ملخص البحث

شرعت القواعد القانونية لتنظيم الحياة الاجتماعية بصورها وأنماطها المتعددة , فهي تهدف الى تحديد قواعد السلوك الاجتماعي الواجبة الإتباع من قبل الأفراد وتحدد الآثار المترتبة على مخالفتها . والغالب إن إحترام الأشخاص يكون نابعاً من تطابق سلوكهم الاجتماعي مع القواعد القانونية , على الرغم من إن المشكلة الأساسية في الجدل حول مفهوم القانون تكمن في العلاقة بين القانون والأخلاق , حيث يتجاذبها موقفان أساسيان متقابلان هما موقف مذهب القانون الوضعي ومذهب القانون الطبيعي .

وتتميز القواعد القانونيّة بكونها مركب مزدوج ، فهي تنص من جهة على إلتزامات محددة تفرض على من تتوجه إليهم بخطابها مسلكاً ما . ومن جهة أخرى فإنها تفوض الى بعض من تستهدفهم { السلطة } أو { الصلاحيّة القانونيّة } لإصدار القرارات التي تفصل في موضوع النزاعات القضائية وتشكل هذه القرارات بدورها قواعد ملزمة للأشخاص الذين تسري بحقهم ، استناداً لحجية الأثر القانوني المترتب عليها .

ولذا فإن إصدار المشرع لقواعد قانونية عامة تلزم القضاة والمتقاضين كافة ، إلا إنها من جهة تفوض القاضي سلطة إصدار الأحكام وتحديد القواعد القانونية التي تفصل بموضوع النزاع عبر قرار خاص يصدر بمواجهة المتقاضين . فالقرار الذي صدر وفقاً لمثل هذا التفويض في الصلاحيّة ووفقاً لما يلزم إتخاذه من إجراءات يستمد أصلاً من نصوص القانون وقواعده العامة . ولذلك فلا يمكن إختزال تطبيق القانون بعملية منطقية بحتة ،حيث إن ما يقوم به القانون هو تحديد الإطار المعياري العام تاركاً للقاضي الاحتمالات التي تخضع للفحص والتحليل بغية الوصول لحل النزاع استناداً لما تفرضه الوقائع المثارة من حيثيات ، وهكذا تعود لقاضي الموضوع إمكانيّة الاختيار بين هذه الاحتمالات تبعاً للسلطة التي يمنحها له المشرع .

وتنقسم القواعد القانونية على نمطين لهما طبيعة مختلفة هما ، القواعد العامة والقواعد الخاصة (والتي تشكل حكم لحالة خاصة محددة) ، وتتطابق القواعد الخاصة مع القواعد القانونية الجوهرية والتي تهدف الى الالتزام بقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ، وتضاف اليها القواعد العامة والتي لا تهدف الى تنظيم حالة خاصة وإنما تهدف لتقديم معيار يسمح للتعرف بشكل دقيق على الأسس العامة . التي تفرض نفسها في مجتمع ما وتحدد هذه القواعد هوية مصادر القانون الأساسية أو الشكلية , وتفوض القضاة الصلاحية التقديرية لمواجهة الانتهاكات التي تطال القواعد العامة وحسم الخلافات بمداها الدقيق .

ويواجه القضاة المفوضين بتطبيق القانون على النزاعات المرفوعة اليهم حسب قواعد الاختصاص ، نوعين من الدعاوى ، الاول إنموذجي وهو يتطابق بشكل واضح مع حالات إستهدف القانون تنظيمها صراحةً . وهي ما يمثل غالبيّة الدعاوى والتي يكون الفصل فيها يسير نسبياً ، لان ما يتوجب على القاضي عمله هو تطبيق القاعدة القانونية الخاصة أو العامة . والثاني هو نوع استثنائي لم ينظمه القانون بصورة مباشرة ولم يكن له مثيل في الجانب التطبيقي العملي , ولذلك فلا يكون للقاضي القدرة على الفصل في النزاع بصورة مباشرة . ويعود ذلك لأسباب عدة قد تتعلق بتحديد النص القانوني الأكثر انطباقاً على حثييات النزاع ، أو انها تتعلق بفهم المقصود من النصوص القانونية بسبب الالتباس الذي تثيره اللغة التي صيغت بها تلك النصوص والتي قد تحتمل التأويلات لما تدل عليه ، باستثناء بعض العبارات التقنية التي تشكل مادة تحديد خاص للنص القانوني . ويؤدي ذلك بالضرورة الى ان الفهم الخاص والمحدد لما ورد بالنص القانوني من عبارات يتعلق باستخدام هذه القواعد القانونية بصياغة العقود والاتفاقيات الخاصة بصورة صحيحة , ولكنها ليست بالضرورة كذلك فقد تكون هذه العقود والاتفاقيات غير مكتملة وغير دقيقة . ولا يستطيع القاضي بدوره أن يتحصل في القانون على حل لمثل هذه الحالات , لان ما يفرضه الوصول الى حل هو الذهاب الى أبعد من المعنى المقبول لتفسير عبارات النصوص القانونية . ولكن سلطته التقديرية هي ماتؤسس أخيراً للقوة الملزمة لقراره ، بموجب النتيجة التقديرية التي توصل اليها . والتي تختزل قواعد القانون بالواقع المطروح في الدعوى والتي تتوائم مع مبدأ إن القضاء لايرتبط حكماً بقواعد القانون , وبالتالي فان نقص قواعد القانون لا يعفي القاضي من الفصل في الدعاوى والطلبات .

المقدمة

شرعت القواعد القانونية ابتداءاً لتنظيم الحياة الاجتماعية بصورها وانماطها المتعددة فتحدد للافراد قواعد السلوك الاجتماعي الواجب الاتباع وتحدد الاثار المترتبة على مخالفته . والغالب ان احترام الاشخاص يكون نابعاً من تطابق سلوكهم الاجتماعي مع القواعد القانونية [١] . على الرغم من ان المشكلة الاساسية في الجدل حول مفهوم القانون تكمن في العلاقة بين القانون والاخلاق حيث يتجاذبها موقفان اساسيان متقابلان هما موقف مذهب القانون الوضعي ومذهب القانون الطبيعي[٢]. وتتأسس النظريات الوضعية على الانفصال بين القانون والاخلاق وتستلزم عدم وجود ارتباط حكمي بين مايفرضه القانون وبين ما تتطلبه العدالة . لذلك فان مفهوم القانون الوضعي يقوم على عنصر الشرعية الشكلية وعنصر التأثير الاجتماعي .وان الاشكال المتعددة للمذاهب الوضعية تنشأ من تباين التفسيرات لهذين العنصرين والاختلاف في تقدير اهميتهما . فاذا كانت النظرة الى القانون محددة بما

يحوز الشرعية الشكلية فلا يهم بعد ذلك ان يكون مضمونه صحيحاً او تكون النظرة الى شرعية القانون الشكلية وضمان تأثيره الاجتماعي معاً

وفي الجانب الاخر يقف مذهب القانون الطبيعي والذي يؤسس الى مفهوم ان القانون يجب ان يتوافر فيه عنصري الشرعية الشكلية والتأثير الاجتماعي اللذان يستمدان من الواقع عنصر اخلاقي وكذلك فان القانون الطبيعي يعد المثل الاعلى الذي ينبغي ان تقوم عليه القوانين الوضعية بوصفه المبادئ العليا السامية التي لاتتغير بتغيّر الزمان والمكان[٣]. وتتميز القواعد القانونية بكونها مركب مزدوج ، فهي تنص من جهة على التزامات محددة لتفرض على من تتوجه اليهم بخطابها مسلكاً ما . ومن جهة اخرى فانها تفوض الى بعض من تستهدفهم السلطة او الصلاحية القانونية لاصدار القرارات التي تفصل في موضوع النزاعات القضائية وتشكل هذه القرارات بدورها قواعد ملزمة للاشخاص الذين تسري بحقهم ، استناداً لحجية الأثر القانوني المترتب عليها .

ولذا فان اصدار المشرع لقواعد قانونية عامة تلزم القضاة والمتقاضين كافة ، إلا انها من جهة تفوض القاضي سلطة اصدار الاحكام وتحديد القواعد القانونية التي تفصل بموضوع النزاع عبر قرار خاص يصدر بمواجهة المتقاضين . فالقرار الذي صدر وفقاً لمثل هذا التفويض في الصلاحية ووفقاً لما يلزم اتخاذه من اجراءات يستمد اصلاً من نصوص القانون وقواعده العامة . ولذلك فلا يمكن اختزال تطبيق القانون بعملية منطقية بحتة ،حيث ان ما يقوم به القانون هو تحديد الاطار المعياري العام تاركاً للقاضي الاحتمالات التي تخضع للفحص والتحليل بغية الوصول لحل النزاع استناداً لما تفرضه الوقائع المثارة من حيثيات ، وهكذا تعود لقاضي الموضوع امكانية الاختيار بين هذه الاحتمالات تبعاً للسلطة التي يمنحها له المشرع .

وتنقسم القواعد القانونية على نمطين لهما طبيعة مختلفة هما ، القواعد العامة والقواعد الخاصة (والتي تشكل حكم لحالة خاصة محددة) ، وتتطابق القواعد الخاصة مع القواعد القانونية الجوهرية والتي تهدف الى الالتزام بقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل ، وتضاف اليها القواعد العامة والتي لاتهدف الى تنظيم حالة خاصة وانما تهدف لتقديم معيار يسمح للتعرف بشكل دقيق على الاسس العامة التي تفرض نفسها في مجتمع ما وتحدد هذه القواعد هوية مصادر القانون الاساسية او الشكلية وتفوض القضاة الصلاحية التقديرية لمواجهة الانتهاكات التي تطال القواعد العامة وحسم الخلافات بمداها الدقيق .

ويواجه القضاة المفوضين بتطبيق القانون على النزاعات المرفوعة اليهم حسب قواعد الاختصاص ، نوعين من الدعاوى ، الاول أنموذجي وهو يتطابق بشكل واضح مع حالات إستهدف القانون تنظيمها صراحةً وهي ما يمثل غالبية الدعاوى والتي يكون الفصل فيها يسير نسبياً ، لان ما يتوجب على القاضي عمله هو تطبيق القاعدة القانونية الخاصة او العامة ، والثاني هو نوع استثنائي لم ينظمه

القانون بصورة مباشرة ولم يكن له مثيل في الجانب التطبيقي العملي ولذلك فلايكون للقاضي القدرة على الفصل في النزاع بصورة مباشرة . ويعود ذلك لاسباب عدة ، قد تتعلق بتحديد النص القانوني الاكثر انطباقاً على حثييات النزاع ، او انها تتعلق بفهم المقصود من النصوص القانونية بسبب الالتباس الذي تثيره اللغة التي صيغت بها تلك النصوص ، والتي قد تحتمل التأويلات لما تدل عليه، باستثناء بعض العبارات التقنية التي تشكل مادة تحديد خاص للنص القانوني . ويؤدي ذلك بالضرورة الى ان الفهم الخاص والمحدد لما ورد بالنص القانوني من عبارات يتعلق باستخدام هذه القواعد القانونية بصياغة العقود والاتفاقيات الخاصة بصورة صحيحة ولكنها ليست بالضرورة كذلك فقد تكون هذه العقود والاتفاقيات غير مكتملة وغير دقيقة ، ولايستطيع القاضي بدوره ان يتحصل في القانون على حل لمثل هذه الحالات لان ما يفرضه الوصول الى حل هو الذهاب الى ابعد من المعنى المقبول لتفسير عبارات النصوص القانونية . ولكن سلطته التقديرية هي ماتؤسس اخيراً للقوة الملزمة لقراره ، بموجب النتيجة التقديرية التي توصل اليها والتي تختزل قواعد القانون بالواقع المطروح في الدعوى والتي تتواءم مع مبدأ ان القضاء لايرتبط حكماً بقواعد القانون وبالتالي فان نقص قواعد القانون لايعفي القاضي من الفصل في الدعاوى والطلبات[١].

ان دراسة سلطة القاضي التقديرية استناداً لما تقدم من افكار تثير اشكالات علمية وعملية تتعلق بكيفية مواجهة القاضي للواقع المجرد في الدعوى المدنية بغية اعادة مطابقته للقاعدة القانونية استناداً لمفترضها ومحاولة ترتيب اثر القاعدة القانونية بحكمه الفاصل في موضوع النزاع ، بعد تقديره لمضمون الخلل من خلال الواقع المعروض عليه استناداً لمعيار العمل القضائي الموضوعي والشخصي .

ان تقدير القاضي لعنصر الواقع لايتم بسهولة في مطلق الاحوال وانما يحتاج لدراسة دقيقة تمهد السبيل لتوضيح الدور الذي يقوم به القاضي واستخدامه لصلاحيته التقديرية والتي يمكن ان نحدد نطاقها في موضوع القاعدة القانونية ابتداءاً بوصفها قواعد تقديرية لا تقريرية اذ ان هناك صلة حتمية بين ضرورة اعمال القاعدة القانونية وضرورة ان يتمتع القاضي بسلطة تقديرية لان وجود القاعدة القانونية يستند اصلاً على عدة عناصر مهمة ابرزها وجود فعالية السلطة التقديرية للقاضي في موضوع تطبيقها ، أو أن مدلولها يتمثل في موضوع الولاية القضائية ، ام ان تحديدها يكون في العمل القضائي ذاته والذي يعد مصداقاً لممارسة هذه السلطة من حيث التأثير والتأثر وكذلك فهل يمكن ان تكشف طبيعة الطلبات المقدمة للقاضي حدود هذه السلطة، ام ان ذلك التحديد يتعدى الى نشاط القاضي المجرد في التصدي للفصل في موضوع الطلبات المقدمة اليه ، واذا اسسنا لفكرة نشاط القاضي في تحديد السلطة التقديرية ، فهل يعتمد ذلك على محل هذا النشاط وهو عنصر الواقع في الدعوى ، ام

يجب النظر الى المجهود الفكري الذي يكيّف الواقع الصحيح بغية تطبيق حكم القانون عليه وتحديد اللحظة التي يتدخل فيها القاضي وحدود ذلك التدخل .

وسنحاول في هذا البحث دراسة وتحليل الافكار المتقدمة بثلاثة مباحث ، الاول يتعلق بتحديد ماهية السلطة التقديرية للقاضي وسنتناول في الثاني سلطة التقدير الموضوعي للقاضي وسنخصص الثالث لدراسة سلطة التقدير الشخصي للقاضي ، فاذا تم ذلك وصلنا الى خاتمة الموضوع .

المبحث الأول

ماهية سلطة القاضي التقديرية

ينظم القانون علاقات الافراد فيما بينهم ، وذلك يفترض وضع قواعد قانونية مجردة تحدد المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه العلاقة وهو ضرورة تفرضها حاجة المجتمع الى حد معقول من الاستقرار العادل والذي لايدرك بمجرد وجود القواعد العامة المنظمة لسلوك الافراد ومراكزهم القانونية ، بل يتوقف على مدى فعالية القواعد القانونية في الواقع الاجتماعي[١]. ويتأسس على ذلك ان وجود القاعدة القانونية لايؤدي الى معالجة الظاهرة التي وضعت القاعدة من اجلها وتحقيق مقتضيات الحماية اللازمة من تشريعها وانما لابد من فاعلية حقيقية تعاصر وجودها كقاعدة قانونية ، وتتمثل هذه الفاعلية باقامة الدعوى ، لان القاضي لايستطيع ان يمارس عمله القانوني بدون الواقع المطروح عليه من قبل الخصوم وإلا خرج عن نطاق الوظيفة القضائية الى نطاق عمل الافتاء او التفسير المجرد للقانون على فروض نظرية وغير واقعية [٢].ويحقق القضاء حماية النظام القانوني ضد حالة عدم الفاعلية بحدود العارض الذي سببها ، بقصد التصدي له دون محاولة تحديد مسبباته إلاّ بالقدر اللازم لتحديد التدبير الملائم لمواجهته بموجب ما تخوله له هذه الولاية من سلطة تطبيق القانون ، وعليه يمكن القول ان ولاية القضاء هي الاساس في نشأة السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي وبغض النظر عن طبيعة النزاع الذي يتصدى للفصل فيه ، حيث يعد نشاط القاضي جزءاً لايتجزء من القرار الذي يصدره للفصل في موضوع النزاع ، والذي يشكل بناءاً فكرياً متميزاً يستند على المنطق الذي يعصم الانسان من الخطأ في التفكير والاستدلال والاستنساج[٣]، اذ ينبغي على القاضي تقدير الوقائع واختيار المؤثر في النتيجة منها ، ومن ثم محاولة البحث عن القاعدة القانونية الملائمة للتطبيق للوصول الى الحد المقبول لملائمة القانون للواقع مستعيناً بعدة اسس منها ، المنطق القانوني بوصفه معياراً عاماً لتطبيق المنهج القانوني على حالات معينة [٤]. وكذلك المنطق القضائي المتعلق بفحص وقائع النزاع المختلفة واختيار المنتج منها بعد تحليل العناصر الاولية الداخلة في تكوينها وكشف ماأحاطت بها من ظروف ومن ثم اختيار نص القانون الواجب التطبيق وترتيب اثره[٥]. وقد يصاحب المنطق القضائي استدلال قياسي وفي سياق هذا المعنى تكون القاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى في القياس ومجموع الوقائع المعروضة تعد المقدمة الصغرى فيه ، اما الحكم القضائي فيكون هو النتيجة المنطقية لهذا القياس[٦] ، ولكن صلاحية اصدار الحكم القضائي المستندة لسلطة القاضي التقديرية بأختيار وجهة نظر مقبولة بعد أستفراغ تفكيره الذهني بمجمل الوقائع التي أثيرت في النزاع قد تصطدم بمحل التفكير كونه شكّل واقعاً بحتاً أو كان قاعدة قانونية.

