات والتي بانقضائها تنتهي مدة طلب تصحيح القرار سواء بلغ بالقرار ام لم يبلغ وان وفاة من له الحق في الطعن بطريق تصحيح القرار، هي حالة مشمولة بعبارة وتنتهي المدة في جميع الاحوال بانقضاء ستة اشهر على صدور القرار المراد تصحيحه" الواردة في نص الفقرة، وقد قصد المشرع شمول جميع جميع الاحوال بهذه العبارة ".

ثالثاً: فصل محكمة التمييز في طلب التصحيح

يجب على المحكمة ان تتأكد من الأسباب القانونية التي اوردها طالب التصحيح في عريضته في الفصل فيها[٢]، واذا رأت محكمة التمييز ان اعتراضات طالب التصحيح مقبولة وكان سبب التصحيح مؤثراً في القرار كله، فتصححه، وان كان مؤثراً في جزء منه، فيقتصر تصحيحها للقرار على ذلك الجزء، وتعيد التأمينات المدفوعة إلى طالب التصحيح، واذا رأت المحكمة ان طلب التصحيح قد قدم بعد مضي المدة القانونية أو ان اعتراضات طالب التصحيح لاتستند إلى سبب قانوني فتقرر رد الطلب وقيد التأمينات ايراداً للخزينة، اما إذا قدم طالب التصحيح عريضة بسحبه قبل النظر فيه تقرر ابطاله واعادة التأمينات إليه[٣].

المطلب الرابع

آثار الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي

يترتب على الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي الآثار الاتية:

١. عدم جواز تقديم طلب اخر لتصحيح قرار تمييزي من قبل أحد الطرفين الا مرة واحدة وهذا ماقضت به الفقرة الثانية من المادة (٢٢٠) من قانون المرافعات المدنية.

١- رقم القرار (٣٩٥) هيئة عامة ١٩٧٨/٩/٢٢ مجموعة الأحكام العدلية- العدد الثاني ١٩٧٨ ص ١١٩.
٢- الفقرة (ب) من المادة (٢١٩) من قانون المرافعات المدنية.
٣- المادة (٢٢٣) من قانون المرافعات المدنية.

٢. عدم جواز طلب تصحيح قرار صدر في طلب تصحيح سابق، وهذا مانصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٢٢٠) من قانون المرافعات.

٣. تأخير تنفيذ الأحكام المطعون فيها عن طريق تصحيح القرار التمييزي إذا كان متعلقاً بحيازة عقار أو حق عقاري قياساً إلى الفقرة الأولى من المادة (٢٠٨) من قانون المرافعات، وقد أثار هذا الأثر محل خلاف[1] في الفقه لعدم وجود نص يقرر ذلك سواء في قانون التنفيذ أو قانون المرافعات، وكذلك هنالك خلاف في الأحكام القضائية إذ صدرت بهذا الصدد، قرارات تحكم بتأخير تنفيذ الأحكام المطعون فيها عن طريق تصحيح القرار التمييزي إذا كان متعلقاً بعقار؛ والبعض الآخر لايسوغ ذلك تأسيساً على ان تصحيح القرار التمييزي هو طعن مستقل واستثنائي ولايصح القياس عليه قياساً عن طرق الطعن الاخرى.

١- للتوسع راجع استاذنا الدكتور ادم النداوي- المرجع السابق ص ٣٩٦.

المبحث السادس
إعادة المحاكمة

إعادة المحاكمة، طريق طعن غير عادي، يلجأ إليه الخصم إذا توافر لديه أحد الأسباب التي حددها القانون على سبيل الحصر وذلك للحصول على حكم ينقض حكم نهائي حائز على درجة البتات والذي لم يكن في الامكان الطعن فيه بأي طريق امام نفس المحكمة التي اصدرت الحكم فيه وذلك تأسيساً على خطأ في الواقع وليس في القانون[1].

ويتم سلوك هذا الطريق ليس بهدف اصلاح الحكم الذي اكتسب صفته النهائية، كما هو الحال في الاستئناف والتمييز وانما بهدف الرجوع عنه أو تعديله لوجود أحد الأسباب المقررة قانوناً والتي كانت خافية على المحكمة قبل صدور الحكم، ولكنها ظهرت فيما بعد والتي ترتب على ظهورها بتغيير قناعة المحكمة بشأن الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم وليعود مركز الخصم في الدعوى إلى ماكان عليه قبل صدور الحكم ويتمكن بذلك من مواجهة النزاع من جديد والحصول على حكم آخر بعد ان تخلص من قوة الشيء الذي حاز درجة البتات.

وتشبه إعادة المحاكمة الاعتراض عن طريق الحكم الغيابي من حيث انه يعرض على نفس المحكمة التي اصدرت الحكم، غير انه يختلف عنه بوصفه لايتناول

١- ويطلق على مصطلح إعادة المحاكمة في قانون المرافعات المصري (المادة ٢٤١) وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني المادة (٢٢٦) مصطلح « التماس إعادة النظر ويماثله بالفرنسية Requete Civile، ويرجع اساس إعادة المحاكمة إلى اواخر القرون الوسطى،اذ كان يعد طريقاً استثنائيا من طرق الطعن الصادرة من المحاكم القديمة، ثم الغي هذا الطعن عام ١٦٦٧ واستبدل باعادة المحاكمة وكان يستلزم الحصول على اذن من رئيس المحكمة بمباشرته، ثم انتقلت هذه التسمية إلى التشريعات الجديدة بالرغم من اختلاف الاجراءات فيها". للتوسع راجع الأستاذ العشماوي- الجزء الثاني- المرجع السابق ص ٩١، د. احمد أبو الوفا- المرجع السابق ص ٨٧٧.

الا الأحكام النهائية وانه لايقبل الا استناداً إلى أحد الأسباب التي ذكرها القانون على سبيل الحصر، وكذلك تختلف إعادة المحاكمة عن الاستئناف من حيث انها لاتعرض على محكمة اعلى درجة، بل يعرض على نفس القضاة الذين اصدروا الحكم، ويجب ان يستند دائماً إلى سبب خاص، بينما الاستئناف يجوز رفعه من كل خصم متضرر من الحكم لاي سبب كان.

ونتناول دراسة هذا الطعن بتوزيعه على المطالب الاربعة الآتية: -

المطلب الأول: الأحكام التي تقبل الطعن باعادة المحاكمة.

المطلب الثاني: أسباب إعادة المحاكمة.

المطلب الثالث: إجراءات طلب إعادة المحاكمة.

المطلب الرابع: آثار طلب إعادة المحاكمة.

المطلب الأول
الأحكام التي تقبل الطعن باعادة المحاكمة

يجوز الطعن بطريق إعادة المحاكمة حسب نص المادة (١٩٦) من قانون المرافعات في الأحكام الآتية:

١. الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف.

٢. الأحكام القضائية الصادرة من محاكم البداءة بدرجة اخيرة في الدعاوى التي تزيد قيمتها على خمسمائة دينار ولاتزيد على الف دينار أو الدعاوى غير المقدرة القيمة والتي تقبل الطعن بالتمييز ولاتقبل الطعن بالاستئناف لأنها صادرة بدرجة اخيرة.

٣. الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية.

٤. الأحكام الصادرة من محاكم المواد الشخصية.

٥. الأحكام الصادرة من محاكم العمل حسب نص المادة (١٤١) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ العراقي.

اما الأحكام التي لايجوز الطعن فيها بطريق إعادة المحاكمة فهي على النحو الآتي:

١. الأحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة اولى والتي تزيد قميتها على الالف دينار وتكون قابلة للاستئناف مادام طريق الطعن بالاستئناف موجوداً فلا يمكن طلب إعادة المحاكمة، لان باستطاعة المحكوم عليه ان يستأنف الحكم البدائي[1]، اما إذا مضت مدة الاستئناف ولم يطعن المحكوم عليه بالحكم البدائي فان للخصم ان يطلب إعادة المحاكمة إذا كان الحكم قد حاز درجة البتات.

٢. الأحكام الغيابية، إذ لايجوز الطعن فيها بطريق إعادة المحاكمة، مادام هناك مدة معينة يصح للخصم الغائب الطعن فيها بالحكم الغيابي.

٣. الأحكام الصادرة في القضاء المستعجل والقضاء الولائي، فانها لاتقبل الطعن بطريق إعادة المحاكمة، لآن هذه الأحكام ليست لها قوة الشيء المقضي فيه ويجوز للقاضي الرجوع فيها عن هذه الأحكام إذا تغيرت الظروف أو اتضح له وجه الخطأ في اتخاذها.

٤. الأحكام التي سبق ان رضي فيها الخصم مع علمه بما اشتمل عليه من عيب، فانها لاتقبل إعادة المحاكمة، ومن القرائن التي تؤيد ايضاً بالحكم ان ينفذه بغير ان يحتفظ بحقه في إعادة المحاكمة، أو ان يقتصر على طلب تأييده من محكمة الدرجة الثانية عندما يرفع إليه.

المطلب الثاني
أسباب إعادة المحاكمة

حدد المشرع أسباب الطعن بطريق المحاكمة على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها، وذلك لان الاصل هو ان المحكمة فصلت في نزاع فلا يجوز ان تصحح حكمها رجوعاً منها إلى الحق والعدل، وقد اجازت المادة (١٩٦) الطعن بطريق الأحكام بالرغم من اكتساب الحكم المطعون فيه لدرجة البتات وذلك إذا توافرت الأسباب الاربعة[2] الآتية:

١- المادة (١٩٧) من قانون المرافعات.

٢- وتجدر الاشارة إلى ان المشرع المصري في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات والمشرع الاردني في المادة (٢١٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية حدد ثمانية أسباب لاعادة المحاكمة وهي على

أولا: إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم

ويقصد بالغش كل أنواع التحايل والتدليس والمفاجآت الكاذبة التي يعمد اليها الخصم بقصد تضليل المحكمة وايقاعها في الخطأ، فتعتقد الباطل صحيحاً، وتحديد مايعد غشاً وما لايعد، قد يكون دقيقاً في كثير من الاحيان ويترك تقديره للمحكمة تقضي به حسب ظروف كل حالة، فمثلاً ان مجرد انكار الخصم للدعوى، لايعد غشاً وكذلك فان مجرد الغبن الذي يصيب الخصم لايكفي لتكوين الغش لأن الغبن لوحده لايعدو سبباً لأبطال العقود، فمن باب اولى لاتأثير له في الأحكام، وبما ان وسائل الغش والتحايل والتدليس يصعب اثبات امرها، فان الفقه[1] يشترط لكي يكون الغش سبباً لاعادة المحاكمة توافر الشروط الآتية:

١. ان يصدر الغش من الخصم شخصياً أو من وكيله، إذ لاتأثير للغش الذي يصدر من الغير مهما كان له الأثر في الحكم.

٢. ان يقع الغش أثناء نظر الدعوى، إذ لايجوز التمسك بالغش بوصفه سبباً لاعادة المحاكمة إذا وقع قبل رفع الدعوى.

٣. ان يكون من شأن الغش التأثير في حكم المحكمة بشأن الدعوى المطروحة امامها، فاذا لم يكن ذا تأثير على الحكم فلا مجال لاعادة المحاكمة لان الغاية من الاعادة هو ابطال الحكم الصادر بتأثير الغش.

◄ النحو الآتي:

١) إذا وقع من الخصوم غش كان من شأنه التأثير في الحكم.

٢) إذا حصل بعد الحكم اقرار بتزوير الاوراق التي بني عليها.

٣) إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور.

٤) إذا حصل طالب الاعادة بعد صدور الحكم على اوراق قاطعة في الدعوى.

٥) إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو باكثر مما طلبوه.

٦) إذا كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض.

٧) إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلا تمثيلا صحيحا في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.

٨) إذا صدر بين الخصوم انفسهم وبذات الصفة والوضوح حكمان متناقضان.

١- للتوسع راجع الأستاذ العشماوي- المرجع السابق ص ٩٣٠، د. احمد أبو الوفا- المرجع السابق ص ٨٨٠، استاذنا ضياء شيت خطاب- المرجع السابق ص ٣١٦.

ثانياً: إذا حصل بعد الحكم اقرار كتابي بتزوير الاوراق التي اســس عليها أو قضي بتزويرها

ويمكن ان تكون هذه الاوراق المقر بتزويرها سـندات رسـمية أو عادية سواء وقع التزوير من فعل الخصم نفسـه، أو بفعل الغير، ويشـترط لتحقق هذا السبب من أسباب إعادة المحاكمة توفر الشروط الآتية:

١. ان يكون الحكم مبنياً على الورقة المزورة والتي بها يتحدد حكم المحكمة بشأن الدعوى وكانت هي الاسـاس للحكم، ولولا وجودها واعتقاد المحكمة بصحتها لما قضت لمصلحة الخصم المتمسك بها.

٢. ان يثبـت تزوير الورقة باقرار الخصم المحكوم له ان هذه الورقة التي اسـتند عليها الحكم مزورة، أو ثبوتها بحكم قضائي.

٣. ان يثبـت ان التزوير بعد صدور الحكـم المطعون فيه وقبل رفع دعوى إعادة المحاكمة، إذ لايقبل الطعن إذا كان بهدف السعي إلى اثبات التزوير.

ثالثاً: إذا كان الحكم قد بني على شهادة شهادة وحكم عليه بشهادة الزور

ويشترط لقبول إعادة المحاكمة استناداً لهذا السبب الشروط الآتية:

١. ان يصـدر حكم جزائي يتضمن بأن الشـهادة التي بنـي الحكم المطعون عليها هي شهادة مزورة.

٢. ان يصدر الحكم الجزائي بعد صدور الحكم المراد إعادة المحاكمة فيه.

٣. ان تكون الشهادة من الامور المؤثرة التي قام عليها الحكم.

رابعـاً: إذا حصل طالب الاعـادة بعد الحكم على اوراق منتجـة في الدعوى، كان خصمه قد حال دون تقديمها

ويشترط لقبول إعادة المحاكمة بناء على هذا السبب توفر الشروط الآتية:

١. ان تكـون الاوراق منتجة ومؤثرة في الدعـوى بحيث لو قدمت للمحكمة أثناء سـير الدعوى لصـدر حكمها في هذه الدعوى على نحـو مختلف، ومثال ذلك ان تحكم المحكمة على المدعى عليه بمبلغ معين بينما يكون الخصم قد كتم أو اخفى وثيقة الابراء عن هذا الدين، فاذا حصل هذا المدين على مسـتند الابراء فأن له الحق في يطلب إعادة المحاكمة.

٢. ان يكـون الخصـم الآخر قد حجزها أو حـال دون تقديمها، مما اضر بالخصم الآخـر في الحكم المطعون فيه، وعليه فان إخفاء الأوراق من قبل الغير لايعد من أسباب إعادة المحاكمة.

٣. ان تكـون هـذه الاوراق قد حصل عليهـا طالب الإعادة قبـل ان يطلب إعادة المحاكمة، اما إذا حصل عليها قبل صدور الحكم ولم يقدمها للمحكمة، فلا يعد ذلك سبباً لقبول طلب إعادة المحاكمة.

المطلب الثالث

مدة واجراءات طلب إعادة المحاكمة

لمـا كان طلب إعادة المحاكمة طريق غير عادي للطعن في الأحكام، لايهدف التجريـح فيه امام المحاكم إلاّ على درجة وانما يهدف مراجعتها وتصحيحها من قبل المحاكم التي صدرت منها لذلك فان مدة تقديمها تختلف عن مواعيد الطرق الاخرى للطعن، إذ حددت المادة (١٩٨) مدة طلب إعادة المحاكمة بخمسـة[١] عشـر يوماً من اليـوم التالي لظهـور الغش أو الاقرار بالتزوير من فاعلـه أو الحكم بثبوته أو الحكم على شاهد الزور أو ظهور الورقة التي حيل دون تقديمها.

وعند توفر أحد أسباب طلب إعادة المحاكمة والمقررة حصراً، يجب ان يكون الطعن بعريضة تقدم إلى المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه أو المحكمة التي حلت محلها ويجب ان تشتمل العريضة على البيانات الآتية[٢]:

١. اسـم كل من الخصوم، أي طالب إعادة المحاكمة والمطلوب إعادة المحاكمة عليه وشهرتهما ومحل اقامتهما والمحل الذي يختاره لغرض التبليغ.

٢. خلاصة الحكم المطلوب إعادة المحاكمة فيه وتاريخه ورقم الدعوى وتاريخ تبليغه إلى المحكوم عليه.

٣. السبب الذي يجيز إعادة المحاكمة.

١- ان ميعاد طلب إعادة المحاكمة في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني حسب نص المادة (٢١٤) هي ثلاثون يوماً.

٢- المادة (١٩٩) من قانون المرافعات.

ويقدم الطلب إلى المحكمة التي اصدرت الحكم، فان كان الحكم صادراً من محكمة البداءة فيقدم اليها، اما إذا كان الحكم البدائي قد نظر فيه من قبل محكمة الاستئناف وتقرر تصديقه أو فسخه فيقدم طلب إعادة المحاكمة اليها، اما إذا كانت محكمة الاستئناف قد ردت عريضة الاستئناف بسبب الشكل إذا مضت المدة القانونية للاستئناف، فعند ذاك يقدم طلب إعادة المحاكمة إلى محكمة الاستئناف ذاتها ولايجوز مطلقاً تقديم طلب إعادة المحاكمة إلى محكمة التمييز لأنها ليست درجة من درجات المحاكم وانما هي هيئة قضائية عليا تقوم بتدقيق الأحكام.

ويجب على طالب إعادة المحاكمة دفع تأمينات قضائية إلى صندوق المحكمة لضمان دفع الغرامة أو الضرر الذي يلحق الخصم دون اخلال بحق ذلك الخصم في الادعاء بتعويض اكبر إذا كان الضرر يستوجب ذلك[1] فاذا لم يدفع طالب الاعادة التأمينات القضائية فان طلبه لايقبل، وبعد ذلك يمر النظر في قبول إعادة المحاكمة في المرحلتين الآتيتين:

المرحلة الأولى: ويجب على المحكمة ان تفصل في جواز قبول إعادة المحاكمة، فاذا اتضح لها ان إعادة المحاكمة قدم في ميعاده وبشكل صحيح من ناحية الاجراءات المقررة قانوناً، وانه يتعلق بحكم نهائي ويستند إلى سبب من الأسباب التي يقررها القانون لاعادة المحاكمة وان طالب الاعادة قد دفع التأمينات القضائية عند ذلك تقرر المحكمة قبول الطلب[2]، اما إذا رأت ان طالب الاعادة لايستند على أحد الأسباب الموجبة له والمقررة قانوناً أو انه غير صحيح، فانها تحكم بعدم قبوله.

المرحلة الثانية: في هذه المرحلة تحدد المحكمة وقتاً للنظر في موضوع الدعوى من جديد، وتصدر حكماً جديداً وفق القانون وهذا الحكم الجديد يحل محل الحكم الذي ابطل بسبب إعادة المحاكمة ويكون له كل الآثار القانونية للاحكام القضائية الاخرى، إذ يقبل الطعن بالاستئناف أو التمييز حسب الطرق المقررة قانوناً.

