جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل
كلية القانون

المبادئ القضائية ودورها في الدعوى المدنية
(دراسة مقارنة)

اطروحة دكتوراه تقدمت به الطالبة

هدى محمد ناجي البيرماني

إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل كجزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

بإشراف الدكتور

ميري كاظم الخيكاني
استاذ القانون المدني

١٤٤٤ هـ ٢٠٢٢ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

﴿قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا
إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة: الآية (٣٢)

الإهداء

إلى النهرين اللذين لا ينضبا حباً ... وعطاءً

أمي وأبي

إلى سندي وحبي ورفيق دربي

زوجي الغالي

إلى العطاء والحب والأم الثانية لأطفالي

أختي د. سجى

إلى خير رفقة وسند

إخوتي وأخواتي

إلى فلذات كبدي وأنس حياتي

فدك. فاطمة. حسن

هدى

شكر وعرفان

"الحمد لله الذي هدانا لهذا وماكنا لنهتدي لولا أن هدانا الله والصلاة والسلام على أطهر الخلق سيدنا ونبينا محمد وآل بيته الأطهار.. وبعد..

أتقدم بخالص شكري وتقديري لأستاذي المشرف على أطروحتي الدكتور ميري كاظم الخيكاني عميد كلية القانون المحترم، لتفضله بقبول الإشراف على البحث، وعلى ما قدمه لي من مساعدة في توجيه البحث حتى وصوله لنهايته الصحيحة، فله جزيل الشكر وأدام الله توفيقه.

شكري وإمتناني وإعتزازي لسعادة القاضي السيد أحمد خيري الموسوي زوجي العزيز، لك مني خالص الشكر لوقوفك معي وإسنادك لي ولما قدمته من نصح وإرشاد ومساندة طيلة مرحلة كتابتي للإطروحة، على الرغم من مهامك ومسؤولياتك الجسام ووقتك الضيق، فلكم كل الشكر والإمتنان.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أساتذتي في كلية القانون جامعة بابل ولكادر مكتبة القانون جامعة بابل، ولزملائي وزميلاتي. شكري وامتناني لأعضاء لجنة المناقشة عرفاناً مني بالجميل. وأخيراً لا يسعني إلا أن أشكر كل من مد لي يد العون والمساعدة في سبيل إنجاز إطروحتي.

الباحثة

المستخلص

إن السعي من أجل إحقاق الحق وتحقيق العدالة وبث الطمأنينة في نفوس أطراف الدعوى المدنية بأن الحكم عادل وواقعي، يتطلب وجود نصوص قانونية لكل دعوى تعرض على القضاء أياً كان موضوعها،ونظراً لتطور الحياة المعاصرة وظهور المستجدات على الساحة القضائية نتيجة لهذا التطور السريع والشامل لكل مناحي الحياة، أدى إلى ظهور وقائع تعرض على مختلف المحاكم تعتبر الى حد ما جديدة و حديثة، وبما إن على القاضي عندما تعرض عليه مثل هذه القضايا و لم يجد نصاً قانونياً ينطبق عليها، فإن عليه الحكم و الفصل فيها مهما واجه من صعوبات و إلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق،و ويترتب على ذلك نفور المواطنين من القضاء . لذا و نظراً لهذه الصعوبات التي تواجهها المحاكم في حالة عرض قضية معينة أمامها وعدم وجود نص أو قاعدة قانونية تنطبق عليها أو وجدت مثل هذه القاعدة غير أن النص المقرر لها ورد غامضاً أو مبهماً أو يمكن حمله على أكثر من معنى واحد أو غيرها من الأسباب الأخرى التي تؤدي إلى عدم كفاية هذه القواعد والنصوص لإصدار الحكم العادل في هذه القضايا، ومن هنا كان على القاضي اللجوء إلى الإجتهاد والتفسير لتقرير الحلول اللازمة، ونتيجة لذلك كله ظهرت المبادئ القضائية التي تصدر عن المحكمة العليا (محكمة التمييز) ونتيجة لإستقرار العمل القضائي على هذه المبادئ فإنه يمكن الرجوع إليها في حال مواجهة صعوبات الفصل في الدعاوى للأسباب المذكورة آنفاً بسبب حالة القصور التشريعي، وأن بعض هذه المبادئ تصبح واجبة الإتباع من قبل مختلف المحاكم،فإنهابذلك تصبح بمثابة قانون ينبغي على المحاكم مراعاتها في القضايا المماثلة. ولهذا تعد المبادئ القضائية التي هي وليدة إجتهاد قضائي ضرورة علمية وعملية تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية. والمبادئ القضائية لها دور مهم في تفسير النصوص الغامضة، فتصبح بهذا الدور و كأنها تمثل مصدراً مباشراً و ضرورياً للقانون، مصدراً مستقلاً بل و مساوياً لبقية المصادر الأخرى التي تضطلع بهذا الدور المهم، لذا فالمبادئ التي هي من عمل القاضي نتيجة للإجتهاد تضفي على القانون طابعاً عملياً حياً وواقعياً .

ثبت المحتويات

الموضوع	الصفحة
الآية	أ
الإهداء	ب
شكر وعرفان	ج
المستخلص	د
ثبت المحتويات	هـ – ح
المقدمة	١ – ٧
الباب الأول: المفهوم القانوني للمبادئ القضائية	٨ – ١٤١
الفصل الاول: ماهية المبادئ القضائية	٩ – ٨٨
المبحث الأول: التعريف بالمبادئ القضائية	١٠ – ٤٥
المطلب الأول: تعريف المبادئ القضائية وأنواعها	١٠ – ٢٧
الفرع الأول: تعريف المبادئ القضائية	١١ – ١٧
الفرع الثاني: أنواع المبادئ القضائية	١٧ – ٢٧
المطلب الثاني: العناصر التي تساهم في تكوين المبادئ القضائية	٢٧ – ٤٣
الفرع الأول: المبادئ القضائية حصيلة إجتهاد قضائي	٢٨ – ٣٧
الفرع الثاني: المبادئ القضائية ثمرة إستقرار قضائي	٣٧ – ٤٣
المبحث الثاني: خصائص المبادئ القضائية وتمييزها عن غيرها	٤٤ – ٨٦
المطلب الأول: خصائص المبادئ القضائية	٤٥ – ٦٥
الفرع الأول: المبادئ القضائية مصدر للقواعد القانونية	٤٥ – ٦٢
الفرع الثاني: المبادئ القضائية وليدة نزاعات خاصة بما يحيط بها من ظروف واقعية	٦٢ – ٦٥
المطلب الثاني: تمييز المبادئ القضائية عن غيرها من الأوضاع القانونية	٦٥ – ٨٦
الفرع الأول: تمييز المبادئ القضائية عن السوابق القضائية	٦٦ – ٧٩
الفرع الثاني: تمييز المبادئ القضائية عن الأحكام القضائية	٨٠ – ٨٦
الفصل الثاني: الأسباب القانونية لإنشاء المبادئ القضائية	٨٧ – ١٣٩
المبحث الأول: المبادئ القضائية الناشئة عن التفسير القضائي في إزالة	٨٨ – ١١٤

غموض النص القانوني	
المطلب الأول : التعريف بغموض النص القانوني وأسبابه	٨٨ – ٩٨
الفرع الاول: معنى النص القانوني الغامض	٨٨ – ٨٩
الفرع الثاني: أسباب غموض النص القانوني	٩٠ – ٩٨
المطلب الثاني: ماهية الدور التفسيري في إزالة الغموض	٩٨ – ١١٤
الفرع الأول: تعريف التفسير وأنواعه	٩٩ – ١١١
الفرع الثاني: حالات الدور التفسيري القضائي	١١١ – ١١٤
المبحث الثاني: إنعدام النص التشريعي وإعمال المصادر الاخرى للقاعدة القانونية	١١٥ – ١٣٩
المطلب الأول: التعريف بفقدان النص التشريعي	١١٦ – ١٢٥
الفرع الأول: تعريف فقدان النص التشريعي	١١٦ – ١٢١
الفرع الثاني: أسباب فقدان النص التشريعي	١٢١ – ١٢٥
المطلب الثاني: إعمال المصادر الأخرى للقاعدة القانونية	١٢٥ – ١٣٩
الفرع الأول: العرف	١٢٦ – ١٢٩
الفرع الثاني: مبادئ الشريعة الاسلامية	١٢٩ – ١٣٦
الفرع الثالث: قواعد العدالة	١٣٦ – ١٣٩
الباب الثاني: دور المبادئ القضائية في الدعوى المدنية ومدى الزاميتها	١٤٠ – ٢٩٣
الفصل الأول: مدى الزامية المبادئ القضائية في الدعوى المدنية	١٤١ – ٢٣٠
المبحث الأول: المبادئ القضائية الواجبة الإتباع	١٤٣ – ١٨٠
المطلب الأول: الأسباب الداعية لضرورة الإعتراف بالقوة الملزمة للمبادئ القضائية	١٤٣ – ١٥١
الفرع الأول: الإلتزام بالمبادئ القضائية تحقيق لمبدأ الامن القانوني	١٤٣ – ١٤٨
الفرع الثاني: إحترام المبادئ القضائية تجسيد لوحدة القضاء	١٤٨ – ١٥٢
المطلب الثاني: نطاق وجوب إعمال المبادئ القضائية	١٥٢ – ١٨٠
الفرع الأول: وجوب إتباع المبادئ القضائية الصادرة عن محكمة التمييز بهيئتيها مجتمعة	١٥٢ – ١٧٠
الفرع الثاني: حجية المبادئ القضائية الصادرة نتيجة نقص الحكم المميز لمخالفته القانون	١٧٠ – ١٨٠

المبحث الثاني: المبادئ القضائية الإرشادية	١٨١ – ٢٣٠
المطلب الأول: الاعتبارات التي يقوم عليها عدم وجوب إعمال المبادئ القضائية	١٨٢ – ٢٠١
الفرع الأول: القضاء مصدر تفسيري للقانون	١٨٢ – ١٨٧
الفرع الثاني: مبدأ نسبة أثر الأحكام القضائية	١٨٨ – ٢٠١
المطلب الثاني: الإصرار على الحكم المنقوض وتعدد جهات الطعن التمييزي وأثره على الالتزام بالمبادئ القضائية	٢٠١ – ٢٣٠
الفرع الأول: إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض وأثره على الإلتزام بالمبادئ القضائية	٢٠٢ – ٢١٢
الفرع الثاني: تعدد المحاكم المختصة بنظر الطعن التمييزي وأثره على الالتزام بالمبادئ القضائية	٢١٣ – ٢٣٠
الفصل الثاني: دور المبادئ القضائية في الدعوى المدنية وتطبيقاتها العملية	٢٣١ – ٢٩٣
المبحث الأول: الفوائد العملية للمبادئ القضائية	٢٣٢ – ٢٥٤
المطلب الأول: دور المبادئ القضائية في تحقيق إستقرار المعاملات والمساواة أمام القانون	٢٣٢ – ٢٣٩
الفرع الأول: دور المبادئ القضائية في إستقرار المعاملات	٢٣٢ – ٢٣٦
الفرع الثاني: دور المبادئ القضائية في تحقيق العدالة في الإجراءات القضائية	٢٣٦ – ٢٣٩
المطلب الثاني: دور المبادئ القضائية في سد النقص التشريعي وتقديم حلول جاهزة للمنازعات المعروضة أمام القضاء	٢٣٩ – ٢٥٤
الفرع الأول: مفهوم النقص التشريعي	٢٤٠ – ٢٤٨
الفرع الثاني: دور المبادئ القضائية في تقديم حلول جاهزة للمنازعات المعروضة أمام القضاء	٢٤٨ – ٢٥٤
المبحث الثاني: التطبيقات العملية للمبادئ القضائية	٢٥٥ – ٢٩٣
المطلب الأول: التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الموضوعية	٢٥٥ – ٢٦٨
الفرع الأول: المبادئ القضائية المقررة في نطاق القانون المدني العراقي	٢٥٦ – ٢٦٤
الفرع الثاني: المبادئ القضائية المقررة في نطاق القانون المدني المصري والفرنسي	٢٦٤ – ٢٦٨

المطلب الثاني: التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية	٢٦٨ – ٢٩٣
الفرع الأول: التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية في نطاق قانون المرافعات المدنية	٢٦٩ – ٢٨٧
الفرع الثاني: التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية في نطاق قانون الإثبات	٢٨٧ – ٢٩٣
الخاتمة	٢٩٤ – ٣٠٧
المصادر والمراجع	٣٠٨ – ٣٣٥
الملخص باللغة الانكليزية	A – B

المقدمة

المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

إن الغاية الأساس والوظيفة الأصل للقضاء، هي الفصل في المنازعات التي تحصل في المجتمع وضمان الحماية القانونية لأفراده كافة على سواءٍ بينهم، من خلال تطبيق القواعد القانونية على المنازعات المعروضة أمامه وإصدار الحكم العادل بشأنها.

ويُعدّ القضاء المظهر العملي للقانون؛ ذلك إن القانون يوصف بأنه مادة حية غذاؤها التطبيق العملي، وعلى هذا الأساس إذا إقتصر الأمر في القانون على النصوص المجردة المدونة في التقنينات والتشريعات، فإنه يفقد أهم مزية له، وهي صلاحيته للتطبيق العملي لكي يقوم بمهمته الأساس في تنظيم الروابط الإجتماعية، فالقضاء وهو يطبق القانون، فإنه يبعث فيه الحياة، فيجعله يعيش وينمو ويتطور، ويصقله ويهذبه، ويطبعه بطابع العصر المراد تطبيقه بشأن المنازعات التي تقع فيه.

والقضاء بمجموع محاكمه وعلى إختلاف درجاتها يقوم أساساً بتطبيق القانون لا بخلق قواعده، ولم يكن من المتصور إثارة مسألة خلق القضاء للقانون لو أن التشريع وجد كاملاً لا يشوبه أي نقض، فلو إفترضنا كمال التشريع بمعنى أنه يتضمن حلاً لكل نزاع يُعرض أمام القضاء، بل لإقتصر دور القضاء على مباشرة وظيفته الأصل وهي تطبيق القواعد العامة للقانون على المنازعات الخاصة التي تعرض أمامه، وهي قواعد تكفي لكمالها لمواجهة جميع المنازعات المتصورة وغير المتناهية.

غير أن الواقع يكشف عكس ذلك، إذ أن الفكر القانوني أدرك ومنذ القدم، أن التشريع لا يمكن أن يكون كاملاً، بل لا بد أن يشوبه النقص حتماً، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، فكل عمل إنساني مشوب بالقصور حتماً وما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان.

وإن النقص في التشريع إعترف به المشرع صراحةً، كما في نص المادة(١)في كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري، و المادة(٤) من القانون المدني الفرنسي، وما قضت به المادة(٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي، إذ أوجبت النصوص المذكورة على القاضي المدني الذي يجد نقصاً في التشريع بأن لم يتضمن القانون حكماً للنزاع المعروض

أمامه، أو جاء الحل المقرر فيه غير كافٍ للإحاطة بتفاصيل المنازعات كافة المطروحة أمامه وأنه بحاجة إلى تكميل، أو جاء النص الذي ينطبق بشأنها مبهماً أو ورد غامضاً يستلزم الإيضاح والبيان، أن يستخلص الحل من مصادر القانون الأخرى غير التشريع فإن تعذر وجوده فيها إستقاه مباشرة من جوهر القانون وروحه على وفق المبادئ العامة للقانون[1] وقواعد العدالة ، بعبارة أخرى ينبغي على القاضي أن ينطق بالحكم العادل في النزاع المعروض أمامه سواء وجد هذا الحكم في التشريع أو في غيره من مصادر القانون أو إستقاه مباشرة من جوهر القانون وقواعد العدالة، وهذا إعتراف من واضعي التشريع بوجود سلطة مستقلة وهي سلطة القضاء تقوم بتكملة النقص الذي يلازم العمل الذي قاموا به وهو التشريع.

وإذا كانت القواعد القانونية التي توصف بأنها من عمل القضاء، خاصةً تلك التي يُنشِئُها القضاء بمناسبة قيامه بالفصل في المنازعات التي لا يكون هناك أصلاً نص قانوني يقضي بالحكم الملائم لها، فإن عمل القضاء في هذا الصدد يمكن ان يوصف بالعمل الانشائي بأن يكون من بين مصادر القانون خاصةً إذا تواتر القضاء على إتباع الحلول التي قررها للنزاع المطروح أمامه في القضايا المماثلة له وإستقرت أحكامه على الأخذ بها بشأن هذه القضايا المستقبلية.

وإلى جانب تلك القواعد، فإن الأنظمة القانونية في مختلف الدول لا تخلو من الكثير من قرارات المبادئ القضائية، التي وإن كانت لا تقدم حلولاً جاهزة للمشكلة المعروضة أمام القضاء، إلا أنها يمكن أن تكون مفتاحاً ومرشداً للإعتبارات التي إعتمدتها ونماذج للحلول المتاحة بشأن القضايا المعروضة أمام القضاء المتعلقة بالمضمون ذاته.

---

(١) ومن الأمثلة على قيام القضاء بتقرير مبدأ قضائي بالإستناد إلى المبادئ العامة للقانون،ماورد في قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه(أن الدولة بواسطة قواتها المسلحة مسؤولة عن إزالة وتطهير الأراضي التي كانت مسرحاً للعمليات العسكرية أثناء الحرب من الألغام والمخلفات الخطرة قبل تسليم الأرض لحائزيها، ذلك إن القوات المسلحة هي وحدها تملك الأدوات والمعدات اللازمة للقيام بهذه المهمة،ومحظور على غيرها من الأفراد والهيئات الخاصة القيام بذلك، بما يوجب أن تبادر إلى إتخاذ كافة الوسائل والإحتياطات التي تكفل وقاية الأفراد من مخاطر الألغام وغيرها من مخلفات الحرب الخطرة،فإن تقصيرها أو تهاونها في أداء الواجب يعد خطأ يستوجب مسؤوليتها عن الأضرار الناجمة عنه مسؤولية مدنية مصدرها المبادئ العامة في القانون بغير حاجة إلى نص خاص يقرر ذلك)،أنظر،الطعن،رقم،١٠٦٤٥،لسنة ٨٠ قضائية،الدوائر المدنية،جلسة ٢٠٢١/٢/١٥،منشور على موقع محكمة النقض المصرية على شبكة الإنترنيت عبر الرابط الإلكتروني: www.cc.gov.ed/civiljudgments

وقد عبر الفقيه الفرنسي المعروف(هنري كابيتان) عن دور القضاء في هذا الصدد(أن المحاكم أقامت شيئاً فشيئاً بناءً خاصاً من القواعد القانونية، وفقهاً يكمل ويثري العمل التشريعي، وبغير هذه الثروة الدائمة من قضاء المحاكم، فإن القوانين تشيخ ويلحقها الذبول).

وإن الدور المهم لأحكام القضاء في تكملة النقص في القانون وتطور أحكامه ما كان ليتم بغير وجود محكمة عليا في قمة السلم القضائي لمحاكم البلاد تمارس مهمتها الأساس في توحيد الإجتهاد القضائي وإستقراره في المسائل القانونية المعقدة لتوطيد وحدة القانون والقضاء من خلال المحافظة على حسن تطبيق القانون و وحدة تفسيره وضمان مساواة الأفراد أمامه، وذلك من خلال بحث القاعدة القانونية وتوحيد تطبيقها على كل الحالات المماثلة، إذ بدون وجود مثل هذه المحكمة سوف يكون هناك تشتيت في مبادئ القضاء وتوجهاته ولن تتحقق وحدة القضاء والمساواة أمام القانون .

وتأسيساً على دور القضاء في هذا الشأن، ظهرت العديد من النظريات والقواعد التي أنشأها القضاء بلا نص في القانون يقضي بها، ثم جاء التشريع بعد ذلك وقننها في النصوص التشريعية، مثل نظرية التعسف في إستعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الإلتزام الطبيعي وغيرها، وإن مذهب القضاء على هذا النحو مازال مستمراً حتى الآن، إذ من خلال عمله الخلاق يبتدع الحلول والأفكار والنظريات التي يقتضيها الواقع المعروض أمامه، فالإجتهاد القضائي وثيق الصلة بالواقع المتغير وكثرة الوقائع المعروضة أمام القضاء ومحدودية النصوص القانونية المنظمة لها وإلتزام القاضي بالفصل في النزاع بغض النظر عن وجود نصوص قانونية تنطبق بشأنها ، ولذلك يرى الفقه في العبارة الشائعة(إن محكمة التمييز أرست مبدأً قانونياً جديداً) يعني أنها إبتدعت قواعد لم يكن لها وجود في النصوص القانونية.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

للمبادئ القضائية أهمية قانونية كبيرة في الواقع العملي، كونها مسألة ضرورية جداً لأنها تسمح بتجنب تطبيق القوانين القديمة، لا سيما في الوقت الذي أصبح فيه التقدم التكنلوجي أسرع بكثير من التغييرات في التشريع، فهي تساعد القاضي في إيجاد الحلول القانونية للمنازعات المعروضة عليه، عند إخفاق مصادر القانون الأخرى في إعانته في إيجاد هذه الحلول من خلال إعماله للإجتهاد القضائي.

وعلى هذا الأساس تعد المبادئ القضائية الناشئة عن الإجتهاد القضائي ضرورة علمية وعملية تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية، إذ أن محدودية النصوص التشريعية إزاء وقائع الحياة المتجددة وغير المتناهية يحتم على القضاء بذل الجهود وإستخلاص الحلول القانونية من فحوى النصوص التشريعية المحدودة من خلال تطبيق هذه النصوص بروح جديدة على نحو يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع.كما أن طبيعة العملية القضائية التي توجب على القاضي الفصل في المنازعات المعروضة عليه حتى في حالة فقدان النص التشريعي الذي يمكن تطبيقه بشأنها، يقتضي إعمال دوره في الإجتهاد وإستخلاص الحلول على وفق القواعد المحددة والذي ينشأ عن هذه الحلول المبادئ القضائية.

وأن أهمية المبادئ القضائية لا تقتصر على إكمال النقص في القواعد القانونية، وإنما تساهم أيضاً في تفسير النصوص الغامضة، فتصبح بذلك وكأنها تمثل مصدراً ممهماً لبقية المصادر الأخرى، فالمبادئ القضائية الناشئة عن إعمال القاضي للإجتهاد القضائي تضفي على القانون طابعه العملي الحي، وهي التي تحدد نطاقه ومداه، فالقاضي قد يجتهد أما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم بتطبيقها إذا كانت غامضة أو مبهمة، أو من خارج هذه النصوص، إذا كانت ناقصة أو سكتت عن بعض المسائل التي تتناولها.

وفي الحالات كلها التي يلجأ فيها القاضي للإجتهاد وإبتداع المبادئ القضائية فإنه يستلهم الحلول المقررة بمقتضاها من النظام القانوني للدولة، إذ أنه يبقى في نطاق المبادئ والغايات التي يقوم عليها هذا النظام عن تقدير ملائمة الحلول للحالات المعروضة عليه، فلا يأتي بحلول شاذة أو غريبة عن مجتمعه، والمعيار الذي يعتمده في ذلك هو معيار النظام العام والآداب السائدة في مجتمعه مستلهماً روح النظام القانوني والغايات الإجتماعية النبيلة، من دون أن يستند إلى أفكاره ومعتقداته الشخصية، وفي ذلك تكمن الأهمية العملية للمبادئ القضائية.

ثالثاً:إشكالية البحث

يثير موضوع البحث عدة إشكاليات من الناحية القانونية، إذ إن قانون التنظيم القضائي العراقي أشار إلى المبادئ القضائية، ولم يرد في القانون بيان لمفهوم هذه المبادئ، وكيفية تكوينها، وأسباب نشأتها، ومجالات إعمالها.

كما أن المشرع العراقي وقع في موقف جدلي، عندما نص في الفقرة(٣) من المادة(١) من القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل، على أن ما تقرره أحكام القضاء يكون مرشداً في القضايا الأخرى، في حين نص في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية أن المبادئ القضائية الصادرة عن الهيأة العامة في محكمة التمييز الإتحادية تكون واجبة الإتباع من بقية المحاكم مهما كانت درجتها؛ ذلك أن الهيأة العامة في محكمة التمييز تُعدّ الهيأة القضائية العليا في البلاد، وقضاتها ذوو الخبرة الكبيرة والعلمية المبرزة وتكون المبادئ التي تأصل لها هي الأقرب لصحيح القانون، فلا يمكن المساس بما أقرته ودرءً لمحاولات التشكيك وإضعاف الثقة بالقضاء فلا يمكن للمحاكم الأخرى إمكانية مخالفة مبادئها.

فضلاً عن ذلك فإن المادة(١٣) من قانون التنظيم القضائي أناط بالهيأة العامة وحدها حق العدول عن المبادئ القضائية المقررة بموجب الأحكام القضائية السابقة، وكأن المشرع أضفى على المبادئ القضائية صفة الإلزام، إذ لو لم يكن الأمر كذلك لما جعل القضاء بخلاف ما إستقرت عليه المبادئ القضائية غير صحيح ما لم تُجِزه الهيأة المذكورة، وبإزاء ذلك هل أن إتباع المبادئ القضائية يكون إختيارياً على سبيل الإستئناس؟أم يكون ذلك على نحو الإلزام؟.

كما أن الهيأة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية تشير في قضائها إلى أن المبادئ القضائية الصادرة عنها واجبة الإتباع في القضايا المستقبلية المتشابهة، فما هو مصدر السلطة الممنوحة لها في هذا الصدد؟وما هو سندها القانوني بذلك؟.

ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل أن الهيأة الموسعة المدنية تحذو حذو الهيأة العامة وتشير في قضائها إلى المبادئ التي إستقر عليها قضاؤها في الأحكام السابقة وتذكر صراحةً في قرارها الإشارة إلى الحكم السابق الصادر عنها المقرر لهذه المبادئ، فما هو سندها القانوني بذلك؟.

كما أن محكمة التمييز عندما يكون الحكم المطعون فيه أمامها مخالفاً للمبادئ القضائية المستقر العمل عليها في قضائها فإنها تقرر نقضه وتشير صراحةً في قرار النقض إلى أن سبب ذلك هو لمخالفة الحكم المميز لما إستقر عليه قضاء محكمة التمييز الإتحادية، فهل إن مخالفة المبادئ القضائية يعد من أسباب الطعن بالتمييز؟أم أنها تعد هذه المبادئ بمثابة قواعد قانونية وأن مخالفتها يشكل مخالفة للقانون؟.هذه الإشكالات القانونية والتساؤلات هي التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع ودراسته والبحث فيه والإجابة من خلال ذلك على التساؤلات المذكورة.

رابعاً: منهجية البحث

للوصول الى التكامل المنهجي سنتبع في دراستنا لهذا الموضوع المنهج المقارن التحليلي، فإتباع الدراسة المقارنة سيكون بين عدة قوانيين، وهي قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣)لسنة ١٩٦٩، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨ وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ مع التطرق إلى عدة قوانين أخرى، كالقانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١، وقانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩، والقانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة ١٩٤٨، والقانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

كما إعتمدنا المنهج التحليلي وذلك لإستخلاص دور المبادئ القضائية وبيان أهميتها في الدعوى المدنية.

خامساً: هيكلية البحث

ستتوزع دراسة موضوع الأطروحة على بابين، سنخصص الباب الأول لبيان المفهوم القانوني للمبادئ القضائية، وسنقسم هذا الباب إلى فصلين،سنتناول في الفصل الأول ماهية المبادئ القضائية وفي الفصل الثاني الأسباب القانونية لإنشاء المبادئ القضائية، أما الباب الثاني فسنخصصه لبيان دور المبادئ القضائية في الدعوى المدنية ومدى قوتها الملزمة، وسنقسم هذا الباب إلى فصلين أيضاً، إذ سنتناول في الفصل الأول منه القوة الملزمة للمبادئ القضائية ، أما الفصل الثاني فسنتناول فيه دور المبادئ القضائية في الدعوى المدنية وتطبيقاتها العملية.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
Babylon University / College of Law

Udicial principles and their role in the civil case
(comparative study)

PhD thesis submitted by the student
Huda Muhammad Naji Al-Birmani

To the Council of the College of Law, University of Babylon as part of the requirements for obtaining a doctorate degree in private law

Supervised by
Dr. Meree Kathem Al-Khikani
Professor of civil law

1444 A.H **2022 A.D**

Abstract

Seeking truth, achieving justice and making the parties of the case confident that the judgment is just and realistic require the existence of legal texts for any case presented to the judge.

In view of the development of contemporary life and the latest developments in the court of law due to rapid and comprehensive developments of all aspects of life led to the emergence of facts, which are to some extent new or recent, presented to the judicial arena.

Since the judge, after reviewing this case or any other case and whether he finds a legal text that applies to it or not, has to pass a judgment, no matter what difficulties he faces. Otherwise, he is considered abstaining from achieving justice and making the citizens hate the judiciary.

The Supreme Court (Court of Cassation) has issued legal principles concerning certain cases due to the difficulties faced by the courts when reviewing a case, and because there is no legal text can be applied to the case, and ambiguity or multi-interpretations of legal texts or any other reasons.

For the stability of these principles, being unmodified for a long time and being a reference when facing difficulties in settling cases for the aforementioned reasons, these principles are considered obligatory, if we can say that, because they become as legal texts and the court has to follow them if a similar case is presented and other courts in similar cases as well.

Furthermore, Judicial principles emerging from independent opinions are considered a practical and scientific necessity required by the nature of legislative texts and judicial process.

Judicial principles have a significant role in interpreting ambiguous texts, and they play this role as if they are a direct and necessary source of

law and an independent source which is equal to other sources that play this important role.

Therefore, the principles which are part of the judge's work, as a result of his independent opinion, give the law practical, lively and realistic characteristics.

الباب الأول

المفهوم القانوني للمبادئ القضائية

الفصل الأول
ماهية المبادئ القضائية

ان لدور المبادئ القضائية أثراً بالغاً في الواقع العملي وفي نطاق الدعوى المدنية، ولا يكاد يقل عن دور التشريع ذاته؛ لأنها هي التي تضفي على القانون طابعه العملي الحي؛ ذلك أن المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله وحاول صياغة القاعدة القانونية على هذا النحو فإنه قد يقع في تناقض أو غموض أو يكون هناك إبهام فيها يظهر عند تطبيقها، وقد يحصل أن تكون الحالة المعروضة على القضاء خارج توقعات المشرع، الذي لا يستطيع أن يحيط بكل شيء وأن يضع الحلول اللازمة لكل القضايا التي يمكن أن تطرح على القضاء، ويظهر هذا النقص في التشريع بصورة واضحة كلما تطورت الحياة الإجتماعية وظهرت حاجات جديدة وأوضاع لم تكن معروفة من قبل، لذا تحرص المحاكم التي تُعرض أمامها القضايا المذكورة على إزالة الغموض أو التعارض في القواعد القانونية عند تطبيقها على هذه القضايا والتوفيق بين نصوص القانون الثابتة وأوضاع المجتمع المتغيرة، وهذا يعطي للقاعدة القانونية معنى جديد غير المعنى الأصلي لها كل ذلك يكون من خلال الأحكام القضائية التي تقرر الحلول العادلة للنزاع، وهذه الحلول التي يقررها القضاء في المسائل المذكورة ويتواتر العمل على إتباعها في القضايا المستقبلية تعرف بالمبادئ القضائية.

وقد تتعلق المبادئ القضائية بالمسائل الخاصة بإجراءات التقاضي والاختصاص في نطاق الدعوى المدنية، وقد تتعلق بالقواعد الموضوعية التي تحكم موضوع النزاع، كما أنها تتفاوت في قوتها الإلزامية تبعا لنوع الدعوى الصادرة بشأنها والجهة القضائية التي تقررها، وكذلك من حيث مدى الخضوع لحكمها في الحالات المماثلة للقضية المقررة بصددها أو الإسترشاد بها في مثل هذه الحالات.

وعليه سنتناول دراسة هذا الفصل في مبحثين، نتناول في المبحث الأول دراسة التعريف بالمبادئ القضائية، وفي المبحث الثاني، سنتناول دراسة الأسباب القانونية لإنشاء المبادئ القضائية.

المبحث الأول
التعريف بالمبادئ القضائية

للمبادئ القضائية أهمية كبيرة في الواقع العملي، وتظهر هذه الأهمية بصورة واضحة في حالة نقص التشريع أو فقدان النص القانوني أو غموضه وغيرها من الأسباب التي سنتناولها بالبحث والدراسة، ولها أهمية أيضاً في تقديم المساعدة والحلول الجاهزة للقضاء في حال وجود نزاع او قضية معينة ولم يجد لها القاضي حلاً ناجعاً سريعاً، فيلجأ لهذه المبادئ كونها أحد الحلول التي يمكن الرجوع اليها في مثل هذه الإشكاليات.

كما إن هناك عدة عوامل تساهم في تكوين المبادئ القضائية، إذ أن الوسيلة التي يلجأ إليها القضاء عندما لا يسعفه التشريع في تقديم الحلول للوقائع المعروضة أمامه تحتم عليه الإجتهاد في إستخلاص الحل العادل للنزاع، وأن هذا الحل المستخلص من الإجتهاد القضائي يمثل الخطوة الأولى في تكوين المبادئ القضائية، فإذا ما أخذت به المحكمة ذاتها والمحاكم الأخرى وإستقر قضائها على نفس الإتجاه، أصبحنا أمام مبدأ قضائي.

لذا سنحاول بيان ذلك من خلال هذا المبحث الذي سنقسمه الى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول التعريف بالمبادئ القضائية وأنواعها، وفي المطلب الثاني سنتناول العوامل التي تساهم في تكوين المبادئ القضائية وكالآتي:

المطلب الأول
تعريف المبادئ القضائية وأنواعها

إن الأحكام القضائية المقررة للمبادئ القضائية قد تصدر من أعلى هيأة في الجهة القضائية العليا لمحاكم البلاد[1]، وقد تكون صادرة من إحدى الهيئات الأخرى في الجهة

(١) وقد إختلفت القوانين في التسمية التي تطلقها على هذه المحكمة، اذ أن المادة(١٢)من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل، أطلقت على هذه المحكمة اسم محكمة التمييز، وأن معنى التمييز في اللغة، ميزت الشيء أميزه ميزاً أي عزلته وفرزته، وكذلك ميزته تمييزاً فإنماز، وميزه فصل بعضاً من بعض أو فرقه عن غيره (لسان العرب لإبن منظور، الجزء السادس، ص ٤٣٠٧، في حين تطلق بعض القوانين على هذه المحكمة إسم محكمة النقض، والنقض في اللغة هو الإفساد، إفساد ما ابرم من عقد إو بناء، وناقضه في الشيء مناقضة و نقاضاً خالفه (لسان العرب لإبن منظور، الجزء السادس، ص٤٥٢٤)، ومن القوانين التي تستخدم هذا الإصطلاح هو القانون المصري والقانون الفرنسي. في حين

المذكورة، وأن الحجية القانونية لها لا تكون دائماً بالدرجة نفسها من حيث الأهمية وإنما يكون ذلك بحسب الجهة الصادرة عنها الأحكام المقررة لها، كما أن المبادئ القضائية كما أسلفنا قد يتعلق بعضها بالمسائل الإجرائية الخاصة بالدعوى المدنية في حين يكون البعض الآخر خاص بالقواعد التي تحكم موضوع النزاع.

ولبيان المقصود بالمبادئ القضائية وأنواعها، يقتضي ذلك تقسيم هذا المطلب الى فرعين، سنتناول في الفرع الأول تعريف المبادئ القضائية، وفي الفرع الثاني سنتولى بيان أنواع المبادئ القضائية.

الفرع الأول
تعريف المبادئ القضائية

لكي نتمكن من الوقوف على المعنى أو التعريف الدقيق للمبادئ القضائية لابد من توضيح ذلك من ناحيتين الأولى تعريف المبادئ القضائية لغةً، ومن الناحية الثانية تعريف المبادئ القضائية إصطلاحاً. وعليه سنقسم هذا الفرع إلى بندين، سنتناول في البند الأول تعريف المبادئ القضائية لغةً، وفي البند الثاني سنتولى بيان تعريف المبادئ القضائية إصطلاحاً.

تستخدم قوانين أخرى مصطلح المحكمة العليا كما هو الحال في هولندا وسويسرا والنرويج وكندا وروسيا وهي تسمية معبرة، حيث أنها المحكمة التي تقف على قمة النظام القضائي .

وينتقد بعض الفقه إصطلاح محكمة النقض كونه أقل الاصطلاحات دقة وتعبيراً عن مهمة المحكمة العليا، ذلك أن هذه المحكمة لا تقتصر مهمتها على إلغاء الأحكام المخالفة للقانون، فهذه المهمة التي تقوم بها محكمة النقض إنما هي مهمة تابعة لمهمتها الأساسية التي تتمثل في توحيد كلمة القضاء بالنسبة للمبادئ القضائية بما يحقق المصلحة العليا للدولة وتفسير القوانين تفسيراً صحيحاً ينير السبل أمام سائر المحاكم فيصان بذلك اتساق القانون ويستقر القضاء.

وهذا النقد يوجه كذلك إلى تسمية محكمة التمييز فهي تسمية تعبر عن المهمة التبعية وليس الأساسية لتلك المحكمة، محكمة تمييز الأحكام بأن تجنب الحكم المعيب أي تنقضه، وتتبنى الحكم الصحيح أي تبرمه، فهي تميز أي تفصل الحكم الباطل عن الصحيح، أنظر بشأن تفصيل ذلك، د. أحمد هندي، أحكام محكمة النقض، آثارها وقوتها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص٨. ونرى أن المصطلح الأنسب والأكثر دقة لهذه المحكمة والذي يتسق مع مهمتها الأساسية ومكانتها في قمة الجهاز القضائي في الدولة، أن يطلق عليها إسم المحكمة العليا بدلاً من مصطلح محكمة النقض أو محكمة التمييز كونهما كما أشرنا آنفاً تشيران الى جزء من الوظيفة التي تمارسها وليس فيه ما يستوعب مهمتها الأساسية كمحكمة تقف على قمة السلم القضائي لمحاكم البلاد بهدف توحيد تطبيق القانون وتفسيره بما يضمن وحدة واستقرار القضاء، فانه ومهما يكن الأمر فعند ذكر كلمة المحكمة العليا في أي موضوع من مواضيع هذه الأطروحة فإننا نقصد بذلك محكمة التمييز الإتحادية في العراق، ومحكمة النقض في كل من مصر وفرنسا .

أولاً : تعريف المبادئ القضائية لغةً

إن مصطلح المبادئ القضائية يتكون من كلمتين وأن لكل كلمة مدلولها اللغوي، إذ إن المبادئ وهي جمع كلمة مبدأ وتعني في اللغة الشيء الثابت والراسخ و مبدأ الشيء أوله ومادته التي يتكون منها كالنواة مبدأ النخل أو يتركب منها كالحروف مبدأ الكلام، ومبادئ العلم أو الفن او الخلق او الدستور او القانون قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها(١).

أما كلمة القضائية التي هي صفة المبادئ والتي ترجع إلى أصل كلمة القضاء أو الحكم القضائي فإن لكل إصطلاح منهما مدلولاً لغوياً، فكلمة القضاء في اللغة العربية، مصدر الفعل: قضي يقضي فهو قاض، و يراد به معان عدة منها الأداء يقال قضى فلان دينه، إلا أن الحكم والفصل بين المتنازعين هو أكثر معانيه استعمالاً، يقال قضى القاضي بين المتخاصمين بالحق إذا أفضى الخصومة بينهما بالعدل(٢). اما كلمة الحكم القضائي لغة فهي، وقد حُكم بينهم بِحُكم بالضم حكماً، وحكم له وحكم عليه، والحكم هو الحكمة من العلم والحكيم هو العالم وصاحب الحكمة، والحكيم هو المتقن للأمور، والمحاكمة هي المخاصمة الى الحاكم(٣).

ثانياً : تعريف المبادئ القضائية اصطلاحاً

لقد تطرقت بعض القوانين إلى اصطلاح المبادئ القضائية وأشارت قوانين أخرى إلى معناها دون أن تطلق عليها مثل هذه التسمية، كما أن الفقه القانوني تولى بيان المقصود بها تحت هذا المسمى أو وفق تسمية أخرى، وأن أحكام القضاء هي الأخرى ورد في بعضها الإشارة إلى المبادئ القضائية .

ولبيان هذا الموضوع لا بد من دراسته في فقرتين سنتناول في الفقرة الأولى تعريف المبادئ القضائية قانوناً، وسنتولى في الفقرة الثانية بيان تعريف المبادئ القضائية فقهاً وقضاءً.

---

(١) إبراهيم مصطفى أحمد الزيات، تحقيق حامد عبد القادر محمد النجار، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، ص٨٨.

(٢) محيي هلال السرحان، القضاء في الإسلام محاضرات مطبوعة ألقيت على طلبة المعهد القضائي في العراق، ١٩٩٠، ص٤ .

(٣) الإمام الرازي، مختار الصحاح، حلب، ٢٠٠٥، ص ١١٦.

١. تعريف المبادئ القضائية قانوناً

لم يورد المشرع في القانون العراقي والقوانين المقارنة تعريف المبادئ القضائية، غير أنه لا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أن مصطلح المبادئ القضائية في القانون العراقي قد ورد في المادة (١٣/أولاً /أ) من قانون التنظيم القضائي رقم(١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل وهي بصدد ذكر إختصاصات الهيأة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية عندما نصت على أن (١. ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة).

كما وردت الإشارة الى ذلك في قانون السلطة القضائية المصري رقم(٤٦) لسنة ١٩٧٢ عندما نصت المادة (٤) منه وهي بصدد بيان إختصاصات الهيأة العامة لمحكمة النقض (إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة).

على أن المشرع العراقي قد أورد اشارة الى المبادئ القضائية من دون أن يطلق عليها مثل هذه التسمية في المادة (١) من القانون المدني رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل التي تنص على أنه(٣–وتسترشد المحاكم في كل ذلك[١] بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني العراقي بأنه (لم يكتفي المشروع بتحديد مواطن الرجوع في تطبيق القانون للجهات الأربعة المارة الذكر– ويقصد بالجهات الأربعة مصادر القانون التي ذكرها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي – بل فتح للقضاة بابين يسترشدون بهما وهما الأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق والقضاء والفقه في البلاد التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية[٢].

---

(١) ويقصد بذلك بأنه عند تطبيق المحكمة لأي من مصادر القاعدة القانونية الأربعة الوارد ترتيبها في الفقرتين (١و ٢) من المادة ذاتها وهي التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة عندما جاءت صيغتهما على النحو الآتي (١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) .

(٢) أنظر، منير القاضي، المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٤٨، ص٥.

وقد ورد المعنى ذاته في نص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل التي تنص على أنه (٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما يشير الى المبادئ القضائية عند خلو مصادر القانون من قاعدة تنطبق على النزاع وذلك بنصها على (إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء)[١].

٢. تعريف المبادئ القضائية فقهاً وقضاءً

تناول الفقهاء بحث موضوع المبادئ القضائية والتعريف بها عند دراستهم لموضوع القضاء في مجال دراسة مصادر القاعدة القانونية، وأن مصطلح القضاء له عدة مدلولات فهو قد يشير الى الجهة المختصة بالفصل في المنازعات داخل الدولة ويعنى بذلك المحاكم، وقد يراد به مجموع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم في الدولة، غير أن المدلول الذي ينصرف إليه القضاء والذي يعنينا في هذا الصدد هو المعنى الثالث له وهو المبادئ القضائية التي سنتناول بيان تعريفها.

فقد ذهب الفقه في ايراد عدة تعاريف للمبادئ القضائية، إذ عرفها البعض بأنها القواعد القانونية التي يخلقها القضاء ويبتدعها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه بحيث يمكن أن يستخلص منها إتجاه عام موحد للقضاء وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يعرض أمامه في المستقبل من أقضية مماثلة[٢].

وقد تطلق المبادئ القضائية على مجموع الأحكام التي تصدرها المحاكم في تفسير المسائل القانونية التي تتضارب فيها الآراء، لغموض النص القانوني، أو لأنه يحتمل وجهين أو أكثر والتي تصدر في الغالب عن المحكمة العليا (محكمة النقض أو محكمة التمييز)[٣].

في حين يذهب بعضهمُ الآخر من الفقه الى القول بأن المبادئ القضائية هي الحلول التي يعطيها القضاء للمسائل القانونية التي تعرض عليه عندما يتعين عليه تفسير نص غامض

(١) أنظر، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص ١٨٨.

(٢) د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٩،ص ٢١٥.

(٣) د. محمد رشدي، فن القضاء، شركة ومكتبة مصطفى الحلبي، مصر، بدون سنة نشر، ص١٢٨.

يعطيه معنى من عنده، أو لتفسير نص قانوني قائم ليوفق بينه وبين الحاجات الجديدة، أو عندما يضطر الى إهمال تطبيق بعض النصوص التي لم تعد متفقة مع المقتضيات الحالية بحيث ينشأ عن ذلك خلق قاعدة قانونية من أجل الحالة المعروضة عليه، فتضطرد أحكام المحاكم على الأخذ بها فتنشأ قواعد مجردة تكون لها قوة ملزمة للتطبيق، ولذلك قيل بأن المبادئ القضائية هي القانون الحي الذي ينبثق من الحياة العملية ويولد في حلبة الصراع الذي ينشب بين المصالح المختلفة(١).

في حين ذهب بعضُهم إلى القول بِأن المقصود بالمبادئ القضائية هي إجتهاد القاضي برأيه عندما يقوم ببحث علمي حر عن الحل العادل للنزاع الذي لا يجد حكماً ينطبق بشأنه في أحد مصادر القانون الوضعي وهو يرجع في ذلك إلى نفس الأفكار التي كان يستوحيها المشرع لو أنه تصدى لحل هذا النزاع مما يسهم في إنشاء قواعد قانونية عامة إذا ما أخذت محاكم أخرى بالحل نفسه الذي قرره هذا الحكم في المنازعات، وقد يتحقق ذلك أي نكون أمام مبدأ قضائي على أساس حكم قضائي فردي واحد إذا ما كان هذا الحكم صادراً عن المحكمة العليا كمحكمة النقض أو التمييز(٢).

وقد عرفت المبادئ القضائية بإنها الأحكام التي تصدر عن محكمة التمييز في القضايا التي تعرض عليها وإستقرارها على إتجاه معين بصددها خاصةً في المسائل التي لا تقطع فيها النصوص القانونية بحكم محدد بشأنها(٣)، والتي من خلالها تقوم محكمة التمييز بتوحيد الأحكام التي تستنبطها من الظروف والوقائع المعروضة على القضاء للفصل فيها والتي على أساسها تقوم بتفسير القانون بحيث تجعله متطوراً وفقاً لأوضاع المجتمع وضروراته المتغيرة على الدوام عند عجز التشريع عن الإحاطة بتفاصيل كل قضية منفردة يمكن عرضها على القضاء بحيث

(١) د. عبد الحي حجازي، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، القانون، المطبعة العالمية، القاهرة بدون سنة نشر، ص ٢٠٢.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٢٩١.

(٣) د. أحمد السعيد الزقرد. المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، ٢٠٠١، بدون ذكر مكان طبع، ص ٣٢٥.

يكون التفسير الخاص في القضية الصادر بشأنها مرشداً في قضايا مماثلة مما يؤدي ذلك إلى سد النقص في التشريع وبالتالي تحقيق العدالة في المجتمع التي هي غاية القانون[١].

اما بالنسبة لتعريف المبادئ القضائية قضاءً، فقد ورد في العديد من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز ما يشير الى إصطلاح المبادئ القضائية، فقد ورد في قرار محكمة المذكورة بأن (محكمة التمييز هي قمة المحاكم في سلم التنظيم القضائي ويقع على عاتقها مسؤولية الحفاظ على القانون وتطبيقه وذلك عن طريق إستخلاص المبادئ القضائية التي تحمي الحقوق وتؤكد على سيادة القانون ...)[٢]، كما قضت في قرار آخر جاء فيه (ولما كان في قضاء هذه المحكمة قصب السبق أن استقرت أحكامها بعد قرارها بالعدد ٥٤٣/ الهيئة العامة / ٢٠١١ في ٢٠١١/٣/٢٩ بعدم جواز التعرض لنشاط المرفق العام المشيد على أرض الغير ما دام هذا المرفق العام مستمر بتقديم نشاط حيوي يخدم عملية التنمية في البلد مع إلزام الإدارة بدفع تعويض عادل للمالك عن فوات منفعة عقاره بما يحقق التوازن بين المصلحة العامة وديمومتها والملكية الخاصة وضمان حمايتها ولغرض التمسك بهذا المبدأ القضائي العتيد والأخذ به من عدمه في موضوع النزاع الحاصل بين طرفي الدعوى لابد من إيجاد ضابط ترجيح موضوعي يتم الإستناد عليه حتى يمكن الأخذ بهذا المبدأ ...)[٣].

---

(١) سعدون ناجي القشطيني شرح أحكام المرافعات ، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطيعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص ٣٨٥.

(٢) رقم القرار، ١٢٥/١٢٢/ هيئة موسعة مدنية /٢٠١٨، في ٢٠١٨/٥/١٥، غير منشور.

(٣) رقم القرار، ٥٠/ الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/٤/١٦، غير منشور. وتتلخص وقائع الدعوى الصادر بشأنها المبدأ القضائي بأن مديرية تربية البصرة قامت بأنشاء بناية جديدة للمدرسة المشيدة من قبلها على قطعة المدعية بنفس المساحة التي كانت تشغلها بناية المدرسة القديمة بدون ان تقوم وزارة التربية باستملاك المساحة المشيدة عليها البنايتين مما حدا بالمدعية للمطالبة بمنع معارضة وزارة التربية لها من استغلال المساحة التي كانت تشغلها البناية القديمة بعد انتقال المدرسة إلى البناية الجديدة وقد ردت محكمة الموضوع دعوى المدعية استنادا الى المبدأ القضائي الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية المشار اليه في قرارها أعلاه الصادر في عام ٢٠١١ المتضمن عدم جواز المطالبة بالزام جهة الادارة برفع التجاوز المتمثل بالمشيدات المنشئة من قبلها على ارض الغير بدون أن تقوم باستملاكها طالما أن هذه المنشآت تتعلق بنشاط أحدى المرافق العامة التي تقدم نشاط يتعلق بعملية التنمية في البلد وقد أيدت محكمة الاستئناف بما ذهبت اليه محكمة البداءة من رد دعوى المدعية، غير أن محكمة التمييز نقضت الحكم الصادر بهذا الشأن وبينت بعدم اتباع محكمة البداءة ومن بعدها محكمة الإستئناف للمبدأ القضائي المستقر بشروطه المبينة في قرار الهيئة العامة، كون نشاط المرفق العام المتمثل بوزارة التربية أصبح يمارس

عليه نخلص مما تقدم إلى أن المبادئ القضائية هي الحلول التي يقررها القضاء عند الفصل في المنازعات المعروضة عليه في الحالات التي لا ينطبق بشأنها حكم في القواعد القانونية القائمة، أو تلك التي تنشأ من تفسير نص قانوني غامض، أو بإعتماد إحدى التفسيرات المحتملة لهذا النص سواء تعلق ذلك بمسألة من المسائل المتعلقة بإجراءات التقاضي في الدعوى المدنية أو بمسالة من مسائل الإختصاص فيها أو بخصوص ما يقتضيه النزاع من قواعد موضوعية لحسمه، والتي بإقرارها من المحكمة العليا تصبح مرشداً للمحاكم كافة في الأخذ بها في القضايا المتشابهة ويكون بعضها واجب العمل بها ما لم يتم العدول عنها من المحكمة العليا بإعتماد حلول أخرى غيرها فتضحى هي المبادئ القضائية عند تواتر العمل بها.

الفرع الثاني
انواع المبادئ القضائية

للمبادئ القضائية صور متعددة وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها اليها، من حيث وجوب العمل بها، أو من حيث مضمونها.

عليه للإحاطة بهذا الموضوع سنتناول بيان صور المبادئ القضائية من حيث وجوب العمل بها في البند اولاً ونخصص البند ثانياً لبيان صور المبادئ القضائية من حيث مضمونها.

أولاً : المبادئ القضائية من حيث وجوب العمل بها

تبدأ المبادئ القضائية في النشوء عند اقرارها من المحكمة العليا (محكمة التمييز او النقض)، اذ أن قضاء المحكمة العليا هو الأساس لإيجاد القواعد القضائية التي تكتسب قوتها من وجود هذه المحكمة على رأس الجهاز القضائي، ومن ثم فان المبادئ القضائية التي تصدر عنها تسير عليها المحاكم الأدنى منها وتحظى بإحترام وتقدير رجال القانون فمتى ما استقر قضاء محكمة التمييز على مبدأ معين بخصوص مسألة ما فإن هذه المسالة تكون قد حسمت من الناحية القانونية ويندر المنازعة والإختلاف بصددها مستقبلاً[1].

من خلال البناية الجديدة للمدرسة المشيدة على أرض المدعية وأن نشاطها أصبح معطلاً في البداية القديمة مما يقتضي سماع دعوى المدعية بإلزام وزارة التربية بمنع معارضتها من استغلال ملكها في المساحة المذكورة.

(١) د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

واذا كان من الممكن أن تكون المحاكم الدنيا هي السبب المباشر في ايجاد بعض المبادئ القضائية الا أن هذه المبادئ قبل إقرارها من محكمة التمييز لا يمكن عدها مبادئ قضائية صادرة من القضاء، لأن القضاء كوصف ينصب على محكمة التمييز ممثلة في هيئاتها المتعددة، وعليه فإن المبادئ القضائية تختلف من حيث وجوب العمل بها بحسب الهيئة القضائية الصادرة عنها . عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتولى تقسيمه الى فقرتين، سنخصص فقرة (١) لبيان المبادئ القضائية الملزمة، ونتناول في الفقرة ثانياً المبادئ القضائية الإرشادية.

١. المبادئ القضائية الملزمة

أن العمل الأساس للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه، إلا أنه لا يمكن إنكار هذا الدور للقضاء في خلق القواعد القانونية تكملة للنقص في القانون، ومما يؤكد هذا الدور أن القضاء لا ينشئ قواعد قانونية جديدة تكملةً للقانون فحسب، بل أنه يقوم أحياناً بتعديل القواعد القانونية القائمة تحت ستار تفسيرها[١].

وأن الدور المنشئ للقضاء في خلق القاعدة القانونية لا يقصد به ما يصدر عن المحاكم من حلول قانونية للقضايا المطروحة أمامها في إطار عملها في إكمال النقص في قواعد القانون الوضعية، إذ أن قضاء محاكم الدرجة الأولى والثانية وأن كان يمثل اللبنة الأولى في نشوء المبادئ القضائية وخلق القواعد القضائية إلا أنه لا يحقق الإستقرار لهذه القواعد بتكرار تطبيقها في الحالات المماثلة ما لم يتم إقرارها من قبل المحكمة العليا، وإذ إن العمل في المحاكم العليا يتم من قبل عدة هيئات يتوزع العمل فيها تبعاً لنوع الدعاوى المطلوب تدقيق الأحكام الصادرة فيها تمييزاً وأهميتها فتكون نتيجة ذلك أن المبادئ القضائية المستخلصة من قرارات المحكمة العليا ليست على درجة واحدة من حيث القوة والأهمية سواء أكان ذلك بشأن القضية الصادرة هذه المبادئ أو في القضايا المماثلة لها، وإنما تختلف هذه القوة والمكانة بحسب الجهة الصادرة عنها والقضية الصادرة بشأنها، إذ تكون هذه المبادئ واجبة الإتباع وملزمة في القضية الصادرة فيها وقد لا تقتصر قوتها الملزمة على ذلك وانما يتعدى ذلك إلى القضايا المماثلة لها في المستقبل، عليه وللإحاطة بهذا الموضوع يمكن تناوله في النقطتين الآتيتين:

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة القانون، مصدر سابق، ص ٥٠٦ .

أ. المبادئ القضائية الملزمة في الدعوى الصادرة فيها

إن الحل الذي تقرره المحكمة المرفوع إليها النزاع إعمالاً لإجتهادها في الحالات التي يكون لها ذلك عند إفتقاد مصادر القانون من حكم دقيق لهذا النزاع قد يكون محلاً للطعن فيه أمام المحكمة العليا المختصة بتدقيق الأحكام الصادرة عن المحكمة التي قضت بالفصل في النزاع من الطرف الذي تضررت المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها من خلال ما أبداه من طلبات ودفوع في الدعوى، وأن المحكمة المختصة بنظر الطعن التمييزي قد تقر الحل الإجتهادي الذي ذهبت إليه محكمة الموضوع في حكمها المطعون فيه بأن تقرر تصديق هذا الحكم بما تضمنه من حل للنزاع إستلهمته من دورها الخلاق في حسم النزاع وما يقود إليه من إنشاء قواعد قانونية، فعندئذ لا تظهر في هذا الصدد أي مشكلة للبحث عن مدى إلزامية الحل المقرر بمقتضى هذا الحكم في نطاق الدعوى الصادر بشأنها إذ أن الحكم المقرر للمبدأ القضائي في هذا الشأن يكون قد إكتسب الدرجة القطعية بتصديقه تمييزاً واكتسابه حجية الأمر المقضي به بأن أصبح باتاً واستقرت مراكز الخصوم في الدعوى الصادر فيها وأصبح واجب النفاذ.

ولكن الأمر لا يكون كذلك في حال ما إذا قررت المحكمة المختصة بنظر الطعن التمييزي نقض الحكم المميز الذي ذهبت فيه محكمة الموضوع إلى إقرار حل للنزاع المعروض أمامها الذي لا يوجد حكم صريح ينطبق بشأنه في مصادر القانون القائمة، بأن تقرر إعطاء حل للنزاع يختلف عما سبق وأن قضت به محكمة الموضوع في حكمها المنقوض لتعيد القضية إلى المحكمة الصادر عنها الحكم للفصل فيها مجدداً على ضوء ما قررته المحكمة العليا من إجتهاد، فإن السؤال الذي يثار بهذا الصدد هل ان الحل الذي قررته المحكمة العليا يكون واجب الإتباع بحيث يجب على المحكمة التي تنظر النزاع بعد النقض أن تقضي به أو يكون ما بينته المحكمة العليا من حل للنزاع يعود للمحكمة التي أعيدت إليها الدعوى أن تأخذ به وتصدر حكمها في النزاع على ضوء ما رسمته المحكمة العليا أو تخالف ما ذهبت إليه الأخيرة في قرارها بالنقض؟.

أن الذي يهمنا الإجابة عليه في هذا الصدد هو بيان متى يكون المبدأ القضائي الذي قررته المحكمة المختصة بنظر الطعن التمييزي ملزم للمحكمة التي تفصل في القضية بعد النقض، إذ أن بيان الحالات التي لا يكون فيها الحل الذي بينته المحكمة في قرار النقض غير ملزم للجهة القضائية التي تحال أو تعاد إليها القضية الفصل فيها مجدداً يكون محله في موضع آخر من هذه الدراسة.

إذ أن المبادئ القضائية الإجرائية التي سيجيئ بيانها لاحقاً تكون دائماً واجبة الإتباع في نطاق الدعوى الصادرة بشأنها، إذ أن الإجراءات التي تقرر المحكمة العليا وجوب إتباعها للفصل في موضوع النزاع تكون ملزمة لمحكمة الموضوع عند إعادة القضية إليها للفصل فيها مجدداً على ضوء الإجراءات التي رسمها قرار النقض ولا يكون لهذه المحكمة مخالفتها بإتباع إجراءات أخرى أو إعادة الفصل في النزاع على الإجراءات ذاتها التي سبق لها إتباعها عند الفصل في النزاع لأول مرة والا تعرض حكمها للنقض مرة ثانية أياً كانت الجهة التي قررت هذه المبادئ الإجرائية وأيا كانت الهيئة القضائية الصادرة عنها، أما إذا تعلق الأمر بالمبادئ القضائية التي تتعلق بموضوع النزاع فإنها تكون هي الأخرى واجبة الإتباع في نطاق الدعوى الصادرة فيها إذا كانت هذه المبادئ مقررة من قبل محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية أو كانت صادرة عن الهيأة العامة في محكمة التمييز الإتحادية أو عن الهيأة الموسعة المدنية فيها، وهذا الحكم قررته المادة(٢١٥) بفقرتيها (١و ٢) من قانون المرافعات المدنية[١].

---

(١) تنص المادة(٢١٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (١. إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة أحوال شخصية أو محكمة بداءة (بدرجة أخيرة) يكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الإتباع مطلقاً. ٢. إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة إستئناف أو محكمة بداءة (بدرجة أولى) يقتصر في إتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة فإنه يكون واجب الإتباع في جميع الأحوال) .

أما بخصوص الهيأة الموسعة المدنية التي أعيد تشكيلها بموجب المادة (١) من قانون تعديل قانون التنظيم الفضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المرقم (٨) لسنة ٢٠١٤ بتعديل المادة (١٣) منه التي تنص على (ب/ ثانياً: الهيئة الموسعة المدنية: تنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز الإتحادية أو أقدم نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من إشتراكه وعضوية ما لا يقل عن ستة من قضائها وتختص بالنظر بما يأتي: ١. النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد اذا كان بين الخصوم انفسهم او كان احدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجيح احد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الآخر ولرئيس المحكمة وقف تنفيذ الحكمين المتناقضين لحين صدور القرار التمييزي. ٢.النزاع الحاصل حول تعيين الإختصاص في نظر الدعاوى بين محكمتين مدنيتين . ٣. الدعاوى التي تصر فيها محكمة الموضوع على حكمها المنقوض. ٤.القرارات الصادرة من محكمة الإستئناف بالشكوى من القضاة . ٥. ما يحيله عليها الرئيس للبت فيه من أحكام وقرارات مدنية تقع ضمن اختصاص المحكمة على وفق القانون الذي صدرت بموجبه تلك الأحكام والقرارات . ٦. أي اختصاص آخر تقرره القوانين النافذة).

وان قسم من الإختصاصات المنعقدة للهيئة الموسعة المدنية المشار اليها آنفاً كانت في الأصل من اختصاص الهيئة العامة بموجب قانون المرافعات المدنية قبل تعديل قانون التنظيم القضائي آنف الذكر، لذا فإنه تبعاً لذلك تكون القرارات الصادرة عن الهيئة الموسعة المدنية بمثابة القرارات الصادرة عن الهيئة العامة

خلاصة القول: إن المبادئ القضائية تكون ملزمة في نطاق الدعوى الصادرة بشأنها بحيث يجب على محكمة الموضوع تبني الحل المقرر بمقتضاها عند إعادة القضية إليها للفصل فيها مجدداً بعد نقض قرار الحكم الصادر عنها إذا كان القرار المتضمن لهذه المبادئ صادر عن الهيأة العامة أو الهياة الموسعة في محكمة التمييز الإتحادية أو صادر عن محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية سواء أكانت هذه المبادئ القضائية متعلقة بموضوع النزاع أو كانت متصلة بإجراءات سير الدعوى و مسائل الإثبات فيها، أو إذا كانت متعلقة بالمسائل الإجرائية المتبعة في الدعوى إذا كان الحكم المنقوض الذي قُرر المبدأ بموجبه صادراً عن إحدى الهيئات المدنية المتخصصة في محكمة التمييز الإتحادية بخصوص الطعن تمييزاً بالحكم الصادر عن محكمة الإستئناف بصفتها الأصلية أو عن محكمة البداءة بدرجة أولى.

ب – المبادئ القضائية الواجب إتباعها في الحالات المتشابهة

أن الدور الخلاق للقاضي واقرار حقه في خلق قواعد قانونية أصبح أمراً مستقراً في الفقه، الذي ذهب الى عدّ القضاء بما يصدر عنه من مبادئ قضائية مصدراً رسمياً للقواعد القانونية في الحالات التي لا يجد فيها القاضي قاعدة في المصادر الأخرى للقانون، اذ تضطر المحاكم في هذه الحالات حتى لا تتكل عن أداء العدالة إلى الإجتهاد للوصول الى حل عادل للنزاع، ثم تتواتر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل في الحالات المماثلة، فتوجد بذلك القاعدة القانونية ويساعد على هذا الإستقرار وجود المحكمة العليا على قمة الهرم القضائي فتكون رقيبة على أحكام المحاكم بحيث تصبح ما تقره في هذا الشأن قاعدة تتوحد على أساسها هذه الأحكام وبالتالي فإن هذه القواعد التي أوجدها القضاء يصبح لها من الإحترام ما للتشريع إذا كان الحكم

في محكمة التمييز حسب ما إستقر عليه قضاء محكمة التمييز في العديد من القرارات الصادرة عنها منها القرار المرقم١٠٥/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/١٧ المتضمن بأنه (وحيث ان هذه الهيئة قد حلت محل الهيئة العامة في بعض إختصاصاتها بموجب المادة (١٣/ أولاً /ب من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل وهذا ما قررته الهيئة العامة لهذه المحكمة بقرارها المرقم ٥٢٧/ هيئة عامة /٢٠١٠ في ٢٠١١ /٨/٢٨ وحيث أنه لا يقبل طلب التصحيح في القرارات التمييزية الصادرة من الهيئة العامة بموجب أحكام المادة ١/٢٢٠من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل فانه لا يقبل طلب تصحيح القرار التمييزي الصادر عن هذه المحكمة، لذا قرر رد طلب التصحيح وقيد التأمينات إيراداً للخزينة) ، غير منشور.

المميز صادراً من محكمة التمييز، ولذلك قيل أن القضاء يصنع القانون وهو يصنعه عن طريق خلق عرف قضائي أو قاعدة نظامية[١].

وقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي في هذا الصدد بأنه (لم يفت القانون أن ينص على أن قرار الهيئة العامة 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 الى السداد فلا يقبل المساس به ولا أضعاف الثقة فيه عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته أو الإصرار على رأي آخر مهما كانت الأسباب والعلل).

وقد نصت المادة(١٣/ أولاً /أ/١) من قانون التنظيم القضائي العراقي على أنه (تختص الهيئة العامة بالنظر فيما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة).

ومن خلال ما تقدم يظهر أن المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية في الدعاوى المدنية تكون واجبة ويلزم إتباعها ومراعاتها من قبل المحكمة ذاتها بجميع هيئاتها والمحاكم كافة في القضايا المماثلة للقضية الصادرة بشأنها وليس أدل على ذلك من نص المادة أعلاه من قانون التنظيم القضائي عندما ألزمت وجوب الرجوع الى الهيئة العامة لغرض العدول عن أياً من المبادئ القضائية المقررة من قبلها، اذ لو لم يكن هذا الإلزام بإتباع المبادئ القضائية الصادرة عن الهيأة العامة وإمكانية مخالفتها في القضايا المشابهة، لما أوجب القانون عرض القضايا مجدداً على الهيئة المذكورة، لتقرر مبادئ قضائية جديدة تعدل من مبادئها المقررة سابقاً؛ لكي تسير على إتباعها المحاكم في القضايا المماثلة مستقبلاً.

وعلى هذا الأساس تكون المبادئ الصادرة عن الهيأة العامة في محكمة التمييز لها حجية قضائية كقيمة السابقة القضائية من حيث وجوب إحترامها من قبل سائر المحاكم، اذ أن المقام المتميز لهذه الهيئة في قمة الجهاز القضائي ومهمتها في مراقبة مختلف المحاكم في الأحكام الصادرة عنها بما يضمن وحدة التشريع ومساواة المواطنين أمام القانون، يجعل ما تصدره من قرارات تكون لها حجية قوية ذات أهمية خاصة غير عادية بحيث يكون لهذه القرارات قوة كبيرة بالنسبة للفصل في أي دعوى وفي أي وقت مما يضفي عليها مدىً قضائياً يجاوز كثيراً الإطار

(١) د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص٣٦٨.

الضيق للقضية التي صدرت فيها، وعليه فإنه عندما تفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز في مشكلة قانونية أثيرت بمناسبة الحكم المطعون فيه أمامها وتواترت قراراتها التي تفصح فيها عن الحل القانوني للمسألة المذكورة يجعلها واضحة أمام سائر المحاكم فتحترمها في أثناء نظرها مختلف الدعاوى(١).

وترتيباً على ذلك فإن إلزام المحاكم بإتباع ما تقرره الهيأة العامة في محكمة التمييز من مبادئ قضائية إعمالاً لدورها المنشئ في خلق القواعد القانونية في الحالات التي يتحقق فيها منح السلطة لها في ذلك، هو إلتزام قائم فعلاً وليس مجرد إلتزام أدبي، إذ أن الإلتزام الأدبي لا يحميه جزاء قانوني، اذ يكفي في الواقع أن قضاء المحاكم الأدنى الذي يخرج على المبادئ التي تقررها محكمة التمييز يكون مصيره النقض والإلغاء(٢)، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق بأن (قضاء الهيئة العامة واجب الإتباع في الحالات المشابهة ...)(٣)، وقد ذهبت محكمة التمييز في تعليل قرارها المذكور بالقول: (ذلك لأن كلمة الفقه إجتمعت على أن الإنسان هو غاية كل تنظيم قانوني وقضائي، وأن المجتمع يشعر دائماً بالحاجة الملحة إلى ثبات القانون ووحدة تطبيقه، ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضي لآخر، ومن حالة لأخرى، سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز إرادته الإلزامية، ويكون مبدأ توحيد أحكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من الخيال ...)، كما قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أيضاً (ان الحكم المطعون فيه قد قام على ما يخالف الرأي الذي استقر عليه قضاء النقض ومن ثم يتعين نقضه لأنه يكون قد خالف القانون)(٤).

خلاصة القول: إن المبادئ القضائية الصادرة عن الهيأة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية تكون ملزمة للمحاكم كافة في القضايا المشابهة للقضية التي صدرت بمقتضاها بغض النظر عن المناقشات التي يجريها الفقه بصدد السند القانوني لهذا الإلزام وعما إذا كانت تقتضيه وظيفة محكمة التمييز، أو كان مجرد إلتزام أدبي تسير على إتباعه المحاكم الأدنى، طالما أن

(١) د.أحمد هندي، مصدر سابق، ص ٢٧٦ وما بعدها .

(٢) د. أحمد الغريب شبل البنا، دور القاضي المدني في انشاء القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، دبي، ٢٠١٨، ص٢٥٠.

(٣) أنظر، قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ١٢٩ / هيئة عامة / ٢٠٠٨، غير منشور .

(٤) د. حسام الدين كامل الإهواني، اصول القانون، مطبعة أبناء وهبة حمان، ١٩٨٨، بدون ذكر مكان طبع، ص٢٠٦. وأن المؤلف لم يذكر رقم وتاريخ القرار عند اشارته لمضمون القرار كما في أعلاه.

الواقع العملي يكشف عن هذا الإلتزام من جانب مختلف المحاكم بالمبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز بما فيها كافة الهيئات التي تتشكل في المحكمة ذاتها، طالما أن عدم الإلتزام بهذه المبادئ تعرض الأحكام التي تصدر خلافها للنقض، كما تشير الى ذلك العديد من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز والتي تشير فيها بوضوح إلى إلزام المحاكم بما إستقر عليه قضاء الهيئة العامة من مبادئ قررتها في قضايا مماثلة.

٢. المبادئ القضائية الإرشادية

سبق وأن بينا في الفقرة السابقة من هذا الفرع الحالات التي تكون فيها المبادئ القضائية ملزمة سواء في نطاق الدعوى الصادرة فيها أو بشأن القضايا الأخرى المماثلة لها، غير أن هناك مبادئ يمكن إستخلاصها من القرارات القضائية لا تلزم المحاكم بإتباعها والأخذ بالحل المقرر بمقتضاها، بل يمكن الرجوع اليها في القضايا المشابهة على سبيل الاستئناس والاسترشاد بالحل المقرر فيها، ويذهب بعض الفقه الى ان معيار التمييز بين المبادئ القضائية الملزمة والمبادئ القضائية الإرشادية هو معيار ما إستقر عليه قضاء الهيأة العامة، فالقرارات التي إستقر التعامل عليها والصادرة عن الهيأة العامة تصبح واجبة الإتباع من قبل المحاكم الادنى، أما غيرها فلا تعتبر ملزمة للمحاكم الأدنى، بل لها الأخذ بما تقرره في الحالات المشابهة على نحو الإستئناس[١]، ويمكن أن يضاف إلى المعيار المتقدم الذي يعبر بوضوح عمّا يجري عليه التطبيق في الواقع العملي للمحاكم هو ما إستقر عليه قضاء الهيأة الموسعة المدنية، بمعنى أن ما إستقر عليه قضاء الهيأة العامة والهيأة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية يكون ملزم وواجب الإتباع من قبل سائر المحاكم في القضايا المشابهة، وما عدا ذلك من المبادئ القضائية لا تكون ملزمة في القضايا المماثلة، ويمكن الأخذ بها على سبيل الإستئناس .

ثانياً : المبادئ القضائية من حيث مضمونها

ان المبادئ القضائية لا تقتصر على خلق حلول تطبق على موضوع النزاع وحسم الدعوى الخاصة به عندما لا يكون هناك حكم ينطبق عليه مقرر في مصادر القاعدة القانونية القائمة، بل أن المبادئ القضائية يمكن أن يتقرر بموجبها قواعد أجرائية تطبق بشأن إجراءات سير الدعوى أمام المحاكم المدنية وكيفية الفصل فيها عند خلو القانون الإجرائي من قاعدة

(١) د، عزيز جواد هادي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الإتحادية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية التي تصدر عن كلية القانون/جامعة بابل، العدد الثاني، السنة الثالثة، ٢٠١٢، ص٥٩٨.

قانونية يمكن أن تنطبق بشأن بعض الإجراءات التي يقتضيها حسم الدعوى المدنية، وعليه فإن المبادئ القضائية من هذه الجهة يمكن أن تكون إما مبادئ موضوعية أو مبادئ إجرائية، لذا وللإحاطة بهذا الموضوع سنقسمه الى فقرتين نتناول في الفقرة الأولى المبادئ القضائية الإجرائية وفي الفقرة الثانية نتناول المبادئ القضائية الموضوعية .

١. المبادئ القضائية الإجرائية

إن القاضي المدني عندما يقوم بحل النزاع في الدعوى المرفوعة إليه، عليه أن يقوم بذلك على وفق الإجراءات التي رسمها قانون المرافعات المدنية بدءً من تقديم عريضة الدعوى إليه وحتى صدور الحكم الحاسم فيها، وقد تكون بعض المسائل الإجرائية التي يقتضيها حسم الدعوى لم يتعرض لها القانون الإجرائي ففي هذه الحالة يجب على القاضي إعمال دورة الإجتهادي ورسم بعض الإجراءات أثناء نظره في الدعوى والتي يقتضيها تسيير الدعوى بغية حسمها، وأن هذه الإجراءات قد يستنير بها القضاة في إجراءاتهم القضائية اللاحقة فيسيرون على ضوئها ويسلكون ذات الطريقة المقررة فيها في قضاياهم، ومع استقرار الأخذ بهذه الإجراءات تكون مبادئ قضائية يضطر المشرع الى تقنينها وتعديل قانون المرافعات بتضمينه للمبادئ القضائية المذكورة وكان لإتجاهات محكمة التمييز أثر كبير لدفع المشرع الى تعديل الكثير من نصوص قانون المرافعات المدنية[١].

وقد أخذ قانون المرافعات المدنية العراقي بالكثير من المبادئ القضائية التي أقرتها محكمة التمييز قبل صدوره المتعلقة بالمسائل الإجرائية الخاصة في الدعوى المدنية إذ جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية (وقد أورد القانون نصاً صريحاً قنن فيه قضاء محكمة التمييز بإضافة مدد المسافة بالنسبة للتبليغات الخاصة بالمقيمين خارج العراق إلى المدد الأصلية ولو كان للمبلغ او المبلغ اليه وكيل مقيم في العراق؛لأن العبرة للأصيل ولأن هذه المدد المضافة يقتضيها تبادل الرأي بين الوكيل وموكله المقيم في الخارج وتحقيق المساواة بين طرفي الدعوى، فضلاً عما يحتاجه الأمر أحياناً من تزويد الوكيل بمستندات جديدة أو إتخاذ إجراءات التحويل الخارجي لدفع الرسوم القضائية)، كما جاء في الأسباب الموجبة أيضاً (ولما كان من أصول المرافعات تدرج طرق الطعن بحيث لا يلجأ إلى طريق الطعن بالتمييز الا بعد إستنفاذ طريق

(١) د. فتحي والي، مقال بعنوان محكمة النقض وقانون المرافعات المدنية والتجارية، المجلة الفصلية لمحكمة النقض، العدد الثالث، ابريل، ٢٠٠٧، ص٤٨.

الاستئناف، ولما كانت محكمة التمييز قد درجت على تأخير النظر في التمييز حتى يفصل في الدعوى من محكمة الإستئناف، لهذا رأى القانون أن يقنن هذا التطبيق العملي بنصوص صريحة تكفل عدم النظر في التمييز إلا بعد الإنتهاء من مرحلة الإستئناف).

خلاصة القول: إن المبادئ القضائية الإجرائية هي القواعد الإجرائية التي يقرر القضاء تطبيقها عند النظر في الدعوى المدنية مما يقتضيه حسمها عند خلو القانون الإجرائي من نص خاص بشأنها والتي تتعلق بإجراءات التقاضي المتمثلة بالأوضاع الواجب إتباعها أمام مختلف المحاكم إبتداءً من تقديم عريضة الدعوى وحتى صدور الحكم فيها ، وكذلك كيفية توزيع النظر في الدعوى على مختلف المحاكم حسب الإختصاص الوظيفي والنوعي والمكاني لكل محكمة بمختلف درجاتها[١].

٢. المبادئ القضائية الموضوعية

أن الدعوى التي يختص القضاء المدني بالفصل فيها يكون موضوع النزاع المتعلق بها إحدى العلاقات القانونية التي يسري بشأنها أحد فروع القانون الخاص الذي ينظم حقوق وواجبات الأشخاص في علاقاتهم القانونية التي لا تدخل فيها إحدى السلطات العامة للدولة بصفتها هذه طرفاً فيها، وعند حصول نزاع بين الأشخاص بصدد العلاقات والروابط القانونية بينهم بشأن النشاط الذي يمارسونه ورفع النزاع إلى إحدى المحاكم المدنية للفصل فيه لا بد للمحكمة عند حسم هذا النزاع من تطبيق قاعدة قانونية بصدده والأخذ بالحكم المقرر فيها وتطبيقه على النزاع وحسمه بمقتضى الحل المقرر فيها، ذلك أن القواعد القانونية الموضوعية في ذاتها غير كاملة مليئة بالقصور والثغرات، وهو أمر لا يمكن تفاديه، لأن الحياة متباينة الجوانب، متشعبة النواحي، متجددة المظاهر، في حين قواعد التشريع موحدة الصياغة حبيسة النصوص فإنها تكون بحاجة دائمة إلى تكملة وتعديل وملائمة لمتابعة المظاهر اللامتناهية لحياة البشر، ومن أجل تغطية هذا النقص أو القصور يقوم القضاء بوضع الحلول التي تكمل نقص القانون[٢]، وكان منح القضاء سلطة إيجاد الحلول للمنازعات التي لا توجد قواعد موضوعية مقررة في مصادر القانون تتضمن الحكم الذي يمكن تطبيقه بشأنها، جعل له اليد الطولى في تطور القانون المعاصر، وقد عمل

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٤.

(٢) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٣٦٧.

القضاء عن طريق الإجتهاد وغياب المصادر الرسمية المعروفة للقانون على تلافي قصور التشريع وسد نقائصه بتقرير عدد من النظريات والأحكام العادلة كنظرية تحمل التبعة وأحكام المسؤولية التقصيرية المبنية على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس او غير قابل له وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية قبل أن يتولى المشرع بإقرار هذه النظريات والأحكام وصوغها في نصوص تشريعية(١).

المطلب الثاني
العناصر التي تساهم في تكوين المبادئ القضائية

إن الحلول التي يقررها القضاء للمنازعات المعروضة عليه عند إصداره للأحكام القضائية المنهية لهذه المنازعات لا تكون بالسهولة نفسها دائماً، فإذا كان الحكم القضائي هو مجرد تطبيق للقاعدة القانونية الصريحة والواضحة على عناصر النزاع الواقعية المعروضة أمام المحاكم فلا مجال للبحث عن مبادئ قضائية في هذا الصدد، غير أن الأمر لا يكون كذلك في الحالات التي تكون فيها المنازعات المعروضة على القضاء لا تستوعبها القواعد القانونية القائمة، أما لعدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه عليها ، أو لأن النص القانوني القائم لا يفي بالغرض بحيث لا يستطيع القاضي أن يستند إليه في إصدار الحكم القضائي الحاسم للنزاع لغموضه أو اقتضابه، وحيث أن القاضي ملزم بإصدار الحكم في النزاع المعروض عليه وليس له أن يمتنع عن ذلك بحجة غموض النص أو فقدانه وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق(٢)، فإنه إزاء ذلك نشأت الحاجة إلى الإجتهاد القضائي لسد النقص في القواعد القانونية، وعند لجوء القاضي إلى الإجتهاد عند إصدار الحكم بتقرير حل عادل للنزاع المعروض عليه يمكن أن يفضي ذلك إلى خلق قواعد يبتدعها القضاء ويؤخذ بها في المنازعات المتشابهة، بحيث يمكن أن يستخلص منها إتجاه عام وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما يعرض أمامه في المستقبل من أقضية مماثلة، وعلى هذا النحو تتكون المبادئ القضائية. وترتيباً على ذلك فإن المبادئ القضائية ترتكز في تكوينها على إجتهاد المحاكم في إبتداع الحلول للقضايا المعروضة أمامها

(١) عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مديرية دار الكتب الطباعة والنشر، جامعة بغداد، بدون ذكر سنة نشر، ص ١٥١.

(٢) المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

التي لا يوجد بشأنها حل في قواعد القانون واستقرارها على الأخذ بالحلول التي قررتها في القضايا المماثلة التي تعرض عليها في المستقبل.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع ستتولى دراسته في فرعين: نخصص الفرع الأول لدارسة كون المبادئ القضائية هي حصيلة إجتهاد قضائي، والفرع الثاني نتناول فيه دراسة كون المبادئ القضائية هي ثمرة إستقرار قضائي .

الفرع الأول
المبادئ القضائية حصيلة إجتهاد قضائي

يؤدي الإجتهاد القضائي دوراً فاعلاً في إعانة القاضي في إيجاد الحلول القانونية للمسائل المعروضة عليه عند إخفاق مصادر القانون الأخرى من تقرير حل لها، إذ يعد الإجتهاد القضائي في هذا الصدد أحد الحلول القانونية لتفادي حالة القصور التشريعي، عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنقسم البحث فيه على ثلاثة بنود: نخصص البند الأول لبيان تعريف الإجتهاد القضائي، ونتناول في البند الثاني بيان أهمية الإجتهاد القضائي، ونتولى في البند ثالثة دراسة وسائل الإجتهاد القضائي.

أولاً : تعريف الإجتهاد القضائي

أن الإجتهاد في اللغة مشتق من كلمة (جهد) بمعنى بذل الجهد أو تحمل الجهد وهو المشقة، فالإجتهاد في اللغة هو إستفراغ الوسع في أي فعل كان ويقال إستفرغ وسعه في حمل الثقيل ولا يقال إستفرغ وسعة في حمل النواة[١].

أما إصطلاحاً فيعرف الإجتهاد القضائي بأنه مجموعة الحلول التي تأخذ بها قرارات القضاء في تطبيق القانون (ولا سيما في تفسير القانون عندما يكون مبهماً) وفي خلق القانون (عندما يكون من الواجب تكملة القانون وتلافي نقص القاعدة القانونية)، بعبارة أخرى هو مجموع الحلول القانونية التي تتوصل اليها المحاكم بمناسبة معالجتها للإشكالات القانونية، أو هو الحل الذي تقدمه المحكمة في مسألة قانونية محل نقاش[٢].

---

(١) إبن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٨، ص ٩٦.

(٢) د.حامد شاكر محمود الطائي، مصدر سابق ص٣٥. والمصادر الفرنسية التي يذكرها بهذا الشأن.

وتأسيساً على ذلك فإن الإجتهاد القضائي هو مجموعة المبادئ التي تستنبط من الأحكام الصادرة من المحاكم مما يشكل مصدراً يغذي النظام القانوني، فإذا كان التشريع يرتبط بالقانون فالإجتهاد القضائي يرتبط بحياة القانون، ولذلك يبقى القانون الذي تصنعه المحاكم هو القانون الحي المتحرك والحقيقي، و عليه يمكن القول بأن الإجتهاد القضائي هو الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة امامها في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته الفصل في هذه القضية[١]، ولذلك قيل: إن الإجتهاد القضائي هو مجموعة القرارات القضائية الصادرة بشأن منازعات معينة التي تمثل حلولاً قانونية تعلن في الأخير مبادئ قضائية، فهو على هذا الأساس يكّون قاعدة قانونية ذات أصل قضائي تنشأ من قيام القاضي ببحث عملي بقصد إيجاد حل عادل للنزاع و يرجع فيه إلى نفس الجوهر الذي يستهدي به المشرع في وضع القواعد القانونية التشريعية ويستلهم الحل فيه من مثل العدل والأخلاق الإنسانية[٢].

وقد أشارت محكمة التمييز الإتحادية في قضائها إلى موضوع الإجتهاد القضائي، إذ جاء في قرار لها أن(ما يرد في القرارات التمييزية يعبر عن التفسير والإجتهاد القضائي للقضاة الذين أصدروها)[٣].

ومن الجدير بالملاحظة الإشارة في هذا الصدد الى التمييز بين الإجتهاد القضائي والعمل القضائي، فالإجتهاد القضائي بوصفه عملاً ذهنياً إبداعياً ينشأ من خلاله القاضي حلاً عادلاً للنزاع المعروض أمامه عند خلو مصادر القانون الأخرى من حكم ينطبق بشأنه على النحو المشار إليه فيما سبق، يختلف عن العمل القضائي الذي هو عملية منظمة قانوناً لحسم كل نزاع يثار بين الأفراد عند رفع دعوى أمام القضاء بشأنه سواء ما يتعلق بإجراءات رفع

---

(١) د. بو شير محند أمقران، تحول الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث منشور في مجلة المحاماة التي تصدرها هيأة المحامين، الجزائر، العدد الثاني، ٤ ٢٠٠ ص ٥٣.

(٢) د. عمار ضياف، المدخل للعلوم القانونية، جسور للنشر التوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر،٢٠٠٧ ص ١٨٢.

(٣) رقم القرار ، ١٠/الهيئة العامة /٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/٣/٢٧ ،غير منشور . وذات المبدأ ورد في العديد من القرارات منها، ١٧٩/الهيئة العامة/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٥/٣١ و١٠٤٧/الهيئة العامة/٢٠١٣،في ٢٠١٤/١/٢٨،غير منشورة.

الدعوى أو فيما يتعلق بطرق ووسائل الإثبات فيها وطرق الطعن بالأحكام الصادرة بشأنها، في حين إن الإجتهاد القضائي نفسه يساهم في خلق قواعد وأعراف تؤطر العملية القضائية[١].

ثانياً: أهمية الإجتهاد القضائي

يعد الإجتهاد القضائي ضرورة علمية وعملية تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية، إذ بالنسبة للنصوص التشريعية وإتصافها بصفة العمومية والتجريد يجعل منها نصوص محدودة، في حين أن وقائع الحياة متجددة وغير متناهية، لذا كان لابد من بذل الجهد في سبيل استخلاص الحكم القضائي من تلك النصوص التشريعية المحدودة على الوقائع المتجددة المعروضة على المحاكم، فالنقص في التشريع أصبح أمراً مسلما به، بل بات في حكم المؤكد أن التشريع الذي يقصد منه إقامة نظام إجتماعي لا يمكن أن يخلو من نقص بحيث لم يعد هذا النقص الفطري في التشريع محلاً للشك أو الخلاف[٢]، أما فيما يتعلق بطبيعة العملية القضائية التي توجب على القاضي أن يصدر حكماً في النزاع المعروض عليه في كل الأحوال، وأن لا يتذرع بفقدان النص التشريعي أو غموضه، فإنه إزاء ذلك كان عليه أن يخلق حلاً عادلاً للنزاع المعروض عليه[٣]، ومن هنا كان للإجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع، وهذا ما يجعل من الإجتهاد القضائي مصدراً مهماً ومساوياً لبقية مصادر القانون؛ إذ بدونه لا يتمكن التشريع من التوفيق بين خاصيتي الإستقرار والإستمرارية، وعلى هذا الأساس يؤمن الإجتهاد القضائي للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القانونية القديمة بروح جديدة، وتتجلى أهمية الإجتهاد القضائي في تفسير النصوص الغامضة وتكميل النصوص الناقصة منها، فيصبح وكأنه يمثل مصدراً مباشراً للقانون، فالإجتهاد القضائي هو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي وهو الذي يحدد مداه وأبعاده، والقاضي قد يجتهد أما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم بتطبيقها، أو من خلال الإجتهاد فيما لا نص فيه وأن مظاهر الإجتهاد القضائي في نطاق النصوص التشريعية تظهر في عدة حالات:

---

(١) د. حامد شاكر محمود، مصدر سابق، ص٣٨.

(٢) د. حسن أحمد البغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع لسنة ١٩٤٥، بغداد، ص ٣٩٦.

(٣) القاضي عباس قاسم الداقوقي، الإجتهاد القضائي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨، ص ٢٩.

١. غموض النص أو إبهامه .

٢. النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل .

٣. حالة التناقض بين النصوص، وهو التعارض بين نصين قانونين بحيث يخالف معنى وحكم أحدهما مفهوم وحكم الآخر في موضوع واحد، وفي هذه الحالة يعد القاضي أحد النصيين عاماً ويطبقه بصفة عامة، ويعد النص الآخر نصاً خاصاً يطبقه في حالات خاصة تكون أقرب إلى الصواب، أو يعد النص الجديد لاغياً للنص القديم المتعارض معه، وهكذا لا يجوز للقاضي أن يدعي جهله بنص من نصوص القانون؛ ذلك أن واجب القاضي العلم بالقانون المتمثل في المعرفة المطلقة بأحكامه تماشياً مع واجبه في تطبيق القانون على النزاع المطروح أمامه، وإلا أصبح منكراً للعدالة، أما في الحالات التي لا يوجد بشأنها نص تشريعي أو حكم في أي مصدر من مصادر القاعدة القانونية تنطبق على النزاع المعروض، فعلى القاضي في هذه الحالة أن يجتهد ويبتدع الحل العادل لهذا النزاع في نطاق المبادئ والغايات التي يقوم عليها النظام القانوني من خلال ملائمة هذا الحل للحالة المعروضة عليه، ومعياره في ذلك هو معيار النظام العام والآداب السائدة في مجتمعه مستلهماً روح النظام القانوني والغايات الإجتماعية النبيلة بدون أن يستند الى أفكاره ومعتقداته الشخصية[١].

ومن خلال ما تقدم تظهر أهمية الإجتهاد القضائي في خلق حل للنزاع المعروض أمام القضاء عند إفتقار مصادر القاعدة القانونية لحكم ينطبق بشأنه، أو في حالة كون الحكم المقرر فيها غير واضح ولا يستوعب إعطاء حل حاسم للنزاع من جميع وجوهه.

ثالثا: وسائل الإجتهاد القضائي

إن فكرة وجوب تطور القانون مع تطور المجتمع يعد أمراً صعباً على المشرع، إذ يتطلب منه أن يزداد تدخله في تعديل القوانين وتشريعها بإستمرار مما يؤدي إلى زيادة عددها ويختل بذلك التوازن بين قواعدها فيعتريها الغموض والتناقض، ومن هنا يتجلى دور الإجتهاد القضائي في صياغة القواعد القانونية وتفسيرها تفسيراً متطوراً يتلاءم مع تطور المجتمع وفق الوسائل

---

(١) د.إبراهيم شحاتة، في إجتهاد القاضي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية التي تصدر عن جامعة عين شمس، السنة الرابعة، يوليو ١٩٦٢،ص٤١٩. عبد الباقي البكري، مبادئ العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية التي تصدر عن كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، مايس، ١٩٨٤،ص ٦٥.

المتاحة له قانوناً، فيقلل بذلك من العبء الثقيل المُلقى على عاتق المشرع، ولبيان وسائل الإجتهاد القضائي يمكن دراسة هذا الموضوع في النقاط الآتية:

١. إعطاء القاضي دوراً إيجابياً في تطبيق القواعد القانونية

يتمتع القاضي بدور إيجابي في الخصومة القضائية، فلم تعد الخصومة القضائية حكراً على الخصوم يحركونها كما يشاؤون، إنما أصبح للقاضي دور إيجابي في تسييرها[١]، ويستمد هذا الدور الإيجابي للقاضي من أحكام المادة الأولى من قانون الإثبات العراقي التي تنص على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة)[٢].

وعليه فإن منح القاضي دوراً إيجابياً يساعده بلا شك كثيراً في تفسير القانون والوصول الى الحكم العادل في النزاع المعروض عليه، لاسيما وأنه يضطلع بأهم مشكلة تهم الإنسان في حياته، ألا وهي قضية العدل، فالمحاكم على حد تعبير أحد الفقهاء أنها (أقامت شيئاً فشيئاً بناءاً خاصاً من القواعد القانونية وفقهاً يكمل ويثري العمل التشريعي ويعدله دون أن تخرج عن نطاق إختصاصها التفسيري وبدون هذه الثروة الدائمة من قضاء المحاكم فإن القوانين سوف تشيخ

---

(١) د. أسامة شوقي المليجي، نظم الإثبات، والمقارنة بين الإثبات في المواد المدنية وبين الإثبات في المواد الجنائية، ٢٠١٠، بدون ذكر مكان نشر ودار طبع، ص٦٨.

(٢) وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرارها المرقم، ٧٠٧/الهيئة المدنية منقول /٢٠١٤، في ٢٠١٤/٥/١١، الذي جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون؛ ذلك أن المادة الأولى من قانون الإثبات وسعت من سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)، منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في جمهورية العراق، السنة الستون، ٢٠٢٠،ص ٢٣٧، وذلك بعد أن قضت محكمة الموضوع في حكمها المميز برد الدعوي الإعتراضية كون المعترض قد طلب فيها إعادة المحاكمة، وقد عللت محكمة التمييز قرارها بنقض الحكم المميز كون المعترض قد ذكر في عريضة الدعوي الإعتراضية إسم المعرض واسم المعترض عليه والذي طلب بموجبها إبطال الحكم الغيابي المعترض عليه مما كان ينبغي معه على المحكمة إعمال دورها الإيجابي وتكييف دعواه على ضوء الوقائع والبيانات الواردة في عريضة الدعوى وليس على أساس ما أطلقه المعترض من وصف للطعن المقدم من قبله.

ويلحقها الذبول والجفاف، حتى أنها لأن تنجو حين تكاد تلفظ النفس الأخير الا بتأثير هذا الدم المتدفق)[١]،

وترتيباً على ذلك فإن الأمر يتطلب من القاضي أن يفسر النص القانوني تفسيراً مرناً بعيداً عن الجمود عند فهمه هدف المشرع وعلة التشريع والحكمة منه، وبذلك يكون تفسيره قريباً من العدل وإحقاق الحق، وأن منح القاضي الدور الإيجابي يساعد على تحريك النصوص القانونية الثابتة بإتجاه واقع متغير وبذلك يتحقق ما يصطلح عليه بإندماج القانون بالواقع بحيث يصعب الفصل بينهما نظراً للتداخل بينهما لأنهما وجهان لعملة واحدة[٢].

وعليه فإن منح القاضي دوراً إيجابياً في إدارة الدعوى المدنية وكيفية الإثبات فيها وتكييف الطلبات والدفوع المقدمة فيها بما له من سلطة تقديرية وفق القواعد المرسومة بالقانون من تكييف الدعوى وتفسير القواعد القانونية الواجبة التطبيق للفصل في موضوعها يعد أحد الوسائل المهمة التي تمكنه من تقرير الحل العادل فيها وما يترتب عليه من إعادة صياغة القواعد القانونية بما يجلها متلائمة وموضوع الدعوى وظروف المجتمع المتجددة التي حصلت فيه مما يجعلها صالحة للتطبيق على الوقائع المتغيرة رغم ثبات القواعد القانونية.

ومن التطبيقات القضائية للدور الإيجابي للقاضي ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق قضت فيه(لا بد أن يكون للقاضي الذي يتصدى لنظر الدعوى دوراً إيجابياً لأن المادة(١) من قانون الإثبات قد منحت للقاضي دوراً فعالاً عند نظره أي دعوى والتي نصت على(توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)،وبالإستناد إلى هذا النص القانوني

---

(١) هنري كابتان، دور القضاء في تطور القانون ومهمة الفقه في دراسة الأحكام، ترجمة د.عباس الصراف، بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق، العدد الثاني، لسنة ١٩٥٧، ص٦٥.

(٢) د.منصور حاتم محسن. د. هادي حسين عبد علي، التمييز بين الواقع والقانون في وصف محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي التي تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل، العدد الأول، السنة الأولى، ٢٠٠٩، ص٦.

يجب على القاضي الذي تعرض عليه دعوى تفريق للهجر أن يعمل جاهداً على تحقيق العدالة وأن يراعي خصوصية وظروف طرفي كل دعوى تقام للتفريق بسبب الهجر)[١].

٢. مراعاة الحكمة من التشريع عند إعادة صياغة القاعدة القانونية

يقصد بحكمة التشريع هي الغاية التي قصدت القاعدة القانونية تحقيقها والمصالح والإعتبارات السياسية والإقتصادية والإجتماعية والأخلاقية التي دعت المشرع الى حمايتها[٢]، بعبارة أخرى هي الدافع الذي دفع المشرع لوضع الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية، أو الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه التشريع، بمعنى أنها المصلحة التي قصد المشرع تحقيقها، أو المفسدة التي قصد دفعها[٣]، وتعرّف القاضي على حكمة التشريع يساعده كثيراً ليس في توضيح النص الغامض، وإنما في إيجاد الحلول لبعض الحالات التي سكت عنها المشرع، ويقابل الحكمة من التشريع إصطلاح المصلحة في الفقه الإسلامي، فالمصلحة هي منفعة مادية أو معنوية دنيوية أو أخروية يحصل عليها المكلف من عمله، وهي ترادف الحكمة المقصودة من تشريع الحكم ، فضلاً عن ذلك أن معرفة مقاصد الشريعة أمر ضروري لفهم النصوص الشرعية على الوجه الصحيح وإستنباط الأحكام من أدلتها على وجه مقبول، فالقاضي لا يكفي ان يعرف وجوه دلالات الألفاظ على المعاني فحسب، بل لابد له من معرفة أسرار التشريع والأغراض العامة التي قصدها المشرع من تشريعه الأحكام المختلفة، حتى يستطيع أن يفهم نصوص القاعدة القانونية ويفسرها تفسيراً سليماً[٤]، وعليه فعندما يتعين على القاضي عند تفسيره نصاً ما أن يبحث عن أساسه العقلي والحكمة من وضعه ليس في الوقت الذي وضع فيه وإنما يتعين عليه مراعاة ذلك في الوقت الذي يراد تفسير النص فيه وتطبيقه، إذ يحدث أن توضع قاعدة من أجل تحقيق غاية معينة ثم تستهدف بعد ذلك تحقيق غاية أخرى، فالحكمة التشريعية، هي القوة الحية المتحركة التي تبعث في النص الحياة مادام النص نافذ، وبالتالي يستطيع النص أن يكتسب مع

---

(١) رقم القرار ٤١٠/الهيئة العامة /٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/١٢/٢٦ ، غير منشور.

(٢) د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٥٢٢.

(٣) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٤) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، طبع مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨، ص٣٧٨.

الزمن معنى جديد أو ينطبق على حالات جديدة[١]، وقد ذهبت محكمة التمييز الإتحادية في العراق إلى تطبيق الحكمة التشريعية عند تفسير النص القانوني، إذ قضت في قرار لها جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون، وأن رد دعوى المدعي شكلاً لعدم توجه الخصومة في الدعوى كان مجانباً للصواب؛ لأن هذا النظر لم يعد وارداً بعد صدور قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٩٧ المعدل إذ الزمت المادة(٣) منه القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه، و تأسيساً على ذلك فقد إتجه قضاء هذه المحكمة، ومنها قضاء الهيئة الموسعة المدنية الى جواز رد الدعوى عن المدعى عليه والحكم على الشخص الثالث الذي أدخل في الدعوى إلى جانبه تطبيقاً لأحكام المادة المشار إليها آنفاً، ولا يشكل ذلك خرقاً لإجراءات التقاضي، وإنما تحاشياً لتأخير النطق بالحق في وقته ...)[٢].كما جاء في قرار آخر للمحكمة ذاتها بخصوص تفسير معنى (الهجر) الوارد في المادة الثالثة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية العراقي[٣] إذ جاء فيه(أن الحكمة التشريعية من نص المادة(الثالثة والأربعون/٢) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في جواز طلب

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار القادسية بغداد، ص٦٢.

(٢) رقم القرار، ٢٨١ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٠٩، في ٢٠٠٩/٦/١٧، أشار اليه، القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الإتحادية، قسم الإثبات، الجزء الرابع، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ص١٣، وتتلخص وقائع الدعوى والحكم المميز الصادر فيها أن محكمة البداءة قررت ادخال شخص ثالث إلى جانب المدعي عليه وقد قررت رد دعوى المدعى عليه كونه لم يكن الخصم الحقيقي في الدعوى كما قررت رد الدعوى عن الشخص الثالث الذي أدخل فيها الى جانب المدعى عليه تبعاً لردها عن المدعى عليه، وقد أيدت محكمة الإستئناف الحكم الصادر عن محكمة البداءة، غير أن محكمة التمييز قررت نقض الحكم المميز معللة قرارها بأنه كان على محكمة البداءة ومن بعدها محكمة الإستئناف مراعاة الحكمة من التشريع، كون دخول الشخص الثالث في الدعوى يعد خصماً حقيقياً فيها يحكم له أو عليه بغض النظر عن ردها على الطرف الذي أدخل إلى جانبه، وفي هذا تكون محكمة التمييز قد عمدت إلى تفسير القانون تفسيراً سليماً أخذة بنظر الإعتبار الحكمة من تشريع النص القانوني الخاص بخصومة الشخص الثالث في الدعوى المدنية.

(٣) تنص المادة الثالثة والأربعون من القانون على أنه(أولاً – للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية:..٢– إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه).

الزوجة للتفريق من زوجها هو حرمانها من حقها الشرعي في الفراش، وتحصل هذه الحالة سواء كان الزوجان يسكنان تحت سقف واحد وتعمد الزوج ذلك، أم كانت الزوجة لدى أهلها والذي غالباً ما يكون ذلك نتيجة الخلافات التي تحصل بين الطرفين)[1]. كما ذهبت محكمة التمييز الإتحادية في قرار آخر لها إلى مراعاة الحكمة من التشريع في تفسير سبق نظر الدعوى كأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة(٩١) من قانون المرافعات المدنية العراقي لعدم صلاحية القاضي بنظر الدعوى وتحديد مجال إنطباق النص المذكور، إذ قضت بأن (عدم صلاصية القاضي بنظر الدعوى لسبق نظرها قاضياً هو إستثناء لعلة غير موجودة ، وإنما إفترضها المشرع تجعل القاضي لا يستطيع أن يزن الأدلة والحجج المطروحة أمامه من قبل الخصوم وزناً مجرد عن رأيه السابق، ومتى ما زالت هذه العلة ينتفي الإستثناء، والسؤال الذي يطرح نفسه ماهي العلة التي تجعل القاضي قد نظر الدعوى سابقاً والتي تحول لاحقاً دون إشتراكه في نظر الدعوى في مراحل التقاضي الأخرى، فهل هي القرارات الإدارية والإعدادية، أم قرار الحكم الحاسم لموضوع النزاع؟ وقطعاً فإن العلة الوحيدة هي إصدار القاضي حكماً حاسماً في موضوع الدعوى، فالقرارات الإدارية والإعدادية التي يصدرها القاضي مهما كانت طبيعتها لا تكون وحدها مانعاً يحول دون إشتراكه بنظر موضوع الدعوى لاحقاً في مراحل التقاضي الأخرى عند الطعن بالحكم الحاسم في الدعوى طالما أن حسم الدعوى لم يتم من قبله ،إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال معرفة أو إفتراض معرفة القناعة التي تولدت في ضميره في حسم موضوع الدعوى لخصم دون الآخر)[2].

عليه فإن الوسائل المتقدمة تعد من الأدوات القانونية التي يستعين بها القاضي المدني عند إعمال دوره الإجتهادي في نطاق الدعوى المدنية، بحيث يستطيع بوساطتها من ملاءمة

---

(١) رقم القرار ، ٣٣٥٣ /هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ ، في ٢٠١٧/٦/١٨ ، غير منشور.

(٢) رقم القرار ، ٢/الهيئة العامة/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٢/٢٣،غير منشور.جدير بالذكر بأن هذا القرار أرسى مبدأ قضائي جديد تضمن عدول عن المبدأ الذي كان مستقر عليه العمل القضائي ، إذ جاء في ديباجة القرار بأنه(لصدور قرارات سابقة من الهيئة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية بخصوص تطبيق المادة(٥/٩١) من قانون المرافعات المدنية وعدم جواز نظر القاضي للدعوى التي سبق له نظرها أو أبدى رأياً فيها،ولغرض الرجوع عن المبدأ المذكور وتحديد الحالات التي تنطبق عليها المادة المذكورة حصلت موافقة السيد رئيس المحكمة بإحالة النظر بالدعوى على الهيئة العامة).

القواعد القانونية القائمة المراد تطبيقها على النزاع المعروض أمامه على الظروف المتغيرة التي يفرضها تطور الأوضاع المختلفة في المجتمع بحيث يجعل القواعد المذكورة تستجيب للتطورات الحاصلة فيكون بذلك قد قام بإعادة صياغة القواعد القانونية وإعطائها معنى جديد يستوعب ما أصاب المجتمع من تغيير في أوضاعه المختلفة.

الفرع الثاني
المبادئ القضائية ثمرة إستقرار قضائي

لا تكفي الحلول التي يقررها القضاء إعمالاً لدوره الإجتهادي في نطاق الدعاوى المدنية في المسائل التي يفصل فيها عند تحقق أي من حالات اللجوء إلى الإجتهاد القضائي بشأنها على نحو ما تم بيانه في الفرع المتقدم من هذا المطلب لكي نكون أمام مبادئ قضائية مالم يتوافر للحلول المقررة في هذا الصدد عنصر الإستقرار بأن يؤخذ بها بإنتظام وإضطراد في القضايا المتكررة من ذات النوع، ولا شك بأن تحقق هذا الإستقرار لا يترتب عليه تحقق مفهوم المبادئ القضائية فحسب، ذلك أن الأخيرة تقوم على مرتكزين كما سبقت الإشارة إلى ذلك وهما الإجتهاد القضائي وإستقرار المحاكم على الحل المقرر بمقتضاه، بل إن هذا الإستقرار تترتب عليه نتائج أخرى تتمثل بتحقيق مبدأ المساواة الفعلية للأفراد في الإجراءات القضائية، ووحدة الحلول للعلاقات القانونية، على أن هذا الإستقرار ما كان ليتم لو لم تكن هناك محكمة عليا تعلو هرم التدرج القضائي تضمن وحدة تطبيق وتفسير القانون وتوحيد الإجتهاد في الحالات التي يمكن إعماله فيها من قبل سائر المحاكم.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنوزع البحث في هذا الفرع على ثلاثة بنود: سنتناول في البند أولاً بيان معنى الإستقرار القضائي، وسنتناول في البند ثانياً دراسة تدرج المحاكم وعلاقته بالإستقرار القضائي، في حين نخصص البند ثالثاً لدراسة الآثار المترتبة على الإستقرار القضائي.

أولاً : تعريف الإستقرار القضائي

يعرف الإستقرار القانوني بوجه عام بأن تكون القواعد القانونية مؤكدة و محددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج المترتبة عليها، بحيث يمكن لكل فرد أن

يتوقع هذه النتائج ويبني تصرفاته على أساسها[١]، وترتيباً على ذلك يعد الإستقرار أساس العمل القضائي، إذ أن الإستقرار هو اساس التعامل في المجتمع، بحيث يجب أن يكون الإنسان مطمئناً على نتيجة العمل الذي يباشره، ولذلك يستمر على إنتهاجه، واذ أن الحلول الذي يقررها القضاء للمنازعات المطروحة أمامه تعمل على تحقيق التوفيق بين المصالح المتعارضة لطرفي الدعوى، كما أنها تعمل على الملائمة بين مصلحة الأفراد وبين مصلحة المجتمع من ناحية أخرى، وذلك بوضع الحل الذي يحقق التعادل بين جميع المصالح المتعارضة لما في ذلك من ضمان لحماية المجتمع وإستقراره، متى كانت هذا الحلول هي ذاتها في جميع القضايا التي تعرض على القضاء، بحيث تجري المحاكم على تطبيقها بإنتظام واظطراد في جميع القضايا المعروضة أمامها، وهكذا ينشأ إجتهاد ثابت مستقر تطبقه جميع المحاكم في المسائل التي كان فيها حكم القانون محل خلاف أو نقاش كما تطبق قواعد القانون في الحالات التي تستوعبها المسائل التي يمكن تطبيقه عليها[٢].

نخلص مما تقدم إلى أن المقصود بالإستقرار القضائي في مجال البحث الذي نحن بصدده بأنه تكرار الأخذ بالحلول التي يقررها القضاء للمنازعات المعروضة عليه والتي يكون حكم القانون بصددها محل نقاش بأن لا توجد قاعدة قانونية في مصادر القانون القائمة تنطبق بشأنها أو تكون هذه القاعدة موجودة ولكن الحكم المقرر فيها لا يفي بكل متطلبات حل النزاع المعروض، كأن يكون هذا الحكم مبهماً أو مقتضباً أو يمكن تأويله لأكثر من معنى مما يكون معه بحاجة إلى تفسير يحدد مداه بما يتناسب وموضوع النزاع، بحيث ينتج عن هذا التكرار في تطبيق الحلول المقررة إتجاه عام موحد للقضاء تأخذ به سائر المحاكم في المنازعات المتشابهة المعروضة عليها، إذا ما تم إقرارها أو تأييدها من قبل الجهة القضائية العليا لمحاكم البلاد.

تجدر الإشارة إلى أن الإستقرار القضائي له تطبيق عملي في العديد من القرارات القضائية، منها ما قضت به محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه (... وقد إستقر قضاء هذه المحكمة في العديد من القرارات الصادرة عن هذه الهيئة على عدم أحقية المحاكم بطلب تعيين المحكمة المختصة مكانياً عند حصول التنازع بينهما بهذا الخصوص، فكان متعيناً على المحكمة المضي بنظر الدعوى من النقطة التي وصلت إليها ما دام الطرفان أو

(١) د.نجم عطية، القانون والقيم الإجتماعية، دراسة في فلسفة القانون، المكتبة الثقافية، القاهرة، ١٩٧١،ص٧٩.

(٢) د.محمد حسين منصور مصدر سابق، ص ٢٤٠. د.حامد شاكر محمود، مصدر سابق، ص ٥٠.

أحدهما لم يطعن بقرار الإحالة...)[1]، وفي قرار آخر قضت المحكمة ذاتها بأن (الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية قد إستقر قضائها كما في قرارها المرقم ٣٩/ الهيئة العامة/٢٠٠٧، في ٢٠٠٧/١٢/٣٠ بوجوب رد دعوى المطالبة بإبطال القيد العقاري الصادر بعد سحب قطعة الأرض من الشخص المخصصة له وفق قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٤٢) لسنة ١٩٨٦، وأن قضاء محكمة التمييز واجب الإتباع في الحالات المتشابهة..)[2]،كما قضت في قرار آخر لها جاء فيه(أن قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية قد إستقر في العديد من قرارتها ومنها القرار المرقم، ١٧٩/الهيئة العامة/٢٠١٢، في ٢٠١٢/٥/٣١ و١٠٤٧/الهيئة العامة/٢٠١٣، في٢٠١٤/١/٢٨، ٢٢٣/الهيئة العامة/٢٠١٤، في٢٠١٤/٩/١٥،عل أن الشكوى من القضاة لا تشمل قضاة محكمة التمييز الإتحادية، لأن المادة٢٨٧ من قانون المرافعات المدنية تضمنت أن الشكوى من القضاة تكون بعريضة تقدم إلى رئيس محكمة الإستئناف التابع له القاضي المشكو منه، إلا إذا تعلقت الشكوى برئيس محكمة الإستئناف أو أحد قضاتها فتقدم إلى محكمة التمييز، ومعنى ذلك أن الشكوى تكون موجهة إلى قضاة المحاكم وإلى رئيس وقضاة

(١) رقم القرار،٦٩/الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩ ، في ٢٠١٩/٢/١٢، غير منشور، وقد عللت محكمة التمييز قرارها المذكور بأن المشرع في المادة (١٣/ أولا/ ب/ ٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل عقد للهيئة الموسعة المدنية إختصاص النظر بالنزاع الحاصل بين محكمتين حول تعيين الإختصاص النوعي والوظيفي، ولدى إمعان النظر في نص المادة المذكورة في تسبيب قرار محكمة التمييز نجد بأنها لم تحدد التنازع التي تختص الهيئة الموسعة المدنية بالنظر فيه بكون ذلك التنازع يتعلق بالاختصاص الوظيفي والنوعي، بل أن النص المذكور ورد مطلقاً في عبارته، وإننا إذ تتفق مع ما ذهبت إليه محكمة التمييز إلا أن ذلك ليس على أساس نص المادة المذكورة الذي يخلو من ذلك كما أسلفنا، وإنما على أساس أن الإختصاص النوعي والوظيفي متعلق بالنظام العام وفي حالة حصول تنازع في هذين الإختصاصين بين محكمتين مدنيتين فيكون في هذه الحالة عند رفض الإحالة من قبل المحكمة المحالة عليها الدعوى أن يتم عرض الموضوع على الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية للبت فيه، أما إذا تعلق الأمر بالإختصاص المكاني فليس للمحكمة التي أعيدت اليها الدعوى بعد رفض قرار الإحالة الصادر عنها من قبل المحكمة المحالة إليها الدعوى أن تعرض الأمر على الهيئة المذكورة بل يتعين عليها الدخول في أساس الدعوى وبإمكان الخصوم الطعن تمييزاً بقرار رفض الإحالة لعدم تعلق الإختصاص المكاني بالنظام العام وبالتالي ليس للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها، و ذلك عملاً بما تقرره المواد ٧٨و ٧٩و ٢١٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢) رقم القرار، ١٦٣٢/ الهيئة المدنية للعقار / ٢٠٠٧، في ٢٠٠٧/١٢/٣٠، غير منشور .

محكمة الإستئناف ولم يتطرق القانون إلى قضاة محكمة التمييز ،وهذا يعني عدم شمولهم بالشكوى من القضاة طبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية)[١].

ثانياً: الإستقرار القضائي نتيجة لتطبيق مبدأ تدرج المحاكم وتعدد درجات التقاضي

يرتكز نجاح النظام القضائي في أية دولة على ضرورة تعدد المحاكم فيه وتنوعها، ويؤسس تقسيم المحاكم على درجات ثنائية ومحكمة تحتل قمة الهرم في التنظيم القضائي، إذ تكون هناك محاكم درجة أولى ومحاكم درجة ثانية تكون رقيباً على أعمال محاكم الدرجة الأولى، وتكون أعمال محاكم الدرجة الأولى والثانية مراقبة من المحكمة التي تحتل قمة الهرم في التنظيم القضائي، ويتأسس مفهوم تقسيمات المحاكم على بعض المبادئ الرئيسية في قانون المرافعات المدنية، ومن بين تلك المبادئ ضرورة توحيد قرارات المحاكم المختلفة بحيث يكون حكمها واحد على كل الحالات المتشابهة، إذ بموجب ذلك تعد محكمة التمييز الهيئة القضائية العليا التي تراقب صحة تطبيق القانون وتفسيره أمام المحاكم الأخرى وتسعى لتوحيد الأحكام الصادرة عن جميع المحاكم في الحالات المماثلة وذلك من خلال توحيد الإجتهاد القضائي وإستقراره في المسائل القانونية المعقدة، لتوطيد حرمة القانون والقضاء من خلال بحث القاعدة القانونية وتوحيد تطبيقها على كل الحالات المماثلة اذا ما أخفقت محاكم الموضوع في تفسيرها وتطبيقها على وقائع الدعوى، إذ أن الهدف الرئيس لمحكمة التمييز هو ضمان توحيد الإجتهاد القضائي في القضايا ذات المضمون الواحد بوصفها حارسة القانون والتي تعمل على تأسيس المبادئ القضائية الراسخة[٢].

وعلى هذا الأساس تتعدد المحاكم التي يناط بها إختصاص الفصل في الدعاوى المدنية، فإلى جانب محاكم الدرجة الأولى (البداءة) ومحاكم الدرجة الثانية (الإستئناف) توجد محكمة عليا في البلاد هي محكمة التمييز (النقض) التي تمثل الجهة القضائية العليا لمحاكم البلاد التي تمارس الرقابة على جميع المحاكم بغية توحيد الإجتهادات القضائية الصادرة من المحاكم الأدنى منها في المواضيع المتماثلة بحيث تكون الأحكام الصادرة عنها بخصوص الطعون المرفوعة

(١) رقم القرار ١٠/الهيئة العامة/٢٠١٨ ،في ٢٠١٨/٣/٢٧ ،غير منشور.

(٢) أستاذنا د. هادي حسين عبد علي الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، بابل، ٢٠٢٠ ص ٩٩ وما بعدها .

اليها بشأن هذه الإجتهادات القضائية لها قيمة قانونية كقيمة القواعد القانونية من حيث وجوب إحترامها والأخذ بها، ذلك أن المحاكم تشعر بوجوب إحترام ما تقول به المحكمة العليا من تفسير القاعدة قانونية أو تقرير حل لمسألة لا يوجد بشأنها حكم في القواعد القانونية القائمة أخذة في الإعتبار أن أي تفسير مخالف أو إجتهاد متعارض مع ما قررته محكمة التمييز بهذا الصدد سيعرض حكمها المتضمن ذلك للإلغاء عن طريق نقض الحكم من محكمة التمييز، وعليه فإنه بمقتضى هذه السلطة المحكمة التمييز في مراقبة صحة تطبيق القانون تستطيع أن توحد أحكام القضاء في تفسير القانون، وان هذه القيمة لأحكام محكمة التمييز بإعتبارها المحكمة العليا وخشية القضاة من أن تنقض أحكامهم إذا خالفوا إتجاهها تجعلهم من الناحية العملية يتقيدون بما تقرره [١]، إذ أن قضاء المحاكم الأدنى الذي يخرج على المبادئ التي تقررها يكون مصيره الإلغاء وبذلك يتوحد إتجاه القضاء أمام المشاكل المتشابهة إذ أن محكمة التمييز (النقض) قد إنشات بقصد توحيد تفسير القانون ومنع التضارب في الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الادني وهذا التوحيد لا يتحقق إلا اذا كان التفسير الذي قررته محكمة التمييز يتمتع بنفس العمومية التي تتمتع بها القاعدة التشريعية فدورها في التوحيد يؤدي الى منحها السلطة القانونية لفرض التفسير الذي تتوصل اليه بشأن تطبيق القانون، ومنح التفسير نفس القوة الملزمة للنص، وعلى هذا الأساس فإن عمومية التفسير الذي تقرره محكمة التمييز يستلزم تبعاً لذلك أن تكون له القوة الإلزامية أعمالاً لدورها في توحيد الإجتهادات القضائية وإلزام المحاكم الأدنى منها على أتباع ما قررته[٢].

نخلص مما تقدم إلى أن تعدد طبقات المحاكم ودرجات التقاضي ووجود محكمة عليا تحتل قمة الهرم في التنظيم القضائي يضمن وحدة الحلول القضائية للمنازعات المتشابهة ذات المضمون الواحد، من خلال احترام سائر المحاكم لما تقرره محكمة التمييز من مبادئ قضائية بصدد هذه المنازعات ونقض أية أحكام تصدر عن المحاكم المختلفة خلافاً للمبادئ القضائية المقرة من قبلها، وهذا يقود في النهاية إلى تحقيق الإستقرار للحلول التي تتضمنها المبادئ القضائية.

(١) د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٦٦، ص٣٧١.

(٢) د.حسام الدين الأهوانى، مصدر سابق، ص ٢١٧.

ثالثا: النتائج المترتبة على تحقيق الإستقرار القضائي

أن إستقرار الإجتهاد القضائي على نحو ثابت في القضايا المتشابهة يحقق عدة نتائج يمكن بيانها في النقاط الآتية:

١. تحقيق المساواة الفعلية بين الأفراد في إجراءات الدعوى المدنية

أن مساواة الأفراد أمام القانون ينبثق من مبدأ دستوري[١]، وبمقتضى هذا المبدأ يتمتع جميع مواطني الدولة بالمساواة بالنسبة لحق التقاضي والإجراءات التي يقتضيها أمام المحاكم، وهو ما يوجب أن تخضع إجراءات التقاضي بالنسبة للجميع بنفس المعاملة.

وترتيباً على ذلك إذا ما قررت محكمة التمييز قاعدة معينة بمقتضى وظيفتها في إستخلاص المبادئ القضائية إستكمالاً للتشريع القائم أو تفسيراً له، فإن مبدأ مساواة الأفراد أمام القانون يقضي بضرورة إلتزام ذات القاعدة وإعمال حكمها على كل المنازعات التي تعرض مستقبلاً وتتوافر بشأنها شروط تطبيق تلك القاعدة، فهذا المبدأ لا يقتصر على مجرد المساواة أمام النصوص التشريعية، وإنما يعني أيضاً وبذات الدرجة المساواة أمام القواعد المكملة للتشريع والتي تصدر من السلطة العامة وتصلح للتطبيق على حالات مماثلة، ومن ثم يجب بالضرورة أن كل طائفة من المنازعات او كل سلسلة من الحالات المتشابهة والمتماثلة تحسم على وفق القاعدة القانونية نفسها فهو إلتزام قضائي يجب أن يراعي في كل قضية وحدة القانون، ومن ثم وحدة القرارات القضائية حتى تتفادى تناقضها وإختلافها بحسب القاضي الذي يفصل فيها[٢].

٢. استقرار الأوضاع القانونية

يؤدي الإستقرار على تطبيق القواعد المقررة بمقتضى المبادئ القضائية تبعاً لذلك إلى تحقيق الإستقرار في الأوضاع والمراكز القانونية، إذ أن من المسوغات التي يعتمد عليها في صياغة القواعد القانونية هو تحقيق الإستقرار في الأوضاع والمعاملات داخل المجتمع، ومن ثم ينعكس ذلك على تحقيق العدالة بين الأفراد، وهذا لا يتحقق إلا إذا جاءت هذه القواعد بصيغة

---

(١) قرر هذا المبدأ في المادة(١٤) من دستور جمهورية العراق النافذ الصادر عام ٢٠٠٥ التي تنص على أن (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز...) ، والمادة(١٩ / سادساً)منه التي تنص (لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية) .

(٢) د. سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضيةفي المواد المدنية والتجارية، بدون ذكر مكان طبع ودار نشر، ٢٠٠٧، ص٧٨. وانظر بهذا المعنى أيضاً د.رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠،ص ١٦٥.

عامة تشمل كل الأفراد والحالات[1]، وإن إستقرار القضاء على تطبيق الحلول المقررة بمقتضى المبادئ القضائية عند تحقق الأخذ بها يضفي على هذه الحلول صفة العمومية لجميع القضايا المتماثلة وهذا يؤدي بدوره إلى تحقيق الإستقرار في الأوضاع القانونية للعلاقات التي تنطبق بشأنها.

خلاصة القول: إن المبادئ القضائية تتكون من إستقرار المحاكم على الأخذ بالحلول التي يقررها القضاء للمنازعات المعروضة عليه التي لا يوجد بشأنها حكم في مصادر القاعدة القانونية القائمة و تكرار الأخذ بهذه الحلول في القضايا ذات المضمون الواحد الأمر الذي يستخلص منه إتجاه عام للقضاء تضطرد المحاكم على إتباعه في جميع القضايا وهذا الإتجاه العام الذي تقرره الجهة القضائية العليا وتستقر سائر المحاكم على إتباعه هو المبادئ القضائية.

(١) د. عادل شمران الشمري، فلسفة الإستثناء في القانون المدني(دراسة مقارنة) ،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق التي تصدر عن كلية القانون في جامعة كربلاء، السنة العاشرة، العدد الثالث، ٢٠١٨،ص ١١٩.

المبحث الثاني
خصائص المبادئ القضائية وتمييزها عن غيرها

إن دراسة المبادئ القضائية وبيان الدور الذي تؤديه في مجال تطبيق القانون، بما لها من مكانة في حقل الدراسات القانونية وأهمية كبيرة في الواقع العملي، نظراً لما تأتي به من قواعد لا تقتصر على تقرير حلول لمسائل النزاع المعروضة على المحاكم المدنية في الحالات التي لا تستوعب القواعد القانونية السائدة الأحكام التي يمكن تطبيقها بشأنها، بل لما تحمله من أفكار وتصورات تثري عملية تطور القانون، لما يفرضه تطور الواقع العملي بما يخلقه من وجود فجوة بين النصوص القانونية وتطور أوضاع المجتمع بصورة مستمرة، بحيث تكون المبادئ القضائية هي القواعد التي يخلقها القضاء عند البت في المنازعات الخاصة المعروضة عليه ليواكب بين الوقائع المستجدة التي نشأت عنها هذه المنازعات وبين القواعد القانونية القائمة، وعلى هذا الأساس تكون المبادئ القضائية مصدر للقواعد القانونية التي يبتدعها القضاء وهو بصدد قيامه بالفصل بالمنازعات الخاصة المعروضة أمامه.

والمبادئ القضائية على ضوء ما تم بيانه تختلف عن الأحكام القضائية التي يصدرها القضاء في المنازعات التي تكون القواعد القانونية القائمة وقت عرض هذه المنازعات على القضاء تتضمن الحكم الواجب تطبيقه عليها بصورة صريحة وواضحة، إذ تكون أحكام القضاء في هذه الحالات، ما هي إلا مجرد تطبيق النصوص والقواعد القانونية فحسب على وقائع النزاع، غير أن بعض الأنظمة القانونية تجعل للقضاء سلطة إيجاد الحلول للمنازعات المعروضة عليه دون أن تحدد سلطته في هذا الشأن على الحالات التي لا يوجد حكم تقرره مصادر أخرى للقانون ، على أن ذلك مقيد بعدم وجود حل قضائي مقرر بخصوصه في منازعات سابقة مماثلة، بعبارة أخرى أنها تعطي للقواعد التي يبتدعها القضاء المرتبة الأولى والأساسية بالنسبة لمصادر القانون الأخرى.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتولى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه بيان خصائص المبادئ القضائية، ونتناول في المطلب الثاني دراسة تمييز المبادئ القضائية عن غيرها .

المطلب الأول
خصائص المبادئ القضائية

تنشأ المبادئ القضائية من الحلول التي يقررها القضاء للمنازعات التي تعرض عليه، والتي تتواتر أحكامه على الأخذ بها وإستقراره على العمل بها في القضايا ذات المضمون المتشابه، بحيث تصبح مصدراً للقواعد القانونية التي تنطبق على هذه المنازعات، وعلى هذا الأساس يمكن أن توصف المبادئ القضائية بأنها تنشأ عن منازعات خاصة وأنها مصدر للقاعدة القانونية.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتولى تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول منه دراسة كون المبادئ القضائية مصدر للقواعد القانونية، وسنتولى في الفرع الثاني بيان كون المبادئ القضائية تنشأ نتيجة نزاعات خاصة

الفرع الأول
المبادئ القضائية مصدر للقواعد القانونية

لقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة ودور إيجابي في نطاق الدعوى المدنية، و أوجب عليه الحكم في النزاع المعروض عليه بغض النظر عما اذا كانت هناك قاعدة قانونية أو نصاً تشريعياً ينطبق على هذا النزاع .

ولبيان كون المبادئ القضائية مصدراً للقاعدة القانونية يقتضي منا ذلك بيان دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية وتقرير حقه في خلق قاعدة الخصومة عند غياب المصدر الرسمي للقواعد القانونية، كما يقتضي ذلك بيان مسوغات عد المبادئ القضائية مصدراً للقاعدة القانونية.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتولى تقسيمه الى بندين، سنتناول في البند الأول بيان دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية، وسنتناول في البند الثاني بيان مسوغات عدّ القضاء مصدراً للقانون .

أولاً : دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية

إن بلدان الإتجاه اللاتيني تتميز بأن أكثر قوانينها قد صدر على شكل تشريعات من قبل سلطة لها الحق في ذلك وهي السلطة التشريعية، وان مهمة القضاء هي تطبيق هذه التشريعات على المنازعات التي تعرض أمامه، إلا أن المشرع ومهما كان دقيقاً في وضع النصوص القانونية

فإن القواعد التي تتضمنها هذه النصوص تبقى عاجزة عن الإحاطة بمعالجة كافة العلاقات والمشاكل التي تنشأ بين الأفراد، وأن المشرع نفسه أدرك حتمية النقص في القواعد القانونية التي تتضمنها النصوص التشريعية عندما أوجب على القاضي منع الاحتجاج بغموض القانون أو فقدان النص أو نقصه عند النظر في النزاع المعروض أمامه بحيث أوجب عليه الحكم في هذا النزاع والإمتناع عن الإحتجاج بعدم وجود قاعدة قانونية قائمة يمكن أن تنطبق بشأنه.

كما أن المشرع أحال القاضي عند عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه على النزاع المطروح أمامه الرجوع الى العرف والحكم بمقتضاه او بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية عند عدم وجود العرف أو وفق قواعد العدالة، وان اعمال قواعد العدالة هي دعوة للقاضي للإجتهاد ومنحه قدراً كبيراً من حرية التقدير في إيجاد القاعدة القانونية التي تنطبق على هذا النزاع بحيث يأتي حكمه متوازناً بهذا الشأن، في إستجابته لإعتبارات العدالة من جهة وتقديره لظروف الدعوى الخاصة ومقتضيات واقعها من جهة أخرى، وواضح من ذلك أن إحالة القاضي الى قواعد العدالة في استنباط حكم للنزاع لا تعني احالته الى قواعد محددة ومنضبطة يطبقها آلياً على النزاع، وإنما القصد من ذلك هو أن يستلهم القاضي الحل العادل للنزاع وفقاً لإجتهاده وطبقاً لما يمليه عليه ضميره، وهو يهتدي في ذلك بالمبادئ والمعتقدات والقيم والتقاليد السائدة، وبما يقضي به المنطق السليم، وما تقتضيه العدالة من صيانة للمصالح الممثلة في النزاع ومن ضرورة إقامة التوازن بينها، وعلى القاضي أن يراعي في كل ذلك الأفكار والآراء والمعتقدات السائدة في المجتمع، بحيث لا يكون له أن يفرض آراءه الشخصية أو معتقداته عند استخلاص هذه القواعد وتطبيقها على وقائع النزاع[1].