وتأسيساً على ما تقدم فان عنصر الواقع في الدعوى المدنية يعد عبئاً على الخصوم فيما يتعلق بتقديمه امام المحكمة واثباته . اما عنصر القانون فيلتزم القاضي بمعرفته والعلم به واعماله على

الواقع ، باصدار قرار مسبب من الناحية الواقعية والقانونية ويستند على الوقائع المطروحة على القاضي بطريقة قانونية .

وعبء الادعاء بالوقائع المتنازع عليها بين الخصوم يتحلل الى عنصرين ، الاول يتعلق بالادعاء بالواقع والثاني باثباته وكلا العنصرين لهما تأثير كبير في معرفة حدود سلطة القاضي التقديرية وهذا ما سنحاول بحثه في المطلبين القادمين .

المطلب الاول

الادعاء بالواقع

الدعوى المدنية لها عنصران ، يتمثل الاول بالوجود المادي لوقائع الدعوى ويتحدد الثاني بالعناصر القانونية ، وتقوم المحكمة بتحصيل الفهم من ايراد وقائع الدعوى والدفوع المثارة في مواجهة الأدلة المقدمة لاثبات صحة الوقائع المدعى بها . ويعد الواقع وفقا لما تقدم ، مكون اساس وجوهري في القانون الاجرائي لانه يدفع القضاء لحماية النظام القانوني[٧]. وكذلك الحال بالنسبة للقانون الموضوعي لان الفقه [٨] مجمع على ان الواقعة تشكل مصدر الالتزام وان القاضي يتعامل مع هذه الواقعة استناداً للقواعد التي نص عليها القانون الاجرائي . بعد ان يزوده القانون الموضوعي بها وينحصر دور القاضي الدقيق في إزالة عمومية القانون بمواجهة مجموع العناصر الواقعية المطروحة للنزاع امام المحكمة والتي يمكن عدّها حالة خاصة محددة . وبذلك يشكل عنصر الواقع في الدعوى المدنية اساساً مشتركاً بين القانون الموضوعي والاجرائي ويربط فيما بينهما، كما انه يحدد مهام وسلطة القاضي والخصوم في الدعوى المدنية ، فيقع على الخصوم عبء الادعاء بالواقع والقاضي يلتزم بتطبيق حكم القانون[٩].

وعلى الرغم من ذلك فان بعض الفقه يرى بان الوقائع تشكل مصدر الروابط القانونية وهي اما ان تكون طبيعية او اختيارية ، والوقائع الاختيارية اما ان تكون اعمالاً مادية او اعمالاً قانونية ، والاخيرة اما ان تكون صادرة عن جانب واحد او صادرة عن جانبين ولكن القانون هو الذي يحدد الاثار القانونية التي تتأسس على الوقائع والاعمال كلها[١٠].

ويرى جانب اخر من الفقه ، ان الوقائع هي تغيير في مركز موجود يرتب القانون عليه اثراً ويعطي للمركز المتغير الجديد وصفاً قانونياً مغايراً لما سبق[١١].

وبذلك يتضح بان الواقع لايشكل مصدراً للأثر القانوني ، وانما هو ظرفاً لترتيب ذلك الاثر . ويبدو ان من الخطأ النظر للواقع بوصفه مصدراً لنشوء الحق او لانقضائه. ولكن التفاوت في تحليل الواقع بين الفقه الموضوعي والاجرائي . يرجع في الاساس الى اختلاف زاوية النظر الاجرائية لفلسفة فكرة الواقع عن زاوية النظر الموضوعية لذات الفكر[١٢]. ويتحدد الواقع في الدعوى المدنية بوقائع الدعوى

وادلتها وطلبات المدعي وأسانيدها [١٣] . أو بالادعاءات الواردة في طلبات المدعي والمدعي عليه[١٤]. ويتضح الفرق بين موقف المشرع العراقي والمصري واللذان لم يوردا نصاً يعالج الوقائع التي يثيرها المدعي عليه ، على الرغم من ان عنصر الواقع يتكون من الوقائع التي يثيرها المدعي والمدعي عليه ، بعكس المشرع الفرنسي الذي عالج ما تقدم بنص صريح[١٥].

ان الواقع المدعي به من قبل الخصوم هو الذي يحدد مهمة القاضي سواءاً في نظر الدعوى او اصدار الحكم فيها والذي يجب أن يؤول الواقع المتحصل الى صحة صدوره . ويوزع الادعاء بعنصر الواقع في الدعوى المدنية ، الادوار بين الخصوم اصحاب المصالح الخاصة وبين القاضي الذي يهدف الى تطبيق القانون وتحقيق المصلحة العامة. بأن يقع على عاتق الخصوم عبء الادعاء بالواقع بصورة طلب مقدم من المدعي تمثل في صورة دفع من المدعى عليه ويعد دور الخصوم في هذا النطاق تطبيقاً لمبدأ ملكية الخصومة لأطرافها والذي أكدته المادة (١) والمادة (٢) مرافعات فرنسي. حيث اعطت للخصوم دون سواهم امكانية بدء الخصومة وانهائها قبل انقضائها بصدور الحكم او بنص القانون ، ماعدا الحالات الاستثنائية التي نص عليها القانون .كما اعطتهم سلطة ادارة الخصومة من خلال متابعة الواجبات المفروضة عليهم ولم يعطِ المشرع الفرنسي أية سلطات واضحة للقاضي في خصوم ما تقدم إلاّ مهمة الاشراف على حسن سير الخصومة[١٦].

ويقع على الخصوم عبء تقديم الوقائع النافعة والتي تصلح كأساس لما قدموه من ادعاءات[١٧]. ويقصد بالادعاءات الطلبات المقدمة من المدعي ودفوع المدعى عليه ويقصد بالوقائع التي تصلح كأساس للادعاء تلك التي تقدم من قبل الخصوم مجردة عن التكييف او الاستناد لنصوص القانون[١٨].

ولايقتصر دور الخصوم على تقديم الوقائع بل يمكن تحديد البعض منها والتركيز عليها دون الاخرى بوصفها وقائع مناسبة تتعلق بالاثبات وقد يكون من بينها وقائع منتجة ترتبط مباشرة بالاثبات[١٩].

ولايحق للقاضي تأسيس الحكم على وقائع لم تكن مقدمة ولم تناقش من قبل الخصوم [٢٠]. ولايجوز له الاستناد على وقائع غير مثبتة في أوراق ضبط الجلسات ولم تثر في مواجهة الخصوم ، ولايحق له القضاء بعلمه الشخصي ولايحق له القيام باجراءات الاثبات دون الالتزام بقواعد الاثبات الأصولية ، ولايملك أية مبادرات في مجال الواقع[٢١].

ويتحدد دور القاضي بالنسبة للواقع بالتزامه بعدم تعديل البنيان الواقعي للدعوى كما عرضه الخصوم . وامتناعه عن تأسيس حكمه على وقائع لم يثرها الخصوم ولم تثبت في اوراق ضبط الجلسات[٢٢]. وكذلك يلتزم القاضي بالنسبة لعنصر الواقع بالرجوع الى ما عرضه الخصوم في الادعاءات النهائية او مايسمى بالطلبات الختامية . فلا يعتد القاضي إلاّ بالوقائع التي تصلح اساساً للادعاء (الوقائع المنتجة) وبالوقائع التي تقدم قبل ختام المرافعة[٢٣] وإلا تعرض حكمه للفسخ او النقض .

وتواجه القاضي صعوبة كبيرة في نظر عنصر الواقع في الدعوى المدنية لعلاقته المباشرة بالسلطة التقديرية الممنوحة له ، لان السلطة التقديرية للقاضي لاتواجه عنصر القانون بل تتعلق بوسائل تطبيقية ، أي في مجال عنصر الواقع في الدعوى المدنية .

وتكمن الصعوبة بعدم طرح الخصوم للوقائع مجردة عن الاوصاف القانونية على الرغم من ان اضفاء تكييف معين على الوقائع ليست من مهام الخصوم وكذلك فانها ليست ملزمة للقاضي ، اذ انه يقوم باعطاء الوقائع الوصف القانوني اللازم ثم يطبق حكم القاعدة القانونية الاكثر انطباقاً على حيثيات النزاع ، ولايعد منه تعديلاً لعنصر الواقع في الدعوى المدنية .

وكذلك لايعد تدخلاً في الواقع استبعاد القاضي لبعض عناصر الواقع او افتراض وجودها . لان القاضي عندما يحدد الواقع المنتج لايقوم بذلك بشكل تحكمي وانما يستند الى قاعدة اثبات تستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون . وبعبارة اخرى فان القاضي لايحدد الوقائع التي يجد امكانية الاعتداد بها واستبعاد البعض الاخر إلا طبقاً لقواعد الاثبات التي تفرض عليه الاعتداد بوقائع معينة دون غيرها [٢٤]. وكذلك فان القاضي يملك صلاحية الاعتداد بوقائع في الدعوى لم يثيرها الخصوم ولم يتمسكوا بها بصفة خاصة لتأييد ما يقدمونه من ادعاءات[٢٥].

المطلب الثاني

اثبات الواقع

يتحدد دور الخصوم بالنسبة للواقع بالتزام قانوني يتمثل بتقديم الواقع وعرضه وتوضيحه للمحكمة ، ويلتزم الخصوم بإثبات الوقائع المنتجة بالأدلة التي نص عليها القانون[٢٦]، ويتوجب على القاضي الاخذ بعناصر الإثبات التي قدمت له وفقاً للقانون ويمتنع عليه أن يشكل قناعاته استناداً لمعلوماته الشخصية التي تحصل عليها من وقائع النزاع المطروح عليه خارج نطاق الدعوى[٢٧]. أذ أن القاضي له مطلق الحرية في تكوين قناعاته بالاخذ بما يطمئن اليه من اجل إثبات واقعة أو نفيها ، طالما أن ما توصل اليه وبنى قناعاته عليه ، له أصل ثابت في اوراق ضبط الجلسات ويستند الى منطق ثابت بخصوص ما رتبه من احكام.

وعليه فأن القاضي يقوم بنشاط ذهني يتحدد بما يطرح عليه من واقع ومن ادلة لإثبات ذلك الواقع . وكذلك في اختيار العناصر المنتجة في حسم النزاع شرط ان لا يتعدى في بحثه عن الحلول الاطار المطروح للدعوى التي يتصدى للفصل في موضوعها أذ أن استخلاص الواقع المنتج والمؤثر في حسم الدعوى يرجع الى المنطق في التحليل المتبع في كل وسيلة من وسائل الإثبات المتعلقة بالوقائع المعروضة امام القضاء ، اذ أن وسائل الإثبات تختلف من واقعة لاخرى استناداً لنصوص القانون.

ويقع عبء اثبات الواقع على الخصوم دون ان يكلفوا بإثبات القانون طبقاً للقاعدة التقليدية(القاضي يعلم القانون)[٢٨]

أو إثبات الوقائع المشهورة[٢٩]، كما لا يكلف الخصوم بالإثبات إذا وجدت قرينة قانونية لصالحهم وقد ينقلب عبء الإثبات لوجود قرينة حالة وقد يؤدي استخدام فكرة الافتراض الى ادخال أو استبعاد عنصر واقعي من الوقائع المطروحة في النزاع[٣٠]. ويتوصل القاضي الى صحة إثبات الواقع بجهد عقلي كبير للوصول الى الحقيقة وترتيب الأثر المناسب على وجوده ولذلك يعتمد على قواعد اساسية مرتبطة فيما بينها ارتباطاً وثيقاً تتمثل بمعرفة القاضي للعلاقات القائمة بين الظواهر التي شكلت فهمه الدقيق للواقع المطروح وربطه بنتيجة الحكم الذي توصل اليه.

وهي تعد المحصلة النهاية التي مثلت قناعة القاضي وحسن تقديريه وتقييمه للعناصر التي تفاعلت في الدعوى المنظورة امامه ، فاذا كانت قناعة القاضي امراً نفسياً محضاً فأن النتيجة التي توصل اليها تعد كاشفة لها من خلال الوقائع والاسانيد التي يقدمها تدعيماً لحكمه.

فالقاضي ومن خلال ما يطرح عليه من وقائع من قبل الخصوم ، يقوم باستخلاص المنتج منها وما يعد صالحاً بذاته لتحقيق الفروض القانونية ولا يتسنى له تحقيق ذلك، مالم يبدأ بوضع فرض يتعلق بنظرية او تصور عقلي بما يعتقد انه من العناصر ذات التأثير المباشر في موضوع الدعوى.

ويتعين عليه بذات الوقت ان يقتنع بصحة هذه الوقائع وصحة طرق اثباتها قبل بدأ عملية التكييف لاعمال حكم القانون الموضوعي عليها[٣١]، وكل ذلك ينعكس بطبيعة الحال على تسبب الحكم القضائي ، أن التصور الذهني لما يقدمه الخصوم من واقع ، امر يعترض علم القاضي وما يتمتع به من ثقافة قانونية ، وهي عملية ذهنية مجردة لا يتسنى التحقق من مصداقيتها وسلامة فهم القاضي لها الا من خلال انعكاس صورتها في استخلاص القاضي لهذه الوقائع من مجموع ما يعرض عليه في الدعوى. ان هذا النشاط الذهني الذي يبذله القاضي وصولاً الى تحقيق قناعاته بخصوص الواقع المطروح عليه في النزاع، يولدهُ موقف نفسي يتمثل بأستظهار الوقائع المنتجة والمتعلقة بالدعوى.

وبطبيعة الحال فأن هذا الاستظهار يستند الى سلطة القاضي التقديرية ولكن بحدود اعتبارات عديدة من ضمنها ما يتعلق بالتقيّد بموضوع الدعوى والالتزام بالوقائع المطروحة فيها ، بحيث يلتزم القاضي بمضمونها وعدم تعديها ومحاولة استخلاص عناصر الواقع المنتج من بين جميع العناصر المطروحة في النزاع بالاعتماد على قواعد المنهج العلمي وكذلك استهداف حسم النزاع في الدعوى استناداً للقواعد الموضوعية والاجرائية المناسبة.

ويرى البعض من الفقه ، أن ما يعرض على القاضي لا يتعلق بالمراكز القانونية الموضوعية للخصوم ممثلة بصورة ادعاءات شكلت عنصر الواقع في الدعوى المدنية وانما هي بمثابة أراء للخصوم عن هذه المراكز الموضوعية ليقوم القاضي من خلال الإجراءات المتخذة في سير الدعوى

بنشاط ذهني تقديري يهدف لتقييم ادعاءات الخصوم استناداً لأدلة الإثبات المحددة قانوناً وقواعد القانون الموضوعي كمعيار لهذا التقييم.

ليصل القاضي في النهاية الى تكوين عقيدته بخصوص ادعاءات الخصوم وهذا هو الرأي القضائي[٣٢]، والرأي القضائي بمفهومه المتقدم ، لكي يفرض على الخصوم لابد من تزويده بقوة قانونية ملزمة ، وهذه القوة هي التي تكسب الرأي القضائي صفته الموضوعية الملزمة استناداً لقواعد الاختصاص القضائي ، ويعد الامر القضائي اجراء جديد لم يكن موجوداً قبل صدور الحكم الفاصل في الدعوى ، وهو ليس أمر للخصوم يظهر بصورة الزام بسلوك معين ، وإنما هو أمر يعتد به الخصوم في سلوكهم الموضوعي دون رأيهم الذاتي [٣٣]. ويتأسس على ما تقدم ، أن الخصوم يملكون تقديم ادعاءاتهم واسنادها الى مجموعة الوقائع وتوضيحها للمحكمة ، دون الالتزام بتحديد القاعدة القانونية التي تنطبق على هذه الوقائع[٣٤].