١- الفقرة الأولى من المادة (٢٠١) من قانون المرافعات.

٢- الفقرة الثانية من المادة (٢٠٢) من قانون المرافعات العراقي والمادة (٢٢٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني.

ويجب ان يقتصر النظر في الدعوى إعادة المحاكمة على السبب الوارد في عريضة طالب الاعادة ولايجوز للمحكمة ان تسمع أسباب اخرى من أسباب الاعادة التي لم تشتمل عليها عريضة طالب الاعادة، فاذا كانت عريضة طالب الاعادة، قد اقتصرت على وقوع غش من قبل الخصم في الدعوى وأثرت على نتيجة الحكم فلا يجوز لطالب الاعادة ان يضيف اليها سبباً اخر بل يجب على المحكمة ان تقتصر على الأسباب الواردة في عريضة طالب الاعادة ولايجوز لها ان تجاوزها إلى سبب آخر من أسباب إعادة المحاكمة.

المطلب الرابع
آثار طلب إعادة المحاكمة

يترتب على تقديم طلب إعادة المحاكمة الآثار القانونية الآتية:

أولا: وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه

إذا كان طلب إعادة المحاكمة مبنياً على سبب من الأسباب التي حددتها المادة (١٩٦) من قانون المرافعات، فان المحكمة تقرر قبوله وايقاف تنفيذ الحكم المطلوب إعادة المحاكمة بشأنه إلى نتيجة الدعوى القائمة، هذا إذا كان طلب إعادة المحاكمة منصباً على جميع فقرات الحكم، اما إذا كان الطلب ينحصر ببعض الفقرات الحكمية، فان ايقاف التنفيذ يتناول ما يتعلق باعادة المحاكمة فقط، اما سائر الفقرات الحكمية فلا يؤدي الطعن إلى ايقاف تنفيذها، ذلك ان حكم إعادة المحاكمة ليس له اثراً الا في اجزاء الحكم التي تناولها، وتبقى الاجزاء قائمة منتجة كل آثارها إذا لم يتناولها الحكم المطعون فيه.

ثانيا: لايجوز الطعن باعادة المحاكمة مرة اخرى

وذلك استناداً للقاعدة التي تقضي انه لا إعادة محاكمة بعد الاعادة[1]، وذلك ان طريق الطعن باعادة المحاكمة طريق غير عادي يجب ان لا يتوسع فيه، وهذه

١- الفقرة الثانية من المادة (٢٠٢) من قانون المرافعات العراقي والمادة (٢٢٢) من قانون صول المحاكمات المدنية الاردني

القاعـدة تعد مبداءاً اساسـياً اجمـع عليه الفقه والقضاء ولايحتـاج للنص عليه وتمليه طبيعة الاشـياء التي تسـتلزم ضرورة وضـع حد للنزاع من اجل اسـتقرار الأحكام القضائية، إذ تحظر هذه التشـريعات الاعادة بعـد الاعادة في حكم واحد[1] وقد انفرد عن هذه التشـريعات قانون أصول المحاكمات المدنيـة اللبناني ونص المادة (٧٠٢) منـه على ان القرار الصادر بناء على طلـب إعادة المحاكمة يمكن الطعن فيه بطلب إعادة محاكمة جديدة.

ويترتـب على قاعدة انه لا إعادة بعـد الاعادة، ان طلب إعادة المحاكمة يكون لمـرة واحـدة ولايجوز تكـراره مرة ثانية مهما كانت الأسـباب ومـن أي خصم في الدعوى، وان الحكم الصادر بنتيجة إعادة المحاكمة يقبل الطعن بالاستئناف أو التمييز طبقاً للقواعد المقررة في القانون، شأنه في ذلك مثل سائر الأحكام القضائية الاخرى.

ثالثاً- صدور حكم جديد محل الحكم المطعون فيه

يجب على المحكمة التي تنظر طلب إعادة المحاكمة إذا توافرت شروط قبوله، أن تعدل الحكم السـابق من الناحية التي أوجبت إعادة المحاكمة وتصدر حكماً جديداً وفـق القانون[2] واذا قضت المحكمة بالغاء الحكم فـأن الخصوم يرجعون إلى الحالة التـي كانوا عليهـا قبل الفصل في النزاع الاصلي وتسـير المحكمـة عند نظرها في الدعوى طبقاً للقواعـد العامة لنظرية الدعوى، فتطبق عليها قواعد الاحوال الطارئة في الدعوى والآثار القانونية الاخرى.

١- الأستاذ العشماوي- المرجع السابق ص ٩٥١.

٢- الفقرة الثانية من المادة (٢٠١) من قانون المرافعات.

المبحث السابع
اعتراض الغير

تقضي قاعدة نسبية الأحكام، بحصر حجية الأحكام فيما بين الخصوم اطراف الدعوى ولاتمتد هذه الحجية إلى غير الخصوم في الدعوى، غير ان هذا الأثر الانعكاسي للحكم قد يرتد على الغير الذي لم يكن طرفاً في الدعوى، لذلك سمح المشرع لهذا الغير الذي مسه ضرر من هذا الحكم، ان يلجأ إلى طريق اعتراض الغير[١].

وعليه فأن اعتراض الغير هو حق منحه المشرع للاشخاص الذين لم يكونوا طرفاً في الدعوى ويضر بهم الحكم الصادر فيها، وهذا الطعن يعد طريقاً خاصاً ومتميزاً عن الطرق غير العادية بوصفه انه لايتقيد في رفعه بأسباب معينة محصورة، كما هو الحال في الطرق العادية، لذلك فأنه يعد قريباً من الطرق العادية بالنسبة للغير الذي يلجأ إليه، ويقصد بالغير كل شخص لم يكن طرفاً بالدعوى ولم يتدخل فيها ولم يبلغ بالحكم الصادر فيها ولكن الحكم الصادر في الدعوى يمس مصلحته أو يتعدى عليها[٢].

ونتناول دراسة هذا المبحث بتوزيعه إلى المطالب الاربعة الآتية: -

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الحكم المعترض عليه.

المطلب الثاني: أنواع اعتراض الغير.

المطلب الثالث: إجراءات اعتراض الغير.

المطلب الرابع: آثار اعتراض الغير.

١- الأستاذ عبد الرحمن علام- الجزء الرابع- المرجع السابق ص ٢١٦.

٢- وتجدر الاشارة إلى ان اعتراض الغير لايعد في حقيقته، طريق من طرق الطعن في الأحكام، وكان الاجدر بالمشرع ان يخصص له فصلا خاصا في قانون المرافعات مع تدخل الشخص الثالث، لان اعتراض الغير لايعدو ان يكون مشابها لنظام تدخل الشخص الثالث باستثناء ان اعتراض الغير لايصح الا بعد صدور الحكم، اما تدخل الشخص الثالث فانه يكون في أي مرحلة من مراحل المرافعة قبل ختامها.

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في الحكم المعترض عليه

نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٢٤) من قانون المرافعات المدنية " ان كل حكم صادر من محكمة بداءة أو استئناف أو محكمة أحوال شخصية، يجوز الطعن فيه بطريق اعتراض الغير الذي لم يكن خصماً ولا ممثلاً ولا شخصاً ثالثاً في الدعوى إذا كان الحكم متعدياً إليه أو ماساً بحقوقه ولو لم يكن قد اكتسب درجة البتات" ومن هذا النص يتضح ان هناك شروطاً يجب ان تتوفر لقبول الطعن بطريق اعتراض الغير وهي على النحو الآتي: -

أولا: يجب ان يكون الحكم متعدياً على المعترض اعتراض الغير

فأن لم يكن كذلك فلا يجوز له ان يطعن بالحكم اعتراض الغير لعدم وجود مصلحة له بذلك، فمثلاً إذا حصل المدعي حكماً على أحد الورثة اضافة لتركة مورث المدين، وكان دليل الحكم فيها دليل كتابي، فأن هذا الحكم يتعدى إلى سائر الورثة ويمس حقوقهم في التركة لأن الدليل الكتابي، يعد حجة متعدية على المدعى عليه وغيره من الورثة[1]، إذ يحق في هذه الحالة لبقية الورثة الاعتراض على الحكم بطريق اعتراض الغير، اما لو صدر الحكم بناءً على اقرار المورث وحده، فأن الحكم لايسري على الآخرين لانه يمس حقوقهم.

ثانياً: يجب ان يكون الحكم ماساً بحقوق المعترض اعتراض الغير

ويقصد بهذا الشرط ان يلحق بالغير ضرر، وهذا الضرر قد ينشأ من مجرد الحكم أو من تنفيذه، ويكون ذلك بالاعتداء على حق أو مصلحة الغير، والضرر هنا هو ضرر قانوني يترتب عليه التأثير على المركز القانوني للغير، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز[2] بأنه " إذا حكم على المدين بالنفقة لاخته واولادها بعد ان تبرع لهم

١- اجاز القانون في الفقرة الثانية من المادة (٢٢٤) للوارث ان يستعمل هذا الحق إذا مثله أحد الورثة في الدعوى التي لمورثه أو عليه، وذلك لوصف ان التركة تشكل وحدة قانونية يستفيد منها كل من له علاقة قانونية، فضلاً عن ذلك ان تمثيل الوارث للتركة لايؤدي إلى الاضرار بحق الورثة الآخرين وإن كانوا يستفيدون فيما ينفعهم ولذلك جعل القانون اعتراض الغير في هذه الحالة للوارث إذا لم يكن مبلغاً بالحكم الصادر فيها، فأذا كان مبلغاً به فعليه اتخاذ طرق الطعن الاخرى المقررة في القانون.

٢- رقم القرار (٩٠) هيئة موسعة ثانية في ١٩٨٠/٥/١٠ مجلة الأحكام العدلية العدد الثاني ١٩٨٠ ص٧٩.

بذلك دون ان يكون مكلفاً به، فلمطلقة المدين التي استحصلت احكاماً بمهرها ونفقة ولدها، ان تطعن بالحكم المذكور بطريق اعتراض الغير، دفعاً لمشاركتها بحجز ثلث راتب مطلقها".

ثالثـاً: ان لايكون المعترض اعتراض الغيـر قد خاصم في الدعوى التي صدر فيها الحكم

وعلى ذلك لايجوز لأي طرف في الدعوى ان يطعن بطريق اعتراض الغير، لأنه يستطيع ان يتمسك بطرق الطعن الاخرى كالاستئناف والتمييز وتصحيح القرار التمييزي، وكذلك لايجوز لمن يدخل في الدعوى بصفته شخصاً ثالثاً وسواء من تلقاء نفسه ام بناءً على طلب المحكمة ويستمر في الدعوى إلى صدور الحكم فيها، إذ ليس له حق اعتراض الغير، لانه يستطيع ان يراجع طرق الطعن الاخرى، اما إذا رفض طلبه بالدخول بصفة شخص ثالث، فيجوز له في هذه الحالة ان يعترض اعتراض الغير، وكذلك إذا لم تقرر المحكمة شيئاً حول قبول أو رفض طلب الشخص الثالث، فيحق له ايضاً اعتراض الغير، وقد اجاز القانون طريق اعتراض الغير سواء اكتسب الحكم المعترض عليه درجات البتات ام لم يكن قد اكتسبها[1].

رابعاً: ان يكون الحكم من الأحكام التي يجوز الطعن فيها بطريق اعتراض الغير

لقد حددت الفقرة الأولى من المادة (٢٢٤) من قانون المرافعات، ان كل حكم صادر من محكمة بداءة أو استئناف أو محكمة احوال احوال شخصية يجوز الطعن فيه بطريق اعتراض الغير، اما محكمة التمييز فلا يجوز قبول اعتراض الغير على قراراتها لأنها ليست درجة من درجات التقاضي، وكذلك ليس للغير ان يطلب تصحيح القرار التمييزي لان تصحيح القرار خاص بأطراف الدعوى.

١- الفقرة الأولى من المادة (٢٢٤) من قانون المرافعات المدنية.

المطلب الثاني
أنواع اعتراض الغير

اعتراض الغير اما ان يكون اصلياً أو طارئا[1]وذلك حسب التفصيل الآتي:

أولا: اعتراض الغير الاصلي

وهو الاعتراض الذي يقدم بشكل دعوى اصلية إلى المحكمة التي اصدرت الحكم المعترض عليه مباشرة، وسمي بالاعتراض الاصلي لانه يقام بصفة دعوى اصلية لم يسبق للمعترض اعتراض الغير ان تخاصم مع المحكوم له، ومثال اعتراض الغير، اعتراض المدين على الحكم الصادر على كفيله المتضامن معه، بحجة انه قد اوفى الدين أو ان الدائن ابراه منه، أو لأي سبب آخر، ويجب ان يرفع اعتراض الغير إلى المحكمة التي اصدرت الحكم، لأن هذه المحكمة هي أدرى من غيرها بمضمون الدعوى، فأذا كان هذا الحكم صادراً عن محكمة البداءة أو الاحوال الشخصية، فأن الاعتراض يقدم إلى هذه المحكمة، اما إذا كان الحكم البدائي قد فصلت به محكمة الاستئناف، بتأييد الحكم الاستئنافي لموافقته للقانون أو كانت قد قررت فسخ الحكم البدائي واصدرت حكماً جديداً، فأن الاعتراض يكون امام محكمة الاستئناف، ولايجوز تقديم اعتراض الغير الاصلي إلى محكمة التمييز، لأنها ليست درجة من درجات التقاضي، بل هي هيئة عليا لتدقيق الأحكام حسب التفصيل الذي بيناه.

ويجب على المعترض اعتراض الغير ان يوضح السبب القانوني الذي من شأنه تعديل الحكم المعترض أو ابطاله[2]، فاذا خلت العريضة من بيان أسباب أو دفوع المعترض فأن المحكمة تقرر رد اعتراضه، وتطبق على دعوى اعتراض الغير الاصلي، الاجراءات المقررة في قانون المرافعات لاسيما الامور التي تتعلق في سير المرافعة.

١- راجع الفقرة الأولى من المادة (٢٢٥) من قانون المرافعات المدنية والمادة (٢٠٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

٢- الفقرة الثانية من المادة (٢٢٥) من قانون المرافعات المدنية.

ثانياً: اعتراض الغير طاريء

هـو الاعتراض الذي يقدم بشـكل دعوى حادثة من أحـد الطرفين أثناء رؤية الدعوى القائمة بينهما على حكم سابق يبرزه خصمه ليثبت به صحة دعواه[١].

وسـمي بالاعتراض الطاريء لأنه لايقام بصفة دعوى اصلية، بل يطرأ أثناء دعـوى اخرى على حكـم يقدمه أحد الخصمين تأييداً لدعـواه المرفوعة، ومثال ذلك ان يدعي المدعي انه قد اشـترى من المدعى عليه داراً مناصفة بينهما ويطالبه ببدل ايجـار حصتـه من العقار المشـترك، غير ان المدعى عليه ابـرز حكماً يتضمن بأن هذا العقار يعود له بالاسـتقلال، وهذا الحكم لم يكن المدعي طرفاً فيه، وانما كان مع شـخص آخر، وفي أثناء النظر في الدعوى، يتصـدى المدعي للاعتراض على ذلك الحكم بالاعتراض الغير طاريء، ويجوز للغير ابداء اعتراضه شفاها امام المحكمة التي اصدرت الحكم المعترض عليه، أو بتقديم عريضة بذلك اليها وذلك بشكل دعوى حادثة أثناء رؤية الدعوى الاصلية.

واذا كانت المحكمة مساوية في الدرجة للمحكمة التي اصدرت الحكم المعترض عليه، فأن المحكمة تستمر في اجراءاتها الاصولية، اما إذا كانت المحكمة التي اصدرت الحكم موضوع الاعتراض اعلى درجة، وجب على المحكمة ان تنبه المعترض إلى اقامـة دعوى اعتراض اصلي لدى المحكمة التي اصدرت الحكم المعترض عليه[٢]، وكذلـك يكـون الحكم إذا كانت المحكمـة التي اصدرت الحكـم المعترض عليه غير مختصـة نوعياً بالنظر في الدعوى، ومثال ذلك ان يكـون الحكم صادراً من محكمة البـداءة والاعتراض الطاريء قد حصل امام محكمة الاحوال الشـخصية، وفي هذه الحـالات التي ذكرناهـا يجب على المحكمـة أن تقرر اعطاء الحـق للخصم بالتقدم بدعـوى اعتراض الغير الاصلي امام المحكمة التي اصدرت الحكم المعترض عليه، فاذا قام المعترض دعوى الاعتراض، فأنه يصبح من اختصاص تلك المحكمة بالنظر في تأخير البت في الدعوى القائمة إلى نتيجة دعوى الاعتراض[٣]، فاذا رأت المحكمة ان الاعتراض الطاريء من شأنه تغيير الحكم في الدعوى الاصلية فحينئذ تنظر في الاعتراض وتبت فيه أولا ثم في الدعوى الاصلية، اما إذا لم يكن الامر كذلك فتنظر وتبت في الدعوى الاصلية وترجيء الفصل في دعوى الاعتراض[٤].

١- الفقرة الأولى من المادة (٢٢٦) من قانون المرافعات المدنية.

٢- الفقرة الثانية من المادة (٢٢٦) من قانون المرافعات.

٣- الفقرة الأولى من المادة (٢٢٧) من قانون المرافعات.

٤- المادة (٢٢٨) من قانون المرافعات.

المطلب الثالث

إجراءات اعتراض الغير

الطعـن باعتراض الغير دعوى يسـتلزم فيهـا القانون اتباع إجـراءات معينة نجملها على النحو الآتي:

أولا: يجـب اقامة دعوى اعتـراض الغير إلى حين تنفيذ الحكم على من يتعدى عليه، ذلك ان القانون لم يحدد مدة معينة لتقديم اعتراض الغير كما هو الشأن في طرق الطعـن الاخرى، إذ حدد لكل منها مدة معينة، وعليه فأنه يبقى حق اقامة دعوى اعتراض الغير قائماً إلى حين تنفيذ الحكم في دائرة التنفيذ، فأذا تم التنفيذ سـقط الحق في الطعن باعتراض الغير عن ذلك الحكم[١]، والمقصود بالتنفيذ هو اجراء التنفيذ الفعلي للحكم، اما إذا لم ينفذ الحكم على الشـخص فيبقى له حق اعتراض الغير إلى ان تمضي مدة التقادم على الحكم وهي سـبع سـنوات بموجب المادة (١١٤) مـن قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسـنة ١٩٨٠ بعد ان كانت خمس عشـرة سـنة[٢]، ويجـب ان يقدم الحكم لدائـرة التنفيذ، اما إذا قدم لغيرهـا فلا يعد تنفيذاً فعلياً، وبهذا الصدد قضت محكمة[٣] التمييز العراقية: " ان لزوجة المتوفى الحق فـي اعتراض الغير على الحكم القاضي بـرد النفقة التي اقامتها ام زوجها على اخوته والمبني على مصادقة الام على اعمار اولادها رغم يسار بعضهم بقصد مشـاركة زوجة ابنها المتوفى براتبها التقاعدي الذي تستحقه عنه ولايسقط حق الاعتراض بايداع الحكم الشـرعي لدى مديرية التقاعد العامة، لآنها ليست جهة تنفيـذ ولآن الحكم قـد قدم كدليل على عدم وجود معيل لأم المتوفى "، وتبدأ مدة التقادم المسقط من تاريخ تسلم المحكوم له الشيء المحكوم به[٤].