وقد إنقسم موقف الفقه الى إتجاهين فيما يتعلق بفكرة دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية، إذ يذهب إتجاه من الفقه إلى عد أحكام القضاء مصدراً تفسيرياً للقانون؛ اذ ليس للقاضي دور في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، بمعنى أن أحكام القضاء لا تشكل مصدراً رسمياً للقانون كالتشريع والعرف، وجل ما يمكن أن يسند للقاضي من دور في هذا الصدد لا يعدو أن يكون دوراً كاشفاً للقانون، في حين يذهب إتجاه آخر في الفقه الى عد القضاء مصدراً رسمياً

(١) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٨٣، د. نعمان جمعة دروس في المدخل لعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص٢١٧.

للقانون من خلال الإعتراف بالدور المنشئ للقاضي المدني في انشاء القاعدة القانونية، عليه سنتولى بيان مسوغات كل اتجاه في فقرة مستقلة وعلى النحو الآتي :

١. الاتجاه المعارض لدور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية .

يذهب هذا الإتجاه إلى أنه ليس للقاضي المدني دور في انشاء القاعدة القانونية، وان جل مايمكن أن يكون له من دور في هذا الصدد لا يمكن أن يكون إلا دوراً كاشفاً للقانون فحسب، بمعنى أن هذا الاتجاه يعد أحكام القضاء مصدراً تفسيرياً للقانون وليس مصدراً رسمياً كالتشريع والعرف، ويستند أنصار هذا الإتجاه الى عدة حجج لدعم رأيهم وهي :

أ. إن إنكار الدور الإنشائي للقاضي المدني يرجع إلى طبيعة العمل القضائي الذي يختلف عن العمل التشريعي، إذ إنَّ القاضي يُنشئ الحل الواجب التطبيق في القضية المعروضة أمامه من خلال تطبيق القاعدة القانونية المقررة بمقتضى أحد المصادر الرسمية للقانون على وقائع النزاع في القضية المعروضة وهو في هذا الصدد يقرر حلاً عادلاً للنزاع ولا يمكن أن يقال بأنه ينشئ قاعدة قانونية عامة ومجردة[١]. أي أن القاعدة القضائية التي يمكن إستخلاصها من الحلول التي يقررها القضاء لا يمكن أن تتوافر فيها الخصائص الفنية للقاعدة القانونية، لما ينبغي أن تتميز به القواعد التشريعية بكونها قواعد عامة ومجردة، تقوم على اعتبارات موضوعية وتتمتع بقدر كبير من الوضوح والتحديد والإستقرار، وذلك تحقيقاً لمبدأ سيادة القانون الذي يفترض بأن ما ينبغي ان يسود في المجتمع من قواعد عامة يخضع لها الحاكم والمحكوم بحيث كلما توافرت في أيهما الشروط نفسها عوملا بالمعاملة نفسها [٢]. في حين تختفي كل تلك الميزات أو تتضاءل بالنسبة للقواعد القضائية، ذلك أن القاعدة القضائية تستخلص من مجموع الحلول الفردية التي يقررها القضاء بمناسبة الفصل في المنازعة المعروضة عليه، وان القاضي في تقريره لهذه الحلول غالباً ما يكون متأثراً بالظروف الخاصة التي تحيط بالدعوى المنظورة أمامه والتي تملي عليه اتجاها بتحقيق العدل بالنظر الى تلك الظروف، الى أن ذلك لا يصلح بذاته كحل مجرد ينطبق على دعاوى أخرى تحيط بها ظروف مختلفة، إذ إن لكل دعوى وقائعها وملابساتها التي نادراً ما تتحقق بالنسبة لغيرها من الدعاوى وبذلك يكون من الخطأ إستخلاص قاعدة عامة مجردة من مجموع تلك الحلول

(١) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة نادي القضاة، ٢٠٠٨، ص٢٥.

(٢) د. عصام أنور سليم، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف في الاسكندرية، ص٢٢.

الفردية التي تفرضها إعتبارات خاصة[١]. في حين يرد البعض على هذه الحجة بالقول بأنه اذا كان لهذا الرأي نصيب من الصحة فإنه ينبغي الإشارة بأن المقصود بهذا الصدد بالنسبة للقواعد القضائية فإنها لا تعني حكم معين او مجموعة من الأحكام، أو الأحكام التي تصدر من المحاكم في مختلف القضايا المعروضة عليها، فكل ذلك لا يمكن أن يكون مصدراً لقاعدة عامة تنطبق كلما توافرت شروطها، ولكن المقصود بالقواعد القضائية في هذا الصدد هو ما تستقر عليه أحكام القضاء باضطراد وانتظام على الأخذ بحل معين بالنسبة لمسألة قانونية محل خلاف بحيث يتبع نفس هذا الحل كلما عرضت ذات المسألة على القضاء في المنازعات المتشابهة وتوافرت نفس الشروط التي قرر الحل في القضية التي صدر بشأنها وبذلك يتحقق لهذه القواعد التي تستخلص من إستقرار أحكام القضاء على الأخذ بالحل المقرر بشأنها ما تتميز به القواعد القانونية من صفة العمومية والتجريد[٢]. كما ذهب أيضاً في الرد على الاعتراض المستند إلى الحجة المذكورة بعد القضاء مصدر رسمي للقانون بأن حكم القاضي قد يسهم في انشاء القواعد القانونية العامة اذا أخذت محاكم أخرى بنفس الحل الذي أخذ به الحكم الأول في المنازعات المتشابهة، ففي هذه الحالة يصبح الحل المأخوذ به ليس صادر عن حكم فردي بل صادر عن القضاء، اذ يجب التفرقة دائماً بين حكم القاضي وبين القضاء، فحكم القاضي يستطيع فقط خلق الحلول الخاصة، أما القضاء فهو مصدر من مصادر القواعد القانونية العامة[٣]. فضلاً عن ذلك فإنه مع إختلاف ظروف وملابسات كل دعوى، الا أنه يبقى رغم ذلك قاسم مشترك يجمع بين الدعاوى المتعلقة بموضوع واحد، يسمح بتطبيق القاعدة القضائية التي تقررت بشأن إحدى هذه الدعاوى على غيرها من الدعاوى المتشابهة، فالقاعدة التي قررها القضاء في فرنسا مثلاً والتي تقضي بأن التعويض عن الأضرار يشمل الأضرار المعنوية فضلاً عن الأضرار المادية، فهذه القاعدة القضائية تصلح للتطبيق على كل دعوى من دعاوى المسؤولية عن التعويض عن الأضرار، فما من

(١) د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ٨٣. د. نعمان جمعة، دروس في المدخل العلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص٢١٧.

(٢) د. محمد علي أمام، محاضرات في نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٣، ص٣١٣.

(٣) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص ٤٩١.

دعوى من تلك الدعاوى الا ويثار بشأنها البحث في عناصر التعويض وبيان فيما اذا كان يقتصر على الأضرار المادية أم أنه يجبر الأضرار المعنوية أيضاً[١].

ب. إن إنكار الدور الإنشائي للقاضي، إنما هو إعمال لمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك أن انشاء القواعد القانونية يكون من إختصاص السلطة التشريعية دون غيرها، أما القضاء فإن وظيفته تقتصر على تطبيق تلك القواعد التي ينشئها المشرع، فاذا أعترف للقضاء بدور في انشاء القواعد القانونية فان هذا يعد اغتصاباً لسلطة المشرع ، ومن ثم فهو انتهاك لمبدأ الفصل بين السلطات[٢]. وقد رد بعض الفقه على هذا الإعتراض بالقول: إن مبدأ الفصل بين السلطات لا يقف حائلاً دون تقرير اختصاص المحكمة العليا بإصدار التفسير الملزم للقواعد القانونية التي تستدعي التفسير بسبب طبيعتها أو أهميتها ضماناً لوحدة التطبيق القانوني كما هو الحال بالنسبة لقرارات المحكمة الإدارية العليا والمحكمة الدستورية العليا، وقد يرد على ذلك أن ثمة فارق بين قيام المحكمة الدستورية العليا بإصدار تفسير للنصوص القانونية بعيدة عن مجال الخصومات القضائية وبين قيام جهات القضاء بتفسير النصوص القانونية بمناسبة الفصل فيما يعرض عليها من منازعات وما يترتب على هذا التفسير من نشأة قواعد مستحدثة، ومع التسليم بهذا الفارق الا أنه يبقى فارق في الوسيلة فحسب، وتبقى النتيجة والمحصلة النهائية في الحالتين واحدة وهي قيام السلطة القضائية بإصدار القواعد المفسرة وعدم وجود تعارض بين اقرار القوة الملزمة لتلك القواعد وبين مقتضيات الفصل بين السلطات[٣]. فضلاً عن ذلك فإن مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن الأخذ به الى آخر المدى خاصة وأن هذا المبدأ وأن كان يحقق سيادة القانون، الا انه لا يحقق كمال القانون، بل لابد أن يقترن التشريع الصادر عن السلطة التشريعية المختصة بالنقص والقصور، وهو نقص لابد من إكماله عن طريق الجهاز القائم بتطبيق القانون، والقعود عن إكمال هذا النقص يؤدي إلى إنكار العدالة، أي يؤدي في النهاية إلى انكار القانون، فالعدل هو أساس

---

(١) المستشار الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جيرة، الدور الخلاق للقاضي، بحث منشور في المجلة الفصلية للقضاة، مصر، السنة السابعة والعشرون، العدد الثاني، ١٩٩٤، ص٩٩.

(٢) د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الآداب، النجف الاشرف ، ١٩٧٢، ص٤٨٩.

(٣) د. عبد المنعم جيرة، مصدر سابق، ص ٩٧.

القانون، وهكذا فإن مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعمل على تحقيق سيادة القانون من شأن المبالغة في تطبيقه أن يهدم هذا الهدف في ذاته لما تؤدي إليه المبالغة من انكار العدل وبالتالي انكار القانون[١]. وفي تقديرنا فإن الاعتراف بالدور المنشئ للقاضي المدني في خلق القواعد القانونية لا يشكل اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية لأن الأمر في النهاية يتعلق بدعوى مطروحة أمام القضاء وان الحلول التي يقررها عند الفصل في مثل هذه الدعوى لم يتعرض لها من تلقاء نفسه، فالقاضي ازاء ذلك يقوم بعمل هو في صميم وظيفته القضائية ومن ثم لا مجال للحديث عن خرق لمبدأ الفصل بين السلطات، سيما وأن قيام القاضي بالفصل في النزاع وإكمال النقص في القانون من خلال تقرير الحل العادل، إنما يعمل بتفويض من المشرع ذاته، الذي أوجب عليه الحكم في النزاع ولا يمكنه الإمتناع عن ذلك بحجة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق، إذ يجب عليه في هذه الحالة أن يبتدع الحل العادل وإلا عد منكراً للعدالة، فيكون القاضي بذلك عند إبتداعه للحل الملائم لموضوع النزاع المعروض عليه وما يمكن أن يصبح هذا الحل قاعدة إذا ما إستقرت عليها أحكام المحاكم، إنما يعمل بتفويض من المشرع ذاته، وهذا التفويض لا يمكن معه القول بتعارضه مع مبدأ الفصل بين السلطات .

ج. ان انكار دور القضاء في انشاء القاعدة القانونية يتأتى من خلو الدستور من نص يقضي بذلك، ذلك أن القضاء قد يأخذ في احكامه بقواعد يردها إلى التشريع أو إلى أي مصدر آخر من مصادر القاعدة القانونية، و إذا كانت هذه الأحكام القضائية هي في حقيقتها إجتهاد يستخلص من خلالها القاضي الحل الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه من أي مصدر من المصادر المذكورة، وعلى الرغم من أن هذه القواعد المستخلصة من الأحكام يمكن أن تنسب الى القضاء، إلا إنه ليس من الممكن التصريح بهذه النسبة، بل يجب أن تنسب هذه القواعد إلى المصدر الذي يرجعها القضاء إليه، لأن القضاء لا يستطيع بحكم الدستور أن ينشئ القانون[٢]. وفي تقديرنا فإن هذا الرأي ينطوي على قدر كبير من الاجحاف

(١) د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص ٤٩٣.

(٢) د. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، (المدخل لدراسة القانون) ، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص١٥٨.

للدور الفعلي الذي يمارسه القضاء في إنشاء القاعدة القانونية وذلك عند تفسير القانون أو عند خلو مصادر القانون من قاعدة يمكن تطبيقها على النزاع المعروض أمامه.

د. أن النظام القضائي لا يأخذ بمبدأ السوابق القضائية، فالمحاكم لا تلتزم بسابق قراراتها ولا تقيد غيرها من المحاكم في القضايا المماثلة التي تعرض عليها لاحقاً، ومحكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي قامت عليها قراراتها السابقة، كما أن محاكم الدرجة الأولى كمحاكم البداءة ومحاكم الدرجة الثانية كمحاكم الإستئناف لا تلتزم بقرارات محكمة التمييز إلا في حالات محددة، وحتى في هذه الحالات التي تلتزم فيها المحاكم بقضاء محكمة التمييز، فإن ذلك لا يجعل من القاضي منشئاً لقاعدة قانونية عامة مجردة، لأنه قضاء يختص بنزاع معين من دون أن يتعداه الى غيره من المنازعات المماثلة له بالصفات والشروط، اضافة الى انه لا يلزم الا المحكمة التي أحيلت اليها الدعوى المنقوض حكمها، أما غيرها من المحاكم فلا تلتزم برأي محكمة التمييز، فيكون بذلك قضاءها يفتقر الى قوة الإلزام فضلاً عن العمومية والتجريد، واذا حدث وان اتبعت محاكم الدرجة الأولى أو الثانية رأي محكمة التمييز عندما تفصل في قضايا مشابهة، فإن ذلك يُعزى الى مايتمتع به قضاء محكمة التمييز من قوة إلزام أدبي فحسب، وليس قوة إلزام قانوني، بحيث لا يمكن أن يستخلص من ذلك أن القاضي المدني ينشئ قواعد قانونية مادام أن مبدأ السابقة القضائية لا يؤخذ به، ومادامت المحاكم تملك قانوناً مخالفته وان لم تخالفه فعلاً[1]. ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية ما يفترض وجود هذه القواعد سلفاً، وتمام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سلطات أخرى غير سلطة القضاء[2]. وفي تقديرنا فأن هذا الرأي اذا كان يطابق القانون في الدول التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية الملزمة، فإنه لا يتطابق مع الواقع العملي الذي يقر بأن احكام القضاء تنشأ قواعد قانونية جديدة غير مقررة في المصادر القائمة للقواعد القانونية، بل أن العديد من القواعد القانونية المقررة في التشريع ترجع في أصلها إلى أحكام القضاء .

(١) د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٤٨٩، د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢ ص ٤١١.

(٢) د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

٢. الإتجاه المؤيد لدور القاضي في انشاء القاعدة القانونية

على العكس من الإتجاه الفقهي الذي بيناه في الفقرة السابقة، يذهب جانب آخر من الفقه إلى عد القضاء مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية وليس مصدراً تفسيرياً أو احتياطاً وذلك من خلال سلطة القضاء في انشاء القواعد القانونية، وان هذا الإتجاه يسوق الحجج الآتية لدعم موقفه والتي يرد من خلالها على حجج أنصار الإتجاه المعارض لدور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية .

أ. إن القضاء في الدول التي لا تأخذ بمبدأ السوابق القضائية، كفرنسا والعراق ومصر يقوم بثلاثة ادوار رئيسة هي، تطبيق أحكام القانون على القضايا المعروضة أمامه عندما تكون النصوص القانونية الواجبة التطبيق عليها صريحة وواضحة، وتفسير أحكام القانون إذا كانت النصوص المذكورة غامضة فيكون من الواجب على القاضي الذي يفصل في النزاع أن يقوم بتفسير هذه النصوص وتوضيحها، وأخيراً يقوم القاضي بإنشاء الأحكام القانونية عند عدم وجود القاعدة المناسبة بحيث يتعين عليه أن يرجع الى المصادر التي يمكن من خلالها العثور على القاعدة المناسبة لإستنباطها منها، كقواعد العدالة، ذلك أنه ليس للقاضي المدني رد الدعوى بحجة عدم وجود قاعدة قانونية تنطبق على موضوع النزاع المتعلق بها، وفي هذه الحالة يكون القاضي قد أنشأ قواعد قانونية إلى جانب النصوص التشريعية أو القواعد العرفية[١]. بعبارة أخرى فإن القاضي في هذه الحالة يعمل كما لو كان هو المشرع ينشأ القاعدة التي يسد بها نقص التشريع في القضية المعروضة أمامه وحين يفعل ذلك يقال أنه قد حكم بمقتضى قواعد العدالة أو القانون الطبيعي التي لا تعبر في حقيقتها ألا عن رأي القاضي واجتهاده الشخصي متأثراً بالعوامل الإجتماعية والثقافية والسياسية والإقتصادية المحيطة بها[٢]. فالعملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي للنصوص القانون، بل إنها أيضاً قضاء إنشائي يبدع الحلول العادلة لحسم النزاع، وهذا يقتضي من القاضي أن يبذل جهوداً شاقة في التوفيق بين المصالح المتعارضة لأطراف القضية، وإن هذا الجانب الإنشائي في العملية القضائية لا يمكن أن يكون عملية شكلية، بل هو توفيق بين مجموعة

(١) د.حسن محمد الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد، البصرة، ص١٨٨.

(٢) د. عبد الحسين القطيفي، تنازع المصادر في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الأحكام القضائية، بغداد، المجلد الأول، العدد السابع، ١٩٥٣، ص٢٦٨.

من القيم الإنسانية ومصالح الأطراف المتنازعة، فلابد للقاضي من الإجتهاد عند وجدود النقص في التشريع[١].

ب. إن ما يذهب اليه أنصار الاتجاه المعارض لدور القاضي في انشاء القاعدة القانونية، بأن القضاء لا يعد مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية لأن المادة الأولى من القانون المدني التي عددت المصادر الرسمية للقانون لم تذكر القضاء من بين هذه المصادر، إذ يرى أنصار هذا الرأي الفقهي بأن ما تضمنه نص المادة المشار إليها يشير إلى القاضي بالمسلك الواجب عليه إتباعه فيما يتعلق بالمصادر التي يستقي منها القواعد التي يقوم بتطبيقها على المنازعات التي تعرض عليه، فتحديد مصادر القانون عمل علمي يستمد قواعده من الواقع وليس فقط من نصوص التشريع، إذ لا يرجع في تحديد مصادر القانون إلى التشريع حيث لا يكتسب أي مصدر من مصادر القانون بما في ذلك التشريع ذاته شيئاً كما لا يفقد شيئاً بالإعتراف به أو إغفال الإعتراف به بواسطة المشرع، فإذا كانت المادة الأولى من القانون المدني المشار إليها قد أغفلت ذكر القضاء من بين مصادر القانون، فإن هذا الإغفال لا يمكن أن يؤثر في ضرورة الإعتراف بالأمر الواقع[٢].

ج. إن إنشاء القاضي للقواعد القانونية هو نتيجة للنقص في التشريع، إذ أن وظيفة القاضي الأساسية هي الحكم بين المتنازعين بالعدل وطبقاً للقانون، فالقاضي أو القضاء بمعنى أوسع يقوم أساساً بتطبيق القانون لا خلق القواعد القانونية، ولم يكن من المتصور إثارة مسألة إنشاء القضاء للقانون، لو أن التشريع كان كاملاً لا يشوبه أي نقص، فلو إفترضنا أن التشريع جاء كاملاً أي يحتوي على حل لكل نزاع يعرض أمام القضاء لما كان هناك أي مسوغ أو ضرورة لإنشاء قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء، بل لأقتصر عمل القضاء على مباشرة وظيفته الأصلية وهي تطبيق القواعد القانونية على المنازعات التي تعرض أمامه، لذلك أصبح التشريع لا يتماشى مع تطور الفكر القانوني المعاصر ولا مع تطورات الحياة خاصة أن القاضي اصبح يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لكي يصل للحكم العادل في القضية المعروضة أمامه ، وبنفس الوقت التوفيق بين القانون والواقع [٣].

---

(١) القاض ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٣) د. سمير السيد نتاغو، مصدر سابق، ص ٤٨٣.

د. أن قيام المشرع بتلقف الحلول التي يتوصل اليها القضاء وإعادة صياغتها بنصوص تشريعية يؤكد على قدرة القضاء على إنشاء القاعدة القانونية .

إن عملية النقص في التشريع وما يصاحبها من قيام القضاء بابتداع وخلق للحلول التي يسد بها هذا النقص في التشريع أضطر معه المشرع الى التسليم بالحلول التي أقرها القضاء وإعادة صياغتها بنصوص تشريعية، وهذا العمل من جانب المشرع إنما يدلل ويشير الى قدرة القضاء في لعب الدور الإيجابي المتمثل بخلق قواعد قانونية، فكثيراً ما كان القضاء سباقاً في الكشف عما تحتاجه الحياة الإجتماعية من قواعد تكفل وضع حل لمشاكلها المستجدة والملحة التي يغفل عنها المشرع، إذ أن كثيراً من التشريعات تصدر مترسمة خطى القضاء ومتبنية لما يقرره من قواعد ومقننة لما يضعه من مبادئ[1].

من كل ما تقدم نستطيع القول بأن القضاء يعد مصدراً أصلياً للقانون، وليس مصدراً إحتياطاً له كما يذهب جانب من الفقه إلى ذلك، ذلك أن اكمال النقص في القانون يعد بطبيعته عملاً غير إحتياطي، وهو لا يختلف في ذلك في شيء عن عملية تعديل القانون، فإذا كان التشريع هو ابرز المصادر الأصلية للقانون يقوم أما بتعديل القانون القائم أو الغاؤه أو اكماله، فالتشريع في هذه الحالة عندما يصدر يكون غالباً في غايته هو لسد نقص في القانون وهو بذلك يكون عمل غير إحتياطي، وبالمثل عندما يقوم القضاء بخلق قاعدة جديدة تسد نقصاً في القانون لا يقوم بذلك بعمل إحتياطي، وإنما يقوم بعمل أصلي مثلما يقوم به أي مصدر من مصادر القانون، وما يدل على ذلك أيضاً ما يكشفه الواقع العملي في تطبيقات المحاكم إذ إنها تشير في تسبيب أحكامها والحلول التي تقررها الى استخدام عبارات على سبيل الذكر (ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة) او (ما استقر عليه قضاء الهيأة العامة او الهيأة الموسعة) أو عبارة (من المقرر وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة) كما إنها لو كانت تشير إلى التشريع وكأنه هو حكم القانون الواجب التطبيق في الحالة المعروضة على القضاء . نستطيع من كل هذا أن نصل إلى نتيجة واحدة هي أن القضاء مصدر أصلي من مصادر إنشاء القاعدة القانونية وإن كان هناك جانب كبير من الفقه يقر له بهذا الدور بصورة ضمنية.

(١) المستشار الدكتور عبد المنعم جيرة، مصدر سابق، ص ٩٩.

ثانياً: أسباب عد القضاء مصدراً أصلياً للقانون

يعد التشريع هو المصدر الرسمي الأول للقانون، واذا افترضنا مقدماً كمال التشريع، فلا يكون هناك مجال للقول بوجود قواعد قانونية يخلقها القضاء واذا تم الأخذ بمبدأ جامد للفصل بين السلطات، فلا يكون معه من الجائز للقضاء أن يخلق القانون، وعليه فإن قدرة القضاء على انشاء القواعد القانونية ومن ثم عدّه مصدراً أصلياً للقانون ترتبط بهاتين المشكلتين وهما كما ذكرنا مشكلة النقص في التشريع ومشكلة الفصل بين السلطات. عليه وللإحاطة بذلك سنتناول بحث هذا البند في فقرتين نخصص الفقرة الأولى لبيان حالة النقص في التشريع ونتناول في الفقرة الثانية دراسة مبدأ الفصل بين السلطات بخصوص مدى علاقته بالموضوع الذي نحن بصدد البحث فيه.

١- حالة النقص في التشريع

ان القاضي المدني ملزم قانوناً بأن يصدر حكماً في كل ما يعرض عليه من قضايا سواء وجد نصاً تشريعياً ينطبق على هذه القضايا أو لم يكن هناك نص يسري بشأنها وبصدد الحالة الأخيرة نكون إزاء حالة نقص في التشريع .

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول دراسته في النقاط الآتية:

أ. ماهية النقص في التشريع.

يعرف النقص في التشريع بأنه الحالة التي لا يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة يطبقها على النزاع المعروض عليه[١]، أو هو حالة عدم ورود حكم في القانون يتناول النزاع المعروض أمام القاضي، أو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة اليه من أحكام تفصيلية أو جزئية[٢].

---

(١) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، الكويت، بدون ذكر سنة طبع ودار نشر، ص ٥٣٩.

(٢) القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص٧٠، ومن الجدير بالذكر أن هناك عدة إصطلاحات للدلالة على ما يقصد بالنقص بالتشريع حيث يستخدم الفقه الإشارة إلى ذلك الإصطلاحات الآتية: النقص في القانون، الفراغ في القانون، الثغرات في القانون، القصور في القانون، القصور في التشريع، سكوت القانون، لمزيد من التفاصيل، أنظر بهذا الصدد، د. أحمد حسن البغدادي، النقص الفطري لأحكام التشريع، مصدر سابق، ص٣٩٦.

وعلى هذا الأساس فإن المقصود بالنقص بالتشريع هو عدم تضمن التشريع لنص يعالج النزاع المعروض أمام القاضي، أو أن التشريع يحتوي على نص ينطبق على النزاع المعروض غير ان النص تنقصه الأحكام التفصيلية التي يقتضيها حل النزاع المذكور، غير أنه ينبغي الإشارة في هذا الصدد الى ضرورة التفرقة بين حالة النقص في التشريع وبين مسألة تفسير القانون، اذ انه في حالة التفسير نكون إزاء قاعدة قانونية موجودة ويمكن تطبيقها على النزاع المعروض على القضاء إلا أن هذه القاعدة غامضة ومبهمة، وأن مشكلة التفسير في هذه الحالة هي وسيلة لإيجاد معنى للقاعدة القانونية المراد تطبيقها على النزاع، أما بالنسبة لحالة النقص في التشريع فانه لا توجد قاعدة قانونية تنطبق على النزاع المعروض أمام القضاء في أي من مصادر القاعدة القانونية القائمة وتكمن المشكلة بهذا الصدد بإيجاد قاعدة قانونية لحل النزاع المعروض .

ب. أسباب وجود النقص في التشريع

إن حالة النقص في التشريع ترجع الى أسباب عديدة يمكن بيانها فيما يلي:

الأسباب الفنية

إن هذه الأسباب تتعلق بمدى قدرة المشرع على التنظيم الفني عند صياغة النصوص التشريعية، إذ إن هناك روابط اجتماعية يتسع نطاقها وتدق تفاصيلها إلى درجة أن المشرع يتحاشى التعرض لها فيتركها، أما لتقدير الأفراد، أو لإجتهاد القضاء إذا لم يكن هناك عرف يمكن تطبيقه بشأنها، كما أن هناك مسائل تنطوي على فكرة مجردة يرتبط جوهرها بالوجدان العام في المجتمع، إذ أن لكل مجتمع ظروفَه حسب الزمان والمكان الأمر الذي يدفع المشرع إلى أن يكتفي بصددها بوضع قاعدة معيارية كفكرة النظام العام أو مبدأ حسن النية فبهذه المسائل ترك المشرع تحديد جوهرها لإجتهاد القضاء على هدي الإتجاهات العامة في المجتمع[1].

وقد تدفع إعتبارات السياسية التشريعية، المشرع في بعض الأحيان إلى الإحجام عن معالجة بعض المسائل مراعاة لشعور شريحة معينة في المجتمع، او تجنباً من إثارة الرأي العام،

(١) د. احمد حسن البغدادي، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

أو لكون تلك المسائل ما زالت غير مستقرة على أسس ثابتة، ففي مثل هذه الأحوال يعتمد المشرع على اجتهاد القضاء في معالجة هذه المسائل إذا ما أثير نزاع بصددها أمامه[١]

الأسباب العملية

إن هذه الأسباب تتعلق بمدى كفاية إرادة المشرع على إدراك حقائق الأمور في وقت وضع القواعد القانونية ومدى ما يستجد بشأنها من تطور في المستقبل، فالمشرع قد لا يفلح في النفاذ إلى صميم الحقائق، وقد يغفل عن الكثير من ظروف الواقع، كما أن الروابط الاجتماعية بحكم تكوينها دائمة التغيير والتحول وإن التشريع بحكم صياغته هو معنى يفرض بلفظ معين، لذا فأن قصوره بالنسبة لما يستجد من تطور في المستقبل يشكل أمراً لا مناص منه، لأن المعنى الذي يتضمنه التشريع متى ما حبس في اللفظ شده إلى الجمود ومنعه من ملاحقة الجديد من تطور الأحداث[٢].

وفضلاً عن الأسباب المشار اليها آنفاً هناك أسباب أخرى للنقص في التشريع منها ما يتعلق باللغة التي تمت صياغة النص التشريعي بها، او اغفال المشرع لما ينبغي أن يتناوله النص القانوني، ومن الأمثلة التي يمكن ايرادها في هذا الصدد بالنسبة لهذه الأسباب ما أشار اليه القانون المدني العراقي في المواد (١١٠٩ و ١١١٠ و ١١١١و١١١٢)التي تناولت موضوع مرض الموت وما يتعلق به من أحكام، غير أن المشرع في المواد المذكورة لم يبين المقصود بمرض الموت، فالمادة ١١٠٩ منه تنص على ((١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع او المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له ٢- ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض الموت مدينه وارثاً كان أو غير وارث وكذلك الكفالة في مرض الموت)). فالمشرع العراقي في القانون المدني يكون قد وقع في نقص في التشريع عند عدم بيانه المقصود بمرض الموت، وكذلك الحال في الكثير من المصطلحات التي جرى استخدامها في نصوص القانون المدني اذ لم يبين المشرع المقصود بها، كحق الإجارة الطويلة الوارد ذكره في المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي .

---

(١) د. صالح محسوب، فن القضاء، مطبعة العاني، بغداد ١٩٨٢، ص ٦٧.

(٢) د. أحمد حسن البغدادي، مصدر سابق، ص، ٤٠٠.

ج. موقف المشرع من حالة النقص في التشريع

إن المشرع يدرك صعوبة وضع تشريع يحتوي بين دفتيه نصوصاً تعالج جميع الاحتمالات والمسائل التي يمكن أن تعرض على القضاء عند تطبيق التشريع بعد سنه ونفاذه، وأن المشرع اقر بفكرة النقص في التشريع صراحةً أو ضمناً في العديد من صور القواعد القانونية التي أوجدها والتي يمكن إيرادها فيما يلي:

الصورة الأولى القواعد القانونية المتعلقة بمصادر القانون

إن المشرع في العديد من التشريعات التي يصدرها يعمد إلى بيان المصدر الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه عند عدم وجود قاعدة قانونية ملائمة لحل النزاع الذي يعرض عليه، وفي هذا إعتراف من المشرع بفكرة النقص في التشريع، ومن هذه القواعد ما نصت عليه المادة (١) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية)[1].

الصورة الثانية: القواعد القانونية التي تحظر على القاضي الامتناع عن احقاق الحق

هناك نصوص ترد في بعض التشريعات تحظر على القاضي أن يمتنع عن احقاق الحق بحجة عدم وجود نص في القانون، وإن إيراد مثل هذا النص ما هو الا اعتراف من المشرع بأن من الممكن أن تكون هناك حالات تخص قضايا تعرض على القاضي ليس هناك نصوص قانونية تحكمها، ومع هذا فأن القاضي يكون ملزماً بالحكم فيها وإلا عد ممتنعاً عن احقاق الحق، وهذا ما جاءت به المادة(٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل التي تنص على أنه (لا يجوز لأي محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق)، وهو ما تقضي به أيضاً المادة (٤)

(١) ويقابل هذا النص، نص المادة الأولى من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التي جاءت صياغتها بنفس المعنى .

من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن(القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت او غموض او نقص التشريع يمكن مقاضاته بسبب انكاره للعدالة).

الصورة الثالثة: القواعد التي تترك للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء الى العرف او مبادئ العدالة.

ينص المشرع أحياناً على منح القاضي سلطة في تطبيق ما يذهب إليه العرف أو تقضي به قواعد العدالة وذلك لتكملة الأمور التي لم يرد ذكر تفصيلاتها في التشريعات التي تناولت الأمور المتعلقة بها، وان اكتفى النص على ذكر بعض الأمور الرئيسية المتعلقة بها ، ومن الأمثلة على ذلك ما تقضي به الفقرة (٢) من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه(لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، وإنما يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام)، وكذلك ما تقضي به الفقرة (ج) من المادة (٥٣٧) من القانون ذاته التي تنص على أنه (يدخل في البيع من غير ذكر... كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع) وكذلك الفقرة (١) من المادة ٧٥٦ من القانون نفسه التي تنص على أنه (١- يضمن المؤجر للمستأجر، جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، او تنقص من هذا الانتفاع انتقاصاً كبيراً، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها).

الصورة الرابعة : القواعد التي تلزم أن لا يكون محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب.

ومن امثلتها الفقرة الأولى من المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالف للنظام العام والآداب والا فان العقد باطلاً)، فالمشرع لم يحدد ما المقصود بالنظام العام لإدراك أن هذا الأمر صعب من الناحية الفنية، وهذا يعد مثالاً على النقص في التشريع، وان المشرع قد عدد في الفقرة الثانية من المادة ذاتها في أعلاه بعض الأمثلة على النظام العام كالأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث وغيرها .

٢- مبدأ الفصل بين السلطات

إن مبدأ الفصل بين السلطات يفترض وجود جهاز خاص يتولى وضع القواعد القانونية في صيغة تشريعات، وإن هذا الجهاز هو السلطة التشريعية، ذلك أن الدولة في الوقت الحاضر تتولى وظائف متعددة تختلف الواحدة منها عن طبيعة الأخرى باختلاف القوى العامة في الدولة

التي تقوم بتلك الوظائف، وعلى هذا الأساس فإن السلطات العامة في الدولة تتمثل في السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية، وأن وظيفة السلطة التشريعية كما ذكر آنفاً هي سن التشريعات التي تتولى السلطتين التنفيذية والقضائية تنفيذها[1]، ولا شك في أن صدور القواعد القانونية عن السلطة التشريعية يحقق الإستقرار في المعاملات، لأن كل شخص يستطيع ان يتوقع مقدمة الحكم الذي سيصدر في النزاع الذي يدخل طرفاً فيه، ومن ثم يستطيع أن يوجه سلوكه في الحياة بما يحقق له أهدافه طبقاً للقانون، وان الدولة التي تحكمها قواعد قانونية عامة صادرة عن السلطة المختصة وهي السلطة التشريعية يطلق عليها دولة القانون، وهي الدولة التي يسود فيها القانون .

ومبدأ الفصل بين السلطات هو وسيلة لتحقيق عمومية القواعد القانونية وبالتالي تحقيق مبدأ سيادة القانون في المجتمع، اما اذا تركزت تلك السلطات بيد جهة واحدة خاصة اذا كانت هذه الجهة التي تطبق القانون هي ذاتها الجهة التي تخلقه، فإن ذلك يؤدي حتماً إلى عدم الإستقرار، إذ لا يعرف مقدماً الحكم الذي سيصدر في أي نزاع يعرض على القضاء طالما أن القاضي لا يتقيد عند الفصل في النزاع المعروض عليه بأي قاعدة قانونية مسبقة، وعليه فأنه بدون تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات لا يمكن أن يتحقق الاستقرار في المعاملات وبالتالي تحقق سيادة القانون في المجتمع.

ومع ذلك فإن مبدأ الفصل بين السلطات الذي ينتج عنه تحقيق سيادة القانون لا يمكن الأخذ به إلى آخر المدى، أي لا يمكن تطبيقه بصورة مطلقة من دون أن يكون هناك تعاون بين السلطات العامة المعروفة داخل الدولة وان التشريع الصادر عن السلطة التشريعية كما ذكرنا فيما سبق يعتريه النقص والقصور وهو نقص لا بد من اكماله عن طريق الجهاز القائم على تطبيق القانون وهو القضاء، وان القول بخلاف ذلك بمعنى أن القعود عن إكمال هذا النقص يؤدي الى إنكار العدالة وهو ما يقود في النهاية الى انكار القانون ذاته، ذلك أن العدل هو أساس القانون، وهكذا فإن مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعمل على تحقيق سيادة القانون يكون من شأن المبالغة في تطبيقه أن يهدم الهدف الذي يعمل على تحقيقه في ذاته لما تنطوي عليه هذه المبالغة من إمكان إنكار العدل وبالتالي إنكار القانون، وإذا كان الأمر كذلك كان لابد من

(١) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، مطبعة دار المعارف بغداد، ١٩٨٠، ص ١٩٠.

التخفيف من فكرة الفصل بي السلطات وجعلها فكرة نسبية يلجأ اليها في معظم الحالات إلا إنه عندما يؤدي الأخذ بها إلى تفويت الهدف الأساسي الذي وضعت من أجله فأنه لا يعمل بها[١].

بعبارة أخرى أن مبدأ الفصل بين السلطات ينبغي أن لا يترتب عليه عدم قيام القضاء بالفصل في المنازعات المعروضة عليه عندما لا يوجد بشأنها حكم في التشريع الذي يعتريه النقص والقصور والصادر عن السلطة التشريعية، فلا يتصور وجود السلطة التشريعية التي تقترن أعمالها بالنقص لما يصدر عنها من تشريعات ثم لا تكون هناك وسيلة لتكملة هذا النقص عن طريق القضاء الذي يتولى تطبيق القانون فيما يعرض عليه من منازعات.

واذا كان من المعترف به في التشريعات المختلفة ومنها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي أن للقضاء أن يكمل النقص في التشريع[٢] فإن هذا ما هو الا اعتراف من المشرع بأن للقضاء دور في خلق القواعد القانونية وهو اعتراف من المشرع بأن للقضاء دور في خلق القواعد القانونية وهو اعتراف كذلك بنسبية مبدأ الفصل بين السلطات.

ويلاحظ في هذا الصدد ان تكملة النقص في التشريع او في مصادر القانون الأخرى بصفة عامة من قبل القضاء لا تؤدي في كل الأحوال الى الخروج على مبدأ الفصل بين السلطات، اذ ان تكملة النقص ما هي الا قيام القاضي بخلق حل عادل للنزاع وليس خلق قاعدة قانونية وبالتالي فان الاعتراف للقضاء بالحق في تكملة النقص في التشريع لا يترتب عليه المساس بمبدأ الفصل بين السلطات[٣].

والخلاصة أن تطبيق نظرية الفصل بين السلطات ما هي الا وسيلة لتحقيق سيادة القانون ولكن ينبغي عدم المبالغة في تطبيق هذه النظرية بما تؤدي اليه من انكار للعدالة التي هي اساس القانون عند امتناع القاضي عن الفصل في النزاع المعروض عليه عند عدم وجود نص في التشريع القائم يسري بشأنه بحجة أن وظيفته هي تطبيق القانون وليس خلقه عملاً بالمبدأ المذكور، الأمر الذي يجب أن يقيد تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بما يقتضيه النقص في التشريع من الاعتراف للقضاء بالحق في تكملة هذا النقص ولو أدى ذلك الى خلق قواعد

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة القانون، مصدر سابق، ص ٤٩٠ ومابعدها .

(٢) انظر المادة (١) من القانون المدني العراقي والمادة (١) من القانون المدني المصري و المادة (٤) من القانون المدني الفرنسي.

(٣) د. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة القانون، مصدر سابق، ص ٤٩٠ ومابعدها.

قانونية جديدة عن طريق هذه السلطة غير المختصة أصلاً بخلق القانون، بمعنى آخر أن الأخذ بالتطبيق المرن لمبدأ الفصل بين السلطات يعطي للقضاء وهو الجهاز المختص بتطبيق القانون الذي يصدر عن السلطة التشريعية على المنازعات المعروضة عليه بخلق قواعد قانونية تنطبق على تلك المنازعات عند خلو التشريع من نص ينطبق بشأنها وهذا ما يترتب عليه عد القضاء في هذه الحالة مصدر للقاعدة القانونية من خلال الأحكام التي يصدرها بهذا الشأن وتصبح مبادئ يستقر العمل عليها في التطبيق العملي للحالات المماثلة.

وعليه نخلص مما تقدم الى أن القضاء المدني وهو يحاول إنشاء القاعدة القانونية عندما يقوم بإكمال النقص في مصادر القانون فان ذلك ما هو الا كون القضاء مصدراً مهماً للقانون وليس مصدر احتياطي، فإكمال النقص بطبيعته هو عمل مهم وهو لا يختلف في ذلك شيئاً عن تعديل القانون فإذا كان التشريع هو ابرز المصادر الاصلية للقانون فإنه يقوم إما بتعديل القانون القائم أو الغائه أو إكماله، فالتشريع الجديد يصدر غالباً لسد نقصاً في القانون القائم ولا يمكن عده في هذه الحالة مصدر احتياطي، فيكون بناء على ذلك أن القضاء عندما يخلق قاعدة جديدة تسد نقصاً في القانون لا يقوم بذلك بعمل إحتياطي بل بعمل أصلي كالذي يقوم به أي مصدر من مصادر القانون الأخرى المكملة للتشريع، وإن قيام القضاء بخلق قاعدة قانونية جديدة لا يتم إكمالاً للتشريع وحده بل إكمالاً للنقص في كل مصادر القانون بما فيها القضاء المستقر ذاته بحيث يجب على القاضي تطبيق القاعدة القانونية سواء كان مصدرها التشريع أو العرف أو القضاء المستقر بحيث يجب أن ينظر الى هذا المصادر كلها بوصفها مصادر أصلية يرجع اليها وعند عدم وجود حكم في أي منها ينطبق على النزاع المعروض امامه عندئذ يقوم بخلق الحل العادل لهذا النزاع ما يؤكد إن القضاء مصدر مهم للقانون أنه لا ينشئ قواعد قانونية جديدة تكمل النقص في القانون فحسب، بل يقوم أحياناً بتعديل قواعد القانون تحت ستار تفسيرها.

الفرع الثاني

المبادئ القضائية وليدة نزاعات خاصة بما يحيط بها من ظروف واقعية

إن المشرع عند قيامه بوضع قاعدة قانونية في صورة نصوص تشريعية فإنها تأتي بصيغة عامة مجردة بحيث تكون موجهة الى الأشخاص والوقائع على وجه العموم، بمعنى أن لا

يكون حكمها موجه الى شخص معين بذاته، ولا يراد بها واقعة معينة بذاتها[١]. وبما أن النصوص التشريعية مهما كانت دقيقة وشاملة، لايمكن أن تتحسب لكل ما يمكن أن يقع من حوادث ووقائع؛ لأن الشرع لا يستطيع أن يتنبأ بكل أمر ليضع له الحكم الذي يقتضيه، كما أنه ليس بإمكانه عند وضع حكم للوقائع التي يريد تنظيمها عن طريق التشريع الذي يصدره، أن يضع هذه الأحكام على نحو تصلح لكل زمان ومكان، ولا يمكن معالجة مثل هذه الحالات الخاصة بالوقائع المستجدة بالتدخل التشريعي المتكرر من خلال تعديل التشريعات النافذة؛ لأن مثل هذا العمل ليس سهلاً وميسوراً من الناحية العملية، كما أنه يؤدي الى جعل القوانين عرضة للتعديل والتبديل بشكل مستمر على حساب الإستقرار والثبات الذي ينبغي أن تتصف به التشريعات عموماً، فضلاً عن ذلك فأن المشرع مهما حاول ان يكون دقيقاً وواضحاً عند صياغة النص القانوني، فإنه قد يقع في غلط أو تناقض أو غموض يظهر عند تطبيق القاعدة القانونية، كما أن الحالة المعروضة أمام القضاء قد تكون خارج حسابات المشرع، بحيث لم يكن هناك نص تشريعي يمكن تطبيقه بشأنها أو يكون الحكم الواجب التطبيق على هذه المنازعات غير متوفر في مصادر القانون فيكون معه لزاماً على القاضي المدني أن يجتهد لإستنباط قاعدة قانونية يطبقها بشأن النزاع المعروض أمامه بغية الفصل فيه، إذ ليس بإمكانه الامتناع عن الفصل في المنازعات عند عدم وجود قاعدة قانونية تنطبق بشأنها عند البحث عنها في مصادر القانون القائمة، والقاضي عند قيامه بخلق وإبتداع الحلول العادلة للنزاع المعروض عليه يقوم بإجراء موازنة بينما يصدر من حكم في هذا النزاع وبين الظروف الواقعية المحيطة به، بحيث انه يكيف النصوص القانونية ويفسرها بما يتلاءم مع ظروف وملابسات الواقع العملي ومقتضياته فتكون بذلك أحكامه وليدة ظروف واقعية وأحداث عملية[٢]. إذ ينبغي على القاضي في هذه الحالة البحث عن نية وارادة المشرع، بحيث يفترضها في ظل الواقع الحاضر ولا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع عند وضع النص القانوني[٣].

---

(١) د. إبراهيم فكري، المدخل لدراسة القانون، البديع، مراكش، بدون سنة طبع، ص١٩.

(٢) فرات رستم أمين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الإتحادية في نطاق الدعوى المدنية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤، ص٦٥.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص ٤٩٠ ومابعدها.

ومن هذا يتضح بأن المبادئ القضائية المتمثلة بالحلول التي يقررها القضاء للمنازعات المعروضة أمامه عند الفصل فيها من خلال ما يصدر عنه من أحكام بشأنها تمتاز بكونها حلول واقعية تنطبق تماماً على الوقائع المعروضة على القضاء مراعية في ذلك الظروف المحيطة بها، ومن هنا فأنها تتميز بطابعها وروحها الواقعي بخلاف النصوص التشريعية التي يضعها المشرع للحالات التي يتصور حدوثها مستقبلاً بعد نفاذ التشريعات التي يسنها والتي تكون حلول إحتمالية للوقائع التي يمكن تصور حصولها في المستقبل، ولهذا تتميز المبادئ القضائية بطابعها الواقعي بحيث تجعل من القانون مادة حية تساير واقع البيئة وتجاري روح العصر، كما أن المبادئ القضائية ولما تمتاز به من واقعية تكون قابلة للتعديل أو التغيير أو التبديل إذا ما بدت بعد العمل بها في القضايا المتشابهة بأنها غير صالحة وليست بذي فائدة، فيكون للقضاء العدول عنها إلى مبادئ جديدة تكون أقرب الى الواقع في حل المنازعات التي تعرض عليه، وهذا ما لا يمكن تحققه بالنسبة للقواعد القانونية التي تضعها النصوص التشريعية، إذ لا يستطيع القاضي المساس بها أو تبديلها أو تعديلها حتى وان تأكد له بأنها أصبحت غير صالحة، وبهذا تكون المبادئ القضائية عاملاً أساسياً في تطوير القواعد القانونية وتقدمها وبها يتجنب القاضي عواقب جمود القواعد القانونية بعد إنشائها[1]، فالمبادئ القضائية وان كانت في بعض الأحيان لا تقدم حلول جاهزة للمسائل والقضايا المعروضة على القضاء، إلا أنها يمكن أن تكون مفتاحاً ومرشداً للإعتبارات التي إعتمدتها ونماذج للحلول المتاحة بحيث يمكن الأخذ من الحلول التي تقررها في الحالات المماثلة ما يقتضيه حل النزاع المعروض أمام القضاء وبما يتلاءم والقضايا التي يراد الأخذ بالحلول التي جاءت بها عند الفصل في القضايا المذكورة[2].

وعلى هذا الأساس فإن دائرة نشاط القضاء تكون أوسع من دائرة نشاط المشرع وأقرب منها إلى واقع الحياة، فالمشرع يضع القواعد العامة ليحكم بها سلوك الأشخاص في المستقبل دون أن تكون حلول جاهزة لكل حالة يمكن أن تعرض على القضاء، الأمر الذي يقتضي على القضاء في هذه الحالة مواجهة الواقع بكل تفاصيله المعقدة، وعليه أن يعطي لكل حالة حكم عند الفصل في القضية المعروضة عليه رغم إختلاف كل قضية يمكن أن تعرض على القضاء في

(١) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مصدر سابق،ص٥٩.

(٢) د. دنيس لويد، فكرة القانون (تعريب المحامي سليم الصويص) ، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨١، ص٣٢٠.

جزئياتها وحقائقها، ولهذا يبدو أن منح القاضي دور في إنشاء أو خلق الحلول القانونية للقضايا المعروضة عليه تمليه ضرورة ملحة من الناحية القانونية ومن الناحية الإجتماعية، إذ أنه من الناحية القانونية يلزم بحل النزاع القائم المعروض إمامه واصدار الحكم الفاصل فيه بحكم وظيفته القضائية، ومن الناحية الإجتماعية فأنه من خلال الأحكام التي يصدرها لحسم النزاعات المعروضة عليه يسهم في توطيد الأمن الاجتماعي(١).

ومن هذا يتضح بأن المنازعات الخاصة التي تثار أمام القضاء هي في الواقع تكشف عن عيوب التشريع ونواقصه وتبين مدى قدرة واضعيه على اعطاء الحلول المناسبة للحالات التي تسري بشأنها النصوص التشريعية، فضلاً عما تبينه من قدرة القضاء على تطبيق القانون وفق ارادة المشرع بحيث يستطيع إنزال حكم القانون على الوقائع المعروضة عليه وتدارك زلات المشرع للخروج بأحسن حالة للعدالة التطبيقية، وعليه فأن المبادئ القضائية التي تصدر عن القضاء وهو في مسعاه لسد حالة النقص في التشريع تتولد من رحاب التطبيق العملي من خلال الأحكام التي يصدرها في النزاعات الخاصة التي يثيرها الخصوم أمام القضاء.

المطلب الثاني
تمييز المبادئ القضائية عن غيرها من الأوضاع القانونية

كثيراً ما يقع الخلط بين مصطلح المبادئ القضائية مع غيرها من الأوضاع القانونية ومن بين هذه الأوضاع المشابهة للمبادئ القضائية هي السوابق القضائية والأحكام القضائية، الأمر الذي يقتضي منا بيان أوجه الشبه والإختلاف بين المبادئ القضائية من جهة وبين كل من السوابق القضائية والأحكام القضائية من جهة أخرى.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع يقتضي منا ذلك تقسيم هذا المطلب الى فرعين حيث سنخصص الفرع الأول لبيان التمييز بين المبادئ القضائية و السوابق القضائية وسنخصص الفرع الثاني لتمييز المبادئ القضائية عن الأحكام القضائية .

(١) د. جمال مولود ذيبان، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٢، ص ١٧٣ .

الفرع الأول
تمييز المبادئ القضائية عن السوابق القضائية

لقد تناولنا في المبحث الأول من هذا الفصل تحديد مفهوم المبادئ القضائية وكيفية تكوينها وأنواعها، ولغرض التمييز بينها وبين السوابق القضائية، لا بد من بيان معنى السوابق القضائية وأنواعها وكيفية تكوينها ومزايا تطبيقها وعيوب الأخذ بها حتى يتسنى لنا بيان أوجه الشبه والإختلاف بينها وبين المبادئ القضائية، عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول بيانه في الفقرات الآتية :

أولاً : تعريف السوابق القضائية

تعتبر المملكة المتحدة من أبرز وأقدم البلدان ذات النزعة الانكلوسكونية التي تسود فيها الشريعة العامة وتلتزم فيها المحاكم بالسابقة القضائية، حيث تشكل السابقة القضائية أساس وجوهر النظام القانوني والقضائي الإنكليزي، وانها تعتبر المبدأ المقدس للقانون الانكليزي، وقد عرفت السابقة القضائية بأنها (حكم أو قرار محكمة يستشهد به كمثيل أو مشابه لتبرير الحكم في قضية مشابهة او مسألة قانونية مشابهة بنفس الطريقة[١]، في حين عرفها البعض الآخر بأنه (متى ما صدر حكم قضائي بشأن مسألة قانونية كانت محل نزاع، كان مضمون هذا الحكم سيتم إتباعه في كل القضايا اللاحقة المماثلة، بمعنى أنه يمتنع على أطراف أي خصومة من المجادلة بشأن مسألة قانونية تم القضاء فيها بموجب حكم سابق تماثل ذات مسألته القانونية)[٢]، وقد عرفت أيضاً بأنها (القيمة التي قررها النظام القضائي للقرارات القطعية الصادرة من المحاكم ذات الإختصاص فيما يعرض عليها من القضايا وأثر تلك الأحكام في الدعاوى المماثلة التي ترفع أمام القضاء فيما بعد)[٣] ويلاحظ على هذا التعريف أنه يشير الى الأثر المترتب على نظام السوابق القضائية ولا يشير الى تحديد معنى السابقة القضائية ذاتها، وذلك عندما أشار الى القيمة القانونية للقرارات التي تصدر عن القضاء من حيث مدى إلزام الأخذ بها في القضايا المماثلة

---

(1) erogolopaedis Britannica meropaedis , 15thed , U.S.A, 1974, P183.

(2) Anfntroduction to the Angle- American legal system yeadings and case BEGDA bodnhiner and john bityeu qakely and jean c.love-second edition -p77.

(٣) د. محمد محمود رمضان، دور القاضي في إنشاء القاعدة القانونية المدنية، بغداد، بدون ذكر دار نشر وسنة طبع، ص ٢٠٧.

للقضايا التي صدرت بشأنها ، وهذا بلا شك تحديد لبيان الأثر المترتب على السابقة القضائية وليس في تحديد معنى السابقة كما أشرنا.

على أن البعض يشير أن مفهوم السابقة القضائية يقصد به (القرار القضائي الذي يتضمن في ذاته مبدأ ويجري الالتزام به في القضايا المشابهة للقضية التي صدر فيها ذلك القرار والذي تعرض فيما بعد على المحاكم)[١].

هذا ولا بد من الإشارة في هذا الصدد الى وجوب التمييز بين مبدأ السابقة القضائية وبين مبدأ حجية الأمر المقضي فيه الذي يعني بأن الحكم القضائي البات الصادر عن محكمة مختصة يصبح حجة بما فصل فيه من مسائل متى ما تعلق ذلك بالنزاع الذي قام بين الخصوم أنفسهم ودون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً. من هذا يتضح بأن حجية الأمر المقضي فيه تطبق على قرار الحكم الصادر في النزاع الذي فصل فيه، في حين أن السابقة القضائية يعمل بها وكأنها قاعدة قانونية، كما أن مبدأ حجية الأمر المقضي فيه يلزم عادة فقط اطراف القضية الصادر فيها الحكم القضائي وخلفائهم فقط ولا يكون حجة بالنسبة لغيرهم، أي تكون له حجية نسبية في هذا الحالة ، في حين ان السابقة القضائية لا يقع التزامها على الاطراف الذين صدر الحكم القضائي المتضمن للسابقة القضائية في القضية الخاصة بهم، بل أنها تلزم الجميع الذين يمثلون امام المحاكم في قضايا أخرى مشابهة للقضية التي صدر فيها حكم السابقة القضائية، كما أن حجية الأمر المقضي فيه تثبيت لجميع الأحكام الصادرة عن المحاكم المختلفة، في حين أن السابقة القضائية كما سنرى ذلك لاحقاً لا تكون ملزمة للمحكمة ما مالم تكن صادرة عن المحكمة ذاتها أو عن محكمة مماثلة لها أو عن محكمة أعلى منها[٢]. كما أن حجية الأمر المقضي فيه لا تثبت الا لمنطوق الحكم أي الفقرة الحكمية من القرار القضائي دون الوقائع والأسباب[٣]. أما بالنسبة للسابقة القضائية فأنها لا تثبت الا لأسباب الحكم دون منطوقه، كما أن القضية التي اكتسب قرار الحكم الصادر فيها حجية الأمر المقضي فيه لا يمكن

---

(١) د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص١٥٩.

(2) R.w.mdias juriaprudence 3th ed. batterworths, London 1970.p45-46.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٤، ص ٢٠١.

العدول عن حجيته، في حين أن السابقة القضائية وفي حالات معينة وعند تحقق ظروف خاصة يمكن العدول عنها[١].

وعليه فأن مؤدى نظام السوابق القضائية هو أن المحاكم تكون ملزمة في قضائها بإتباع ما سبق وأن قررته أحكام سابقة صادرة في منازعات مماثلة، بحيث أنه اذا عرضت أمام القضاء المدني قضية معينة، فإن على القاضي الذي ينظر فيها تحديد وتكييف وقائعها أولاً ومن ثم البحث فيما اذا كانت هناك قضية مماثلة لها سبق وان فصلت فيها ذات المحكمة أو محكمة أعلى منها ، بحيث يجب عليه عند وجود قضية مماثلة سابقة على القضية المطروحة أمامه اعمال ذات الحل الذي انتهى اليه الحكم الصادر بشأنها على القضية المنظورة أمامه، مما تعتبر معه السابقة القضائية على هذا النحو قانون غير مكتوب[٢].

وتبعاً لنظام تدرج المحاكم في النظام القضائي الإنكليزي يكون الحكم الصادر عن مجلس اللوردات والذي هو أعلى سلطة قضائية في البلاد ويعد المحكمة العليا لجميع المحاكم يعد بمثابة قانون يلزم جميع المحاكم البريطانية بجميع انواعها ودرجاتها، بحيث لا يمكن العدول عنه حتى من مجلس اللوردات ذاته مالم يصدر قانون عن السلطة التشريعية يقضي بالعدول عن الحكم المذكور، كما ويكون الحكم الصادر عن أحد محاكم الإستئناف ملزم للمحكمة الصادر عنها و لسائر المحاكم الإستئنافية الأخرى ولجميع المحاكم الابتدائية ومحاكم المقاطعات في القضايا المماثلة، وكذلك الشأن بالنسبة للحكم الصادر من إحدى المحاكم الابتدائية فأن هذا الحكم يقيد سائر المحاكم الإبتدائية ومحاكم المقاطعات، في حين لا يكون للحكم الصادر من محاكم المقاطعات أي قوة إلزامية كالحكم الصادر من المحاكم التي تعلوها والمشار إليها سلفاً؛ لأن الحكم الصادر من هذه المحاكم يستأنف دائماً أمام المحاكم الإبتدائية التي يكون حكمها الصادر بنتيجة الإستئناف هو ما يتمتع بالقوة الإلزامية في القضايا المماثلة[٣].

---

(١) محمد أحمد رمضان، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

(2) martn weinstenor the new yourk bark –summary of american law, 1988,p97–102.

(٣) د. جرب كريم عبدالله، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، بدون ذكر مكان نشر، ٢٠١٦، ص ٢٩٠.

وترتيباً على ما تقدم تكون قرارات المحاكم الأدنى في اغلب الأحيان غير ملزمة للمحاكم الدرجة الأعلى منها ولكن بمرور الوقت قد يكون الحكم الصادر من المحاكم الأدنى ما يجعل له قوة ملزمة يصعب تجاهلها من قبل المحاكم العليا ويحدث ذلك عندما تفصل أحدى المحاكم الإبتدائية في مسألة قانونية معينة ويؤخذ بالحل الذي تبنته في قضايا مماثلة عرضت لاحقاً عليها ولمرات عديدة بحيث يكون قضاءها قد أستقر على الحل الذي أخذت به في مثل هذه القضايا ولم تكن قد عرضت مثل هذه القضايا على محكمة الإستئناف لعدم إستئناف أي من الأحكام الصادرة في تلك القضايا أمامها، فإذا ما عرضت احدى هذه القضايا على محكمة الإستئناف فأنه يعصب في هذه الحالة على محكمة الاستئناف مخالفة ما استقر عليه قضاء المحاكم الإبتدائية، بحيث يكون هذا القضاء المستقر وكأنه ملزم لها[1].

وينبغي الإشارة في هذا الصدد الى ان السابقة القضائية لا تكون لمضمون الحكم القضائي الصادر في قضية مماثلة في جميع ما تضمنه الحكم وانما ينحصر ذلك في المبدأ القانوني الذي خلص اليه الحكم فحسب، والذي يعني الأسباب التي يستند اليها قرار الحكم، اما القرارات العرضية الصادرة في القضية وتم التطرق اليها في قرار الحكم فأنها لا تعدو أن تكون لها قوة ارشادية فقط بحيث يكون للقاضي إتباعها أو عدم الأخذ بها في الحالات المماثلة، وان من ابرز معايير التفرقة بين المبدأ القانوني والقرار العرضي هو أن القرار العرضي يرد في مضمون الحكم القضائي بصفة عابرة، ومن ثم فإنه لا يلقي الإعتبار الذي تحظى به الإفتراضات القانونية التي يؤسس عليها القرار، ومن الأمثلة التي يمكن ايرادها للتفرقة بينهما في هذا الصدد، أنه في دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه حيوان غير مستأنس بالغير المقامة على مالك الحيوان لإهماله في الرقابة عليه، يكون ذكر القاضي في الحكم القضائي الصادر فيها أن الفرد يكون مسؤولاً أيضاً في حالة إنتشار النار من بيته الى بيت جيرانه لا يعتبر مبدأ قانوني في الدعوى المذكورة، لأنها أي الدعوى غير متعلقة بالتعويض عن أضرار الحريق، وانما هي خاصة بالتعويض عن الأضرار التي يلحقها حيوان غير متأنس بالغير، وأنها ليست لازمة للفصل في الدعوى ولو لم يتعرض لها القاضي في قرار الحكم الصادر في القضية لما تغير معنى هذا

(1) William gelarl-introdction to English law-eleventh-oxford newyork.p.6-14.

القرار ومضمونه، بمعنى آخر أن هذه المقارنة ما هي إلا عبارة عرضية وردت في سياق الحكم[1].

وعلى هذا الأساس فإن القضاء المدني في ظل الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية يعد مصدراً للقانون بما يصدره من أحكام، فالقاضي ومن خلال الدعاوى المطروحة أمامه والأحكام التي يصدرها بشأنها يقوم بمهمة إنشاء القواعد القانونية التي يقضي تطبيقها بشأن المنازعات التي يفصل فيها، وهو في ممارسته لمهمته في هذا الصدد له نفس وظيفة المشرع في سن القوانين الجديدة من وقت لآخر والتي يقتضيها واقع الحياة الإجتماعية وما تفرزه من منازعات تطرح على القضاء يقتضي وضع الحلول اللازمة لها ، وان القوانين التي تضعها السلطة التشريعية في الدول التي تأخذ بهذا النظام تأتي بصياغة عامة ولا تحمل تفاصيل كثيرة، وأن مثل هذه الصياغة تترك الحرية للقضاء لتنقيح القانون، بعبارة أخرى أن العلاقة بين القواعد القانونية التشريعية والقواعد القضائية يمكن تلخيصها في أن السلطة التشريعية في الدول الأنجلو أمريكية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية تقوم بإصدار التشريعات في صياغة عامة ثم يقوم القاضي عند تطبيقه لتلك القواعد في المنازعات التي تعرض أمامه بوضع القواعد القضائية التي تعالج التفصيلات والجزئيات التي لا تتعمق في إيرادها وبيانتها القواعد القانونية التشريعية، ولكن السؤال الذي يثار في هذا الصدد حول أي من القواعد المذكورة تعد هي الأعلى في الترتيب، هل هي القواعد القانونية التشريعية أم القواعد القضائية؟ الاجابة على هذا التساؤل في ظل النظام القانوني الأمريكي هو انه من الناحية التطبيقية تكون القواعد التشريعية هي التي ينبغي تطبيقها على جميع القضايا التي تنطبق بشأنها ولا مجال لإجتهاد القضاء بصددها الا في حالة إستثنائية مفادها هو ان المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية لها سلطة الامتناع عن تطبيق القواعد القانونية التشريعية متى ما وجدت أنها تتعارض مع القواعد الدستورية ويكون على القضاء في هذه الحالة انشاء قاعدة قضائية تتوافق مع المبدأ الدستوري الذي تتعارض معه القاعدة القانونية التشريعية فتصبح في هذه الحالة القاعدة القضائية هي الأعلى والواجبة التطبيق، بحيث يكون للقضاء بهذا الشأن تصحيح القاعدة القانونية التشريعية ويعيدها الى إطارها الدستوري وما يترتب على ذلك من تعطيل المفعول القاعدة القانونية التشريعية وحلول القاعدة القضائية محلها وهو دور

(١) د. محمد بدران، القانون الإنكليزي، دراسة في تطوره التاريخي ومصادرة القانونية وإنعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٩ ص ١٣٥.

تقوم به المحاكم الدستورية في الأنظمة القضائية كالنظام القضائي العراقي والمصري كمحكمة متخصصة في هذا المجال وهو ما لا يستطيع القضاء العادي أن يقوم به، إذ عليه إذا ما تراءى له وجود مخالفة دستورية لقاعدة قانونية تشريعية يراد تطبيقها بشأن النزاع المعروض عليه في حالة الدفع بشأنها سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الخصوم عرض الحالة الى المحكمة الدستورية المختصة.

ثانياً : أنواع السوابق القضائية

تنقسم السوابق القضائية في النظام الأنجلو سكسوني الى نوعين هما السوابق القضائية الملزمة والسوابق القضائية الإرشادية وهو ما سنتولى بيانه في التفصيل وكالآتي :

١ – السوابق القضائية الملزمة

أن السوابق القضائية الملزمة هي السوابق التي تم تقريرها من قبل القضاء في قضايا سابقة عرضت عليه وتم الفصل فيها بموجب حكم اكتسب صفة السابقة القضائية بحيث يجب أن يلتزم بها القاضي عند عرض قضايا أخرى مماثلة أمامه وان يأخذ بالحل الذي انتهى اليه في الحالات المماثلة السابقة حتى وان لم يكن مقتنعاً بالتسبيب الذي استندت اليه السابقة القضائية، متى ما كانت وقائع القضية المعروضة عليه مطابقة لوقائع السابقة القضائية، بعبارة أخرى هي التزام المحكمة بالحكم الصادر من محكمة تعلوها في الدرجة أو التزام المحاكم الإستئنافية بالأحكام الصادرة عنها في القضايا السابقة التي فصلت فيها المماثلة للقضية المعروضة أمامها[١].