ولا يستطيع القاضي تعديل عناصر الدعوى المتمثلة بالسبب او المحل أو الاشخاص [٣٥]، ولكن يتوجب عليه الفصل في المنازعات المعروضة عليه طبقاً للقانون حتى اذا لم يطلب الخصوم صراحة تطبيقه او اذا لم يستندوا الى اساس قانوني معين فيجب على القاضي في حدود الوقائع المثارة استخدام خبراته وفهمه العلمي للنظر في الموضوع على اوجه مختلفة للوصول الى الوصف القانوني الصحيح دون الاستناد على نص معين او تكييف طرحه الخصوم لان ما يقدمه الخصوم في هذه الخصومة لا يعدو قيمة المقترحات غير الملزمة [٣٦]، لان سيطرة القاضي في نطاق القانون مطلقة كأساس لتوزيع المهام الاجرائية بين القاضي والخصوم في الدعوى المدنية [٣٧].

ويجب ملاحظة ان القاعدة القانونية بجميع عناصرها لاتعد من مسائل الواقع ، حتى وان كانت في اصل وضعها التشريعي عبارة عن انموذجاً لما يتصوره المشرع من وقائع يراد حكمها بهذه القاعدة ، لذلك فأن القواعد القانونية بمجرد صدورها ونفاذها تنفصل عن الواقع الذي استمدت منه وجودها وتسمو عليه لاكتسابها صفات خاصة تتمثل بالعمومية والتجريد والالزام ، وتظل بوصفها المتقدم صالحة لحكم الواقع الذي يمثل مجرد فروض خاصة تفتقد لصفة العمومية والتجريد ولا يمكن اعطائها مدلولا مجرداً في الزمان والمكان، لأنها تفتقر لوجود عناصر عديدة لا يمكن حصرها تختلف باختلاف النشاط الانساني[٣٨].

ويعد القاضي في ظل القواعد المتقدمة خبيراً في القانون ولا ينتظر من الخصوم او وكلائهم ان يضفوا على طلباتهم اوصافاً قانونية او يحددوا القاعدة القانونية الاكثر انطباقاً على حيثيات النزاع[٣٩] . ولا يمكن له تفويض الغير في دراسة المسائل القانونية المثارة في الدعوى ولكن لايخل بالتزامه في هذا الشأن اللجوء الى خبراء اكثر منه تخصصاً دون ان يعد ذلك تفويضاً منه لسلطاته بالنسبة للقانون[٤٠].

وترتب قاعدة علم القاضي بالقانون الزامه اولاً بالبحث بنفسه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ولا تعفيه الصعوبات الناتجة عن تعدد التشريعات وتشابكها او غموضها او نقصها من هذا الالتزام[٤١]. وكذلك ترتب عليه التزاماً ثانياً يتمثل بالعلم بمضمون القاعدة القانونية من خلال تفسيرها باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع[٤٢].

ولكن قد تحتاج الدعوى الى ايضاح اكثر لمسائل الواقع أو تكون الوقائع كافية ولكن ادلة الاثبات المقدمة غير كافية لجعل الوقائع المدعاة ثابتة لاعمال حكم القانون عليها [٤٣]، فيحق للمحكمة استخدام سلطتها في استدعاء من ترى لزاماً لسماع شهادته لاظهار الحقيقية[٤٤]، فاذا تضمنت الشهادة وقائع جديدة فأن المحكمة لا تتقيد بالوقائع التي حددها الخصوم وطلبوا اثباتها بالشهادة ، بل لها الصلاحية التقديرية الواسعة بالاستناد على هذه الوقاع الجديدة لتكوين رايها . ولا يعد ذلك تدخلاً من المحكمة في مسائل الواقع لانها تحصلت على الواقع بطريق حدده القانون[٤٥]، ولكن بشرط اعطاء الخصوم الفرصة في مناقشة الوقائع الجديدة ، استناداً لحق الدفاع الذي يقتضي احترام مبدأ المواجهة الذي يمكن الخصوم من الالمام بها يقدم ضدهم من وقائع وادلة اثبات ويعطيهم الفرصة في الدفاع بخصوصة[٤٦].

ويجب تحديد مدى التزام القاضي بتطبيق قواعد القانون الآمرة أو المكملة سيما وان قواعد قانون المرافعات تتضمن نوعاً من القواعد القانونية يتوقف تطبيقها على إرادة الخصوم ، ومثالها قواعد الدفوع الشكلية النسبية المتعلقة بالدفع بعدم اختصاص المحكمة المكاني[٤٧]، وأبطال عريضة الدعوى [٤٨]، فهذه قواعد لا يلتزم القاضي بتطبيقها الا اذا تمسك بها الخصوم لانها غير متعلقة بالنظام العام.

ويستطيع القاضي استبدال النصوص لتصحيح الاخطاء القانونية التي ارتكبها الخصوم ولكن بشرط عدم المساس بالوقائع التي عرضها الخصوم واحترام مبدأ المواجهة فيما قدمه من تلقاء نفسه من مسائل القانون[٤٩].

ويلتزم القاضي بمعرفة العرف كمعرفته بالتشريع ويستطيع اثارته من تلقاء نفسه ولا يعد تدخلاً منه في ميدان الواقع[٥٠]. ويجب عليه تطبيقه حتى اذا لم يتمسك به الخصوم او لم يحاولوا اقامة الدليل على محتواه[٥١]، ولكن الصعوبات العملية تعترض الفكرة المتقدمة لاختلاف الاساس الفني لتكوين العرف عن تكوين التشريع ، فأذا كان القاضي لايعذر بجهل القانون فانه يعذر بالعرف لتفصيلاته وجزئياته الكثيرة ويستطيع ان يطلب من يحتج به من الخصوم ان يقيم الدليل على وجوده واثباته بكل وسائل الاثبات[٥٢].

المبحث الثاني

التقدير الموضوعي للقاضي

يتحدد مفهوم التقدير الموضوعي بالنشاط الذي يقوم به القاضي بالنظر لما طرحه الخصوم من واقع في الدعوى واستخلاص المنتج منه ، بهدف تطبيق حكم القانون عليه .

ويتحدد مفهوم القانون ، بمجموعة القواعد القانونية التي تنظم السلوك الاجتماعي للافراد وتتصف بالعمومية والتجريد وتقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة[٥٣]. والقاعدة القانونية هي الوحدة التي يتكون منها القانون وهي لاتتطابق بالضرورة مع إصطلاع النص القانوني ، فهي أي القاعدة القانونية قد تكون مكتوبة وقد تكون قاعدة عرفية درج الناس على اتباعها دون أن تنظم بنص قانوني مكتوب وقد تستمد من مصادر اخرى [٥٤]. والقاعدة القانونية بوصفها قاعدة عامة مجردة فهي شرعت بالاساس لطرح حلول حاسمة لمراكز واقعية متنازع عليها تتشابه في عناصرها الواقعية مع الفرض الكامن في ذات القاعدة القانونية وهي بالصورة المتقدمة تربط بين مايحدث في الواقع وطريقة تطبيقها اذا ما رفع ماحدث في الواقع للفصل فيه امام المحاكم . ويلاحظ ان هناك ثمة فارق بين اعتماد القاضي على الواقع الذي له أصل في أوراق ضبط الجلسات وبين إعتماده على الواقع الذي استند اليه الخصوم في تقديم طلباتهم فلا خلاف الى ان للمحكمة الاستناد الى واقع وأدلة مستمدة من ملف الدعوى، على الرغم من عدم تمسك الخصوم بها لتأكيد طلباتهم . ويعد هذا تطبيقاً لسلطة القاضي التقديرية في فهم الواقع الذي يحتوي عليه ملف الدعوى[٥٥].

ويستطيع القاضي التمسك بالبيانات المعدة لاجراءات الاثبات والتحقيق في الوقائع المقدمة حتى اذا لم يثر أحد الخصوم هذه البيانات أو لم يستند اليها لتأسيس الأدعاءات ودون أن يقوم القاضي بالطلب من الخصوم ضرورة تفسير هذه الوقائع [٥٦].

ويحق للقاضي دعوة الخصوم لتقديم تفسيراتهم وايضاحاتهم حول واقعة يرى انها ضرورية لحل النزاع[٥٧] . ويباشر القاضي هذه السلطة اذا تبين له ان الوقائع المثارة من قبل الخصوم في القضية مبهمة وغير واضحة ، فيحق له الزامهم بتقديم ايضاحات مكملة ليصل بذلك الى حقيقة الواقع بالوقائع التي يستند اليها في حسم النزاع . ولايعني ذلك إلزام الخصوم بتقديم وقائع جديدة ، بل يقتصر الأمر على حدود التوضيح للوقائع المقدمة فقط [٥٨].

وينبغي الربط في توضيح مفهوم سلطة التقدير الموضوعي للقاضي وبين موضوع القاعدة القانونية والتي تشكل الوحدة الأولية للنظام القانوني ، وتتكون من عنصرين الأول هو الواقعة الأصلية أو الفرض والثاني هو الحكم[٥٩] وبين الدعوى المدنية والتي تشكل مادة تحرك القاضي المدني والتي تتكون من الوجود المادي للوقائع وكذلك العناصر القانونية . ليقوم القاضي بعدها بتحصيل الفهم من

إيراد وقائع الأدعاء والدفوع المثارة في مواجهة الأدلة المقدمة لأثبات صحة الوقائع وصولاً لأصدار الحكم القضائي .

ويجب مراعاة سلامة التقدير الموضوعي للقاضي من خلال توافقه مع المصلحة التي هدف المشرع لتحقيقها من خلال اعطائه الصلاحية التقديرية للقاضي بخصوصها . فعلى مدى تطابق النتيجة التي توصل اليها القاضي مع المصلحة محل الحماية القانونية تتوقف صحة المعيار الموضوعي وصحة تقدير القاضي له . ولذا يجب على القاضي مراعاة مقتضيات صحة التقدير سواءاً أكان الموضوع يتعلق بعنصر الواقع أو عنصر القانون وإلاّ كان قراره محلاً لمراجعة محاكم الطعن بوصفه قد أخطأ في التقدير[٦٠].

ويبدو ان القاضي وان كان حراً في التقدير ، إلاّ انه ملزم باثبات صحته من خلال تحديده لعنصر الواقع وعنصر القانون ولمّ أخذ بهذا الوجه دون سواه ، ومن ثم يمكن القول ان تقديره لايخضع لرقابة محاكم الطعن بصورة مباشرة . وانما يتم بصورة غير مباشرة من خلال مراقبة عنصر النشاط القضائي الواقعية والقانونية واخضاعها لضوابط التسبيب والذي يمثل قيداً قانونياً مهما لمراقبة القاضي للتحقق من صحة تقديرية للوقائع والتدليل على ان رأيه استند لفحص جدي ودقيق لعناصر الدعوى وارتكز على مقدمات سليمة[٦١]

وسنبحث مفهوم التقدير الموضوعي للقاضي بمطلبين يتعلق الاول بالتقدير الموضوعي وعلاقته بعنصر الفرض في القاعدة القانونية ، ونتناول في الثاني التقدير الموضوعي لأثر القاعدة القانونية .

المطلب الأول

التقدير الموضوعي وعلاقته بعنصر الفرض في القاعدة القانونية

تتحلل القاعدة القانونية الى فرض وحكم حتى اذا لم تتم صياغتها بطريقة افتراضية مباشرة . بل ان أي طريقة تستخدم لصياغة القاعدة القانونية لاتتعارض مع امكانية تحليلها منطقياً الى فرض وحكم[٦٢] .

وعنصر الفرض في القاعدة القانونية قد يشكل حالة واقعية ، أو حالة قانونية ، أو حالة مختلطة بين الواقع والقانون .

وقد تشتمل الحالة الواقعية على وقائع طبيعية وقد تتكون من أفعال الانسان سواءاً أكانت مادية أو معنوية بشرط أن تخرج الى الواقع الملموس وقد تكون على شكل تعبير عن الارادة وقد تكون وقائع بسيطة وقد تكون وقائع مُركبة [٦٣].

وقد يتكون الفرض من حالة قانونية أو مركز قانوني قبل ان تنظم اليها بعض الوقائع أو تؤدي لأبرازها بعض صور التعبير عن الارادة ، وقد يتكون الفرض من مزيج من شروط مادية تتمثل بالضرر وعلاقة السببية وشروط قانونية تتعلق بالخطأ[٦٤] .

وبالتصوير المتقدم ، فأن الفرض يتكون من عناصر نموذجية منظمة مختارة من قبل المشرع ومستمدة من مجمل المصادر المادية وغير المادية التي يستلهم المشرع منها أسس التشريع . والفرض في القاعدة القانونية يتصف بكونه عاماً مجرداً ، لانه لايتحدد بوقائع وأشخاص بأعيانهم وأنما يتم تحديد أوصاف وشروط الفرض على الأشخاص والوقائع ليتهيأ للفرض عموم التطبيق ، بمعنى ان الفرض ينصرف الى الاشخاص الذين يتحقق فيهم الوصف المشار اليه في الفرض وكذلك الى الوقائع التي تتحقق فيه الصفات والشروط المذكور فيه[٦٥].

ويرى بعض الفقه [٦٦] ، ان السلطة التقديرية للقاضي تجد أساسها الشكلي في جميع الحالات التي يخول المشرع للقاضي حرية التقدير سواءاً عند مباشرته النشاط الاجرائي أو عند اقتناعه بالواقع أو تقديره للحكم ، وفي مثل هذه الحالات تجد سلطة القاضي التقديرية اساسها في تنازل المشرع عن ارادته في التحديد وترك القاضي ليقوم بذلك بدلاً عنه . ويلاحظ الباحث بخصوص الرأي المتقدم ، ان الموضوع لايتعلق بتنازل المشرع عن ارادته في التحديد وترك القاضي ليقوم بذلك بدلاً عنه ، وانما الأمر يتأسس عللى الفرق بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية من جانب وما يربط بينهما من جانب آخر وهو عنصر الواقع ، لأن هناك جدلاً واضحاً يقوم على اساس مرن وغير ثابت يجمع بين القاعدة القانونية وبين الدعوى المدنية يتمثل بعنصر الواقع ، لأن القاعدة القانونية بأصل تشريعها عبارة عن وقائع تصورها المشرع لضرورتها وأراد حكمها بهذه القاعدة . وأكتسبت بمجرد صدورها على شكل تشريع بصفات خاصة تتمثل بالعمومية والتجريد والالزام وأنفصلت عن الواقع العادي. ولكن هذه القاعدة القانونية بوصفها المتقدم تعود لحكم الواقع المقدم من قبل الخصوم مرة اخرى في الدعوى المدنية .

ويبدو ان إنتقاء المشرع لوقائع بذاتها واعطائها صفة العمومية والتجريد والالزام يقابله تفويضه للقاضي الصلاحية التقديرية لمواجهة الحالات غير المتناهية للوقائع التي تثيرها الدعاوى امام المحاكم . ان التحليل المتقدم يحكم الكيفية التي يدار بها النزاع امام القضاء ، فعنصر الفرض يمثل وقائع النزاع وعنصر الحكم أو الالزام يؤدي الى حل النزاع القضائي . اما القاعدة القانونية فتمثل الصلة المنطقية بين عنصر الفرض وعنصر الحكم .

ويربط القاضي بين الوقائع المثارة بصورة تجعلها متكاملة وعاكسة للوضع الواقعي الذي شكل موضوع الدعوى حتى اذا إكتملت صورة هذا الوضع وأصبح واقعاً منتجاً ذا أثر في تكوين قناعة القاضي بثبوت كل أو بعض الادعاءات .عمد القاضي لتحويله الى وضع قانوني واعطائه الوصف

القانوني المناسب والمستمد من القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق عليه. فالقاضي يحول الواقعة المادية الى مفهوم قانوني ، فيتداخلان بصورة تصبح معها الواقعة المادية كياناً للمفهوم القانوني الذي يشكل اساس الحكم القضائي . لان القانون لاينتج أثراً بذاته وانما تظهر آثاره المباشرة وغير المباشرة على الوقائع ومن هنا تبرز دراسة الوقائع القانونية . ولما كانت هذه الدراسة تتأسس على القاعدة القانونية فهي بالضرورة تؤدي الى جمود القانون ، لأن دراسة الوقائع القانونية تبدأ من الوقائع وبذلك يعود القانون الى طبيعة بوصفه مجموعة من وقائع مجردة وغير مجردة في ذات الوقت وتلتقي الوقائع الفعلية مع الوقائع القانونية المجردة[٦٧].