ثانيـاً: لمـا كان القانون قد الزم بأتبـاع إجراءات الدعوى في اعتـراض الغير، فأن عريضـة المعترض يجب ان تتضمن البيانـات الاعتيادية في عريضة الدعوى مع ايضاح مدى اضرار الحكم المنقوض عليه بحقوقه أو تعديه عليها والسـبب الذي يسوغ طلب تعديل الحكم أو ابطاله.

١- الفقرة الأولى من المادة (٢٣٠) من قانون المرافعات المدنية.

٢- المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي.

٣- رقم القرار (٤١٩) هيئة موسعة ١٩٨٠- الأحكام العدلية- العدد الرابع ١٩٨٠ ص ٣٠.

٤- الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٠) من قانون المرافعات المدنية.

ثالثـاً: إذا ثبت ان المعتـرض اعتراض الغير محق في اعتراضـه، عدلت المحكمة الحكـم المعتـرض عليه في حدود حقوق المعتـرض دون الاجزاء الاخرى من الحكـم، واذا كان الحكـم لايتنـاول الا حقوق المعترض ابطلتـه كله واذا اخفق المعترض في اعتراضه رد طلبه والزم بالمصاريف دون الاخلال بحق خصمه في المطالبة بالتعويض[1].

المطلب الرابع
آثار اعتراض الغير

يترتب على اعتراض الغير الأثرين الآتيين:

أولا: عدم تأخير التنفيذ

ان اعتراض الغير لايوقف تنفيذ الحكم المعترض عليه سـواء كان الاعتراض اصلياً أو طارئاً الا إذا رأت المحكمة ان التنفيذ قد يلحق بالمعترض ضرراً جسيماً[2]. ذلـك ان اعتـراض الغير، طريق طعن خـاص، ليس لهذا الغير طريق آخر سـواه، غيـر ان المحكمـة إذا وجدت ان تنفيـذ الحكم المطعون فيه بطريـق اعتراض الغير ضياعـاً لحقوق الطاعن، كمـا لو حكمت المحكمة بصحة بيع صادر من دائن مرتهن لمنقول، فأن تسـليم المنقول يحول دون استرداد المنقول استناداً للقاعدة التي تقضي، ان الحيـازة في المنقول سـند الملكية، لذلك فأن مصلحـة الطاعن تتضرر من ضياع الحق في هذه الحالة، فالضرر يبدو اكثر خطورة عندما يكون تنفيذ الحكم في المنقول منه في العقار، وتقدير مسـألة جسـامة الضرر الذي سيلحق بالمعترض يترك لتقدير القاضي وعدله، يقدره حسب ظروف كل قضية

ثانياً: يترتب على اعتراض الغير ايضاً إعادة طرح الدعوى امام المحكمة من جديد

إذا اسـتوفى اعتراض الغير شـروطه، فأنه يصبح من حق المحكمة ان تنظر في دعوى الاعتراض في حدود مارفع اليها من اعتراض، وتصدر به حكماً حسب مايظهـر لها من نتيجة الحكم، اما برد الاعتـراض إذا كان المعترض غير محق في اعتراضه، أو بأبطال الحكم المعترض عليه ان كان محقاً فيه[3].

١- المادة (٢٢٩) من قانون المرافعات المدنية.

٢- الفقرة الثانية من المادة (٢٢٧) من قانون المرافعات.

٣- استاذنا ضياء شيت خطاب- المرجع السابق ص ٣٧٩.

المبحث الثامن
طعن الادعاء العام لمصلحة القانون

صدر قانون الادعاء العام العراقي رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ وكان الغرض منه كما ورد في الأسباب الموجبة منه، ابراز دور الادعاء العام الايجابي والفاعل بوصفه جهاز لمراقبة المشروعية واحترام تطبيق القانون واعضاء الادعاء العام طائفة من الموظفين العدليين والتابعين لوزارة العدل، ومهما يكن الاسم الذي يطلق عليهم، نيابة عامة أو ممثلو المجتمع فأن اهم الواجبات التي تقع على عاتقهم هي حماية الحق العام، والأدعاء العام كما وصفه "مونتسكيو" الفقيه الفرنسي المعروف بأنه " منظمة قانونية، تستحق الأعجاب [١] لأنها تساعد على توازن السلطات وتحمي النظام العام".

واذا كانت الوظيفة الاساسية للادعاء العام هي السهر على الامن في المجتمع وحماية نظام الدولة، ورفع الدعاوى الجنائية بأسمها في حالة الأعتداء على المجتمع، فأن صلة الأدعاء العام في القضايا المدنية يبدو ضئيلاً في قانون الأدعاء العام العراقي، إذ جعل حضوره جوازياً في هذه القضايا واقتصرها على الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها وفي حالة دعاوى الأحوال الشخصية[٢]، وكان المفروض بالمشرع ان يتوسع في الحالات التي يتدخل فيها الأدعاء العام في الدعاوى المدنية، لأن هذا التوسع في دور الأدعاء في القضاء المدني، يستند لما اثبته العمل من ان القضايا التي يبدي فيها الأدعاء العام رأيه، قلما يحيد الحكم عنها عن الصحة والحقيقة، وبذا يتحقق سير العدالة[٣].

١- جان كرافن- تنظيم الأدعاء العام وواجباته
Organisat Ioon Et Foncition Du Ministere Public, Par. J. Graven.
ترجمة د. حمودي الجاسم- طبع بغداد ١٩٩٦ ص ١٣.

٢- راجع المادة (١٣) من قانون الأدعاء العام العراقي.

٣- راجع المذكرة الأيضاحية لقانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.

وطعـن الأدعاء العام لمصلحة القانون نظام حديث أخذ به قانون الأدعاء العام العراقـي، أذ أجـاز القانون للأدعاء العام في الطعن لـدى محكمة التمييز في الأحكام لمصلحـة القانـون بالرغم مـن فوات المدة القانونيـة للطعن، و هذا النظـام الجديد لم يتطرق إليه قانون المرافعات رقم (٨٣) لسـنة ١٩٦٩ المعدل، وقد سبق الأخذ بفكرة الطعن لمصلحة القانون الكثير من التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي والأيطالي والبلجيكي، كما أخذ بها التشريع المصري في نظامه القضائي منذ ادخال نظام الطعن فـي التمييز، وذلـك لمواجهة الصعوبات التي تؤدي إلى تعـارض احكام القضاء في المسألة القانونية الواحدة، إذ أن من مصلحة القانون والعدالة ان تعرض هذه المسائل علـى محكمة التمييز لتفصـل فيها وتضع حداً لتضارب الأحكام وتنشـيء المباديء القانونية الصحيحة على أساس سليم لكي تتوحد أحكام القضاء فيها.

وبالنظر لأهمية طعن الأدعاء العام لمصلحة القانون، فقد أثار هذا الطعن نقاشاً في الفقه، إذ ذهب البعض منهم بأن هذا الطعن يتسم بعدم الوضوح[١]، فضلاً عن ذلك أن محكمـة التمييـز العراقية، أصدرت قرارات عديدة تطبيقـاً لهذا النظام الجديد في التشريع العراقي، وكان هناك تباين واختلاف في هذه القرارات[٢].

وسنتناول دراسة هذا النظام بتوزيعه على المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: ماهية الطعن لمصلحة القانون واصله التاريخي.

المطلب الثاني: شروط الطعن لمصلحة القانون.

المطلب الثالث: إجراءات الطعن لمصلحة القانون وتطبيقاته القضائية.

المطلب الرابع: الآثار التي تترتب على الطعن لمصلحة القانون.

١- للمزيد من التفصيل راجع- الطاولة المستديرة حول دور الأدعاء العام في الدعوى المدنية- مجلة العدالة- وزارة العدل- العدد الثالث- السنة السابعة- ١٩٨١ ص ٨٤ ومابعدها.

٢- للمزيد من التفصيل في هذه القرارات راجع إبراهيم المشاهدي- الطعن لمصلحة القانون- مجلة القضاء- العدد الثاني ١٩٩٠ ص ٩٦ ومابعدها.

المطلب الأول
ماهية الطعن بمصلحة القانون وأصله التاريخي

الطعن لمصلحة القانون في التشريع العراقي، هو حق منحه القانون للأدعاء العام في التدخل بالطعن بالأحكام المدنية، أذا حصل فيها خرق للقانون وكان من شأنه الأضرار بمصلحة الدولة ومخالفة النظام العام وذلك بالرغم من فوات المدة القانونية للطعن فيها[١]. والطعن لمصلحة القانون وجد لكي يضع حداً لتضارب الأحكام ولتدعيم السوابق القضائية عندما يرى الأدعاء العام، انها قد اصبحت تشكل خطراً على المفهوم القضائي أو العدالة ولذلك فأن مصلحة القانون تتطلب الطعن بهذه الأحكام حتى لايأخذ بها وفي هذا تأكيد لمبدأ سيادة القانون والمشروعية، ومنح محكمة التمييز فرصة اخرى لتلافي الأخطاء القانونية عند اكتساب الحكم لدرجة البتات لاسيما وان من مهام الأدعاء العام مراقبة المشروعية واحترام تطبيق القانون في كل المجالات[٢]. وبهذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية ان " الطعن بالنقض لمصلحة القانون حق مقرر للأدعاء العام ويجب توقيعه على صحيفة الطعن المودعة في قلم كتاب المحكمة ويملك توكيل غيره بوصفه عملاً مادياً "[٣].

والطعن لمصلحة القانون يعد اتجاهاً جديداً في التشريع العراقي، وهو يعد من ابرز المباديء الجديدة في قانون الأدعاء، الذي اعطى الأدعاء العام دوراً إيجابيا في الدعوى المدنية. وبالرغم من اشارة الأسباب الموجبة لقانون الأدعاء العام، بأن هذا القانون قد وسع من الاختصاصات القانونية للأدعاء العام في الدعوى المدنية، فأن هذا القانون في تصورنا لايزال يضع قيوداً قانونية ترد على الأختصاص القانوني للأدعاء العام وتقلل من دوره في الدعاوى المدنية، ومن هذه القيود، ان القانون جعل حضور الأدعاء العام في الدعوى المدنية جوازياً وليس وجوبياً، لذلك فأن دور الأدعاء العام في القضايا المدنية يبدو ضعيفاً، إذ اقتصر دوره على الحضور ولم

١- راجع القانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٧ المعدل لقانون الأدعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ وقد نشر القانون المعدل في العدد ٣١٣٣ من جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٨٧/١/١٩ واعتبر نافذاً من هذا التاريخ وبموجب المادة الأولى من هذا القانون الغيت المادة (٣٠) من قانون الأدعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ وحل محلها هذا النص الجديد.

٢- د. نبيل اسماعيل عمر- النظرية العامة للطعن بالنقض- طبع الاسكندرية ١٩٨٠ ص ٩١.

٣- رقم القرار ٤٣ السنة القضائية ٤٧ في ١٩٧٩/٥/٣٠.

يتطـرق القانـون إلى حق الأدعاء العام في اقامة الدعـوى، فاحكام المواد ١٣ و ١٤ مـن قانون الأدعاء العام، تقرر ان للأدعاء العـام الحضور فقط، وحقه في الحضور يعد بمثابة رخصة، لذلك لابد من ايجاد نص تشريعي يلزم الأدعاء العام في حضور الدعوى في حالات محددة على سبيل الحصر وتستند إلى فكرة المساس بالنظام العام.

ويرجع الأصل التاريخي للطعن لمصلحة القانون إلى القضاء الفرنسي، إذ كان هذا القضاء يمنح الأدعاء العام سلطة الطعن في الأحكام القضائية وذلك في الأحوال التي تخالف فيها هذه الأحكام للنظام العام، واستناداً لذلك فأنه يحق للأدعاء العام ان يطعن لدى محكمة النقض الفرنسية بهذا الطريق من تلقاء نفسه ودون طلب وذلك بقصد وقف الاضطرابات التي يثيرها مثل هذا الحكم نتيجة مخالفته للقانون بواسطة المحكمة التي اصدرته[1].

امـا في قانون المرافعات المصري، فأن الطعن لمصلحة القانون والذي تنص عليـه المـادة (٢٥٠) من هـذا القانون، يهدف إلى عرض مسـائل معينـة يكون من مصلحـة القانون والعدالة ان تعرض علـى محكمة التمييز لتبين رأيها في ذلك وجاء في هذه المادة:

للنائـب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الأنتهائية- اياً كانت المحكمة التي اصدرتها، إذا كان الحكم مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية:

١. الأحكام التي لايجيز القانون للخصوم الطعن فيها.

٢. الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن.

ويرفع هـذا الطعن بصحيفة يوقعها النائب العـام، وتنظر المحكمة الطعن في غرفة المشورة بغير دعوة للخصوم.

والأصـل ان دور الأدعاء العام في الدعوى المدنية وفي ضوء قانون الأدعاء العـام العراقي، يدخل فيها بوصفه طرفاً منضمـاً، كما إذا دخل في دعوى قائمة امام القضاء بين مدع ومدعى عليه اصليين ليبدي رأيه في هذه الدعوى، إذ انه في غالب الأحيـان يدخـل الأدعاء العام في المسـائل المدنية والتجارية بوصفـه طرفاً منضماً ولايكـون خصماً لأحد وانما يدعى ليبيـن رأيه لمصلحة القانون والعدالة بهذه الصفة

١- للتوسع راجع د. نبيل اسماعيل عمر- المرجع السابق ص ٩١.

وليس له الحق بأن يكون طرفاً اصلياً في اقامة الدعوى وانما يكون طرفاً منضماً له حق التدخل الجوازي وله مركزه القانوني الخاص.

ونتفق مع الدكتور محمد محمود إبراهيم[1]، انه إذا كان دور الأدعاء العام لمصلحة القانون يعد بمثابة الخصم الأصلي في الدعوى فأنه لايمكن اعتباره خصماً حقيقياً، كالخصم الحقيقي الذي يشترط لقبول دعواه ان تكون له أهلية وخصومة ومصلحة شخصية، ذلك ان الأدعاء العام يستند على حمايته للقانون والشرعية وعليه فهو ليس خصماً موضوعياً وانما هو خصم شكلي، إذ يوجد فارقاً بين الخصم الشكلي والخصم الموضوعي، فالخصم الشكلي، يوجه طلباته إلى الخصم الآخر لتنفيذها في حقه ودون ان تكون لديه مصلحة خاصة شخصية في الخصومة اما الخصم الموضوعي فهو الذي يستلزم فيه القانون مصلحة خاصة شخصية في الدعوى ويسعى جاهداً للوصول إلى تحقيقها، وقد سوغ الفقه دور الأدعاء العام بوصفه خصماً شكلياً ودون ان يعد خصماً موضوعياً إلى مركز الأدعاء العام القانوني في حماية المشروعية وابتعاد تصرفاته عن كافة الأغراض الشخصية، لأن هدفه الوحيد تحقيق الصالح العام، فضلاً عن ذلك ان الجو النفسي للدعوى بمعناها العام وهي نزاع بين خصمين لايتوافر مع الدور الذي يقوم به الأدعاء العام سواء اكان ذلك في الدعوى الجنائية ام المدنية، لأن عضو الأدعاء العام لايتصرف بوصفه طرفاً في نزاع سيعود عليه بمصلحة خاصة وانما يتصرف وفقاً لمقتضيات الصالح العام[2].

ويترتب على اعتبار الأدعاء العام خصماً شكلياً، تمتعه بمركز قانوني معين لايشاركه فيه الخصم الأصلي في المنازعات المدنية، إذ لايلزم القانون حضور الأدعاء العام في أثناء نظر الدعوى ويجوز له ان يطعن في الأحكام التي لم يتدخل فيها[3].

١- د. محمد محمدو إبراهيم- الوجيز في المرافعات- طبع دار الفكر العربي- ١٩٨٣ ص ١٥٤.

٢- د. فتحي سرور- المركز القانوني للنيابة العامة- مجلة القضاء المصرية السنة الأولى ص ٨٣٠، د. ادوار غالي الذهبي دور النيابة العامة في الدعوى المدنية- مجلة المحاماة- السنة ٤٩ ع٢ ١٩٦٩ ص ١٤.

٣- للتوسع راجع د. محمد محمود إبراهيم- المرجع السابق- ص ١٥٦ ومابعدها.

المطلب الثاني
شروط الطعن لمصلحة القانون

نصت المادة (٣٠) من قانون الأدعاء العام العراقي المعدل[١] على مايأتي:

أولا: يقوم رئيس الأدعاء العام في حدود ماتسمح بـه القوانين والأنظمة والتعليمات بأتخاذ أو طلب اتخاذ الإجراءات التي تكفل تلافي خرق القانون أو انتهاكه.

ثانياً:

أ - إذا تبين لرئيس الأدعاء العام حصول خرق للقانون في أي حكم أو قرار صادر عن اية محكمة، عدا المحاكم الجزائية أو في قرار صادر عن مدير عام دائرة القاصريـن المختص أو المنفذ العدل من شـأنه الأضـرار بمصلحة الدولة أو القاصـر أو امـوال أي منهما أو مخالفة للنظام العـام، يتولى عندها الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية إذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه.

ب - لايجـوز النقـض لمصلحة القانون طبقاً للفقـرة " ثانياً- أ " من هذه المادة إذا كانت قد مضت مدة ثلاث سنوات على اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات.

ونسـتنتج من هذه المادة ان طعن الأدعاء العام لمصلحة القانون، يسـتلزم فيه توافر الشروط الآتية:

أولا: ان يكون الحكم المطعون فيه نهائياً

وسـواء فاتت المدة القانونية للطعن أو صدر من اية محكمة باسـتثناء المحاكم الجزائيـة والحكـم هو القرار الصادر من محكمة مدنية مشـكلة تشـكيلاً صحيحاً في دعـوى رفعـت اليها طبقاً لقواعد قانـون المرافعات، سـواء كان الحكم قد صدر في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة عنها[٢].

١- راجع القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ المعدل لقانون الأدعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩.

٢- للتوسع راجع- د. احمد أبو الوفا- نظرية الأحكام- الطبعة التاسعة ١٩٨٩ ص ٢٠٢.