وترتيباً على ذلك فإن السابقة القضائية تكون ملزمة في الحالات الآتية :

أ. المسائل التي سبق الفصل فيها في السابقة القضائية هي نفسها المسائل المراد حلها في القضية المعروضة على القضاء.

ب. أن المسألة التي تم الفصل فيها كانت ضرورية لحسم القضية التي صدرت بشأنها السابقة القضائية.

(١) د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ١٣٣.

ج. أن تكون الحقائق الأساسية التي تضمنتها السابقة القضائية موجودة في القضية المعروضة أمام القضاء والتي يراد تطبيق السابقة بشأنها وان لا تكون هناك حقائق أساسية أخرى قد أضيفت اليها[١].

ان قاعدة الزامية السابقة القضائية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بدرجة المحكمة التي تصدر عنها الأحكام القضائية المتضمنة للمبدأ القانوني المكون لهذه المسابقة، إذ أن لتدرج المحاكم في النظام القضائي الأنجلوسكسوني أهمية كبيرة في هذا الصدد، فالأحكام التي تصدر عن المحكمة العليا تكون ملزمة لها في القضايا المماثلة كما أنها تلزم جميع المحاكم الأدنى منها في مثل القضايا المذكورة، أما بالنسبة للمحاكم الأدنى فأنها تلتزم بما تقرره الأحكام الصادرة من جهة قضائية أعلى منها، في حين أن المحاكم الدنيا لا تلتزم بقرارتها السابقة[٢].

الا أن القضاء الانكليزي يذهب الى التخفيف من حدة الزامية السابقة القضائية في حالتين، الأولى تعرف بحالة التمييز أو التفريد وبموجب ذلك يستطيع القاضي أن يتخلص من سابقة قضائية ملزمة عندما يشير في قرار الحكم الذي يصدر في القضية المعروضة امامه بأن السابقة صدرت في ظروف واقعية تختلف عما هو عليه الحال بالنسبة للحالة المعروضة عليه؛ولأن تفاصيل الظروف الواقعية قلما تتطابق في جميع الحالات التي تعرض امام القضاء، فإن القاضي يجتهد في اعطاء الحل الذي يراه مناسباً للقضية المعروضة أمامه دون أن يطبق ما تضمنته السابقة القضائية من حل[٣].

في هذه الحالة يقوم القاضي بالنظر الى وقائع النزاع المعروض عليه ووقائع القضية الصادرة بشأنها السابقة القضائية والتي هي مماثلة للقضية المعروضة ليتوصل من خلال ذلك الى أن هناك عنصراً أو واقعة لم تكن موجودة في القضية السابقة او هناك عنصراً او واقعة فيها لم يشير اليها حكم السابقة القضائية او أن مثل هذا العنصر لم يكن ظاهراً امام القاضي حينما أصدر الحكم المكون للسابقة فإذا ما تبين للقاضي وهو ينظر في النزاع المعروض أمامه بأن

---

(1) marjour D.rombaner wiki legal pro glem solving, p22-23

هذا المصدر متاح على الرابط: http//ar.wikipiaoing

(٢) د. برهام محمد عطاالله، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأصولها في القانون الإنكليزي الحديث، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، العدد الأول، السنة ١٩٧٠، ص٩٨.

(٣) د. حسام الدين الأهوانى، اصول القانون، مصدر سابق، ص٢٢٠.

هناك إختلاف جوهري بين القضية المعروضة أمامه والسابقة المراد الأخذ بالحكم الذي تضمنته وتطبيقه على هذه القضية، عندئذ يجوز له في هذه الحالة أن يستبعد المبدأ المقرر في السابقة القضائية على القضية المعروضة عليه[١]. وانه في هذه الحالة عند لجوء القضاء الى عدم تطبيق السابقة القضائية على الحالة المعروضة أمامه فأنه لا يكون الا بالنسبة للسوابق التي سبق وان قررها القضاء ذاته أو قضاء مساو له في المرتبة بمعنى أن لا تكون السابقة القضائية التي رفض القضاء الأخذ بالحل المقرر فيها بشأن الحالة المعروضة عليه قد اكتسبت حجيتها عند صدورها من محكمة أعلى من المحكمة التي تنظر القضية حسب نظام التدرج القضائي، اذ ان أي محكمتان متساويتان في الدرجة لا تستطيع أي منها أن تنقض السابقة القضائية التي قررتها في الحالات المماثلة، بل أن الحكم الذي سوف يصدر عنها في القضية المماثلة من قبلها لا يترتب عليه خلق سابقة قضائية جديدة تحل محل السابقة القضائية المقررة بموجب أحكام سابقة بل تبقى كلا السابقتين تتنازعان فيما بينها حتى يتم عرض الموضوع على محكمة أعلى منها ، تقوم بإقرار إحدى السابقتين ونقض الأخرى[٢].

أما الحالة الثانية هي حالة الإلغاء أو النقض وفي هذه الحالة يكون القاضي غير ملزم بما تقضي به السابقة القضائية من حل للحالة المعروضة عليه والتي كان قد صدر فيها حكم بحالة سابقة مماثلة متى ما كانت السابقة القضائية قد تم نقضها من قبل المحكمة الأعلى منها ، فمثلاً إذا كان هناك قراراً صادراً عن محكمة الإستئناف قد اسس سابقة قضائية في موضوع ما الا انه عند الطعن فيه أمام مجلس اللوردات وقيام الجهة القضائية الأخيرة بنقض القرار الصادر عن محكمة الإستئناف، فإنه في هذه الحالة يكون القرار الصادر عن مجلس اللوردات بما تضمنه من حكم مغاير لما قضت محكمة الإستئناف هو السابقة القضائية الجديدة التي ينبغي الأخذ بها وتطبيق الحل المقرر فيها في الحالات المماثلة، وتكون السابقة القضائية التي قررتها محكمة الإستئناف فقدت حجيتها القانونية وأصبحت في حكم العدم. ويترتب على ذلك أن نقض السابقة القضائية من قبل الجهة القضائية الأعلى من الجهة التي صدرت عنها السابقة القضائية التي تم إلغاءها أن يصبح القانون على غير ما كان يذهب اليه الإفتراض القانوني الذي كان يكتسب

---

(١) د. يحيي رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس، ١٩٩٥، ص٤٧٠.

(2) salanodon jurispurenoe by fiag erals ,op.cit ,p147 – 148.

حجيته من السابقة القضائية، بحيث يترتب على ذلك أنه إذا كان القرار الذي تم الغاء السابقة المقررة بمقتضاه في صالح المدعي فإن اتباع المحكمة السابقة القضائية الجديدة المقررة من المحكمة العليا التي الغت السابقة القضائية يجب أن يصدر في صالح الطرف الآخر في الدعوى[١].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد الى أن السوابق القضائية الملزمة وعلى النحو السابق يتعين على المحكمة عند نظرها لأي نزاع يتعلق بقضية مماثلة للقضية السابقة اتباع الحل الذي اخذت به في القضية السابقة، غير أن المحكمة لا يتحتم عليها اتباع الحل المذكور في حالات معينة يمكن تلخيصها بما يلي :

أ. اذا كانت المحكمة التي تنظر في النزاع هي محكمة مجلس اللوردات هذه المحكمة وكما سبق القول بأنها اعلى جهة قضائية وتعتبر محكمة الطعن العليا لجميع المحاكم في انكلترا فأنها غير ملزمة بما سبق وان قررته من سوابق قضائية في حالات مماثلة ويكون لها العدول عن السوابق المقررة من قبلها في تلك القضايا المماثلة .

ب. اذا كانت السابقة القضائية المقررة بموجب قرار صادر عن المحكمة ذاتها أو محكمة مساوية لها يتعارض مع سابقة قضائية أخرى صادرة عن نفس المحكمة او محكمة مساوية لها، فيكون للمحكمة التي تنظر في النزاع في هذه الحالة تطبيق إحدى من السابقتين واهمال الأخرى دون أن تكون مقيدة وملزمة بأتباع أحدى السابقتين المتعارضتين.

ج. اذا كانت السابقة القضائية قد صدرت بالإستناد الى قرار حكم يتعارض مع تشريع قائم او قاعدة قانونية ذات أثر تشريعي لم تلتفت اليها المحكمة عند اصدار الحكم المقرر بمقتضاه السابقة القضائية في الحالة المماثلة للحالة المعروضة على القضاء[٢].

٢- السوابق القضائية غير الملزمة (الإرشادية)

وهي السوابق التي تصدر من محاكم أدنى من المحكمة المعروضة عليها القضية المماثلة للقضية الصادرة فيها أو التي تضمنتها القرارات الصادرة من المحاكم المساوية في

---

(١) روبت كروس، السوابق القضائية في القانون الانكليزي، ترجمة محمد الشيخ عمر، دار الجبل، بيروت، ط١، ١٩٩٢، ص١٨٦.

(٢) روبرت كروس، السوابق القضائية في القانون الانكليزي، مصدر سابق، ص ٢١٧.

الدرجة للمحكمة التي تنظر النزاع، او محكمة أعلى منها في أقليم جغرافي آخر، أو لمحاكم موازية لها مثل المحاكم العسكرية أو الإدارية أو في حالات استثنائية أو التي تضمنتها قرارات المحاكم السابقة في بلدان أخرى تتبع نفس النظام القضائي[١]، وهذا النوع لا يكون ملزماً للقاضي الا أن الأخير يمكن أن يقرر عند اصدار الحكم في النزاع ان ما قضت به السوابق المذكورة هو الحل الصحيح الذي يجب إتباعه، بمعنى أن هذا النوع من السوابق هي أحكام قضائية ليست لها سوى قوة أدبية تبعاً لقدرتها على التأثير في القضاة حين يتعرضون لحسم نزاع معين وهي بذلك غير ملزمة للمحاكم حينما يعرض عليها نزاع شبيه بالنزاع الذي صدرت فيه السابقة المذكورة[٢].

ثالثاً : مزايا نظام السوابق القضائية

أن العمل بنظام السوابق القضائية له العديد من المزايا التي تبرر الأخذ به والعمل بمقتضاه وسنتناول بيان أبرز هذه المزايا في النقاط التالية :

١. أن القوة الإلزامية للمبادئ القضائية تعطي إستقراراً وتأكيداً على تطبيق القاعدة القانونية، وهذا من شأنه أن يبعث الثقة في الأشخاص عند قيامهم بتنظيم علاقاتهم القانونية بناء على تلك القواعد.

٢. ان العمل بنظام السوابق القضائية يدعم تحقيق مبدأ العدالة التي تقوم على اساس معاملة كافة المراكز القانونية المتماثلة بمعاملة واحدة[٣].

٣. أن من شأن اتباع السوابق القضائية الملزمة أن يؤدي ذلك الى سهولة ممارسة العمل القضائي وادارته بطريقة أكثر كفاءة، فضلاً عن توفير الوقت والجهد القضائي الذي يمكن أن يبذله في سبيل بحث ومناقشة المسائل القانونية المراد تطبيقها في الدعوى المنظورة من قبله لو لم تكن هناك سوابق قضائية إستقرت بصدد هذا المسائل[٤].

٤. أن السوابق القضائية ذات طابع عملي مرن ينشأ من خلال مواجهة تطبيقات واقعية وليس نصوص قانونية مما يعطيها فاعلية ويجعلها أكثر ملائمة للتطبيق في الحياة العملية ذلك أن المشكلة قد حصلت أولاً ثم عرض النزاع المتعلق بها أمام القضاء الذي يقوم بالفصل فيه من

---

(1) William gelden, interction to English law,op, cit,p14 .

(٢) د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص١٣٢ .

(3) William gelden , iuterction to English law,op, cit,p14.

(4) Egdarbodenhimer and johin bilgea qakley and jeanstem posit, p25.

خلال تقرير حكم ملائم وعادل لها ينشأ عنه سابقة قضائية، فهذا يعني ان المشكلة قد وجدت أولاً ثم قرر الحل الملائم لها من خلال السابقة القضائية، في حين يكون الأمر خلاف ذلك بالنسبة لقواعد التشريع، فالنصوص القانونية تضع الحلول للمسائل الخاضعة لها أولاً قبل حصول المنازعات التي تثار بصدد هذه المسائل مما لا يكون معه الحل المقرر بمقتضى النصوص في بعض الأحيان متلائم مع الحالة التي حصلت بسببها المنازعة التي أثيرت أمام القضاء عن طريق الدعوى المدنية، بعبارة أخرى أن القواعد التي تنشأ عن السوابق القضائية هي قواعد تنشأ من مواجهة ظروف الحياة الإجتماعية والواقعية بحيث تكون هذه القواعد متطورة مع هذه الظروف، في حين يكون التشريع بما يقرره من قواعد قانونية قد تعجز بعد فترة من تطبيقها عن مواجهة بعض الحالات، ومن هنا يقوم القضاء على طريق ماله من سلطة في تفسير القانون وخلقه إيجاد القواعد التي توائم بين النصوص القانونية القائمة والوقائع المستجدة[١].

٥. أن الأخذ بالقواعد التي تنشأ عن إعمال نظام السوابق القضائية يقف حائلاً دون تعسف وتحكم القضاة فيما يصدر عنهم من أحكام في المنازعات المعروضة عليهم، طالما أن تطبيق القواعد التي تم ايجادها بمقتضى الأخذ بهذا النظام تكون إلزامية، وبالتالي فإن ذلك من شأنه أن يجعل الأحكام القضائية الصادرة ان لا تحيد عن القواعد المستقرة وبالتالي لا يكون هناك تعسف عند الفصل في المنازعات المعروضة أمام القضاء[٢].

هذا ولا بد من الإشارة في هذا الصدد الا انه رغم المزايا التي يتميز بها نظام السوابق القضائية على النحو الذي أشرنا إليه، فإن هناك بعض العيوب والمثالب على هذا النظام اذ أن من شأن الأخذ به ان يكون هناك جمود في تطور ونمو القانون، فالقاعدة التي تنشأ بمقتضى هذا النظام ملزمة بالنسبة لجميع القضايا المماثلة اللاحقة للقضية التي صدرت بشأنها حتى وان كانت هذه القاعدة خاطئة أو لم تكن متوائمة مع التطور الذي أصاب الحياة الاجتماعية والاقتصادية، كما أن التضخم والتعقيد بالنسبة للأحكام القضائية التي تنشأ عنها قواعد السوابق القضائية ينشأ صعوبة في البحث عن القواعد التي يجب على القاضي تطبيقها ولا يسهل معرفتها بخلاف القواعد التشريعية التي تنشر بانتظام في الجريدة الرسمية، وبالنسبة للحالات التي يمكن فيها

(١) د. حسام الدين الأهواني، اصول القانون، مصدر سابق، ص ٢١٨-٢٠١٩.

(2) American legal.sytem readings and cases, 16 id,p69.

الرجوع عن تطبيق قاعدة مقررة بمقتضى سابقة قضائية فهذا من شأنه أن يؤدي إلى عدم العدالة وتطبيق القواعد الجديدة بأثر رجعي لكون الطرف الذي يتمسك بالقاعدة القضائية يكون قد أنشأ علاقته القانونية مع الطرف الآخر الذي يطلب عدم تطبيقها واعتماد حل أخر اكثر عدالة للقضية، فأن من شأن ذلك ان يقود الى عدم تطبيق القاعدة التي كانت سارية وقت إنشاء هذه العلاقة في حال اقتناع المحكمة بأن السابقة القضائية التي يمكن تطبيقها على القضية المنظورة أصبحت غير عادلة وغير عقلانية وهذا يقود الى عدم العدالة نتيجة تفاجئ الطرف الذي يتمسك بالسابقة القضائية بإحلال قاعدة جديدة محل القاعدة التي رتب حقوقه والتزاماته على أساسها.

رابعاً : التمييز بين المبادئ القضائية والسوابق القضائية

أن المبادئ القضائية والسوابق القضائية وعلى ضوء ما بيناه بصدد دراستنا لماهية كل واحدة منها وخصائصها، من أنها تعد قواعد ينشأها القضاء عند الفصل في المنازعات المعروضة عليه الذي لا يمكن أن ينطبق بشأنها حكم مقرر سابقاً في أي من القواعد القانونية القائمة وانها بصدد ذلك تعد وليدة الواقع العملي من خلال الحلول التي يعتمدها القضاء عند الفصل في المنازعات المعروضة أمامه، فإن هناك بعض الفروق بين المبادئ القضائية والسوابق القضائية يمكن ايجازها في النقاط الآتية:

١. أن السوابق القضائية تعد المصدر الرئيسي للقواعد القانونية في الدول التي تعتمد على نظام السوابق القضائية والتي تأتي في مقدمتها انكلترا حيث أن الشريعة العامة فيها تتكون من مجموع القواعد القانونية التي تنشأ من أحكام القضاء بما يقرره من حلول للقضايا المعروضة عليه بمقتضى إتباعه لنظام السوابق القضائية وما دور مصادر القانون الأخرى الا دور ثانوي بالقياس الى أهمية السوابق القضائية كمصدر رسمي للقانون، في حين أن دول الإتجاه اللاتيني التي لا يأخذ نظامها القانوني بالسوابق القضائية والذي يعد التشريع فيه هو المصدر الرئيسي للقواعد القانونية، لا تكون لأحكام القضاء بما تقرره من مبادئ قضائية الأهمية والمكانة التي تحظى بها السوابق القضائية في خلق القانون، بل أن المبادئ القضائية ما هي الا وسيلة لتلافي حالة النقص في التشريع وذلك بإيجاد الحلول للمنازعات المعروضة على القضاء في الحالات التي سكت عنها التشريع في تقرير حكم بالنسبة للمسائل القانونية التي اثيرت بصددها هذه المنازعات، ومن هنا يظهر الفرق واضحاً بين السوابق القضائية وبين المبادئ القضائية، فالأولى تعد المصدر الرئيس للقواعد القانونية وتلعب دور التشريع في

الدول التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية ويسود فيها دور المبادئ القضائية في إكمال النقص في التشريع .

٢. أن السوابق القضائية تعد مصدر أصلي رسمي للقانون فهي كما ذكرنا في الفقرة السابقة المصدر الرئيس للقواعد القانونية، في حين يذهب الرأي الغالب بأن المبادئ القضائية المقررة بمقتضى أحكام القضاء لا تعد مصدر أصلي للقانون في الدول التي لا يتبع نظامها القانوني نظام السوابق القضائية، بل أن المبادئ القضائية في هذه القوانين ما هي الا مصدر تفسيري وإحتياطي يلجأ اليه عند خلو المصادر الرسمية الأخرى من حكم للمسألة المعروضة أمام القضاء .

٣. السوابق القضائية يمكن إنشائها وتقريرها بموجب أي حكم صادر عن القضاء بلا فرق في ذلك أن يكون هذا الحكم صادر من إحدى محاكم الدرجة الأولى أو الثانية أو من المحكمة العليا، حيث أن أي حل تقرره أي جهة من جهات القضاء يعد سابقة قضائية بالنسبة لأي قضية لاحقة مماثلة للقضية التي انشأت السابقة القضائية بمقتضى الحكم المقرر لها، في حين أن المبادئ القضائية المقصودة بدراستنا ما هي الا تلك المبادئ التي تقرها المحكمة العليا في الدول التي تتبع الإتجاه اللاتيني في نظامها القانوني من خلال اقرارها للحلول التي تقررها المحاكم الأدنى بصدد مسألة قانونية فصلت فيها لم يكن هناك حكم خاص بشأنها مقرر بإحدى قواعد القانون القائمة، أو من خلال الغاء الحل الذي قررته المحاكم الأدنى والزامها باتباع حل آخر تراه مناسباً بصددها، بمعنى أن الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى والثانية لا يمكن أن يقال أنها تقرر مبادئ قضائية ما لم يتم إقرارها من المحكمة العليا .

٤. أن نطاق إعمال السوابق القضائية في إطار الدعاوى المدنية أوسع من نطاق إعمال المبادئ القضائية، ذلك أن حسم الدعاوى المدنية في النظام القانوني الأنجلو سكسوني يقوم على أساس القواعد المستقرة التي تم خلقها عن طريق السوابق القضائية ما لم يكن هناك نص تشريعي يمكن تطبيقه بصدد موضوع الدعاوى المطروحة، وأن دور التشريع ما هو إلا دور ثانوي بالقياس الى الدور الرئيس للسوابق القضائية والقواعد القانونية المقررة بمقتضاها، في حين أن القواعد المقررة بموجب أحكام القضاء في الدول التي تتبع النظام اللاتيني يقتصر على الحالات التي تخلو مصادر القانون القائمة وبالأخص التشريع الذي يلعب الدور

الرئيسي فيها من حكم يمكن تطبيقه بشأن الحالة المعروضة أمام القضاء، بمعنى أن الحلول المقررة بمقتضى المبادئ القضائية لا يؤخذ بها في القضايا المماثلة للقضية الصادرة بشأنها إلا في حالة وجود نقص في القواعد القانونية القائمة.

٥. أن القواعد القانونية التي تنشأ عن العمل بنظام السوابق القضائية تكون دائماً ملزمة للمحاكم التي صدرت عنها الأحكام القضائية المقررة بموجبها هذه القواعد في جميع الحالات المماثلة للقضية التي صدرت فيها وكذلك لجميع المحاكم الأدنى منها بالنسبة للمسائل المذكورة بحيث تلتزم بتطبيق هذه القواعد في مثل هذه القضايا، في حين أن المبادئ القضائية وان كانت ملزمة في اطار الدعوى الصادرة بشأنها إلا أنها في اغلب الأحيان يكون مصدر الزامها بالنسبة للقضايا المماثلة لم يكن لوجود إلزام قانوني باتباع الحلول المقررة بمقتضاها، وإنما يكون هذا الإلزام كما يذهب الرأي الغالب في الفقه الى إنه الزام أدبي يفرضه الواقع العملي بالنظر الى الجهة القضائية الصادرة عنها وهي المحكمة العليا التي تحتل أعلى مكانة في التنظيم القضائي للدولة، بحيث تجعل المحاكم الأدنى منها ملزمة باتباع ما تقرره من مبادئ في القضايا المماثلة تحاشياً لنقض الأحكام الصادرة عنها في حال مخالفتها لهذه المبادئ.

٦. أن القواعد القانونية الناشئة عن تطبيق نظام السوابق القضائية لا يمكن العدول عنها حتى من قبل ذات الجهة القضائية الصادرة عنها الا بصدور قانون يتضمن حكم يخالف هذه القواعد وان كان مجلس اللوردات وهو الجهة القضائية العليا بالنسية لمحاكم البلاد في انكلترا ومنذ اصداره لما يعرف بنظام الممارسة الصادر عام ١٩٦٦ الذي ذهب الى أنه لم يعد يلتزم بالقواعد الصادرة عنه وامكانية العدول عنها الى قوعد جديدة بخصوص القضايا المماثلة، في حين أن المبادئ القضائية يمكن العدول عنها من قبل المحكمة العليا اذا ما طرأت ظروف وتطورات جديدة تجعل من القواعد التي استقر القضاء على اتباعها غير متلائمة مع هذه الظروف على أن القانون قيد إمكانية الرجوع عن المبادئ القضائية بأن يكون ذلك من قبل المحكمة العليا بكافة دوائرها أو هيئاتها أو الجمعية العمومية التي تضم جميع أعضاء المحكمة الذين تتشكل منهم الدوائر والهيئات المختلفة فيها .

الفرع الثاني
تمييز المبادئ القضائية عن الأحكام القضائية

أن الأحكام القضائية التي تصدر عن المحاكم بشأن القضايا التي فصلت فيها لا تثير أية صعوبة، إذا كانت هذه الأحكام مجرد إنعكاس للقواعد القانونية، بمعنى أنها لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد القانونية على وقائع النزاع المعروض أمام القضاء وإنزال حكم القانون بصددها، ولهذا توصف هذه الأحكام في الدراسات الفقهية بالأحكام القضائية البسيطة، تمييزاً لها عن الأحكام التي تقرر مبادئ وقواعد غير موجودة في مصادر القانون القائمة وذلك في الحالات التي يقرر فيها القضاء حلول للمنازعات المعروضة أمامه عند إفتقار القواعد القائمة لحل مناسب لهذه المنازعات والتي بإستقرار العمل بها تصبح مبادئ قضائية، عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول دراسته في هذا الفرع وفق الفقرات الآتية :

أولاً: تعريف الحكم القضائي

ذهب الفقه الى ايراد عدة تعاريف للحكم القضائي إذ عرفه البعض بأنه (هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة بإصداره في خصومة قضائية وفقاً لقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، سواء صدر بموضوع الخصومة القضائية أو في شق منه أو في مسألة متفرعة منه)[١].

في حين ذهب البعض الآخر من الفقهاء الى أن المقصود بالحكم القضائي هو الإجراء النهائي الصادر عن محكمة مشكلة تشكيلاً قانونياً صحيحاً للفصل في موضوع الدعوى، ويؤدي الى حسم النزاع بين المتقاضين بالإستناد الى القواعد القانونية المعمول بها والذي يصدر بعد الإستفاضة من الإجراءات المتكاملة والتدقيق فيها من قبل المحكمة وفي مواجهة الخصوم)[٢].

وعرف أيضاً بأنه (الحل الذي يعلنه القاضي في نطاق خصومة قضائية متبع في ذلك فكرة معينة وذلك بقصد حسم مركز خلافي ناتج عن تطبيق القانون في الحياة العلمية)[٣].

---

(١) د. أحمد ابو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ١٩٧٥، بدون سنة نشر ومكان طبع، ص ٣٢.

(٢) أستاذنا د. هادي حسين عبد علي الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص ٦٩٣.

(٣) د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، بدون ذكر سنة نشر أو دار نشر، ص ١٨٩.

كما عرف بأنه (كل إعلان لفكر القاضي بإستعماله لسلطته القضائية وذلك أياً كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وأياً كان مضمونه)[١].

ثانياً : التمييز بين الحكم القضائي والقرار القضائي والأمر القضائي

ان القاضي المدني عند نظره للدعوى المعروضة عليه يقوم بأدوار متعددة في مراحل سير الدعوى المختلفة بدء من تقديم عريضتها وحتى صدور حكم فاصل في موضوعها، وان الأدوار المتعددة التي يقوم بها القاضي وهو في سبيل حسم الدعوى المنظورة أمامه فقد يكون عمله في الدعوى قضائياً أو ولائياً أو اداريً وهو قد يأمر بإتخاذ أمر ما، أو يقرر إتخاذ اجراء معين أو يفصل في موضوع الدعوى على نحو معين، وبالتالي فان عمله لا يتماثل على وجه الدقة من خلال ما يصدر عنه من أعمال يقوم بها في ادوار الدعوى المذكورة وهو ما يؤدي في النهاية إلى الخلط بين مفاهيم متعددة منها الأوامر والقرارات والأحكام، لذا يقتضي منا بيان التمييز بين هذه المفاهيم وعلى النحو الآتي :

١- التمييز بين الحكم القضائي والقرار القضائي

أن الحكم القضائي وكما بينا فيما سبق هو الأجراء القطعي النهائي الذي يفصل فيه القاضي بموضوع النزاع وبمقتضاه يحسم هذا النزاع نهائياً. أما بالنسبة للقرار القضائي فيقصد به الإجراء الذي تتخذه المحكمة اثناء نظر الدعوى من خلال ما يقتضيه التحقيق والسير فيها وذلك قبل الفصل في موضوع النزاع[٢].

وعلى هذا الأساس فإن ما يميز الحكم القضائي من القرار القضائي هو أن المحكمة عند اصدارها للحكم القضائي فإنها تكون بذلك قد استنفدت ولايتها في نظر الدعوى، اذ انه بمجرد توقيع القاضي او هيئة المحكمة على مسودة الحكم فأنه لا يحق بعد ذلك لأي منهم الرجوع عنه او تعديله مطلقاً، أما بالنسبة للقرار القضائي الذي يصدر عن المحكمة أثناء التحقيق وقبل الفصل في موضوعها فأنه لا تستنفذ به المحكمة ولايتها ويكون لها على هذا الأساس الرجوع عن

---

(١) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٦١٥.

(٢) هذا ما ذهبت إليه المادة (١٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أنه (للمحكمة ان تصدر قبل الفصل في النزاع بما تقتضيه الدعوى من قرارات ...) .

أي من القرارات التي إتخذتها أو لا تأخذ بنتيجة هذه القرارات عند إصدار الحكم الفاصل في الدعوى[١].

فالحكم القضائي يحسم موضوع النزاع في الدعوى ولا يمكن إعادة ذات النزاع مجدداً بين الخصوم أنفسهم بحيث يكون على المحكمة أن تمتنع عن النظر في دعوى متعلقة في النزاع الذي تم حسمه من قبلها أو من قبل أي محكمة أخرى، في حين لا تحسم القرارات القضائية التي تتخذها المحكمة أثناء نظر الدعوى النزاع موضوع الدعوى، بل أنها لا تتعدى عن كونها من المسائل الإجرائية التي تتخذها المحكمة بغية مساعدتها للوصول الى الحكم الفاصل في موضوع الدعوى، وان القاعدة العامة أن القرارات القضائية غير خاضعة لطرق الطعن القانونية بخلاف الأحكام القضائية التي يمكن الطعن فيها من الطرف الذي صدرت ضد مصلحته باستثناء بعض القرارات القضائية التي أجاز المشرع الطعن فيها لأهميتها[٢].

٢- التمييز بين الحكم والقرار القضائي وبين الأمر الولائي

يكون للقاضي المدني العديد من السلطات التي تنبثق من طبيعة وظيفته، فكما وان بينا بأن له سلطة اصدار أحكام قضائية تفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد من خلال الدعاوى القضائية التي ترفع إليه طبقاً للأوضاع القانونية المقررة بشأنها وما يقتضيه حسمها من اتخاذ قرارات تتعلق بسير هذه الدعوى والتحقق من ادعاءات الخصوم فيها واثباتها تكون بالإضافة لذلك للقاضي سلطة الأمر أي اصدار أوامر نتيجة خصومات تحقيق غير كاملة من خلال العرائض التي تقدم اليه والتي يبين فيها من يطلب استصدار الأوامر عليها طلباته ويرفق بها المستندات المؤيدة لها وينظرها القاضي دون تكليف من يراد استصدار الأوامر على العرائض

(١) أنظر بصدد ذلك، المادة (١٧) من قانون الإثبات العراقي والمادة(١٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أنه (... ولها أن تعدل عن هذه القرارات أو لا تأخذ بنتيجة الأجراء بشرط أن تبين ذلك في المحضر) .

(٢) أنظر، المادة(٢١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أنه (يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الإحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض والقرارات الصادرة بأبطال عريضة الدعوى أو بوقف السير في الدعوى وإعتبارها مستأخرة حتى يفصل في موضوع آخر، والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطين أو برفض الإحالة لعدم الإختصاص القيمي او المكاني، او قرار رد طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله وقرار رفض طلب تعيين المحكمين وردهم وقرار تحديد أجور المحكمين وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي التبليغ القرار أو إعتباره مبلغاً) .

في مواجهته للحضور امامه ويصدر بشأنها أوامر ليست لها طبيعة احكام القضاء ولا تخضع لنظامها القانوني، وعليه فأن الأوامر الولائية هي قرارات تصدر عن القضاء بناء على طلب شخص ما من غير مرافعة ومن دون تكليف من يراد أصدار هذه الأوامر في مواجهته بالحضور[١].

ومن خلال ما تقدم يتضح الفارق بين الأحكام القضائية والأوامر الولائية من خلال كون الأوامر ما هي الا قرارات وقتية يبيح القانون للشخص أن يطلب من القضاء ومن غير سلوك الدعوى القضائية الاذن له للقيام بعمل ما او اجراء تصرف معين تأكيداً وحمايةً لمركز قانوني معين خاص به، وأن هذه الأوامر ليس من شأنها كما هو الحال بالنسبة للأحكام القضائية حسم الموضوع الذي قدمه صاحب الطلب[٢].

وتجدر الإشارة الى أن المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية استخدم مصطلح الحكم للدلالة على ما يصدر عن محاكم الموضوع سواء بالنسبة لأحكام محاكم الدرجة الأولى أو محاكم الدرجة الثانية واستخدام مصطلح القرار بالنسبة لما يصدر عن المحكمة المختصة بنظر الطعن التمييزي بخصوص الطعن في الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى والثانية[٣].

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه (... كما يلزم أن يتعلق هذا النزاع بحكمين متناقضين وليس قرارين صادرين من محكمة التمييز إذ أنها ليست محكمة موضوع ولا تصدر أحكاماً، بل انها تصدر قرارات)[٤].

وهو موقف المشرع الفرنسي في قانون اصول المحاكمات المدنية اذ ذهب الى استخدام مصطلح الحكم للدلالة على الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى في حين يطلق مصطلح القرار على الاحكام الصادرة عن محاكم العليا كمحاكم الاستئناف ومحكمة النقض.

---

(١) د. أحمد ماهر زغلول، أصول القضاء الولائي، دراسات في نظرية العمل القضائي في القانون المصري والفرنسي، الطبعة الرابعة، ١٩٩٧، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ص١٦٧ ود. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، طبعة الثالثة والجزء الأول، ١٩٩٥ بدون ذكر دار نشر، ص١١٩١.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، أصول التنفيذ الجبري وإجراءاته، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، ص ١٠٤.

(٣) انظر على سبيل المثال المواد ١٥٦ والمادة ١٩٣ والمادة ٢١٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٤) أنظر، رقم القرار، ٢٨٩ة/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى/ ٢٠١٢، في ٢٠١٢/١١/٧ ، غير منشور.

ثالثا : التمييز بين المبادئ القضائية والأحكام القضائية

سبق وان بينا عند دراستنا للمبادئ القضائية بأنها الحلول التي يقررها القضاء للمسائل القانونية المعروضة أمام المحاكم والتي تكون محل خلاف بأن لا يوجد حل بصددها مقرر بمقتضى أيا من المصادر القانونية القائمة، وان الأحكام القضائية التي تقرر هذه الحلول يطلق عليها في الفقه إصطلاحاً قرارات المبادئ[١].

في حين إتضح بأن الحكم القضائي هو القرار النهائي الذي يصدر عن المحكمة عند نظر نزاع معين يدخل ضمن اختصاصها ويترتب عليه حسم موضوع النزاع المثار أمامها، وترتيباً على ما تقدم فأن هناك فروق تظهر بين الأحكام القضائية وبين المبادئ القضائية أو ما يصطلح عليها بقرارات المبادئ ويمكن إيرادها بالنقاط الآتية:

١- من حيث جهة الإصدار

أن المبادئ القضائية هي القرارات الصادرة عن المحاكم العليا والتي تشكل إتجاهاً تمييزاً تلتزم المحاكم الدنيا بإتباعه بخصوص مسألة قانونية متعلقة بنزاع تم عرضه على القضاء ولا يوجد بشأنه حكم مقرر بمقتضى القواعد القانونية القائمة والتي تتسم بالصراحة والوضوح. وتتضمن قاعدة للتطبيق على كل الحالات الأخرى المماثلة لها وبدرجة من السمو عن القرارات البسيطة الصادرة في المسائل الأخرى بالنظر لم ترسيه من مبادئ وقواعد تنفرد بها[٢] .

في حين أن الأحكام القضائية هي القرارات الحاسمة التي تصدرها محاكم الموضوع سواء أكان ذلك محاكم الدرجة الأولى أو محاكم الدرجة الثانية عند الفصل في النزاع المعروض أمامها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً وفي حدود اختصاصها، وترتيباً على ذلك فإن جهة اصدار المبادئ القضائية هي المحاكم العليا كمحكمة التمييز أو (النقص) وعلى وجه الخصوص القرارات التي تصدر عن الهيئة العامة أو (الجمعية العمومية) أو عن الهيئة الموسعة (او الدائرة المختلطة) حسب الاصطلاح الذي يطلقه النظام القانوني في كل دولة وان كان من الممكن أن تصدر المبادئ القضائية عن احدى الهيئات المتخصصة في المحكمة العليا كالهيئة المدنية مثلا الا انه من حيث الأهمية تكون المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة أو الهيئة الموسعة لها أهمية

(1) V.G.Gouchz proceder civile.he edition. paris. dalloz, 2000,p309.

(٢) د. حامد محمود شاكر ، مصدر سابق ،ص٥٦.

كبيرة في الواقع العملي، في حين أن الأحكام القضائية لا تصدر إلا عن محاكم الموضوع، بعبارة أخرى بأنه لا يمكن تصور تقرير مبادئ قضائية عن طريق محاكم الدرجة الأولى أو الثانية من خلال الأحكام التي تصدر عنها، بل أن الحلول التي تقررها للمنازعات المعروضة عليها تكون بصيغة أحكام قضائية[١].

٢- من حيث المضمون

أن الأحكام القضائية التي تصدر عن محاكم الموضوع عند الفصل في المنازعات المعروضة عليها قد تكون تطبيقاً للنصوص التشريعية[٢] أو القواعد القانونية القائمة أو ما استقرت عليه احكام القضاء[٣] من قواعد تنطبق بشأن المنازعات المعروضة، في حين أن المبادئ القضائية هي الحلول التي يبتكرها القضاء فيما يعرض عليه من منازعات بخصوص المسائل التي تكون محل خلاف ونقاش[٤]، بعبارة أخرى أن الأحكام القضائية لا تتضمن حلول مبتكرة بل هي تطبيق للقواعد القانونية أيا كان نوعها ومصدرها والقائمة اثناء النظر في النزاع المعروض عليه في حين أن المبادئ القضائية في القرارات التي تصدر عن المحاكم العليا كما

---

(1) C.Atias, lambiguite desawets de princip endrou prive.lcp, 1989,1,p345.

(٢) أنظر ، قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ٤٦٣٢/الهيئة المدنية/٢٠١٨، في ٢٠١٨/٧/٣١ ،غير منشور، الذي جاء فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ، وأنه جاء تطبيقاً سليماً لأحكام المادة(٢/١٠٦٢) من القانون المدني التي تنص على أنه إذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة من نصيب هذا الشريك،ولأن العقار موضوع الدعوى مملوك على الشيوع،لذا تكون مطالبة المدعي بأقيام المنشأت المقامة من قبله سابقة لآوانها وهذا ما إنتهى إليه الحكم المميز قرر تصديقه).

(٣) أنظر ، قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ٦٠/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٤ ، في ٢٠١٤/٢/٩ ، غير منشور، الذي جاء فيه(تكون دعوى المدعي بطلب إلزام شريكه في العقار المشاع بينهما بقلع المحدثات المشيدة من قبله في العقار المذكور واجبة الرد لأن طرفا الدعوى شركاء على الشيوع،وهذا ما إستقر عليه قضاء محكمة التمييز بموجب القرار المرقم(٤٠٤/الهيئة العامة/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٢/٢٨) على عدم رفع التجاوز في المال الشائع وبإمكان الشريك المطالبة بأجر المثل أو طلب إزالة الشيوع).

(٤) أنظر، قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٤١/ الهيئة العامة /٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/١٢/٢٦، غير منشور.الذي جاء فيه (ولإختلاف وجهات النظر بخصوص الحكم بالتفريق للهجر طبقاً لأحكام المادة (٤٣/أولاً/٢) من قانون الأحوال الشخصية عند غياب المدعى عليه عن المرافعة بعد تبلغه بالصحف لمجهولية محل إقامته وعدم معرفة مصيره وبهدف الوصول إلى مبدأ قضائي بخصوص الدعوى المعروضة على هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في محكمة التمييز الإتحادية والخاصة بذات الموضوع حصلت الموفقة على إحالة الطعن على الهيئة العامة)

اسلفنا بخصوص مسائل لم تعالجها القواعد القانونية القائمة، بمعنى أنه يندر أن تصدر عن محاكم الموضوع حلول مبتكرة من خلال الأحكام التي تصدرها في حين أن هذه الحلول المبتكرة التي هي مبادئ قضائية لا تصدر الا عن المحاكم العليا(محكمة التمييز)[١] فيما يصدر عنها بقرارات تعرف بقرارات المبادئ.

بالإضافة الى الفروق المقدمة، هناك بعض الفروق بين الأحكام القضائية والمبادئ القضائية منها المبادئ القضائية تصدر غالباً عند لجوء المحاكم العليا الى نقض الأحكام القضائية المطعون فيها امامها وتصدر توجهات تتضمن حلول مختلفة للنزاع الصادر بشأنه الحكم المطعون فيه، اذ كما سبق وان بينا بأن الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الموضوع ما هي الا تطبيق للقواعد القانونية او لما استقرت عليه احكام القضاء في القضايا المشابهة .

كما أن قرارات المبادئ القضائية هي التي يتم نشرها في المجموعات القضائية والدوريات القانونية بخلاف الأحكام القضائية كما أن قرارات المبادئ القضائية هي التي يتم التعليق عليها ودراسة المبادئ التي تتضمنها من خلال الباحثين القانونيين.

اضافة الى هذا فان المحكمة العليا عندما تقرر نقض الحكم الصادر عن محكمة الموضوع بشأن مسألة ما واصدار مبدأ قضائي بشأنها فأنها في الغالب تستند في الحكم المطعون فيه الى كونه جاء مخالفة للقانون وليس الى أحد اسباب النقص الأخرى[٢].

---

(١) رقم القرار، ١٢٥/١٢٢/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٨، في ٢٠١٨/٥/١٥، غير منشور. الذي جاء فيه أن (محكمة التمييز هي قمة المحاكم في سلم التنظيم القضائي ويقع على عاتقها مسؤولية الحفاظ على القانون وتطبيقه وذلك عن طريق إستخلاص المبادئ القضائية التي تحمي الحقوق وتؤكد على سيادة القانون ...)

(٢) راجع المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

الفصل الثاني
الأسباب القانونية لإنشاء المبادئ القضائية

سبق وأن بينا بأن المبادئ القضائية تنشأ من إستقرار المحاكم على الأخذ بالحلول التي إبتدعها القضاء عند الفصل في المنازعات المعروضة أمامه عند لجوئه إلى الإجتهاد بصدد هذه المنازعات ووضع الحل الملائم لها بسب عدم وجود النص التشريعي الذي يمكن تطبيقه بشأنها، أو لكون النص القانوني القائم وقت عرض هذه المنازعات مبهم أو غامض أو غير وافي لكل متطلبات حل النزاع، فيلجأ القضاء إزاء ذلك إلى الإجتهاد بتقرير الحل العادل عندما لا تسعفه القواعد القانونية القائمة من حكم للنزاع ،أو بتفسير النص الغامض أو المبهم، أو الذي يحتمل التأويل على أكثر من معنى، وإعطائه المعنى الذي يتلائم مع ظروف وملابسات النزاع المعروض، وجعله مواكباً للتطورات المستجدة في المجتمع والواقع المتغير، وعلى هذا الأساس فإن الأسباب القانونية التي تنشأ عنها المبادئ القضائية تكمن في إلزام القاضي بالفصل في النزاع الذي لا يوجد نص قانوني ينطبق بشأنه؛ وذلك بتقرير الحل الملائم له، وكذلك لجوء القضاء إلى تفسير النصوص القانونية الغامضة أو المبهمة، وتحديد نطاق النص العام، وبيان مدى تطبيق النص المطلق.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتولى دراسته في مبحثين، سنتناول في المبحث الأول، المبادئ القضائية الناشئة عن تفسير النص القانوني، وسنتناول في المبحث الثاني، المبادئ القضائية الناشئة عن فقدان أو إنعدام النص القانوني.

المبحث الأول

المبادئ القضائية الناشئة عن التفسير القضائي في إزالة غموض النص القانوني

يعد غموض النصوص القانونية من الأسباب الأساسية التي تؤدي الى تكثيف الجهود من قبل القضاء عند عرض النزاع أمامه للفصل فيه بمقتضى النصوص القانونية التي يكتنفها الغموض الواجبة التطبيق على موضوع الدعوى، وذلك لإيجاد الحل الملائم للنزاع،وإزالة الغموض والإبهام الذي يعتري النصوص المنطبقة بشأنه، والذي يمكن أن ينشأ عن التفسير الذي إعتمده القضاء للنص القانوني محل البحث والحل الذي قرره بمقتضاه مبادئ قضائية إذا ما إتبع ذات التفسير والحل المأخوذ عنه في القضايا المماثلة وإستقرت المحاكم على تطبيقه بشأنها.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع ،سنتولى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول منه التعريف بغموض النص القانوني وأسبابه، وفي المطلب الثاني سنتناول دور التفسير القضائي في إزالة هذا الغموض.

المطلب الأول

التعريف بغموض النص القانوني وأسبابه

أن عدم وضوح النصوص القانونية وصعوبة التوصل إلى تحديد الحكم الذي تتضمنه لغموضها أو إبهامها يرجع إلى عدة أسباب.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتناول في الفرع الأول دراسة معنى غموض النص القانوني، وسنتناول في الفرع الثاني بيان أسباب غموض النص القانوني.

الفرع الأول

معنى النص القانوني الغامض

ان المقصود بالنص القانوني الغامض (غير الواضح)هو ما كانت دلالته على المعنى المراد غير واضحة، أي لا يدل على المراد منه بذات صيغته، بل يتوقف فهم هذا المراد على أمر خارجي، أي أمر خارج عن عبارته[1].

(١) د. فرات رستم امين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، مصدر سابق، ص١٣٧.

كذلك يعني إبهام اللفظ أي خفاءه وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهداً من التفسير لتحديد المعنى المقصود[١].

كما عرف أيضاً بأنه عدم وضوح عبارات النص، بحيث يجعله يحتمل أكثر من معنى، وللتفسير دور في إختيار المعنى الأكثر صحة واقرب الى الصواب من بين باقي المعاني الأخرى[٢].

ويتضح من ذلك ان الغموض يأتي نتيجة لتضمن النص أكثر من معنى أحدهما يرتب اثراً، والآخر لا يرتب أي أثر، فأي المعنيين يطبق؟ ومثال على هذا ما تنص عليه المادة (١١٥٧) من القانون المدني الفرنسي حيث تقضي بأنه (حينما يتضمن الشرط معنيين، فأنه يجب من باب أولى أن نفهم هذا الشرط بالمعنى الذي يرتب أثراً، بدلاً من أدراكه بالمعنى الذي لا ينتج أي اثر)[٣].

ففي مواجهة الشرط بمنح الحق لشريك في شركة محاصة الحصول على نفقة تمثيل، يستطيع القضاء الرجوع الى هذه المادة واعتبار ان هذه النفقات خسارة متحققة للشركة، وبالتالي توزع على جميع الشركاء، ولكن بالتفسير العكسي لها، فإن الشرط المتنازع عليه يعد باطلاً، وذلك لأنه يؤدي الى نتيجة غير مرغوبة، وهي تحمل أحد الاعضاء لهذه الخسارة بمفرده. فالتفسير الأول يرتب أثراً لا يتفق مع نظام شركة المحاصة ومن ثم يجب العمل بمقتضاه.

مع ملاحظة ان تقرير وضوح النص او غموضه هي عملية تقييم شخصي تختلف بإختلاف فطنة المفسر، فقد يبدو النص واضحاً أو قد يبدو غامضاً حسب رأي كل مفسر[٤].

---

(١) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مصدر سابق، ص٢٨.

(٢) د. فوزي كريم، تفسير النصوص القانونية، بدون ذكر مكان طبع وسنة نشر، ص١٧.

(3) Art, 1151cods civile ((lorsqv, uneclause estsusceetible de deux sens, on doit pultor, entendcr dans celui avec lequel elle peut avior quelqure efelque dans lesens arec legule elle pourrait produite avcun, p.778- D- 1992-1993.

(٤) د. عماد داود، الغموض في النصوص القانونية والشريعة الاسلامية، بحث متاح على الموقع الالكتروني: https://www.mohqmah.net ، ص١.

الفرع الثاني
اسباب غموض النص القانوني

قد يتبادر الى الفهم من سياق ما ذكرنا من تعريف النص الغامض ان الغموض يعتبر عيباً بالضرورة يجب تحاشيه في الصياغة القانونية للنص، لكن في حقيقة الأمر انه ليس كذلك دائماً، فقد تستوجبه الصياغة القانونية لإعتبارات فنية او عملية، او لأسباب تتعلق بطبيعة الافكار التي يتصل مضمونها بتقدير المجتمع ويختلف تحديدها بإختلاف الزمان والمكان، وقد يؤدي الغموض عن عجز النصوص عن إستيعاب الكم الهائل من الأحداث والتغييرات التي تطرأ على المجتمع خصوصاً في الوقت الحالي من وجود وسائل التطور الحديثة وما نجم عنها من تطورات حديثة طرأت في المجتمع، او بسبب قصور اللغة نفسها من الإحاطة الدقيقة والوافية بجميع المضامين. وإنطلاقاً مما تقدم يجدر بنا بيان هذا الموضوع بشيء من التفصيل وكالآتي:

اولاً: الغموض الذي يقتضيه فن الصياغة التشريعية

فن الصياغة التشريعية، هو مجموعة من الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والأحكام التشريعية بطريقة تيسر وتسهل تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك بإستيعاب وقائع الحياة في قوالب لفظية لتحقيق الغرض الذي تبغيه السياسة القانونية[١].

أن القانون يقوم على عاملين هما معطيات الحياة، والصناعة الفنية، وأنه معقد بطبيعته ولابد من تحليله تحليلاً دقيقاً حتى تتبين ماهيته،وأنه يشتمل على عنصرين هما العلم والصياغة، فأما العلم فهو المادة التي يمكن ان تستخلص من قبل العقل ومن طبيعة الروابط الإجتماعية و المثل العليا في المجتمع. وأما الصياغة فهي القالب الذي تصاغ فيه المادة حتى تصبح قابلة للتطبيق العلمي[٢].

هذا يعني أن القاعدة القانونية تتكون من جوهر أو مادة اولية مما يمليه المثل الاعلى للعدل في شأن ما يفصح عن واقع الحياة من حاجات مختلفة للتطبيق الفعلي عن طريق القوالب التشريعية أو الصياغة التشريعية[٣]. فالسياسة التشريعية بإعتبارها (فن) فإنها تقوم على اساس

---

(١) د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الثاني، ص٢٤٦ وما بعدها.

(٢) المصدر نفسه، ص٢٤٨.

(٣) د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص١٨٢.

علمي أي انها تتكون من مطلبين الأول معرفة الوقائع ومقتضياتها وهو ما يتسم بالطابع العملي ليست للصياغة دور فيه؛ لأنه يكون المظهر الخارجي للقانون، أما المطلب الثاني فهو وضع أنسب الأساليب لإحتواء تلك المقتضيات[١].

فالقاعدة القانونية هي (جوهر) و(شكل)، أما الجوهر فهو المحتوى الذي تشتمل عليه هذه القاعدة من وقائع الحياة الإجتماعية، واما الشكل فهو الصورة التي أعطاها القانون لهذا الجوهر[٢]، حتى يصبح صالحاً للتطبيق في النطاق العملي.

أما بالنسبة لصفات الفن التشريعي فهي:

١. ان تكون الصياغة شاملة لما يراد تنظيمه حالاً من العلاقات القانونية والى ما ينتظر وقوعه في المستقبل.
٢. ان تكون العبارات دقيقة تقرر حلولاً ثابتة غير متغيرة.
٣. ان تكون سهلة التطور في المراد منها، بأن تتوافق مع المراكز المادية التي يمكن ان تظهر في الجماعة، والا وقعنا في محظور تنازع القانون مع الواقع، وهذا ما يجب الإبتعاد عنه قدر الإمكان[٣].

وعليه فإن التشريع السليم والمنطقي هو ما يختار الصيغ الملائمة والمطابقة للوقائع التي ستطبق عليها القاعدة القانونية فاذا كانت مما يتطلب الحسم والصرامة فلا يتصور تحقيق ذلك الا عن طريق الصياغة الجامدة، فيختار المشرع إسلوب الحكم بدل الكيف، والصياغة الحاسمة بدل الصياغة المرنة، كما هو الحال مثلاً في قاعدة الأهلية والميراث، وقواعد الطعن في الأحكام، وتحديد سعر الفائدة وغيرها كثير من الأمور التي يؤدي الغموض فيها الى إرهاق القاضي في المنازعات.

فمن الممكن ان يقال مثلاً عند تحديد سن الرشد بالنسبة للمواطنين ان الحل الأمثل هو البلوغ الطبيعي، فلا يعتبر رشيداً الا الشخص البالغ من الناحية الفسيولوجية، أي القادر على فهم تصرفاته وإدارة شؤونه، فإن البلوغ الطبيعي قد يتفاوت من شخص لآخر فيكون التقدير سبباً في

---

(١) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مرجع سابق، ص٩١.

(٢) د. حسن علي الذنون، طبيعة القانون، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧٥، ص٢٤٠.

(٣) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي)، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٩٥، ١١٤.

إرهاق القاضي ودخوله في دوامة عدم حل المنازعات، والإختلاف في الأحكام القانونية، لذا يقتضي الأمر تحديد سن الرشد بسن معين، لأن طبيعة الموضوع تقتضي التحول من الكيف الى الحكم[١].

كذلك الأمر بالنسبة لقواعد الميراث، فقد تحدد في الاسلام نصيب اصحاب الفروض بالكم كالثلث والربع والسدس لا بالكيف.

وأما بالنسبة لقواعد الطعن بالأحكام، فالأمر نظير ما تقدم، اذ لا يصح النص على جواز الطعن في الموعد المناسب، ذلك ان مثل هذا الغموض في تحديد الموعد يكون سبباً للخلاف والإضطراب في التفاوت امام المحاكم[٢]، اذ لابد من تحديده رقماً تلافياً للوقوع في الإشكالات.

أما اذا كانت الوقائع مما يتطلب الصياغة التي تستجيب لمختلف الحلول وتترك المجال مفتوحاً لإستجابة القاعدة لظروف الواقع وملابساته يختار لها المشرع صياغة مرنة يطلق بها يد القاضي في تنويع الحكم وفقاً لكل حالة وما يحيط بها من ظروف[٣]، ذلك أن الثبات والإستقرار أمر لازم لحسن سير الأعمال، ولكن القانون لابد من أن يتغير فيصير موافقاً للوسط الذي يعيش فيه والذي لا يثبت بدوره على حالة واحدة، فالأمر دقيق أمام ثبات مرغوب فيه من جهة وتطور لا مناص منه من جهة أخرى[٤].

يتضح مما سبق ان الصياغة المرنة هي وسيلة مهمة تعين المشرع في التوفيق بين القانون والواقع.

وجدير بالذكر ان الصياغة المرنة تكون على وضعين وكما يلي:

الوضع الأول: الصياغة المرنة الإعتيادية

يقصد بها التعبير الذي يضع حكماً يتسع لسلطة تقدير من يتولى تطبيق القاعدة التشريعية[٥]، ومن أمثلة ذلك ماتنص عليه الفقرة الأولى من المادة (٨١) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأنه(لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان

---

(١) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص١٠٥.

(٢) د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشورات منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص١٤٩.

(٣) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص٢٨٤.

(٤) د. حامد زكي، مصدر سابق، ص٧٦٥.

(٥) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص٢٨٤.

يعتبر قولاً)، ذلك أن معرض الحاجة الى البيان يغطي مساحة واسعة من التقديرات والإحتمالات يكون القاضي فيها سيد الموقف وله المجال الواسع للتقدير فيما اذا كان السكوت في معرض الحاجة الى البيان أو ليس كذلك.

ومثال آخر أيضاً ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي التي أجازت للقاضي ان يعدل او يبطل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ويظهر من نص هذه الفقرة ان المشرع ترك للقاضي سلطة تقديرية لتحديد طبيعة الشرط في عقود الإذعان، فهو الذي يقرر اذا كان الشرط تعسفي أم لا.

تجدر الإشارة الى ان هنالك مسائل تحتوي على فكرة مجردة، لكن في الوقت نفسه فإن هذه الفكرة مرنة جداً تسمح بوضع قاعدة معيارية دون ان تضبط حدودها ضبطاً واضحاً محسوساً، مثال ذلك عدم مخالفة العقود للنظام العام والآداب، فالسؤال الذي يطرح في هذا الصدد ما المقصود بالنظام العام؟ وما هي الآداب؟ إذ أنهما فكرتان مرنتان تختلفان بإختلاف الزمان والمكان والظروف والبيئات، ومع ذلك فقد وضحتا كقواعد قانونية حيث يبقى على القضاء واجب تحديد مدى هذه الأمور بالنسبة للوقائع اللامتناهية.

كذلك الحال بالنسبة لمصطلح حسن النية بين المتعاقدين، كل هذا وذاك تتضمن قواعد معيارية يلجأ اليها المشرع لإعتبارات فنية[١].

الوضع الثاني: الضوابط القانونية

قد يبدو تحديد الضابط القانوني متعذراً لأنه يرتكز على افكار عامة متعلقة بالآداب وبأصول التعامل وهي افكار غير محددة، الا انه وان كان امراً اعتبارياً ومعياراً مرناً لا يقع ضمن تعريف محدد فإن من الممكن ايراد أمثلة توضحه[٢].

ان الضوابط القانونية كثيرة ومتشعبة يبرز من بينها ضابطان يمتازان باتساع نطاقهما ويتفرع الكثير من الضوابط عنهما، أولهما ضابط المعقولية وحدوده ايجاد توازن بين المصالح المتضاربة في نزاع معين للوصول الى حل معقول يوفق بينهما ويحصل بالكشف عن مصلحة عامة جديرة بالإعتبار. ثانيهما ضابط الملائمة، وحدوده الحكمة والاعتدال عند استعمال شخص سلطة يستمدها من نص قانوني معين. فضابط المعقولية يحدد سلطة القاضي ويلزمه بمراعاة

(١) د. حسن البغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، مصدر سابق، ص٣٩٤.

(٢) د. محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص١٠٩.

التوازن والتعادل، ومثال ذلك الشروط التعاقدية التي يختل توازنها لظروف جديدة لم تكن في الحسبان، ان هذه الشروط تقوم في الاصل على وجود مصلحتين، مصلحة الدائن ومصلحة المدين، الا ان تطبيق ضابط المعقولية يكشف عن وجود مصلحة ثالثة وهي مصلحة الجماعة التي يهمها ان تنفذ الشروط على أن لا يترتب على تنفيذها ارهاق للمدين بسبب ظروف لا دخل لإرادته في تحققها.

حيث يلاحظ ان القضاء الانكليزي يعتمد كثيراً على هذا الضابط (المعقولية ويحكم بفسخ مثل هذا العقد اذا ثبت لديه ان المدين لم يكن مخطئاً، وان التنفيذ قد اصبح مرهقاً بشكل لو امكن لرجل عاقل ان يتنبأ به لما أقدم على التعاقد[١].

أن هناك إختلاف بين الضابط القانوني والقاعدة القانونية، حيث ان المشرع في تقريره للأحكام يعمد الى احد الطريقتين اما ان يذكر حكماً معيناً مع تحديد الواقعة التي ينطبق عليها، كأن ينص على تحريم التعامل في التركة المستقبلية، حيث ما ذكره المشرع هو قاعدة قانونية تسري على كل تركة مستقبلية، وعلى الافراد الخضوع لها وعلى القاضي واجب تطبيقها. واما ان لا يبين المشرع حكماً بذاته وإنما يقوم بالإحالة على ضابط خارج عن نصوص القانون، يسترشد به القاضي لإعطاء الحالة المعروضة عليه الحكم الملائم، كأن يشير المشرع في النصوص القانونية إلى الأخذ بما يجب ان يقوم به الشخص المعتاد كقياس للحكم على سلوك شخص معين ابتغاء التعرف على وجود خطأ في سلوكه لتقرير مسؤوليته[٢].

لذا يمكن القول ان الضوابط القانونية هي عبارة عن صيغ غامضة لابد منها لحكم مسائل قانونية معينة؛ لكي تقوم بمهمتها بشكل سليم وعندما تحتاج الى التفسير لابد من الرجوع الى روح القانون وهدفه والى قواعد اللغة والمنطق.

ثانياً: الغموض الذي تقتضيه طبيعة الموضوع

وتكون عندما يتجنب المشرع معالجة أدق التفاصيل لما يتميز به الموضوع من الإتساع والدقة، كما في حالة تفاصيل مسائل الصرف ومعاملات المصارف والعقود التجارية[٣]، فقد تبلغ من الإتساع والتعقيد مما يؤثر معه المشرع الى الاحالة الى العرف التجاري، وان الحكمة

(١) د. حامد زكي، مصدر سابق، ص٢٥٤.

(٢) د.حامد زكي،مصدر سابق، ص٢٥٨.

(٣) د. محمد باسم صالح، القانون التجاري، القسم الأول، جامعة بغداد، ١٩٨٧، ص٢١.

تستدعي من المشرع ان يقف لدى المسائل المهمة ويترك ما عداها الى إجتهاد القضاء اذا لم يكن العرف موجوداً[1].

وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة (٤) من قانون التجارة العراقي رقم(٣٠)لسنة ١٩٨٤ الى سريان القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون آخر خاص، وبالرجوع الى القانون المدني العراقي التي نجد إنه يشير في بعض نصوصه بالرجوع الى العرف لإستخلاص الحكم للمسائل التي تتضمنها تلك النصوص، فمثلاً تنص المادة (١٦٣) منه على أن (١- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم ٣- والممتنع عادةً كالممتنع حقيقةً). كما تقضي المادة (١٧٤) منه كذلك بأنه (لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال. وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية).

لذا ومن خلال تقصي أسباب الغموض في القواعد القانونية الموجة للتفسير يمكننا إيجازها في النقاط الآتية:

١. أسباب فنية

ذكرنا فيما سبق بأن هناك تفاصيل لا يمكن الإلمام بجزئياتها عند وضع القواعد القانونية لتنظيم المسائل المتعلقة بها، تدفع المشرع إلى وضع النصوص القانونية المنظمة لها بصيغة عامة دون التعرض للتفاصيل المحيطة بها،كما هو الحال في تنظيم العقود التجارية،حيث يحيل المشرع بعض الأحكام المتعلقة بها إلى ما يقضي به العرف التجاري كما أسلفنا،وبصدد بيان هذه الأحكام وإستخلاصها تنهض مهمة القاضي في التفسير وما يمكن أن يترتب عليه من إنشاء مبادئ قضائية في هذا الخصوص.

٢. إختلاف المفاهيم التي تتناولها النصوص القانونية للمسائل التي تعنى بتنظيمها من وقت لآخر في البلد الواحد، وإختلافها كذلك من بلد لآخر، مثل المفاهيم الإجتماعية والإقتصادية التي تجعل المشرع يلجأ بشأنها الى وضع قاعدة معيارية عامة دون ضبط حدودها، ومن الأمثلة على ذلك ما تقضي به المادة(١٣٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه

(١) د. حسن الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي، بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق، السنة ٢٦، العددان الأول والثاني، ١٩٨١، ص٣٤٠.

(١- يلزم أن يكون محل الإلتزام غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو للآداب والا كان العقد باطلاً).فالمشرع لم يحدد المقصود بالنظام العام والآداب العامة، كونهما من المفاهيم العامة التي يختلف مدلولها من زمن لآخر ومن مكان لآخر، ويترك أمر تحديدها للقاضي عند الفصل في النزاع المعروض أمامه والذي يقتضي حل النزاع على ضوء المعنى الذي يحدده لهذه المفاهيم.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة ذاتها المذكورة آنفاً على أنه(٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث..)، وإستناداً لهذا الضابط ذهبت محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه(ان دعاوى الطلاق والتفريق تتعلق بالحل والحرمة، وهي من النظام العام؛ لذلك فإن المخالفات الحاصلة في الحكم المطعون تعتبر خرقاً للقانون لمخالفتها للنظام العام)[١].

وعلى هذا الأساس فإن ماورد في نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي من إشارتها إلى مصطلح (النظام العام) و(الآداب)، ليس هناك تعريف جامع واضح لهذه المصطلحات، إذ تعتبر هذه المصطلحات أفكار تستعصي على التعريف فقد ذهبت جميع الجهود التي بذلت لإيراد تعريف جامع لها أدراج الرياح[٢].

٣. قد ينشأ الغموض أو الإبهام لأسباب سياسية أو إجتماعية، فيكون للقضاء في هذه الحالة الحرية في إستخلاص المقصود من النص القانوني بالأخذ بنظر الإعتبار العوامل الإجتماعية، والحكمة من التشريع .

٤. وقد ينشأ الغموض عن عدم تصور الوقائع المستقبلية او حصول تناقض او غموض او أبهام بسبب هذا القصور في التصور، ومن ثم لابد من التفسير لتوضيح هذا الغموض[٣].

---

(١) رقم القرار،٣٥/ طعن لمصلحة القانون/ ١٩٩٢ ،في ١٩٩٢/٥/٢٧ ،مشار إليه في، القاضي إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، الجزء الأول، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٢٠٢.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص١٩٣ وما بعدها.

(٣) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص٣٢.

ثالثاً: الغموض الناشئ عن الصياغة اللغوية

النص التشريعي عبارة عن صياغة لفظية تستوعب هدفاً معقولاً يقصده المشرع وبالتالي يجب أن يكون لهذه اللغة ما يعصمها عن الغموض، إذ يجب أن تكون الصياغة على أسس منطقية وأن تكون هناك دراية بالمصطلحات الفقهية، وأن يكون المصطلح القانوني موزوناً، محدد المعنى، وأن يكون بسيطاً واضحاً ومتجانساً ذات طبيعة يفهمها المخاطب بها، وبعكس ذلك فإن الصياغة اللغوية للنص تنقلب إل غموض عند تطبيق النص، بأن تكون أحد الفاظ النص او عبارته مما يحتمل اكثر من معنى واحد[١].ومن الأمثلة على ذلك الغموض الوارد في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٦ الذي استثنى العقارات المستغلة للأغراض التجارية او الصناعية من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ حيث ان مصطلح (الغرض الصناعي) لا يخلو من غموض او ابهام، وايضاً مصطلح(الغرض التجاري)[٢] لذا أدى ذلك الى إختلاف وجهات النظر وطرح الكثير من النظريات لتفسير وتوضيح هذه المصطلحات[٣].