ولكن يبدو ان هناك ارتباط وثيق بين ارادة القانون وإرادة الواقع يصل الى عدم امكانية الفصل بينهما ، فأرادة القانون لايمكن البحث في مكنونها وأعمالها إلاّ اذا كان القاضي أمام أرادة الواقع وهو ينظر الدعوى . فأرادة الواقع هي التي تستجلب ارادة القانون[٦٨].

فالأرادة هي جوهر البناء الواقعي للواقعة القانونية وعنصر لايمكن تجاهله في تعريفها وهي ذات أهمية قصوى في أصل نظامها القانوني ولها مظهرين ، الاول يتصف بالثبات والسكون ويتعلق بنظرة القانون لها والثاني متحرك ومتغير ويتعلق بالنظرة الواقعية العملية[٦٩].

إن الواقعة لكي تصلح ان تكون سبباً منتجاً للمفاعيل القانونية ، فأنها يجب ان تتبلور بصورة مادية واضحة بحيث يتحدد مضمونها كما تتحدد علاقتها بموضوع الدعوى . إذ ان هذه الواقعة ضرورية لتشكيل الأساس الواقعي الذي سيبنى عليه الحل القانوني للمسائل المتفرعة عن هذه الواقعة . فهذه الواقعة تنتج آثاراً قانونية ترتد بأثرها الملزم على من أحدثها بترتيب مسؤوليته . وان مجمل الوقائع لاتتصف بالصفة القانونية إلاَ اذا كان من شأنها انتاج مفاعيل قانونية وإلاّ ظلت مجرد حدثاً عادياً لامعنى له من الناحية القانونية .

ويرى البعض من الفقه[٣] ان سلطة القاضي التقديرية يرد عليها قيد مستمد من الباعث النفسي أو من السبب النفسي في العمل القضائي والسبب عنصر طبيعي ومؤثر في الارادة الانسانية . والعمل القضائي هو اعلان عن ارادة لها قدر من السلطة التقديرية ، فأن الامر يقتضي الاعتداد فيه بالباعث الدافع ومراقبة إنحرافه عن الغاية الموضوعية التي سببت أصدار القرار القضائي لضمان عدم تجاوز حدود السلطة التقديرية .

ويرى الباحث ان خلطاً بين مفهوم الارادة التشريعية وارادة التصرف عند الافراد وبين مفهوم الارادة في الاجراءات المدنية ، لان الاجراءات المدنية سواءاً أكانت صادرة عن القاضي أو الخصوم لايمكن عدّها تصرفات قانونية وانما هي اعمال قانونية وبذلك يتضح دور الارادة المميز في التصرفات القانونية عن دورها في الاجراءات المدنية .

ان سلطة القاضي التقديرية واضحة في اطار عنصر الفرض ، لان دوره يتمثل في اعطاء الوصف القانوني للواقع المقدم من قبل الخصوم . إلاّ ان دوره المتقدم تعتريه إشكاليات متعلقة بالاوصاف القانونية للواقع التي يقدمها الخصوم ووكلائهم ، فيعمل القاضي على اختيار الأوصاف الأكثر انطباقاً على عنصر الفرض في القاعدة القانونية ويعطيها التوصيف القانوني المناسب . واذا لم يجد القاضي واقعاً مقدماً مناسباً ، تدخل لأعطاء الواقع الوصف القانوني مستنداً في ذلك الى النص أو المبدأ القانوني المستخلص من مجمل القانون الوضعي . والقاضي في هذه الحال حر في تكوين قناعته بالواقع المعروض عليه فيعتمد ما يكون معبراً عن الحقيقة التي يسعى لتأكيدها من خلال حكمه الفاصل في موضوع الدعوى . ولكن هناك حدود لسلطة القاضي في تقدير الواقع من حيث عدم تشويه المضمون ، بحيث لايعطيه معنى لايحتمله في تفصيلاته وماهيته[١]. ويكون التقدير الذي يباشره القاضي من خلال السلطة التقديرية موضوعياً حينما يتعلق بالتزام تحمل به المدين استناداً لمصدر من مصادر الالتزام . ولكن يؤخذ القاضي بنظر الاعتبار بعض العناصر المادية لدى تحديد مضمون الالتزام الذي طرأ عليه الاخلال .

ويسود المعيار الموضوعي القضاء المدني حيث يصل الأخذ بالجوانب المادية مداه بغية ترسيخ الاستقرار في الحياة القانونية . ويمكن تحديد مفهوم المعيار الموضوعي من خلال نظرة المشرع وسعيه لأقامة معايير عامة ثابتة ، قائمة على التجربة المستخلصة من مراقبة السلوك المتوسط .

ويلاحظ ان اعمال قواعد المعيار الموضوعي عند التطبيق يستوجب مراعاة عدة عوامل لتحقيق العدالة تتعلق بتقدير القاضي لمختلف الظروف التي تحيط باعمال المعايير التشريعية من خلال تقريب روح النص القانوني للظروف الخاصة بالواقعة المتنازع عليها .

ويتأسس التقدير الموضوعي على افتراض ذي وجهين الأول يتعلق بوجود قاعدة قانونية والثاني يتعلق بوجود دافع مقدم من قبل الخصوم والادعاء بأنه صالح لتطبيق القاعدة القانونية عليه . ويتعين على القاضي ان يتجرد في بحثه للواقع المثار ، عن الظروف الداخلية الخاصة المتعلقة بالواقعة التي يتناولها بالبحث من اجل حسم النزاع الحاصل بخصوصها . ولكن هذه الظروف الخاصة والتي تكون محل التقدير القضائي لايمكن استبعادها تماماً ولذلك يرجع القاضي الى معيار السلوك للشخص المعتاد والذي يتسم بصفة العمومية[١].

المطلب الثاني

التقدير الموضوعي وعلاقته بعنصر الحكم في القاعدة القانونية

الحكم هو الأثر القانوني الذي يرتبه القانون على الفرض او الواقعة الأصلية ويعد العنصر الهام في القاعدة القانونية ، اذ انه يضع معياراً عاماً للسلوك ينطوي على التزام بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل[٧٣٢].

وعنصر الحكم في القاعدة القانونية ينصرف الى كل الاشخاص الذين يتحقق فيهم الوصف الوارد في عنصر الفرض ، وكذلك كل الوقائع التي تتحقق فيها الصفات او الشروط المذكورة فيه(٧٤)

ويمكن تلمس عنصر الأثر في القاعدة القانونية ، بما يوجبه القانون اذا تحقق عنصر الفرض ، وهو ينظم من قبل المشرع في القواعد القانونية ويتسم بصفة العمومية والتجريد(٧٥).

وتجدر الاشارة الى ان القواعد القانونية الاجرائية أو الموضوعية تمنح القاضي سلطة تقديرية معينة في مواجهة الأثر القانوني الذي تشتمل عليه هذه النصوص . وتبدو الصورة الواضحة لذلك في عنصر الحكم للقواعد القانونية التي تجيز للقاضي اعمال أثر معين عند تحقق شروط معينة أو عدم إعماله . كما في حال الحكم الذي يصدره القاضي ويحدد مضمونه بما يؤدي الى رد التزام المدين الى الحد المعقول ، بعد التحقق من أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً بحيث يهدد المدين بخسارةٍ فادحة ، استناداً لنظرية الظروف الطارئة (٧٦). او في تلك الحالة التي تخول القاضي الأختيار بين اعمال اكثر من إثر قانوني وارد في ذات القاعدة القانونية (٧٧).

ان مادة التقدير الموضوعي للقاضي في حدود عنصر الحكم في القاعدة القانونية ، يتحدد بتصور القاضي للقاعدة القانونية ومعرفة اسلوب صياغتها الفنية ووقائع النزاع المعروض عليه .

ويبرز أثر الصياغة الفنية في الموضوع ، لأن قواعد القانون كأصل عام تنقسم الى قواعد مرنة وقواعد جامدة ولذلك فأن تطبيق القانون يتم بطريقة تقديرية مرنة أو بطريقة جامدة مقيدة وذلك بحسب طبيعة القاعدة التي يعمل القاضي على تطبيقها .

كما ان تطبيق القانون يتحلل بدوره الى عنصرين تصور للوقائع وقرار، والمقصود بتصور الوقائع هو ادخال المسألة المعروضة في الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون . اما القرار فهو اخضاع المسألة للحل الخاص الموجود في القاعدة القانونية ذاتها . فاذا كان تصور الوقائع يتم بطريقة آلية لا دخل للارادة فيها وكان القرار نتيجة منطقية للتصور ، فأن تطبيق القاعدة القانونية لايكون تقديرياً.

اما اذا تم تصور الوقائع بطريقة إرادية غير آلية وكان القرار لايترتب بصورة تلقائية على ذلك التصور ، بل يستند على إرادة الشخص القائم بتطبيق القانون فأن التطبيق في هذه الحالة يكون تقديرياً (٧٨). وفي الحالة الاولى فأن العملية تكون بمثابة قضية منطقية تؤدي فيها المقدمات الى نتائج ويمكن مقدماً معرفة القرار الذي سيتخذ، وفي الحالة الثانية يستحيل معرفة نتيجة القرار قبل قيام القاضي بتطبيق القاعدة القانونية .

ولذا فان تطبيق حكم القاعدة القانونية بطريقة مقيدة يعني ان تطبيقها تم بمباشرة الاختصاص المقيد أما تطبيق حكم القاعدة بطريقة مرنة ، فأن من قام بذلك يمارس اختصاصاً يتضمن سلطة تقديرية .

ولايعدو ان يكون التقدير بمثابة تهيئة أولية لمجمل النزاع يقوم بها قاضي الموضوع استناداً لسلطته ، منظوراً اليها من خلال عنصر الحكم في القاعدة القانونية التي يرى احتمالية انطباقه على حيثيات النزاع . ولكن لابد من الاشارة ان مسألة التقدير المتقدمة لاتتعلق بأثر عنصر الواقع او عنصر الحكم في القاعدة القانونية بل يجب ان يسبقه تقدير لواقع الدعوى من خلال تجريده من العناصر المرتبطة باشخاص الدعوى والتي لاتؤثر في مضمونها وتقديره للمعيار العام المجرد في عنصر الحكم الموجود في القاعدة القانونية [٧٩].

ويبدو ان هناك ارتباطاً يصعب فصله بين التقدير والتكييف ، لأن كلا الامرين يردان على عناصر واحدة ويقوم بها شخص واحد يحمل ذات الصفة في مباشرته لعمله القضائي . والفارق الوحيد بينهما يوجد في الاعمال الممهدة لتهيأة النزاع لتطبيق القاعدة القانونية عليه وهو بذلك يسبق التكييف. وبعد قيام القاضي بالتكييف يعود التقدير مرة أخرى لتحديد أثر القاعدة القانونية على واقع النزاع، ويكون التقدير بذلك سابقاً على التكييف من حيث التمهيد له لاحقاً عليه من حيث تطبيق عنصر الحكم للقاعدة القانونية المختارة . ويشكل ذلك عملية متداخلة مركبة لاتخلو من التعقيد ولكن يواجهها القاضي من خلال سلطته التقديرية [٨٠]. ويجب على القاضي ان يحدد للوقائع المتنازع بشأنها ، تكييفها القانوني المنضبط دون التقيد بالأوصاف المقترحة من قبل الخصوم [٨١] . لأن الخطأ في التكييف ينتج عنه الخطأ في تطبيق القانون مما يجعل من الحكم القضائي عرضة للفسخ أو النقض . لذا يعمل القاضي على اعادة تكييف الوقائع من قبله ، لأن التكييف الصحيح لايتم إلاّ مرة واحدة[٨٢].

ويثير القاضي من تلقاء نفسه وسائل القانون البحت مهما كان الاساس القانوني الذي قدمه الخصوم[٨٣] . ويواجه القاضي بما له من سلطة تقديرية حالة تقديم الخصوم لقواعد قانونية لاعلاقة لها بوقائع النزاع او الاستناد الى نصوص غير واجبة التطبيق. ويمكن حدوث حالات استناد الخصوم الى نص خاطئ او غير واجب التطبيق او تكييف غير صحيح ،في حالة كون الخصوم يباشرون الاجراءات القضائية بأنفسهم دون توكيل المحامين . ولكن يشترط لأثارة وسائل القانون البحت من قبل القاضي وتطبيق النص الصحيح دون الاخذ باوصاف الخصوم . ان يقدم الخصوم الوقائع التي يستند اليها القاضي في الأخذ بالنص الواجب التطبيق بشكل بارز وان يكون مرتبطاً باجراء المواجهة بين الخصوم[٨٤]. وقد أكد الفقه الفرنسي على ضرورة الربط بين الفقرة (٣) من المادة (١٢) مرافعات والمادة (١٦) مرافعات ، بحيث لايعطي القاضي صلاحية تقديرية بخصوص الحكم بناءاً على وسيلة قانون بحت من تلقاء نفسه إلاّ بعد تأكيد اجراء مواجهة بين الخصوم[٨٥]

وفي بعض الاحيان لايستطيع القاضي استعمال صلاحيته التقديرية في تغيير الاساس القانوني الذي اتفق على تقديمه الخصوم صراحة ، اذا تعلق ذلك بحقوق يملكون حرية التصرف فيها . ويستطيع الاطراف تقييد القاضي بالتكييف المقترح والنطاق القانوني الذي يحددون فيه النزاع القضائي[٨٦].

ويرى البعض ان السماح للخصوم بمخالفة القانون من خلال المطالبة بتطبيق نصوص غير صحيحة أو الاتفاق صراحة على تكييف لايطابق صحيح القانون يؤدي بالنتيجة الى تطبيق زائف للقانون ، لذلك فان هذه السلطة الممنوحة للخصوم في هذا النص أهملت بمرور الوقت لعدم التطبيق[٨٧].

وللقاضي سلطة تقديرية في مجال تفسير حكم القاعدة القانونية ، لان القانون يعتريه القصور في بعض الحالات عن مواجهة ظروف الواقع المتجدد للحياة في المجتمع والأخذ بالاعتبار الحقائق المادية والفكرية السائدة فيه .ويواجه القاضي الواقع المتجدد بايجاد الحلول المناسبة له عن طريق التفسير الواسع[٨٨] . وبدون اعمال ما تقدم فأن ذلك يؤدي الى جمود القانون وتوحيد الحلول القضائية المتعلقة بتطبيقه حيث سيكون التفسير واحداً لذات الأثر الموجود في القاعدة القانونية لدى المحاكم. ولذلك فأن الأمر المتقدم صعب التحقق من الناحية الواقعية .حيث يختلف التفسير الذي يعطي لاثر حكم قاعدة قانونية معينة من حالة لاخرى ومن محكمة لأخرى استناداً للوقائع المثارة والتي تقدم بصورة مغايرة تماماً من قبل الخصوم في كل دعوى جديدة حتى وان اتفقت مسمياتها وأسسها القانونية.

ولكن يبقى لمحاكم التمييز أو النقض الرقابة على سلطة قاضي الموضوع في التفسير ، اذ ليس له أن يخرج في تفسيره للنصوص عن المعنى الظاهر لصياغتها . واذا خالف ذلك فيجب عليه ان يبين في حكمه لمّ عدل عن المعنى الظاهر الى خلافه، وكيف استنتج من الصياغة المعنى الذي أخذ به ورجح انطباقه على حيثيات النزاع. بحيث يتضح أن القاضي قد اعتمد في تأويله لحكم القاعدة القانونية على اعتبارات معقولة يصح منها استخلاص ما استخلصه منها[٨٩] .

ويبدو ان السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع في نطاق تفسير أثر القاعدة القانونية واضحة على الرغم من رقابة محاكم التمييز أو النقض .اذ منعت محكمة النقض الفرنسية من تفسير القانون تفسيراً ملزماً لبقية المحاكم ،على اعتبار أن تفسير القانون ليس من اختصاص السلطة القضائية بل هو من اختصاص السلطة التشريعية. ويكون على محكمة النقض اللجوء الى السلطة التشريعية لإصدار قانون تفسيري يتعلق بالمسألة القانونية المثارة أمامها والتي تحتاج الى تفسير تتقيد به المحاكم على مختلف درجاتها[٩٠]، وكذلك فأن المبادئ التي تقرها محكمة النقض الفرنسية لا تكون ملزمة للمحاكم الأخرى الأدنى منها درجة ، وان مخالفة تلك المبادئ لا يعد سبباً للطعن بالنقض لأنها ليست في مرتبة القانون وان كانت لها قوة أدبية . ولذا فأن القاضي الأدنى درجة يملك مخالفتها استناداً لسلطته التقديرية . بل أن محكمة النقض ذاتها من الممكن أن تتبنى الأحكام المخالفة لمبادئها والصادرة عن المحاكم الأخرى الأدنى درجة أذا كشفت عن مبدأ قانوني رأت محكمة النقض انه جدير بالاعتبار[٩١].