ثانياً: ان يكون الحكم أو القرار القضائي مبني على خرق للقانون

لقد كان مفهوم مصطلح " خرق القانون " يتسم بالنقص والغموض في ظل القانون السابق، إذ ان هذا المفهوم كان يقتصر على تصحيح الخطأ القانوني ودون التصدي لآثار الحكم أو القرار المطعون فيه بالرغم من بطلانه، لذلك اوضحت الأسباب الموجبة للقانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٧، ان المقصود، بـ " خرق القانون " هو المخالفة للقانون التي ينتج عنها ضرر جسيم يمس المصلحة العامة، مثل الأضرار بأموال الدولة ومخالفة النظام العام، كمخالفة قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالحل والحرمة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية انه " إذا كان الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون قد بني على مخالفة للقانون من شأنها الأضرار بأموال الدولة، فأن ذلك يشكل خرقاً للقانون ويتعين نقض الحكم المطعون فيه "[1].

وقد شمل قانون الأدعاء رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ المعدل للقانون ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ القرارات الصادرة عن مدير عام دائرة القاصرين أو مديرية رعاية القاصرين المختص أو المنفذ العدل بطريق الطعن لمصلحة القانون، إذا كان من شأن هذه القرارات الأضرار بمصلحة الدولة أو القاصر أو اموال أي منهما أو مخالفة النظام العام وذلك ضماناً لحقوق الدولة والقاصر ومعالجة حالات مخالفة النظام العام عند فوات مدة الطعن في هذه القرارات وعدم قيام ذوي العلاقة بالطعن فيها، وهذا الأتجاه الجديد في التشريع العراقي أمر جدير بالتأييد لاسيما وان حقوق الدولة ورعاية حقوق القاصر امور تتعلق بالنظام العام وتعمل على سلامة النظام الاجتماعي والقانوني.

ويستطيع الخصوم اصحاب العلاقة سواء كانوا مواطنين أو موظفين ان يخبروا عن الخرق الذي يجيز فيه للأدعاء العام الطعن لمصلحة القانون.

ويلاحظ على ماوردته الأسباب الموجبة للقانون الجديد، انها اجازت للأدعاء العام الطعن لمصلحة القانون ضماناً لحقوق الدولة والقاصر ومعالجة حالات مخالفة النظام العام، فأذا كانت المؤسسة الحكومية أو دائرة رعاية القاصرين أو المنفذ العدل، متعسفة في اقامة الدعوى، فأنه يفترض في هذه الحالة ان يقف الأدعاء العام مع الحق، لاسيما وانه يحمي المشروعية ويعمل على تعزيز مبدأ سيادة القانون.

١- رقم القرار (١) في ١٩٨٧/٨/١٣، مجلة القضاء- المرؤجع السابق ص ١٠٨.

ثالثـاً: ان يمارس الأدعاء حـق الطعن لمصلحة القانون خـلال المدة التي حددها القانون

حددت الفقرة الثانية (ب) من المادة (٣٠) هذه المدة بثلاث سـنوات، إذ نصت على عدم جواز الطعن لمصلحة القانون إذا كانت قد مضت مدة ثلاث سـنوات على اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات وان يكون الطعن لمصلحة القانون امام محكمة التمييز، وهذه المدة هي اطول من المدد الأعتيادية للطعن والتي حددها المشـرع في ثلاثين يوماً عند الطعن في التمييز، والسبب في اعطاء هذه المدة الطويلة للطعن يرجع إلى ان أسباب الطعن قد لاتتضح الا بعد انقضاء المدة القانونية لمواعيد الطعن، فضلاً عـن ذلك ان الأدعاء العـام لايعد خصماً حقيقياً وانما هو خصم شـكلي في الدعاوى المدنيـة ولايبلـغ بالأحكام الصادرة فيها وان اسـاس نظام الطعـن لمصلحة القانون، هـو ان الحكم الصـادر بناء على هذا الطعن لايؤثر في مراكـز الخصوم أو حقوقهم المحكوم بها، ومن ثم فليس هناك مسوغ لربط هذا الطعن بمدد الطعن الاعتيادية.

وتجـدر الأشـارة إلى ان المشـرع المصري لـم يحدد مدة يتقيـد فيها الأدعاء العـام عنـد الطعن لمصلحة القانون فقـد نصت المادة (٢٥٢) مـن قانون المرافعات المصري النافذ " ان ميعاد الطعن بطريق النقض ستون يوماً، ولايسري هذا الميعاد علـى الطعن الـذي يرفعه النائب العـام لمصلحة القانون ". ويرجع تحديد المشـرع العراقي للطعن لمصلحة القانون بثلاث سنوات، حرصه على الحفاظ على الأستقرار القانوني للأحكام والحقوق المكتسبة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية انه " لايجوز الطعن لمصلحة القانون إذا كانت قد مضت مدة ثلاث سنوات على اكتساب الحكم أو القرار درجة البتات "[1].

رابعاً: ان يكون طعن الأدعاء العام لمصلحة القانون وليس لمصلحة اخرى

ومصلحـة القانـون يقصد بهـا الفائدة أو المنفعـة التي يحـرص القانون على تحقيقها والقانون[2] يشـمل التشـريع والعرف ومباديء الشـريعة الأسلامية وقواعد العدالة والمعاهدات التي صادق عليها العراق.

١- رقم القرار (٤) في ١٩٨٧/٨/١٩ المشاهدي المرجع السابق- مجلة القضاء ص ١١٣.

٢- المادة الأولى من القانون المدني العراقي.

خامساً: ويشترط لقبول الطعن لمصلحة القانون المقدم من رئيس الأدعاء العام الا يكون أحد من ذوي العلاقة قد طعن في الحكم

ويقصد بذلك ان يكون الحكم من الأحكام التي لايسمح القانون للخصوم الطعن فيها، سواء ورد المنع بصفة عامة، ام كان المنع من الطعن بالاستئناف ام كان المنع من الطعن بالتمييز، وسواء ورد هذا المنع في قانون المرافعات أو في غيره من القوانين الأخرى، وهذا النوع من أنواع الطعن لمصلحة القانون يتسع نطاقه في التشريعات التي يزداد فيها حالات المنع في الطعن، ويقل في التشريعات التي تقيد من موانع الطعن لمصلحة القانون.

ولا يشترط في الطعن لمصلحة القانون ان يبلغ الخصوم به أو يدعون للحضور لأبداء دفوعهم بصدده، ذلك ان هذا الطعن منصباً في الأساس على ذات الحكم المطعون فيه، وفي هذا يختلف عن نظام الطعن التمييزي العادي[١].

ولما كان الطعن لمصلحة القانون هو من الطرق الاستثنائية، لأن الأصل ان يتم الطعن بالأحكام الأعتيادية التي نص عليها قانون المرافعات[٢]، فأن هذا الطعن يكون قاصراً على الطعن بالتمييز ولايسمح بالأستئناف، بل يجب حصره في اضيق الحدود، وقد نص قانون المرافعات المصري صراحة على هذا القيد واطلق عليه " الطعن بالنقض لمصلحة القانون " وكذلك نصت الفقرة الثانية (ب) من المادة (٣٠) من قانون الأدعاء العام المعدل على ان يكون الطعن لمصلحة القانون امام محكمة التمييز ولايقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي[٣].

١- د. محمد محمود إبراهيم- المرجع السابق ص ١٨١.

٢- حددت المادة (١٦٨) من قانون المرافعات العراقي النافذ، الطرق القانونية للطعن في الأحكام المدنية بالطرق الآتية وهي: الاعتراض على الحكم الغيابي والأستئناف واعادة المحاكمة وتصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير.

٣- وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية على أنه لا يحق للادعاء العام تمييز دعوى التفريق التي ردت، لأن هدف الطعن في أحكام التفريق هو حماية الأسرة وليس هدمها، وإن تمييز مثل هذه الأحكام يتناقض مع المهمة الموكلة للادعاء العام. قرار محكمة التمييز رقم ٢٥٩٤ شخصية أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٤/٦/٢٠٠٩. النشرة القضائية، العدد (١٣) مجلس القضاء الأعلى، تموز ٢٠١٠، ص١٢.

المطلب الثالث

إجراءات الطعن لمصلحة القانون وتطبيقاته القضائية

يرفع الطعن لمصلحة القانون امام محكمة التمييز وينظر من هيئة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه، واذا تأيد لهذه الهيئة ان في الحكم أو القرار المطعون فيه خرقاً للقانون، فتقرر الهيئة نقضه واعادة الدعوى إلى محكمتها لأصدار حكم أو قرار جديد ترسله تلقائياً إلى محكمة التمييز، واذا تأيد لها ان قرار مدير عام دائرة القاصرين أو مديرية رعاية القاصرين المختصة أو المنفذ العدل المطعون فيه خرقاً للقانون، فأن الهيئة تقرر نقضه واعادة المعاملة إلى الدائرة لأصدار قرار جديد ترسله تلقائياً إلى محكمة التمييز واعطى القانون الهيئة الخماسية حق النظر في الحكم أو القرار الجديد ويكون قرارها واجب الأتباع ولا يقبل الطعن بطريق تصحيح القرار[١].

ولمحكمة التمييز ان تحكم بعدم قبول الطعن لمصلحة القانون أو رفضه اما إذا قبلت محكمة التمييز الحكم وقررت نقضه حسب التفصيل الذي اوردناه، فيجب على المحكمة ان تتأكد من توافر شروط الطعن لمصلحة القانون والمدة التي حددها القانون وكذلك يجب ان تتأكد من عدم وجود طريق آخر للخصوم، فأذا كان حقهم بطرق الطعن المقررة في قانون المرافعات لايزال قائماً، فلا يجوزقبول الطعن لمصلحة القانون، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية[٢] ان " الطعن لمصلحة القانون، من طرق الطعن الاستثنائية، يمارسه الادعاء العام بالرغم من فوات المدة القانونية، إذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه، وحيث ان الحق في ممارسة طرق الطعن الأعتيادية المقررة في قانون المرافعات المدنية، لاتزال قائمة بالنسبة للحكم المطعون فيه من قبل ذوي العلاقة، فلا يجوز لرئيس الأدعاء العام ممارسته، لذلك قررت محكمة التمييز رد الطعن " وكذلك فأن محكمة التمييز لاتقبل الطعن لمصلحة القانون إذا كان القرار المطعون فيه متعلقاً بحقوق شخصية ولم يراجع الخصوم طرق الطعن الأعتيادية بشأنه[٣].

١- لاحظ نص الفقرة ثانيا من المادة (٣٠) من قانون الأدعاء العام المعدل بالقانون الجديد.

٢- رقم القرار (١) في ١٩٨٧/٤/١، المشاهدي- مجلة القضاء المرجع السابق ص ١٠٠.

٣- رقم القرار (٣) في ١٩٨٧/٨/١٩ المشاهدي مجلة القضاء المرجع السابق ص ١١٢.

ومن التطبيقات القضائية لمصلحة القانون قرار محكمة التمييز[١] الذي جاء فيه انه " لايجوز ترتيب حق المساطحة على ارض تعود ملكيتها للدولة بناء على اتفاق بين صاحب حق التصرف وبين المساطح، لأن ذلك مخالف لأحكام المواد ١٢٦٦ من القانون المدني و ١/٢٢٩ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والمادة ١/٢ من قانون توحيد اصناف اراضي الدولة رقم ٥٣ لسنة ١٩٧٦ والتي هي من النظام العام، وكذلك قضت في قرار آخر لها[٢] انه " لايجوز تصحيح تاريخ الولادة المستند إلى بيان ولادة رسمي عملاً بالمادة (٢٧) من قانون الأحوال المدنية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٢ المعدل ومخالفة ذلك يعد خرقاً للقانون لتعلق قضايا السجل المدني بالنظام العام " اما إذا كان الطعن لايتعلق بالنظام العام فلا يكون سبباً للطعن لمصلحة القانون.

وقضت محكمة التمييز العراقية[٣] ايضاً انه " إذا اسلم القاصر تبعاً لاسلام ابيه، فيحق له العودة إلى دينه السابق إذا تحققت شروطه وهي العقل وبلوغ الرشد والأختيار، وتعد المسائل المتصلة بالدين من النظام العام وعلى ذلك فلا يقبل الاختيار الا ممن كان قد اصبح راشداً ".

ومن تطبيقات محكمة النقض المصرية القرار[٤] الذي جاء فيه ان " هدف الشارع من تدخل النيابة في القضايا بالقصر انما هو رعاية مصالحهم ومن ثم فأن البطلان المترتب على اغفال كاتب المحكمة اخطار النيابة العامة بهذه القضايا يكون بطلاناً نسبياً مقرراً لمصلحة القصر دون غيرهم من الخصوم وبالتالي يتعين عليهم التمسك به امام محكمة الموضوع، فأذا فاتهم ذلك فلا يجوز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض ". والتدخل في هذا القرار يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، لأن رعاية حقوق القصر عديمي الأهلية، تتعلق بالنظام العام وتعمل على سلامة النظام الأجتماعي والقانوني.

ويثور التساؤل عن مدى حق محكمة التمييز في التصدي عند نقضها للقرار المطعون فيه لمصلحة القانون والفصل في النزاع بدلاً من محكمة الموضوع؟

١- رقم القرار ٧ في ١٩٨٧/٩/٩ المرجع السابق ص ١٢١.

٢- رقم القرار ٨ في ١٩٨٧/٨/٢٣ المرجع السابق ص ١٢٤.

٣- رقم القرار ١٦ في ١٩٨٧/١٢/١ المرجع السابق ص ١٣٥.

٤- رقم القرار ١٤١ السنة ٤٨ القضائية جلسة ١٩٧٦/٣/٩.

نقصد بتصدي محكمة التمييز للفصل في موضوع النزاع، قيام محكمة التمييز بالحكم في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه والفصل فيه من محكمة الموضوع[١].

وقد اختلف الفقه في الاجابة على هذا التساؤل فذهب جانب[٢] منهم إلى ان طبيعة الطعن لمصلحة القانون تحول دون نظر محكمة التمييز للموضوع والتصدي له مهما كان صالحاً للفصل فيه، فمحكمة التمييز تكتفي بنقض الحكم، وليس للطعن لمصلحة القانون فائدة سوى انه ينبه المحاكم إلى الخطأ الذي شاب الحكم المطعون فيه حتى تتجنبه هذه المحاكم، وعليه فأن محكمة التمييز حسب هذا الرأي لاتملك الفصل والتصدي في موضوع النزاع حتى ولو توافرت فيه الشروط التي يجيز فيها القانون لمحكمة التمييز ان تتصدى للنظر في موضوع النزاع.

ونعتقد انه بالرغم من ان حق محكمة التمييز في التصدي لموضوع النزاع، هو حق استثنائي، لأن محكمة التمييز في الأصل ليست درجة من درجات التقاضي وان الفصل في النزاع من اختصاص محكمة الموضوع، فأن طعن الأدعاء العام لمصلحة القانون يستوي مع أي حكم لمحكمة التمييز من حيث الزام المحاكم الأخرى، إذا توافرت شروط التصدي التي نص عليها القانون، ذلك ان حق التصدي في قانون المرافعات امر وواجب ومحكمة التمييز ملزمة بالفصل في الموضوع عند توفر الشروط الآتية التي نصت عليها المادة (٢١٤) من هذا القانون وهذه الشروط هي:

١) ان يكون الحكم المميز قد نقض لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه. وهذا الشرط، تفسير لمصلحة القانون والتي تهدف إلى عدم مخالفة القانون أو مجرد خطأ في تطبيقه.

٢) ان يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه، ويقصد بهذا الشرط ان يكون مابقي من مسائل الدعوى الواقعية والقانونية من الممكن حلها دون حاجة لأتخاذ أي اجراء جديد من إجراءات التحقيق.

ولايتعارض اعطاء هذا الحق لمحكمة التمييز في التصدي عند الطعن لمصلحة القانون، ذلك ان هذا النظام ينسجم مع النظام القضائي للتمييز، لأن الهدف منهما هو

١- للتوسع راجع د. عبد الرزاق عبد الوهاب- تصدي محكمة التمييز للفصل في الموضوع- مجلة القضاء- العددان الثالث والرابع ١٩٧٥ ص ٦٠ ومابعدها.

٢- د. فتحي والي- البسيط في قانون القضاء المدني- ١٩٨٠ ص ٦٧٩، د. نبيل عمر- المرجع السابق ص ٩٤.

توحيد التطبيق القانوني السليم للقوانين ومنع التضارب بين الأحكام، بقصد الوصول إلى الأستقرار القانوني الصحيح لهذه الأحكام.

المطلب الرابع
الآثار التي تترتب على الطعن لمصلحة القانون

الأصل أن الطعن لمصلحة القانون ينقل الدعوى إلى محكمة التمييز في حدود الأسباب القانونية الواردة في لائحة الطعن المرفوعة من الادعاء العام، فإذا ما قبلت محكمة التمييز الطعن ونقضت الحكم أو القرار المخالف للقانون، فهل يقتصر القرار على تصحيح الخطأ القانوني الذي وقع فيه الحكم أم إعادة النظر بحقوق الخصوم المكتسبة بموجب الحكم المطعون فيه؟.

وللإجابة على هذا التساؤل نشير إلى أنه طبقاً لأحكام المادة (٣٢) الملغاة من قانون الادعاء العام، يقتصر حكم محكمة التمييز على تصحيح الخطأ القانوني الذي شاب الحكم ودون أن يمس بحقوق الخصوم المكتسبة بموجب الحكم المطعون فيه، وذلك لضمان استقرار الأحكام القضائية لأن المساس بها يؤدي إلى اضطراب الثقة في هذه الأحكام. غير أن هذا الأثر القانوني قد تغير بعد صدور قانون التعديل الأول رقم (٥) لسنة ١٩٨٧ لقانون الادعاء العام، وأصبحت الآثار المترتبة على الطعن لمصلحة القانون لا تقتصر على تصحيح الخطأ القانوني، وإنما أيضاً تصحيح الحقوق المكتسبة للخصوم، فقد نصت الفقرة الثانية (ج) من المادة (٣٠) من هذا القانون على أنه: "يكون الطعن لمصلحة القانون أمام محكمة التمييز وينظر من هيئة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه، فإذا تأيد أن في الحكم أو القرار المطعون فيه خرقاً للقانون تقرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإصدار حكم أو قرار جديد ترسله تلقائياً إلى محكمة التمييز وينظر من الهيئة الخماسية ويكون قرارها واجب الاتباع ولا يقبل الطعن بطريق تصحيح القرار".

ويفهم من هذا النص أن الحكم الذي يصدر من محكمة الموضوع بعد نقضه من محكمة التمييز، سوف يترتب عليه تغييراً في المراكز القانونية والحقوق التي اكتسبها الخصوم بموجب الحكم أو القرار المطعون فيه، ويكون قرار محكمة التمييز واجب الاتباع.