وقد يأتي الغموض لا من وجود الألفاظ المشتركة، بل من اسلوب النص نفسه، وهذا لا يحتاج الى دليل او تدقيق لأن أي شخص يستطيع التمييز بين العبارات السهلة الواضحة وغيرها المعقدة، إذ أن الأولى تصاغ بألفاظ سهلة مفهومة دون تحليل، اما الثانية فهي عبارة عن الفاظ معقدة ومبهمة بحيث يصعب تصورها وإدراكها الا بالمراجعة والتدقيق والتحليل[٤]. ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (١١٧) من القانون المدني العراقي التي تقضي بأنه (اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار إليه فإن إختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لإنعدامه...) اذ يتعذر على المتلقي متابعة تصور الفكرة وفهمها بسهولة الا بعد المراجعة والتعمق بالمراجع الفقهية. وقد يأتي الغموض في النص نتيجة ان هذا النص جاء مختصراً لا يتضمن كل ما يجب ذكره[٥] مثال ذلك ما تنص عليه المادة(١٥١) من القانون المدني المصري التي تقضي بأن(كل

---

(١) د. محمد شريف أحمد، مصدر سابق، ص١١٥.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، دور اللغة في صياغة التشريع، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد الأول، ١٩٩٩، بغداد، ص٤١.

(٣) د. عصمت عبد المجيد، احكام ايجار العقارات التجارية والصناعية، دراسة في ضوء القانون، مطبعة دار الزمان، بغداد، ١٩٩٦، ص٣٤.

(٤) د. علي الزيتي، مقدمة القانون، القاهرة، ١٩٣١، دون ذكر مكان الطبع، ص٧٣.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص١٦٥.

فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب فاعله بتعويض الضرر)، اذ ان المشرع لم يقصد مسؤولية الفاعل عن الضرر الذي يصيب الغير بفعله مطلقاً، بل قصد ان يكون هناك خطأ من الفاعل لترتيب المسؤولية، وقد تدارك المشرع المصري ذلك بالقانون الجديد في المادة(١٦٣) حيث قرر ان كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بالتعويض.

وقد يأتي الغموض نتيجة التعبير عن الارادة التشريعية، بأنها لا تأتي بالطريقة المناسبة التي تتلاءم مع منطق التشريع وروح النصوص، والحل يكمن عندئذ بالتفسير الواسع او الضيق وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث.

المطلب الثاني
ماهية الدور التفسيري في إزالة الغموض

تشرع القوانين لكي تطبق على وقائع وروابط معينة، وحين تحدث الواقعة او تنشأ الرابطة يثور التساؤل لمعرفة النص القانوني الذي يحكمها ويطبق عليها، وكذلك معرفة الآثار القانونية التي سوف تترتب على هذا النص القانوني عند تطبيقه على الواقعة، ولكي يقوم القاضي بالتطبيق السليم للنص القانوني، عليه أن يفسر هذا النص لمعرفة معناه ومقاصد المشرع الذي وضعه؛ لكي نكون أمام تطبيق سليم للنص القانوني على الواقعة المعروضة أمام القضاء، ولغرض توحيد فهم القضاة للقانون ومن ثم توحيد الأحكام القضائية، فقد حرصت الأنظمة القضائية المختلفة على أن توجد على رأس الجهاز القضائي في البلاد بمختلف محاكمه وتعدد درجاتها، محكمة عليا تسهر على حسن تطبيق القانون وتفسيره، وتعمل على توحيد فهم القانون من قبل سائر المحاكم على إختلاف درجاتها.

لذلك يظهر التساؤل في هذا الصدد، عن المقصود بالتفسير؟ وما هي أنواعه ؟ وهل له قوة ملزمة في التطبيق؟ وماهو مصدر هذه القوة الملزمة؟.

عليه وللإجابة على ذلك، سنتولى تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الفرع الأول بيان ماهية التفسير،من حيث تعريفه وبيان أنواعه، وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع، وسنخصص الفرع الثاني لبيان دور القضاء في تفسير القانون.

الفرع الأول
تعريف التفسير وأنواعه

أن المشرع مهما حاول أن يكون دقيقاً وواضحاً في صياغة النص القانوني، فإنه قد يقع في غلط أو تناقض أو غموض ،ويظهر ذلك جلياً عند تطبيق القاعدة القانونية، الأمر الذي يتطلب التفسير لإزالة الغموض أو الإبهام في القاعدة القانونية المراد تطبيقها على الوقائع التي تسري بشأنها، وتحديد معناها وإيضاح الحكم الذي تتضمنه بغية تطبيقه على هذه الوقائع.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول دراسته في الفقرات الآتية:

أولاً: تعريف التفسير

لتعريف التفسير لابد من توضيح معناه لغةً وبيان مفهومه إصطلاحاً وعلى النحو الآتي:

١. تعريف التفسير لغةً:

التفسير لغةً، يعني الكشف، البيان، الإيضاح، التبيين[١]، فالتفسير يعني الإيضاح، وفسر الشيء أي وضحه، وفسر آيات القرآن الكريم، أي شرحها ووضح ما تنطوي عليها من معانٍ[٢]. كما في قوله تعالى (ولا يأتونك بمثل إلا جئناك بالحق وأحسن تفسيراً)[٣] ،أي بياناً وتفصيلاً وهو مأخوذ من الفسر وهو الإبانة والكشف.

فالتفسير، مصدر فسر (بتشديد السين)،مأخوذ من الفسر، بمعنى البيان، نقول فسر الشيء يفسر (بالكسر) ويفسر (بالضم) فسراً وفسره إبانة، والتفسير مثله، والفسر كشف الغطاء، والتفسير كشف المراد من اللفظ[٤].

٢. تعريف التفسير إصطلاحاً:

ان للتفسير معنيين، هما المعنى الضيق للتفسير، ويرى أصحاب هذا الإتجاه أن تفسير القانون هو بيان معناه من خلال إيضاح نصوصه، فكثيراً ما يصعب معرفة المعنى الذي يحتويه النص، فيلجأ الى تفسيره لإزالة غموضه والوصول الى معناه الحقيقي ومدلوله الواقعي، ويرى أصحاب الرأي أن التفسير لا يكون إلا عندما النص غامضاً، أما اذا كان النص واضحاً في

---

(١) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣، ص٥٠٣.

(٢) د. إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص٦٩٠.

(٣) سورة الفرقان، الآية ٣٣.

(٤) جمال الدين بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الحادي عشر، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، ص١٠٨.

دلالته على المراد منه فلا حاجة للتفسير لأنه غير ذي جدوى في هذه الحالة[١]. كما عرف التفسير أيضاً بأنه الحد من سعة مدلول الألفاظ وحصرها في النطاق المطابق لإرادة المشرع، حين يفيد النص معنى يتجاوز ما اراده المشرع[٢]. ومقتضى ذلك إستبعاد تطبيق النص القانوني على حالات تبدو من حيث الظاهر أنها داخلة في نطاق عبارة النص، في حين أنها في الحقيقة خارجة عن نطاق إرادة المشرع[٣].

أما المعنى الآخر للتفسير، فهو المعنى الواسع حيث أن قصر التفسير على توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع لا يتفق وواقع القانون، ففي الحياة العملية يضم التفسير جميع الوسائل الذهنية التي غايتها ان تساعد في تحديد إيضاح معنى معين للنص الواجب التطبيق على واقعة قانونية معينة[٤]، وهو بهذا المعنى يعني توضيح ما غمض من ألفاظ النص، وتقويمه إن كان معيباً أو متعارضاً ، وتكييفه بما يتلاءم مع روح الحياة المعاصرة وتطوراتها، وهو يلازم تطبيق القانون ويقتضي فهم معناه فإذا كان هناك نقص أو غموض أو تعارض في النص الواجب التطبيق، وجب على القاضي أن يعمد الى التفسير ليتوصل الى الحكم المراد تطبيقه لحل النزاع المعروض أمامه[٥] كما عرف أيضاً بأنه إعطاء الإرادة التشريعية كامل معناها، أي تطبيق التشريع على حالات لا يشملها المعنى الحرفي لعبارات النص، ولكنها تكون مع ذلك مقصود المشرع الذي جاء التعبير عنه على نحو غير محكم أو ضيق، ويكون هذا عندما يجعل المشرع صياغة النص بعبارات محددة وخاصة، بدلاً من استعمال عبارات عامة مجردة كان يمكن أن تكون أدل وأوضح على الارادة التشريعية ومبينة للمعنى المراد من النص وفق لإرادة المشرع. ومن الأمثلة على ذلك، أن يرد في النص مصطلح (الإلتزامات التعاقدية)، ويجد المفسر إن المقصود منه، هو الإلتزامات الإرادية أي تلك الناشئة عن الارادة، سواء نشأت عن تصرف

(١) د. سلمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٧، ص٦.

(٢) د. محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية، القاهرة، ١٩٢٤، ص١٨٥.

(٣) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص١٢١.

(٤) د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، مصدر سابق، ص٣٩٨.

(٥) د. فرات رستم امين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، مصدر سابق، ص٧٣.

صادر من جانبين (عقد)، أو جانب واحد(إرادة منفردة)،ففي هذه الحالة وما يماثلها يكون التفسير فيها واسعاً؛ لإطلاق الفكرة ورفعها الى مستوى الحكم الذي ينطبق عليها[١].

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن هناك قواعد يجب تفسيرها تفسيراً واسعاً وهي القواعد التي لا تهتم بتنظيم علاقة إجتماعية معينة، أي القواعد التي لها قيمة المبدأ، كقاعدة عدم رجعية القوانين، وقاعدة حسن النية، فقاعدة عدم رجعية القوانين المنصوص عليها في المادة(١٠) من القانون المدني العراقي[٢] تشمل جميع القوانين والأنظمة وان كانت قد وردت في الباب التمهيدي للقانون المدني، وكذلك قاعدة حسن النية فأنها واجبة التطبيق على جميع العقود وعلى كل المراكز القانونية، بل وحتى على العلاقة بين أطراف الدعوى، وان وردت في الفرع المخصص لآثار العقد طبقاً لنص المادة(١٥٠)[٣] من القانون المدني العراقي[٤].

كما يجب أيضاً تفسير الأمثلة التطبيقية التي يوردها المشرع في النص القانوني تفسيراً واسعاً، ومن ذلك ما ورد في القانون المدني العراقي، الذي نص على الأمثلة التي وردت أحكاماً، منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة(٨١)منه التي جاء فيها (١ – لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قولاً ٢ – ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط).

---

(١) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، الكويت، دون ذكر دار نشر، ١٩٧٢، ص٥٢٩.

(٢) تنص المادة(١٠) من القانون المدني العراقي على أنه(لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام والآداب).

(٣) تنص المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه(١. يجب تنفيذ العقد طبقاً لم إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

(٤) د. مالك دوهان الحسن، مصدر سابق، ص٥٠٠.

ومن خلال كل ما تقدم يتبين ان التفسير يكون ضيق في كل حالة يكون فيها فهم النص على إطلاقه بالصورة التي ورد فيها في التشريع مؤدياً الى معارضة نص تشريعي آخر ،أو حين يؤدي تطبيق النص في معناه الواسع إلى تجاوز الغاية التي يرمى إليها النص(١).

ثانياً: أنواع التفسير

إذا كان التفسير عملية مهمة وضرورة لازمة لتطبيق القانون تطبيقاً سليماً ومنتجاً، غير أنه ليس بالضرورة أن يقوم بالتفسير نفس الجهة المناط بها تطبيق القانون، فقد يقوم بتفسير القانون المشرع نفسه عن طريق إصدار قانون لاحق، أو يقوم به الفقيه عندما يقوم بتأليف المؤلفات وكتابة الأبحاث، أو تقوم به الإدارة في حدود وظيفتها، لهذا فإن للتفسير أنواع متعددة، سنحاول إيجازها وفق الآتي:

١. التفسير التشريعي:

وهو التفسير الذي يتولاه المشرع لإزالة غموض أو سد نقص او تقويم عيب في قانون سابق إختلفت المحاكم بشأن تطبيقه على القضايا المطروحة أمامها، ولم تستطيع الوصول إلى قصد المشرع وغايته في النصوص الواردة فيه أثناء تطبيقها على هذه القضايا(٢).

فعندما يصدر تشريع معين ويثور خلاف حول معنى النصوص الواردة فيه والمقصود منها و المسائل التي ينطبق بشأنها، فقد يفهم بعض القضاة عند تطبيق نصوص هذا التشريع على القضايا المعروضة أمامه على نحو معين، في حين يفهمه البعض الآخر منهم بصدد القضايا ذاتها على نحو آخر، فعندئذ يرى المشرع ضرورة التدخل لحل الإشكال الذي يحصل من إختلاف المحاكم فيما يصدر عنها من أحكام ومغايرتها عن بعضها بشأن المنازعات المتماثلة التي تسري عليها النصوص التشريعية ذاتها، فيلجأ المشرع إلى تفسير النص المختلف فيه بإصدار تشريع آخر يوضح حقيقة المقصود من التشريع السابق وبيان الغاية المتوخاة منه؛ لأن المشرع هو الذي أصدر التشريع الأول، فمن باب أولى يكون له الحق في إصدار تشريع ثاني يفسر بموجبه ويزيل بمقتضاه الغموض الذي كان يكتنف نصوص التشريع السابق والتي إختلفت

(١) د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص١٢١.

(٢) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٠، ص٣٩٣.

المحاكم بصدد تطبيقه، إذ يعد القانون الجديد متمماً للقانون السابق ونافذاً من يوم نفاذ القانون الأخير[١].

وقد يثار التساؤل في هذا الصدد حول طبيعة هذا التفسير، فذهب بعض الفقهاء[٢]، الى أن التفسير التشريعي، ليس تفسيراً بالمعنى الدقيق للكلمة؛ لأن التفسير عملية ذهنية تؤدي إلى إستخلاص قصد المشرع من النص القانوني المراد تطبيقه على الوقائع التي يسري بشأنها، إذ أن ذلك ما هو إلا إفصاح عن قصد المشرع بواسطة المشرع نفسه عن طريق قاعدة قانونية جديدة تفسر المقصود من القاعدة القانونية القديمة، وتكون لها صفة الإلزام[٣].

أما الإتجاه الآخر من الفقهاء[٤]، فيرى أن التفسير التشريعي لا يختلف عن غيره من أنواع التفسير الأخرى، إلا من حيث الجهة التي صدر عنها؛ لأن الهدف من كل أنواع التفسير هو هدف واحد، المتمثل في إزالة الغموض الذي يعتري النص القانوني، وسد النقص في التشريع الناشئ عنه، وهو هدف أي تفسير أياً كانت الجهة التي تتولاه.

ونرى ان التفسير التشريعي ما هو الا تفسير بكل ما تحمله الكلمة من معنى حتى وإن صدر من المشرع نفسه الذي أصدر التشريع السابق؛ لأن الغاية من التفسير أياً كان مصدره هو ازالة الغموض الذي يكتنف النص القانوني، وإيضاح الإبهام الذي يعتريه، وإزالة العيب الذي يشوبه، وسد النقص الحاصل فيه، أو استكمال العبارات التي سقطت سهواً عنه. ومن الأمثلة البارزة على التفسير التشريعي في القوانين العراقية، ما تنص عليه المادة (٤٤) من قانون الإصلاح الزراعي رقم (١١٧) لسنة ١٩٧٠ ،التي جاء فيها (للمجلس تفسير أحكام هذا القانون وتعتبر قراراته في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ونشر هذه القرارات في الجريدة الرسمية). وقد حددت المادة الأولى من القانون نفسه المقصود بالمجلس الوارد ذكره في القانون هو المجلس

---

(١) د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، دار الوائل، ٢٠٠٤، الطبعة الثانية، ص٢١٢.

(٢) د. محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص٨٤.

(٣) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، جامعة بغداد، ١٩٩٢، ص٤٨.

(٤) د. كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص٧٨.

الزراعي الأعلى المشكل بموجب القانون رقم(١١٦)لسنة ١٩٧٠[١]، وقد أنيط بهذا المجلس مهام إصدار بيانات خاصة وأعطي صلاحية التفسير التشريعي وأن تفسيره ملزم قانوناً[٢].

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً، ما تنص عليه المادة (١١) من قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم(٥٣) لسنة ١٩٧٩ التي تقضي بأن(للمجلس الزراعي الأعلى تفسير أحكام هذا القانون وتعد قراراته في هذا الشأن المنشورة في الجريدة الرسمية تفسيراً تشريعياً ملزماً)[٣].

ويمتاز التفسير التشريعي بأنه ملزم؛ لأنه يصدر بصورة تشريع والأخير ملزم دائماً، وأنه يسري على الماضي أي يطبق على الوقائع التي حدثت قبل صدوره، لأنه يعد كأنه صدر عند صدور التشريع المفسر، مع ملاحظة ان التفسير التشريعي المقصود بدراستنا يتعلق بحدود النص القانوني المراد تفسيره، ولا يتعلق بإصدار قانون جديد مغاير للقانون الأول، ففي الحالة الأخيرة لا نكون أمام تفسير تشريعي، بل إصدار تشريع يتضمن قاعدة قانونية جديدة، ومع ذلك فإن التفسير التشريعي قد يأتي بقاعدة جديدة وهذه القاعدة (الجديدة) يجب إحترامها رغم سريانها على الماضي، بشرط أن تراعي ما ينص عليه الدستور بعدم جواز رجعية القوانين على الماضي من عدمه، أما إذا كان التفسير قد صدر من سلطة أخرى مخولة بذلك، ولها حق إصدار قانون جديد مفسر للقانون القديم، فلا يجوز لها إنشاء قواعد جديدة، بل أنها ملزمة بإصدار تفسير للنص القديم فحسب[٤].

يتضح من كل ما تقدم أن التفسير التشريعي هو أحد أنواع التفسير القانوني الذي يصدر عن المشرع أو عن الجهة المخولة قانوناً من قبله، وأن غايته إزالة غموض نص قانوني معين، إو رفع الإبهام الذي يعتريه، أو بيان قصد المشرع من النص.

---

(١) تنص المادة (١) من القانون أعلاه على أنه(يؤلف مجلس بإسم المجلس الزراعي الأعلى برئاسة رئيس الجمهورية وعضوية وزراء الإصلاح الزراعي والزراعة والري ورئيس الإتحاد العام للجمعيات الفلاحية وأعضاء متفرغون لا يقل عددهم عن خمسة بمستوى عالٍ من الخبرة في الحقول التالية، الأقتصاد، والري والبزل، والإصلاح الزراعي، وإثنان منهم في الزراعة).

(٢) لقد الغيت هذه الصلاحيات فيما بعد بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل الصادر في١٩٧٩/٧/٣٠ ، واصبحت الصلاحية في إصدار تلك البيانات من إختصاص مجلس الوزراء، لمزيد من التفاصيل، أنظر، د. عدنان أحمد ولي العزاوي، في القانون الزراعي العراقي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٩٠، ص١٨٩.

(٣) نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد(٢٥٣١)، في ١٩٧٦/٥/٣١.

(٤) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص٤٧١.

٢. التفسير القضائي:

نصت المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه(لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص إو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم إمتناعاً عن إحقاق الحق)[١]. وتأسيساً على ذلك، إذا جاء النص القانوني ناقصاً أو معيباً أو غامضاً أو وجدت حالة سكت عنها النص، فلا يكون والحالة هذه للقاضي ان يقضي برد الدعوى أو لا يحكم بها بحجة أن النص القانوني مفقود أو معيب أو غامض، بل عليه الإهتداء إلى الحل المناسب مستهدياً بالتشريع وإستعمالاً لما له من الحق الإستنباط[٢]والإستنتاج المنطقي والذهني لإستخلاص الحكم المناسب للحالة المعروضة عليه وإتباع طرق التفسير وفق الآليات المحددة بموجب المادة الأولى من القانون المدني العراقي[٣]، وما تقضي به المادة(٣) من قانون الإثبات رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل التي تنص على(إلزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه).

كما أن دور القاضي هو تحقيق العدالة والترجيح بين المصالح المتنازع عليها وهو يقوم بهذا الترجيح عليه إستخلاص المعنى الحقيقي للخير[٤] والقاضي بهذا المعنى وسيطاً عادلاً ورحيماً يصدر حكماً ساعياً الى تحقيق العدالة من خلال تطبيقه لحكم القانون وإستعماله لمقدمات

---

(١) يشترط لاعتبار القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق ان يكون التأخير غير مشروع ويتم اعذار القاضي أي انذاره بواسطة كاتب العدل في حالة التأخير غير المشروع عن احقاق الحق وذلك استناداً، لأحكام المادة ٢٨٦ من ٣ من قانون المرافعات المدنية، راجع القاضي مدت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، الطبعة الاولى، بغداد، ٢٠٠٥، ص٤٨.

(٢) الاستنباط لغة: هو استخراج الماء من العين من قولهم نبط الماء اذا خرج من منبعه، اما اصطلاحاً فهو ((استخراج المعاني من النصوص يشرط الذهن و قوة القريحة)) وقوله تعالى ((ولو ردوه الى الرسول والى اولي الامر منهم)) النساء الآية ٨٣، للمزيد راجع علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق عادل انور، دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة اولى، ٢٠٠٧، ص٢٧.

(٣) د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق، الجزء الاول، مطبعة العاني، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٩٦، ص٤٣.

(٤) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، مصدر سابق، ص٤٩.

منطقية للإستدلال للوصول الى الحكم القضائي العادل[١].إذ أن من أهم صفات القاضي الجيد صفاء الذهن، أي أن تتوافر لديه الحاسة القضائية التي يستطيع من خلالها بصفاء ذهنه وقوة قريحته والملكة القانونية التي يحملها أن يبلغ آفاقاً واسعة عند تطبيق النص القانوني وإصدار الحكم بمقتضاه في القضية المعروضة أمامه، بما يؤدي الى الوصول للعدالة الحقيقية وأطمئنان المواطنين بعدالة ونزاهة القضاء[٢].

ولا يتم ذلك إلا من خلال إتباع التفسير الذي يتسم بالصفة القضائية (التفسير القضائي)، ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها يتعلق بحق الشفعة[٣] جاء فيه(... ان كون الدار موضوع الدعوى (خربة) لا يغير شيئاً في موضوع الدعوى؛ لأنه ليس في أحكام الشفعة ما يوجب ان تكون الدار فيه على درجة معينة من العمران، وان صفة السكن متوفر، كما هو ثابت في صورة القيد التي هي السند الرسمي في تثبيت هذه الجهة)[٤].

ويثار التساؤل في هذا الصدد، وأن كان سيتم بحث ذلك تفصيلاً في الفصول القادمة من هذه الدراسة، هل يعتبر التفسير القضائي وبشكل خاص الذي يصدر عن محكمة التمييز واجب الإتباع وملزم؟.

لقد جاء في المادة (١٣) من قانون التنظيم القضائي رقم(١٦٠)لسنة ١٩٧٩ المعدل بأن (أولاً: تتكون هيئات محكمة التمييز الإتحادية كما يأتي: أ. الهيئة العامة – وتنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز الإتحادية أو أقدم نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من إشتراكه

---

(١) فيليب سولو، منطق القاضي، محاضرة في الندوة الخامسة لمعاهدة الدراسات القضائية، باريس، ١٩٦٧، منشورة في كتاب المنطق القضائي ١٩٦٩ نقلاً عن د.عبد الرسول الجصاني، المنطق القضائي(ترجمة وتعليق)، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٨٩، ص٤٠.

(٢) القاضي ضياء شيت خطاب، رسالة إلى القضاء، مقال منشور في مجلة العدالة، العدد (٣) لسنة ٢٠٠١، بغداد، ص٧.

(٣) عرفت المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي الشفعة بأنها (حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة).

(٤) رقم القرار، ١٣٤/ هيئة عامة/ ١٩٩٠ ،في ١٩٩١/٣/١٩ ،مشار إليه في،القاضي إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠، ص٦٠-٦٣.

وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة وتختص بالنظر فيما يأتي : ١- ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة).

وذهبت محكمة التمييز في أحد قراراتها الى(.. أن قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية واجب الإتباع في الحالات المتشابهة لما ورد فيه)[١].

كما تضمن مشروع قانون الإجراءات المدنية العراقي سابقاً بأن يكون لمحكمة التمييز بهيئتها العامة أن تصدر تفسيراً للتطبيق الملائم للقانون ينشر في الجريدة الرسمية ويكون ملزماً لجميع المحاكم وذلك سعياً للوصول الى وحدة التطبيق القضائي والحفاظ على وحدة القضاء وإستقراره و وحدة الحلول للقضايا؛ لكي لا تصدر أحكام متناقضة ومتعارضة في القضية الواحدة[٢].

٣. التفسير الفقهي:

يصدر هذا التفسير عن الفقهاء في كل ما يبديه هؤلاء من آراء ومقترحات في مؤلفاتهم وبحوثهم والمحاضرات التي يلقونها من خلال تحليل النصوص القانونية والتعليق على قرارات المحاكم بشأن تطبيقها لهذه النصوص، وتقديم الحلول في مسائل معينة يوجد بشأنها نقص في التشريع، فهذه الآراء لها أهميتها في ازالة غموض النصوص القانونية والإستفادة منها في سد النقص في هذه الحلول من خلال الأخذ بالمقترحات التي يتم إيرادها بشأن كيفية سد النقص الحاصل[٣].

أن التفسير الفقهي هو عملية ذهنية ودراسة عملية وعلمية تتخذ طابع التأصيل والتحليل والإستنتاج للقواعد القانونية وأن الاسلوب المعتمد هنا هو المنطق التجريدي لإستظهار ارادة المشرع ومعرفة غايته عند وضعه لنص معين[٤].

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه كان يوجد في مصر هيئة فقهية لتفسير القانون وتسمى لجنة المراقبة القضائية، أنشأت بقرار ناظر الحقانية في ١٦/فبراير/١٨٩١ ،وتتألف

---

(١) رقم القرار، ٢٧٩٧/٢٠٦٥/ الهيئة الإستئنافية/ عقار/ ٢٠٠٧ ،في ٢٠٠٨/١/٢٠ غير منشور.

(٢) د. صادق مهدي حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، مصدر سابق، ص٦١.

(٣) د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة الرسالة، الكويت، ١٩٨٣، ص٣٩.

(٤) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص٥١٢.

اللجنة من بعض رجال القانون في وزارة العدل مهمتها البحث في المسائل التي ترفع إليها وبيان الحكم القانوني فيها ورأيها غير ملزم[١].

وفي العراق فقد تم إنشاء مجلس شورى الدولة بالقانون رقم(٦٥)لسنة ١٩٧٩[٢] المعدل بالقانون رقم(١٠٦) لسنة١٩٨٩[٣]،الذي له إختصاص قضائي بنظر الدعاوى الإدارية، وكذلك إختصاص إستشاري بتقديم الرأي والمشورة القانونية بخصوص تفسير النصوص القانونية. ومن الأمثلة على إختصاصه الأخير، إذ جاء في رأي له في هذا الصدد،(إستفسرت وزارة المالية عن إمكانية إجراء المزايدة العلنية في غير محل العقار، فأجاب المجلس (مجلس شورى الدولة) بأن إجراء المزايدة في غير محل العقار يترتب عليه بطلان المزايدة ولا يترتب عليه أي أثر قانوني لمخالفة إجراءات المزايدة لأحكام المادة (٩/ سادساً) من قانون بيع وإيجار احوال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦)[٤].

وأن آراء الفقهاء تعين القاضي في تفسير النصوص القانونية المراد تطبيقها على وقائع المنازعات المعروضة أمامه، إذ أن القاضي عند إصداره لحكم معين في قضية معينة أن يعتمد في حكمه على التفسير الفقهي، بأن يرتكز على رأي الفقهاء خاصاً في تسبيب الأحكام التي يصدرها، مع إشارته في بعض الأحيان الى ذلك الرأي الفقهي رغم أن ذلك الأمر ليس ملزماً له، شريطة أن لا يكون الرأي والتفسير الفقهي الذي إستند إليه في حكمه يخالف النص القانوني الواجب التطبيق بشأن موضوع الدعوى الصادر فيها، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز في العراق قضت فيه (لا يصح التعويل على النظريات العامة وشروحات الفقه إذا كانت لا تتفق ونص القانون الواجب التطبيق)[٥].

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري و د. احمد حشمت، أصول القانون، دون ذكر مكان النشر ولا دار للنشر، ١٩٤٦، ص٢٠٢.

(٢) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد(٢٧١٤)، في ١٩٧٩/٦/١١.

(٣) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية، بالعدد(٣٢٨٥)، في ١٩٨٩/١٢/١١.

(٤) الرأي الاستشاري المرقم،١/٥/ إستشارات/ ١٥٣٥٦/١٩٩١، في ١٩٩١/١٠/١٤ مشار إليه في،د. عصمت عبد المجيد، أحكام بيع وإيجار أموال الدولة، بغداد، ١٩٩٩، ص٣٦.

(٥) رقم القرار، ٧٢٣/الهيئة المدنية/١٩٧٢، في ١٩٧٢/٤/١٩ ،منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق، العددان الأول والثاني، السنة (٣٠)،١٩٧٥، ص١٦٥.

٤. التفسير الإداري:

المقصود بالتفسير الإداري هو التفسير الصادر من جهة الإدارة أثناء قيامها بتطبيق نص قانوني في تشريع معين، ويأتي هذا التفسير على شكل بيانات أو تعليمات تصدر عن الإدارة إلى موظفيها التابعين لها متضمنة نظر الإدارة ورأيها في تطبيق قانون معين[١].

وان دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ ينص على مبدأ تخويل السلطة التنفيذية(إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات)[٢].

وأن القرار الإداري هو عمل قانوني يصدر عن السلطة الإدارية بالإرادة المنفردة، ويحدث أثراً قانونياً[٣]، وذلك لإحداث تغيير في الأوضاع القانونية القائمة، إما بأنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو الغائه[٤].

و في العراق فإن مجلس الدولة يختص بالفتوى والتقنين فضلاً عن صفته القضائية في نظر الدعاوى المتعلقة بالمنازعات الإدارية، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري في قرار لها قضت فيه أن (تظلم المدعي لدى وزير الزراعة والري إضافة لوظيفته وعدم البت في التظلم ومضي المدة القانونية لذلك فإن سكوت الإدارة عن التظلم ومضي المدة القانونية للإجابة وعدم الرد عليه، يعتبر هذا السكوت رفضاً للتظلم ومن ثم ينعقد الإختصاص لمحكمة القضاء الإداري)[٥].

ثالثاً: تمييز التفسير عما يشتبه به من أوضاع

أن هناك أوضاع قانونية تشتبه بالتفسير القانوني ،إذ جاء في الفقرة الأولى من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي بأنه (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً، لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف أو محاكم البداءة أو محاكم الأحوال الشخصية، ولدى محكمة إستئناف المنطقة في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة وذلك في الأحوال الآتية:

---

(١) د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص٤٦٧.

(٢) أنظر، المادة (٨٠/ثالثاً) من الدستور العراقي.

(٣) د. شابا توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، ١٩٨٠، ص٣٠٧.

(٤) د. علي محمد برير، مبادئ أحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٤١٥.

(٥) رقم القرار، ٨٨/قضاء إداري/ ١٩٩١ ،في ١٩٩٢/٢/١٥، مشار إليه في، صالح محمد إبراهيم، شروط الطعن أمام محكمة القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٤، ص٤٤.

١-إذا كان الحكم قد بني على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله). حيث نلاحظ ومن خلال نص هذه المادة ان المشرع قد استخدم مصطلح التأويل، ولم يستخدم مصطلح التفسير، فالسؤال الذي يطرح في هذا الصدد، هل أن تأويل القانون هو ذاته التفسير القانوني، أم أن كل منهما له مدلول خاص؟.

للإجابة على هذا التساؤل، لا بد من دراسة الموضوع وفق النقاط الآتية:

١. تعريف التأويل

أ. تعريف التأويل لغةً: وهو تفسير ما يؤول إليه الشيء[١].

ب . تعريف التأويل اصطلاحاً: ويقصد به العدول عن تطبيق ظاهر نص ظني الدلالة الى ما يحتمله من حكم آخر لدليل يقتضيه[٢].

٢. تمييز التفسير من التأويل

من خلال ما سبق وأن بيانه لمفهوم المصطلحين محل البحث، نلاحظ ان التفسير أعم من التأويل؛ لأن التفسير هو تبين المراد من الكلام على سبيل القطع، أما التأويل تبين الكلام على سبيل الضن[٣].

وأن كلاً من التفسير والتأويل عملية إجتهادية والغرض منهما هو بيان المقصود من تطبيق النص في خصوص القضية التي المراد تطبيقه عليها، ولكن التأويل كما ذكرنا هو عدول عن المعنى الظاهر للنص الى معناه غير الظاهر لدليل يقتضي ذلك، أما التفسير فهو الكشف عن معنى النص المراد تطبيقه تطبيقاً سليماً على الواقعة، والقضية. كما أن التفسير له عدة أنواع فقد يكون تشريعياً ،أو قضائياً أو ادارياً أو فقهياً، أما التأويل فلا يمكن تصور صدوره من المشرع، إذ أن القاضي ملزم بتفسير النص المراد تطبيقه على النزاع المعروض عليه إذا كان يعتريه غموض أو عيب أو نقص وإلا عد ممتنعاً عن إحقاق الحق، أما التأويل فهو عملية إجتهادية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وأن التفسير يستعمل في الألفاظ، أما التأويل فيكون

---

(١) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ص٣٣.

(٢) د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٤٤٨.

(٣) د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٤٩٧.

المعاني، لهذا يكون التفسير أعم من التأويل. فضلاً عن ذلك فإن الهدف أو الغاية من التفسير هو إزالة الغموض الذي يعتري النص المراد تطبيقه، أما الغاية من التأويل فهو مصلحة أو حاجة أو ضرورة للقاضي تقتضي العدول من المعنى الظاهر للنص الى المعنى غير الظاهر له[١].

الفرع الثاني
حالات الدور التفسيري القضائي

ان التفسير القضائي يعد أمر في غاية الأهمية لكي يمكن الفصل في المنازعات المعروضة أمام القضاء بسرعة وعدالة، ويقوم به القضاء بمقتضى وظايفته بالفصل في المنازعات المعروضة أمامه، وعليه أن يقوم به حتى في حالة عدم وجود طلب بذلك، خاصة إذا كان النص المراد تطبيقه على موضوع النزاع المعروض أمامه غامضاً، وقد بينا فيما سبق معنى غموض النص، بأنه النص الذي يكون المقصود منه غير واضح، أو الذي كانت دلالته على المعنى غير واضحة، و أوضحنا أيضاً أسباب غموض النص ترجع أما إلى طبيعة الموضوع الذي تتناوله أو بسبب الصياغة الفنية للنص التشريعي أو بسبب القصور في اللغة، لذلك فإن القاضي وهو يقوم بعملية تفسير النص الغامض يستعين بعدة وسائل منها: التفسير المستخلص من عبارات النص وألفاظه، حيث يتم الإعتماد على هذه الطريقة لإستنباط المعنى من ألفاظ النص وعباراته، إذا ما خلص إلى المعنى وجب تطبيق النص على القضية المعروضة أمامه.

والقاضي وهو سبيل تفسير النص عليه فهم عبارات النص وألفاظه والتركيب اللغوي له؛ لأن النص القانوني ما هو إلا مركب من ألفاظ ذات معاني كثيرة يمكن الإستدلال بها بطريق الحقيقة أو المجاز[٢]. لهذا يجب على القاضي ان يكون عالماً بمعاني المفردات اللغوية وبطرق استعمالها وعليه متابعة التطورات المستجدة والمصاحبة للغة[٣].

---

(١) وعلى الرغم من هذه الإختلافات بين التفسير والتأويل إلا أن هناك رأي يذهب إلى القول أن التأويل هو صورة من صور التفسير القضائي، وهو تطويع النص لتحقيق العدالة،أنظر د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص٤٥٤.

(٢) د. فرات رستم أمين الجاف، مصدر سابق، ص١٤٣.

(٣) د. إبراهيم أبو الليل ، ود. محمد الألفي، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، الكويت، دون ذكر دار للنشر، ١٩٨٦، ص١٥٧.

وفي حالة كون للنص أو اللفظ معنى لغوي وآخر إصطلاحي، فهنا يكون التعويل على المعنى الإصطلاحي أي المعنى المستخدم في لغة القانون وصياغته[١]، وقد ذهبت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها قضت فيه بهذا الصدد بأنه (وجدت المحكمة أن المدعى عليه فيما يتعلق بتفسير عبارة (ضعف المدة التي قضاها في الخارج) فقد فسر كلمة (ضعف المدة) لغةً بمثلها لا بمثيلها، إلا أن محكمة البداءة أخذت بالمعنى العرفي لكلمة (ضعف) بإعتبارها مثيل الشيء، وأن أخذ المحكمة بمبدأ ترجيح المعنى العرفي على المعنى اللغوي لكلمة معينة إتجاه سليم، إلا انها وقعت في خطأ، إذ كان عليها أن لا تلجأ إلى تغليب المعاني العرفية من تلقاء نفسها دون اللجوء الى أهل الخبرة من الوسط الذي يتداول فيه الكلمة المراد تعيين مدلولها العرفي والمقصود منها)[٢].

كما ويستعين القاضي في حالة تفسير النص الغامض بحكمة التشريع، أي الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع، بمعنى المصلحة التي قصدها المشرع عند وضعه لهذا النص، ومعرفة هذه الغاية مهمة للتعرف على معنى النص خاصة اذا لم تكن ألفاظه واضحة الدلالة على معنى معين، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه (ان الثابت من اوراق القضية ان المدعية أرملة وهي لا تتقاضى راتباً من الدولة، وليس لها مورد مالي تعتاش منه، وهي أم لسبعة أطفال كلهم قاصرين، فتكون هي وأسرتها مشمولة بأحكام قانون الرعاية الإجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠ وتستحق هي وأسرتها الحد الأدنى لأجر العامل الماهر وفقاً للقرار المرقم ١١٠٩ والمؤرخ في ١٩٨٠/٧/١٤ ولا يجوز قانوناً حجب الرعاية عنها إحتجاجاً بعمل ولدها أحياناً إضطراراً للعيش، وأن ولدها طالب في الدراسة الإبتدائية وهو لم يتم الثامنة عشر من العمر)[٣].

---

(١) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣، ص٤٢٣.

(٢)

(٣) رقم القرار، ٣٤٥/ موسعة اولى/ ٨١ ،في١٩٨٢/٣/٢٧، مشار إليه في، د. فرات رستم أمين الجاف، مصدر سابق، ص١٤٤.

مع ملاحظة أن قانون الرعاية الإجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠ تم تعديله بقانون الحماية الإجتماعية رقم ١١ لسنة ٢٠١٤.

وقد يستعين القاضي عند التفسير بتقريب النصوص بعضها من بعض أي المقارنة والتقريب بين اللفظ الغامض وباقي الألفاظ المذكورة في النص، أو التقريب والمقارنة بين النص الغامض وغيره من النصوص، ويلاحظ أن هناك ترابط وثيق بين القواعد القانونية حتى يتم الإعتماد على هذه الطريقة في التفسير. أو الإستعانة بالأسباب الموجبة وهي الوسائل التي تساعد القاضي على إزالة غموض النص المراد تطبيقه، والاسباب الموجبة هي التي تقترن بكل تشريع وتوضح الغرض منه، ومن خلال هذه الوسائل يمكن التعرف على قصد المشرع من تشريعه لقانون معين مثال ذلك ما تنص عليه المادة (٩٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ التي جاء فيها (يجوز للقاضي إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى لأي سبب أن يعرض أمر تنحيه على رئيس المحكمة للنظر في قراره على التنحي)، وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات بشأن هذه المادة (وزيادة في الحيطة ورفع الحرج عن القضاء نص القانون على انه يجوز للقاضي إذا استشعر الحرج في نظر الدعوى لأي سبب أن يعرض أمر تنحيه على رئيس محكمة الإستئناف للنظر في قراره على التحي، ولو لم يتوفر في حقه سبب يجعله غير صالح لنظر الدعوى أو مردوداً عن نظرها)[١].

أما الاعمال التحضيرية فهي مجموعة الأعمال التي ترافق التشريع منذ اقتراحه حتى تمام سنه، كالمذكرات التفسيرية ومناقشات المجلس النيابي ومحاضرها، وأعمال اللجان المختصة بأعداد التشريع، حيث ان القاضي يستعين بها لتوضيح النص الغامض أو استكماله أو رفع تعارضه[٢] مع نص آخر، مع ملاحظة ان هذه الأعمال ليست جزء من التشريع، بل هي وسيلة

---

(١) د. فرات رستم امين الجاف، مصدر سابق، ص١٤٦.

(٢) المقصود برفع التعارض بين النصوص هو وجود نصين قانونين مختلفين او اكثر لمعالجة موضوع معين والسؤال أي من النصوص يتم اللجوء اليها اذا حدث تعارض تشريعين متلاحقين في زمن الصدور فان التشريع الحديث ناسخاً للقديم الاقوى اعمالاً لمبدأ تدرج التشريعات اما التعارض في نصوص تشريع واحد او نصوص تشريعات متساوية في القوة وجب اللجوء الى محاولة الجمع بين النصين لان الجمع يعني عمل كليهما (اعمال الكلام اولى من اهماله) اما اذا تعذر الجمع يتم اللجوء الى ترجيح احدهما بمرجح معقول ومقبول (اذا تعارض العام والخاص يرجح الخاص على العام فيما يتعارضان فيه)، د. عبد الباقي البكري، و د. زهير الشير، المدخل لدراسة القانون، بيت الحكمة، بغداد ١٩٨٩، ص١٢٨. و د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٤٦٦.

لمعرفة مقصد المشرع وهي إجتهادات شخصية، لذا لا يجب الاعتماد عليها بصورة مطلقة لأنها ربما تحتوي على فكرة خاطئة.

أما بالنسبة للمصدر التاريخي الذي هو المرجع الذي يستمد منه المشرع أحكام تشريعه، كالشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري يعتبران المصدران التاريخيان للقانون المدني العراقي[١]، فيستطيع القاضي ان يسترشد في حالة غموض النص، بالشريعة الاسلامية أو بأي قانون وضعي ليصل الى الحل الذي يؤدي به الى معالجة فورية وحاسمة وعادلة للقضية المعروضة امامه.

(١) منير القاضي، ملتقى البحرين مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢، ص٥.

المبحث الثاني

فقدان النص التشريعي وإعمال المصادر الأخرى للقاعدة القانونية

ان المشرع مهما توخى الدقة والكمال في عمله، لا يستطيع ان يحيط بكل شيء وان يضع مسبقاً الحلول اللازمة لكل واقعة تعرض على القضاء بسبب ان مستجدات الحياة في حالة تطور مستمر وظهور نص قانوني ينطبق عليها مباشرة، أي وبعبارة أدق يتبين هذا النقص التشريعي اكثر فأكثر كلما تطور المجتمع وظهرت حاجات جديدة او اوضاع لم تكن موجودة من قبل.

فاذا لم يجد القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة تنطبق على الواقعة المعروضة امامه نكون ازاء حالة النقص في التشريع، وهذه الحالة أثارت خلافاً فقهياً بين فقهاء القانون منهم من نادى بأن التشريع كامل وفيه نصوص تنطبق على جميع الوقائع التي تعرض او ستعرض مستقبلاً امام القضاء هو اتجاه كمال التشريع، اما الاتجاه الآخر فنادى بأن التشريع مهما كان ملماً بالوقائع الا انه غير كامل، بل هناك وقائع ونزاعات تعرض على القضاء لا يوجد لها نص في القانون أي ان التشريع لا يحتوي نصوصاً بصورة شاملة جامعة[1].

ومهما كان الأمر،فإن الواقع اثبت ان هناك وقائع عرضت وما زالت تعرض على القضاء ليس هناك نص تشريعي ينطبق عليها مباشرة، كما أن هناك نصوص صريحة في القانون تشير الى حالات نقص التشريع ،إذ تنص الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني العراقي على انه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)[2].

لذا ومن خلال ما تقدم سنقسم هذا المبحث الى مطلبين حيث سنتناول في المطلب الاول التعريف بفقدان النص التشريعي، اما في المطلب الثاني فسنتناول فيه بيان المصادر الأخرى في حالة فقدان النص وكما يلي:

---

(١) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص٥٤٠.

(٢) كذلك الفقرة (٢) من المادة (١) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

المطلب الأول
التعريف بفقدان النص التشريعي

سنتناول في هذا المطلب بيان معنى فقدان النص التشريعي وأسباب فقدان النص التشريعي،وذلك من خلال الفرعين الآتيين.

الفرع الاول
تعريف فقدان النص التشريعي

قد يكون المقصود من فقدان النص او النقص في التشريع هو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم اليه الحاجة من احكام تفصيلية او جزئية[١].

وقد عرفه البعض ايضاً بانه الحالة التي لا يجد فيها القاضي في نصوص القانون المكتوب قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض امامه[٢]؛ذلك ان المشرع مهما اتخذ الحيطة والدقة لا يستطيع ان يحيط بكل شيء وان يضع مسبقاً الحلول اللازمة لجميع القضايا التي قد تعرض على القضاء[٣]. إذ يكون النص التشريعي غير متيسر في جميع الحالات المعروضة على القضاء نظراً لمحدودية النصوص التشريعية وأن القضايا غير متناهية، الأمر الذي يكون معه لزاماً على القاضي والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق ان يبحث عن الحل السليم في المصادر الاخرى للقانون[٤].

ومن خلال ما تقدم يتضح ان النقص في التشريع هو عدم وجود نص قانوني صالح للتطبيق على قضية معينة معروضة امام القضاء.

ان مسألة النقص التشريعي او انعدام النص القانوني اثارت جدلاً واسعاً بين الشراح او الفقهاء وادى هذا الجدل الى ظهور اتجاهين الاول وهو الذي نادى بعدم وجود نقص في القانون ((نظرية كمال التشريع)) والإتجاه الآخر الذي نادى بوجود نقص بالنصوص التشريعية ((نظرية نقص التشريع)).

---

(١) القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص٧٠.

(٢) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، مصدر سابق، ص٥٣٩.

(٣) د. فرات رستم أمين الجاف، مصدر سابق، ص١٥١.

(٤) القاضي عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي مفرزة بالتطبيقات القضائية، دار السنهوري ، بيروت، لبنان، ٢٠١٨، ص٢٤٥.

حيث ان انصار الإتجاه الأول ((كمال التشريع)) ذهبوا الى ان التشريع شاملاً لجميع الحلول وانه لا يتصور وجود نقص في التشريع وظهر هذا الاتجاه عندما كان سائداً نظام تدخل الدول في الحياة الاقتصادية وله صلة واضحة بنظرية الفصل بين السلطات وبسبب وجود هذه النظريات وغيرها مثل حركة التقنين التي شهدت اتساعاً كبيراً ادى هذا الى ان اصبح كمال التشريع وعدم نقصه مثلاً اعلى للعدل دعى اليه أنصار (الوضعية القانونية)) ولهما نظريتين متميزتين هما[١]:

١. نظرية الحيز القانوني الخالي:

وفق هذه النظرية يكون النشاط الاجتماعي مقسماً الى قسمين قسم خاضع للقواعد القانونية وقسم خاضع لنشاط الافراد، أي ان ملكية الافراد اما ان تكون خاضعة للقسم الاول (القواعد القانونية) او للقسم الثاني (نشاط الافراد).

٢. نظرية القاعدة العامة المانعة

وفق هذه النظرية كل نظام قانوني يشتمل بالضرورة الى جواز القواعد الخاصة على قواعد عامة تبين الحل الذي يجب اعطائه للحالات التي لا تشملها النصوص التشريعية، فأما ان تكون الحالة ورد بها نص تشريعي يطبق عليها ،واما ان لا يكون قد ورد بشأنها نص، وفي هذه الحالة لا تكون امام تكييف من جانب المشرع ،ومن ثم يكون للشخص المقصود كامل الحرية في التصرف، أي ان القانون مادام مكتوباً اذاً هو يحتوي على حل لجميع الحالات دون استثناء[٢].

اما نصار النظرية الثانية (انكار كمال التشريع)) حيث وجهوا سهام نقدهم الى النظرية الاولى، إذ ذهبوا الى القول ((ما من تشريع لا يخلو من نقص)) أي انه ليس هناك علم نظري او علم عملي يمكن ان يكون شاملاً لكل المشاكل ولذا لا يمكن للقانون ايضا ان يكون كاملاً شاملاً او انه يحتوي على حل لجميع الحالات ونادوا ايضاً بهذه النظرية واضعي القانون المدني الفرنسي لم يقول لنا انفسنا ان نحاول تنظيم كل شيء او التنبؤ بكل شيء ففي اختلاف حاجات

---

(١) د. مجيد العنبكي، مصدر سابق، ص٨ وص٩.

(٢) من اشد المدافعين عن هذه النظرية الفقيه (هانزكلسن)، حيث يذهب الى انه من الممكن ودائماً تطبيق القانون على جميع الحالات وفق الحكم القضائي لأنه، أما ان يقبل القاضي الدعوى ويحلها لوجود نص تشريعي امامه ينطبق عليها واما يقوم بردها لعدم وجود نص قانوني ينطبق بشأنها، وفي كلتا الحالتين يوجد حل، للمزيد انظر: د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، بحث منشور في مجلة العدالة التي تصدر عن وزارة العدل في العراق، العدد الثالث، السنة الاولى، ١٩٧٥، ص٦٢٣ وما بعدها.

الناس واتصال اوجه نشاطهم بضعها ببعض مما يعني ان يستحيل على المشرع ان يتنبأ لكل شيء ،وهذا يدل على ان نقص التشريع امر لا مناص منه، وان القول بالكمال الضروري في القانون المكتوب وان كان فيه جانب من الصحة فانه غير صحيح في جميع الاحوال واظهر ما يكون ذلك في القانون الجنائي فاذا وجد فعل لم يرد بشأنه نص في القانون الجنائي لا يجوز عده جريمة لذلك فان مسألة تكميل التشريع لا تعمل في جميع الاحيان فكمال التشريع امر مبالغ فيه(١).

فالتطور السريع للحياة والتقدم العلمي الهائل والسريع وظهور التقنيات الحديثة في الاتصالات وغيرها كثير ادت الى ظهور الكثير من الحالات او المنازعات التي لم تكن في حسبان المشرع وقت وضع التشريع لان هذا التطور لم يكن موجوداً ومنتشراً الى هذا الحد آنذاك، أي لم تكن لدى المشرع الرؤية الدقيقة والواضحة لكل الحالات التي ستجد في المستقبل، حيث ظهرت عقود ومعاملات تعتمد على وسائل الاتصال الحديثة والوسائل التكنولوجية وظهرت مشاكل عن كيفية تكييف واثبات مثل هذه العقود ومن ثم اصبحت نصوص القانون قاصرة عن استيعاب مثل هذه الحالات وغيرها وان دل هذا على شيء فإنما يدل على ان القانون بنصوصه التشريعية يعتريه النقص ولا يستطيع الالمام بكل الحالات التي ستظهر في المستقبل(٢).

وهناك بعض الطرق التي يتم اتباعها لسد النقص في القانون كوسيلة لحل اشكالية عدم وجود نص يطبق على القضية المعروضة امام القاضي، حيث ان النقص في التشريع امراً مسلماً به، وعلى القضاء مواجهة هذا النقص؛ لان القاضي ملزم بإيجاد حل للقضية التي تعرض امامه حتى وان لم يجد لها حل او نص تشريعي واضح ينطبق بشأنها، حيث ان المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ كانت من ضمن غيرها من النصوص التشريعية التي الزمت القاضي بالفصل بالقضية حتماً، والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق(٣).

وتجدر الاشارة الى ان هناك تشريعات الزمت القاضي بالفصل بالقضية التي تعرض امامه بنفسه دون ان تحدد له الوسائل التي يجب عليه ان يتبعها لمساعدته في ايجاد الحل

---

(١) د. مجيد العنبكي، مصدر سابق، ص٩.

(٢) د. عصمت عبد المجيد، اثر التقدم العلمي في العقد (تكوين العقد– اثبات العقد)، مكتبة صباح الانباري، بغداد، ٢٠٠٧، ص١٠٨ وما بعدها.

(٣) د. محمد العنبكي، مصدر سابق، ص١٠-١٢.

المناسب، ومنها القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، اذ تنص المادة الرابعة منه ((للقاضي الذي يرفض ان يحكم بحجة سكوت النص او غموضه او عدم كفايته يعد مرتكباً لجريمة الامتناع عن الحكم))، مما نلاحظه على هذه المادة انها لم تبين للقاضي الطريقة التي عليه اتباعها للحكم في القضية في حالة عدم وجود نص تشريعي، بل اعطت للقاضي دوراً ايجابياً واسعاً في الرجوع الى العرف او العدالة (القانون الطبيعي)، وهذا الدور الايجابي للقاضي وفق هذا القانون يسري بشأن المسائل المدنية ،أما في القضايا الجنائية فعند عدم تضمن التشريع لنص قانوني ينطبق على فعل المتهم فعلى القاضي أن يصدر حكماً بتبرئته[١].

في حين نلاحظ خلاف ما تقدم أن هناك تشريعات اخرى بينت للقاضي الوسائل التي عليه اتباعها لإيجاد حل للنزاع منها القانون المدني العراقي في الفقرة(٢) من المادة (١) منه التي تنص على أنه (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة). وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها (القضاء ملزم بحكم القانون بالفصل في أي قضية تعرض عليه لسد النقص التشريعي).

ومفاد هذا القرار هو ان ((لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية، وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون من حيث النتيجة لان محكمة البداءة وبعدها محكمة الاستئناف اتجهت الى ان العقد المبرم بين الطرفين مرسل بالبريد الالكتروني وان التوقيع عليه تم عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنيت) وان قانون الاثبات العراقي عدد طرق الاثبات وليس من بينها الطريق المذكور، وحيث ان الموضوع لا يتعلق بأثبات عقد موقع الكترونياً لان الموضوع لو صح كان بإمكان القضاء الوصول الى ذلك لأنه ملزم بحكم القانون الفصل في أي قضية تعرض عليه بعد النقص التشريعي ومعالجة الموضوع على وفق الاسس الفنية التي تحكمه، وان عدم وجود نص قانوني لا يعني الاعتداد بذلك اذ ان التوسع بما يعرف بثورة المعلومات ودخول العالم الى حقبة جديدة يغلب عليها الاعتمادات المعالجة آلياً ان هذا التطور الهائل والسريع فأن على القضاء الفصل في الموضوع

(١) انظر: القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة التشريعية من النصوص، مصدر سابق، ص١٠٨.

اذا ما توفرت شروطه الفنية لان الموضوع لا يعد خلقاً لطرق اثبات غير موجودة قانوناً بل ازاء اثبات عملية التوقيع على سند مكتوب الا ان الحالة موضوع الدعوى هي اثبات عقد موقع من طرفيه بالطرق التقليدية لم يتوفر اصله وتكون محكوم بنص المادة (٢٧) من قانون الاثبات، وحيث ان المميز، المدعي عجز عن اثبات تعاقده مع المميز وعدم تمكنه من اثبات النسخة الاصلية التي تمثل تواقيع الطرفين ورفضه توجيه اليمين الحاسمة رغم عدم امكانية توجيه اليمين للشخص المعنوي لذا يكون الحكم المميز فيما قضي فيه من تأييد الحكم البدائي برد الدعوى صحيحاً من حيث النتيجة لذا قرر تصديقه ورد العريضة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز واعادة الاضبارة الى محكمتها وصدر القرار بالاتفاق في ٣٠/شعبان/١٤٣٣هـ الموافق ٢٠١٢/٤/٢٤م)[١].

بالإضافة الى الحالات السابقة في إحالة القاضي لوسائل معينة في حالة وجود نقص في التشريع ،هناك حالة ثالثة نصت عليها بعض التشريعات ترشد القاضي في حالة عدم وجود نص تشريعي ينطبق على النزاع المعروض أمامه، إلى سلوك طريقتين لإيجاد الحالة وهي:

طريقة التكميل الخارجي[٢] ويقصد بها الطريق التقليدي في سد النقص التشريعي أي الرجوع الى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهم اصحاب مذاهب القانون الحر؛ لان الغاية من الرجوع الى هذه الوسائل هو سد النقص او الفراغ التشريعي الذي يمثل الحل في ايجاد حكم ينطبق على الواقعة و يتم حسم النزاع بموجبه، ومن هذه القوانين القانون المدني النمساوي لسنة ١٨١١ في المادة (٧) من التي اوجبت على القاضي الرجوع الى الحالات المشابهة في التشريعات الاخرى ،فإذا لم يوجد وجب الفصل في الدعوى وفق قواعد القانون الطبيعي، وكذلك القانون المدني المصري في المادة الاولى الفقرة (٢) منه والذي سار على مسلكه القانون المدني العراقي في المادة (١) فقرة (٢) منه ايضاً. اما الطريقة الثانية هي طريقة التكميل الداخلي (الذاتي) وبموجبها على القاضي ان يستعين في سد النقص على التنظيم القانوني للدولة بدأً بالقياس فاذا لم يمكن إعماله فيتم الحكم بمقتضى القواعد العامة، وقد اخذ بهذه الطريقة القانون المدني الايطالي لسنة ١٩٤٢ في المادة (١٢) فقرة (٢)، أي ان هذه الطريقة تعتمد بالأساس

(١) رقم القرار،٦٠/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠١٢،في٢٠١٢/٦/٢٤ ، منشور في مجلة الحقيقة القانونية، وهي مجلة قانونية تعنى بالثقافة القانونية، العدد ٣٧،العراق، البصرة، ٢٠١٢، ص٥٢-٥٣.

(٢) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، مصدر سابق، ص١١٠.

على القياس وثم على القواعد العامة مثل (حجية الشيء المقضي فيه) ومبدأ (عدم جواز الاضرار بالغير) وغيرها[1].

الفرع الثاني
اسباب فقدان النص التشريعي

نص المشرع العراقي في القانون المدني وكذلك المشرع المصري في المادة الاولى الفقرة الثانية (بانه اذا لم يوجد نص تشريعي...)، حيث نلاحظ بان هذا النص ما هو الا اعتراف من المشرع بان القانون قد لا يوجد فيه نص تشريعي، وعند استقراء هذه المواد نلاحظ امراً هاماً وهو ان النقص ليس مقصوراً عند المشرع على النقص في التشريع، انما هو نقص في القانون؛ وذلك لان مصادر القانون هي التشريع والعرف، اما ما ذكره من مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون الطبيعي وقواعد العدالة فهي مصادر يستقي منها القاضي احكامه وذلك لان مبادئ الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للقانون المدني.

تجدر الاشارة ايضاً الى ان الفقه ايضاً كانت له وجة نظر بشأن مشكلة النقص في القانون، حيث ان الدكتور مصطفى الجمال تعرض لمشكلة النقص في القانون من خلال بحثه الشريعة الاسلامية وازمة مصادر القانون في الوطن العربي حيث قال ((... فالتشريع مهما كان وافياً لا يمكن ان يحيط بكل ما يلزم من احكام لوقائع الحياة غير المتناهية، والحياة بطبيعتها دائمة التغيير لا تثبت على حال، ولا يمكن لعقل بشري مهما اوتي من رحابه ان يتوقع ما تصير اليه الوقائع وان يضع لها ما يناسبها من احكام، من اجل ذلك تحرص القوانين الوضعية دائماً على اقامة مصادر احتياطية يرجع اليها القاضي عندما يعوزه الحكم المطلوب مع نصوص التشريع، وتختلف النظرة الى هذه المصادر باختلاف تصور اساس القانون ومصادره، فمن يرى ان اساس الالتزام في ارادة الدولة وحصر مصادره في التشريع ينظر الى المصادر الاحتياطية للقانون على انها مجرد مصادر تفسيرية لا تستقل بذاتها وانما تساعد التشريع، ومن ينظر الى هذه المصادر باعتبارها مستقلة تثبت لها الولاية عند خلو التشريع من الحكم المطلوب).

فالبعض وجد خلاف شبيه بذلك فيما يتعلق بمصادر الشريعة الاسلامية فالبعض يرى ان نصوص القران والسنة قد احاطت بكل شيء مما لا مجال معها لمصدر آخر، ويرى فيما عداها مجرد مسالك للاستدلال على الاحكام التي حوتها هذه النصوص، والبعض الآخر يرى ان

(١) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص٥٥٠.

نصوص القران والسنة لا تتولى مهمة وضع الاحكام التفصيلية لكل ما يطرأ في الحياة من وقائع وانما توجه همها- بجانب بيان جانب من الاحكام التفصيلية- الى تنصيب الادلة التي يتعرف بها على هذه الاحكام وينظر الى هذه الادلة على انها مصادر احتياطية يعمل بها عند عدم وجود نص[١].

اما عن أسباب النقص في القانون فنلاحظ ومن خلال كل ما تقدم ان هناك عدة أسباب لهذه المشكلة يمكن توضيحها من خلال الآتي:

اولاً: الإعتماد على القوانين الغربية في وضع احكام قانونية على الرغم من ان تلك القوانين تصلح في البيئة التي وجدت فيها ولكنها لا تصلح للبيئة التي نعيش فيها والتي تقوم على مبادئ تختلف تماماً عن مبادئ الغرب وقد تأثرت كثير من القوانين العربية بالقوانين الفرنسية وغيرها.

ثانياً: يعد الفن التشريعي سبباً في حدوث نقص في القانون ويتمثل هذا الفن التشريعي، في تقسيم القواعد القانونية من حيث صياغتها الى قواعد قانونية مرنة واخرى جامدة، فاذا كنا بصدد قواعد قانونية جامدة فلا يملك احد سلطة تقديرية في تطبيقها بخلاف القواعد القانونية المرنة وهي التي تعبر عن ثقة المشرع في القاضي المطبق للقانون[٢].

وفي هذا الصدد يجب ان نقف عند أمر هام وهو ان القاعدة القانونية تحلل الى عنصرين الاول: هو الفرض والثاني: هو الحل[٣] هذا الامر له اثره في تطبيق القانون حيث ان تطبيق القانون هو معاينه وقرار المعاينة ادخال المسألة المعروضة في الفرض الخاص بقاعدة معينة والقرار هو اخضاع المسألة للحل الخاص بها وهذا ما نجده في القانون الجنائي نجد ان قاعدة القانون وفرضها جامدة مرنة في حلها مما يترتب عليه ظهور نقص في القانون نتيجة ان الفروض في القانون الجنائي لا تعطي القاضي سلطة مرنة في التطبيق اما في القانون المدني

---

(١) د. مصطفى الجمال، الشريعة الاسلامية وازمة مصادر القانون في الوطن العربي، بحث منشور في مجلة الحقوق،التي تصدر عن كلية الحقوق/جامعة الاسكندرية، سنة ١٩٩٢ البوبيل الذهبي، ص٣٢١ وما بعدها.

(٢) د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق، ص٤٤.

(٣) د. سمير تناغو، المصدر السابق، ص٤٣.

نجد ان المشرع تدارك مشكلة النقص وذلك بان قواعده القانونية جاءت مرنة في فروضها وحلولها مما اعطى القاضي سلطة مرنة في تطبيق القانون[١].

ومثال ذلك قانون الضرائب المصري الجديد رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٥ حيث يوجد نقص في القانون لا يمكن ان يتداركه القاضي عند التطبيق ويتمثل في نص المادتين (٥) و(٦) منه وهما يتحلقان بالمصلحة الضريبية بالنسبة للمنازعات بين مصلحة الضرائب والممول امام القضاء فنجد ان هذا النص لم يعالج امراً خطيراً، ففي حالة وجود تصالح وظهور سداد بالزيارة للممول هل يجوز له ان يستفيد به في مديونات اخرى لصالح المصلحة او يجري به حوال حق لممول اخر مدين لمصلحة الضرائب وخصوصاً انه طبقاً لهذين النصين يحرم الممول من استيراد المبالغ المسددة بالزيادة، وحيث ان القاعدة القانونية اغفلت الغرض والحل فنجد نقصاً في القانون حيث لم يستطيع المشرع ادراك كافة جوانب الواقعة (الحالة) التي يعالجها القانون وترتب عليه اغفال وضع نص قانوني خاص بها.

ولذلك كان على المشرع ان يذكر في اخر فقرة بالمادة (٦) ((وفي جميع الاحوال يترتب على انقضاء الخصومة سقوط حق الممول في اية مبالغ قد سددت من تحت حساب الضريبة المتنازع عليها)) حيث ان سقوط حق الممول في المبالغ اعم واشمل من عبارة ((حق للمول في الاسترداد)) لان العبارة قصرت الحق على الاسترداد علماً بان هناك حقوق اخرى مثل حق المقاصة، حوالة الحق، حوالة الدين[٢].

وبعبارة ادق ان القانون الوضعي هو وسيلة لتحقيق غاية سواء كانت اجتماعية او سياسية او اقتصادية لذلك على المشرع ان يتصور مسبقاً عن هذه الغاية لذا فان الصياغة التشريعية هي تحديد الاهداف والغايات التي يجب على القانون تحقيقها، وهذا يعني ان الصياغة التشريعية هي وجوب ملاحظة وادراك وقائع الحياة المختلفة اولاً ومن ثم وضع قواعد مناسبة لمجابهة هذه الوقائع المتغيرة والمستمرة، لذا فالصياغة القانونية هي مجموعة وسائل وقواعد

---

(١) د. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية، دار المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٩، ص٣٥٨.