المبحث الثالث

سلطة التقدير الشخصي للقاضي

يختلف التقدير الموضوعي للقاضي الذي يرتبط بالوضع المادي الظاهر عن التقدير الشخصي للقاضي والذي يعتد بالعناصر الشخصية للخصم لما لها من أثر بالغ الأهمية في النتيجة التي يتوصل اليها القاضي، إذ يقيس كل خصم بمدى فطنته ويقظته وما يتمتع به من حرية وأدارك عند مباشرة سلطته التقديرية.

ويواجه القاضي بناءاً واقعياً بهدف تطبيق حكم القانون عليه، ويجب على القاضي قبل ذلك أن يقوم باجراء التقدير الشخصي ويتم ذلك عن طريق التثبت والفهم لمضمون القاعدة القانونية المحتملة التطبيق على الواقع المقدم من قبل الخصوم . وبعد ذلك يتثبت القاضي من مجموعة الوقائع المقدمة اليه ويقوم بتقديره الشخصي بأظهار معنى الواقع في ضوء مقارنته بسلوك الخصم ذاته . فالمعيار الأساس في التقدير الشخصي للقاضي يتم بتقدير الوقائع بالنسبة للشخص المطلوب حمايته ، فينظر الى سلوكه العادي ولا ينظر الى سلوك شخص عام مجرد كما في التقدير الموضوعي[٩٢].

وقد يحدد القاضي بما له من سلطة تقدير شخصي الخطأ المشترك الذي لا يعفي من التعويض في الاحوال كافة . وقد ثبت له من خلال الوقائع حصول تعدي المتعاقدين على الأخر ووصف بانه انحراف في تنفيذ شروط العقد الاّ أنه كعمل مادي يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا جناح عليه اذا قام باجراء تقدير وموازنة بين العمل المادي الذي قام به المستأجر من تغيير لشكل المأجور وبين امتناع المؤجر من تنفيذ شروط العقد ومعرفة ما اذا كان احد الخطأين يستغرق خطأ الأخر أو يتجاوزه فأن التعويض يكون مستحقاً لمن كان خطأه ادنى[٩٣].

ويرى بعض الفقه أن التقدير الشخصي ينطوي على عيب جوهري لا يصلح معه أن يكون مقياساً منطقياً، كما يتطلبه من تحديد نسبة الانحراف في السلوك للخصم وما يتطبه من كشف ما فيه من يقظة وهو أمر نفسي داخلي يختلف باختلاف الاشخاص . وما يمكن أن يؤديه ذلك الى الاضرار بحقوق المتضرر ضحية هذا الانحراف وما الذي يعينه وقد لحقه الضرر ، من أن يكون من تسبب فيه شخص فوق المستوى العادي أو دونه[٩٤].

وسنتناول موضوع التقدير الشخصي للقاضي بمطلبين ، يتعلق الأول بنشاط القاضي الذهني ويتحدد الثاني بمادة نشاط القاضي.

المطلب الأول

نشاط القاضي الذهني

أن الافكار التي تتضمن قواعد عامة كقاعدة الخطأ في نطاق المسؤولية العقدية أو التقصيرية ، تبين بوضوح الحالات التي يعالج فيها المشرع الروابط القانونية الشخصية في جانبها السلبي . كالحالات المتعلقة بالمواد الخطرة والتي تتطلب عناية خاصة في طريقة حفظها وخزنها واستعمالها للوقاية من ضررها ، فيكون من يملك التصرف في هذه المواد مسوؤلاً عما تحدثه من ضرر[٩٥]. فينبغي على القاضي اعمال نشاطه الذهني لخصوصيات ذات صلة مباشرة باشخاص الخصوم ويتفرد باستخلاص المؤثر منها من خلال الاستناد الى ما لديه من موجهات شخصية بغية الوصول الى نتيجة من شأنها تطبيق القانون لحسم النزاع . واذا كان نشاط القاضي الذهني التقديري يدخل في مكونات الواقع والقانون ، فأن هذا الامر على بساطته الظاهرية يعد من الصعوبات الكبيرة في اطار سلطة التقدير الشخصي للقاضي ، ويعود السبب في ذلك الى عدم وجود معيار ذا طبيعة نموذجية عامة يحكم الموضوع بل على العكس من ذلك يحاول القاضي الاستغراق في دراسة الظروف الشخصية لاطراف النزاع حتى يصل الى حدود تأثيرها على قراره . وكذلك فأن اختلاف الظروف الشخصية باختلاف الوقائع المختلفة المقدمة الى القاضي من دعوى لاخرى لا يسمح بان يشكل ذلك معياراً عاماً ولذلك برزت صعوبة موضوع التقدير الشخصي للقاضي.

وتنحصر عناصر التقدير الشخصي ابتداءاً في النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي ، لأن النزاع حينما يعرض عليه فأنه يخضع لقواعد قانونية من الممكن ان يختار منها ضمن حدود سلطته التقديرية ما يناسب. ويقوم بانزال حكمها على الوقائع المقدمة من قبل الخصوم بعد اضفاء الاوصاف القانونية عليها من خلال تحديد المصلحة المستهدفة بالحماية من القاعدة القانونية. ويتعين على القاضي ان يبذل نشاط ذهنياً لفهم هذه المصلحة والتي قد تكون عامة أو خاصة ، ويتم التقدير الشخصي للقاضي على عنصرين هما الواقع والقانون .

ويكون تقدير القاضي الشخصي واضحاً اذا احيل الى قاعدة مكتوبة أما اذا أحيل نشاط القاضي الذهني الى موجه عام أو قواعد العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي ، فأن سلطة القاضي يتسع مداها إذ ان القانون قد يحدد حمايته لمصلحة شخصية خاصة ويترك للقاضي مهمة تحديد الأثر القانوني المترتب على هذه الحماية . كمسألة تقدير الرهبة المتولدة عن الاكراه والدافعة للتعاقد والقاضي بما له من سلطة تقدير شخصي هو الذي يستخلص من الوقائع المطروحة عليه تقدير درجة الاكراه ومدى تأثيره مسترشداً في ذلك بالمعيار الذاتي ، حيث ينبغي ان يراعي في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الاكراه[٩٦].

أن مبدأ سيطرة الخصوم عل الوقائع يعد ترجمة لمفاهيم سياسية تحدد علاقة الفرد بالدولة أكثر من كونها ترجمة لاعتبارات فنية لأطار الخصومة المدنية . ولكن المبدأ المتقدم تعرض لهزة عنيفة بفعل تزايد سلطة التقدير الشخصي للقاضي في استنباط وتحديد الواقع المنتج وفي مجال اثباته والاعتراف له بدور نشط في تحديد عناصر الواقع والقانون . فالصيغة التقليدية التي تقضي بالزام القاضي بالفصل في الطلبات المقدمة له في الحدود التي ثبتها الخصوم في طلباتهم الختامية ، يجب ان تكتمل بصيغة اخرى تتأسس على نشاط القاضي الذهني وتحديده للقاعدة القانونية التي يصل فيها الى الفصل في الدعوى ، حتى اذا لم يطلب منه الخصوم تطبيقها بشكل صريح[٩٧].

ويكون القاضي حراً في تكوين قناعاته المستمدة من نشاطه الذهني المتميز، فلا يلزم ان يكون الدليل الذي يستند اليه القاضي صريحاً ومباشراً في الدلالة على ما يستخلصه القاضي من حكم . بل له أن يرتكز في تكوين قناعته على الصورة الصحيحة لواقع الدعوى واستظهار الحقائق القانونية المتصلة بها وإرجاع ذلك الى ما يستخلصه من تجميع العناصر المطروحة بطريق الاستنتاج والاستقراء وكافة المكنات العقلية ، فلا يَعِيبْ الحكم استناداً القاضي فيه على دليل غير مباشر[٩٨].

ويرتبط التقدير الشخصي للقاضي بتقديره لادلة الاثبات ، وهو نشاط ذهني يقوم به القاضي لمعرفة مقدرة دليل ما على اثبات واقعة اخرى ، أي استنباط واقعة أو نتيجة غير ثابتة من واقعة ثابتة ، وتقدير ادلة الاثبات على النحو المتقدم يعد عملية ذهنية تعقب اثبات وجودها وهي تعتمد على مجمل وقائع الدعوى وظروف اطرافها الشخصية [٩٩]. وهي ليست ثابتة دائماً للقاضي ، اذ ان من الادلة ما يقتصر دور القاضي على التحقق من وجودها ولا يكون أمامه الاّ اعمال الأثر الذي حدده المشرع لها ، وتتوقف فاعلية ذلك على ما يمنحه المشرع للقاضي من صلاحية تقدير شخصية لادلة الاثبات ، فحيث يمنح المشرع القاضي قسطاً من الحرية في تكوين عقيدته تظهر سلطته في تقدير ادلة الاثبات[١٠٠].

وأما فهم الواقع فأنه يعني سلطة القاضي في كشف المعنى الحقيقي لعناصر الواقع الثابتة لديه وهو نشاط ذهني يقوم به القاضي اعتماداً على معطيات غير قابلة للحصر، فقد يعتمد القاضي في ذلك على فهم القواعد اللغوية ذاتها كما قد يعتمد على مقارنة العناصر الثابتة لديه ببعضها والفهم على هذا النحو قد يرد على اساس الادعاء ذاته كما قد يرد على ادلة الاثبات[١٠١].

المطلب الثاني

مادة نشاط القاضي

يطبق القاضي القاعدة العامة المجردة على الحالة الواقعية المعروضة عليه بتحريه عن القاعدة التي تنطبق على تلك الحالة انطباقاً تاماً. ولكن ذلك لايتم بسهولة ، اذا ان الواقع يعرضه الخصوم وسط ظروف وتفاصيل لا تكون على ذات الدرجة من الاهمية القانونية أو أنها لا تكون على أقل تقدير على

ذات المستوى من القيمة . لذا يتعين على القاضي إستخلاص العناصر الأساسية للحالة الواقعية ولكن يعترض الوصول لذلك تعقيداً أخر يتمثل بعدم إنطباق قاعدة بعينها على تلك الحالة الواقعية ، بل يتنازع ذلك جملة من القواعد القانونية والنصوص يؤثر بعضها بالبعض الأخر . ويقوم القاضي بالنظر الى مجمل تلك النصوص للوصول الى نظرة المشرع الكلية بصددها ولا ينظر الى قاعدة بمعزل عن الأخرى[١٠٢].

ويتم تطبيق القانون على الحالة الواقعية المعروضة من قبل القاضي بطريق الاستدلال القياسي ، إذ تعتبر القاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى في هذا الاستدلال وتكون الحالة الواقعية المعروضة أمام القاضي هي المقدمة الصغرى ويكون الحكم هو النتيجة المنطقية لهذا الاستدلال[١٠٣] .

وقد قاد مسلك التفكير لدى فقهاء القانون لأنقلاب حقيقي على مستوى التعليل القانوني .إذ لم يعد حدوث الواقعة (مادية أو قانونية) يشكل نقطة الأنطلاق في كل نقاش ، بل على العكس من ذلك فأنه يمثل نقطة التوصل الى سلسلة طويلة من القياسات تبتدأ بالقانون الطبيعي والقوانين الوضعية العامة وتنتهي بتطبيق القاعدة القانونية الخاصة.

ويترك التعليل القانوني الذي يجريه القاضي لما هو محتمل الوقوع ويتجه صوب اليقين عن طريق اعمال المنطق . ليكون كمن يبحث عن النص الذي يحقق العدالة وفقاً لما قدم أمامه من وقائع ، ليصل الى حكمه ، بواسطة قياس واحد ونهائي ويتأتى له ذلك عن طريق التنسيق بين المقدمين ، إذ تعتبر الصيغة العامة للقانون بمثابة المقدمة الكبرى أما القضية ووقائعها فهي بمثابة المقدمة الصغرى ، ويستنبط القاضي الحكم بالمعنى عن طريق مقارنة المقدمتين ويسقط الواقعة تحت وطأة حكم القانون العام[١٠٤].وتتحدد مادة النشاط في التقدير الشخصي للقاضي على مسائل الواقع ومسائل القانون ولكن الأمر المتقدم تعتريه صعوبات كبيرة تتعلق أولاً بعناصر الدعوى المدنية والتي تنقسم الى واقع وقانون . وتحديد مدى الصلاحية التقديرية لقضاة الموضوع في حدود عنصر الواقع وعنصر القانون ، وعلاقة ذلك بالتنظيم الفني للخصومة المدنية ومحاولة ضبط الدور المتبادل بين القاضي والخصوم فيها.

ويبدو أن الأمر المتقدم قد اختلفت التشريعات في تنظيمه ، فمنها ما فوضت القاضي صلاحية تقدير واسعة للواقع والقانون[١٠٥]، ومنها ما ترك نسبياً عنصر الواقع للخصوم وترك عنصر القانون بمطلقه للمحكمة[١٠٦]. ومنها ما فصل تماماً بين عنصر الواقع وإبقائه للخصوم دونما سلطة تقديرية تذكر للقاضي وإعطاء المحكمة الصلاحية التقديرية الكاملة لعنصر القانون[١٠٧]. وتتعلق ثانياً ، بعناصر القاعدة القانونية التي يتوصل اليها القاضي عن طريق التكييف على أنها الاحتمال الأقرب للانطباق على وقائع النزاع.

حيث إن هذه القاعدة القانونية تنقسم أيضاً الى عنصر الفرض وعنصر الحكم ، وكلاهما مؤثر في استعمال صلاحية التقدير الشخصي للقاضي إذ إن ذلك يتصل بالواقع والقانون.

ويباشر القاضي مهمتين ، تتعلق الأولى بإثبات وقائع الدعوى وفقاً لقانون الإثبات والثانية تتعلق بتحديد النص القانوني الأقرب للتطبيق بعد استكمال الإجراءات المتعلقة بالتفسير والتكييف(١٠٨).

ولكن هناك تداخلاً واضحاً بين عنصر الواقع وعنصر القانون في القاعدة القانونية، فعنصر القانون يبدو في المقدمة الصغرى متداخلاً مع مجال الواقع عند تكييف الواقعة من قبل القاضي. ثم يعود هذا التداخل مرة أخرى في النتيجة التي يصل اليها القاضي عند إصدار القرار وهو أمر يمتزج فيه القانون بقيوده الدقيقة مع الواقع بأوصافه المطلقة .

والقاضي في تحديده للواقع المنتج في الدعوى وتطبيق حكم القانون عليه لا يفعل ذلك الإ بنشاط فكري منظم ينتقل القاضي فيه من مرحلة الى أخرى من مراحل الدعوى فيبتدأ بدراسة الدعوى دراسة مستفيضة ويقوم بتحديد دقيق لأصل النزاع سواءاً أكان ذلك متعلقاً بوقائع مادية أم بمسائل قانونية ، لأن التحديد الدقيق للوقائع هو مفتاح الحل السليم للدعوى(١٠٩). ويخضع نشاط القاضي الفكري للمنطق السليم الذي يعصم من الخطأ في تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق والعمل على تكييف الواقعة من الناحية القانونية وتطبيق حكم القانون عليها وهو الذي يحكم تبرير إقتناع المحكمة بواقعة بذاتها(١١٠).

ويبدوا أن التقدير الشخصي في حدود عنصر القانون لا يتعلق بالضرورة بطريقة فهم القاضي لنشأة القاعدة القانونية والنظريات العامة المجردة التي استندت اليها. بل أن قيام القاضي بتفسير القاعدة القانونية والعمل على تطبيقها بصياغة الحكم القضائي في حالة محددة ، يهدف الى تحديد المصلحة المستهدفة بالحماية من تشريع القاعدة القانونية .

أن القواعد القانونية المشرعة تستند في تحديد المصالح محل الحماية القانونية على مصلحة تتعلق بالمجتمع عامة ، كما في القواعد الجنائية أو تتعلق بحماية مصالح أفراد بأعيانهم كما في القواعد المدنية وذلك في الأحوال التي تفرض على هؤلاء الاشخاص التزامات عامة .