وهنا يثار تساؤل أيضاً عن مدى إمكانية إعادة النظر في حالة تنفيذ الحكم الصادر من محكمة الموضوع، وبعد ذلك طعن رئيس الادعاء العام بالحكم المنفذ لمصلحة القانون؟

وبالرجوع إلى أحكام قانون الادعاء العراقي النافذ، لم نجد نصاً ينظم هذه الحالة، وكذلك لا يوجد نص في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، ينظم هذه الحالة أيضاً، غير انه بالرجوع إلى أحكام الفقرة الأولى من المادة (٥١) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل والتي تنص على أنه: "إذا أبطل الحكم المنفذ أو فسخ أو نقض كله فتعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ ودون الحاجة إلى استحصال حكم بذلك".

ويفهم من هذا النص إلى وجوب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ في حالة إبطال الحكم المنفذ أو فسخه أو نقضه كلاً أو جزءاً. وتقوم دائرة التنفيذ في هذه الحالات بإصدار مذكرة إخبار للمحكوم له سابقاً تتضمن الطلب منه إعادة ما قبضه، فإذا مضت مدة الإخبار دون أن يعيد المبلغ المطالب به أو يبرز ما يستوجب تأخير تنفيذ الحكم الأخير، تقوم دائرة التنفيذ باسترداد المبلغ منه جبراً، وإذا تعذر إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم لا سيما وأن مدة الطعن لمصلحة القانون مدة طويلة وهي ثلاث سنوات، ففي هذه الحالة يجوز الحكم بتعويض عادل طبقاً للقواعد العامة التي نصت عليها المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي.

المبحث التاسع
الصيغ القانونية لنماذج الدعاوى

(١) نموذج عريضة دعوى مقدم امام محكمة البداءة
(استرداد حيازة)

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المدعي ـــ (اسمه وعنوانه) وكذلك وكيله ان كان له وكيل من المحامين

المدعى عليه ـــ (يذكر ايضاً اسمه وعنوانه) وكذلك وكيله ان كان له وكيل من المحامين

جهة الدعوى

ان الدار المرقمة ـــ تسلسل ـــ الواقعة في ـــ تعود لوالدتي المتوفاة بتاريخ ـــ وقد انحصرت وراثتها حسب القسام الشرعي المرقم ـــ والمؤرخ في ـــ الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في ـــ وحيث ان المدعى عليه قد وضع يده عليها قبل ستة اشهر تجاوزاً دون مسوغ قانوني.

عليه اطلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم عليه برفع يده ورد حيازتها لي وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة.

المدعي- اسمه وتوقيعه

أو توقيع الوكيل

الأدلة الثبوتية

١. سند الملكية.

٢. القسام الشرعي.

٣. سائر البيانات القانونية الأخرى.

(٢) نموذج عريضة كشف مستعجل

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

طالب الكشف المستعجل:

المطلوب الكشف المستعجل ضده: ١ .

٢ .

جهة الكشف المستعجل

ان المطلوب الكشف ضده مستأجر الدار العائدة لي أو (لموكلي) المرقمة (تسلسل العقار) الواقعة في ـــ محلة ـــ زقاق ـــ مبنى ـــ ببدل ايجار سنوي أو شهري قدره ( ) بموجب عقد الايجار المرفقة صورة منه طياً، وحيث ان المطلوب الكشف ضده الأول قام بتأجير الدار المذكور إلى المطلوب الكشف ضدهما من الباطن دون وجه حق ودون علم وموافقة موكلي، لذا اطلب اجراء الكشف المستعجل على الدار المذكورة وتثبيت حالة الاشغال الفعلية وبيان محتويات الدار والحالة الأنشائية التي هي عليه بالوقت الحاضر وذلك ليتسنى لي اقامة دعوى التخلية استناداً لاحكام المادة (١١) من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

وتقبلوا فائق الشكر والاحترام

طالب الكشف المستعجل وتوقيعه

الادلة الثبوتية

١. عقد الايجار.

٢. سائر الادلة القانونية.

(٣) نموذج عريضة مقدمة امام القضاء الولائي
(الأوامر على العرائض)

السيد قاضي محكمة الاحوال الشخصية المحترم

ارجو التفضل بالايعاز إلى مركز شرطة ـــ لغرض انتزاع ولدي الرضيع من والده المدعو ـــ وتسليمه إليّ، لأنه رضيع وبحاجة ماسة لرعايتي، وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير

طالبة الأمر وتوقيعها

ويهمش القاضي على الطلب

بالنظر لصغر سن الولد الرضيع ـــ وان ابعاده عن والدته يعرضه للخطر، قررنا تسليم الطفل لوالدته جبراً عن طريق الشرطة.

(٤) نموذج عريضة حجز احتياطي

طالب الحجز ـــ

المتحجز عليه ـــ

جهة الحجز

لـي بذمة المتحجز عليه مبلغـاً قدره مليون دينار بموجب الكمبيال المؤرخ في ـــ وتسـتحق الأداء بتاريخ ـــ، وبالرغم من المطالبـة بالمبلغ المذكور فانه ممتنع عن التسـديد وحفاظاً لحقوقي اطلب وضع الحجز الاحتياطي على سـيارته الخاصة المرقمة ـــ نينوى ـــ نوع اولدزموبيل موديل ١٩٩٢ واشعار مديرية مرور نينوى بوضع اشارة الحجز على قيدها وتأشير ذلك في سجلاتها، واقدم طياً الكفالة الحجزية بنسـبة ١٠٪ من قيمة المبلغ المطالب به وسـأقيم الدعوى خلال المدة القانونية طبقاً للمادة (٢٣٧) من قانون المرافعات.

هذا وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير

طالب الحجز

المرفقات

١. سند الكمبيال المؤرخ في ـــ مع صورتين مستنسخة له.
٢. الكفالة الحجزية.

(٥) نموذج عريضة اعتراض الشخص الثالث على وضع الحجز الاحتياطي

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

بتاريخ ـــ اصدرت محكمتكم المحترمة في الدعوى المرقمة ـــ قراراً يقضي بوضع الحجز الاحتياطي على السيارة المرقمة ـــ بغداد نوع اولدزموبيل موديل ١٩٩٢ بوصفها عائدة إلى المحتجز عليه (س)، ولما كان القرار المذكور مجحفاً لي وماساً بحقوقي لذا بادرت إلى الاعتراض عليه للأسباب الآتية:

أولا: ان السيارة المشار اليها اعلاه تعود لي على وجه الاستقلال وليس للمدين المحتجز عليه أي علاقة بها، إذ اني سبق واشتريتها منه وسجلت باسمي في مديرية المرور وارفق طياً السنوية المثبتة لذلك.

ثانياً: ارفق طياً استشهاد صادر من مديرية مرور بغداد يؤيد اني مالك السيارة المذكورة واستناداً لما تقدم اطلب من محكمتكم الموقرة برفع الحجز الاحتياطي الواقع على سيارتي واحتفظ بحقي بمطالبة طالب الحجز بالاضرار التي لحقتني باقامة دعوى على الحاجز ولمحكمتكم فائق الاحترام والتقدير.

الشخص الثالث

المرفقات

١. سنوية السيارة.

٢. كتاب استشهاد المرور.

(٦) نموذج عريضة تظلم على وضع الحجز الاحتياطي

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المتظلم

المتظلم منه

جهة التظلم

بتاريخ ـــ اصدرت محكمتكم الموقرة قراراً يقضي بوضع الحجز الاحتياطي على سيارتي الخصوصي المرقمة ـــ بغداد ـــ نوع سوبر موديل ١٩٩٠ تأميناً للوفاء بالدين المدعى به من قبل المتظلم منه وقد تم وضع اشارة الحجز على سيارتي في سجلات مديرية مرور بغداد بموجب كتابكم المرقم ـــ والمؤرخ ـــ ولما كان القرار المذكور ماساً بحقوقي، عليه فقد بادرت إلى التظلم منه خلال المدة القانونية للأسباب الآتية (تذكر أسباب التظلم في عريضة التظلم).

واستناداً لما تقدم اطلب دعوة المتظلم منه للمرافعة والحكم برفع الحجز الاحتياطي الواقع على قيد سيارتي المذكورة واشعار مديرية مرور بغداد برفع اشارة الحجز الموضوع في سجلاتها بموجب كتابها المرقم ـــ والمؤرخ ـــ وذلك استناداً لنص المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية وتحميل المتظلم منه المصاريف القضائية واتعاب المحاماة وتقبلوا فائق الشكر والتقدير.

المتظلم

(٧) نموذج عريضة ابطال التصرفات الواقعة على العقار المبني على اساس باطل

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المدعي:

المدعى عليهما: ١) الشخص المستفيد

٢) مدير التسجيل العقار / اضافة لوظيفته

جهة الدعوى

كان المدعى عليه الأول قد اجرى المعاملات التصرفية على العقار المرقم ـــ تسلسل ـــ الواقع في محلة ـــ استناداً إلى القسام الشرعي المرقم ـــ والمؤرخ ـــ الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في ـــ والمبطل بموجب قرار الحكم الصادر من محكمة الاحوال الشخصية ذاتها بموجب قرارها المرقم ـــ والمؤرخ ـــ ولما كانت المعاملة التصرفية مستندة على قسام شرعي باطل والمشار إليه اعلاه، وحيث ان مابني على الباطل باطل، لذا اطلب دعوة المدعى عليهما للمرافعة والحكم بأبطال معاملات البيع وتحميل المدعى عليه الأول المصاريف واتعاب المحاماة واطلب ايضاً الزام المدعى عليه الثاني بتصحيح سجلاته وفق قرار الحكم، ولمحكمتكم فائق التقدير والاحترام.

المدعي

الادلة الثبوتية

١) قرار الحكم. ٢) القسام الشرعي الصحيح. ٣) سائر البيانات القانونية.

(٨) نموذج عريضة دعوى استرداد الحيازة

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المدعي ـــ المدعى عليه ـــ جهة الدعوى

ان المدعـى عليه قد وضع يـده على العقار العائد لي المرقم ـــ تسلسـل ـــ الواقع في ـــ بالقوة دون مسوغ قانوني، وعليه اطلب من محكمتكم المحترمة دعوته للمرافعـة والحكم عليه برفع يده عن الدار المذكورة اعلاه واعادة حيازتها لي لكوني صاحب اليد السابقة على العقار وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة.

المدعي

الادلة الثبوتية

١. سند الملكية.

٢. سائر البيانات القانونية.

(٩) نموذج عريضة دعوى منع التعرض

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المدعي ـــ المدعى عليه ـــ جهة الدعوى

ان الدار المرقمة ـــ تسلسل ـــ الواقعة في ـــ تعود لوالدتي المتوفاة بتاريخ ـــ وقد انحصرت وراثتها بي حسب القسام الشرعي المرقم ـــ والمؤرخ في ـــ الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في ـــ وحيث ان المدعى عليه قد وضع يده عليها قبل ستة اشهر تجاوزاً دون مسوغ قانوني، وعليه اطلب من محكمتكم الموقرة دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم عليه برفع يده عن الدار ورد حيازتها لي وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة.

المدعي

الادلة الثبوتية

١. سند الملكية.

٢. القسام الشرعي.

٣. سائر البيانات القانونية.

(١٠) نموذج عريضة وقف الأعمال الجديدة

المدعي ـــ المدعى عليه ـــ

جهة الدعوى

ان المدعى عليه قد باشر ببناء سياج على الأرض العائدة لي بزعم انها تعود له، ولما كانت الانشـاءات التي قام بها تهدد حيازتي وتسـبب لي ضرراً إذا لم توقف، وعليه اطلـب دعوة المدعى عليه للمرافعـة والحكم بالزامه بوقف الانشـاءات التي قام بها وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة.

المدعي

الادلة الثبوتية

١. سند الملكية.

٢. اجراء الكشف.

٣. سائر البيانات القانونية.

(١١) نموذج عريضة دعوى اعتراض على الحكم الغيابي

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المعترض:

المعترض عليه:

جهة الأعتراض

بتاريخ ـــ اصدرت محكمتكم المحترمة قراراً غيابياً في الدعوى المرقمة ـــ يقضي بالزامي بتسليم الأثاث البيتية المدرجة اوصافها بالقائمة المرفقة بالدعوى واقيامها ـــ دينـــاراً ولما كان قرار الحكم مخالفاً للقانون ومجحفاً بحقوقي، لذا بادرت الأعتراض عليه ضمن المدة القانونية للأسباب الآتية (تذكر أسباب الأعتراض).

واستنادا لما تقدم اطلب دعوة المعترض عليه للمرافعة بعد تبليغه بصورة من عريضة الدعوى وتعيين موعداً للنظر فيها، والحكم بأبطال الحكم الغيابي ورد الدعوى وتحميل المعترض عليه جميع المصاريف واتعاب المحاماة، ولكم فائق الشكر والتقدير.

المعترض

(١٢) نموذج عريضة استئنافية

المستأنف:

المستأنف عليه:

جهة الاستئناف:

بتاريخ ـــ اصدرت محكمة بداءة ـــ في الدعوى المرقمة ـــ قراراً يقضي برد دعوى موكلي المستأنف وتحميله جميع المصاريف واتعاب المحاماة، ولما كان القرار المذكور مجحفاً بحقوق موكلي ومخالفاً للقانون، لذا بادرت إلى استئنافه ضمن المدة القانونية للأسباب الآتية (تذكر أسباب عريضة الاستئناف).

واستناداً لما تقدم اطلب دعوة المستأنف عليه للمرافعة بعد تبليغه بصورة من عريضة الاستئناف وتعيين موعد للمرافعة والحكم بفسخ الحكم البدائي والزام المستأنف عليه بالمبلغ المدعى به ومقداره ـــ ديناراً وتحميله كافة المصاريف واتعاب المحاماة، ولمحكمتكم وافر الشكر والتقدير.

المستأنف

(١٣) نموذج عريضة إعادة محاكمة

السيد قاضي محكمة بداءة .... (المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه) المحترم

طالب إعادة المحاكمة:

المطلوب إعادة المحاكمة ضده:

جهة طلب إعادة المحاكمة

بتاريخ ـــ اصدرت محكمتكم الموقرة في الدعوى المرقمة ـــ قراراً يقضي بالزام موكلي بتأدية مبلغاً وقدره ـــ ديناراً إلى المطلوب إعادة المحاكمة ضده، وقد اكتسب الحكم المذكور الدرجة القطعية، وحيث ان موكلي قد سدد المبلغ المحكوم به إلى المطلوب إعادة المحاكمة ضده بموجب الوصولات المرفقة التي عثرت عليها مؤخراً والتي كانت مفقودة مني واخفاها المطلوب إعادة المحاكمة ضده، ولم يبرزها إلى محكمتكم الموقرة، واستناداً للمادة (١٩٦) من قانون المرافعات المدنية، اطلب من محكمتكم المحترمة الأمور الآتية:

١. اشعار مديرية تنفيذ ـــ بايقاف تنفيذ الحكم المنفذ لديها بالأضبارة التنفيذية المرقمة ـــ إلى نتيجة الدعوى.

٢. دعوة المطلوب إعادة المحاكمة ضده للمرافعة والحكم بأبطال الحكم المطعون فيه وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة.

هذا وتقبلوا وافر الاحترام والتقدير

طالب إعادة المحاكمة

(١٤) نموذج عريضة تمييز

السيد رئيس محكمة التمييز المحترم

بواسطة السيد قاضي محكمة بداءة نينوى المحترم

م/تمييز الدعوى المرقمة ـــ في ـــ

المميز: ـــ

المميز عليه: ـــ

جهة التمييز

بتاريخ ـــ اصدرت محكمة بداءة نينوى في الدعوى المرقمة ـــ والمؤرخة في ـــ قراراً يقضي بالحكم لموكلي بمبلغ ـــ ديناراً ورد الدعوى بالزيادة البالغة ـــ ديناراً وتحميلنا مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة. ولما كان القرار المذكور جاء مجحفاً بحقوق موكلي ومخالفاً للقانون، لذا بادرت إلى تمييز الفقرة الحكمية المتعلقة برد الدعوى بالزيادة البالغة ـــ وذلك للأسباب الآتية: (تذكر الأسباب)

واستناداً لهذه الأسباب اطلب اجراء التدقيقات التمييزية على اضبارة الدعوى واصدار قراركم العادل بنقض قرار الحكم للاسباب انفة الذكر.

اسم المميز وتوقيعه

(١٥) نموذج عريضة تصحيح القرار التمييزي

السيد رئيس محكمة التمييز المحترم

طالب التصحيح:

المطلوب التصحيح ضده:

جهة طلب التصحيح

بتاريخ ـــ اصدرت محكمتكم الموقرة بموجب الاضبارة التمييزية المرقمة ـــ قراراً يقضي بتصديق الحكم البدائي الصادر من محكمة بداءة ـــ بالعدد والقاضي بالزام موكلي بتأدية للمطلوب التصحيح ضده المبلغ المدعى به والبالغ مقداره ـــ ديناراً وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة، ولما كان قراركم التمييزي ماساً بحقوق موكلي، لذا بادرت إلى تصحيحه ضمن المدة القانونية للأسباب الآتية (تذكر اسباب طلب التصحيح).

وعليه وبناء على ماتقدم اطلب إعادة النظر بتدقيق الاوراق وتصحيح القرار التمييزي ونقض القرار البدائي وتحميل المميز عليه كافة المصاريف واتعاب المحاماة.

ولمحكمتكم الموقرة وافر الشكر والتقدير

طالب التصحيح

(١٦) نموذج عريضة اعتراض الغير

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المعترض اعتراض الغير:

المعترض عليهما اعتراض الغير: ١-

٢-

جهة اعتراض الغير

سبق لمحكمتكم الموقرة ان اصدرت بتاريخ ـــ في الدعوى المرقمة ـــ قراراً يقضي بالزام المعترض عليه الثاني بمنع معارضته في التصرف بمنفعة الدار المرقمة ـــ الواقعة في ـــ وتسليمها إلى المعترض عليه اعتراض الغير الأول خالية من الشواغل، ولما كان الحكم المذكور ماساً بحقوقي، وحيث اني لم اكن طرفاً في الدعوى المذكورة، لذا بادرت إلى الاعتراض عليه، اعتراض الغير للأسباب الآتية: (تذكر أسباب الاعتراض).

وعليه اطلب دعوى المعترض عليهما اعتراض الغير بعد تبليغهما بصورة من عريضة هذا الاعتراض وتعيين موعد للمرافعة والحكم بابطال الحكم المعترض عليه وتحميلهما كافة المصاريف واتعاب المحاماة، واطلب ايضا اشعار مديرية تنفيذ ـــ بايقاف الاجراءات التنفيذية نتيجة هذه الدعوى واقدم طياً الكفالة القانونية المطلوبة.

وتقبلوا فائق الاحترام والتقدير.

المعترض اعتراض الغير

(١٧) نموذج عريضة الشخص الثالث

السيد قاضي محكمة بداءة ـــ المحترم

المدعية:

المدعى عليه:

الشخص الثالث:

جهة الدعوى

لقد علمت ان المدعية قد اقامت الدعوى المرقمة ـــ على ولدي المدعى عليه امام محكمتكم الموقرة، تطالبه فيها بغصب اثاثها الزوجية المدرجة تفاصيلها في القائمة المرفقة بالدعوى اعلاه، ولما كانت الأثاث المبينة بالتسلسلات ١٠و١٥و١٨و٢٠ من القائمة المرفقة بالدعوى المدرجة تفاصيلها ادناه تعود لي على وجه الاستقلال ولاتعود لولدي أو المدعية.