(٢) د. وائل حسن عبد الشافي، المصدر نفسه، ص٣٦١.

مستخدمة لصياغة الافكار القانونية وبالتالي صياغة قواعد قانونية تستخدم لحل الوقائع المعروضة امام القضاء[١].

لذلك فان الصياغة الجامدة للقواعد او للنصوص يقيد من سلطة القاضي في مواجهة ما يستجد من وقائع جديدة بسبب صياغة هذه النصوص ومن هذه القواعد تحديد مدة ضمان المهندس والمقاول لكل ما يظهر في البناء من تهدم كلي او جزئي[٢]، وايضاً القواعد التي تحدد مواعيد الطعن في الاحكام بطريق الاعتراض والاستئناف والتمييز[٣].

ثالثاً: تطور الحياة واساليبها يعد من اهم العوامل او الاسباب التي تؤدي الى حدوث نقص في القانون، لان القانون قد صدر في زمن معين وفي ظروف معينة ثم استجدت مستقبلاً ظروف ووقائع لم تكن موجودة وقت صدور القانون ادى الى خلو هذا القانون من قاعدة او نص ينطبق على هذه الوقائع المستجدة وبالتالي حصول قصور في القانون لذا فالقانون هو تعبير عن الفلسفة السائدة في المجتمع[٤]. لذلك فعند سن قانون معين في زمن معين ودخوله حيز التنفيذ والتطبيق من قبل القضاء، فمن المتصور ان يكون هذا القانون شاملاً لكل الوقائع الموجودة ولكن بعد فترة من الزمن وظهور مستجدات حديثة ووسائل متطورة في المجتمع يصبح هذا القانون قاصر عن مواجهة هذه الظروف وفي الوقت نفسه على القضاء وهو في سبيل حل القضية المعروضة أمامه عليه ايجاد هذا الحل والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق، لذا ظهرت مبادئ قضائية اعترف لها بالدور الكبير في حل مثل هذه الاشكالية ووضع حل لكل ما يواجهه القضاء من مصاعب عدم وجود نص قانوني ينطبق على الواقعة او وجود نص قانوني غير كافي لينطبق على القضية المعروضة امام القاضي ومن امثلة هذه المبادئ القضائية، ((عدم استحقاق الشخص المعنوي للتعويض عن الضرر الادبي كون التعويض عن الضرر الادبي يقتصر على الشخص الطبيعي فقط))[٥].

---

(١) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، دار السنهوري، لبنان، الطبعة الاولى، بدون سنة نشر، ص٢٤٨ وما بعدها.

(٢) انظر المادة (٨٧٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣) المادتين (١٧٧، ١٨٧، ٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٤) د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٤٥ وما بعدها.

(٥) انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢/ الهيئة العامة/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/٢٦، غير منشور.

وتتلخص وقائع القضية وقرار الحكم الصادر فيها من ان الرئيس التنفيذي لشركة اثير للاتصالات المتنقلة في العراق اقام دعوى امام احدى محاكم البداءة ذكر فيها بان المدعى عليه في الدعوى قام بالإساءة لسمعة شركته بطريقة غير اخلاقية وغير مهنية منكلاً بها عن طريق قيامه بنشر ادعاءات كاذبة على مواقع التواصل الاجتماعي الحقت بها ضرراً على النشاط التجاري والذي تمارسه في العراق واصدرت محكمة البداءة حكماً قضت فيه بالزام المدعى عليه بتعويض الشركة المذكورة مبلغاً من المال كتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء المنشورات التي قام بها بنشرها عنها على مواقع التواصل الاجتماعي، وقد قضت محكمة الاستئناف عند النظر في دعوى الطعن الاستئنافي بفسخ الحكم البدائي عليا ورد دعوى المدعي وقد طلبت الهيئة الاستئنافية منقول في محكمة التمييز الاتحادية عند الطعن تمييزاً بقرار الحكم الاستئنافي في عرض موضوع الدعوى على الهيئة العامة بغية الخروج بمبدأ قضائي يسري على جميع الحالات المماثلة فحصل الموافقة على ذلك وتم نظر الطعن من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية والتي قضت بتأييد الحكم الاستئنافي وبعدم احقية الشخص المعنوي للمطالبة بالتعويض من الضرر الادبي وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية ويقتصر حقة بالمطالبة بالتعويض عن الضرر المادي فقط معللة قرارها بانه لا يمكن شمول الشخص المعنوي بأحكام المادة (٢٠٥) فقرة (١) من القانون المدني التي تنص ((يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعدي على الغير في حريته او عرضه او شرفه او سمعته او مركزه الاجتماعي او اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض وبموجب هذا النص فان جميع الحقوق التي تكون عرضة للتعدي عليها ثابتة للشخص الطبيعي فقط دون المعنوي لان المقصود بمفرده الغير وردت تنصرف الى الشخص الطبيعي سواء وقع الفعل عليه بصورة مباشرة او غير مباشرة اذ ان التعدي على الحرية والعرض والسمعة... الخ تؤثر في مشاعر واحاسيس الشخص الطبيعي المعتدي عليه وهذه المشاعر والاحاسيس لا وجود لها في تكوين وطبيعة الشخص المعنوي الذي لا يدركه الحس.

المطلب الثاني
اعمال المصادر الاخرى للقاعدة القانونية

تلزم احكام قانون المرافعات المدنية القاضي بان يصدر حكماً في القضية المعروضة امامه ولا يحق له كما ذكرنا سابقاً الامتناع عن الحكم بحجة فقدان النص والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق[١]، اذ ان الحكم النهائي للدعوى هو غاية ما يريد صاحب الحق الحصول عليه.

وبما ان النص التشريعي غير متوفر في جميع الحالات وكان لزاماً على القاضي البحث عن حل للقضية المعروضة امامه ولأجل استقرار العمل القضائي واطمئنان صاحب الحق من الحصول على حقه كانت هناك وسائل او مصادر اخرى يستطيع القاضي اللجوء اليها للبت في القضية المعروضة عليه، ومن هذه المصادر هي العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية والعدالة التي تعتبر مصادر رسمية احتياطية يتوجب على القاضي الرجوع اليها في حالة فقدان او غياب النص التشريعي[٢]، لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاث فروع سنتناول في الفرع الأول منه العرف وفي الفرع الثاني سنتناول دراسة مبادئ الشريعة الاسلامية والفرع الثالث سنخصصه لمبادئ العدالة وكما يلي:

الفرع الاول
العرف

يمكن ان نعرف العرف لغة واصطلاحاً، ففي اللغة يعني العرف المعروف من الاحسان وقوله تعالى: ((خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ))[٣]. وقوله تعالى ((وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا))[٤]، حيث عرف الفرس والديك معروف وجاء القطا عرفاً، وقال الفيروز ابادي في معجم

---

(١) نص على المبدأ قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في المادة (٣٠) منه.

(٢) شرط لأعمال هذه المصادر شرطين اساسين على القاضي الانتباه اليها عند الرجوع الى هذه المصادر وهذه الشروط هي: اولاً: ان يكون القانون الواجب التطبيق على القضية المعروضة امام القاضي خالي من أي نص على هذه القضية سواء تعلق الامر بالجوانب الشكلية ام الموضوعية، ثانياً: ان يتم الاخذ بهه المصادر من قبل القاضي بالتسلسل المذكور أي بالعرف اولاً ثم مبادئ الشريعة ثم العدالة اذ لا يجوز للقاضي اللجوء الى هذه المصادر وفق اختياره.

(٣) الآية (١٩٩) من سورة الاعراف.

(٤) الآية (١) من سورة المرسلات.

القاموس المحيط: العرف بالضم، الجو، واسم ما تبذله وتعطيه، وموج البحر وضد النكر، واسم من الاعتراف تقول له علي الف عرفاً أي اعترافاً، وعشر عنق الفرس[١].

اما العرف اصطلاحاً فقد عرف بأنه ((ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة ايضاً لكنه اسرع الى الفهم))[٢]، او هو ((الامر المألوف والمأنوس نتيجة تباين الناس على سلوكه بقطع النظر عن منشأ ذلك التباين، فان كل ما هو مألوف ومتعارف يعبر عنه بالعرف سواء كان ناشئاً عن ظروف موضوعية او عوامل تربوية او بيئية وما الى ذلك))[٣].

اما شراح القانون فقد عرفوا العرف بانه ((قواعد قانونية تنشأ في الجماعة من طول اتباعها حتى تثبت وتصبح في عرف الافراد ملزمة))[٤].

كما ان للعرف ركنين مهمين هما الركن المادي وهو نشوء عادة قانونية لذا فهو تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الاشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملات الافراد، كما يجب عموم العادة أي عادة عامة من حيث الاشخاص التي تهتم بهم حكماً ، أي لا تنطبق على شخص واحد او اشخاص معينين وانما تتوجه الى الكل، كما ويشترط قدم هذه العادة أي مضى على نشوؤها وطراً من الزمن مما يؤكد عموميتها وثباتها واعتقاد الناس بإلزاميتها لذا وجب اتباعها من قبل العامة باطراد وثبات وبانتظام وعدم مخالفتها لنص قانوني تشريعي وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب في المجتمع والا عدت باطلة ولا يجوز التمسك بها مطلقاً[٥].

اما الركن الثاني فهو الركن المعنوي أي توافر عنصر الالزام في هذه العادة أي ركن الاعتقاد بلزوم العادة والاعتقاد بلزومية اتباعها دون مخالفة، مع الاشارة الى وجوب توافر الركنين معاً حتى تكون امام عرف.

---

(١)محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، معجم القاموس المحيط، ص٨٢٦.

(٢) الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، دار المعرفة، طبعة اولى، لبنان، ٢٠٠٧، ص١٠٦.

(٣) محمد صنقور علي، المعجم الاصولي، الجزء الثاني، بدون ذكر مكان او سنة نشر، ص٣١٥.

(٤) د. فريد فتيان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص٣٨.

(٥) د. عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مصدر سابق، ص٢٥٢ وما بعدها.

كما قسم شراح القانون العرف الى عدة اقسام منها من حيث التطبيق فالعرف اما شاملاً أي ما يعم الدولة بأسرها ومحلياً يسود اقليم الدولة او مدينة معينة، اما العرف المهني فهو ما يقوم فينطاق صنعة او مهنة معينة

اما العرف من حيث القوة الملزمة فهو اما عرفاً آمراً أي لا يجوز الاتفاق على مخالفته، مطلقاً، واما حكماً او مفسراً أي تلك الاعراف التي يجوز مخالفتها او الاتفاق على ما يخالفها[١].

وللعرف دوراً مهماً في نطاق القانون المدني، اذ اعتبر مصدراً رسمياً للقانون فله دورين مهمين الدور المكمل للتشريع أي وجوب رجوع القاضي اليه والحكم بمقتضاه عند فقدان النص القانوني ومن خلال هذا الدور نجد ان القانون المدني المصري مثلاً في المادة (٥٦٣) وفي حالة عدم اتفاق المؤجر والمستأجر على مدة عقد الايجار عد عقد الايجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الايجار وينتهي بانقضاء هذه المدة بناء على طلب احد المتعاقدين(نية التعاقد)، اما اذا سكت المتعاقدين عن الاجرة والمدة يجب الرجوع هنا الى اجرة المثل[٢] وهذا يبين ميعاد دفعها وفق العرف السائد، كما ان القانوني المدني العراقي قد اعطى للعرف دوراً مكملاً في المادة (١٠٥٧) التي عالجت ملكية حريم الابار والينابيع والترع الخاصة والمساقي والقنوات والمصارف. ولكن حتى هذه المادة قد اغفلت عن ذكر تفاصيل تتعلق بأحكام حريم النهر عند حودث نزاع وبالمدة التي يحتاجها للكري وكذلك بالنسبة لسعة النهر لهذا فقد صدر ووفقاً لهذا الامر مبدأ لمحكمة التمييز العراقية بانه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم في موضوع الدعوى اقتضى الاستعانة برأي الخبراء عن العرف المحلي فيما يخص محرم النهر العائد للمدعي وهو ما يوجب على المحكمة ان تنتخب الخبراء المزارعين في نفس المنطقة التي يقع فيها ارض الطرفين وفقاً للأصول المقررة في المادة (١/٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية لان مهندس الطابو ومهندس الري لا يمكن اعتبارهما خبراء في تعيين العرف المحلي الذي يخرج عن اختصاصهما فعدم ملاحظة المحكمة لهذه النقص، أخل بصحة الحكم المميز لهذا قرر نقض الحكم المميز

---

(١) وتجد الاشارة الى ان العرف يتوافر في كافة فروع القانون غير ان اهميته تختلف من فرع لآخر فالقانون الدولي يقوم اساساً على القواعد العرفية بسبب عدم وجود سلطة تشريعية عامة، وقانون التجارة يتميز بكثرة وجود القواعد العرفية فيه خصوصاً تلك الاعراف بين التجار، اما القانون الجنائي فلا وجود للقواعد العرفية فيه بسبب قاعدة((لا جريمة ولاعقوبة الا بنص)).

(٢) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الاول في البيع والايجار، الطبعة الثالثة، ١٩٧٤، مطبعة العاني، بغداد، ص٣٥٢.

واعادة اوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المذكور وبعد ان تنتخب الخبراء تفهمهم بالغرض الذي انتخبوا لأجله نتيجة ما يتحصل لها من رأي وذلك بعد ملاحظة النهر العائد للمدعين وسعته والمدة التي يحتاجها للكري والفترات التي يحتاجها لكري الطمي منه، وعند افتقاد العرف تلجأ المحكمة الى مبادئ الشريعة الاسلامية وهذا ما قضت به المادة الاولى من القانون ثم تصدر حكماً وفقاً للقانون على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق)[١].

كما ان للعرف دوراً آخر ألا وهو الدور المساعد للتشريع أي ان القانون اعطى هذا الدور للعرف كما في عقد البيع نجد ان القانون احال الى العرف لتحديد ما يعد من ملحقات المبيع من عدمه[٢].

أي ان الاصل هو اتفاق المتعاقدين فاذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق وجب الرجوع الى العرف وفي حال عدم وجود العرف وجب الرجوع الى طبيعة المبيع نفسه[٣].

والحال المتقدم ينطبق على عقد الايجار وعلى انواع معينة من البيوع كالبيع بشرط المذاق[٤] كما ان للعرف دور في تفسير العقد ان كانت عبارات هذا العقد غامضة.

الفرع الثاني
مبادئ الشريعة الاسلامية

تعد مبادئ الشريعة الاسلامية احد مصادر القانون في التشريعات العربية ومنها العراق.

الشريعة الاسلامية هي الشريعة المنزلة من الله سبحانه وتعالى على الرسول الاكرم محمد (صل الله عليه واله وسلم)، وهي خاتمة الشرائع واكملها لأنها نظمت ووضحت حياة الانسان الدينية.

---

(١) رقم القرار، ٨٧٤/هيئة مدنية عقار/ ١٩٦٧، في ١٩٦٧/١١/٢٦ ،مشار إليه في، القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٦٣١.

(٢) المادة (٥٣) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (يدخل في المبيع من غير ذكر: ج. كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع).

(٣) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع– الايجار– المقاولة) مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩، ص٨٦.

(٤) المادة (٥٢٥) من القانون المدني العراقي.

حيث ان الشرع لغة/ نهج الطريق الواضح، يقال شرعت له طريقاً والشرع مصدر ثم جعل اسماً لطريق النهج فقيل له شرع، وشرع شريعة واستعير ذلك للطريقة الالهية بقوله تعالى ((لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً))[١] وفي الاصطلاح العام الشريعة الاسلامية هي : ما شرع الله لعباده من الدين على لسان رسول من الرسل، او ما شرعه الله على لسان رسول بطريق الوحي سواء ما تعلق بالعقيدة، ام بالأخلاق، ام بالأفعال قطعي الدلالة، ام ظني الدلالة.

اذن الاحكام الدينية سميت شريعة لاستقامتها حيث تشبيهها بمورد الماء، لان بها حياة النفوس والعقول، كما ان في مورد الماء حياة الابدان[٢].

حيث ان اصول الدين تنظيم العلاقة بين الانسان وخالقه سبحانه وتعالى، حيث المنهج الفلسفي الذي يتخذه من الجدل الفعلي اساساً لأثبات حقائق الوجود المنهج الكلامي الذي يتخذ من ظواهر الشريعة اساساً لأثبات الحقائق، وهناك المنهج التوفيقي الذي يجمع بين العقل وظواهر الشريعة والمجاهدة للوصول للحقائق والمنهج الاخير ينقسم الى المدرسة الاشراقية[٣] مدرسة الحكمة المتعالية[٤].

وتتولى الاحكام الشرعية بتقسيمها العبادات والمعاملات بتنظيم علاقة الانسان بربه وبسائر بني جنسه، فالقسم الاول أي العبادات تنظيم علاقة الانسان بربه ويدخل ضمنها الصلاة والزكاة... الخ.

فيما يتولى القسم الثاني (المعاملات) تنظيم علاقة الانسان بالإنسان أي علاقته الاجتماعية كالزواج والطلاق والنفقة... الخ، اما يتعلق منها بالجانب المالي كالبيع، الايجار... الخ[٥].

اما الحكم الشرعي: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء او التخيير او الوضع[٦].

---

(١) سورة المائدة الآية (٤٨).

(٢) د. د. عبد الفتاح كبارة، الفقه المقارن، دار النفائس، الطبعة الثانية، لبنان، ٢٠٠٤، ص١٧.

(٣) مؤسسها شهاب الدين السهرودي، ٥٨٧هـ، تحقيق لويس معلوف، المنجد في الاعلام، مؤسسة انتشارات دار الاعلام، قم، ايران، الطبعة السادسة والعشرون ١٣٨٤، ص٣١٦.

(٤) صدر الدين الشيرازي، ٩٧٩-١٠٠ هـ، الشهير بـ (ملا صدرا).

(٥) القاضي عباس قاسم الداقوقي، مصدر سابق، ص٢٨٠.

(٦) د. وهبه الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، الجزء الاول، بدون ذكر سنة او مكان النشر، ص٤٦.

وينقسم الحكم الشرعي الى حكم تكليفي وهو ((ما اقتضى طلب فعل المكلف او كفة عن الفعل او تخييره بين الفعل والكف عنه)).

اما الحكم الوضعي ((هو ما يقتضي جعل شيء، سبباً لشيء آخر او شرطاً او مانعاً منه))[١].

وتجدر الاشارة الى ان جميع القوانين العربية تتفق على اعتبار الشريعة الاسلامية مصدراً احتياطياً من مصادر القانون ومن ثم هي مصدراً من مصادر الحكم القضائي، لكن هذه القوانين تختلف من حيث تفاصيل الرجوع الى هذا المصدر، فالقانون المدني العراقي مثلاً وجب الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين[٢].

أما القانون المدني المصري فقد أوجب الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية عند فقدان النص التشريعي[٣].

كما ذهب جانب من الفقهاء على ان الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية يكون للقواعد الكلية المتفق عليها دون التفصيلية المختلف فيها[٤].

اما بالنسبة لموقف القضاء من مبادئ الشريعة الاسلامية، فسر القضاء هذه المبادئ مصدر من مصادر القانون ومن ثم مصدر من مصادر الحكم القضائي تفسيراً واسعاً والسبب الذي ادى الى هذا التفسير هو الطابع العملي الذي يغلب على التفسير القضائي الذي تتجه اليه محكمة الموضوع بخصوص نزاع معين معروض عليها، فيوجب على القاضي الذي ينظر الدعوى المعروضة امامه ان ينظر الى هذه المبادئ نظرة واسعة تشمل القواعد الاصولية والقواعد الفقهية وحتى الاحكام الفرعية منها، كمصدر يساعده في حل القضية المعروضة امامه حلاً سليماً مقنعاً.

---

(١) د. عباس الداقوقي، مصدر سابق، ص٢٨٢.

(٢) المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(٣) المادة الاولى من القانون المدني المصري.

للمزيد راجع د. عصام انور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، ٢٠١٦، ص٣٢.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، بلا تاريخ او مكان نشره، ص٢٢٧.

فالقواعد الاصولية هي تلك القواعد التي يرتكز عليها قياس استنباط الفقهاء للأحكام الشرعية الفرعية الكلية او الوظائف المجهولة من قبل الشارع او العقل عند اليأس من تحصيلها من حيث الموازنة والتقييم[١].

وعرفت ايضاً بانها حكم على محكم الصياغة يتوسل به الى استنباط الفقه من الادلة وكيفية الاستدلال بها وحال المستدل[٢].

ويجب توافر شروط في القاعدة الاصولية ومن هذه الشروط ان تكون عامة وموجزة وموضوعها كلياً لا جزئياً، ومجردة ومطردة وان لا تتعارض مع احكام الشارع ومقاصده، واخيراً ان تكون جازمة غير مترددة[٣].

واهم شرطين يجب توافرهما فيها هي العمومية والتجريد شأنها شأن القاعدة القانونية يجب ان تكون عامة ومجردة حتى تكون مصدراً للأحكام، ومن القواعد الاصولية التي لها اهمية في اصدار الاحكام القضائية عند فقدان نص تشريعي هي قاعدة الجمع بين النصين المتعارضين مهما امكن اولى من الطرح)، أي ان على القاضي عند وجود نصين متعارضين ان يبذل قصارى جهده للجمع بينهما بدل الترجيح لان الجمع اولى من الترجيح.

ومثال ذلك وجود نص المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي والتي حددت سن التمييز بسبع سنوات كاملة، ووجود نص المادة (٣) من قانون رعاية الاحداث العراقي[٤] الذي جعل سن التمييز هو تسع سنوات كاملة، اذن وجود نصين متعارضين فالحل يكمن في اعمال كل نص في مجال خاص به أي اعمال نص المادة (٩٧) في التعاملات المالية الخالية من العنصر الجزائي في حين اعمال نص المادة (٣) في المسؤولية الجزائية وهكذا تم الجمع والتوفيق بين النص دون اهمال احدهما[٥].

وقد قضت محكمة تمييز العراق بانه ((وحيث ان قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل هو القانون الذي ينظم طرق التقاضي وان قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة

---

(١) محمد تقي الحكيم، الاصول العامة للفقه المقارن، طبعة اولى، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٦، ص٦٢.

(٢) د. ايمن عبد الحميد، نظرية التعقيد الاصولي، دار ابن حزم، طبعة اولى، ٢٠٠٦، لبنان، ص٢٢.

(٣) د. ايمن عبد الحميد، مصدر سابق، ص١١٩.

(٤) رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.

(٥) القاضي عباس قاسم الداقوقي، مصدر سابق، ص٣١٨.

١٩٧٩ هو قانون يتعلق بإجراءات الاثبات وتقوم قواعده على تبسيط الشكليات طبقاً لما ورد في الاسباب الموجبة لتشريعه، وقد صدر بعد القانون المدني وهو قانون موضوعي وهما قانونان يتعلقان بالإجراءات فتكون احكامهما هي الواجبة التطبيق وتكون مقيدة لما ورد في القانون الموضوعي من احكام في حالة تعارضها مع احكام القانونيين المذكورين))[١].

اما المقصود بالقواعد الفقهية فهي حكم كلي او غالب ينطبق على جزيئات كلها او اكثرها، والفرق بينها وبين الضابط ان القاعدة تجمع فروعاً من ابواب شتى والضابط يجمعهما من باب واحد، او انها قضية كلية يعرف بها منها حكم جزيئاتها او مصاديقها[٢].

والقواعد الفقهية كثيرة جداً منها ما يتعلق بالعبادات والوصايا والنكاح والرضاع والطلاق والشهادة ... الخ، ومن القواعد الفقهية التي تعين القاضي على حل القضية المعروضة عليه هي اصالة الصحة والمقصود بها هو ان الشخص اذا صدر منه فعل، عقد ام ايقاع ام تطهير، وشك في كونه صحيحاً يترتب عليه الاثر او باطلاً لا يترتب عليه الاثر حمل على كونه صحيحاً ذا اثر[٣].

وهذه القاعدة (اصالة الصحة) في نطاق القانون تعني ان كل التصرفات التي يقوم بها الاشخاص الطبيعيين ام المعنويين محكومة بالصحة الا اذا قام الدليل على خلاف ذلك.

وقد سار القضاء العراقي على تطبيق هذه القاعدة، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه (لدى التوفيق والمداولة من قبل الهيئة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان محكمة الإستئناف اجرت التحقيقات المطلوبة بقرارات النقض الصادرة من هذه المحكمة بالأعداد ٦٨٢/م٢/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٩/٢٥ و١٥١٩/هيئة استئنافية/العقار/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٩/٨/٢٩ و٣١٥٠/هيئة استئنافية/ العقار/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٢/٢٥ الا انها توصلت الى نتائج غير صحيحة وتخالف ما تحصل لديها من

---

(١) رقم القرار، ٨٦/ هيئة عامة/١٩٨٩، في ١٩٨٩/٨/١٥ ، مشار إليه في، القاضي ابراهيم المشاهدي، معين القضاة الجزء الرابع، مصدر سابق، ص٨٠.

(٢) د. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلد، الجزء الاول، بدون سنة طبعة او مكان النشر، ص٢٥٩.

(٣) د. باقر الايراوني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، انوار الهدى، قم، ايران، الطبعة الاولى، ١٤١٨، ص٣١.

نتائج تلك التحقيقات اذ انها استوضحت من دائرة التخطيط العمراني بشأن مدى سبق تغيير استعمال العقار موضوع الدعوى عملاً بأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١١٧) لسنة ٢٠٠٠ فحضر ممثلها وأكد ان كافة الاولويات الخاصة بالموضوع قد اتلفت نتيجة الاحداث التي مرت على البلاد، وحيث ان من المفترض ان تلك الدائرة قامت بالإجراءات المنصوص عليها في القانون المذكور وفق الاصول وان احتراق الاوليات المذكورة لا يبرر للحكمة اعتبار المميز عاجزاً عن اثبات قيامه بها وفق الاصول في حينه وعلى من يدعي العكس عليه الاثبات وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة في العديد من قراراتها ومنها القرار المرقم ٣٧٠/هيئة عامة/ ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٢/٣٠ والقرار ٣٢/ موسعة مدنية/ ٢٠٠٥ في ٢١ /٢٠٠٥/٦ و ٢٣٣ و٢٣٤ / موسعة مدنية/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٦/٢٠ ...))[١].

اما المقصود بالأحكام الفقهية فهي الاحكام التي يستنبطها الفقيه الجامع للشرائط من خلال الاستعانة بالأدلة الاصولية المقطوع بحجيتها عند علماء الاصول وذلك في المسائل الفرعية (العبادات والمعاملات) وتتسم ايضاً بالعمومية والتجريد.

وهناك الكثير من المواطن التي لجأ اليها القضاء العراقي الى الاحكام الفقهية عند افتقاد النص التشريعي منها مثلاً اللجوء الى الاحكام الفقهية لإصدار حكم في نزاع متعلق بأرض متخذة لدفن الموتى لخلو القانون المدني من تلك الاحكام. ((وحيث ان الاحكام الفقهية تجمع على ان دفن الموتى في ارض مملوكة بأذن المالك يجعلها وقفاً بمجرد القول وان مجرد التسليم يعتبر تسليماً للوقف ولا ينتفي الوقف وان انقطع الدفن بها او نقلت عظام الموتى منها)[٢].

كما قضت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه(إذا كان موضوع الدعوى تصديق طلاق خارجي ، فإنها من الدعاوى المتعلقة بالحل والحرمة ، وبذلك لا يجوز إبطالها بسبب عدم مراجعة الطرفين، وعلى المحكمة الإستمرار بنظرها وتمكين الطرفين من الحضور وإصدار حكم فاصل فيها)[٣]،كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه(أن قانون الأحوال الشخصية لم

---

(١) رقم القرار، ٢٤٧ / الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٠٧ ،في ٢٠٠٨/٤/٢٢، غير منشور .

(٢) رقم القرار، ٩٨٤/ مدينة عقار/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/٢٤، منشور في مجلة حمورابي، مجلد فصلية تصدرها جمعية القضاء العراقي، العدد الثاني،٢٠٠٨، ص١٥٥ وما بعدها.

(٣) رقم القرار ،٧١١٩/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٥ ، في ٢٠١٥/١٠/٨،غير منشور.

يشير إلى نص خاص بخصوص موضوع الدعوى، مما يقتضي في مثل هذه الحالة إستناداً للمادة الأولى من القانون المذكور الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لهذه النصوص، الأخذ بنظر الإعتبار الأحكام الشرعية والفقهية للمذهب الجعفري الذي يقلده الطرفان في مثل هذه الحالة الذي لا يوجب العدة على اليائس ويقع طلاقها بائن ببينونة صغرى ولو كان بعد الدخول)[١].

كما قضت محكمة النقض المصرية بصدد تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية بأنه(إذا صدر حكمان متناقضان في نزاع بذاته بين الخصوم أنفسهم، وإزاء خلو التشريع والعرف من حكم منظم لتلك الحالة فإنه إعمالاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني تعين اللجوء لمبادئ الشريعة الإسلامية ومؤداها إذا سقط الأصل يصار إلى البدل ولا حجية مع تناقض، فإذا تناقض متساويان تساقطا وتماحيا ووجب الرجوع للأصل بإسترداد محكمة الموضوع لسلطتها في الفصل في النزاع على هدى من الأدلة المطروحة تحقيقاً للعدالة دون تقيد بأي من هذين الحكمين، وعلى ذلك فلا وجه للرأي الذي يعتد بالحكم الأسبق بمقولة أنه الأولى لأنه لم يخالف غيره ولا للحكم اللاحق لتضمنه نزول المحكوم له عن حقه في السابق بل الأولى إطراحهما والعودة إلى الأصل بأن يتحرى القاضي وجه الحق في الدعوى على ضوء الأدلة المطروحة)[٢].

كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها قضت فيه(إذا خلت مواد قانون المنظمة لشهادة الشهود من نص يعالج أثر وجود خصومة بين الشاهد والخصم المشهود عليه فليس أمام القاضي من سبيل إلا أن يلتجئ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن قيام هذه الخصومة يعد مانعاً للشهادة بإعتبار هذه المبادئ المصدر الرئيس للتشريع بنص المادة الثانية

وفي تقديرنا فإن ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها أعلاه يعد محل نظر،ذلك أن إبطال عريضة الدعوى يعد مسألة إجرائية لا شأن لها بموضوع الدعوى وفيما إذا كان متعلق بالحل والحرمة أو غير ذلك ، وبإمكان الطرف الذي أبطلت دعواها إقامتها مجدداً من غير تأثير على الموضوع المتعلقة به.

(١) رقم القرار ، ١٦١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٧ ، في ٢٠١٧/٥/١٦ ، غير منشور.

(٢) الطعن،رقم،١٠٧٠٦ لسنة ٧٩ قضائية،الدوائر المدنية،جلسة ٢٠٢٠/١/٢١،منشور على موقع محكمة النقض المصرية على شبكة الإنترنيت عبر الرابط الالكتروني: www.cc.gov.ed/civiljudgments

من الدستور والمرجع الأصيل للقضاء عند غياب النص وعدم وجود العرف طبقاً لنص المادة الأولى من القانون المدني))[١].

الفرع الثالث
قواعد العدالة

يمكن تعريف قواعد العدالة من الناحية القانونية (تحقيق في حالة خاصة، وذلك بتطبيقه على واقعة معينة او حالة فردية ليكون الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة))[٢].

وكما ذكرنا سابقاً ان المادة (١) من القانون المدني العراقي عددت مصادر القانون الى مصادر اساسية مباشرة واخرى غير مباشرة، ومن خلال نص هذه المادة يتبين ان التشريع هو المصدر الاساس والاول للقانون ثم العرف ثم مبادئ الشريعة الاسلامية ثم قواعد العدالة، ولكن ما المقصود بمبادئ العدالة.

لقد عرف فقهاء القانون قواعد العدالة بانها ((شعور في النفس يوحي به الضمير الانساني ويهدف الى تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة مع مراعاة ظروفها وملابساتها))[٣].

كما عرفت بانها ((شعور كامن في النفس يكشف عنده العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير ويهدف الى اعطاء كل ذي حق حقه))[٤].

لذا فان مفهوم العدالة من المفاهيم الفكرية التي تعددت الرؤى بشأنها وتعددت المصطلحات التي حاولت ايجاد معنى واحد لها، لذا نرى ان مصطلح العدالة هو محل جدل بين الفقهاء لأنه لا يوجد تعريف جامع مانع لمفهوم العدالة والسبب ان العدالة هي غاية بشرية لمختلف العصور البشرية، لذا نجد ان التشريعات بدورها لم تضع تعريفاً محدداً لها وكل ما عملته

---

(١) الطعن،رقم،١٦٢٣١ لسنة ٨٣ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ٢٠١٩/٢/٣،منشور على موقع محكمة النقض المصرية على شبكة الإنترنيت.

(٢) القاضي عواد حسين ياسين، مصدر سابق، ص٥٨.

(٣) القاضي جعفر كاظم المالكي، المصدر الرابع للقانون، بحث منشور على الموقع الالكتروني: https://www.hjc.iq، ص٦.

(٤) يراجع بشأن التعريفات المختلفة لقواعد العدالة، د. اسماعيل نامق، كتاب العدالة، منشورات دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص٥١ وما بعدها.

هو انها احالت القاضي الى قواعد العدالة عند فقدان النص التشريعي والعرف ومبادئ الشريعة الاسلامية، أي انها تركت للقضاء سلطة تحديد ما يدخل ضمن قواعد العدالة من عدمه[١].

ومن الامثلة الكثيرة عن مفهوم العدالة، الالتزام ببذل عناية بعد المدين قد اخل بالتزامه اذا لم يبذل في تنفيذه العناية اللازمة مثال ذلك الطبيب بمعالجة المريض، المحامي لسير الدعوى، اذا لم يبذل كل واحد منهم العناية المطلوبة او اللازمة يعدان مخلين بالتزامهما وتتقرر مسؤوليتهما[٢].إذ أن للمتضرر هنا المطالبة بالتعويض الذي يتولى القاضي تقديره وفقاً لطبيعة العقد والقانون والعرف والعدالة وفي ضوء السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي من قبل المشرع[٣].

كما جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية قضت فيه ((لدى التدقيق والمداولة تبين بان محكمة الموضوع هي التي اختارت الخبير الذي قام بتقدير سعر السوق للطن الواحد من الحنطة وفق النموذج المتفق عليه حسب التفصيل المدون في القرار التمييزي المراد تصحيحه، وقد افاد الطرفان بان ليس لديهما اعتراض على الخبير المذكور وبالتالي لا جناح على المحكمة ان هي اخذت به حسب سلطتها الموضوعية لانه اقرب الى تحقيق العدالة دون السؤال من مصلحة تنظيم تجارة الحبوب، اما إذ كان التقدير عن الاخلال بالالتزام يدخل في حسابه جميع الاضرار واضافة قيمة الاكياس واجور النقل التعبئة وخياطة الاكياس انما يكون في حالة التنفيذ العيني، لذا فان طلب التصحيح يكون غير مقبول لعدم استناده الى سبب من الاسباب الواردة في المادة (٢٣١) مرافعات لذا قرر رد القرار[٤].

كما تظهر قواعد العدالة عند التعويض عن المسؤولية التقصيرية حيث ان المحاكم تؤكد في قراراتها على التعويض المعادل للضرر أي لا يوجد فيه لا ربح ولا خسارة الى ان هذه التأكيدات هدفها ابعاد القرارات عن النقض من محكمة التمييز[٥].

---

(١) القاضي عباس قاسم الداقوقي، مصدر سابق، ص٣٤٢ وما بعدها.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، في مصادر الالتزام، ص٣، ٤.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، طبعة دار الفكر، بلا تاريخ نشر، ص٩٥٨-٩٥٩.

(٤) رقم القرار، ٢٩٦/ هيئة عامة/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٥/٢٨،غير منشور

(٥) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص١٦٣٠.

وتأخذ المحاكم عند التقدير اعتبارات مختلفة ولها سلطة تقديرية في ذلك، من هذه الاعتبارات متعلقة بالمتضرر وبالمسؤول عن الضرر وبجسامه الخطأ وحتى المركز المالي[١].

كما نص المشرع العراقي صراحة على دور قواعد العدالة عند تقدير التعويض في حالة تجاوز حدود الدفاع الشرعي اذ نصت المادة (٢١٢) من القانون المدني على انه ((١- الضرورات تبيح المحظورات ٢- فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عن غيره كان غير مسؤول، على ان لا يجاوز في ذلك القدر الضروري والا اصبح ملزماً بالتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة))[٢].

وتجد الاشارة الى ان القضاء العراقي قد دأب في العديد من احكامه على تطبيق مبادئ العدالة فيما يتعلق بالجانب الاجرائي (الشكلي) سواء ما كان متعلقاً بالقواعد الاجرائية المتعلقة بحضور الخصوم او تحديد المواعيد او ما يتعلق بمصاريف الدعوى وكما يلاحظ صدور مبدأ قضائياً مهماً، حيث كان المعمول سابقاً ان عدم تحديد ساعه للمرافعة فانه يتوجب على الخصم الحضور منذ بداية الدوام الرسمي والا يكون من حق الخصم الآخر ابطال الدعوى ويكون هذا القرار الأخير موافقاً للقانون، الا ان محكمة التمييز عدلت عن هذا الرأي واستقر قضائها على وجوب انتظار الخصم حتى نهاية الدوام الرسمي في حالة عدم تحديد ساعة في يوم المرافعة لنظر الدعوى مراعاة لقواعد العدالة وهذا ما جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق قضت فيه ((ان قانون المرافعات المدنية وان سكت عن تعيين ساعة لحضور المتداعين في حال تأجيل المرافعة الى يوم آخر فان ذلك لا يعني الزام المتداعين بالانتظار للمناداة عليهما طول مدة الدوام الرسمي لمجافاة ذلك للعدالة ووجوب عدم التعسف في تطبيق القانون وعدم انتهاج المحكمة خطة الزام المتداعين بالحضور لساعة معينة لا يجعل لها الخيار بأبطال عريضة الدعوى متى شاءت وفي

---

(١) تنص الفقرة الثالثة من المادة (١٩١) من القانون المدني العراقي صراحةً على الاخذ بنظر الاعتبار المركز المالي للخصوم في تقدير التعويض.

(٢) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية قضت فيه ((ان الدفاع الشرعي في حدوده يرفع المسؤولية تماماً، لانه استعمال لحق، واستعمال حق في حدوده لا يشكل خطأ ولا يرتب مسؤولية حتى لو نشأ عنه ضرر للغير، اما تجاوز الدفاع الشرعي او تحقق حالة الضرورة فكلاهما عذر شرعي موجب لتخفيف المسؤولية)). قرار رقم ٢٠٧٧- لسنة ٥٠ قضائية، جلسة ٢٠٠١/١٠/٢٢ ح٢، ص١٠٥٦. وللمزيد من قرارات محكمة تمييز العراق حول دور قواعد العدالة، راجع القرار رقم ١٠٥، ١٧٩٠ في ١٩٧٢/٤/٢٧، مشار إليه في،القاضي عباس قاسم الداقوقي، مصدر سابق، ص٣٧٢.

اية ساعة من الدوام، وانما ينبغي ارجاء اصدار قرار الابطال الى ما قبل انتهاء الدوام الرسمي وبعد انتهاء المحكمة من المرافعة في كافة الدعاوى خاصةً اذا كان اطراف الدعوى من المحامين الذين تتطلب مهمتهم المرافعة في محاكم بعيدة))[١].

كما قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد (أن مؤدى نصوص المواد ١٨٤،١٨٥،١٨٦ من قانون المرافعات أن المشرع نظم بهذه النصوص القواعد التي تحكم تحديد الخصم الذي يتحمل الرسوم القضائية والمصاريف الرسمية التي إستلزمها رفع الدعوى، فلا تسري هذه النصوص في حالة إنتهاء الخصومة بغير حكم في الدعوى كما في حالة إنتهاء الخصومة في الإستئناف بغير حكم بسبب تنازل المدعي المحكوم له عن الحكم المستأنف أثناء نظر الإستئناف المرفوع من المحكوم ضده، وكان إغفال هذا التنظيم يعد نقصاً تشريعياً يوجب على القاضي تكملته بالإلتجاء إلى المصادر التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني ومنها قواعد العدالة فإن الحالة سالفة البيان هو تحمل المتنازل عن الحكم المستأنف جميع المصاريف الناشئة عن الخصومة لأنه قد حال بتنازله بين المحكمة والمضي في نظر الدعوى والفصل في موضوعها وبيان وجه الحق فيها)[٢].

(١) رقم القرار، ٢/هيئة عامة اولى/ ١٩٧٤ ،في ١٩٧٤/٢/٢٦، مشار إليه في، د. اسماعيل نامق، العدالة واثرها في تطبيق القاعدة القانونية، مصدر سابق، ص٢٩٣.

(٢) الطعن رقم،١٢٠٧١ لسنة ٨٩ قضائية، الدوائر التجارية، جلسة ٢٠٢٠/٢/٢٣،منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية عبر الرابط الالكتروني: www.cc.gov.ed/civiljudgments

الباب الثاني

دور المبادئ القضائية في الدعوى المدنية ومدى إلزاميتها

الفصل الأول
مدى إلزامية المبادئ القضائية في الدعوى المدنية

يتولى المشرع وضع القوانين التي يقتضيها تنظيم الأوضاع في المجتمع بما يتماشى مع التطورات التي تطرأ على حياة الأفراد،حماية لحقوقهم،ويقوم القضاء بما يصدر عن محاكم الموضوع من أحكام قضائية،سواء محاكم الدرجة الأولى أو الثانية،بتطبيق تلك القوانين على المنازعات المعروضة أمامه بما يحقق الحماية القانونية المطلوبة.

على أن المحاكم قد تختلف في تطبيق تلك القوانين على المنازعات المطروحة أمامها نظراً لكثرتها ودقتها عادة،أو لصعوبة فهمها أو تفسيرها لتلك القوانين أحياناً، أو لأن القوانين لا تتضمن الحل الملائم لتلك المنازعات نظراً للتطور الحاصل في المجتمع الذي نشأت تلك المنازعات نتيجة له،لذا فإن من الضروري أن توجد على قمة سلم التدرج القضائي للمحاكم هيئة قضائية تقوم بالسهر على إحترام القانون وتراقب المحاكم في تطبيقها له وتفسيره التفسير الصحيح،وهذه الهيئة القضائية العليا هي محكمة التمييز أو(النقض).

فمهمة محكمة التمييز بما يصدر عنها من مبادئ قضائية تتمثل في ضمان وحدة القانون عن طريق توحيد القضاء،وذلك من خلال مراقبة المحاكم في تطبيقها للقانون وفي دقة تفسير نصوصه المنطبقة على المنازعات المعروضه عليها بما يحقق وحدة التطبيقات القضائية،كل ذلك من خلال ما تصدره من مبادئ قضائية تضمن السير المنتظم والدقيق لعمل المحاكم تحقق من خلاله الإحترام الشديد للقواعد والمبادئ القانونية.

وترتيباً على ما تقدم فإن مهمة محكمة التمييز من خلال ما تصدره من مبادئ قضائية تتمثل في إضفاء الفاعلية على وحدة القانون وذلك بضمان وحدة القضاء،وحتى تحقق محكمة التمييز هذه المهمة فإن المبادئ القضائية التي تتضمنها الأحكام الصادرة عنها تتمتع بقوة قانونية خاصة،وأن هذه المبادئ لا تصدر عنها بصورة مجردة بصيغة تعليمات أو توجيهات ملزمة لسائر المحاكم،وإنما ترسيها الأحكام الصادرة عنها بصدد القضايا المطروحة عليها بما يفرض على سائر المحاكم الأخذ بها في المنازعات المماثلة لتلك التي صدرت بشأنها،نظراً للمقام الرفيع الذي تشغله محكمة التمييز في قمة التدرج القضائي والذي من خلاله يمكنها التهديد بنقض الأحكام التي لا تتماشى مع ما أرسته من مبادئ قضائية بخصوص القضايا المشابهة لها التي سبق وأن قضت فيها بتقرير حلول معينة بشأنها،فضلاً عن أن إستقرار وثبات قضاء محكمة التمييز على

الأخذ بما قررته من مبادئ قضائية ما يسمح بأن تكون هذه المبادئ معلومة بصورة مطلقة لقضاة المحاكم المختلفة وللمتقاضين،فمحكمة التمييز تحقيقاً لمهمتها تحاول أن لا تعدل،دون أسباب جدية عن الحلول التي سبق لها وأن تبنتها في المبادئ القضائية الصادرة عنها،لذلك فليس هناك ما يدفع قضاة محاكم الموضوع لمقاومة تلك الحلول ومخالفة المبادئ القضائية فيما يصدر عنهم من أحكام في قضايا مماثلة.

وأن قوة المبادئ القضائية ووجوب إتباعها من قبل المحاكم المختلفة في القضايا المشابهة تختلف تبعاً لنوع الدعاوى الصادرة بشأنها والموضوع الذي تم تقريرها لإيجاد الحكم الملائم له وبحسب ما إذا كانت تتعلق بالمسائل القانونية ذات الصلة بموضوع النزاع أو تتصل بالإجراءات التي يقتضيها حسم النزاع في الدعوى المنضورة أمام القضاء،فضلاً عن أهميتها بالنسبة للجهة الصادرة عنها وفيما إذا كانت صادرة من الهيئة القضائية العامة في المحكمة العليا أو ما دونها من الهيئات القضائية في تلك المحكمة،أو كانت صادرة من الجهة المختصة بنظر الطعون التمييزية ضمن نطاق مكاني محدد وبخصوص نوع معين من الدعاوى،وعلى هذا الأساس فإن هناك من المبادئ القضائية ما يجب إتباعها من قبل المحاكم المختلفة،وأن البعض الآخر ما لا يعدو إلا أن تكون مرشدة للمحاكم فيما يعرض عليها من منازعات مشابهة بشأن الحلول التي يقتضي الأخذ بها لحسم تلك المنازعات.

وللإحاطة بموضوع هذا الفصل يقتضي ذلك دراسته في مبحثين،سنخصص المبحث الأول لدراسة المبادئ القضائية الواجبة الإتباع،ونتناول في المبحث الثاني دراسة المبادئ القضائية الإرشادية.

المبحث الأول
المبادئ القضائية الواجبة الإتباع

أن وحدة الحلول القضائية فيما يصدر عن المحاكم المختلفة في القضايا المطروحة أمامها المتعلقة بالمنازعات ذات المضمون المتماثل خاصة في الحالات التي لا يوجد حكم في القواعد القانونية القائمة يسري بشأنها،أو أن يكون الحكم مبهماً يقتضي تفسيره وتحديد معناه،فإن تحقيق وحدة هذه الحلول وما يترتب عليها من بعث الثقة المشروعة في نفوس المتقاضين بمعرفة القواعد القانونية التي تحدد المراكز القانونية لسائر العلاقات التي تنشأ بينهم لا يكون إلا بقيام المحكمة العليا في النظام القضائي للدولة بخلق الحلول العادلة للمنازعات المعروضة أمام القضاء وقيام المحاكم الأدنى في إتباع هذه الحلول في القضايا اللاحقة المماثلة لها.

عليه وللإحاطة بموضوع هذا المبحث يقتضي ذلك تقسيمه إلى مطلبين ، سنتناول في المطلب الأول بيان الأسباب الداعية لضرورة الإعتراف بالقوة الملزمة للمبادئ القضائية،وسنتناول في المطلب الثاني دراسة نطاق وجوب إتباع المبادئ القضائية.

المطلب الأول
الأسباب الداعية لضرورة الإعتراف بالقوة الملزمة للمبادئ القضائية

أن الإلتزام بإحترام المبادئ القضائية يعد عنصراً هاماً في تحقيق الأمن القانوني،وفي تحقيق وحدة القضاء في الدولة،عليه ولدراسة موضوع هذا المطلب سنتناول دراسته في فرعين،سنتناول في الفرع الأول دراسة الإلتزام بالمبادئ القضائية تحقيق لمبدأ الأمن القانوني،ونتناول في الفرع الثاني بيان تحقيق وحدة القضاء من خلال إحترام المبادئ القضائية.

الفرع الأول
الإلتزام بالمبادئ القضائية تحقيق لمبدأ الأمن القانوني

سادت المجتمعات في الوقت الحاضر العديد من الأفكار القانونية الحديثة،وفي مقدمتها مبدأ الأمن القانوني، الذي يعد من أكثر المفاهيم تداولاً في المجال القانوني والقضائي،لا سيما عندما يتعلق الأمر بتقييم نظام قانوني أو قضائي معين،أو عند تقييم مسار وضع القاعدة القانونية،سواء أكان ذلك من قبل المشرع،أو من جانب القضاء بما يقرره من مبادئ قضائية.

فكثيراً ما يوجه النقد للأنظمة القانونية والقضائية نتيجة عدة عوامل،تتعلق بتضخم النصوص التشريعية، أو عدم إستقرار القوانين بسبب تغييرها المتكرر لمواكبة مقتضيات التطور الإقتصادي، أو التراجع عن المبادئ القضائية المستقرة، إلى غير ذلك من العوامل الكثيرة التي تؤدي إلى خلخلة التوقعات الفردية للمعنيين بالقانون.

لقد تزايد الإهتمام بمبدأ الأمن القانوني، بفعل التطورات المتلاحقة في العالم المعاصر على مختلف الأصعدة السياسية والإقتصادية والإجتماعية، بشكل أصبحت معه توحي بعدم الإستقرار في حياة البشرية، وأصبح تبعاً لذلك على القضاء مواجهة تحديات جديدة مع المحافظة على دوره كعامل إستقرار،لأن ما ينتج عن القضاء عند مواكبته لمستجدات الحياة المعاصرة،قد يؤدي في بعض الأحيان إلى زيادة عدم الإستقرار بدل التقليل منه.

وترتيباً على ذلك أصبح مبدأ الأمن القانوني في صلب الإهتمام بفضل ما يوفره للأفراد ورجال القانون من حماية في إستقرار الإطار القانوني الذي يتعاملون في مجاله،ويتعاقدون من خلال قواعده، وينتظمون بالنسبة لإلتزاماتهم تبعاً لمقتضياته.

وإذا كان مبدأ الأمن القانوني قد شاع منذ مدة،وتركزت حوله مجموعة من المفاهيم والأفكار، فإن مصطلح الأمن القضائي أصبح يطرح بدوره عدة مفاهيم وتصورات[1].

وفي سبيل الإلمام بالموضوع،سيتم التطرق إلى تحديد مفهوم مبدأ الأمن القانوني من خلال بيان تعريفه وإسسه، والتطرق للأمن القضائي، وعلاقة المبادئ القضائية بالأمن القانوني وذلك في الفقرات الآتية:

أولاً: مفهوم الأمن القانوني

لبيان مفهوم الأمن القانوني يقتضي ذلك بيان تعريفه والتطرق لأسسه،وهو ما نتناوله في النقاط الآتية:

(١) أنظر بهذا الصدد، محمد سالم كريم ، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني ،بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، التي تصدر عن كلية القانون/جامعة القادسية ، العدد الثاني ، المجلد الثامن ،كانون الأول ،٢٠١٧ ،ص٣١٧.

١. تعريف الأمن القانوني:

رغم الإستعمال الشائع لمبدأ الأمن القانوني،فإنه قلما يتم الإهتمام بتعريف هذا المبدأ، ويرجع ذلك إلى صعوبة وضع مثل هذا التعريف بالنظر إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر، ومتنوع الدلالات،وكثير الأبعاد،فضلاً عن حضوره في كثير من المجالات(١).

وعلى الرغم من الصعوبات في وضع تعريف جامع مانع لمبدأ الأمن القانوني،إلا أن الأمر لم يخلو من محاولات الفقه والقضاء في تحديد معناه،فيعرفه البعض بأنه معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح،بحيث يمكنهم ذلك من تحديد ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات،بما يمكنهم من إجراء تصرفاتهم بإطمئنان إستناداً إليها،دون خوف أو قلق من نتائج هذه التصرفات في المستقبل(٢).

في حين ذهب البعض إلى أن الأمن القانوني يعني وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقة القانونية وحداً من الإستقرار للمراكز القانونية،لغرض إشاعة الطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية،بغض النظر عما إذا كانوا أشخاص قانونية خاصة أو عامة،بما يمكنهم من ترتيب أوضاعهم القانونية وفق القواعد القانونية القائمة وقت مباشرة أعمالهم وصدور التصرفات القانونية عنهم،دون أن تتعرض علاقاتهم لمفاجئات أو أعمال لم تكن بالحسبان صادرة عن إحدى سلطات الدولة الثلاث،يكون من شأنها هدم ركن الإستقرار أو زعزعة روح الثقة بالنظام القانوني للدولة(٣). بعبارة أخرى يعني ضرورة إلتزام السلطات العامة بتحقيق قدر نسبي من العلاقات

وقد تعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسي لتعريف الأمن القانوني بكونه مبدأ يقتضي بموجبه أن يتمكن المواطنين دون عناء من تحديد ما هو مباح وما هو محضور القيام به بموجب

---

(١) لمزيد من التفصيل،ينظر:د.رفعت عيد سيد،مبدأ الأمن القانوني،دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع،٢٠١١،ص١٩، د.محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي،مبدأ الأمن القانوني،بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق في جامعة المنصورة،٢٠٠٤،العدد ٣٦،ص٦٢.

(٢) د. وجدي راغب فهمي،مبادئ القضاء المدني،دار النهضة العربية للنشر والتوزيع،ص٤٩.

(٣) د. يسرى محمد العصار،الحماية الدستورية للأمن القانوني،بحث منشور في مجلة الدستورية،السنة الأولى، العدد الثالث، القاهرة،٢٠٠٣،ص٣١.

القانون السائد،وللوصول إلى هذه النتيجة، يتعين أن تكون القواعد المقررة في النظام القانوني واضحة، ومفهومة،وأن لا تخضع بمرور الزمان إلى تغييرات متكررة وغير متوقعة[١].

٢. أساسيات مبدأ الأمن القانوني

يهدف مبدأ الأمن القانوني إلى حماية الأفراد من الآثار الثانوية السلبية للقانون،لا سيما تعقد القواعد القانونية، وعدم إنسجامها،وتعديلها المتكرر،وعدم إستقرار المراكز القانونية للإفراد الذين يستندون إليها في تنظيم علاقاتهم القانونية،مما يترتب عليه إنعدام الأمن القانوني،عليه ولقيام مبدأ الأمن القانوني وتكريسه على أرض الواقع يستلزم الأمر تحقيق عدة متطلبات في القواعد القانونية منها، وضوح القواعد القانونية وسهولة فهمها وإستيعابها من قبل المخاطبين بها،وإستقرار العمل بها وعدم تغييرها المتكرر،والحرص على وحدة تطبيقها بمساواة على جميع العلاقات القانونية التي تسري بشأنها،وعلى هذا الأساس فإن الأمن القانوني يتطلب مناخاً قانونياً سليماً،بدءً من جودة إعداد وصياغة القواعد القانونية وحتى تطبيقها على العلاقات القانونية الخاضعة لها على الوجه المطلوب، فضلاً عن ضرورة الإعلام والنشر في كل ما يرتبط بالقواعد القانونية من تعديل وتغيير نتيجة مواكبة التحولات التي يعرفها المجتمع المعاصر ليكون الأفراد على علم بذلك والأخذ بهذه التغييرات في علاقاتهم القانونية وعدم مفاجئتهم بقواعد قانونية جديدة لم يكونوا على علم بها[٢].

والذي يهمنا بهذا الصدد من هذه الإسس هو إستقرار العمل بالمبادئ القضائية وتوحيد تطبيقها بشأن جميع المنازعات المتشابهة بما يحقق المساواة بالنسبة لجميع العلاقات القانونية التي يمكن إعمال الحلول المقررة بشأنها،فضلاً عن ضرورة نشر وإعمام تلك المبادئ.

ثانياً: علاقة المبادئ القضائية بمبدأ الأمن القانوني

ينظر إلى الأمن القانوني بأنه لا يعدوا أن يكون الإسم الذي يطلق على ما يقرره القاضي من أحكام تتجسد فيها مظاهر الإنصاف والسلطة التقديرية، وأنه في ظل غياب القواعد القانونية المكتوبة، والأخذ بالمبادئ القضائية المستندة إلى الإجتهاد القضائي لمواجهة الأوضاع غير المتوقعة قانوناً،تزداد علاقة المبادئ القضائية بالأمن القانوني،ذلك أن المبادئ القضائية ما هي

---

(١) التقرير العام لمجلس الدولة الفرنسي الصادر عام ٢٠٠٦.

(٢) عبد المجيد غميجة،مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي،بحث مقدم في إطار الندوة المنظمة للقضاة،الدار البيضاء،٢٠٠٨،ص٥.

إلا تأويل للقواعد القانونية المكتوبة،إذ في حالة عدم وجود حكم واضح للقضية المعروضة أمام القضاء في القواعد القانونية القائمة ليس من سبيل أمام القضاء إلا إعطاء حل لهذه القضية من خلال الموائمة بين القواعد القانونية الموجودة وموضوع النزاع القائم وهو في كل ذلك لا يخرج عن جوهر النظام القانوني للدولة والقيم السائدة في المجتمع،وهو من هذه الناحية يدخل في باب إبتكار القاعدة القانونية،بما يثيره من مناقشات على دوره في هذا الصدد،غير أن الإشكال الأكثر إثارة هو عدم الإنتظام على تطبيق المبادئ القضائية في جميع الحالات المماثلة،لما يطرحه ذلك من تأثير على مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة للمتقاضين بل وعلى حقوقهم المكتسبة،إذ بعد إطمئنانهم لحكم معين مقرر بمقتضى مبادئ قضائية إستقر العمل على إتباعها في قضايا مماثلة سابقة وجرى التعامل بينهم على أساسه، قد يتفاجئون بتطبيق حكم آخر على قضاياهم يختلف عما هو مقرر سابقاً من قضاءمختلف،وعلى هذا الأساس فإن الإشكالية التي تثيرها المبادئ القضائية من حيث علاقتها بالأمن القانوني هي قابلية التوقع،فإنه على غرار القاعدة القانونية المكتوبة ينبغي أن تكون المبادئ القضائية كذلك من حيث قابلتها للتوقع وذلك من خلال إحترام المبادئ القضائية وتطبيق الحلول المقررة بمقتضاها على جميع القضايا التي تعرض على المحاكم في الحالات المماثلة والحد من تضارب هذه الحلول في القضايا المذكورة من خلال وحدة تطبيقها،والتحكم في تطور المبادئ القضائية بما يفرضه واقع العمل القضائي لمواكبة مستجدات الحياة العملية من خلال ملائمة القواعد القانونية مع المتطلبات المستجدة،بحيث لا يتم التراجع عن هذه المبادئ أو العدول عنها إلا بعد دراسة وتمحيص كافة الجوانب والأبعاد التي ستنجم عن ذلك مع ضرورة الإعلان عن تغيير هذه المبادئ مستقبلاً،لإعلام الأفراد وسائر المتقاضين بهذا التغيير الذي يقتضيه أمر تطوير الحلول القانونية[1].

عليه ومن خلال ما تقدم فأن مبدأ الأمن القانوني وبقدر علاقته بالمبادئ القضائية من حيث كون أحد مدلولاته يقتضي أن يكون الإفراد على علم بالقواعد القانونية التي يقومون بتنظيم علاقاتهم القانونية بالإستناد إليها وأن يكون بإمكانهم توقع الأحكام القانونية المقررة بمقتضاها،وحيث أن المبادئ القضائية هي التي تقرر الحلول الخاصة للعلاقات القانونية بين الأفراد في حالة غياب القواعد القانونية المكتوبة،فإنه طبقاً لمبدأ الأمن القانوني ينبغي أن يكون

(١) عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص٢٨.

الإفراد على علم بمضمون المبادئ القضائية وعدم مفاجئتهم بحلول أخرى خلافها وأن ذلك لا يتحقق ما لم تكون هذه المبادئ القضائية مطردة في الأخذ بها في القضايا المتشابهة بحيث ينشأ عنها قضاء ثابت مستقر تطبقه كافة المحاكم بإنتظام على القضايا المذكورة ويكون واجب الإتباع.

الفرع الثاني
إحترام المبادئ القضائية تجسيد لوحدة القضاء

أن المبادئ القضائية التي ترسيها محكمة التمييز(النقض) في القضايا المطعون بها أمامها تجسيداً لدورها المتمثل بكونها الهيئة القضائية العليا التي تتربع على قمة سلم التدرج القضائي لمحاكم البلاد،وحتى يتحقق الهدف من ذلك يجب أن تطبق القوانين وتفسر بنفس الطريقة بالنسبة لجميع المتقاضين، ومن قبل مختلف المحاكم،بغية تحقيق المساواة،كمبدأ من مبادئ العدالة، وهذا المبدأ لا يمكن تحقيقه إلا بوحدة تطبيق وتفسير القوانين من قبل قضاء موحد يفرض مذهبه على المحاكم المختلفة،بمراقبة الأحكام والقرارات المتناقضة،فوحدة القضاء تعد مقدمة ضرورية لكي تسمح بمعرفة القانون،وتفسير العلاقات القانونية، وبالتالي سلامتها[1].

ذلك أن تطبيق القانون دون منطق مستقر محدد،يؤدي إلى المرونة في التطبيق وعدم الإستقرار على إحترام معنى محدد للقانون وهو ما يفقده خصيصته الإلزامية ويضعف من علة وجوده،والمجتمع في الدولة القانونية بحاجة إلى الإحساس بثبات القانون ويقين أحكامه،ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضٍ إلى آخر،ومن حالة إلى أخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز قوته الإلزامية[2].

ووحدة القضاء أمر لا غناء عنه لتحقيق وحدة القانون،لأن وحدة تفسير النصوص القانونية تفسيراً واحداً أمر ضروري لإستقرار العلاقات القانونية وبث الطمأنينة بين المتقاضين،إذ أن من ضرورات كل نظام قانوني أن تطبق قواعده بدقة تكفل له الطاعة وأن تفسر بطريقة واحدة تسري على كافة الأفراد في الدولة في علاقاتهم القانونية،ضماناً لتحقيق مبدأ المساواة أمام

---

(١) د.محمد نور عبد الهادي شحاتة،سلطة محكمة النقض في إستبدال الأسباب في المواد المدنية،دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٢، ص٥.

(٢) د.أحمد فتحي سرور،سلطة محكمة النقض في الرقابة لضمان حسن تطبيق القانون،دار النهضة العربية، القاهرة، بدون ذكر سنة نشر، ص٩.

القانون، وأن ذلك لا يمكن تحقيقه إلا من خلال وحدة التطبيق والتفسير القانوني عن طريق المحكمة العليا التي ينبغي أن تسري أحكامها على كافة المحاكم لتجنب حدوث تعارض في الأحكام(١)

وأن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد،ماهي الوسائل التي تكفل تحقيق وحدة القضاء؟أن الإجابة على هذا التساؤل يكون من خلال بيان الوسائل في الفقرات الآتية:

أولاً: وحدة محكمة التمييز

أن وجود محكمة عليا واحدة على رأس التنظيم القضائي في الدولة أمر تمليه طبيعة مهمتها في كونها محكمة تمسك بخيط أحكام المحاكم الأدنى ضماناً لعدم الإختلاف فيما بينها بشأن تطبيق القانون وتأويله، ومن ثم لا يتصور أن تتعدد محاكم التمييز(النقض) داخل الدولة(٢)، إذ سيكون لكل محكمة قضائها الخاص بها،وذلك يحول دون توحيد القضاء،بل أن ذلك يمكن أن يعمق من إختلاف أحكامه،ونكون أمام مشكلة إختلاف أحكام محكمة التمييز بدلاً من السعي لتحقيق توحيد القضاء(٣).

ثانياً: التغلب على مضار تعدد هيئات محكمة التمييز

أن تعدد هيئات أو دوائر محكمة التمييز أصبح أمراً تحتمه مختلف الأنظمة القضائية نظراً لكثرة القضايا المعروضة على المحكمة العليا وتنوعها،بحيث أصبح تشكيل المحكمة من هيئة واحدة أمراً متعذراً ويؤدي إلى عجزها عن القيام بمهمتها،خاصة وأن عدد الطعون في إزدياد مطرد،وعلى هذا الأساس فإن وجود محكمة تمييز واحدة لا يضمن في حد ذاته وحدة القضاء،إذ أن تعدد هيئاتها على النحو المذكور يتيح الفرصة أمام الإختلاف في أحكامها ولا نكون في هذه الحالة أمام وحدة في التطبيق القضائي،فالسؤال الذي يطرح في هذا الصدد كيف يتم تجنب الإختلاف في قضاء محكمة التمييز لتعدد الهيئات القضائية فيها والتغلب على المضار التي تنشأ بهذا الصدد؟

---

(١) د.مصطفى كيرة،النقض المدني،الهيئة المصرية العامة للكتاب،القاهرة،١٩٩٢،ص١٣.

(٢) د. أحمد السيد صاوي،نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون ذكر سنة نشر،ص٨.

(٣) د.مصطفى كيرة،مصدر سابق،ص١٣.