وقد تحمي القواعد القانونية مصالح خاصة للافراد وذلك في الأحوال التي تحيط الأفراد بحماية قانونية خاصة . ولذلك فأن مادة التقدير الشخصي للقاضي تتعلق بترجيح مصلحة مستهدفة بالحماية القانونية على مصلحة أخرى في حدود المصالح التي يحميها القانون.

فأذا كانت المصلحة المرجحة من قبل القاضي تستهدف تحقيق المصلحة العامة أو مصلحة الطرف الذي يتحمل الالتزام كان التقدير موضوعياً، أما أذا كانت المصلحة المستهدفة تتعلق بالطرف الذي يريد القانون حمايته فيكون تقدير القاضي شخصياً(١١١).

ويمار س القاضي صلاحية من خلال جهده التقديري في تحديد المانع الذي حال دون الحصول على الكتابة لإثبات تصرف قانوني يتوجب إثباته بالدليل الكتابي . والمانع أما أن يكون مادياً أو أدبياً وهو

في كل الأحوال يعد واقعة مادية يكلف بإثباتها الخصم الذي يدّعيها بجميع طرق الإثبات ولم تورد التشريعات صوراً للمانع المادي أو الأدبي بل تركت الأمر لسلطة القاضي التقديرية[١١٢].

ويكون المعيار الذي يعتمده القاضي في تقديره للمانع الأدبي أو المادي هو معيار ذاتي أو شخصي وذلك لأن المصلحة التي يحميها القانون في مثل هذه الأحوال تمثل مصلحة خاصة.ويتعلق التقدير الشخصي للواقع بحدود ما يطرحه الخصوم من وقائع في النزاع المعروض، ويمتنع على القاضي المساس بالبناء الواقعي للدعوى والذي طرحه الخصوم من تلقاء أنفسهم ولا يؤسس تقيمه النهائي للواقع ، اعتماداً على واقعة لم يقدمها الخصوم أو أنها قدمت ولكن بصورة غير دقيقة.

ويلاحظ أن هناك ثمة فارق بين اعتماد القاضي على الواقع الذي له أصل في أوراق ضبط الجلسات وبين اعتماده على الواقع الذي أستند اليه الخصوم في تقديم طلباتهم فلا خلاف الى أن للمحكمة الاستناد الى واقع وأدلة مستمدة من ملف الدعوى، على الرغم من عدم تمسك الخصوم بها لتأكيد طلباتهم ويعد هذا تطبيقاً لسلطة القاضي التقديرية في فهم الواقع الذي يحتويه ملف الدعوى[١١٣]. ويستطيع القاضي التمسك بالبيانات المعدة لإجراءات الإثبات والتحقيق في الوقائع المقدمة حتى اذا لم يثر أحد الخصوم هذه البيانات أو لم يستند اليها لتأسيس الإدعاءات ودون أن يقوم القاضي بالطلب من الخصوم ضرورة تفسير هذه الوقائع[١١٤].

ويحق للقاضي دعوة الخصوم لتقديم تفسيراتهم وأيضاحاتهم حول واقعة يرى انها ضرورية لحل النزاع[١١٥]. ويباشر القاضي هذه السلطة اذا تبين له ان الوقائع المثارة من قبل الخصوم في القضية مهمة وغير واضحة ، فيحق له إلزامهم بتقديم إيضاحات مكملة ليصل بذلك الى حقيقة الواقع بمجمل الوقائع التي يستند اليها في حسم النزاع ولا يعني ما تقدم الزام الخصوم بتقديم وقائع جديدة بل يقتصر الامر على حدود التوضيح للوقائع المقدمة فقط[١١٦].

ويكون للقاضي مطلق الحرية في تكوين قناعاته والاخذ بما يطمئن اليه من اجل اثبات واقعة أو نفيها ، طالما أن ما توصل اليه وبنى قناعته عليه له أصل ثابت في أوراق ضبط الجلسات ويستند الى منطق صحيح وثابت بخصوص ما رتبه من احكام. وينبغي النظر في معرفة معيار التقدير الشخصي للواقع من قبل القاضي ، الى الخطوات التي يقوم بها لتحليل مجموع البناء الواقعي المعروض في الدعوى لتحديد توافر أو عدم توافر المصلحة محل الحماية وهل ان هذه المصلحة عامة أو خاصة[١١٧].

ويقوم القاضي بدراسة الواقع المتنازع عليه من قبل الخصوم أستناداً للرأي القضائي الأول الذي كونه من التقدير السابق للنص القانوني المحتمل التطبيق.فأذا وجد أن المصلحة في عنصر الواقع المتنازع عليه متطابقة مع المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية ، أصدر قراره بحكم الواقع المتنازع عليه بأثر القاعدة القانونية وفصل في موضوع الدعوى .

الخاتمة

يصدر المشرع قواعد قانونية عامة مجردة يتجه أثرها الملزم للناس كافة ، سواءاً أكانوا قضاة أم متقاضين . إلاّ ان الصعوبات العملية وسعي المشرع لجعل القواعد القانونية قابلة للتطبيق على مجمل فرضيات الواقع المتنازع فيه امام القضاة . ادى بالضرورة لصياغة مفهوم تشريعي خاص يتعلق بتفويض القضاة لسلطة أصدار الاحكام وتحديد القواعد القانونية التي تفصل في موضوع الواقع المتنازع عليه ، إذ ان هناك صلة حتمية بين ضرورة اعمال أثر القاعدة القانونية الملزم وضرورة ان يتمتع القاضي بسلطة تقديرية ، لان وجود القاعدة القانونية يستند أصلاً على عدة عناصر مهمة أبرزها وجود فعالية السلطة التقديرية للقاضي في موضوع تطبيقها . ولكن الاحكام القضائية التي تصدر استناداً لحالات التفويض بالصلاحية ، يجب ان تستند الى اجراءات تستمد أصلاً من نصوص القانون وقواعده العامة لانها تعتبر الأساس في ذلك . ولايمكن إخضاع تطبيق القانون لعملية منطقية بحتة ، حيث ان المشرع يحدد الأطار المعياري العام المتضمن في القاعدة القانونية ويترك للقاضي إحتمالات التطبيق تبعاً للسلطة الممنوحة له .

ويثير تحديد مفهوم منضبط لسلطة القاضي التقديرية أشكاليات كبيرة تتعلق بانماط الدعاوى. فالأول تقليدي ويتطابق بشكل واضح مع حالات استهداف القانون تنظيمها صراحةً . ويكون الفصل فيها من قبل القضاة يسير نسبياً . والنمط الثاني استثنائي لم يستهدفه المشرع بالتنظيم الصريح ولم يكن له مثيل في الجانب التطبيقي ولذلك يستحيل الفصل فيه بصورة مباشرة لأسباب عديدة ، وتتعلق ثانياً بكيفية مواجهة القاضي للواقع المجرد في الدعوى المدنية لأعادة مطابقته للقاعدة القانونية استناداً لعنصر الفرض فيها ومحاولة ترتيب أثر القاعدة القانونية بالحكم الذي يفصل بموضوعها ، على الرغم من كون القاعدة القانونية في أصل وضعها التشريعي تعد نموذجاً لما يتصوره المشرع من واقع يراد حكمه بهذه القاعدة .

ولذلك فان صلاحية القاضي التقديرية لعنصر الواقع لاتكون يسيرة في مطلق الاحوال لأرتباطها بموضوعات متعلقة أو غير متعلقة بها ولكنها ذات تأثير كبير ومباشر فيها تتمثل بتحديد الدور الذي يقوم به القاضي واستخدامه لسلطته التقديرية في موضوع القاعدة القانونية ابتداءاً بوصفها قواعد تقديرية لاتقريرية . أو انها تتمثل في موضوع الولاية القضائية ونظرية العمل القضائي ذاته والذي يعد مصداقاً لممارسة السلطة التقديرية من حيث التأثير والتأثر . ولذلك عمدت هذه الدراسة لتلمس نطاق السلطة التقديرية للقاضي ، بتحديد أثر الطلبات والوقائع المقدمة له والتي تمثل فروض خاصة تفتقد لصفة العمومية والتجريد. على محاولة القاضي استنتاج الواقع المنتج وتكييفه مع عنصر الفرض في

القاعدة القانونية . وكذلك تلمس أثر نشاط القاضي للتصدي في موضوع الدعوى بوصفه معياراً لسلطته التقديرية ، واعتماده على عنصر الواقع المجرد في الدعوى باعتباره محلاً لهذا النشاط الموضوعي. او النظر لمجهود القاضي الفكري الذي يكيَّف الواقع الصحيح بغية تطبيق حكم القانون عليه وتحديد اللحظة التي يتدخل فيها وحدود ذلك التدخل بوصفه محلاً لهذا النشاط الشخصي .

وقد توصل البحث الى جملة من النتائج اهمها مايلي :

١ - ان صلاحية القضاة التقديرية يمكن تلمس اثرها في قواعد القانون الخاصة والتي تشكل حكم لحالة محددة . وهي تتطابق مع القواعد القانونية الجوهرية والتي تؤول الى الالتزام بالقيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل . وكذلك القواعد العامة والتي تقدم معياراً منضبطاً يسمح بالتعرف على الأسس العامة التي تفرض نفسها في مجتمع ما وتفوض القضاة الصلاحية التقديرية لمواجهة الانتهاكات التي تطال القواعد الخاصة والعامة وحسم الخلافات بخصوص ماترتبه من احكام .

٢ - تبرز بصورة واضحة السلطة التقديرية للقاضي بمواجهة عنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية لاعادة مطابقته للقاعدة القانونية استناداً الى عنصر الفرض فيها ومحاولة ترتيب أثر القاعدة القانونية بصدور الحكم الذي يفصل في موضوع النزاع . عن طريق تقدير مضمون الخلل الذي أصاب أثر القاعدة القانونية وذلك من خلال الواقع المعروض استناداً لمعيار العمل القضائي الموضوعي والشخصي.

٣ - ان صلاحية اصدار الحكم القضائي بموجب سلطة القاضي التقديرية والمستند على أستفراغ التفكير الذهني بمجمل الوقائع التي أثيرت في النزاع والتي شكلت رأياً قضائياً .قد تصطدم بمحل هذا التفكير كونه واقعاً بحتاً او قاعدة قانونية . فاذا كان محل التفكير واقعاً بحتاً فأنه يعد مقدمة صحيحة لما يترتب عليها من نتائج ، اما اذا كان محل التفكير قاعدة قانونية فيجب إلاّ يتعدى حدود عنصر الفرض فيها ، لان عنصر الحكم فيها يكون خارج محل التفكير.

٤ - يوزع الادعاء بعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية ، الادوار بين الخصوم أصحاب المصالح الخاصة وبين القاضي الذي يهدف بنشاطه لتطبيق القانون وتحقيق المصلحة العامة . ويسعى المشرع بصورة مباشرة او غير مباشرة لضبط الدور المتقدم عن طريق اعطاء القاضي سلطة تقدير مناسبة لمواجهة الحالات غير المتناهية للوقائع في مواجهة تطبيق قاعدة قانونية واحدة . ولكن مدى ذلك يستند الى اسس فلسفة التشريع والنظرة الدقيقة لمهام وسلطة القاضي والخصوم بمواجهة عنصر الواقع في الدعوى المدنية .

٥ - لاتواجه السلطة التقديرية للقاضي عنصر القانون بل تتعلق بوسائل تطبيقه ، ويتحدد ذلك بعنصر الواقع في الدعوى المدنية .

٦- يحدد القاضي بما له من سلطة تقدير الواقع المنتج في الدعوى ولايقوم بذلك بشكل تحكمي وانما بالاستناد الى قواعد الاثبات التي تستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون .

٧- للقاضي صلاحية التقدير في تكوين قناعته والأخذ بما يطمئن اليه في اثبات الوقائع أو نفيها . طالما انه يستند في ذلك الى منطق صحيح وأصل ثابت في اوراق ضبط الجلسات .

٨- ان النتيجة التي يتوصل اليها القاضي تعد كاشفةً لقناعته وهي أمراً نفسياً محضاً. ولابد من التدليل على صحتها من خلال الأسانيد والوقائع والتي تساق بصورة تراتبية منطقية لتدعيم الحكم الصادر .

٩- يتقاطع التصور الذهني للواقع المقدم من قبل الخصوم مع علم القاضي وما يتمتع به من ثقافة قانونية . ويكون ذلك بعملية تفكير مجردة لايتسنى لأحد التحقق من دقتها وسلامة فهم القاضي لها ، إلاّ من خلال تجسديها الحقيقي المتمثل باستخلاص القاضي للواقع الصحيح والمنتج من مجموع ما يعرض عليه في الدعوى . استناداً لسلطته التقديرية ولكن بحدود اعتبارات متعددة من ضمنها ما يتعلق بالتقيّد بموضوع الدعوى والالتزام بالوقائع المطروحة فيها .

١٠- يتوجب على القاضي الفصل في المنازعات المعروضة عليه ، من خلال استخدام صلاحيته التقديرية وخبرته وفهمه العلمي للنظر في الموضوع على أوجه مختلفة للوصول للوصف القانوني الصحيح . حتى اذا لم يطلب الخصوم صراحةِ تطبيق القانون أو لم يستندوا الى اساس قانوني معين . ولكن في حدود ما أثير من واقع بحت في الدعوى ، لان الواقع المشوب بعنصر القانون أو تكييفات الخصوم لايعدو قيمة الاقتراحات غير الملزمة للقاضي.

١١- يحدد القاضي القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على واقع الدعوى المكيَّف ولايعفيه من ذلك الصعوبات الناتجة عن تعدد التشريعات وغموضها ونقصها . ويجب عليه العلم بمضمون القاعدة القانونية على وجه الدقة والوقوف على نية المشرع الحقيقية من خلال اتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع .

١٢- لاتتقيد المحكمة بالواقع الذي حدده الخصوم ، بل لها الصلاحية التقديرية الواسعة بالاستناد الى وقائع جديدة أثارتها أدلة الاثبات . ولايعد ذلك تدخلاً منها في مسائل الواقع طالما انها تحصلت عليها بطريق حدده القانون .

١٣- يستطيع القاضي استبدال النصوص لتصحيح الأخطاء القانونية التي ارتكبها الخصوم بشرط عدم المساس بالواقع المعروض من قبلهم .

١٤- للمحكمة الاستناد الى واقع وأدلة مستمدة من ملف الدعوى ، على الرغم من عدم تمسك الخصوم بها . ويعد ذلك تطبيقاً لسلطة القاضي التقديرية في فهم الواقع .

١٥- ان مراعاة سلامة التقدير الموضوعي للقاضي يتم من خلال توافقه مع المصلحة التي هدف المشرع لتحقيقها من خلال اعطائه الصلاحية التقديرية للقاضي بخصوصه. فعلى مدى تطابق النتيجة التي توصل اليها القاضي مع المصلحة محل الحماية القانونية تتوقف صحة المعيار الموضوعي وصحة تقدير القاضي له .

١٦- لاتجد سلطة القاضي التقديرية اساسها في تنازل المشرع عن ارادته في التحديد وترك القاضي ليقوم بذلك بدلاً عنه . وانما الأمر يتأسس على الفرق بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية من جانب وما يربط بينهما من جانب آخر وهو عنصر الواقع والذي يعد اساس مرن وغير ثابت يجمع بين القاعدة القانونية والدعوى المدنية.

١٧- يحول القاضي بموجب سلطته التقديرية ، الواقعة المادية الى مفهوم قانوني ، فتصبح الواقعة المادية كياناً للمفهوم القانوني الذي يشكل اساس الحكم القضائي .

١٨- العمل القضائي يقتضي اعلان ارادة لها قدر من السلطة التقديرية ولذلك يقتضي الاعتداد بالباعث ومراقبة انحرافه عن الغاية الموضوعية لضمان عدم تجاوز حدود السلطة التقديرية .

١٩- يسود المعيار الموضوعي القضاء المدني ويأخذ بالجوانب المادية بغية تحقيق الاستقرار في الحياة القانونية . ويمكن تلمّس ذلك من خلال نظرة المشرع وسعيه لأقامة معايير عامة وثابتة قائمة على التجربة المستخلصة من مراقبة السلوك المتوسط.

٢٠- ان كان تصور الواقع يتم بطريقة ارادية ويستند على ارادة الشخص القائم بتطبيق القانون ، فان التطبيق في هذه الحالة يكون تقديرياً .

٢١- يبرز ارتباط يصعب فصله بين التقدير والتكييف ، لان كلا الأمرين يردان على عناصر واحدة ويقوم بها شخص واحد . ويشكل ذلك عملية متداخلة مركبة لاتخلو من التعقيد ولكن يواجهها القاضي من خلال سلطته التقديرية .