لذا اطلب من محكمتكم المحترمة الموافقة على ادخالي شخصاً ثالثاً في الدعوى المذكورة اعلاه والحكم لي بعائديتها واني مستعد لدفع الرسم القانوني عنها.

هذا وتقبلوا فائق الشكر والاحترام.

الشخص الثالث

الأسباب الثبوتية

١. وصولات الشراء.

٢. سائر البيانات القانونية.

٣. قائمة بتفصيل الآثاث المدعى بها.

تم نشر الملف في قناة شبكة قانونيون على التلكرام
تحتوي القناة على مجموعة كبيرة من الكتب
القانونية الدراسية والعامة بالإضافة الى الملازم ،
الملخصات ، نماذج دعاوى مختلفة ، المتون
القانونية ، وغيرها من الأمور .

رابط القناة اذا كنت ترغب في الانضمام معنا ⇩

https://t.me/iraq_law5

مراجع الكتاب

أولا: كتب الفقه الاسلامي

ابن ابي الدم الشافعي- كتاب ادب القضاء أ طبع دار الكتاب- دون سنة نشر. ابن فرحون- تبصرة الحكام في أصول الأقضية والاحكام- طبع القاهرة ١٣٠٢ه، ابن القيم الجوزية- اعلام الموقعين عن رب العالمين- طبع بيروت ط٢ ١٩٧٧.

ابن عابدين- حاشية ابن عابدين- المسماة رد المحتار على الدر المختار ج٤ دون سنة نشر.

الماوردي- الأحكام السلطانية والولايات الدينية- طبع بغداد ١٩٨٩.

القدافي شهاب الدين- كتاب الفروق- دار احياء الكتب العربية- القاهرة ج٢ ١٣٤٥هـ.

الزيلعي- تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق- ج٣ طبع بيروت ١٣١٤هـ.

الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع/ ط٢ ج٥ ١٩٨٢م.

أبو الفرج بن رجب الحنبلي- القواعد في الفقه الاسلامي- طبع بيروت ١٩٨٨.

النووي- شرح صحيح مسلم- ج١٢ المطبعة المصرية ١٩٧٢.

الامام الشافعي- الام- ج٣- دار الفكر للطباعة ط١ ١٩٨٠

عز الدين بن عبد السلام السلمي- قواعد الأحكام في مصالح الآنام- طبع القاهرة ج١- ط٢ ١٩٦٨.

كمال الدين بن الهمام- شرح فتح الغدير- طبع مصر ج٤ ١٣١٦هـ.

السمنتاني- روضة القضاة وطريق النجاة- تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي- ج١ طبع بغداد ١٣٨٩هـ.

عبد الكريم زيدان- نظام القضاء في الشريعة الاسلامية ط١ بغداد ١٩٨٤.

ثانياً- البحوث والرسائل القانونية

إبراهيم المشاهدي- الطعن لمصلحة القانون- مجلة القضاء- العدد الثاني ١٩٩٠.

د. احمد عبد المنعم- ولاية المظالم أو القضاء الأداري الأسلامي- مجلة العدالة- الامارات المتحدة العدد (١٦) ١٩٧٧.

د. ادوار غالي الدهبي- دور النيابة العامة في الدعوى المدنية- مجلة المحاماة- السنة (٤٩) العدد ١٩٦٩.

د. جليل حسن الساعدي- كفالة حق التقاضي- رسالة ماجستير/ جامعة بغداد/ ١٩٩٣.

حاجم فلاح- مخاصمة القضاة- رسالة ماجستير- كلية القانون/ جامعة بغداد- ١٩٨٩.

تيماء محمد فوزي- القضاء الولائي- رسالة ماجستير- كلية القانون/ جامعة الموصل ١٩٩٧.

د. عباس العبودي- تبسيط إجراءات الدعوى المدنية- مجلة الرافدين للحقوق/ كلية القانون/ جامعة الموصل/ العدد الثاني- آذار ١٩٩٧.

د. عباس العبودي- التبليغ القضائي بوساطة الرسائل الإلكترونية ودوره في حسم الدعوى المدنية- مجلة الرافدين للحقوق- العدد الثالث- ايلول ١٩٩٧.

د. عباس العبودي- الوكالة بالخصومة- مجلة الرافدين للحقوق ١٩٩٨.

د. عباس العبودي- المسؤولية المدنية الناجمة عن اعمال القضاة- مجلة الرافدين للحقوق ١٩٩٩.

د. عبد الباسط جميعي- سلطة القاضي الولائية- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- العدد الثاني ١٩٦٩.

د. عبد الرزاق عبد الوهاب- تصدي محكمة التمييز للفصل في الموضوع- مجلة القضاة العددان الثالث والرابع- ١٩٧٥.

عبد الرزاق محمود مبارك، غسان الوسواسي، يوسف المعمار، د. محمد صالح، د. محمد جابر الدوري- طاولة مستديرة حول دور الأدعاء العام في الدعوى المدنية- مجلة العدالة- العدد الثالث ١٩٨١.

د. عبد العال صالح- العرض والإيداع كطريقة للوفاء بالالتزام- رسالة ماجستير/ كلية القانون/ جامعة بغداد ١٩٩٠.

عمار سعدون المشهداني، القضاء المستعجل، رسالة ماجستير/ كلية القانون/ جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص ٥.

محمد أبو زهرة- ولاية المظالم- مجلة القضاء- العدد الثاني والخامس ١٩٦٠.

محمد مقبل- الحجز الأحتياطي- رسالة ماجستير- كلية القانون/ جامعة بابل ١٩٩٧.

د. وجدي راغب- القضاء الوقتي في قانون المرافعات المدنية- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- العدد الأول ١٩٧٣.

ثالثاً- المؤلفات العامة

د. إبراهيم نجيب سعد- القانون القضائي الخاص- الاسكندرية ١٩٧٤.

د. ادم النداوي- المرافعات المدنية- طبع بغداد ١٩٨٨.

د. ادم النداوي- فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات- بغداد ١٩٨٨.

د. احمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- ط١٤ الاسكندرية ١٩٨٦.

د. احمد أو الوفا- التحكيم الاختياري والاجباري- ط٥ الاسكندرية ١٩٨٨.

د. احمد أبو الوفا- نظرية الدفوع ط٨ الاسكندرية ١٩٨٨.

د. احمد أبو الوفا- نظرية الأحكام ط٩ الاسكندرية ١٩٨٩.

د. احمد خليل- أصول المحاكمات المدنية- طبع بيروت ١٩٩٤.

د. احمد مسلم- أصول المرافعات- طبع دار الفكر العربي- القاهرة ١٩٧٧.

د. احمد هندي- أصول المحاكمات المدنية والتجارية- طبع بيروت- ١٩٨٩.

د. احمد السيد صاوي- الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ١٩٧٩.

د. امينة النمر- قوانين المرافعات- طبع دار الثقافة الجامعية ١٩٨٢.

د. امينة النمر- أصول المحاكمات المدنية- طبع الدار الجامعية ١٩٨٨.

جمال مولود ذيبان- ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية- طبع بغداد ١٩٩٢.

جلال عباس- شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨، دون سنة نشر.

جمعة سعدون الربيعي- المرشد في اقامة الدعوى المدنية، ط١ بغداد ١٩٩٢.

د. حسن محمد علوب- استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن- طبع القاهرة ١٩٧٠.

د. حسن علي الدنون- النظرية العامة للالتزام- طبع بغداد ١٩٨٦.

حسن مصطفى- اعلان الاوراق القضائية في ضوء قضاء النقض- طبع الاسكندرية ١٩٨٨.

حسين المؤمن- الوجيز في التحكيم- طبع بيروت ١٩٧٧.

خليل جورج- محاضرات في نظرية الدعوى- ط٢- بيروت ١٩٨٠.

د. رمزي سيف- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- القاهرة ١٩٦٩.

د. رمزي سيف- قانون المرافعات المدنية والتجارية- ١٩٧٤.

د. رمزي الشاعر- المسؤولية عن اعمال السلطة القضائية- طبع عين شمس ١٩٧٨.

د. سعدون القشطيني- شرح احكام قانون المرافعات- طبع بغداد ١٩٧٩.

د. صلاح الدين الناهي- مباديء التنظيم القضائي والتقاضي بالمرافعات- طبع الاردن ١٩٩٦.

الأستاذ ضياء شيت خطاب- الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية بغداد ١٩٧٣.

الأستاذ ضياء شيت خطاب- فن القضاء- بغداد ١٩٨٤.

طه أبو الخير- حرية الدفاع- ط١ الاسكندرية ١٩٧١.

د. عباس العبودي- التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني- طبع عمان ١٩٩٧.

د. عباس العبودي- شرح قانون الاثبات المدني ط٢ دار الثقافة عمان ١٩٩٩.

د. عباس العبودي- تاريخ القانون- دار الثقافة عمان ١٩٩٨.

د. عباس العبودي- شريعة حمورابي- طبع جامعة الموصل ١٩٩٩.

د. عبد الوهاب العشماوي- إجراءات الأثبات في المواد المدنية والتجارية- طبع مصر ١٩٨٥.

د. عبد الباسط جميعي- مباديء المرافعات- ١٩٧٤.

د. عبد الباسط جميعي- مباديء المرافعات في قانون المرافعات- دار الفكر العربي ١٩٨٠.

د. عبد الباقي سوادي- مسؤولية المحامي المدنية- طبع بغداد- دون سنة نشر.

د. عبد الرزاق عبد الوهاب- الطعن في الأحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية- طبع بغداد ١٩٩١.

عبد الرحمن العلام- شرح قانون المرافعات المدنية ج١ طبع بغداد ١٩٧٠.

عبد الرحمن العلام- شرح قانون المرافعات المدنية- ج٤- طبع بغداد ١٩٩٠.

عبد الرزاق القيسي- كيف تقيم الدعوى لنفسك- طبع بغداد ١٩٦٠.

د. عزمي عبد الفتاح- تسبيب الأحكام واعمال القضاة- القاهرة ١٩٨٣.

د. علي صالح القعيطي- المرافعات المدنية والتجارية في الجمهورية العربية اليمنية- طبع عدن ١٩٩٧.

د. كامل كيرة- قانون المرافعات الليبي- طبع القاهرة ١٩٧٠.

د. فتحي والي- نظرية البطلان- طبع القاهرة ١٩٦٠.

د. فتحي والي- الوسيط في قانون القضاء المدني- طبع القاهرة ١٩٨٧.

د. فتحي والي- دروس في النظرية العامة للعمل الاجرائي- كلية الحقوق- القاهرة ١٩٧٤.

د. فوزي محمد سامي- التحكيم التجاري- طبع جامعة بغداد- ١٩٩٢.

د. محمد محمود إبراهيم- الوجيز في المرافعات- طبع دار الفكر العربي ١٩٨٣.

د. محمد عبد الخالق عمر- النظام القضائي المدني- دار النهضة ١٩٧٦.

د. محمد حامد فهمي- شرح المرافعات المدنية والتجارية- طبع ١٩٥١.

الأستاذ محمد العشماوي والدكتور عبد الوهاب العشماوي- قواعد المرافعات ١٩٥٧ الجزئين الأول والثاني.

د. محمد حسين- طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائري- طبع الجزائر ١٩٨٢.

محمد عبد اللطيف- القضاء المستعجل- ط٤ ١٩٧٧.

محمد علي راتب، محمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب- قضاء الأمور المستعجلة، ط٥ ١٩٦٨.

د. مصطفى مجدي هرجة- الموجز في الاوامر على العرائض- طبع دار الطباعة الحديثة ١٩٩٤.

د. محمد جابر الدوري- الصيغ القانونية بمقتضى احكام قانون المرافعات- بغداد ١٩٩٠.

د. مصطفى مجدي هرجة- الموجز في الاوامر على العرائض- طبع دار الطباعة الحديثة ١٩٩٤.

معوض عبد الوهاب- شرح قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ الاسكندرية- دون سنة نشر.

مدحت المحمود- شرح قانون المرافعات المدنية- ج١- طبع بغداد ١٩٩٤.

د. ممدوح عبد الكريم حافظ- شرح قانون المرافعات العراقي- بغداد ١٩٧٣.

د. ممدوح عبد الكريم حافظ- القانون الدولي الخاص- طبع دار الثقافة والنشر- عمان- ج١ ١٩٩٨.

موسى فهد الاعرج- الموجز في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني- طبع الاردن ١٩٨٨.

د. نبيل اسماعيل عمر- النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية الاسكندرية ١٩٨٠.

د. نبيل اسماعيل عمر- اعلان الادارة القضائية ط١ الاسكندرية ١٩٨١.

د. نبيل اسماعيل عمر- الطعن في التماس إعادة النظر في المواد المدنية والتجارية- الاسكندرية ١٩٨٣.

د. نبيل اسماعيل عمر- أصول المرافعات المدنية والتجارية- الاسكندرية ١٩٨٦.

د. نبيل اسماعيل عمر- التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية- طبع الاسكندرية ١٩٩٥.

د. وجدي راغب- النظرية العامة في العمل القضائي- الاسكندرية ١٩٧٤.

د. وجدي راغب- الموجز في مباديء القضاء المدني- القاهرة ١٩٧٧.

يوسف نجم جبران- طرق الاحتياط والتنفيذ- طبع بيروت ١٩٨٠.

رابعاً: المراجع الأجنبية:

Jean Vincent, Procedure civile (Precis Dalloz) 1976.

Henry Solus et Perroot droit Judiciairem Prive, Parise, 1961.

An Son's law of contract, 24 Edition, Oxford 1975 7.

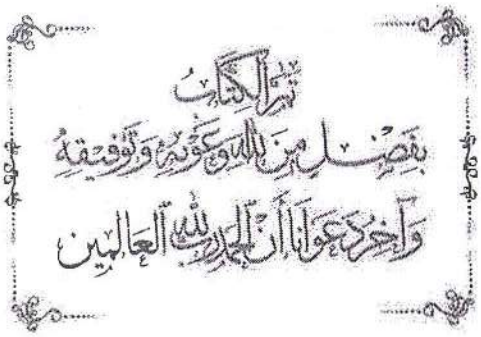
Jolowica, Historical introduction to the study of Roman law, Cambridge 1867, P. 369.

Kiralfy, the English Kegal System, 3ed, 1963.

Poullet, Telebinking, Teleshopping and the law, New York, 1988.

M.P. Furmston Cheshire and Fifoot, law of contract, ninthedition, London, 1976.

Treitel, the law of contrct, London, 1987.


تم الكتاب
بفضل من الله وعونه وتوفيقه
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المحتويات

مقدمة الطبعة الأولى ٧

الفصل الأول
نظرية المدخل
لدراسة قانون المرافعات المدنية

المبحث الأول: التعريف بقانون المرافعات المدنية وطبيعته القانونية ١٤

المطلب الأول: التعريف بقانون المرافعات المدنية والاختلاف في تسميته ١٤

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لقانون المرافعات ١٨

الاتجاه الأول: قانون المرافعات من القانون الخاص ١٨

الاتجاه الثاني: قانون المرافعات من القانون العام ١٩

الاتجاه الثالث: الاتجاه التوفيقي ١٩

الاتجاه الرابع: قانون المرافعات قانون من نوع خاص وهو فرع من القانون الإجرائي ٢٠

المبحث الثاني: مصادر قانون المرافعات المدنية ٢١

أولاً: قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ..... ٢١

ثانياً: التشريعات الأخرى المكملة لقانون المرافعات ٢٢

ثالثاً: التقاليد القضائية والقواعد الفقهية الأصولية ٢٣

المبحث الثالث: الخصائص العامة لقانون المرافعات ٢٦

أولاً: قانون المرافعات هو القانون العام للقوانين الإجرائية ... ٢٦

ثانيا: قانون المرافعات قانون شكلي ٢٧
ثالثاً: قانون المرافعات قانون جزائي ٢٩
رابعاً: قواعد قانون المرافعات الأصل فيها انها آمرة ٣١
المبحث الرابع: النطاق الزمني لقانون المرافعات ٣٣

الفصل الثاني
نظرية التنظيم القضائي

المبحث الأول: التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ٤٣
أولاً: التعريف بالقضاء ٤٤
ثانياً: شروط تعيين القاضي وأدب القضاء ٤٥
ثالثاً: أنواع القضاء وصوره في الإسلام ٤٧
أولاً: أنواع القضاء العادي وصوره ٤٧
ثانياً: أنواع القضاء الاستثنائي وصوره في الإسلام ٤٨
ثالثاً: الأسس والمبادئ التي يستند عليها القضاء في الإسلام .. ٤٩
المبحث الثاني: أسس ومبادئ النظام القضائي في القوانين المختلفة ٥٢
أولا: مبدأ استقلال السلطة القضائية ٥٢
ثانياً: سريان ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية ٥٤
ثالثاً: حق الدفاع واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم ٥٤
رابعاً: حياد القاضي ٥٦
خامساً: التقاضي على درجتين ٥٦
سادساً: الجمع بين مبدأ القاضي الفرد ومبدأ تعدد القضاة ٥٨
سابعاً: مبدأ علنية الجلسات وشفوية المرافعات ٥٩
ثامناً: مبدأ مجانية القضاء ٦٠
المبحث الثالث: اختيار القضاة وأعوانهم ٦٣

المطلب الأول: القضاة ٦٤
أولاً: اختيار القضاة بالانتخاب العام ٦٤
ثانياً: اختيار القضاة بالتعيين ٦٤
المطلب الثاني: الادعاء العام ٦٦
المطلب الثالث: الموظفون العدليون ٦٧
المطلب الرابع: المحامون ٦٧
المطلب الخامس: الخبراء ٧١
المبحث الرابع: ضمانات وظيفة القضاء ٧٤
المطلب الأول: عدم صلاحية القضاة ٧٤
أولاً: الحالات الوجوبية لعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى . ٧٥
ثانياً: الحالات الجوازية لعدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى . ٧٧
المطلب الثاني: رد القاضي ٧٨
المطلب الثالث: الشكوى من القضاة ٨٠
الفرع الأول: الأصل التاريخي لدعوى المسؤولية المدنية للقضاة ... ٨١
الفرع الثاني: ماهية دعوى المسؤولية المدنية لأعمال القضاة وطبيعتها القانونية ٨٣
الفرع الثالث: أسباب دعوى المسؤولية المدنية للقضاة ٨٨
أولاً: إذا وقع من القاضي غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم ٨٩
ثانياً: إذا قبل القاضي منفعة مادية لمحاباة أحد الخصوم ٩٢
ثالثا: إذا امتنع القاضي عن إحقاق الحق. ٩٢
الفرع الرابع: إجراءات دعوى المسؤولية المدنية للقضاة والآثار التي تترتب على الحكم فيها ٩٤
أولاً: إجراءات دعوى المسؤولية المدنية للقضاة ٩٥
ثانياً: آثار الحكم في دعوى المسؤولية المدنية للقضاة ٩٧