أن الإجابة على ذلك يكمن في بيان الوسائل التي أخذت بها الأنظمة القضائية التي يمكن إيرادها في النقاط الآتية:

١. أن يلحق بمحكمة التمييز مكتب فني يتولى عرض الطعون المتماثلة والمرتبطة التي يحتاج الفصل فيها إلى تقرير مبدأ قضائي واحد على المحكمة ليتم النظر فيها من قبل هيئة قضائية واحدة في المحكمة.
٢. أن يتاح لأعضاء كافة هيئات المحكمة الوقوف على كافة الأحكام الصادرة عن المحكمة في القضايا التي سبق وأن فصلت فيها المماثلة للمسألة المعروضة على المحكمة.
٣. أن يتاح لقضاة المحكمة كافة الوقوف على كافة المبادئ القضائية المتعلقة بالقضية المطروحة عليها بغض النظر عن الدائرة التي أصدرتها، ولتحقيق ذلك ينبغي أن يرفق بملف كل قضية طعن تعرض على المحكمة قائمة بأبرز المبادئ القضائية التي أقرتها المحكمة في القضايا السابقة للقضية المطروحة عليها.

ومن المبادئ القضائية المقررة بهذا الصدد بخصوص دور المبادئ القضائية في تحقيق وحدة القضاء من خلال ضمان تطبيق ذات الحلول التي يقررها على كافة المنازعات المعروضة أمامه، فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قررت فيه(ولأهمية موضوع الدعوى ولضمان الوصول إلى مبدأ موحد يراعى مستقبلاً ولضمان وحدة القرار القضائي ، حصلت الموافقة على عرض الدعوى على الهيئة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية لتقرير المبدأ)[١]. كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها قررت فيه(ولإختلاف وجهات النظر بخصوص الحكم بالتفريق للهجر طبقاً لأحكام المادة(٤٣/أولاً/٢) من قانون الأحوال الشخصية عند غياب المدعى عليه عن المرافعة بعد تبلغه بالصحف لمجهولية محل إقامته وعدم معرفة مصيره وبهدف الوصول إلى مبدأ قضائي بخصوص الدعوى المعروضة على هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية في محكمة التمييز الإتحادية والخاصة بذات الموضوع حصلت الموفقة على إحالة الطعن على الهيئة العامة)[٢]، كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها قضت فيه بأنَّ (قضاء الهيئة العامة واجب الإتباع في الحالات المشابهة؛ ذلك أنّ كلمة الفقه إجتمعت على أن الإنسان هو

(١) رقم القرار ، ٢٥/ الهيئة العامة /٢٠١٧ ، في ٢٠١٧/٨/٢٨، غير منشور.
(٢) رقم القرار ، ٤١/ الهيئة العامة /٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/١٢/٢٦، غير منشور.

غاية كل تنظيم قانوني وقضائي، وأن المجتمع يشعر دائماً بالحاجة الملحة إلى ثبات القانون ووحدة تطبيقه، ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضي لآخر، ومن حالة لأخرى، سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز إرادته الإلزامية، ويكون مبدأ توحيد أحكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من الخيال...)[1].

المطلب الثاني
نطاق وجوب إعمال المبادئ القضائية

أن المبادئ القضائية التي تتضمنها أحكام محكمة التمييز لا تكون بنفس المرتبة من القيمة من حيث وجوب إحترامها من سائر المحاكم،إذ أن من المبادئ القضائية ما هو ملزم لكافة المحاكم،فتبدو أحكام محكمة التمييز المقررة لها ذات أهمية خاصة غير عادية،وذلك حينما تفصل أحكام محكمة التمييز في مشكلة قانونية،حيث يكون لأحكامها الصادرة بهذا الصدد قوة كبيرة بالنسبة للفصل في أي دعوى أخرى وفي أي وقت لاحق،بينما تكون حجية وقوة أحكام محكمة التمييز ضعيفة في حالات أخرى ومقصورة على الحكم في الدعوى التي صدرت فيها،بينما تكون في حالات كثيرة تبدو حجية هذه الأحكام باهتة تماماً وغير موجودة في المرة.

بعبارة أخرى أن المبادئ القضائية لا تتمتع بذات الحجية القضائية،فمنها ما هو ملزم لكافة المحاكم، ومنها ما هو مقيد لمحكمة محددة، ومن تلك المبادئ ما لا يقيد أي محكمة من المحاكم القضائية، وأن كل ذلك يكون تبعاً للهيئة القضائية في المحكمة العليا التي صدرت عنها،وحسب طبيعة الموضوع التي تم تقرير المبادئ القضائية بشأنه.

وترتيباً على ذلك تكون المبادئ القضائية واجبة الإتباع في حال صدورها عن الهيئة العامة أو(الجمعية العامة) في المحكمة العليا،وكذلك إذا تعلقت بموضوع يتضمن مشكلة قانونية من حيث عدم وجود حكم في القواعد القانونية القائمة بصدده وكانت المبادئ القضائية قد تضمنت نقض ما قررته المحكمة المطعون في حكمها من حل بشأنه لغياب الأساس القانوني ومخالفة حكم محكمة الموضوع بخصوصه لأحكام القانون.

---

(١) أنظر، قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ١٢٩ / هيئة عامة / ٢٠٠٨، غير منشور .

عليه وللإحاطة بموضوع هذا المطلب سنتناول تقسيمه إلى فرعين،سنتناول في الفرع الأول بيان وجوب إتباع المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة،ونتناول في الفرع الثاني بيان حجية المبادئ القضائية الصادرة في النزاع الذي لا يوجد حكم في القواعد القانونية بمعالجته والذي قرر الحكم المنشئ للمبدأ القضائي نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون.

الفرع الأول

وجوب إتباع المبادئ القضائية الصادرة عن محكمة التمييز بهيئتها مجتمعة

تعد محكمة التمييز الهيئة القضائية العليا التي لها ممارسة الرقابة القضائية على جميع محاكم البلاد،من خلال إشرافها على تفسير القانون وتوحيد فهمه وتطبيقه،وتقرير القواعد القانونية الصحيحة،وتثبيت القضاء بشأنها، ذلك أن كثرة المنازعات وما يقتضيه حسمها من سرعة،يجعل تعدد المحاكم أمراً محتوماً، كما يجعل من إختلافها في فهم القانون وتطبيقه أمراً محتملاً،مما يؤدي في النهاية إلى إختلاف أو تناقض الأحكام في المسألة الواحدة، ولهذا أنشئت المحاكم العليا لتكون لها الكلمة الأخيرة في الأحكام التي ترفع إليها،فتنقض الأحكام المخالفة للقانون،وتضع القاعدة القانونية التي يجب الأخذ بها والسير على مقتضاها[١].

وأن إستقرار القضاء على رأي ثابت في فهم النصوص القانونية وتطبيقها من خلال ما يصدر عنه من مبادئ قضائية، يعد من مقتضيات سلامة التعامل في مجال العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد، وإذا كان في سلامة التعامل ما يقتضي إستقرار القضاء على رأي ثابت،فإن في تأصل مذاهب الفقه وقواعد القانون في أذهان القضاة ما يفرض عليهم ذلك الثبات والإستقرار،وسواء أكان القاضي قد وضع حلاً للنزاع المعروض عليه بإبتداع الحكم بناءً على إجتهاده القضائي،أو جرى تطبقاً لقاعدة قانونية موضوعة سلفاً،فإنه لا بد من الإستقرار على ذلك، وإلا كان الحكم مجرد هوى في النفس يتقلب تبعاً لتقلب الأهواء،وهذا لا يصح قاعدة لبناء الأحكام[٢].

---

(١) أحمد جلال الدين هلالي،قضاء التمييز،نشأته وتطوره،مجلة القضاء والقانون،السنة الخامسة،العدد الثاني، الكويت، بدون ذكر سنة طبع ونشر، ص٢.

(٢) حسين الظريفي،تعليقات على الفقه والقضاء،بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ١٩٥٣، ص٨١.

ومن الطبيعي أن القضاء يسعى إلى تنسيق أحكامه بحيث تكون متماشية بعضها مع البعض الآخر وفق تناسق منطقي،بحيث ينبغي أن لا يصدر حكم معين في قضية معروضة على القضاء،ثم يعقبه حكم مخالف له في قضية لاحقة مشابهة للقضية الأولى[١].

وإذا كان من حق المجتمع على القضاة أن تكون معالجتهم للقضايا التي تعرض عليهم من خلال ما يصدرونه من أحكام بصددها ينبغي أن تكون ذات ثبات وإستقرار، لا تتغير إلا بتغير الزمن والظروف من حولها،لذلك فإن القانون في الواقع لا يضم إلا القواعد التي صهرها الفقه والقضاء على مدى زمن طويل من الإجتهاد والإنشاء المستمر،كان من خصائص تلك القواعد أنها ينبغي أن تكون ثابتة مع الزمن بصورة نسبية لا تخضع لتغيير سريع،فإذا وجد بين ثناياها فراغ تركه المشرع ليستدركه القاضي من بعده،أو ضاقت تلك القواعد عن الإتساع لما يستجد من وقائع الحياة المتطورة،كان لا بد للقاضي أن يتدخل ليزيل هذا القصور،فإن كان ما يقرره القضاء في هذا الصدد ينبغي فيه الثبات والإستقرار،كان لابد للمبادئ القضائية أن يكون لها ما للقواعد القانونية من خصائص الثبات والإستقرار والرسوخ ولتصبح بعد ذلك صالحة لأن تسن وترفع إلى مستوى التشريع[٢].وأن كل ذلك لا يتحقق ما لم يكن هناك تواتر وإضطراد في تطبيق ما تضمنته المبادئ القضائية من حلول في القضايا المتشابهة الذي لا يكون إلا من خلال وجوب الأخذ بها في القضايا المذكورة.

وأن محكمة التمييز في مختلف الأنظمة القضائية لا يمكن أن تتشكل من هيئة واحدة،بسبب كثرة الطعون المعروضة عليها وتنوعها مما يؤدي إلى عجزها عن القيام بمهمتها في حال تشكيلها من هيئة واحدة،فأصبح تعدد الهيئات أو الدوائر أمر يحتمه قيام المحكمة بأداء مهمتها إزاء الطعون المعروضة أمامها بإطراد[٣].

وإزاء التعدد في هيئات أو(دوائر)محكمة التمييز لا بد من وجود هيئة عليا في المحكمة تنظر في الإختلافات التي تحصل بين هيئات المحكمة وفي تقرير المبادئ القضائية للحالات التي يقتضي وضع حلول بشأنها المعروضة على إحدى هيئات المحكمة المتخصصة.

---

(١) د.صالح محسوب، فن القضاء، مطبعة العاني، بغداد،١٩٨٢، ص٦٤.

(٢) حسين الظريفي،مصدر سابق،ص٨٢.

(٣) د.أحمد السيد صاوي،نطاق رقابة محكمة النقض،مصدر سابق،ص١٩.

وترتيباً على ذلك توجد في التنظيم الهيكلي لمحكمة التمييز في مختلف الأنظمة القانونية هيئة عليا تتألف في الغالب من جميع أعضاء المحكمة الذين تتشكل منهم هيئاتها المختلفة،بالإضافة إلى ذلك توجد هيئة أخرى في الجانب المدني تضم جميع الهيئات المتخصصة في نظر الطعون التمييزية المتعلقة بالدعاوى المدنية ينعقد لها الإختصاص في حالات معينة تسمو فيها الأحكام الصادرة عنها على الأحكام الصادرة من أي هيئة متخصصة من الهيئات ذات الإختصاص في نظر نوع من الدعاوى المدنية.

وأن هذه الهيئة العليا في محكمة التمييز في العراق[١] هي الهيئة العامة التي تتألف من جميع أعضاء المحكمة وتنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز،أو أقدم نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من إشتراكه وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها وتختص بالنظر في ١. ما يحال عليها من أحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة ٢. الفصل في النزاع الذي يقع حول تعارض الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة التمييز الإتحادية[٢].

وفي القانون المصري فإن الهيئة القضائية الأعلى في محكمة النقض هي الجمعية العامة لمحكمة النقض والتي تتشكل من هيئتين أحدهما للمواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية والثانية للمواد الجنائية وتتألف كل منها من أحد عشر قاضياً،وتختص الجمعية العامة للمواد المدنية والتجارية بالنظر في العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة إذا رأت إحدى دوائر المحكمة المرتبطة بهذه الهيئة العدول عن المبدأ القانوني، أما إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة صادرة عن إحدى الدوائر الأخرى في

---

(١) كان يطلق على محكمة التمييز في العراق، محكمة تمييز العراق قبل نفاذ قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الإنتقالية النافذ في ١تموز ٢٠٠٤ والذي كان يعد الدستور المؤقت قبل نفاذ دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ،حيث ورد مصطلح محكمه التمييز في المادة(٣٥)من قانون المرافعات المدنية التي بينت الإختصاص النوعي لمحكمة التمييز في نطاق الدعوى المدنية والمادتين(١٢و ١٣) من قانون التنظيم القضائي التي بينت تعريف محكمة التمييز وعدد أعضاءها والتنظيم الهيكلي لها وإختصاص كل هيئة فيها وكيفية تشكيلها وبنفاذ قانون إدارة الدولة للمرحلة الإنتقالية أطلق على المحكمة إصطلاح محكمة التمييز الإتحادية في المادة الخامسة والأربعون منه . وبعد نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ حالياً أطلق على المحكمة ذات المصطلح الوارد في القانون الأخير وذلك في المادة(٨٩)منه ،وهي بموجب المادة(١٢) من قانون التنظيم القضائي تتألف من رئيس وخمسة نواب للرئيس وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين ويكون مقرها في بغداد.

(٢) المادة(١٢) من قانون التنظيم القضائي العراقي المعدل.

المحكمة فإنها تكون من إختصاص الجمعية العامة مجتمعة،أي إجتماع الجمعية العامة للمواد المدنية مع الجمعية العامة للمواد الجنائية وتتخذ قرارها بأغلبية أربعة عشر عضواً من قضاة المحكمة[١].

أما في القانون الفرنسي فإن الهيئة العامة في محكمة النقض هي الهيئة العليا فيها وهي تتألف من تسعة عشر قاضياً تنعقد برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية رؤساء جميع الهيئات في المحكمة والقضاة الأعلى درجة فيها وقاضي من كل هيئة من هيئات المحكمة وتنظر في القضايا المحال إليها من رئيس المحكمة أو من أحدى الهيئات فيها في الدعوى التي تعرض على المحكمة بقصد تقرير مبدأ قضائي فيها بشأن مسألة تعد محل إشكال قانوني[٢].

والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد عن مدى إلزامية المبادئ القضائية التي تقررها الهيئة العامة لمحكمة التمييز، وفيما إذا كان ذلك يقتصر على الدعوى الصادرة فيها،أو يكون وجوب إتباعها من قبل جميع المحاكم في سائر القضايا المماثلة لها؟

مما لا شك فيه أنه ليس هناك قاعدة قانونية في القوانين العراقية والمصرية والفرنسية تلزم المحاكم بأحكام محكمة التمييز الصادرة في القضايا المشابهة،فإذا كان هذا هو الموقف القانوني، فهل أن للمبادئ القضائية قوة إلزام في الواقع؟

أن المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة في محكمة التمييز لها قوة ملزمة في الواقع العملي،إذ أن مقاومة أي مبدأ قضائي صادر عن هيئات أو(دوائر) محكمة التمييز مجتمعة تبدو غير مقبولة من الناحية العملية والمنطقية[٣]،وإذا كان من الممكن أحياناً أن تغير محكمة التمييز قضائها بصدد مسألة سبق وأن قررت فيها الحكم على نحو معين،لكن ليس هناك مثل واحد عن حدوث مثل هذا التغير عندما تصدر قراراً يتضمن مبدأً قضائياً عن دوائر المحمكمة مجتمعة[٤]،ويذهب البعض بعيداً في هذا الصدد عندما يرى أن المبادئ القضائية

---

(١) المادة(٤) من قانون السلطة القضائية المصري رقم(٤٦) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٢) المادة(٤٢٠) من قانون التنظيم القضائي الفرنسي.

(3) Maury,J..observations sur la jurisprudence et tant gue source de droit,calle droit prive Francais au milieu de XXsiecle,etudes offerts a Georges Ripert T.I.L.G.D.J,A.Paris,1980,P48.

(4) Marty,Gabriel.et Droitcivil,sirey,Paris,1985,p200.

الصادرة عن الهيئة العامة هي أغزر في أحيان كثيرة من السوابق القضائية الملزمة لمجلس اللوردات في بريطانيا[١].

وترتيباً على ذلك فإن المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة مجتمعة تفرض على كافة المحاكم وجوب إتباعها في القضايا المماثلة،مما يساعد ذلك على وجود نوع من السوابق القضائية يصطلح على تسميتها السابقة القضائية العملية بمعنى أن القضاء يسير على ما سبق وأن قرره من مبادئ قضائية في قضايا مماثلة على نحو ملزم من دون أن تكون هناك قاعدة قانونية صريحة تلزمه بذلك[٢]،بحيث أنها تتمتع بقوة واقعية تتمثل برجوع القضاة إلى ما درج عليه القضاء الأعلى في القضايا التي تتطابق فيها الظروف الواقعية والقانونية بحيث تنشئ عن ذلك نوع من السابقة ليس كما هو الأمر بالنسبة لما يسير عليه القضاء في الأنظمة القانونية التي تأخذ بمبدأ السوابق القضائية وإنما تكون لما للمبادئ من قوة واقعية معينة[٣].

وأن محكمة التمييز الإتحادية في العراق أكدت على وجوب إتباع المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة من قبل جميع المحاكم في القضائية المماثلة إذ جاء في قرار لها إلى أن(..قضاء الهيئة العامة واجب الإتباع في القضايا المشابهة..)[٤].وقد بررت محكمة التمييز الإتحادية ما ذهبت إليه من وجوب إتباع المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة في قرار لها جاء فيه(أن كلمة الفقه أجمعت على أن الإنسان هو غاية كل تنظيم قانوني وقضائي،وأن المجتمع يشعر دائماً بالحاجة الملحة إلى ثبات القانون ووحدة تطبيقه،ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضي إلى آخر ومن حالة لأخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز إرادته الإلزامية ويكون مبدأ توحيد أحكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من الخيال)[٥].

---

(١) ص٢٧٦ رسالة محمد رمضان.

(٢) د.محمد أحمد رمضان،مصدر سابق،ص٣٠٧.

(٣) د.عزمي عبد الفتاح،تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية،الطبعة الرابعة،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٨،ص١٩٩.

(٤) رقم القرار،١١٥٠/هيئة مدنية عقار/٢٠٠٨،في ٢٠٠٨/٥/١٠،غير منشور،وقضت بذات المبدأ في قرارها الصادر بالعدد(٢٠٦٥/الهيئة المدنية عقار/٢٠٠٧،في٢٠٠٨/١/٢٠،غير منشور.

(٥) رقم القرار،١٢٩/هيئة عامة/٢٠٠٨،في ٢٠٠٨/٥/١٥،منشور في النشرة القضائية التي تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية/مجلس القضاء الأعلى،العدد الأول،حزيران،٢٠٠٨،ص٧٥.

بل أن محكمة التمييز ذهبت إلى أكثر من ذلك عندما عمدت إلى تعميم بعض المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة على كافة محاكم البلاد للعمل بموجبها منها على سبيل المثال الإعمام الصادرة عن رئاسة محكمة التمييز الإتحادية بالعدد(٨١) في ٢٠٢١/٥/٢٤ والموجه إلى رئاسة الإدعاء العام ورئاسة محاكم الإستئناف كافة والمتضمن(نرافق قرار الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية بالعدد(٤/الهيئة العامة/٢٠٢١) الصادر بتاريخ ٢٠٢١/٣/٢٨ المتعلق بالدفع بالإختصاص المكاني عند الإعتراض على الحكم الغيابي راجين تعميمه على المحاكم كافة للعمل بما ورد فيه)[١].

(١) ويتخلص مضمون هذا المبدأ القضائي الوارد في قرار الحكم أعلاه أنه في حالة إقامة دعوى مدنية أمام محكمة غير مختصة مكانياً وغياب المدعى عليه عن حضور جلسات المرافعة وصدور حكم غيابي بحقه،فإنه في حالة إعتراضه على الحكم الغيابي ضمن المدة القانونية وإستناده إلى أسباب معتبرة وقبول الإعتراض شكلاً ودفع المعترض بعدم إختصاص المحكمة مكانياً بنظر الدعوى فإن قبول الدفع في هذه الحالة يترتب عليه أن تقوم المحكمة بإبطال الحكم المعترض عليه ورد الدعوى وإفهام المدعي بإمكانه إقامتها أمام المحكمة المختصة مكانياً،لا أن تقوم بعد إبطال الحكم بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة مثلما كان يجري عليه العمل قبل صدور المبدأ،وقد ذهبت المحكمة في تسبيب المبدأ القضائي الذي أوجبت العمل به إلى أن القواعد المقررة في قانون المرافعات أن المدعي هو الذي يسعى إلى موطن المدعى عليه ويقيم الدعوى بحقه في المحكمة التي يقع موطنه ضمن دائرة إختصاصها المكاني،فإذا حصل وأن أقام المدعي الدعوى في غير المحكمة المختصة مكانياً فإنه يكون على المحكمة الأخيرة إحالتها إلى المحكمة المختصة مكانياً بناءً على دفع من المدعى عليه ويكون ذلك قبل الدخول في أساس الدعوى،أما إذا أصدرت المحكمة حكمها الفاصل في الدعوى بغياب المدعى عليه وتم الطعن فيه بطريق الإعتراض على الحكم الغيابي،ففي هذه الحالة لا تصح الإحالة على المحكمة المختصة ولا يكون أمام المحكمة المرفوع إليها الطعن حسبما أشارت إلى ذلك الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية إلا أن تقضي بإبطال الحكم المطعون فيه ورد الدعوى لعدم الإختصاص وبإمكان المدعي إقامة الدعوى مجدداً أمام المحكمة المختصة،لأن الإعتراض على الحكم الغيابي يعد طريقاً قانونياً للطعن بالأحكام ولا تزول عنه هذه الصفة وأن كانت المحكمة تنظره على شكل دعوى،وأن المادتين(٢/١٧٩و ١٨١)من قانون المرافعات المدنية بينت بأن المحكمة عند نظر دعوى الإعتراض على الحكم الغيابي تصدر حكمها أم بتأييد الحكم الغيابي أو إبطاله مع رد الدعوى أو تعديله على حسب الأحوال وأنها مقيدة بذلك ولا يمكنها تطبيق المادة(٧٨) من قانون المرافعات المدنية بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة مكانياً لأن ذلك منحصر في حالة نظر الدعوى قبل الدخول في أساسها.وفي تقديرنا فأن المدعى عليه بموجب هذا المبدأ يمكنه الإستناد إليه في الإضرار بالمدعي ،إذ يكون له في حال تبليغه بعريضة الدعوى وتحققه من إقامة المدعي للدعوى في غير المحكمة المختصة مكانياً أن يمتنع عن الحضور كي يتحمل المدعي المصاريف والنفقات التي يقتضيها حسم الدعوى ومن ثم يقوم بالإعتراض على الحكم الصادر فيها غيابياً ويطلب رد الدعوى لعدم إختصاص

ويوازي المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة قوة في الحجية القضائية المبادئ التي تصدر عن الهيئة الموسعة المدنية في القانون العراقي[1]، والهيئة العامة المدنية في القانون

المحكمة مكانياً بنظر الدعوى بغية تحميل المدعي نفقات ومصاريف الدعوى مرتين،كما أن القول بعدم جواز تطبيق أحكام المادة(٧٨) من قانون المرافعات المدنية عند نظر دعوى الإعتراض على الحكم الغيابي يخالف ما تضمنته المادة(١٨٤) من القانون ذاته التي أجازت تطبيق الأحكام والإجراءات التي يجري العمل بها عند نظر الدعوى أمام محكمة الموضوع على الدعوى الإعتراضية.

وما يؤكد كون المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة ملزمة في القضايا المماثلة،فقد قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه(يجب على المحكمة إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة مكانياً قبل الفصل في موضوعها بحكم فاصل،وفي حالة الدفع بعدم إختصاص المحكمة المكاني عند نظر دعوى الإعتراض على الحكم القضائي،فإذا تحقق لها ذلك فإن عليها إبطال الحكم الغيابي المعترض عليه ورد الدعوى وإفهام المدعي بإقامة الدعوى أمام المحكمة المختصة مكانياً،وهذا ما إستقر عليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية في قرارها المرقم ٤/الهيئة العامة/٢٠٢١في ٢٠٢١/٣/٢٨).رقم القرار،٣٠٤٨/الهيئة المدنية/٢٠٢١،في٢٠٢١/٥/٩،أشار إليه،القاضي قاسم فخري الربيعي،مبادئ محكمة التمييز الإتحادية، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٢٢، ص١٢٨.

(١) المشكلة بموجب المادة(١٣/ب/ثانياً) من قانون التنظيم القضائي المعدلة بموجب قانون تعديل قانون التنظيم القضائي المرقم(٨) لسنة ٢٠١٤،المنشور في جريدة الوقائع العراقية الصادرة بالعدد(٤٣١٢) في٢٠١٤/٣/٣، والتي تنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز الإتحادية أو أقدم نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من إشتراكه وعضوية ما لا يقل عن ستة من قضاتها وتختص بالنظر فيما يأتي/١. النزاع الحاصل حول تنفيذ حكميين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد إذا كانا بين الخصوم أنفسهم أو كان أحدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجيح أحد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الآخر ٢. النزاع الحاصل حول تعيين الإختصاص في نظر الدعاوى بين محكمتين مدنيتين ٣. الدعاوى التي تصر فيها محكمة الموضوع على حكمها المنقوض ٤. القرارات الصادرة من محكمة الإستئناف بالشكوى من القضاة ٥. ما يحيله عليها الرئيس للبت فيه من أحكام وقرارات مدنية تقع ضمن إختصاص المحكمة على وفق القانون الذي صدرت بموجبه تلك الأحكام والقرارات ٦. أي إختصاص آخر تقرره القوانين النافذة.وترى الباحثة بأن هناك جملة ملاحظات على تشكيل الهيئة محل البحث وعدد أعضائها،إذ أن ذلك لا يتناسب وأهمية الإختصاصات المناطة بها والتي حلت فيها محل الهيئة العامة التي تضم جميع قضاة المحكمة وطبيعة المواضيع التي تطرح عليها،إذ أن إختصاصها يتعلق بالجانب المدني التي تختص بالنظر فيه الهيئات المتخصصة في هذا الجانب وهي حسب تشكيل المحكمة حالياً تضم(الهيئة الإستئنافية عقار والهيئة الإستئنافية منقول والهيئة المدنية عقار والهيئة المدنية منقول وهيئة الأحوال الشخصية وهيئة المواد الشخصية) وأن مجموع أعضاء هذه الهيئات مجتمعين يزيد على عشرين عضو من قضاة المحكمة،فكيف يكون عند حصول تباين في الآراء بين أعضاء إحدى الهيئات المذكورة أو بغية تقرير مبدأ قضائي في مسألة قانونية محل إشكال أن يتم نظرها من قبل الهيئة الموسعة المشكلة من سبعة أعضاء،ومن جهة أخرى أن القانون لم يحدد صفة العضو في الهيئة وفيما إذا كان من بين أعضاء الهيئات المتخصصة بالجانب

المصري[١]والهيئة المختلطة في القانون الفرنسي[٢]على إعتبار أنها قد صدرت لتنسيق وتوحيد الإتجاهات القضائية للهيئات المختلفة في تلك المحكمة[٣].

وقد أكدت محكمة التمييز الإتحادية في العراق على الرأي المذكور في العديد من القرارات الصادرة عنها،حيث أنها أوجبت على محاكم الموضوع الأخذ بالمبادئ القضائية التي قررتها الهيئة الموسعة المدنية وإستقر عليه قضائها،إذ جاء في قرار لها قضت فيه(..أن المدعين يستحقون التعويض لمرة واحدة عن حرمانهم من الإنتفاع بملكهم وفق ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة ومن ذلك القرار المرقم ١٣٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/٢٠..)[٤]، وقد جاء في قرار آخر لها قضت فيه(إستقر قضاء هذه المحكمة على عدم أحقية المحاكم بطلب تعيين المحكمة المختصة مكانياً عند حصول تنازع بينها فكان المتعين على المحكمة المضي

المدني أو من بين قضاة المحكمة الآخرين ممن تتشكل منهم هيئات المحكمة الأخرى غير المتعلقة بالجانب المدني،وكان المقتضى أن تضم الهيئة في عضويتها رؤساء الهيئات المتخصصة بالجانب المدني كون إختصاصها كما أسلفنا في الغالب منه النظر في المسائل التي يصعب التوصل إلى توجه معين من إحدى الهيئات بصدد الدعاوى المعروضة عليها،الأمر الذي يقتضي إعادة النظر في الحد الأدنى لأعضاء الهيئة وزيادة هذا العدد وكذلك في طريقة تشكيلها بأن تضم رؤساء الهيئات المتخصصة المدنية في عضويتها.

(١) المادة(٤) من قانون السلطة القضائية المصري رقم(٤٦) لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٢) المادة(٤٢١) من قانون التنظيم القضائي الفرنسي.

(٣) د.عزيز جواد هادي،مصدر سابق،ص٥٩٥.د.حامد شاكر محمود الطائي،مصدر سابق،ص٢٢٥.

(٤) رقم القرار،٢٢١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في٢٠١٨/٨/٢١،غير منشور،وتتلخص وقائع الدعوى وقرار الحكم الصادر فيها أن مجموعة من المدعين أقاموا دعوى أمام محكمة البداءة لإلزام مدير عام دائر الماء بدفع أجر مثل له لمدة خمسة عشر سنة لقيام دائرته بمد إنبوب ماء بقطر كبير في العقار العائد لهم مما حرمهم من منفعته،أصدرت محكمة البداءة حكمها في الدعوى بأداء أجر المثل لهم،وقد أيدت محكمة الإستئناف ما قضى به الحكم البدائي وعند الطعن به تمييزاً قررت الهيئة الإستئنافية عقار نقض الحكم لوجود خطأ إجرائي في تقدير أجر المثل وبعد إصدار حكم جديد من محكمة الإستئناف بعد إعادة الدعوى إليها بعد النقض تم الطعن به تمييزاً وعرض على الهيئة الموسعة المدنية فقررت الهيئة الأخيرة نقض الحكم المطعون فيه لعدم إتباع المبدأ القضائي المستقر عليه في قضائها ؛ ذلك أن المدعين في مثل الحالة موضوع الدعوى الصادر فيها الحكم المميز لا يستحقون أجر مثل عن مدة وضع الدائرة المدعى عليها اليد على العقار العائد لهم وإستغلاله من قبلها وإنما يستحقون تعويض عن ذلك ولمرة واحدة،وبعد الفصل في القضية من قبل محكمة الإستئناف على ضوء ما مفصل في قرار النقض وعرض الطعن التمييزي على الهيئة ذاتها في محكمة التمييز الإتحادية صدقت الحكم المميز كونه جاء في هذه المرة على ضوء المبدأ القضائي المستقر عليه قضائها والمشار إليه في مضمون القرار أعلاه).

بنظر الدعوى ما دام الطرفان أو أحدهما لم يطعن بقرار الإحالة)[١]،وذهبت في قرار لها صادر بخصوص ذات الموضوع المشار إليه في القرار المتقدم وبذات المضمون بالتنبيه للمحكمة[٢]التي قررت عرض إضبارة الدعوى على الهيئة الموسعة المدنية بدون طعن من أحد الخصوم لتعيين المحكمة المختصة مكانياً وفق أحكام المادة(١٣/أولاً/ب .٢) بمخالفتها للمبدأ القضائي المستقر عليه قضائها وأن عليها مراعاة ذلك مستقبلاً في عملها[٣].كما أنها قضت في قرار آخر لها بينت فيه بأن عدم إتباع المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة الموسعة المدنية ومنها المبدأ المشار إليه يعد من قبيل(الأخطاء الفاحشة نتيجة الجهل بالمبادئ القانونية الأولية وإغفالها لذلك يتحقق معه تطبيق أحكام المادة(٥٦/أولاً)من قانون التنظيم القضائي المعدل،لذا تقرر إشعار مجلس القضاء الأعلى بذلك)[٤].

---

(١) رقم القرار،٣٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/١/١٤،وكذلك القرار رقم،٨٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٣/١٣غير منشورة.

(٢) أي أن الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييزالإتحادية تحث محكمة الموضوع على وجوب تطبيق المبادئ القضائية الصادرة عنها في الحالات التي يمكن تطبيقها بشأنها،كما تطبق نصوص القانون على وقائع القضايا المعروضة عليها.

(٣) رقم القرار،٣١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/١/٢٨،غير منشور.

(٤) رقم القرار،٣٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/٢١،غير منشور، ولا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أحكام المادة(٥٦/أولاً من قانون التنظيم القضائي العراقي المعدل التي تنص على أنه(على الهيئات التمييزية وهيئات محاكم الإستئناف ومحاكم الجنايات أن تنظم تقارير فصلية تبين فيها الأحكام والقرارات التي إرتكب فيها القاضي خطأ فاحشاً نتيجة جهل بالمبادئ القانونية الأولية أو إغفال للوقائع التي تظهر لها عند تدقيقها الأحكام والقرارات وأن ترسل صورة منها إلى مجلس القضاء الأعلى لحفظها في الإضبارة الشخصية للقاضي لأخذها بنظر الإعتبار عند النظر في ترفيعه أو ترقيته).والمراد بالخطأ الفاحش هو كل أمر لا يكون موافقاً للقانون والعدل ناشئ عن جهل،أو بعبارة أخرى،هو حصيلة الجهل بالمبادئ القانونية الأولية سواء أكانت شكلية أم موضوعية،أو نتيجة لإغفال الوقائع المعروضة على القاضي وعدم فهمها أو تكييفها التكييف القانوني الصحيح تتولى فرضه إحدى جهات الطعن في الأحكام والقرارات عند تدقيقها للقضايا الصادرة فيها والتي سبق وأن تم الفصل فيها من إحدى المحاكم (أنظر في تفصيل ذلك، القاضي الدكتور حيدر علي نوري، الخطأ الفاحش بين العقوبة والتنبيه، مقال منشور بتاريخ ٢٠١٧/٤/١٦، في موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي على شبكة الأنترنيت عبر الرابط الالكتروني www.hjc.iq، يستخلص من ذلك أن فهم المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة المدنية الموسعة في محكمة التمييز الإتحادية وتطبيقها على القضايا المماثلة للقضايا الصادرة فيها يعد بالنسبة لكافة المحاكم أمراً حتمياً كوجوب فهمها للقواعد والأحكام القانونية التي يتطلبها ممارسة العمل القضائي،بحيث أن عدم مراعاتها يعد بالنسبة

بل أن محكمة التمييز ذهبت إلى أكثر من ذلك عندما عمدت إلى تعميم بعض المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة الموسعة المدنية على كافة محاكم البلاد للعمل بموجبها كما هو الشأن بالنسبة للمبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة التي أشرنا إليها فيما سبق منها على سبيل المثال الإعمام الصادرة عن رئاسة محكمة التمييز الإتحادية بالعدد(٢٠٦) في ٢٠٢٢/٢/١٠ والموجه إلى رئاسات محاكم الإستئناف الإتحادية كافة والمتضمن(نرافق قرار الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية بالعدد(٣٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢) الصادر بتاريخ ٢٠٢٢/١/١٩ الخاص بتحديد المحكمة المختصة في النظر بدعوى أتعاب المحاماة راجين تعميمه على المحاكم كافة للعمل بما ورد فيه)[١].

للمحكمة بمثابة خرق جوهري لأبسط القواعد والأحكام القانونية الواجب الإلمام بها للفصل في القضايا المعروضة عليها وهذا ما يمكن تفسيره بأنه أقصى حدود الإلتزام بالمبادئ القضائية.

(١) وتتخلص وقائع الدعوى وقرار الحكم الصادر فيها المتضمن للمبدأ القضائي أعلاه أن المدعي الذي يعمل محامي أقام دعوى ضد موكليه أمام محكمة البداءة التي يقع مكتب المحاماة الخاص به ضمن دائرة إختصاصها المكاني لمطالبتهم بتكملة أتعاب المحاماة وفق النسبة القانونية المتفق عليها بينهم من قيمة المحكوم به عن دعوى إزالة الشيوع التي أقامها لمصلحتهم وقام بمتابعة إجراءاتها وحضور المرافعات فيها وحسمها وفق القانون،فقررت المحكمة المقدمة إليها الدعوى إحالتها على محكمة البداءة التي قضت في أساس الدعوى موضوع أتعاب المحاماة،فقررت المحكمة الأخيرة رفض قرار الإحالة وإعادة الدعوى إلى المحكمة المحيلة، وقررت الأخيرة عرض إضبارة الدعوى على الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية لتحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى إستناداً لأحكام المادة ١٣/أولاً/ب/٢ من قانون التنظيم القضائي،قررت الهيئة الموسعة المدنية بموجب قرارها محل البحث تعيين المحكمة التي يقع مكتب المحامي المدعي ضمن دائرة إختصاصها المكاني بدلاً من المحكمة التي قضت في أساس الدعوى وعللت المحكمة ذلك بأن المادة الثانية والستون من قانون المحاماة العراقي رقم١٧٣ لسنة ١٩٦٥ نصت على إختصاص المحكمة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها بنظر كل نزاع يتعلق بأتعاب المحاماة وأن المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية بينت بأن هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات ما لم يوجد فيها نص يتعارض معه صراحة ولحصول تعارض بين نص المادة الثانية والستون من قانون المحاماة والمادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر أتعاب المحاماة فتكون الأولوية في التطبيق لنص المادة الثانية والستون إستناداً لأحكام المادة(١) من قانون المرافعات المدنية. ورغم وجاهة الرأي الذي تبنته محكمة التمييز في المبدأ القضائي الذي ألزمت كافة المحاكم على العمل به في القضايا المشابهة التي تعرض عليها إلا أن الباحثة ترى بأنه لا يخلو من بعض الملاحظات القانونية التي يمكن إيرادها في هذا الصدد/١. أن التنازع الذي حصل بين المحكمتين الوارد ذكرهما في قرار الحكم وهما محكمة البداءة التي يقع مكتب المحامي المدعي في دائرتها ومحكمة البداءة التي قضت في أساس الدعوى التي ترافع فيها المدعي عن موكليه المدعى عليهم في دعوى المطالبة بأتعاب المحاماة موضوع دعوى

التنازع يتعلق بالإختصاص المكاني الذي حصل بين محكمتي البداءة المشار إليها،وأن الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الإتحادية إستقر قضائها في المبادئ القضائية الصادرة عنها والمشار إليها آنفاً على عدم أحقية المحاكم في الطلب منها بتعيين المحكمة المختصة مكانياً وقد لاحظنا أنها كيف وجهت الزجر بل وقامت بإشعار الجهة الإدارية المشرفة على أعمال القضاة بإتخاذ إجراءات قريبة من الجزاء الإنضباطي بحق المحاكم التي لم تقوم بإعمال المبادئ القضائية المذكورة،في حين أنها قبلت عرض إضبارة الدعوى محل التنازع في الإختصاص المكاني بين محكمتي البداءة من قبل المحكمة مباشرةً وبدون تقديم طعن تمييزي من أحد الخصوم ٢. أن تحديد المحكمة التي قضت في أساس الدعوى بإختصاص نظر دعوى أتعاب المحاماة جرى بالإستناد إلى نص المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية،وهو نص لاحق لنص المادة الثانية والستون من قانون المحاماة التي قضت محكمة التمييز بأولويته في التطبيق في هذا الصدد وهذا خلاف ما تقضي به أصول وقواعد التفسير القانوني بأن النص اللاحق ينسخ النص السابق بخصوص المسألة نفسها وأن المشرع لو أراد إبقاء الحكم المقرر في هذا الصدد لنص صراحة على مضمون الحكم الوارد في نص قانون المحاماة في المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية والقول بخلاف ذلك معناه إفراغ نص المادة(٤٠) من قانون المرافعات من محتواه وأن إيراده في متن القانون حصل لغواً وتزيداً لا معنى له ٣. أن الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية بينت في معرض تفسيرها لنص المادة(٤٠) من قانون المرافعات بأنه إذا رفعت دعوى بأتعاب المحاماة مستقلة عن دعوى سبق الحكم فيها فإنها ترفع لدى المحكمة التي أصدرت حكمها في أساس الدعوى إستثناءً من تطبيق قواعد الإختصاص القيمي والنوعي والمكاني ذلك أن هذه المحكمة أقدر على الفصل في التوابع والملحقات وعملاً بقاعدة أن الفرع يتبع الأصل بإستثناء محاكم الجنح والإستئناف والتمييز حتى يتحقق نظر الدعوى في جميع مراحل التقاضي في محكمة تتلائم مع طبيعتها،وأن هذا التفسير القانوني يناقض تسبيب المبدأ القضائي الصادر عن محكمة التمييز وهو أسمى منه في المرتبة القانونية ٤. أن المبدأ القضائي بين الحل الواجب الإتباع في حالة حصول تنازع بين محكمتي بداءة إحداهما قضت في أساس الدعوى والثانية يقع مكتب المحامي في دائرة إختصاصها المكاني ولكن ما الحل لوكانت المحكمة التي قضت في أساس الدعوى هي محكمة أحوال شخصية أو محكمة عمل أو قضاء إداري وأنها تختلف عن المحكمة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها،فما هي المحكمة المختصة بنظر دعوى أتعاب المحاماة هل هي محكمة البداءة التي يقع في دائرتها مكتب المحامي تبعاً لنوع الدعوى بإعتبار أن موضوعها دين يتعلق بالذمة وفي هذه الحالة ينبغي تطبيق قواعد الإختصاص المكاني المنصوص عليها في قانون المرافعات والتي بينت إقامتها في محل المدعى عليه أو مركز معاملاته ،ام أنها تقام في المحكمة التي تقابل المحكمة التي قضت في أساس الدعوى وما هو سند ذلك من الناحية القانونية ٤. أن المبدأ القضائي لم يفرق بين حالتين تخص دعوى أتعاب المحاماة،الحالة الأولى تتعلق بأتعاب محاماة ناشئة عن دعوى ترافع المحامي فيها والتي أشارت إليها الأسباب الموجبة لقانون المرافعات والتي يقتضي إعمال نص المادة(٤٠) من قانون المرافعات بشأنها من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظرها إستناداً لصراحة ما تضمنته الأسباب الموجبة،والحالة الثانية تخص دعوى أتعاب المحاماة الناشئة عن أي عمل قانوني قام به المحامي من غير الترافع في الدعاوى وأن هذه يمكن بشأنها تطبيق ما تضمنه المبدأ القضائي

وقد إستندت محكمة التمييز الإتحادية فيما ذهبت إليه من وجوب إعمال المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة الموسعة المدنية كوجوب إعمال المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة فيها في جميع القضايا المماثلة إلى أن الهيئة الموسعة المدنية قد حلت محل الهيئة العامة في بعض إختصاصاتها[1] إذ جاء في قرار لها قضت فيه(أن القرارات الصادرة عن الهيئة الموسعة المدنية لا تقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي،ذلك أن هذه الهيئة قد حلت محل الهيئة العامة في بعض إختصاصاتها بموجب المادة(١٣/أولاً/ب) من قانون التنظيم القضائي المعدل، وحيث لا يقبل التصحيح في القرارات التمييزية الصادرة عن الهيئة العامة بموجب أحكام

وتعيين المحكمة التي يقع مكتب المحامي في دائرة إختصاصها المكاني بنظرها تطبيقاً لنص المادة(الثانية والستون من قانون المحاماة) المعدل.

جدير بالذكر أن محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية قضت في قرار لها بخصوص ذات الموضوع قضت فيه(كان على محكمة البداءة عدم رفض الإحالة وقبولها والسير بالدعوى وفق القانون كونها تختص بنظرها إستثناءً من القواعد العامة بالنسبة للصلاحية المكانية،لأن دعوى المطالبة بأتعاب المحاماة ترفع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم في أساس الدعوى كونها الأقدر على الفصل في التوابع والملحقات الخاصة بها،وعلى ذلك يعد إختصاص المحكمة التي قضت في أصل الحق إختصاص نوعي في تلك الدعوى،كون قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣)لسنة ١٩٦٩ المعدل جاء لاحقاً لقانون المحاماة رقم(١٧٣)لسنة ١٩٦٥ المعدل،لذا لا يمكن إعمال حكم المادة(٦٢)من قانون المحاماة بخصوص محكمة مكتب المحامي ويسري بشأن المحكمة المختصة بنظر الدعوى ما تنص عليه المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية)/رقم القرار،٤٧/ت/متفرقة/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٤/٢٧،أشار إليه،القاضي ليث راسم هندي،قضاء حمورابي،المبادئ القضائية في قضاء محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية،القسم المدني،مكتبة صباح،بغداد،٢٠٢١،ص١١١.والذي يلاحظ على القرار المذكور وصفه لإختصاص المحكمة التي قضت بأساس الدعوى بنظر دعوى أتعاب المحاماة حسب أحكام المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية بأنه إختصاص نوعي وإستثناء من قواعد الإختصاص المكاني،ونرى أن ذلك وصف غير دقيق ويخالف التنظيم القانوني لهذا النوع من الدفوع،ذلك أن المادة(٤٠)المذكورة عالجها المشرع العراقي في قانون المرافعات المدني ضمن مواد الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول تحت عنوان الإختصاص المكاني(الصلاحية)،وبالتالي وصف القرار له بإنه إختصاص نوعي محل إشكال قانوني.

(١) ويؤكد إتجاه محكمة التمييز الإتحادية في هذا الشأن ما تضمنته الأسباب الموجبة لقانون تعديل قانون المرافعات المدنية الذي أعاد توزيع الإختصاصات بين الهيئة العامة والهيئة الموسعة من خلال إحالة النظر في بعض القضايا الداخلة في إختصاص المحكمة إلى الهيئة الموسعة بعد أن كانت تنظر من قبل الهيئة العامة إذ جاء في الأسباب الموجبة للقانون(لغرض تأمين حسن سير العمل في محكمة التمييز الإتحادية وتسهيل حسم الدعاوى المنظورة بإنسيابية من خلال توزيع الإختصاصات بين الهيئة العامة والهيئة الموسعة شرع هذا القانون).

المادة(١/٢٢٠)من قانون المرافعات المدنية المعدل،وهذا ما قررته الهيئة العامة لهذه المحكمة بقرارها المرقم ٥٢٧/هيئة عامة/٢٠١٠،في ٢٠١١/٨/٢٨)[١].وفي قرار آخر لها جاء فيه(وكما هو معلوم أن الهيئة الموسعة المدنية قد حلت محل الهيئة العامة في بعض إختصاصاتها بموجب المادة(١٣/أولاً/ب) من قانون التنظيم القضائي المعدل،وأن القرارات الصادرة عن الهيئة العامة واجبة الإتباع في جميع الأحوال)[٢].

وتأسيساً على ما تقدم فإن محكمة التمييز الإتحادية في العراق تقبل الطعن التمييزي وتقرر نقض الحكم المميز في القضايا المعروضة أمامها،في حالة قيام محكمة الموضوع عند الفصل في هذه الدعاوى القضاء على نحو مغاير لما تضمنته المبادئ القضائية التي سبق صدورها عن محكمة التمييز في القضايا المشابهة،وأنها تعلل قرارها بالنقض بأن الحكم المطعون فيه قضى بخلاف ما إستقر عليها قضائها من مبادئ سابقة،وكأنها بذلك تجعل من مخالفة المبادئ القضائية المستقر العمل بها في قضاء محكمة التمييز الإتحادية أحد أسباب الطعن[٣]،إذ يكفي حتى يكون الطعن مقبولاً من الناحية الشكلية من جهة إشتماله على أسباب الطعن،أن يذكر

---

(١) رقم القرار،٢٢٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٨/٦،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٢١٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٦/١٦،غير منشور

(٣) بينت أسباب الطعن المادة(٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أنه(للخصوم أن تمييزاً،لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الإستئناف أو محاكم البداءة أو محاكم الأحوال الشخصية،ولدى محكمة إستئناف المنطقة في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة(الصلح سابقاً)كافة،وذلك في الأحوال الآتية/١. إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله ٢. إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الإختصاص ٣. إذا وقع في الإجراءات الأصولية التي أتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم ٤. إذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم أنفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات ٥. إذا وقع في الحكم خطأ جوهري،ويعتبر الخطأ جوهرياً إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع أو أغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى،أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية)،ونص المشرع المصري على أسباب الطعن في المادتين(٢٤٨و٢٤٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم(١٣)لسنة ١٩٦٨ المعدل.ويلاحظ أن المشرع العراقي لم يحدد من بين أوجه الطعن مخالفة الحكم لما إستقر عليه القضاء.

المميز في عريضة الطعن المقدمة ضمن المدة القانونية[١] أن الحكم المميز الصادر ضد مصلحته[٢]بأنه خالف المبادئ القضائية المستقر العمل بها في التطبيق ذات الصلة بموضوع النزاع الذي صدر بشأنه الحكم المميز.إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز قضت فيه(لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون،لأنه صدر خلافاً لما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة في قرارها المرقم ٤٠٤/هيئة عامة/٢٠١١،في ٢٠١٢/٢/٢٨الذي تضمن بأن رفع التجاوز يكون بين الأغيار،وبإمكان الشريك في المال الشائع المطالبة بأجر المثل في حالة قيام الشريك بتشييد منشأت على الأرض الشائعة دون موافقة باقي الشركاء،لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى لمحكمتها لإتباع ما تقدم)[٣].

ويذهب بعض الفقه[٤]والذي نؤيده بأنه بالإضافة إلى وجوب إعمال المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة والهيئة الموسعة على نحو ما بيناه سلفاً،فإن القرارات الصادرة من الهيئات الأخرى الأدنى في التدرج القضائي في تشكيلات محكمة التمييز يمكن قبولها كسابقة،إذا تأيدت بسلسلة من القرارات المشابهة أو كانت من قرارات المبادئ،ويؤكد هذا الرأي ما سار عليه قضاء محكمة التمييز الإتحادية في العراق،إذ نجد في العديد من القرارات الصادرة من غير الهيئة العامة والهيئة الموسعة أن تشير إحدى الهيئات لإسناد ما تضمنه القرار التمييزي الصادر عنها إلى أنه جاء إنسجاماً مع ما إستقر عليه قضائها في العديد من القرارات السابقة الصادرة عنها المتعلقة في القضايا المماثلة للقضية المنظورة.منها على سبيل المثال ما قضت به محكمة

---

(١) أن مدة الطعن بالتمييز في الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم كافة هي ثلاثون يوماً(م ٢٠٤ مرافعات مدنية عراقي المعدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٦)،وأن مدد الطعن حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن(م١٧١مرافعات مدنية عراقي).

(٢) لا يقبل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى،ولا يقبل كذلك ممن أسقط حقه فيه إسقاطاً صريحاً أمام المحكمة أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل(م١٦٩ مرافعات مدنية عراقي).

(٣) رقم القرار،١٤٥٣/هيئة مدنية عقار/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٥/٢٨،غير منشور،وكذلك قضت في قرار آخر صادر عن المحكمة ذاتها وبالمضمون ذاته،رقم القرار،٥٨٤/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٣/١٢،منشور في مجلة التشريع والقضاء وهي مجلة فصلية تصدر في العراق عن مجموعة من المتخصصين في القانون، العدد الأول،السنة الخامسة،٢٠١٣،ص٢٧٠.

(٤) د.عزيز جواد هادي،مصدر سابق،ص٥٩٥.د.حامد شاكر محمود الطائي،مصدر سابق،ص٢٢٥. وقريب من هذا الرأي د.سمير عبد السيد تناغو،القضاء مصدر أصلي للقانون،مصدر سابق،ص٧٠.

التمييز الإتحادية بأنه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، إذ كان على المحكمة الحكم للمدعية بالمشاهدة فقط دون الإصطحاب كونها جدة المحضونين لأبيهم المتوفي،وأن قضاء هذه الهيئة إستقر في العديد من قراراتها على أن الإصطحاب يكون للوادين فقط دون غيرهم من الأقارب)[١]، كما جاء في قرار آخر للمحكمة ذاتها قضت فيه(عند إقامة الزوجة دعوى للمطالبة بالنفقة المستمرة لها،وإقامة الزوج دعوى مطاوعة تجاهها،ثم إقامة الزوجة دعوى تفريق،فإن الحكم العادل والمنصف للطرفين في مثل هذه الحالة،هو الحكم للزوجة بالنفقة المستمرة حتى تاريخ إقامة دعوى التفريق،لأنها بإقامة الدعوى الأخيرة قد أفصحت عن عدم رغبتها بالمطاوعة والعلاقة الزوجية بالتالي لا تستحق النفقة المستمرة،وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه الهيئة في العديد من قرارتها،ومنها قرارها التمييزي بالعدد ٩٧/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١/١١)[٢].كما قضت المحكمة في قرار آخر لها بخصوص ذات الموضوع جاء فيه بأنه(إستقر قضاء هذه الهيئة في العديد من قراراتها، ومنها قرارها التمييزي بالعدد ٨٩٧٨/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٨/٥ بأن تاريخ صدور الحكم بالمطاوعة هو تاريخ قطع النفقة المستمرة للزوجة)[٣].

عليه ومن خلال ما تقدم يظهر أن المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة والهيئة الموسعة المدنية ملزمة لكافة الهيئات القضائية والمحاكم الأدنى،وبهذا الصدد يمكن إيراد النقاط الآتية بشأن أساس الإلزام المذكور:

١. أن كافة المحاكم[٤] من الناحية الواقعية تلتزم بالمبادئ القضائية سواء أكانت صادرة عن الهيئة العامة أو الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية بغض النظر عن أساس

---

(١) رقم القرار،١٥٦٣٦/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١٢/١،غير منشور.

(٢) رقم القرار ،٥٦٢٣/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٦ ، في ٢٠١٦/٩/٤ ، غير منشور.

(٣) رقم القرار ،١٢٨٨٤/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ ، في ٢٠١٩/١١/١٩ ، غير منشور.

(٤) وأن ذلك لا يقتصر على محاكم الموضوع التي تتبع محكمة التمييز الإتحادية كجهة طعن في الأحكام الصادرة عنها،بل نجد في بعض القرارات الصادرة عن محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية وهي تمارس ذات إختصاصات محكمة التمييز بخصوص الدعاوى المختصة بنظر الطعن التمييزي للأحكام الصادرة فيها(والذي سيأتي بحث ذلك مفصلاً)،وهي تشير فيما تقضي به إلى ما إستقر عليه قضاء الهيئة العامة أو الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية،ويكون ذلك في الحالات التي تنطبق فيها المبادئ

هذا الإلتزام وكونه إلتزاماً أدبياً وليس قانونياً يأتي من كونها صادرة عن أعلى هيئة قضائية في البلاد،إذ أن المهم في هذا الصدد هي الإلتزام بالمبادئ القضائية وهي نتيجة واحدة سواء كان إلتزاماً قانونياً أو أدبياً فحسب،وإذا كانت المحاكم تستطيع من الناحية النظرية على أن يسير قضائها على نحو مناقض لما تضمنته المبادئ القضائية إلا أن حريتها في هذا الشأن لا فائدة ترجى منه من الناحية الواقعية،طالما أن محكمة التمييز تستطيع أن تحبط محاولات المحاكم الدنيا بالخروج عن المبادئ القضائية الصادرة عنها عندما تقرر نقض قرارات الحكم المطعون فيها أمامها في حال مخالفتها للمبادئ القضائية المستقر العمل بها،وعلى هذا الأساس يصبح القول بأن عدم تقيد القضاة بمادرجت عليه المحكمة العليا من مبادئ قضائية ليس سوى مجرد قاعدة شكلية،فالحرية التي يملكها القضاة في هذا الصدد ليس في الواقع سوى مجرد حرية القضاء بشكل خاطئ[1]، وقد رأينا ذلك في العديد من القرارات التمييزية التي لم تكتفي محكمة التمييز بنقض القرارات المخالفة لمبادئها القضائية المستقرة بل أنها تعمد في قرار الحكم إلى زجر المحاكم التي تقرر الخروج على المبادئ القضائية المستقر العمل عليها في قضائها.

٢. أن الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي[2]أشارت وبشكل لا لبس فيه إلى الإلتزام بالمبادئ القضائية في معرض تفسيرها لقرارات الهيئة العامة في محكمة التمييز

القضائية على جميع الدعاوى بصرف النظر عن الجهة المختصة بنظر الطعن التمييزي كقواعد الإختصاص وغيرها،إذ جاء في قرار لمحكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية قضت فيه(أن محكمة موقع العقار تكون مختصة نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري،إنسجاماً مع ما قررته الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية في قرارها المرقم ٣٧/هيئة عامة/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١١/٢٥)،رقم القرار،٥٨/ت/متفرقة/ب/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٤/٨،غير منشور،كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها جاء فيه(أن تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى أتعاب المحاماة يتعلق بقواعد الإختصاص النوعي وفقاً لما ورد بقرار محكمة التمييز الإتحادية المرقم(٢٥٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨، في ٢٠١٨/٧/٢٢)، رقم القرار، ٢٨/ت/متفرقة/ب/٢٠٢٠، في ٢٠٢٠/٢/١١،غير منشور.

(١) د.عزمي عبد الفتاح، مصدر سابق،ص١٩٩.

(٢) وأن الأسباب الموجبة هي التي يرجع إليها في تفسير القانون،كما جاء ذلك في قرار محكمة التمييز الإتحادية،بالعدد ٣٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢،في٢٠٢٢/١/١٩،غير منشور، وبعبارة أكثر وضوحاً قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها في معرض بيانها قيمة الأسباب الموجبة لقانون المرافعات جاء فيه(أن الأسباب الموجبة للقانون هي التي تتولى تفسير نصوصه،ومن خلال هذا التفسير يستدل على

الإتحادية عندما بينت بأن قرار الهيئة العامة يكون على الدوام ملزماً وواجب الإتباع من قبل المحاكم جميعها،لأن صدور الحكم عن 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 مهما كانت الأسباب والعلل،وتبدو من عبارة(واجب الإتباع من قبل المحاكم جميعها) أن هذا الإلزام لا يقتصر على المحكمة المطعون في حكمها والذي صدر قرار الهيئة العامة بشأنه،إذ لو كان الأمر كذلك لما وردت العبارة بالشكل المذكور وإنما يشار فيها صراحة إلى المحكمة المطعون في حكمها.

٣. أن المادة(١٣/أولاً/أ.١)من قانون التنظيم القضائي العراقي المعدل النافذ نصت على إختصاص الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية بالنظر فيما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة صادرة عن المحكمة ذاتها[١]،فإذا لم تكن المبادئ القضائية الصادرة عن المحكمة واجبة الإتباع في القضايا المماثلة المعروضة على المحكمة،فهل يحتاج الأمر لأن يعرض الموضوع على الهيئة العامة لإستحصال موافقتها على العدول من المبدأ القضائي الصادر بشأنه إلى مبدأ آخر يقتضيه الواقع المعروض على المحاكم،ومن جهة أخرى إذا كانت الهيئات القضائية في محكمة التمييز لا تستطيع مخالفة المبادئ القضائية وهي تنظر في الطعون المقدمة بشأن الأحكام الصادرة عن محاكم الموضوع، فإن محاكم الموضوع وهي في الدرجة الأدنى منها في سلم الترتيب القضائي للمحاكم لا تستطيع من باب أولى أن تحيد في قضائها عما هو مقرر بمقتضى المبادئ القضائية المستقر العمل بها.

٤. لقد لاحظنا عند الإشارة إلى بعض قرارات محكمة التمييز الإتحادية أنها وفي سبيل بيان وجوب إعمال المبادئ القضائية الصادرة عنها تستخدم عدة عبارات في هذا السياق منها (وهذا ما إستقر عليه قضاء الهيئة العامة في قرارها المرقم .. والصادر بتاريخ ..) أو(وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة كما في قرارها بالعدد ../الهيئة الموسعة

الأسباب المبررة والدوافع الحقيقية للتشريع وتكشف روح القانون وصولاً إلى نية وقصد المشرع)،رقم القرار،٤/الهيئة العامة/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٣/٢٨،غير منشور.

(١) ويقابل ذلك نص المادة(٤) من قانون السلطة القضائية المصري رقم(٤٦)لسنة ١٩٧٢ التي تنص على أنه(إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة).

المدنية/..الصادر بتاريخ..) أو (وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه الهيئة كما في القرارات الصادرة عنها..وتذكر أرقام وتواريخ عدة قرارات)،كما أن محكمة النقض المصرية تستخدم في الإشارة إلى قضائها المستقر عبارة(وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة)[١] ،كما أن محكمة النقض الفرنسية لها صيغة معروفة أيضاً في هذا الصدد،إذ أنها تستخدم عبارة(أنه من المقرر أن) [٢]،وأن مدلول العبارات المذكورة التي تستخدمها المحاكم العليا بخصوص المبادئ القضائية الصادرة عنها يشير إلى أنها واجبة الإتباع من قبل سائر المحاكم الأدنى وأنها ستنقض أي قرار حكم يصدر عن هذه المحاكم مخالف لما إستقر عليه قضائها من مبادئ صادرة عنها،بحيث أن هذه المبادئ تضحى بالنسبة لمحاكم الموضوع بحكم القانون الواجب التطبيق،ويكون للخصوم في الدعوى المدنية في حالة صدور الأحكام بالمخالفة لها بيان ذلك ضمن أسباب الطعن.

وعلى هذا الأساس فإن ما يجري تطبيقه في الواقع العملي هو وجوب إعمال المبادئ القضائية المستقر العمل عليها في المحكمة العليا وإلتزام المحاكم كافة بل ومحكمة التمييز بما إستقر عليه قضائها،وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا يهم بعد ذلك بيان أساس التوجه بالإلتزام بالمبادئ القضائية طالما أن العمل القضائي في المحاكم يسير على هذا النحو، ولا تأثير على هذا الإلتزام بتطبيق مضمون المبادئ القضائية في مجالات تحقيق هذا التطبيق،أن يكون للهيئة العامة العدول عن المبادئ القضائية المستقر العمل بها،أذ أن هذا العدول يأتي في الغالب لمواكبة التطور الحاصل في واقع المجتمع من النواحي المختلفة مما يتطلب تقرير مبادئ قضائية جديدة تحل محل المبادئ السابقة إستجابة للتطور الحاصل،وهذا بلا شك يسهم في تطور القانون ويقرب القضاء من ممارسة دور إنشاء القواعد القانونية وتعديلها وإلغائها،وهذا شبيه بالدور الذي يمارسه المشرع نفسه الذي قد يعمد إلى إلغاء قانون ما أو تعديل أو إلغاء بعض نصوصه وإقرار قانون أو نصوص قانونية أخرى بدلاً عنها لمواكبة حاجات المجتمع المتجددة،فإذا كان التعديل أو الإلغاء الذي يطال النصوص القانونية النافذة وتشريع أخرى بدلاً منها لا ينال من الصفة

---

(١) ومن ذلك ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية،رقم ٤٦٣ في١٩٧٨/٢/٢٥،(من المقرر في قضاء هذه المحكمة،أن الدفع بعد دستورية القوانين غير متعلق بالنظام العام)،أشار إليه،د.معوض عبد التواب،مدونة القانون المدني،منشأة المعارف،الإسكندرية،١٩٨٣،ص٦.

(٢) أشار إلى ذلك،د.سمير عبد السيد تناغو،مصدر سابق،ص٥٠١.

الإلزامية للقواعد القانونية الجديدة التي حلت محل تلك التي كانت مقررة بموجب النصوص السابقة،فإن الأمر يكون كذلك بالنسبة للمبادئ القضائية التي إستقر العمل عليها مدة من الزمن والتي قررت الهيئة القضائية العليا العدول عنها إلى مبادئ أخرى أكثر إنسجاماً مع الواقع المتطور والتي قد يستقر العمل عليها مدة من الزمن حتى تأتى أخرى محلها يفرضها تطور المجتمع(١).

وترتيباً على ذلك يذهب بعض الفقه إلى ضرورة إضافة نص قانوني صريح يقضي بوجوب إتباع المبادئ القضائية التي يستقر عليها قضاء محكمة التمييز كون الواقع العملي يشير إلى هذا الإلزام بغية أن تكون التطبيقات القضائية متفقة ونصوص القانون(٢).

الفرع الثاني

حجية المبادئ القضائية الصادرة نتيجة نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون

لا يكفي لوجوب إتباع المبادئ القضائية وإحترامها من قبل سائر المحاكم،صدورها عن أعلى هيئة قضائية في المحكمة العليا في النظام القضائي كما سبق وأن تناولنا ذلك في الفرع الأول، بل لا بد أن تكون هذه المبادئ مقررة لحل قانوني للمسألة التي فصل فيها الحكم المميز بخلاف ما قرره لمخالفته لأحكام القانون،فهذا يعني أن الموضوع محل البحث في هذا الفرع مكمل للموضوع الذي سبق وأن تم بحثه في الفرع السابق،بعبارة أخرى أن نطاق وجوب إتباع المبادئ القضائية في القضايا المماثلة يكون تبعاً للجهة القضائية الصادرة عنها والذي تناولناه سابقاً،وحسب مضمون المسائل التي تناولتها المبادئ المذكورة.

وأن الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز بنقض الحكم المطعون فيه تتفاوت قوتها أو حجيتها وتتزايد بحسب سبب النقض،هل هو مجرد قصور التسبيب،أو أن النقض تم لنقص الأساس القانوني،أو حدث بسبب مخالفة القانون.

فإذا تم نقض الحكم المميز بسبب قصور التسبيب(٣)، فإن الأمر يختلف تبعاً لشكل القصور في التسبيب وفقاً لقرار النقض التمييزي الذي راقب الحكم المطعون فيه،فإذا إنتهى قرار

---

(١) حسين الظريفي،مدى حرية القاضي إزاء القانون،مصدر سابق،ص٤١١.