٢٢- للقاضي سلطة تقديرية في مجال تفسير حكم القاعدة القانونية ، لأن القانون يعتريه القصور في بعض الحالات عن مواجهة ظروف الواقع المتجدد والأخذ بالاعتبار الحقائق المادية والفكرية السائدة في المجتمع.

٢٣- ان سلطة القاضي التقديرية لمحاكم الموضوع في نطاق تفسير أثر القاعدة القانونية واضحة على الرغم من رقابة محاكم التمييز (النقض) عليها .

٢٤- يستند التقدير الشخصي للقاضي على استظهار معنى الواقع في ضوء مقارنته بسلوك الخصم ذاته المطلوب حمايته . ولاينظر لسلوك شخص عام مجرد كما في التقدير الموضوعي .

٢٥- ان نشاط القاضي الذهني في اطار سلطة التقدير الشخصي للقاضي ، يعد من المسائل المعقدة ، ويكمن سبب ذلك في عدم وجود معيار ذا طبيعة نموذجية عامة تحكم الموضوع . بل ان القاضي يحاول الاستغراق في دراسة الظروف الشخصية ليصل لحدود تأثيرها في قراره .

٢٦ - يكون القاضي حراً في تكوين قناعته المستندة لنشاطه الذهني المتميز ، ولايلزم ان يكون الدليل الذي استند اليه صريحاً ومباشراً في الدلالة على ما أستخلصه من حكم .

٢٧ - يبرز مدى سلطة القاضي التقديرية الواسعة او المقيدة في النتيجة التي يصل اليها القاضي عند اصدار القرار ، وهو أمر يمتزج فيه القانون بقيوده الدقيقة مع الواقع بأوصافه المطلقة .

٢٨ -ينبغي النظر في معرفة معيار التقدير الشخصي للواقع الى الخطوات التي يقوم بها القاضي لتحليل مجموع البناء الواقعي المعروض في الدعوى . لتحديد توافر أو عدم توافر المصلحة محل الحماية وهل ان هذه المصلحة عامة او خاصة .

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم.

الهوامش

(١) انظر في تفسيل ذلك : د. وجدي راغب – النظرية العامة للعمل القضائي – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٤- ص٩٣.

(٢) أ.د. روبرت ألكسي – فلسفة القانون (مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون) – ط١ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٦ –ص١٩-٢٠.

(٣) د. حسن علي الذنون – فلسفة القانون – ط١ – مطبعة العاني – بغداد -١٩٨٥-ص٢٢٠.

(١) انظر نص المادة (١) مدني عراقي والمادة (١) مدني مصري والمادة (٤) مدني فرنسي.

(١) د. مصطفى العوجي – القاعدة القانونية في القانون المدني – ط١ – مؤسسة بحسون – بيروت – ١٩٩٢- ص١٩.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم – النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٨٢ – ص٢٢٠.

(٣) د. حسن علي الذنون – مصدر سابق – ص١١.

(٤) د. حاتم حسن موسى – سلطة القاضي الجنائية – منشأة المعارف – الاسكندرية – ٢٠٠٢-ص١٠٢.

(٥) د. عزمي عبد الفتاح – تسبيب الاحكام واعمال القضاة – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٨٣-ص٤٥٨.

(٦) د. نبيل اسماعيل عمر – الوسيط في الطعن بالنقض – دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية – ٢٠٠٤- ص١٥٠.

(٧) د. محمد محمود ابراهيم – النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٨٢ – ص٢٢٢.

(٨) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج١ – المجلد الاول – ط٣ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٠-ص١٣٢-١٤٣ ، د. مصطفى الجمال ود. نبيل ابراهيم ود. رمضان ابو السعود – مصادر واحكام الالتزام – ط١ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٦- ص٩ ومابعدها ، د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – ج٢ – ط٥ – مطبعة نديم – بغداد – لاذكر لسنة النشر – ص٢٨ ومابعدها ، د. سليمان مرقس – نظرية العقد – دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة – ١٩٥٦ – ص٢٧ ومابعدها .

(٩) انظر نص المادة (٦) ونص المادة (١٢) من قانون المرافعات الفرنسي رقم ١١٢٣ -٧٥ وانظر في تفصيل ذلك :

Martian – instruction des process civiles –RTD- civ-1971 –p.709 .Nouveau code – op.cit- p.12.

(١٠) د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – مصدر سابق – ص١٤٣.

(١١) د. فتحي والي ود. احمد ماهر زغلول – نظرية البطلان في قانون المرافعات – ط١- دون ناشر – ١٩٩٧ – ص٨٦.

(١٢) انظر في تفصيل ذلك الى د. وجدي راغب فهمي – مبادئ الخصومة المدنية – ط١ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٦ – ص١٥٠.

(١٣) انظر نص الفقرة (٦) من المادة (٤٦) مرافعات مدنية عراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل ونص الفقرة (٦) من المادة (٦٣) مرافعات مصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل .

(١٤) انظر نص الفقرة (١) من المادة (٤) مرافعات فرنسي.

(١٥) انظر نص المادة (٣٠) مرافعات فرنسي.

(١٦) انظر نص المادة (٣) مرافعات فرنسي.

(١٧) انظر نص المادة (٦) مرافعات فرنسي .

(١٨) Jean Vincent et Serge Guinchard – procedure civile –Dalloz -27 edition -2009- p.516.

(١٩) Ph- Blondel – L efait source de droit –Melanges Drai – Dalloz -1999.

- F.Terre –introdution general au droit – Dalloz , 3ed -1996 – n – 510 – p.441
- Jean Vincent et Serge Guin chard – op.cit- p.517.

(٢٠) انظر نص الفقرة (١) من المادة (٧) مرافعات فرنسي .

(٢١) Jean Vincent et Serge Guinchard – op.cit – p.518.

وانظر نص الفقرة (١)ونص الفقرة (٢)من المادة (١٥٩) مرافعات مدنية عراقي وانظر نص المادة(١٧٨)مرافعات مصري

(٢٢) استاذنا د. ادم وهيب النداوي – المرافعات المدنية – مطبعة جامعة بغداد – ١٩٨٨ –ص٣٨٥، واستاذنا د. عباس العبودي – شرح احكام قانون المرافعات المدنية – مطبعة جامعة الموصل – ٢٠٠٠- ص٤٢٥.

(٢٣) انظر قرار محكمة التمييز رقم ١٠٨٥ / مدنية اولى / ١٩٩٠ والصادر في ١٩٩١/٩/٤ – ابراهيم المشاهدي – المختار – ج٢ – مطبعة الزمان - بغداد-١٩٩٩-ص٨٤ .

(٢٤) د. عزمي عبد الفتاح – اساس الادعاء امام القضاء المدني – ط١ – مطبعة جامعة الكويت – ١٩٨٧ – ص١٨٧.

(٢٥) انظر المادة (٧) مرافعات فرنسي.

(٢٦) د. احمد هندي – قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة للنشر – الاسكندرية – ٢٠٠٣ – ص ٥٣٧-٥٣٨ ، د. احمد السيد الصاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠ – ص ٥٧٢ .

(٢٧) انظر نص المادة (٨) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل وانظر في تفصيل ذلك .
Jean Vincent et serge Guinchard .op.cit.p.518.

د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – ط٢ – لا ذكر لناشر -٢٠١٠ –ص ٩٣٣.

(٢٨) د. الانصاري حسن النيداني- قانون المرافعات المدنية والتجارية – مبادئ الخصومة المدنية- دون ناشر- ٢٠٠١-ص ٣٠٠ ومابعدها.

(٢) د. احمد ماهر زغلول – الموجز في اصول المرافعات – الكتاب الأول – دار النهضة العربية- القاهرة – ص١٨٨ – د. احمد السيد الصاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠- ص١٣٣.

(٣٠) انظر في تفصيل ذلك الى د. محمد الصاوي مصطفى – فكرة الافتراض في قانون المرافعات – ط١ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨.

(٣١) د. محمد محمود ابراهيم – التكييف – مصدر سابق – ص٢٥٥ ومابعدها.

(٣٢) د. نبيل اسماعيل عمر – سلطة القاضي التقديرية- مصدر سابق – ص١٠٥.

(٣٣) د. فتحي والي – نظرية البطلان في قانون المرافعات – مصدر سابق – ص ٨٠ ، د. وجدي راغب فهمي – النظرية العامة في العمل القضائي – مصدر سابق – ص٣٢٣ .

(٢) استاذنا .د. ادم وهيب النداوي – المرافعات – مصدر سابق – ص ١٥٦.

(٣٥) د. الانصاري حسن النيداني – مبدأ وحدة الخصومة – مصدر سابق – ص ١ -٢ ، د. احمد أبو الوفا – التحكيم في القوانين العربية – منشأة المعارف – الاسكندرية – دون سنة نشر – ص ٢٢ ، د. وجدي راغب فهمي – مبادئ الخصومة المدنية – مصدر سابق – ص ٢٠٢ ، انظر نص الفقرة (٣،٢) من المادة (٥٩) مرافعات مدنية عراقي وانظر نص المادة (٥) مرافعات فرنسي.

(٣٦) د. عزمي عبد الفتاح – اساس الادعاء – مصدر سابق – ص ٢٠٣.

(٣٧)Jean Vincent et serge Guinchard .op.cit.p.367.

(٣٨) د. امين مصطفى محمد – التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٢ – ص١٨ -١٩.

(٣٩)Jean Vincent et serge Guinchard –op.cit--p.367.

(٤٠) د. عزمي عبد الفتاح – اساس الادعاء – مصدر سابق – ص١٥٩ – وانظر قرار محكمة النقض الفرنسية – نقض مدني/١ والصادر في ١٠/٧/ ١٩٥١ مج ١٩٥١ -٣٥٣- ٣٨٣ – مشار اليه في المصدر السابق – ص١٩٩ الهامش رقم ٥٩٧.

(٤١) انظر نص المادة (٣٠) مرافعات مدنية عراقي.

(٤٢) انظر نص المادة (٣) من قانون الاثبات العراقي.

(٤٣) د. نبيل اسماعيل عمر- الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – ٢٠٠٨ – ص ٣٥٧.

(٤٤) انظر نص المادة (٨١) اثبات عراقي.

(٤٥) د. عزمي عبد الفتاح – أساس الادعاء – مصدر سابق –ص١٨٩ – وانظر نص المادة (١٢٧)و(١٣١) اثبات عراقي.

(٤٦) انظر قرار محكمة النقض المصرية ، الطعن رقم ٦٩٧٦ لسنة ٧٢ والصادر في ٢٠٠٥/٢/٣ اشار اليه عبد المنعم حسني الموسوعة الماسية – ج٧- مركز حسني للدراسات – القاهرة – ٢٠٠٥ – ص٩٥.

(٤٧) استاذنا د. ادم وهيب النداوي- المرافعات – مصدر سابق – ص ٢١٣ ، استاذنا د. عباس العبودي – مصدر سابق – ص٣٠٤ ، د. احمد ابو الوفا – نظرية الدفوع – ط٦ – بلا ناشر – ١٩٨٠ – ص١٧٠ ، وانظر د. منذر الفضل و د. خالد الزغبي – المدخل الى علم القانون – مكتبة دار الثقافة – عمان – ١٩٩٨ – ص ٤٧-٥٢.

(٤٨) انظر نص المادة (٥٦) مرافعات مدنية عراقي.

(٤٩) د. ابراهيم نجيب سعد – القانون القضائي الخاص- ج١- منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٨٠ – ص٥٧١.

(٥٠) د. احمد السيد الصاوي – نطاق رقابة محكمة النقض – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٤ – ص ٦٨-٧٥.

(٥١) د. توفيق حسن فرج – قواعد الاثبات – مؤسسة الثقافة الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٢ – ص٣٦-٣٧ ، د. عبد القادر الفار – المدخل لدراسة العلوم القانونية – دار الثقافة – عمان – ١٩٩٤ – ص ٨٧.

(٥٢) د. عبد المنعم البدراوي – المدخل للعلوم القانونية – النظرية العامة للقانون – دون ناشر – ١٩٦٠ – ص٣٢١، د. عبد الرزاق عبد الوهاب – الطعن في الاحكام بالتمييز – دار الحكمة – بغداد – ١٩٩١ –ص٨٣. وانظر في تفصيل ذلك الى د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – ج١ – القانون – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٧٢ – ص٤٦٨ومابعدها.

(٥٣) استاذنا د. عزيز جواد هادي –دروس في المدخل لدراسة القانون – مطبعة جامعة بغداد – ٢٠٠٨ –ص٧١.

(٥٤) د. عباس الصراف وجورج حزبون – المدخل لعلم القانون – مكتبة الثقافة – عمان -١٩٩٧ ، د. نبيل ابراهيم سعد ود. محمد حسن قاسم – المدخل الى القانون – منشورات الحلبي – بيروت – ٢٠٠٧ –ص١٢٤.

(٥٥) انظر الفقرة (٢) من المادة (٧) مرافعات فرنسي .

(٥٦)Motulsky- La cause de La de mande dans La delimitation de L'ooffice du juge .D.1964.chron.235.spec n12.Jean Vincent et serge Guin chard.op.cit.p.521.

(٥٧) انظر نص المادة (٨) مرافعات فرنسي .

(٥٨)Jean Vincent et Serge Guin chard .op.cit.p.521.

(٥٩) انظر في تفصيل ذلك د. عبد الحي حجازي – المدخل – مصدر سابق – ص٨٩ ومابعدها .

(٦٠) د. فتحي والي – الوسيط – مصدر سابق – ص٧١٣.

(٦١) د. وجدي راغب فهمي – النظرية العامة في العمل القضائي – دار المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٤ – ص٥٢١.

(٦٢) انظر في تفصيل ذلك : د. سمير عبد السيد تناغو ود. توفيق حسن فرج – نظرية القانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٩٥-١٩٩٦ – ص٤٣.

(٦٣) د. توفيق حسن فرج – الأصول العامة للقانون – الدار المصرية للطباعة والنشر – بيروت – ١٩٧٢ - ١٩٧٣ – ص٣٧٩ومابعدها .

(٦٤) انظر في تفصيل ذلك : د. عبد الحي حجازي – المدخل – مصدر سابق – ص٩٣-٩٤.

(٦٥) د. حسن كيرة – المدخل لدراسة القانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٠ –ص١٥٠.

(٦٦) د. نبيل اسماعيل عمر – سلطة القاضي التقديرية – مصدر سابق – ص١٢١.

(٦٧) د. محمد محمود ابراهيم – التكييف – مصدر سابق –ص٢٥٧.

(٦٨) انظر في تفصيل ذلك : د. محمد محمود ابراهيم – النظرية العامة في التكييف – مصدر سابق – ص٢٥٨.

(٦٩) د. وجدي راغب فهمي – النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات – بلا ذكر للناشر – ١٩٥٩ – ص٣٦٢.

(٧٠) د. نبيل اسماعيل عمر – السلطة التقديرية – مصدر سابق – ص١٢٣-١٢٤.

(٧١) انظر قرار محكمة النقض الفرنسية :

- Civ 3e ,18 July .1972:Bull.civ.111, no, 4475(denaturation).

منشور في:

Nouveeu ,code de procedure civile – op.cit.p.348.

(٧٢) د. حاتم حسن موسى – مصدر سابق – ص١١٤.

(٧٣) د. عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص٩٦.

(٧٤) د. سمير السيد تناغو – نظرية الالتزام – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٥ – ص٣٨.

(٧٥) د. حمدي عبد الرحمن – فكرة القانون – دار المعارف – مصر – ١٩٧٩ – ص٩ ومابعدها .

(٧٦) انظر نص الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) مدني عراقي .

(٧٧) انظر نص الفقرة (١) و(٢) من المادة (٥٢٧) مدني عراقي ، وانظر نص الفقرات (١) و (٢) و(٣) من المادة (٥٣٧) مدني عراقي .

(٧٨) د. توفيق حسن فرج ود. سمير السيد تناغو ود. محمد حسين منصور – نظرية القانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٩٥ – ١٩٩٦-ص٤٩.

(٧٩) انظر قرار محكمة التمييز ذي العدد ٥٣٦/ م منقول / ٨٥/ ١٩٨٦ والصادر بتاريخ ٨/٦/ ١٩٨٦ والذي نص على ((ليس للمحكمة ان تقضي برد دعوى المدعي المشتري المقامة بطلب رد ثمن البضاعة المبيعة جراء مصادرتها بحجة ان على المدعي ان يقيم دعوى الفسخ لان دعوى الضمان لاتحتاج الى طلب فسخ العقد)) منشور في المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم القانون المدني – منشورات مركز البحوث القانونية – بغداد -١٩٨٨-ص٥٤٦ ، وانظر نص الفقرة (١) من المادة (١٧٧) مدني عراقي ، انظر د. حاتم حسن موسى – سلطة القاضي الجنائية – منشأة المعارف – الاسكندرية – ٢٠٠٢ – ص١٢٨-١٢٩.