الفصل الثالث

نظرية الاختصاص القضائي

المبحث الأول: الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم ١٠٥
أولاً: اختصاص المحاكم العراقية إذا كان المدعى عليه عراقياً ١٠٦
ثانياً: اختصاص المحاكم العراقية إذا كان المدعى عليه أجنبياً موجوداً في العراق ١٠٧
ثالثاً: إذا كانت الدعوى متعلقة بأموال موجودة في العراق ... ١٠٨
رابعاً: إذا كان سبب نشوء الدعوى قد وقع في العراق ١٠٨
خامساً: الإفلاس ١٠٩
سادساً: قضايا الأحوال الشخصية ١٠٩
المبحث الثاني: الاختصاص الوظيفي أو الولائي للمحاكم ١١٠
المبحث الثالث: الاختصاص النوعي ١١٦
المطلب الأول: الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الأولى ١١٨
أولاً: الاختصاص النوعي لمحاكم البداءة ١١٨
أ. الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة بدرجة أخيرة ١١٨
ب. الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة بدرجة أولى ١٢١
ثانياً: الاختصاص النوعي لمحكمة العمل ١٢١
ثالثاً: الاختصاص النوعي لمحكمة القضاء الإداري ١٢٢
رابعاً: الاختصاص النوعي لمحكمة الأحوال الشخصية ١٢٢
خامساً: الاختصاص النوعي لمحكمة المواد الشخصية ١٢٥
المطلب الثاني: الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الثانية ١٢٦
أولاً: الاختصاص الاستئنافي بوصفها محكمة درجة ثانية ... ١٢٧
ثانياً: الاختصاص التمييزي لمحكمة الاستئناف ١٢٧
المطلب الثالث: الاختصاص النوعي لمحكمة التمييز ١٢٨

المبحث الرابع: الاختصاص المكاني ١٣١
أولاً: الاختصاص المكاني في دعاوى الحقوق العينية على العقار ١٣٢
ثانياً: الاختصاص المكاني في دعاوى الدين (الحق الشخصي) ودعاوى المنقول ١٣٢
ثالثاً: الاختصاص المكاني في الدعاوى المتعلقة بالشخص المعنوي ١٣٣
رابعاً: الاختصاص المكاني في دعاوى الإفلاس ١٣٣
خامساً: الاختصاص المكاني في دعاوى أتعاب المحاماة ومصاريف الدعوى ١٣٣
سادساً: الاختصاص المكاني في الدعاوى التي لا يكون فيها للمدعى عليه موطن ١٣٤
سابعاً: الاختصاص المكاني في طلبات الحجز الاحتياطي والأجراءات المستعجلة ١٣٥
ثامناً: الاختصاص المكاني في دعاوى الأحوال الشخصية .. ١٣٥
المبحث الخامس: الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص ١٣٦
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقواعد الاختصاص ١٣٧
أولاً: طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي ١٣٧
ثانياً: طبيعة قواعد الاختصاص الوظيفي (الولائي) ١٣٨
ثالثاً: طبيعة قواعد الاختصاص النوعي ١٣٨
رابعاً: طبيعة قواعد الاختصاص المكاني ١٣٨
المطلب الثاني: مشاكل قواعد الاختصاص ١٣٩
أولاً: التنازع الإيجابي ١٣٩
ثانياً: التنازع السلبي ١٣٩
ثالثاً: التنازع الحاصل في تنفيذ حكمين متناقضتين ١٤٠

المطلب الثالث: النتائج المترتبة على مخالفة قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلق به ١٤١

الفصل الرابع
نظرية الإجراءات والتبليغات القضائية

المبحث الأول: نظرية الإجراء القضائي ١٤٦
المطلب الأول: ماهية الإجراء القضائي ١٤٦
الشرط الأول: يجب أن يكون الإجراء القضائي عملاً قانونياً ١٤٧
الشرط الثاني: يجب أن يرتب القانون عليه أثراً إيجابياً مباشراً ١٤٧
الشرط الثالث: أن يكون الإجراء القضائي جزءاً من الدعوى المدنية ١٤٨
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للإجراء القضائي ١٤٩
أولاً: التصرفات القانونية ١٤٩
ثانياً: الأعمال القانونية ١٥١
المطلب الثالث: شروط صحة الإجراء القضائي ١٥٣
أولاً: الإرادة ١٥٣
ثانياً: محل الإجراء القضائي ١٥٤
ثالثاً: السبب في الإجراء القضائي ١٥٤
رابعاً: الشكل في الإجراء القضائي ١٥٥
المبحث الثاني: نظرية التبليغ القضائي ١٥٦
المطلب الأول: ماهية التبليغ القضائي والأثر الذي يترتب على عدم صحته ١٥٨

الأثر الذي يترتب على التبليغ ١٦١
المطلب الثاني: أساليب تبليغ الأوراق القضائية ١٦٢
الفرع الأول: التبليغ القضائي بالرسائل والبرقيات العادية ١٦٣
الفرع الثاني: التبليغ القضائي بالرسائل الإلكترونية ١٦٦
المطلب الثالث: حالات التبليغ القضائي ١٧١
أولاً: إجراءات تبليغ الشخص الطبيعي ١٧١
ثانياً: تبليغ الشخص مجهول محل الإقامة ١٧٣
ثالثاً: تبليغ الوكيل ١٧٤
رابعاً: تبليغ الدوائر الرسمية ١٧٤
خامساً: تبليغ الشركات والجمعيات ١٧٤
سادساً: تبليغ الشركات الأجنبية ١٧٥
سابعا: تبليغ السجين والموقوف ١٧٥
ثامناً: تبليغ منتسبي الدوائر الرسمية ١٧٥
تاسعاً: تبليغ العسكريين وقوى الأمن الداخلي ١٧٦
عاشراً: تبليغ الطلبة ١٧٦
إحدى عشرة: تبليغ الأشخاص خارج العراق ١٧٦
المطلب الرابع: مواعيد التبليغ القضائي ١٧٧
أولاً: مدة التبليغ القضائي ١٧٨
ثانياً: كيفية احتساب مواعيد التبليغ القضائي ١٧٨
ثالثا: امتداد مواعيد التبليغ القضائي ١٧٩
رابعاً: التمييز بين مواعيد التبليغ القضائي ومواعيد السقوط . ١٨١

الفصل الخامس
نظرية البطلان

المبحث الأول: التعريف بالبطلان وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له ١٨٧

المطلب الأول: التعريف بالبطلان ١٨٧

المطلب الثاني: تمييز البطلان عن غيره من الأنظمة المشابهة له . ١٨٨

أولاً: البطلان وعدم القبول ١٨٨

ثانياً: البطلان والسقوط ١٨٩

ثالثاً: البطلان والانعدام ١٩٠

رابعاً: البطلان في القانون المدني والبطلان في قانون المرافعات ١٩٠

المبحث الثاني: الأصل التاريخي لنظام البطلان والنظريات الفقهية في تنظيمه ١٩٢

أولاً: نظرية استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون (نظرية البطلان القانوني) ١٩٣

ثانياً: نظرية لا بطلان بغير نص..... ١٩٣

ثالثاً: نظرية لا بطلان بغير ضرر ١٩٣

رابعاً: نظرية البطلان التهديدي (البطلان الاختياري) ١٩٤

خامساً: نظرية البطلان الإجباري ١٩٤

سادساً: نظرية الشك القانوني ١٩٤

سابعاً: نظرية الجمع بين نظرية البطلان بغير ضرر ونظرية الشك القانوني ١٩٥

ثامناً: نظرية لا بطلان إذا تحققت الغاية من العمل الإجرائي ١٩٥

المبحث الثالث: شروط التمسك بالبطلان وأسبابه وتقسيماته ١٩٧

المطلب الأول: أسباب البطلان ١٩٧

أولاً: أسباب البطلان لعيب شكلي ١٩٨
ثانياً: البطلان لعيب موضوعي ١٩٩
المطلب الثاني: تقسيمات البطلان ٢٠٠
المبحث الرابع: تصحيح البطلان ٢٠٢
المطلب الأول: تصحيح البطلان الإجرائي بالتحول ٢٠٣
الفرع الأول: ماهية تحول الإجراء الباطل وشروطه القانونية ٢٠٣
أولاً: أن يكون الإجراء القضائي باطلاً ٢٠٥
ثانياً: أن يتضمن الإجراء القضائي الباطل إجراء آخر صحيح ٢٠٦
الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على تحول الإجراء الباطل ٢٠٨
المطلب الثاني: تصحيح البطلان بالانتقاص ٢١١
الفرع الأول: التعريف بانتقاص الإجراء القضائي الباطل ٢١١
الفرع الثاني: شروط انتقاص الإجراء القضائي الباطل ٢١٢
الشرط الأول: يجب أن يكون الإجراء القضائي باطلاً ٢١٢
الشرط الثاني: أن يكون الإجراء القضائي مركباً من عدة أجزاء وان تكون هذه الأجزاء قابلة للانقسام، بعضها صحيح والبعض الآخر معيب بالبطلان ٢١٣
الشرط الثالث: أن يكون الإجراء القضائي الباطل منتجاً لأكثر من أثر وان تكون أجزاء الإجراء المركبة قابلة للتجزئة ... ٢١٣
الفرع الثالث: آثار انتقاص الإجراء القضائي الباطل ٢١٣
المطلب الثالث: تصحيح البطلان بزوال عيب الإجراء القضائي الباطل ٢١٤
١. تصحيح البطلان بتحقق الغاية من الشكل المعيب ٢١٤
٢. تصحيح البطلان بتكملة الإجراء القضائي الباطل ٢١٤
٣. تصحيح البطلان بالتصحيح بالحضور ٢١٥

المطلب الرابع: تصحيح البطلان مع بقاء العيب في الإجراء القضائي ٢١٦
١- التصحيح بالنزول عن التمسك بالبطلان ٢١٦
٢- تصحيح البطلان بواقعة قانونية ٢١٧
المطلب الخامس: تصحيح البطلان بالتجديد ٢١٧

الفصل السادس
نظرية الدعوى

المبحث الأول: ماهية الدعوى وطبيعتها القانونية ٢٢٢
المطلب الأول: ماهية الدعوى ٢٢٢
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للدعوى المدنية ٢٢٥
أولاً: النظرية التقليدية ٢٢٥
ثانياً: النظرية الحديثة ٢٢٦
ثالثا: النظرية التوفيقية ٢٢٧
المبحث الثاني: شروط قبول الدعوى ٢٢٨
المطلب الأول: الاهلية ٢٢٩
المطلب الثاني: الخصومة (الصفة) ٢٣٠
المطلب الثالث: المصلحة ٢٣٢
المطلب الرابع: الشروط الفقهية الأخرى للدعوى ٢٣٩
المبحث الثالث: تقسيم الدعاوى ٢٤١
المطلب الأول: الدعاوى الشخصية والعينية والمختلطة ٢٤٢
أولاً: الدعاوى الشخصية ٢٤٢
ثانياً: الدعاوى العينية ٢٤٢

ثالثا: الدعوى المختلطة ٢٤٣
المطلب الثاني: الدعاوى المنقولة، والدعاوى العقارية ٢٤٤
أولاً: الدعاوى المنقولة ٢٤٤
ثانيا: الدعاوى العقارية ٢٤٤
المطلب الثالث: دعاوى الملكية المتعلقة بالحقوق ودعاوى الحيازة ٢٤٦
١- النظرية الشخصية في الحيازة ٢٤٧
٢- النظرية المادية ٢٤٧
أولا: دعوى استرداد الحيازة ٢٤٨
ثانياً: دعوى منع التعرض ٢٥٠
ثالثاً: دعوى الأعمال الجديدة ٢٥٠
المطلب الرابع: تقسيم الدعوى إلى دعاوى الإلزام ودعاوى تقريرية ومنشئة ٢٥٢
أولاً: دعاوى التنفيذ (الإلزام) ٢٥٢
ثانيا: الدعاوى التقريرية ٢٥٢
ثالثا: الدعاوى المنشئة ٢٥٣
المبحث الرابع: إجراءات إقامة الدعوى والآثار المترتبة عليها ٢٥٤
المطلب الأول: شروط عريضة الدعوى ٢٥٤
أولا: يجب أن تشتمل عريضة الدعوى على اسم المحكمة التي تقام أمامها الدعوى ٢٥٤
ثانياً: يجب ذكر تاريخ كتابة عريضة الدعوى ٢٥٥
ثالثا: اسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل إقامته ٢٥٥
رابعا: بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ ٢٥٥
خامسا: بيان موضوع الدعوى ٢٥٥
سادسا: وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها .. ٢٥٦

سـابعا: توقيع المدعي أو وكيله إذا كان الوكيل مفوض بسـند مصـدق عليه من جهة مختصة، ويجب أن يكون التوقيع وفقا للأساليب التي نص عليها قانون الاثبات. ٢٥٦
ثامنا: وجوب أداء الرسوم القضائية ٢٥٧
تاسعاً: يجب ان تقام كل دعوى بعريضة واحدة ٢٥٧
المطلب الثاني: الآثار التي تترتب على إقامة الدعوى ٢٥٩
أولاً: قيام حالة النزاع القضائي بين الخصوم ٢٥٩
ثانيا: انقطاع التقادم المانع من سـماع الدعوى للحق المتنازع بشأنه ٢٦٠
ثالثاً: اعذار المدعى عليه ووضعه موضع المقصر في التنفيذ ٢٦٠
رابعاً: سريان الفوائد القانونية ٢٦٠

الفصل السابع
نظرية المرافعة

المبحث الأول: حضور الخصوم وغيابهم ٢٦٦
المطلب الأول: حضور الخصوم ٢٦٦
المطلب الثاني: غياب الخصوم ٢٦٧
أولاً: غياب المدعي والمدعى عليه "عدم حضور الطرفين" ٢٦٧
ثانياً: غياب المدعى عليه وحضور المدعي ٢٦٨
ثالثا: غياب المدعي وحضور المدعى عليه ٢٦٩
رابعاً: غياب بعض الخصوم وحضور البعض الآخر ٢٧٠
المبحث الثاني: الوكالة بالخصومة ٢٧٢
المطلب الأول: الأصل التاريخي للوكالة بالخصومة ٢٧٣
المطلب الثاني: معنى الوكالة بالخصومة وخصائصها ٢٧٧

أولاً: إنها وكالة من نوع خاص ٢٧٧
ثانياً: إنها وكالة تستلزم مراعاة الشكل الذي حدده القانون .. ٢٧٩
ثالثاً: ان الأصل فيها إنها خاصة بالمحامين ٢٨٠
رابعاً: إن الأصل فيها إنها تكون بأجر ٢٨١
المطلب الثالث: أحكام الوكالة بالخصومة ٢٨٤
الفرع الأول: التزامات الوكيل بالخصومة ٢٨٤
أولاً: التزام الوكيل بالخصومة بتنفيذ الوكالة وعدم مجاوزة حدودها المرسومة ٢٨٤
ثانياً: التزام الوكيل بالخصومة باطلاع موكله على المرحلة التي وصلت إليها الدعوى ٢٨٥
ثالثاً: التزام الوكيل برد ما في يده للموكل ٢٨٦
الفرع الثاني: التزامات الموكل ٢٨٧
التزام الموكل برد النفقات التي تكبدها الوكيل في تنفيذ الوكالة ٢٨٧
المطلب الرابع: انقضاء الوكالة ٢٨٨
أولاً: موت الموكل أو فقده لأهليته ٢٨٨
ثانياً: وفاة الوكيل بالخصومة أو فقده لأهليته ٢٨٨
ثالثاً: إتمام العمل الموكل به الوكيل بالخصومة في الدعوى ٢٨٩
رابعاً: عزل الوكيل بالخصومة أو اعتزاله أو شطب أسمه من جدول المحامين ٢٨٩
المبحث الثالث: نظام الجلسة وسماع الدعوى وتأجيلها ٢٩٢
المطلب الأول: نظام الجلسة ٢٩٢
أولاً: إلزام المحكمة للخصوم بتعيين المحل المختار للتبليغ .. ٢٩٢
ثانياً: إلزام المحكمة للخصوم بتقديم لوائحهم ومستمسكاتهم قبل الجلسة الأولى من المرافعة ٢٩٣

ثالثـاً: إلـزام الخصـوم بعـدم تغييـر موضـوع الدعـوى ومنعهم من زيادتهم ٢٩٣
رابعاً: يجب على المحكمة حفظ النظام والأمن في الجلسة ... ٢٩٤
المطلب الثاني: سماع الدعوى ٢٩٥
أولاً: سماع أقوال الخصوم وحرية الدفاع والمناقشة ٢٩٥
ثانياً: توثيق أقوال الخصوم في محضر الجلسة ٢٩٦
المطلب الثالث: تأجيل الدعوى ٢٩٧
المبحث الرابع: الدعوى الحادثة ٣٠١
المطلب الأول: التعريف بالدعوى الحادثة وشروط قبولها ٣٠٢
الفرع الأول: التعريف بالدعوى الحادثة ٣٠٢
الفرع الثاني: شروط الدعوى الحادثة ٣٠٤
أولاً: أن تكون الدعوى الحادثة مرتبطة بالدعوى الأصلية . ٣٠٤
ثانياً: أن تكون المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية مختصة بنظر الدعوى الحادثة ٣٠٥
ثالثـاً: يجب أن لا يكون الغرض مـن الدعوى الحادثة تأخير الفصل في الدعوى الأصلية ٣٠٥
رابعاً: يجب أن يدفع عن الدعوى الحادثة الرسم القانوني .. ٣٠٥
خامسـاً: يجب أن يتسم الفصل في الدعاوى الحادثة بالبساطة واليسر في الإجراءات ٣٠٥
سادساً: يجب أن تقدم الدعوى الحادثة قبل ختام المرافعة ... ٣٠٦
المطلـب الثانـي: أنـواع الدعـوى الحادثـة وكيفيـة الفصـل في الطلبات التي تتضمنها ٣٠٦
الفرع الأول: الدعوى الحادثة المنضمة ٣٠٦
الفرع الثاني: الدعوى الحادثة المتقابلة ٣٠٧