(٨٠) انظر في تفصيل ذلك : د. محمد محمود ابراهيم – مصدر سابق – ص١٣٥ ومابعدها .

(٨١) انظر نص الفقرة (٢) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي .

(٨٢) Motulsky- La cause de Le demonde dans La delimitayion de Looffice dujnge.D.1964.chron.91.nos .30 et set.nos .44ets.

(٨٣) انظر نص الفقرة (٣) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي.

(٨٤) انظر نص المادة (١٦) مرافعات فرنسي .

(٨٥)Jean Vincent et Serge Guinchard .op.cit.p.530.

(٨٦) انظر نص الفقرة (٤) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي.

(٨٧)Jean Vincent et Serge Guinchard –op.cit.p.549.

(٨٨) د. حمدي عبد الرحمن – مصدر سابق – ص٩٤.

(٨٩) انظر في تفصيل ذلك الى: د. عيد محمد القصاص – الوسيط – مصدر سابق – ص ١١٧٤.

(٩٠) د. عبد الرزاق عبد الوهاب – الطعن في الاحكام بالتمييز – دار الحكمة – بغداد – ١٩٩٢- مصدر سابق – ص ١٠٥ ، و محمد العشماوي و د. عبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات – لاذكر للناشر – ٢٠٠٦ – ص٩٦٨.

(٩١) د. عبد الفتاح مراد – موسوعة مراد لأحدث احكام محكمة النقض – ج٢ – دون ناشر – ٢٠٠٤ –ص٣٤.

(٩٢) د. نبيل اسماعيل عمر – سلطة القاضي – مصدر سابق – ص٢٠٥.

(٩٣) انظر قرار محكمة التمييز ذي العدد ٢١٦٦/حقوقية/٥٦ والصادر بتاريخ ١٩٦٥/١٠/١٦ ، اشار اليه ابراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية – مصدر سابق – ص ٤٥٨.

(٩٤) د. عبد الرزاق السنهوري – الوجيز في نظرية الالتزام بوجه عام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٦٦ –ص٣١٣.

(٩٥) انظر قرار محكمة التمييز ذي العدد ٢٢/ استئنافية /٨٥-٨٦ والصادر بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢٥، أشار اليه ، ابراهيم المشاهدي – المبادئ – مصدر سابق – ص ٦٢٧ ، وانظر نص المادة (٢٣١) مدني عراقي.

(٩٦) د. توفيق حسن فرج – الاصول العامة للقانون – الدار المصرية للطباعة – بيروت – ١٩٧٢ -١٩٧٣ – ص٥١٩.

(٩٧)Jean Vincent et Serge Guinchard –op.cit.p.380.

(٩٨) فتحي محمد انور – الادلة الكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية – ط٢ – دار الكتب القانونية – مصر – ٢٠١٠ – ص٦٠٨.

(٩٩) د. نبيل اسماعيل عمر- امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي – دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – ١٩٨٩ – ص ٣١.

(١٠٠) د. فتحي والي – الوسيط – مصدر سابق – ص٥١٠ .

(١٠١) د. عيد محمد القصاص – التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة – ط٢ – لا ذكر للناشر – لا ذكر لسنة النشر ص ٢٠٦ وما بعدها.

(١٠٢) د. عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص٥٧٣-٥٧٤.

(١٠٣) Henri Motulsky- Principes d'unerealisal- isayion Methodique du droit prive.Paris- Recueil sirey.1984.P.30.

(١٠٤)Benoiy Frydman et Guy Haarscher- philosophie dudroit – Dalloz- Paris- 2002 – p.64-65.

(١٠٥) أنظر نص المادة (٢٠٣) و(٢٠٩) و(٢١٤) مرافعات مدنية عراقي.

(١٠٦) انظر نص المادة(٢٤٨)و(٢٤٩)و(٢٥٠)مرافعات مصري.

(١٠٧) انظر نص المادة(١) و(٢) و (٦) و(٧) و(٨) و(١٢) و(١٣) و(٦٠٤) مرافعات فرنسي.

(١٠٨) أ.ضياء شيت خطاب- فن القضاء- معهد البحوث والدراسات العربية – بغداد – ١٩٨٤ – ص٤٥.

(١٠٩) أ. ضياء شيت خطاب – المصدر السابق – ص٤٤.

(١١٠) د. احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية – ج٣ – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٨٤ – ص ١٧١ -١٧٢.

(١١١) د. نبيل اسماعيل عمر – سلطة القاضي – مصدر سابق – ص٢١٥ -٢١٦.

(١١٢) د. عبد الرزاق السنهوري – الوجيز – مصدر سابق – ص ٦٧١-٦٧٢ ، وانظر نص الفقرة (٢) من المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي.

(١١٣) انظر نص الفقرة (٢) من المادة (٧) مرافعات فرنسي

(١١٤)Motalsky –la cause- op.cit .D.1964.chvon.235.specnls. Jean Vincent et sevge Guinchard.op.cit.p.521.

(١١٥) انظر نص المادة (٨) مرافعات فرنسي.

(١١٦)Jenn Vincent et serge Guinchard .op.cit.p.521.

المصادر

١ – ابراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم القانون المدني – منشورات مركز البحوث القانونية – بغداد – ١٩٨٨.

٢- د. ابراهيم نجيب سعد – القانون القضائي الخاص – ج١ – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٨٠.

٣- د. ادم وهيب النداوي – المرافعات المدنية – مطبعة جامعة بغداد – ١٩٨٨.

٤- د. احمد ابو الوفا – نظرية الدفوع – ط٦ – بلا ناشر – ١٩٨٠.

٥-د. احمد ابو الوفا – التحكيم في القوانين العربية – منشأة المعارف - الاسكندرية – دون سنة نشر .

٦- د. احمد السيد الصاوي – نطاق رقابة محكمة النقض – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٤.

٧- د. احمد السيد الصاوي – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠.

٨- د. احمد ماهر زغلول – الموجز في اصول المرافعات – الكتاب الاول – دار النهضة العربية – القاهرة – دون سنة نشر .

٩- د. احمد هندي – قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية – ٢٠٠٣.

١٠- د. الانصاري حسن النيداني – قانون المرافعات المدنية والتجارية – مبادئ الخصومة المدنية – دون ناشر – ٢٠٠١.

١١- د. احمد فتحي سرور – الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية – ج٣ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٤.

١٢-د. امين مصطفى محمد – التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٢.

١٣-د. توفيق حسن فرج – الاصول العامة للقانون – الدار المصرية للطباعة والنشر – بيروت – ١٩٧٢ – ١٩٧٣.

١٤ - د. توفيق حسن فرج – قواعد الاثبات – مؤسسة الثقافة الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٢.

١٥- د. توفيق حسن فرج و د. سمير السيد تناغو ود. محمد حسين منصور – نظرية القانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٩٥.

١٦- د. حاتم حسن موسى – سلطة القاضي الجنائي – منشأة المعارف – الاسكندرية – ٢٠٠٢.

١٧ - د. حسن علي الذنون – فلسفة القانون – ط١ – مطبعة العاني – بغداد – ١٩٧٥.

١٨ - د. حسن كيره – المدخل لدرسة القانون – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٠.

١٩ -د. حمدي عبد الرحمن – فكرة القانون – دار المعارف – مصر – ١٩٧٩.

٢٠ - أ.د. روبرت الكسي – فلسفة القانون – مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون – ط١ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت -٢٠٠٦.

٢١ - د. سليمان مرقس – نظرية العقد – دار النشر للجامعات المصرية –القاهرة – ١٩٨٦.

٢٢ - د. سمير السيد تناغو – نظرية الالتزام – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٥ .

٢٣ - د. سمير عبد السيد تناغو – ود. توفيق حسن فرج – نظرية القانون – منشأة المعارف – لاسكندرية – ١٩٩٥ - ١٩٩٦.

٢٤ -ضياء شيت خطاب – فن القضاء – معهد البحوث والدراسات العربية – بغداد – ١٩٨٤ .

٢٥ - د. عباس الصراف ود. جورج حزبون – المدخل لعلم القانون – مكتبة الثقافة – عمان – ١٩٩٧ .

٢٦ - د. عباس العبودي – شرح قانون المرافعات المدنية - مطبعة جامعة الموصل – ٢٠٠٠.

٢٧ - د. عبد الرزاق السنهوري – الوجيز في نظرية الالتزام بوجه عام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٦٦.

٢٨ - د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج١ – المجلد الاول – ط٣ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٠.

٢٩ -د. عبد الرزاق عبد الوهاب – الطعن في الاحكام بالتمييز – دار الحكمة – بغداد -١٩٩١.

٣٠ - د. عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية – ج١ – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٧٢.

٣١ -د. عبد الفتاح مراد – موسوعة مراد لاحدث احكام محكمة النقض – ج٢ – دون ناشر – ٢٠٠٤.

٣٢ - د. عبد القادر الفار – المدخل لدراسة العلوم القانونية – دار الثقافة – عمان -١٩٩٤.

٣٣ - د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – ج١ – ط٥ – مطبعة نديم – بغداد – لاذكر لسنة النشر .

٣٤ - د. عبد المنعم البدراوي – المدخل للعلوم القانونية – دون ناشر - -١٩٦٠.

٣٥ - عبد المنعم حسني - -الموسوعة الماسية – ج٧ - -مركز حسني للدراسات – القاهرة – ٢٠٠٥.

٣٦ - د. عزمي عبد الفتاح – تسبيب الاحكام واعمال القضاة – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٨٣.

٣٧ - د. عزمي عبد الفتاح – اساس الادعاء امام القضاء المدني – مطبعة جامعة الكويت – ١٩٨٧.

٣٨- د. عزيز جواد هادي – دروس في المدخل لدراسة القانون – مطبعة جامعة بغداد -٢٠٠٨.

٣٩- د. عيد محمد القصاص – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – ط٢ – لاذكر للناشر – ٢٠١٠.

٤٠- د. عيد محمد القصاص – التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة – ط٢ – لاذكر للناشر وسنة النشر.

٤١- د. فتحي محمد انور – الادلة الالكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية – ط٢- دار الكتب القانونية – مصر – ٢٠١٠.

٤٢- د. فتحي والي – نظرية البطلان في قانون المرافعات – ط١ – لاذكر لناشر- ١٩٥٩.

٤٣- د. فتحي والي ود. احمد ماهر زغلول – نظرية البطلان في قانون المرافعات – ط٢ – دون ناشر – ١٩٩٧.

٤٤- د. محمد الصاوي مصطفى – فكرة الافتراض في قانون المرافعات – ط١ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨.

٤٥- محمد العشماوي ود. عبد الوهاب العشماوي – قواعد المرافعات- لا ذكر للناشر – ٢٠٠٦.

٤٦- د. محمد محمود ابراهيم – النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى – دار الفكر العربي – القاهرة -١٩٨٢.

٤٧- د. مصطفى الجمال وآخرون - مصادر واحكام الالتزام – ط١ – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – ٢٠٠٦.

٤٨- مصطفى العوجي – القاعدة القانونية في القانون المدني – ط١ – مؤسسة بحسون – بيروت – ١٩٩٢.

٤٩- د. منذر الفضل ود. خالد الزعبي – المدخل الى علم القانون – مكتبة دار الثقافة – عمان – ١٩٩٨.

٥٠- د. نبيل ابراهيم سعد و د. محمد حسن قاسم – المدخل الى القانون – منشورات الحلبي – بيروت- ٢٠٠٧.

٥١-د. نبيل اسماعيل عمر – امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي – دار الجامعة الجديدة – لاسكندرية – ١٩٨٩.

٥٢- د.نبيل اسماعيل عمر – سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة –الاسكندرية – ٢٠١١.

٥٣- د. نبيل اسماعيل عمر – الوسيط في الطعن بالنقض – دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية – ٢٠٠٤.

٥٤ -د. نبيل اسماعيل عمر – الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – ٢٠٠٨.

٥٥ - د. وجدي راغب فهمي – النظرية العامة للعمل القضائي – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٤.

٥٦ - د. وجدي راغب فهمي – مبادئ الخصومة المدنية – ط١ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٦.

المصادر الاجنبية

1- Benoit Frydman et Guy Haarscher – philosophie du droit – Dalloz – paris – 2002.

2- Henri Motulsky –principes du'nereal isalisation Metnodique du droit prive. Paris -1984 .

3- Jean Vincent et Serge Guinchard – procedure civild –Dalloz -27 edition -2009.

4- F.Terre –introdution general au droit – Dalloz , 3ed -1996.

5- - Ph- Blondel – L efait source de droit –Melanges Drai Dalloz -1999 .

6-Martian – instruction des process civiles – RTD- civ- 1971.

7- Motulsky –la caus dela de mande danla delimitation de looffice du juge .D.1964 .

Abstract

Legal rules had been enacted to regulate social life in its divers styles and forms . It aim to identify the rules of social behavior , which should be followed by individuals , and to specify the consequence resulting from violating it as well.

Mostly , the respect it persons is due to matching between their behavior and legal rules , although the basic problem in the debut about the concept of law , lies in the relationship between law and moralities , where this problem impacted by tow opposite basic attitudes namely : the doctrine of positive law , and the doctrine of natural law .

Legal rules are characterized by being a dual synthesis , where it provides a specified commitments , which imposed on those whom it addresses a specified commitments , which imposed on those whom it addresses , to have some approach on the one hand , and on the other hand it authorizes the other whom appointed to have the power or the legal authority to issue the decisions which rule on jurisdictional disputes . These decisions in turn from abiding rules for people whom the decisions are issued against them , based on the legal consequential impact of these rules.

Therefore , the issuance of a general legal rules by the legislator obliges judges and litigants all . But it authorizes judge to issue judgment and determine the legal rules that adjudge the dispute by a special decision which should be issued in the presence of litigants .

So the decision which was issued in accordance which this authorization and in conformity with the procedure which should be executed , had been derived originally from the text of law and its general rules .

Therefore , law cannot be reduced by purely logical process , where the law determines the normative general frame work , leaving to the judge the probabilities which subjected to test and analysis in order to reach dispute solution , which based on the matters that imposed by the raised tracts . So it is up to the judge of trial to choose between these probabilities depending on the authority granted to him by the legislator .

Legal rules are divided into two types of different natures namely : general rules and special rules which (from a judgment for a special specified case) . The special rules are matching with the essential legal rules which aim to achieve the commitment of doing a work or the abstention of

doing this work , in addition to the general rules which do not aim to organize a special case , but aiming to present a criterion allows to recognize precisely the general basis ,which impose itself within a society . These rules specify the identity of formal and basic law sources , beside authorizing the judge to trace violations which impinge upon the general rules and to enable him for disposing the dispute in its precise scope .

Judges who authorized to apply law upon jurisdiction dispute , which submitted to according to rules of jurisdiction deal with two types of law suits , the first is typical , which comply clearly with cases that explicitly targeted by law where it represents most of law suits ,the first is typical , which comply clearly with cases that explicitly targeted by law where it represents most of law suits which could be judged relatively easily , since what the juggle rules . The secondly is an exceptional type , which is hither organized by law directly , nor has a similar one in the practical aspect .So the judge has no ability to dispose the dispute directly . That is caused by many reasons , may be related to identification of legal text which has the most conformity with dispute specifics , or it related to misunderstanding of what meant by the legal text because of language ambiguity which the text had been it signify , except for some technical phrases that form special identifying material for legal text . This leads necessarily to say that the identified and special understanding of phrases which stated in legal text related to the use of these legal rules in drafting the special contracts and agreements correctly . But it is not necessarily so , where these contracts and agreements may be inaccurate and incomplete ,

The judge in turn , cannot get solution for these cases by law , because what dictates to reach solution is to go beyond the accepted meaning to interpret phrases of legal text . But the estimation power of the judge is what establishes the binding force for his decision , according to the estimated result which he reach it , that reduces legal rules into reality which located in lawsuit , beside the compact of this result with principle that : the judiciary dose not linked with legal rules , then , lack of legal rules does not exempt the judge from adjudging in lawsuits and requests .

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول/ السنة التاسعة ٢٠١٧

The Authority Of The Judge's Discretion to Reality Abstract in Civil Suit

(A comparative study)

B Y

P.Dr. Hadi Hussein A.Ali Al-Kaabi