الفرع الثالث: التدخل في الدعوى ٣٠٨
أولاً: التعريف بالتدخل في الدعوى وأسبابه ٣٠٩
ثانياً: أنواع التدخل ٣١٠
١- التدخل الاختياري ٣١٠
٢- التدخل الجبري ٣١١
الفرع الرابع: كيفية الفصل في الطلبات التي تتضمنها الدعوى الحادثة ٣١٣
المبحث الخامسك الأحوال الطارئة على الدعوى ٣١٤
المطلب الأول: وقف المرافعة ٣١٤
الفرع الأول: الوقف الاتفاقي ٣١٥
الفرع الثاني: الوقف القضائي ٣١٦
الفرع الثالث: الآثار التي تترتب على وقف المرافعة ٣١٩
المطلب الثاني: انقطاع المرافعة ٣٢٠
الفرع الأول: أسباب انقطاع المرافعة ٣٢٠
أولاً: وفاة أحد الخصوم ٣٢١
ثانياً: فقد أحد الخصوم لأهلية التقاضي ٣٢١
ثالثاً: زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عن الخصم ٣٢١
الفرع الثاني: آثار انقطاع المرافعة ٣٢٢
المطلب الثالث: إبطال عريضة الدعوى ٣٢٤
المطلب الرابع: التنازل عن الدعوى والحكم فيها ٣٢٧
الفرع الأول: التنازل عن إجراء معين أو ورقة من أوراق المرافعة ٣٢٧
الفرع الثاني: التنازل عن الحكم ٣٢٨
المطلب الخامس: سقوط الدعوى ٣٢٩

المطلب السادس: انقضاء الدعوى بمضي المدة ٣٣١

الفصل الثامن
نظرية الدفوع

المبحث الأول: ماهية الدفوع والحكمة من تشريعها ٣٣٦

المبحث الثاني: أنواع الدفوع ٣٣٩

المطلب الأول: الدفوع الموضوعية Defenses defond ٣٣٩

المطلب الثاني: الدفوع الشكلية ٣٤١

أولاً: الدفوع الشكلية النسبية ٣٤١

ثانياً: الدفوع الشكلية المطلقة ٣٤٢

المبحث الثالث: التنظيم القانوني للدفوع ٣٤٥

أولاً: وقت الأداء بالدفع ٣٤٥

ثانياً: سلطة المحكمة في إثارة الدفع ٣٤٦

ثالثاً: حجية الحكم الصادر في الدفع ٣٤٦

رابعاً: من حيث انتهاء ولاية المحكمة في الدفع ٣٤٧

خامساً: من حيث ترتيب الدفوع وكيفية التمسك بها ٣٤٨

الفصل التاسع
نظرية القرارات الوقتية

المبحث الأول: الحجز الاحتياطي ٣٥٢

المطلب الأول: التعريف بالحجز الاحتياطي وخصائصه والتمييز بينه وبين الحجز التنفيذي ٣٥٣

الفرع الأول: خصائص الحجز الاحتياطي ٣٥٤

الفرع الثاني: التمييز بين الحجز الاحتياطي والحجز التنفيذي ٣٥٤
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحجز الاحتياطي وشروطه ٣٥٦
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحجز الاحتياطي ٣٥٦
الفرع الثاني: شروط الحجز الاحتياطي ٣٥٧
أولاً: ان تتوافر للدائن أدلة الحجز الاحتياطي ٣٥٧
ثانياً: ان يتوفر شرط الاستعجال عند توقيع الحجز الاحتياطي ٣٥٧
ثالثاً: ان يكون الدين معلوماً – ومستحق الأداء وغير مقيد بشرط ٣٥٨
رابعاً: ان يقدم طالب الحجز كفالة رسمية أو تأمينات نقدية . ٣٥٨
المطلب الثالث: نطاق الحجز الاحتياطي والآثار المترتبة على إجراءه ٣٥٩
الفرع الأول: نطاق الحجز الاحتياطي ٣٥٩
الفرع الثاني: إجراءات الحجز الاحتياطي وآثاره ٣٦٢
المبحث الثاني: القضاء المستعجل ٣٦٦
المطلب الأول: التعريف بالقضاء المستعجل وشروطه ٣٦٧
أولاً: يجب ان تتوافر حالة الاستعجال ٣٦٨
ثانياً: ان يكون الإجراء وقتياً ٣٦٩
ثالثاً: عدم المساس بأصل الحق ٣٦٩
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للقضاء المستعجل وتحديد حالاته ٣٧٠
١- منع المدعى عليه من السفر ٣٧١
٢- قطع المرافق العامة ٣٧١
٣- إثبات الحالة ٣٧٢
٤- الإقرار بالسند العادي ٣٧٣
٥- سماع شاهد في دعوى لم تعرض أمام القضاء: ٣٧٣

٦- الحراسة القضائية: ٣٧٤
٧- الحالات النصوص عليها في القانون ٣٧٥
المطلب الثالث: إجراءات الدعوى المستعجلة ٣٧٦
المبحث الثالث: القضاء الولائي ٣٧٩
المطلب الأول: التعريف بالقضاء الولائي وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة له. ٣٨١
الفرع الأول: شروط القضاء الولائي ٣٨٢
الفرع الثاني: تمييز القضاء الولائي عن النظم القانونية المشابهة له ٣٨٣
أولاً: تمييز القضاء الولائي عن القضاء العادي ٣٨٣
ثانياً: تمييز القضاء الولائي عن القضاء المستعجل ٣٨٤
المطلب الثاني: سلطة القاضي الولائي وصوره المختلفة ٣٨٥
أولاً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون المرافعات المدنية ٣٨٥
ثانياً: صور القضاء الولائي التي وردت في قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ..... ٣٨٦
ثالثاً: صور القضاء الولائي الذي نص عليها قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ٣٨٦
رابعاً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ ..... ٣٨٧
خامساً: صور القضاء الولائي التي نص عليها القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ..... ٣٨٧
سادساً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون التجارة العراقي/ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ..... ٣٨٨
سابعاً: صور القضاء الولائي التي نص عليها قانون التنفيذ رقم (٣) لسنه ١٩٨٠ ..... ٣٨٨

المطلب الثالث: إجراءات اصدار القضاء الولائي وطرق الطعن فيه ٣٨٩
الفرع الأول: إجراءات اصدرا القضاء الولائي. ٣٨٩
الفرع الثاني: طرق الطعن في القضاء الولائي ٣٩٠
أولاً: الطعن بالقضاء الولائي عن طريق التظلم ٣٩٠
ثانياً: الطعن بالقضاء الولائي عن طريق التمييز ٣٩٠

الفصل العاشر
نظرية التحكيم
والعرض والإبداع

المبحث الأول: نظرية التحكيم ٣٩٦
المطلب الأول: ماهية التحكيم وشروطه ٣٩٨
أولاً: الشروط الموضوعية لعقد التحكيم ٣٩٩
ثانياً: الشروط الشكلية لعقد التحكيم ٣٩٩
المطلب الثاني: نطاق التحكيم وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له ... ٤٠٠
الفرع الأول: نطاق التحكيم ٤٠٠
الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له ٤٠٢
ثانياً: تمييز التحكيم عن الصلح ٤٠٢
المطلب الثالث: إجراءات التحكيم وطرق الطعن في القرار التحكيم ٤٠٣
الفرع الأول: إجراءات التحكيم ٤٠٤
الفرع الثاني: طرق الطعن في القرار التحكيمي ٤٠٧
المطلب الرابع: آثار التحكيم وانقضاؤه وتنفيذه ٤٠٩
الفرع الأول: آثار التحكيم ٤٠٩
أولاً: التزامات المحكم ٤٠٩

ثانياً: حقوق المحكم ٤١٠
الفرع الثاني: انقضاء التحكيم ٤١٠
الفرع الثالث: تنفيذ القرار التحكيمي ٤١٢
المبحث الثاني: العرض والإيداع ٤١٤
المطلب الأول: ماهية العرض والإيداع وحالاته ٤١٥
المطلب الثاني: إجراءات العرض والإيداع ٤١٦
أولاً: إعذار الدائن ٤١٦
ثانياً: العرض ٤١٧
ثالثاً: الإيداع ٤١٧
رابعاً: الحكم بصحة العرض والإيداع ٤١٨
المطلب الثالث: آثار العرض والإيداع ٤١٩
الفرع الأول: آثار العرض وإيداع قبل قبول الدائن وقبل صدور حكم بصحة العرض ٤١٩
الشرط الأول: ان يحصل رجوع المدين في العرض قبل قبول الدائن ٤١٩
الشرط الثاني: ان يحصل رجوع المدين في العرض قبل ان يصدر حكم بصحته ٤١٩
الشرط الثالث: ان تمضي ثلاثة أيام من تبلغ الدائن بالعرض والإيداع ٤٢٠

الفصل الحادي عشر
نظرية الأحكام القضائية

المبحث الأول: ماهية الأحكام والضوابط العامة لصحتها ٤٢٤
المبحث الثاني: تقسيمات الأحكام ٤٢٦

المطلب الأول: تقسيم الأحكام من حيث طبيعة الموضوع الذي فصلت فيه ٤٢٧
أولاً: الحكم القطعي ٤٢٧
ثانياً: الحكم غير القطعي ٤٢٧
المطلب الثاني: تقسيم الأحكام من حيث قابليتها للطعن فيها ٤٢٨
أولاً: الأحكام الصادرة بدرجة أولى ٤٢٨
ثانياً: الأحكام الصادرة بدرجة أخيرة ٤٢٨
ثالثاً: الأحكام التي حازت درجة البتات ٤٢٩
المطلب الثالث: تقسيم الأحكام من حيث حضور الخصوم أو غيابهم ٤٢٩
أولاً: الأحكام الحضورية ٤٢٩
ثانياً: الأحكام الغيابية ٤٢٩
المطلب الرابع: تقسيم الأحكام من حيث مضمون الحكم ٤٣٠
أولاً: الأحكام المقررة أو الكاشفة ٤٣٠
ثانياً: الأحكام المنشئة ٤٣٠
ثالثاً: الأحكام الملزمة ٤٣٠
المطلب الخامس: تقسيم الأحكام من حيث وظيفتها ٤٣١
أولاً: الأحكام الموضوعية ٤٣١
ثانياً: الأحكام الوقتية ٤٣١
المبحث الثالث: مراحل إصدار الأحكام ٤٣٣
المطلب الأول: ختام المرافعة ٤٣٤
المطلب الثاني: المداولة ٤٣٤
المطلب الثالث: تسبيب الأحكام ٤٣٦
المطلب الرابع: النطق بالأحكام وتحريرها ٤٣٨
المبحث الرابع: النفاذ المعجل ٤٤٢

المطلب الأول: حالات النفاذ المعجل ٤٤٢
أولاً: الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون ٤٤٢
ثانياً: الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بحكم القضاء ٤٤٣
المطلب الثاني: الآثار التي تترتب على شمول الحكم بالنفاذ المعجل ٤٤٥
المبحث الخامس: آثار الأحكام القضائية ٤٤٧
أولاً: اكتساب الحكم حجية الأمر المقضي فيه ٤٤٧
ثانياً: خروج النزاع من ولاية المحكمة ٤٤٨
ثالثاً: تقرير الحقوق وإنشاؤها ٤٤٩
رابعاً: مصاريف الدعوى ٤٥٠

الفصل الثاني عشر
نظرية الطعن
في الأحكام والقرارات القضائية

المبحث الأول: الأحكام العامة لنظرية الطعن في الأحكام ٤٥٧
المطلب الأول: التقسيم الفقهي لطرق الطعن ٤٥٧
المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الطعن ٤٥٨
المطلب الثالث: الأحكام والقرارات القابلة للطعن ٤٦٠
المطلب الرابع: قاعدة نسبية اثر الطعن ٤٦١
المطلب الخامس: مدد الطعن ٤٦٢
المبحث الثاني: الاعتراض على الحكم الغيابي ٤٦٤
المطلب الأول: الخصوم في الاعتراض على الحكم الغيابي
والاحكام القابلة للطعن ٤٦٥

المطلب الثاني: إجراءات الاعتراض على الحكم الغيابي والنظر فيه ٤٦٦
المطلب الثالث: آثار الاعتراض على الحكم الغيابي ٤٦٨
أولا: ان الاعتراض على الحكم الغيابي لايسقط الحكم المعترض عليه ٤٦٨
ثانياً: إعادة النزاع المحكوم فيه غيابياً امام المحكمة التي اصدرت الحكم ٤٦٨
ثالثاً: ويترتب على الحكم الغيابي انه لااعتراض بعد الاعتراض ٤٦٩
المبحث الثالث: الاستئناف ٤٧٠
المطلب الأول: الخصوم في الاستئناف ٤٧١
المطلب الثاني: أنواع الاستئناف ٤٧٢
المطلب الثالث: إجراءات الاستئناف والنظر فيه ٤٧٤
المطلب الرابع: آثار الاستئناف ٤٧٥
المبحث الرابع: التمييز ٤٧٨
المطلب الأول: أنواع التمييز ٤٧٩
أولا: التمييز الاختياري ٤٧٩
ثانياً: التمييز الوجوبي ٤٨٠
ثالثاً: التمييز المتقابل أو التبعي ٤٨٠
المطلب الثاني: الخصوم في الطعن بالتمييز ومدة الطعن فيه ٤٨١
المطلب الثالث: حالات الطعن بالتمييز ٤٨٢
أولا: إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطا في تطبيقه أو عيب في تأويله ٤٨٢
ثانياً: إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص ٤٨٣

ثالثـاً: إذا وقع خطأ في الإجراءات الأصولية مؤثر في صحة الحكم ٤٨٤
رابعـاً: إذا صدر حكم يناقض حكماً سـابقاً في نفس موضوع الدعوى ٤٨٤
خامساً: إذا وقع الحكم في خطأ جوهري ٤٨٥
المطلب الرابع: إجراءات الطعن بالتمييز وآثاره ٤٨٧
الأثـر الأول: تأخير التنفيذ إذا كان الحكم المميز متعلقاً بعقار أو حق عيني عقاري ٤٨٨
الأثر الثاني: نقل النزاع إلى محكمة التمييز ٤٨٨
المطلب الخامس: تصدي محكمة التمييز للفصل في النزاع ٤٨٩
المطلب السادس: إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض ٤٩١
المبحث الخامس: تصحيح القرار التمييزي ٤٩٥
المطلـب الأول: القـرارات التمييزيـة التـي تقبـل الطعـن بطريق تصحيح القرار التمييزي ٤٩٦
المطلب الثاني: أسباب تصحيح القرار التمييزي ٤٩٧
المطلـب الثالـث: إجراءات طلـب تصحيح القـرار التمييزي ومدة الطعن فيه ٤٩٩
أولا: إجراءات طلب تصحيح القرار التمييزي ٤٩٩
ثانياً: مدة الطعن بالتمييز ٤٩٩
ثالثاً: فصل محكمة التمييز في طلب التصحيح ٥٠٠
المطلب الرابع: آثار الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي ٥٠٠
المبحث السادس: إعادة المحاكمة ٥٠٢
المطلب الأول: الأحكام التي تقبل الطعن باعادة المحاكمة ٥٠٣
المطلب الثاني: أسباب إعادة المحاكمة ٥٠٤

المطلب الثالث: مدة واجراءات طلب إعادة المحاكمة ٥٠٧
المطلب الرابع: آثار طلب إعادة المحاكمة ٥٠٩
أولاً: وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ٥٠٩
ثانيا: لايجوز الطعن باعادة المحاكمة مرة اخرى ٥٠٩
ثالثاً صدور حكم جديد محل الحكم المطعون فيه ٥١٠
المبحث السابع: اعتراض الغير ٥١١
المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في اتلحكم المعترض عليه ٥١٢
أولا: يجب ان يكون الحكم متعدياً على المعترض اعتراض الغير ٥١٢
ثانياً: يجب ان يكون الحكم ماساً بحقوق المعترض اعتراض الغير ٥١٢
ثالثاً: ان لايكون المعترض اعتراض الغير قد خاصم في الدعوى التي صدر فيها الحكم ٥١٣
رابعاً: ان يكون الحكم من الأحكام التي يجوز الطعن فيها بطريق اعتراض الغير ٥١٣
المطلب الثاني: أنواع اعتراض العير ٥١٤
أولا: اعتراض الغير الاصلي ٥١٤
ثانياً: اعتراض الغير طاريء ٥١٥
المطلب الثالث: إجراءات اعتراض الغير ٥١٦
المطلب الرابع: آثار اعتراض الغير ٥١٧
أولا: عدم تأخير التنفيذ ٥١٧
ثانياً: يترتب على اعتراض الغير ايضاً إعادة طرح الدعوى امام المحكمة من جديد ٥١٧

المبحث الثامن: طعن الادعاء العام لمصلحة القانون ٥١٨
المطلب الأول: ماهية الطعن بمصلحة القانون وأصله التأريخي .. ٥٢٠
المطلب الثاني: شروط الطعن لمصلحة القانون ٥٢٣
أولا: ان يكون الحكم المطعون فيه نهائياً ٥٢٣
ثانياً: ان يكون الحكم أو القرار القضائي مبني على خرق للقانون ٥٢٤
ثالثاً: ان يمارس الأدعاء حق الطعن لمصلحة القانون خلال المدة التي حددها القانون ٥٢٥
رابعاً: ان يكون طعن الأدعاء العام لمصلحة القانون وليس لمصلحة اخرى ٥٢٥
خامساً: ويشترط لقبول الطعن لمصلحة القانون المقدم من رئيس الأدعاء العام الا يكون أحد من ذوي العلاقة قد طعن في الحكم ٥٢٦
المطلب الثالث: إجراءات الطعن لمصلحة القانون وتطبيقاته القضائية ٥٢٧
المطلب الرابع: الآثار التي تترتب على الطعن لمصلحة القانون .. ٥٣٠
المبحث التاسع: الصيغ القانونية لنماذج الدعاوى ٥٣٢
(١) نموذج عريضة دعوى مقدم امام محكمة البداءة (استرداد حيازة) ٥٣٢
(٢) نموذج عريضة كشف مستعجل ٥٣٣
(٣) نموذج عريضة مقدمة امام القضاء الولائي (الأوامر على العرائض) ٥٣٤
(٤) نموذج عريضة حجز احتياطي ٥٣٥
(٥) نموذج عريضة اعتراض الشخص الثالث على وضع الحجز الاحتياطي ٥٣٦

(٦) نموذج عريضة تظلم على وضع الحجز الاحتياطي ٥٣٧
(٧) نمـوذج عريضـة ابطال التصرفات الواقعـة على العقار المبني على اساس باطل ٥٣٨
(٨) نموذج عريضة دعوى استرداد الحيازة ٥٣٩
(٩) نموذج عريضة دعوى منع التعرض ٥٤٠
(١٠) نموذج عريضة وقف الأعمال الجديدة ٥٤١
(١١) نموذج عريضة دعوى اعتراض على الحكم الغيابي . ٥٤٢
(١٢) نموذج عريضة استئنافية ٥٤٣
(١٣) نموذج عريضة إعادة محاكمة ٥٤٤
(١٤) نموذج عريضة تمييز ٥٤٥
(١٥) نموذج عريضة تصحيح القرار التمييزي ٥٤٦
(١٦) نموذج عريضة اعتراض الغير ٥٤٧
(١٧) نموذج عريضة الشخص الثالث ٥٤٨

مراجع الكتاب

أولا: كتب الفقه الاسلامي ٥٤٩
ثانياً- البحوث والرسائل القانونية ٥٥٠
ثالثاً- المؤلفات العامة ٥٥١
رابعاً: المراجع الأجنبية: ٥٥٥