(٢) د.عزيز جواد هادي،مصدر سابق،ص٥٩٧.

(٣) يقصد بتسبيب الحكم القضائي بيان المحكمة على وجه القطع لأسباب الحكم الواقعية والقانونية التي دعتها لحسم الدعوى على الوجه المبين في قرار الحكم الصادر عنها للتدليل على صحة موقفها من مجمل

النقض إلى أن الحكم المميز يعيبه عدم التسبيب التام[1]،أو أن أسباب الحكم مشكوك فيها أو مبهمة لم تتضح معالمها[2]أو أنها إفتراضية[1]،فإن المحكمة الصادر عنها الحكم المنقوض بعد

إدعاءات الخصوم المقدمة في الدعوى،ويكون ذلك من خلال إطلاع المحكمة على جميع وقائع الدعوى،وكل الأوراق والمستندات المقدمة فيها، وإستخلاص الوقائع الصحيحة من واقع الأدلة المقدمة في الدعوى ضمن واقع إثبات يجيزه المشرع،وأن لا تكون المحكمة قد أغفلت دفاع جوهري،من شأنه لو صح تغيير وجه الحكم في الدعوى،إضافة إلى فهم المحكمة للمسائل القانونية في الدعوى وتكييفها التكييف الصحيح وترتيب الآثار القانونية عليها.أنظر بهذا الصدد،أستاذنا د.هادي حسين الكعبي،الأصول العامة في قانون المرافعات،الجزء الثالث، مصدر سابق،ص٧٢٦.د.عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق، ص٤٣٦، د.أحمد أبو الوفا،نظرية الأحكام في قانون المرافعات،الطبعة الثالثة،١٩٧٧، ص١٦٧، د.مفلح عواد القضاة،مصدر سابق،ص٣٦٥.

(١) أنظر المادة(١/١٥٩) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أنه(يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها،وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون)،ويقابل ذلك نص المادة(١٧٦)من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.والمادة(٤٥٥)من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون،ذلك أن الحكم المميز جاء خالياً من الأسباب القانونية التي حملت محكمة الإستئناف على فسخ الحكم البدائي تعديلاً،وهذا لا يجوز قانوناً إستناداً لصراحة نص المادة(١٥٩)من قانون المرافعات المدنية والتي أوجبت على المحكمة عند إصدار حكمها الفاصل في الدعوى بيان الأسباب القانونية التي إستندت إليها،لأن التسبيب يعد من عناصر ومقومات الركن الشكلي في الحكم القضائي،وبإنتفائه وعدم تسبيب المحكمة لحكمها يكون الحكم القضائي والحالة هذه فاقداً لروح القانون وجوهره).رقم القرار،٨٦٥/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٧،في٢٠١٧/٩/١١،غير منشور،ويلاحظ بأن الحكم القضائي غير المسبب يعتبر معيباً في شكله كما إنتهى إلى ذلك القرار التمييزي المذكور،إلا أنه خلص إلى نتيجة غير موفقة وردت في نهاية القرار التمييزي في معرض تسبيب محكمة التمييز لقرار النقض الصادر عنها بالمضمون المذكور،عندما أوردت في صياغة القرار بأن عدم تسبيب المحكمة لحكمها القضائي يجعل منه فاقداً لروح القانون وجوهره،وهي عبارة غير واضحة وكان الأصح كما ترى الباحثة لو أن قضاء المحكمة العليا بين بدلاً من العبارة الواردة في قرارها إستخدام عبارة أدق وأكثر وضوحاً بالإشارة إلى أن عدم تسبيب المحكمة لحكمها يجعل منه فاقداً لسنده القانوني ومعيباً في شكله.

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية رقم ،٨٥١/الهيئة العامة/٢٠١٣،في٢٠١٣/٦/٢٤، غير منشور ، الذي جاء فيه(لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية... وجد أن العبارات التي كتبت في الفصل الأخير من قرار الحكم المميز لا تستقيم مع ما توجبه المادة(١/١٥٩) من قانون المرافعات المدنية التي توجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وأن تستند إلى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون،وأن ذهاب القانون كما ورد في الأسباب الموجبة أن الغاية من التشدد في تسبيب

إعادة القضية للفصل فيها من جديد عليها أن تتنبه إلى ضرورة تسبيب حكمها،أو أن تتجنب العيب الذي لحق تسبيب حكمها المنقوض،أما إذا كان النقض قد تم بسبب عدم الفصل في بعض الطلبات المثارة من أطراف الدعوى[٢]،بأن تكون محكمة الموضوع التي تم نقض حكمها قد أغفلت الفصل في طلب ذي صلة مباشرة بالمسألة المتنازع عليها، وليس مجرد عدم الرد على حجة أو دليل قدم في الدعوى[٣]، وأن ذلك يمثل عيباً في شكل الحكم[٤]،وأن النقض الذي قررته محكمة التمييز لا يقطع بقيمة السبب الذي تم إهماله،فالحكم المميز تم نقضه لأنه لم يرد على طلب مقدم في الدعوى أياً كانت قيمته،فمحكمة التمييز تستفسر عن الأساس القانوني لعدم الرد على الطلب،وتتمتع محكمة الموضوع بحرية تامة عند نظر القضية بعد النقض عن كيفية الفصل فيها،فهي لا تتقيد في هذا الصدد سوى بالرد على الطلب الذي أغفلت الفصل فيه في حكمها المنقوض[٥].

أما إذا تم نقض الحكم لغياب الأساس القانوني[٦]،ففي هذه الحالة فإن محكمة الموضوع لم تعط حكمها المنقوض أساساً قانونياً،بأنها لم تقم بالتقديرات الضرورية التي كان يجب القيام بها

الأحكام هي لحمل القضاة على ألا يحكموا في الدعوى على أساس فكرة مبهمة لم تتضح معالمها أو مجملة غابت أو خفيت تفاصيلها).

(١) أستاذنا د.هادي حسين عبد علي الكعبي،الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية،الجزء الثالث،مصدر سابق،ص٧٣٣.

(٢) أنظر،المادة(٢/١٥٩)من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص أنه(على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الإدعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي إستندت إليها).

(٣) د.محمد نور عبد الهادي شحاتة،سلطة محكمة النقض في إستبدال الأسباب في المواد المدنية،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٢،ص١٧٠.

(٤) د.مفلح عواد القضاة،مصدر سابق،ص٣٦٧.

(٥) د.حسام أحمد العطار،تسبيب الأحكام القضائية،دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق في جامعة عين شمس ،السنة الثامنة والخمسون،العدد الثاني،الجزء الثاني،٢٠١٦،ص٧٣٠.

(٦) أن هذا الإصطلاح يرادف مصطلح عدم كفاية أسباب الحكم كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه ويرى أنه من إبتكار محكمة النقض الفرنسية ذلك أن هذه المحكمة منذ نشأتها فإن المادة السابعة من القانون الصادر في ٢٠ أبريل ١٨٠١ لا يتضمن سوى سببين لقبول الطعن بالنقض هما مخالفة التشريع ومخالفة قواعد الإجراءات وبموجب ذلك فأن المحكمة لا يمكنها من أداء مهمتها الرقابية عند الطعن بالحكم لعدم كفاية

بموجب النص القانوني الذي تستند إليه،ولم تقدم تبريرات قانونية مقنعة على ما قضت فيه[١]، ويختلف هذا العيب الذي أدى إلى نقض الحكم المميز عن عيب قصور التسبيب،ذلك أن المحكمة كان يجب عليها أن لا تكتفي بتسبيب حكمها،وإنما كان ينبغي عليها تحدد وتذكر شروط تطبيق الفكرة القانونية التي تتلائم وواقع النزاع المعروض عليها،كما أن غياب الأساس القانوني يعد سبب موضوعي للطعن بالتمييز وليس سبباً شكلياً كما هو الشأن بالنسبة لقصور التسبيب[٢]،وبالتالي فإن المسألة محل الطعن تعد من مسائل الواقع التي يجب بحثها من قبل محكمة الموضوع وأنها تنتمي في الوقت ذاته إلى مسائل القانون التي يجب التحقق منها عن طريق محكمة التمييز من خلال الرقابة على التقديرات التي إنتهت إليها محكمة الموضوع في حكمها[٣].

الأسباب كونه ليس من أسباب الطعن المحددة قانوناً،لذا رأت أن الأخذ بظاهر النص يغل يدها عن مراقبة الأحكام المسببة تسبيباً ناقصاً،ويجعلها عاجزة عن البت بالطعون المقدمة بصددها والقول بأنها قد خالفت القانون أو لم تخالفه،لأنها لا تستطيع مع هذا التسبيب الناقص معرفة ما إذا كانت المحكمة المطعون في حكمها قد طبقت القانون على وقائع الدعوى بالشكل المطلوب،لأنها حسب قانون إنشائها المذكور آنفاً لا تستطيع نقض الحكم إلا في حالة خلوه من الأسباب بإعتباره صدر في هذه الحالة خلاف القواعد الإجرائية التي تستلزم تسبيب الحكم وهي أحد وجهي الطعن بالحكم المنوه عنها سلفاً وهو ما لا يتوافر بالنسبة للتسبيب الناقص،لذا عمدت المحكمة إنشاء عيب ثالث يعد سبباً للطعن أسمته إنعدام الأساس القانوني للحكم تنطبق بشأنه الحالة محل البحث،أنظر بهذا الصدد،د.الأنصاري حسن النيداني،النظام القانوني للخصومة أمام محكمة الإحالة بعد النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،٢٠٠٩،ص٦١،هامش رقم٤،ويؤيد ذلك بعض الفقه في العراق بأن إنعدام السبب القانوني للحكم يقابل مصطلح عدم كفاية أسباب الحكم، أنظر، د.ياسر باسم ذنون السبعاوي ود.إجياد ثامر نايف الدليمي،بحوث ودراسات في القانون الخاص،الجزء الرابع، مطبعة الجبل العربي، الموصل،٢٠٠٩،ص٢٤٢.

(١) د.أحمد السيد صاوي،نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية،دار النهضة العربية،بدون ذكر سنة نشر،ص١٦١.

(٢) د.نبيل إسماعيل عمر،النظرية العامة للطعن بالنقض،ص٢٠٠، د.حامد فهمي ود. محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية،ص٤٥٣.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه(..لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن المحكمة في الوقت الذي ردت دفوع المدعي المتعلقة بموضوع التقادم وإختصاص المحكمة في نظر الدعوى إلا أنها لم تبين الأسباب التي دعتها إلى رد الدعوى كي يتسنى لهذه المحكمة إجراء التدقيقات التمييزية على هذه الأسباب،..لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى لمحكمتها لإتباع ما تقدم)،رقم القرار،١٥٩١/الهيئة المدنية/٢٠٠٢،في٢٠٠٢/١٠/١٠،غير منشور.

ولا يمكن إنكار أن لحكم محكمة التمييز في هذه الحالة قوة وقيمة السابقة القضائية[١]،إذ أن محكمة التمييز في قرار النقض الصادر عنها يمكن أن تخلق قاعدة قانونية تستبدل بها القاعدة التي طبقها الحكم المميز لما لمحكمة التمييز من سلطة في خلق القانون[٢]،إلا أن القرار التمييزي الصادر بهذا الشأن قد لا يكون في بعض الحالات مؤشراً على الحل النهائي الذي يجب أن يصدر في الدعوى،طالما أن الحكم الذي سيصدر من محكمة الموضوع بعد النقض يتم من خلال البحث في المسائل المتصلة بواقع النزاع،إذ أن ما يصدر عن محكمة التمييز إنما هو مجرد توجيه للدعوى، ويكون من الممكن إثارة عناصر واقعية عديدة عن طريق الخصوم عند إعادة النظر في الدعوى من جديد على ضوء ما بينه قرار النقض وذلك بخصوص النقطة الأساسية التي أخطأ فيها الحكم المنقوض،بحيث يمكن القول بأن كل ما تلتزم به المحكمة بعد نقض حكمها في الحالة مدار البحث يتمثل في ضرورة أن تقوم بتسبيب حكمها تسبيباً قوياً حول المسألة التي أخطأت فيها من حكمها المنقوض،غير أنه إذا ظهرت وقائع حاسمة عند نظر الدعوى بعد النقض، فإن هذه الوقائع يجب أن تؤخذ بنظر الإعتبار عند إصدار المحكمة لحكمها من جديد[٣].

أما إذا تم نقض الحكم لمخالفته للقانون[٤]،فإن قرار النقض التمييزي الصادر لهذا السبب يكون أقوى الأحكام بالنسبة لكافة المحاكم وأهمها بالنسبة لمختلف رجال القانون،وذلك لأن قرار

---

(١) د.أحمد هندي،أحكام محكمة النقض،آثارها وقوتها،مصدر سابق،ص٢٨٤.

(٢) د. محمد نور عبد الهادي شحاتة،سلطة محكمة النقض،مصدر سابق،ص١٣٠.

(٣) د.أحمد السيد صاوي،رقابة محكمة النقض،مصدر سابق،ص١٦٠ وما بعدها.

(٤) عرف البعض مخالفة القانون كسبب من أسباب الطعن التمييزي بأنه إنكار لقاعدة قانونية لها وجود،أو تأكيد قاعدة قانونية لا وجود لها،أنظر بهذاالصدد،القاضي ضياء شيت خطاب،الوجيز مصدر سابق، ص٣٣٠، د.آدم وهيب النداوي،شرح قانون المرافعات ،مصدر سابق،ص٣٨٢د.أحمد هندي،أصول المحاكمات المدنية والتجارية،مطبعة الدار الجامعية،الإسكندرية،١٩٨٩،د.فتحي والي،مصدر سابق،ص٧٧٩،د.وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات،الطبعة الثانية،دار الثقافة الجامعية، القاهرة،١٩٩٩، ص٨١٣. في حين عرفه البعض الآخر بأنه عدم تطبيق نص واجب التطبيق،أنظر بهذا الصدد،د.نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٦٩٨.

كما إختلف الفقه أيضاً بشأن القانون الذي تحصل المخالفة بشأنه في الحكم القضائي التي تعد سبب للطعن بالتمييز،إذ ذهب البعض إلى أن المقصود بالقانون هو القانون الموضوعي لا القانون الإجرائي،إذ أن

النقض في هذه الحالة يتضمن ليس مثل أي قرار آخر بالنقض عرضاً للنص القانوني الذي أخطأ فيه الحكم المميز،ثم تعرض بعد ذلك أحياناً شرحاً لهذا النص قبل أن تستخلص التطبيق القانوني على مثل الواقعة موضوع الدعوى المطروحة أمامها،بحيث يؤدي تفسير حكم النقض في

مخالفة القانون كسبب للطعن بالتمييز هي مخالفة القواعد القانونية التي يجب أن يلتزم بها القاضي في مضمون الحكم دون القواعد التي يجب عليه مراعاتها في تكوينه للحكم،ويستندون في ذلك إلى نص الفقرتين(١و٢ من المادة ٢٠٣ مرافعات مدنية عراقي)والفقرتين(١و٢ من المادة٢٤٨ مرافعات مدنية مصري) حيث أن كل فقرة تخص المخالفة التي تقع في الحكم المميز للقانون الموضوعي وللقواعد الإجرائية في القانون الإجرائي وأن كل منها تعد سبباً منفرداً للطعن بالحكم.أنظر بهذا الصدد،د.سعدون ناجي القشطيني،مصدر سابق،ص٣٣،د.عباس العبودي،شرح أحكام المرافعات،مصدر سابق،ص٤٣٣،د.وجدي راغب فهمي،مصدر سابق،ص٦٧١،في حين يذهب البعض الآخر إلى أن ذلك يشمل القانونين الإجرائي والموضوعي، أنظر بهذا الصدد،القاضي عبد الرزاق عبد الوهاب،مصدر سابق،ص٢١٧،د.فتحي والي، مصدر سابق، ص٦٤٠.

ويلاحظ أن محكمة التمييز الإتحادية في العديد من القرارات الصادرة عنها عندما تقرر نقض الحكم المميز لأي سبب من أسباب الطعن المشار إليها في المادة(٢٠٣) قانون المرافعات المدنية العراقي،تشير في قرار النقض إلى عبارة(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون)،وسواء تعلق الأمر بمخالفة الحكم المميز لقانون إجرائي أو موضوعي،أي أنها تأخذ بمخالفة القانون بمعناه الواسع الذي تندرج تحت عنوانه جميع أسباب الطعن بإعتبار أن تحقق أياً منها في الحكم المميز يشكل مخالفة للقانون،إذ جاء في قرار لها قضت فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك أن المحكمة قضت للمدعية بأكثر مما طلبته في عريضة الدعوى،وهذا يعد من الأخطاء الجوهرية عملاً بحكم المادة(٥/٢٠٣) مرافعات مدنية)، رقم القرار،١٥٤٣١/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٢١، في ٢٠٢١/١١/٢٨،غير منشور،وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها قضت فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون،ذلك أن المحكمة أغفلت الفصل في جهة من جهات الدعوى،إذ أن المدعي طلب في عريضة الدعوى الحكم له بالمشاهدة والإصطحاب وأن المحكمة قضت له بالمشاهدة ولم تتطرق للإصطحاب ،وهذا يعد من الأخطاء الجوهرية عملاً بحكم المادة(٥/٢٠٣) مرافعات مدنية)،رقم القرار،١٢٥٦٧/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٢١،في٢٠٢١/٩/٢٩،غير منشور، وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها قضت فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون،ذلك أن محكمة الموضوع قد أفهمت ختام المرافعة وتلت منطوق الحكم في محضر الجلسة نفسها،في حين أن مسودة قرار الحكم المكتوبة بخط اليد والمطبوعة بالآلة الطابعة يحمل تاريخ مختلف،مما تكون المحكمة قد أخطأت في الإجراءات الأصولية،وهو خطأ مؤثر صحة الحكم يستوجب النقض عملاً بحكم المادة(٣/٢٠٣) مرافعات مدنية)،رقم القرار،١٩٨٨/هيئة مدنية منقول/٢٠١٣،في٢٠١٣/١١/١٧،غير منشور.

ومن خلال ذلك يتضح أن محكمة التمييز الإتحادية في العراق تأخذ بمخالفة القانون بمعناه الواسع وتعتبر جميع أسباب الطعن الواردة في المادة(٢٠٣)من قانون المرافعات المدنية تتعلق بمخالفة القانون.

هذه الحالة إلى إنسحاب تطبيق المبدأ القضائي الذي إستخلصته على كافة المنازعات المماثلة التي يحكمها المبدأ ذاته[١]،أي أن قرار النقض في هذه الحالة لا يكتفي بذكر مضمون النص القانوني الواجب التطبيق،ولكنه يعلن النتيجة التي تستخلصها المحكمة عن طريق الإستنتاج من خلال شرح النص القانوني الذي جرى مخالفته في الحكم المميز،وأن الأحكام الصادرة بالنقض لمخالفة القانون،إنما تتواتر في الإفصاح عن رأي محكمة التمييز في المسألة القانونية موضوع قرار النقض،مما يجعلها واضحة أمام سائر المحاكم فتحترمها في أثناء نظرها لمختلف الدعاوى المماثلة[٢]،طالما أن المبدأ الذي أرسته محكمة التمييز في حكمها المنقوض تضمن تقرير حل لمسألة قانونية تعد محل نقاش والذي يتضمن معالجة للإشكالات القانونية[٣]، بحيث تنقض كل حكم مطعون فيه أمامها يتعلق بذات المسألة لا ينسجم والحل الذي تواترت على الأخذ به في أحكامها، بحيث يضحى ذلك هو المبدأ القضائي الذي يجب إتباعها من مختلف المحاكم عند الفصل في القضايا المعروضة عليها المماثلة للقضية التي أرست المحكمة العليا قاعدة قضائية تحكم المسألة المذكورة و إلا تعرض حكمها للنقض عند الطعن فيه،ومن هنا يتضح بأن قرار النقض الصادر عن محكمة التمييز هو الذي أرسى المبدأ القضائي وأن قرار النقض ذاته هو من يكفل وجوب إعماله في القضايا المشابهة من قبل جميع المحاكم،طالما أن محكمة التمييز ومن خلال سلطة النقض التي تملكها فيما يصدر عنها عند نظرها الطعون المقدمة أمامها في القضايا المذكورة أن تحبط أي محاولة للخروج عليها بنقض أي حكم يصدر خلافها بحيث تكفل من خلاله العودة إلى تطبيق الحل الذي أخذت به على سائر القضايا المشابهة[٤].

وأن المحكمة العليا عندما تقرر إرساء مبدأ قضائي عند الفصل في القضايا المعروضة عليها، يكون ذلك في الغالب عندما تقرر نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون،وأنها تعمد إلى تسبيب قرارها الصادر بهذا الشأن بعناية أكثر من أي قرار آخر يصدر المحكمة،إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق قضت فيه(وإذ أنه من القواعد المقررة في قانون المرافعات أن الأصل في التقاضي أن يسعى المدعي إلى المدعى عليه ويقيم الدعوى في محكمة موطن

---

(١) د.مصطفى كيرة،مصدر سابق،ص٧٧٦.

(٢) د.أحمد هندي،أحكام محكمة النقض،مصدر سابق،ص٢٢٧.

(٣) هامش ٢،حامد شاكر،ص٣٥.

(٤) د.أحمد محمد رمضان،مصدر سابق،ص٣٢٢.

المدعى عليه وإستثناءً أجاز القانون إقامتها في محاكم أخرى تسهيلاً لحسم الدعوى،فإذا أقيمت الدعوى في محكمة غير مختصة وظيفياً أو نوعياً أو مكانياً كما هو الحال في هذه الدعوى وجب على المحكمة المقامة أمامها الدعوى إذا ما قضت بعدم إختصاصها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة لإكمال النظر فيها على وفق أحكام المادة(٧٨ مرافعات مدنية) وهذه الإحالة تجري قبل القضاء في أساس الدعوى،فإذا ما أصدرت المحكمة حكمها الفاصل في الدعوى وتم الطعن فيه بطريق الإعتراض على الحكم الغيابي أو الإستئناف ،ففي هذه الحالة لا تصح الإحالة على المحكمة المختصة ولا يكون أمام المحكمة المرفوع إليها الطعن حسبما أشارت إلى ذلك صراحة الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية إلا أن تقضي بفسخ الحكم المطعون فيه ورد الدعوى لعدم الإختصاص وبإمكان المدعي إقامة الدعوى مجدداً أمام المحكمة المختصة،لأن الإعتراض على الحكم الغيابي يعد طريقاً قانونياً للطعن بالأحكام ولا تزول عنه هذه الصفة وأن كانت المحكمة تنظره على شكل دعوى لذلك لا يجوز الفصل فيه إلا من المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي وإذ أن الأسباب الموجبة لأي قانون تتولى تفسير نصوصه ومن خلال هذا التفسير يستدل على الأسباب المبررة والدوافع الحقيقية للتشريع وتكشف روح القانون وصولاً إلى نية وقصد المشرع،وبذلك فإن المشرع قصد أن تكون الإحالة على المحكمة المختصة قبل القضاء في موضوع الدعوى بحكم فاصل وأن محكمة البداءة عند نظر الإعتراض على الحكم الغيابي مقيدة بالمادتين(٢/١٧٩و ١٨١)من قانون المرافعات المدنية بتأييد الحكم الغيابي أو إبطاله مع رد الدعوى أو تعديله عل حسب الأحوال ولا تملك فسخ الحكم الذي هو محصور بمحكمة الإستئناف،وهذا ما أكدته المادة ٣/١٦٠ من قانون المرافعات بقولها أن الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية وإذ أن المدعي تمسك بعدم إختصاص محكمة البداءة مكانياً بنظر الدعوى وتحققت المحكمة من عدم إختصاصها وبذلك تكون غير مختصة بنظرها وكان المقتضى بها إبطال الحكم الغيابي ورد دعوى المدعي من جهة الإختصاص وإفهامه بإقامتها من جديد أمام المحكمة المختصة مكانياً،وإذ أن الحكم المميز لم يلتزم بوجهة النظر المتقدمة قرر نقضه وإعادة الدعوى لمحكمتها لإتباع ما تقدم)[1]،كما جاء في قرار لمحكمة

(١) رقم القرار،٤/الهيئة العامة/٢٠٢١،٢٠٢١/٣/٢٨،غير منشور.

النقض المصرية قررت فيه(في ظل قانون المرافعات السابق الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ لم تكن الدعوى تعتبر مرفوعة بكل ما يترتب على ذلك من آثار إلا بتمام إعلان(تبليغ) صحيفة(عريضة) الدعوى إلى الشخص المراد إعلانه،إلا أن المشرع عدل عن ذلك في قانون المرافعات القائم رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فأصبحت الدعوى تعتبر مرفوعة أمام القضاء بمجرد إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة،أما إعلان الخصم بها فقد أصبح إجراء منفصل عن رفع الدعوى وتالياً له،قصد المشرع إعلامه بها وبطلبات المدعي فيها وبالجلسة المحددة لنظرها كي يعد دفاعه ومستنداته،فإن هو أعلن قانوناً بصحيفة الدعوى كان ذلك دليلاً كافياً على علمه بها سواء علم بها أو لم يعلم،وإيذاناً للقاضي بالمضي بنظرها سواء مثل المدعى عليه في الجلسات المحددة لنظرها بنفسه أو بمن ينوب عنه أو لم يمثل أصلاً.أما إذا حضر دون إعلان بالجلسة المحددة لنظر الدعوى بعد النداء عليه،وتنازل صراحة أو ضمناً في إعلانه بصحيفتها،كأن أقر بإستلامه صورة منها أو تسلم هذه الصورة في الجلسة بغير إعتراض منه أو أبدى دفاعاً بالموضوع أو طلب أجلاً لإبدائه بما يدل على علمه اليقيني بموضوع الدعوى وبطلبات المدعي فيها وبمركزه القانوني،كان ذلك كافياً للمضي في نظر الدعوى دون حاجة لتكليف المدعي أو قلم المحضرين بإعلانه بصحيفتها،وحيث أن المستأنف ضدها لم تعلن أصلاً بصحيفة الإستئناف تمسكت بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن لعدم إعلانها به خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها إلى قلم كتاب المحكمة وفقاً للمادة ٧٠ من قانون المرافعات،غير أن الحكم المطعون فيه قضى برفض الدفع وفصل في موضوع الدعوى على سند أنها حضرت في الجلسة بما يصحح بطلان إعلانها،في حين أن هذا الحضور بمجرده لا يسقط حقها في إعلانها بالصحيفة أو توقيع الجزاء وخلت الأوراق مما يفيد أنها تنازلت صراحةً أو ضمناً عن حقها في إعلانها بها،فإن الحكم المطعون فيه يكون بذلك قد خالف القانون بما يوجب نقضه)[1]. كما جاء في قرار الغرفة المختلطة في محكمة النقض الفرنسية بالعدد ١٣٥٥٦.٧٣ في ٢٤ مايو ١٩٧٥ أنه(إستناداً إلى أحكام المادة ٥٥ من دستور ٤أكتوبر ١٩٥٨ أن المعاهدات الدولية لها قوة أعلى من القوانين الوطنية العادية حتى اللاحقة منها،ويؤخذ على القرار المطعون فيه أنه أعلن إنعدام شرعية

(١) رقم الطعن،٢٢٣٩ لسنة ٥٥ قضائية،جلسة ٨ مارس ١٩٩٢.الصادر عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية،أشار إليه،د.فتحي والي،الوسيط في قانون القضاء المدني،مصدر سابق،ص٤٥١ وما بعدها.

ضريبة الإستهلاك الداخلية المنصوص عليها في المادة ٢٦٥ من قانون الجمارك لعدم تطابقها مع أحكام المادة ٩٥ من معاهدة ٢٥ مارس ١٩٥٧ بعلة أن لهذه المعاهدة بموجب المادة ٥٥ من الدستور قوة أعلى من قوة القانون الداخلي حتى لو كان لاحقاً،في حين أن القاضي المختص بنظر الدعاوى المتعلقة بأمور الضريبة حتى لو كان له الحق في تقييم شرعية النصوص التنظيمية المنشئة لضريبة متنازع فيها،فإنه لا يمكنه رغم ذلك دون تجاوز صلاحياته إستبعاد تطبيق قانون داخلي بحجة أن له طابع غير دستوري،وإذ أن أحكام المادة ٢٦٥ من قانون الجمارك مستوحاة من قانون ١٤ ديسمبر ١٩٦٦ التي منحها القوة المطلقة للقواعد التشريعية والتي تفرض نفسها على كامل القضاء الفرنسي،وحيث أن معاهدة ٢٥ مارس ١٩٥٧ لها بموجب المادة أعلاه من الدستور قوة أعلى من القوانين تنشئ نظاماً قضائياً خاص بها يندمج في النظام القضائي للدول الذي أنشأته،ونظراً لهذه الذاتية فإنه قابل للتطبيق مباشرة على مواطني الدول الأعضاء فيها ويفرض نفسه على القضاء الخاضعين له،لذا فإن المادة ٩٥ من المعاهدة تكون هي الواجبة التطبيق في الدعوى المعروضة بخلاف المادة ٢٦٥ من قانون الجمارك على الرغم من أن النص الأخير جاء لاحقاً)[١].

ومن هذا يتضح أن التسبيب هو الوسيلة الوحيدة التي تسمح بوجود المبادئ القضائية، لأن الأسباب التي توردها محكمة التمييز في قرارها الذي تقرر فيه مبدأً قضائياً تتضمن بياناً للإستدلال القانوني الذي إنتهت إليه،وهو الذي يستدل به على النحو الذي فسرته وطبقته محكمة التمييز في كل مرة تتطابق فيها الظروف الواقعية والقانونية[٢] بالنسبة للقضية التي قرر فيها المبدأ القضائي بخصوص أية قضية تعرض لاحقاً على القضاء.

وعلى هذا الأساس فإن مضمون قرار النقض وتقريره لحل بشأن مسألة قانونية معروضة أمام القضاء تعد محل خلاف قانوني وتسبيبه تسبيباً كافياً والذي غالباً ما تقضي فيه محكمة التمييز بكون الحكم المميز جاء مخالفاً للقانون هو الذي يستخلص منه المبدأ القضائي يكون واجب الإتباع مطلقاً من قبل المحكمة التي تعاد إليها الدعوى للفصل فيها من جديد خاصةً إذا

(١) أشار إليه،د.حامد شاكر محمود الطائي،مصدر سابق،ص٦٠.

(٢) د.عزمي عبد الفتاح،مصدر سابق،ص٢٠٠.

كان صادراً عن الهيئة العامة أو الهيئة الموسعة المدنية،كما يجب يجب إحترامه من قبل مختلف المحاكم في القضايا المماثلة.

وترتيباً على كل سبق بحثه في هذا المبحث فإن ليس كل ما يصدر عن الهيئة العامة أو الهيئة الموسعة في محكمة التمييز ينشأ عنه مبدأ قضائي واجب الإتباع في القضايا المماثلة، ذلك أنه حتى تنشأ المبادئ القضائية ويتحقق لها الإستقرار والثبات في العمل وتطبقها المحاكم بإضطراد كما تطبق نصوص القانون، ينبغي أن تكون القرارات المنشأة للمبادئ الصادرة عن الهيئات المذكورة قد تضمنت تقرير حل لمسألة تعد محل خلاف في التطبيق العملي للمحاكم والتي يتم تسبيبها على قدر كافي من العناية والوضوح والصراحة والتي غالباً . كما يكشف عن ذلك من الإطلاع على القرارات القضائية المقررة لها . ما تقضي فيها محكمة التمييز بنقض الحكم المميز لمخالفته للقانون، بحيث أنها لا تكون ملزمة للمحكمة التي تعاد القضية إليها للفصل فيها من جديد بعد النقض،وإنما تكون واجبة الإحترام من قبل جميع المحاكم في كافة القضايا المماثلة.

المبحث الثاني
المبادئ القضائية الإرشادية

لا تكون المبادئ القضائية على درجة واحدة من حيث القوة في التطبيق العملي في المجالات التي يمكن إعمالها فيها،فإذا كانت المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة العامة والهيئة الموسعة المدنية في المحكمة العليا بصدد القضايا التي تحال إليها لتقرير حلول معينة بشأن المسائل القانونية فيها التي هي محل جدال ونقاش لتطبيقها على القضايا المماثلة التي تعرض في المستقبل على جهات القضاء المختلفة لتكون واجبة الإتباع والإحترام من قبل كافة المحاكم،فإن هناك مبادئ قضائية لا تكون بنفس القوة في الواقع العملي من حيث وجوب الأخذ بالحلول المقررة بمقتضاها في القضايا المشابهة،ويكون للمحاكم في مثل هذه القضايا الأخذ بما قررته من حلول أو تبني حلول أخرى للنزاع المطروح أمامها في مثل القضايا المذكورة، أي أن الأخذ بها يكون على سبيل الإستئناس وأنها مرشدة للمحاكم للحلول الملائمة للقضايا المطروحة عليها،وأن ذلك يستند إلى أن القواعد القانونية التشريعية هي وحدها الأساس الذي تستنبط منه المحاكم الأحكام والحلول للقضايا المعروضة عليها وأن المحاكم لا تلتزم سوى بما تقرره النصوص التشريعية،وما تتضمنه المبادئ القضائية ما هو إلا تفسير غير ملزم لنصوص لقانون في حال كونها غامضة أو مبهمة أو أنها حلول لسد الفراغ في النصوص التشريعية بإعطاء حل للنزاع المعروض أمام القضاء بما يتناسب والظروف الواقعية له،وأن الحلول المقررة بمقتضى هذه المبادئ في الحالات المذكورة ما هي إلا حلول جاهزة يمكن تبنيها من قبل المحاكم في القضايا المماثلة والإسترشاد بها،أو تبني حلول أخرى تراها أكثر ملائمة لواقع النزاع المعروض أمامها،وأن القانون يتيح لها الإصرار على الحلول التي تقررها للنزاع الذي فصلت فيه،حتى وأن نقضت المحكمة العليا الحكم الصادر عنها بصدد هذا النزاع ووجهت المحكمة بالأخذ بالمبادئ القضائية الصادرة عنها في القضايا المماثلة.

عليه وللإحاطة بموضوع هذا المبحث،سنتناول دراسته في مطلبين،سنتناول في المطلب الأول بيان إعتبارات عدم وجوب إعمال المبادئ القضائية،وسنتناول في المطلب الثاني دراسة مدى إصرار المحكمة على حكمها المنقوض كسبب لعدم الإلتزام بالمبادئ القضائية فضلاً عن تعدد جهات الطعن في الأحكام وعدم وجود مبادئ قضائية تقرر حلول موحدة بشأن القضايا المعروضة على القضاء.

المطلب الأول
الإعتبارات التي يقوم عليها عدم وجوب إعمال المبادئ القضائية

يذهب بعض الفقه إلى أن النظام القانوني في مختلف الدول الحديثة بإستثناء الدول ذات الإتجاه الأنكلو سكسوني بجعل التشريع هو المصدر الأساس للقاعدة القانونية وفي حالة خلوه من نصوص خاصة تنطبق على النزاع المعروض أمام القضاء يتم اللجوء إلى المصادر الإحتياطية الأخرى للقاعدة القانونية لتقرير الحل الملائم للنزاع،وأن القضاء لم يكن مصدراً رسمياً للقانون،وإنما هو مصدر تفسيري فحسب وبالتالي فإن ما يصدره من مبادئ قضائية لا يكون ملزماً في سائر القضايا المماثلة،فضلاً عن أن نسبية أثر الأحكام القضائية وكونها لا تلزم سوى طرفيها وبخصوص القضية الصادرة بشأنها،تجعل من المبادئ القضائية المقررة بمقتضى الأحكام المذكورة غير مقيدة للمحكمة الصادرة عنها ولغيرها من المحاكم في القضايا المماثلة.

عليه وللإحاطة بموضوع هذا المطلب،سنتولى تقسيمه على فرعين،نتناول في الفرع الأول دراسة كون القضاء مصدر تفسيري للقانون،ونتناول في الفرع الثاني دراسة مبدأ نسبية أثر الأحكام القضائية.

الفرع الأول
القضاء مصدر تفسيري للقانون

أن أغلب القوانين الحديثة من غير القانون الإنكليزي ومن يسير على نهجه من قوانين الدول الإنجلوسكسونية ،لا تعتبر المبادئ القضائية مصدراً رسمياً للقواعد القانونية،وإنما هي مصدر تفسيري[١] لها كالفقه[٢] سواء بسواء،مع فارق واحد بينهما يرجع إلى إختلاف وظيفة كل منهما، ويتمثل ذلك بأن القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذي يعطيه للقانون تطبيقاً عملياً فيما

---

(١) يراد بالمصدر التفسيري المرجع الذي يساعد على تجلية ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام، فهو مصدر للإستئناس والإسترشاد،يسترشد به القاضي للتعرف على حقيقة القواعد التي إستمدها من مصادرها الرسمية دون أن يكون لها قوة ملزمة،د.سعيد عبد الكريم مبارك،أصول القانون،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،بغداد،١٩٨٢،ص١٩،د.محمد عبد الملك محسن،تاريخ وفلسفة القانون،دار الكتاب الجامعي، صنعاء، ٢٠١٢، ص٢٦٨.

(٢) يقصد بالفقه في هذا الصدد مجموع آراء علماء القانون من خلال مجموعة الشروحات التي تصدر عنهم القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية إنتقادية والجامعة بين إستخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه، د.عبد الباقي البكري وزهير البشير،المدخل لدراسة القانون،مصدر سابق،ص١٥٨.

يصدر عنه من أحكام في القضايا المعروضة أمامه،بينما يظل تفسير الفقه تفسيراً نظرياً مبسوطاً في بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه إلى التطبيق العملي،ما لم يأخذ به القضاء طوعاً وإختياراً إعترافاً بما يكون لهذا التفسير من حجة وقوة علمية[١].

وعلى هذا الأساس يرجع للمبادئ القضائية في القضايا المماثلة للقضية التي قررت بشأنها على سبيل الإستئناس فحسب،إذ لا تلتزم المحاكم بما سبق وأن أصدرته من أحكام،كما أنها لا تلتزم بالأحكام التي أصدرتها غيرها من المحاكم ولو كانت أعلى منها درجة[٢]،ذلك أن وظيفة المحاكم تقتصر على تطبيق القواعد القانونية،أما إنشاء هذه القواعد فإنه يكون من إختصاص سلطة أخرى غير السلطة القضائية طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات[٣]،أو يكون من

---

(١) د.حسن كيرة،مصدر سابق،ص٢١٥.د.أحمد محمد الرفاعي،المدخل للعلوم القانونية(نظرية القانون)،بدون ذكر مكان طبع ودار نشر،٢٠٠٨،ص١٨٢.د.عبد الباقي البكري وزهير البشير،المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق،ص١٥٥.

وقد لوحظ في الواقع العملي ومن خلال الإطلاع على الأحكام القضائية،أن بعض القرارات القضائية أشارت بشكل صريح إلى رأي بعض شراح القانون بأسمائهم ومؤلفاتهم،والبعض الآخر ذكر رأي الفقهاء بشأن المسألة المطروحة على القضاء.إذ جاء في قرار لمحكمة إستئناف بغداد/الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية رقم٦٩٢/م/٢٠١٣،في ٢٠١٣/٥/٩،غير منشور، بأن (محكمة البداءة في الأحكام الصادرة عنها بدرجة أخيرة لا تملك الإصرار على قرارها المنقوض وأن قرار النقض الصادر عن محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية يكون واجب الإتباع عملاً بأحكام المادة(١/٢١٥) من قانون المرافعات المدنية(د.عبد الرزاق عبد الوهاب/رئيس محكمة التمييز سابقاً،الطعن بالأحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية،ص٣٥٥.الأستاذ مدحت المحمود،شرح قانون المرافعات المدنية،ص٣٠٤،الأستاذ صادق حيدر،شرح قانون المرافعات المدنية،ص٣٤٨). كما جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٢٩/هيئة عامة/٢٠٠٨،أن(كلمة الفقه أجمعت على أن الإنسان هو غاية كل تنظيم قانوني وقضائي ... ،ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاضٍ إلى آخر،ومن حالة إلى أخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز قوته الإلزامية)،ويلاحظ في هذا القرار أن محكمة التمييز تشير في الإستناد إلى ما قررته إلى رأي الفقه بخصوص المسألة المعروضة عليها،ولدى البحث والتدقيق وجد أن هذا الرأي الفقهي منقول عن د.أحمد فتحي سرور،سلطة محكمة النقض في الرقابة لضمان حسن تطبيق القانون،مصدر سابق،ص٩.

(٢) د.محمد حسن قاسم،المدخل لدراسة القانون،الجزء الأول،القاعدة القانونية،منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص٣٩٤.

(٣) يقصد بمبدأ الفصل بين السلطات،توزيع الإختصاصات في الدولة بين السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية،بحيث يكون لكل سلطة ممارسة إختصاصاتها ومهماتها المحددة لها دون تدخل في إختصاص غيرها من السلطات الأخرى،وأن الأخذ بهذا المبدأ(المادة٤٧ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥)،لا يعني الفصل التام بين كل سلطة وأخرى داخل الدولة،بل أن الملاحظ أن هناك مرونة وتداخل في عمل هذه

السلطات،فإذا كان البرلمان وهو يمثل السلطة التشريعية المختصة بتشريع القوانين(المادة ٦١/أولاً من الدستور) فإن لديه إختصاصات غير تشريعية يتداخل فيها مع إختصاص باقي السلطات،إذ أنه يتداخل مع إختصاص السلطة التنفيذية في تعيين كبار موظفي السلطة التنفيذية(المواد ٦١/خامساً/ب و ٧٠و٧٦/رابعاً من الدستور) وقادة أجهزة الأمن التابعين لها(٦١/خامساً/ج)وأعضاء السلك الدبلوماسي وإرتباط بعض الجهات التي لا تمارس مهام تشريعية به إدارياً(كديوان الرقابة المالية وهيئة الإعلام والإتصالات التي حلت محل وزارة الإعلام بموجب الشطر الأخير من البند ثانياً من المادة ١٠٣ من الدستور)،كما أنه يتداخل مع إختصاص السلطة القضائية من خلال المصادقة على تعيين رئيس وأعضاء محكمة التمييز الإتحادية والمناصب العليا في الجهاز القضائي(المادة٦١/خامساً/أ)،فضلاً عن البت في بعض القضايا التي هي من صميم عمل القضاء في الفصل بين الخصومات أياً كان طرفها(كالبت في صحة عضو من أعضائه بموجب المادة٥٢ منه)،،كما أن السلطة التنفيذية التي مهمتها الأساسية هي تطبيق القوانين التي تسنها السلطة التشريعية وتنفيذ أحكام القضاء الصادرة عن السلطة القضائية،قد تتداخل مع إختصاص السلطتين المذكورتين ومن الأمثلة على ذلك أن البرلمان هو السلطة المختصة بإصدار التشريعات بمختلف صورها في حين نجد أن السلطة التنفيذية هي من يتولى سن التشريعات الفرعية المتمثلة بالأنظمة والتعليمات(المادة ٨٠/ثالثاً من الدستور)،كما أن مشاريع القوانين خاصة المتعلقة بالجانب المالي لا يمكن أن تسن إلا من خلال تقديمها عن طريق السلطة التنفيذية(المادة ٦٠/أولاً من الدستور)،فضلاً عن إختصاص بعض أجهزة السلطة التنفيذية بالفصل في المنازعات التي هي من صميم عمل السلطة القضائية،كإختصاص رئيس الوحدة الإدارية بالفصل في المنازعات الزراعية التي تحصل في حدود وحدته الإدارية وإختصاص المحافظ كمرجع طعن للبت في الإعتراضات على القرارات التي تصدر في المنازعات المذكورة(المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ المعدل)،وأن التداخل المذكور حدا بالمحكمة الإتحادية العليا في العراق إلى وصف مبدأ الفصل بين السلطات بأنه يمتاز بالمرونة والتداخل بين السلطات(وذلك في قرارها المرقم ١٢١/إتحادية/٢٠٢٢،في ٢٠٢٢/٥/١٥،غير منشور).ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، أنظر، د.عدنان عجيل عبود،الإختصاصات غير التشريعية للبرلمان،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،العدد الأول،السنة التاسعة،٢٠١٧،ص٤٣٢ وما بعدها.

في حين لا نجد مثل هذا التداخل بين عمل القضاء وإختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية وأن حصل ومارس القضاء الرقابة على عمل وإختصاص السلطتين المذكورتين فإن ذلك ليس من قبيل هذا التداخل وإنما هو من صميم عمله بالفصل في المنازعات التي تحصل أياً كان أطرافها وصفاتهم،فضلاً عن ذلك فإن إقرار القضاء للحلول العادلة للمنازعات المعروضة أمامه من خلال المبادئ القضائية التي يقرها في الحالات التي لا يوجد حكم بشأنها في التشريعات النافذة،فإنه ليس تجاوز على إختصاص السلطة التشريعية وحلوله محلها في هذا الصدد،بل أن ذلك تنفيذاً لأداء مهمته بعدم الفصل في أي منازعة تعرض عليه بحجة عدم وجود نص في القانون ينطبق بشأنها،وأن قيام القضاء بإقرار الحلول بهذا الشأن نتيجة عدم قيام باقي السلطات بوضع وسن القواعد القانونية التي يقتضيها الواقع المعروض أمام القضاء،ومتى ما قامت السلطة التنفيذية بإقتراح القوانين التي تقتضيها الحالات المعروضة أمام القضاء وقامت السلطة التشريعية بسنها وإقرارها،فإن القضاء يقوم بتطبيقها على ما يطرح أمامه من منازعات طالما أنها تستجيب لكافة الجوانب المتعلقة بهذه

خلال مصادر أخرى للقاعدة القانونية نص عليها المشرع ولم يكن من بينها ما إستقرت عليه أحكام المحاكم من مبادئ قضائية[١]،فضلاً عن ذلك فإن ما تستقر عليه المحاكم بشأن مسألة عرضت على القضاء ولم ترد بشأنها قاعدة قانونية في المصادر الرسمية وإستقرارها على الفصل فيها على نحو معين لا يعد ملزماً لها من الناحية القانونية[٢]،إذ تستطيع أية محكمة أن تقضي بخلاف ما إستقر عليه العمل من مبادئ قضائية ولو كانت أقل المحاكم درجة،وإذا كانت المحاكم تأخذ بالمبادئ التي إستقر عليها القضاء،ولا سيما ما أقرته المحكمة العليا من هذه المبادئ،فإن ذلك مرده لما لهذه المبادئ من قيمة أدبية[٣]،بحيث أن إلتزام المحاكم به يكون بناءً على قناعة منها بما تضمنته من حلول للمنازعات المعروضة عليها،أو خشية من أن ينقض حكمها من المحكمة العليا إذا خالفته عند الفصل في القضايا المطروحة أمامها على نحو مغاير لما سار عليه القضاء،لكن مع ذلك يبقى للمحكمة العليا العدول عما إستقر عليه قضائها فيما سبق وأن فصلت فيه،كما يكون لأية محكمة أخرى أدنى منها أن تخرج عن المبادئ القضائية ،وقد يؤدي ذلك إلى تغيير إتجاه القضاء بصدد المسألة المستقر على الفصل فيها على نحو معين عما كان عليه من قبل، إضافة إلى أنه مهما توفر للمبادئ القضائية من قيمة أدبية تحمل المحاكم من الناحية العملية على الأخذ بها في الحالات المماثلة،فإنه ليس من شأنها أن تخلق قاعدة عامة

المنازعات،بعبارة أخرى أن القضاء ما كان ليقرر حلول للمنازعات المعروضة عليه لو أن باقي السلطات قامت بوضع التشريعات اللازمة لمواكبة كافة المنازعات المعروضة على القضاء،إذ يقوم القضاء في هذه الحالة بتطبيق القواعد القانونية التي تتضمنها هذه التشريعات على القضايا المعروضة عليه من غير حاجة إلى إبتكار حلول لها من قبله.

(١) وهذه المصادر أشارت إليها المادة(١) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه(١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف،فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين،فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)،ويقابل ذلك نص المادة(١) من القانون المدني المصري،وقد تضمن الأسباب الموجبة للقانون المدني العراقي الإشارة إلى أن مصادر القانون الرسمية هي التشريع ثم العرف ثم الفقه الإسلامي دون التقييد بمذهب معين،ثم قواعد العدالة.

(٢) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري،د.أحمد حشمت أبو ستيت،أصول القانون،مطبعة لجنة التأليف والنشر والترجمة،القاهرة،١٩٥٠،ص١٤٢،د.عبد الباقي البكري،طه البشير ،مصدر سابق،ص١٥٦.

(٣) د.عدنان طه الدوري،د.لطيف جبر كوماني،المبادئ القانونية العامة،الطبعة الأولى،الجامعة المفتوحة، ١٩٩٤،ص٥٨.

مجردة بالمعنى القانوني الصحيح،حيث لا تتوفر لها قوة الإلزام الا في الحالات الخاصة التي صدرت بشأنها[١].

وإذا كانت المبادئ القضائية مجرد تفسير للقاعدة القانونية[٢] وليس مصدر رسمي للقانون[٣]،فإن لها مع ذلك الأثر الواضح في إرشاد القاضي للحل الذي يهتدي به في القضايا المعروضة أمامه المماثلة للقضية المقررة بشأنها خاصة إذا كانت هذه المبادئ مستقر العمل بها،ليس هذا فحسب بل أنها تنير الطريق أمام الفقيه حيث تزوده بمادة حية يغذيها التطبيق العملي،كما أنها تفيد في التحضير للعمل الذي يقوم به المشرع،من خلال ما تضع تحت نظره ما أظهره التطبيق العملي للقانون من قصور أو عيب[٤]، إذ تعتبر المبادئ القضائية من المصادر التاريخية[٥] لبعض التشريعات[٦]، إذ حرص المشرع على الإفادة من تجارب القضاء في تفسيره لنصوص القانون وتطبيقها وإظهار نواحي القصور فيها،فيستقي القواعد القانونية في التشريعات التي أقرها من المادة التي جاءت ثمرة لإجتهاد القضاء[٧].

بيد أن الأمر ليس كذلك،إذ بينا في المبحث الأول من هذا الفصل بأن هناك حالات تكون فيها المبادئ القضائية الصادرة عن الهيئة القضائية الأعلى في المحكمة العليا أو الهيئة الموسعة واجبة الإتباع والتطبيق ليس من قبل المحاكم الأدنى وبخصوص القضية الصادرة

---

(١) د.عبد الحي حجازي،محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية،الجزء الأول،القانون،المطبعة العالمية،القاهرة،ص٢٠٣،د.حسن كيرة،مصدر سابق،ص٢١٦.

(٢) د.أحمد محمد الرفاعي،مصدر سابق،ص١٨٤.

(٣) يقصد بالمصدر الرسمي للقانون،القاعدة القانونية التي تعطيها السلطة المختصة في الدولة قوتها الملزمة، د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، د.أحمد حشمت أبو ستيت،مصدر سابق،ص٨٠.

(٤) د.عبد المنعم فرج الصدة،أصول القانون،مصدر سابق،ص١٦٥.

(٥) يراد بالمصدر التاريخي الأصل الذي ترجع إليه قاعدة قانونية معينة،إذ قد تستقي القاعدة القانونية من نظام قانوني قديم، وقد تكون تقليد لقاعدة معمول بها في قانون دولة أخرى،فمثلاً يعتبر القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية من المصادر التاريخية لقواعد القانون المدني الفرنسي،د.محمد حسن قاسم،مصدر سابق، ص١٦١. د.سعيد جبر،المدخل لدراسة القانون،الجزء الأول، بدون ذكر مكان طبع،١٩٩٠،ص٢٠٧.

(٦) ومن ذلك مثلاً قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ الذي ورد في الأسباب الموجبة له من أن القانون قنن بنصوص صريحة فيه ما كان يسير عليه قضاء محكمة التمييز.

(٧) د.عبد المنعم فرج الصدة،أصول القانون،مصدر سابق،ص١٦٧.

بشأنها،بل من قبل المحكمة العليا وفي كافة القضايا المماثلة للقضية الصادرة بشأنها وأن هناك بعض النصوص القانونية تشير إلى ذلك صراحة[١].

ومن خلال ما تقدم يبدو أن الإعتبار في عدم الإلتزام بالمبادئ القضائية يرجع إلى كون القضاء ليس مصدراً للقانون،بل أنه مجرد تفسير وتطبيق للقواعد القانون،إعتبار غير حاسم في هذا الصدد إستناداً إلى رأي مؤيدي هذا الإتجاه، الذين يذهبون إلى أن ما أوجده القضاء من قواعد قانونية،تلك القواعد التي إستقرت بفضل محكمة التمييز،صار لها من الإحترام ما لم ير معه المشرع حاجة لأن يضمن ما إنتهى إليه من رأي في تشريعات،مسلماً بما جرى به القول من أن القضاء يصنع القانون،وإذا كان يصح الإعتراض بأن تلك القواعد التي توصف بأنها من عمل القضاء إنما تستمد وجودها في حقيقة الأمر من التشريع الذي تقوم المحاكم على تفسيره وتطبيقه،غير أن مثل هذا الإعتراض إن صح في الحالات التي لا يكون فيها التشريع واضحاً،فإنه لا يصح في الحالات التي لا ينطبق بشأنها نص قانوني أصلاً، وفي الحالات التي يخالف فيها القضاء النص القانوني الصريح، كما فعل القضاء في مصر عندما قررت المحاكم الأهلية أن القسمة كاشفة أو مقررة للحقوق لا منشئة لها،رغم صراحة نص المادة(٥٥٥) من القانون المدني الأهلي(الملغي) التي تعتبر القسمة بيعاً بين الشركاء،فكيف يسوغ بعد هذا أن يوصف عمل القضاء بأنه تفسير وتطبيق للتشريع ليس إلا؟ الحق أن عمل القضاء في هذا المجال هو عمل إنشائي، ومن ثم فهو خليق بأن يكون من بين مصادر القانون[٢].

---

(١) تنص المادة(٢١٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه(١. إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة أحوال شخصية أو بداءة،يكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الإتباع مطلقاً.٢. ....وإذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة يكون واجب الإتباع في جميع الأحوال).والمادة(٢٦٩)من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بخصوص الطعن للمرة الثانية بعد النقض،حيث يكون ما تضمنه قرار النقض واجب الإتباع من قبل المحكمة التي تحال إليها الدعوى للفصل فيها على ضوء قرار النقض.

(٢) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، د. أحمد حشمت أبو ستيت،أصول القانون،مصدر سابق،ص١٤١.

الفرع الثاني
مبدأ نسبية أثر الأحكام القضائية

يذهب الفقه[١]إلى أن الحكم لا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه[٢] إلا في مواجهة أطراف الدعوى الذين صدر الحكم فيما بينهم،إذ أن ما يقضي به الحكم بين شخصين لا يفيد الغير[٣] ولا

---

(١) أستاذنا د.هادي حسين عبد علي الكعبي،الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق، ص٧٤٥، د.أحمد السيد صاوي،أثر الأحكام بالنسبة للغير،دار النهضة العربية القاهرة،بدون ذكر سنة نشر، ص٧، د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني،نظرية الإلتزام بوجه عام،الجزء الأول، دار النهضة العربية القاهرة،١٩٦٦،ص٧٧٢.بلانيول اثر الاحكام ص١٠.

(٢) يقصد بحجية الأمر المقضي فيه أن ما سبق عرضه على القضاء،وتم الفصل فيه،لايجوز أن يطرح للنقاش مرة أخرى أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أية محكمة أخرى لتفصل فيه من جديد،بعبارة أخرى أن الحكم القضائي يتمتع بنوع من الحرمة بمقتضاها يمنع مناقشة ما حكم فيه بدعوى جديدة،إذ أن القانون يفترض أن الحكم هو عنوان الحقيقة وأنه صدر صحيحاً من حيث إجراءاته،وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع،وأن لذلك ضرورة تتطلبها مصلحة الأفراد والمصلحة العامة،إذ لا يعقل أن تستمر الخصومات بين الناس ولا تقف عند حد معين،فتتأبد بذلك المنازعات الأمر الذي يترتب عليه عدم إستقرار المراكز القانونية وعدم وصول الحقوق لأصحابها وتعطيل المعاملات بين الناس فتسود المجتمع الفوضى،ويختل النظام والسلام فيه،فضلاً عن ذلك فإنه لو سمح بالفصل من جديد فيما سبق وأن صدرت أحكام قضائية بشأنه من منازعات لتعرضت هذه الأحكام للتناقض ولأدى ذلك إلى ضياع هيبة الأحكام وزعزعة ثقة الناس فيها والإخلال بكرامة القضاء،أنظر بشأن ذلك وتفصيلاته،أستاذنا د.هادي حسين عبد علي الكعبي،الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق،٧٤٦،د.أحمد السيد الصاوي،الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه،ص٨٧،د.إبراهيم سعد،القانون القضائي الخاص،ص٢٨٨،د. رمزي سيف،الوسيط،ص٦٦٥،د.أحمد هندي،قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق،ص٥٠٤.
على أن هذه الحجية تكون للحكم القضائي بمجرد صدوره ولو كان قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن غير أنها تكون حجية مؤقتة وتظل موقوفة إلى أن يقضى في الطعن،فإذا نقض الحكم أو ألغي فإن حجيته القضائية تزول عنه ويسقط ما كان يتمتع به من حجية مؤقتة،أما إذا صدق الحكم أو تأيد من جهة الطعن أو إنقضت المدة المحددة للطعن فيه ولم يتم ذلك،إنقلبت الحجية التي كان يتمتع بها إلى قوة الأمر المقضي فيه وهي درجة من الإحترام للأحكام تخول المحكوم له التنفيذ الجبري له،أنظر في ذلك وتفصيلاته، د.نبيل إسماعيل عمر،قانون أصول المحاكمات المدنية،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،٢٠٠٨، ص٤٧٨،د.محمود السيد التحيوي،النظرية العامة لأحكام القضاء،مصدر سابق، ص٧٦.

(٣) يعد إصطلاح الغير من أقدم الإصطلاحات القانونية،فقد إستعمله الرومان في عبارة(أن العقود وأحكام القضاء لا تتعدى لغير أطرافها بنفع أو ضرر)أو أن(حكم العقود والقضاء الإقتصار)،وقد ورد هذا الإصطلاح في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني العراقي في مجالات عديدة منها مثلاً(التعاقد عن الغير،الإشتراط لمصلحة الغير،التعهد عن الغير،وغيرها)،فإكتسب على هذا النحو حظاً

من الشيوع وقد أخذ به المشرع في قانون المرافعات المدنية كذلك،ورددته المحاكم في أقضيتها وجرت به أقلام الشراح،ولكنه ظل رغم هذا كله بعيداً عن التحديد التشريعي،إذ لم يعنى المشرع في القوانين المذكورة بتحديد دلالته الفنية،وعلى هذا الأساس فإن لمصطلح الغير معان متعددة،بالنظر لإتصاله بموضوعات كثيرة فيكون له معنى محدد بحسب إستعماله في كل حالة من مجالات إستعماله،إذ أن تحديد معناه يختلف تبعاً للأوضاع المختلفة التي يرد فيها إستعمال هذا المصطلح،فهناك الغير في العقود،والغير في حجية الورقة العادية،والغير في الصورية،والغير في الأحكام،وهو في كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد معناه على نحو يتلائم مع هذا الوضع،غير أن الفكرة المشتركة في كل الأوضاع المذكورة أن أثراً قانونياً معيناً يمتد لشخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يمتد إليه،فيعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا الأثر،معنى ذلك أن الأغيار ليسو بمزلة واحدة في التشريع،إذ الأصل في الإجراءات والأحكام القضائية والعقود أنها لا تولد آثارها إلا في دائرة أطرافها وحدهم،فمن لم ترضى إرادته إنصراف الأثر الملزم للتصرف أو للدعوى أو للحكم أو للطعن فيه،أو للعقد يظل بمنأى عن هذا الأثر،فلا يصبح بموجبه مدعياً أو مدعى عليه،أو محكوماً له أو عليه،دائناً أو مديناً،وهذا ما يعرف بمبدأ نسبية الإجراءات أو التصرفات ،والشخص الذي لم تتصرف إرادته إلى قبول آثار الإجراء أو التصرف هو الذي يعنيه إصطلاح الغير،ومن هنا تبدو دائرة الغير رحبة للغاية إذ تضم كل الإشخاص ما عدا أطراف التصرف أو الدعوى،إذن الغير في الدعوى هو كل شخص ما عدا طرفيها،أي هو كل من لم يكن مدعياً أو مدعى عليه أو خلف لهما،إنظر بصدد تفصيل ذلك،عاطف محمد كمال فخري، الغير في القانون المدني،رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق،جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦، ص٢،د.أحمد هندي،سلطة الخصوم والمحكمة في إختصام الغير،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،١٩٩٧،ص٢٢.

جدير بالملاحظة الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع العراقي بخصوص الإجراءات المتعلقة بالدعوى المدنية قد إستعمل إصطلاح الغير في بعض الحالات وإستعمل إصطلاح مرادف له وهو إصطلاح(الشخص الثالث) في حالات أخرى،إذ إستخدم إصطلاح الغير عند تنظيم أحكام الطعن بطريق إعتراض الغير في المواد(٢٣١.٢٢٤)من قانون المرافعات المدنية والذي عرفته الأسباب الموجبة في معرض تفسيرها للمواد المذكورة بأنه كل من لم يكن خصماً ولا ممثلاً ولا شخصاً ثالثاً في الدعوى وكان الحكم متعدياً إليه أو ماساً بحقوقه ولو لم يكتسب درجة البتات،كما ورد هذا الإصطلاح في المادة ٢٦ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ في معرض بيانها لحجية السند العادي في الإثبات،في حين إستعمل المشرع إصطلاح الشخص الثالث في موضوع الدعوى الحادثة وأن المشرع العراقي كان موفقاً في إستعمال هذا الإصطلاح لأن الشخص الثالث بدخوله في الدعوى يصبح طرفاً في الدعوى يحكم له أو عليه(م٧٠مرافعات) بغض النظر عن الصورة التي تم إدخاله أو تدخله فيها سواء أكان إختصامياً أو إنضمامياً وبالتالي فإنه لم يعد من الغير بعد ذلك،بإستثناء حالة الشخص الذي تدعوه المحكمة بموجب المادة(٤/٦٩)من قانون المرافعات لغرض الإستيضاح فإنه يبقى من الغير في الدعوى والحكم.إذ جاء في قرار محكمة التمييز في العراق بالعدد٢٠٧٣/هيئة مدنية ثانية/١٩٧٧،في١٩٧٨/٤/٥بأن(من تدعوه المحكمة للإستيضاح منه في الدعوى لا يعتبر شخصاً ثالثاً فيها ويحق له الطعن بالحكم الصادر بطريق إعتراض الغير)،أشار إليه،القاضي

يضره، وهو لا يعني بالنسبة لهذا الغير أكثر من كونه ورقة بيضاء،وهذا ما نصت عليه المادة(١٠٥) من قانون الإثبات العراقي بقولها أن(الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق،إذا إتحد أطراف الدعوى ولم صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً)،وأضافت المادة(١٠٦) من القانون ذاته بأنه(لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة)[١]، كما نصت المادة(١٠١) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ بأن (الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية،ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسبباً،وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها)[٢]،كما نصت على ذلك أيضاً المادة(١٣٥١) من القانون

إبراهيم المشاهدي،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز،قسم المرافعات المدنية،مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص٩٧.

(١) وتطبيقاً لنص المادتين المذكورتين أعلاه قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية،فقد وجد بأن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام القانون،لأن دعوى المدعي إنصبت على مطالبته للمدعى عليه بمبلغ مقداره مائة وستة وعشرون مليون دينار إستحوذ عليها عن طريق الكسب دون سبب،ولأن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها بأن دعوى المدعي قد تم الفصل بموضوعها في الدعوتين السابقتين المرفقة بإضبارة الدعوى والمصدقة تمييزاً،ولأن جوهر مطالبة المدعي بالمبلغ أعلاه وسببه هو بدل عقار الذي بعد تسجيله بإسم المدعي تم إبطال قيده وإعادة تسجيله بإسم البلدية،وأن موضوع إنشغال ذمة المدعى عليه بالمبلغ المطالب به حسمت في الدعاوى المذكورة سلفاً بأحكام قضائية إكتسبت درجة البتات،ولأن الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق،إذا إتحد أطراف الدعوى ولم صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً) المادة(١٠٥) إثبات،ولا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة المادة(١٠٦)إثبات،ولأن موضوع دعوى المدعي ما هو إلا تكرار للدعاوى السابقة التي ثبت بموجبها عدم إنشغال ذمة المدعى عليه له بالمبلغ المطالب به،وأن وصف المدعي بأن سبب مشغولية ذمة المدعى عليه هو الكسب دون سبب،لا يقيد المحكمة في التحقيق عن سبب مصدر علاقة المديونية بين طرفي الدعوى،والتي ثبت بأنها ناشئة عن ثمن عقار والذي تأيد بعدم مديونية المدعى عليه للمدعي بخصوصه،مما تكون معه دعوى المدعي واجبة الرد لسبق الفصل فيها)،رقم القرار،١٦٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في٢٠٢١/٥/٢٤،غير منشور.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه(من المقرر في قضاء هذه المحكمة،أن المنع من إعادة طرح النزاع في المسألة المقضي فيها،يشترط فيه أن تكون المسألة واحدة في الدعويين،ولا تتوفر هذه الوحدة إلا أن تكون هذه المسألة أساسية لا تتغير،وأن يكون الطرفان قد تناقشا فيها في الدعوى

المدني الفرنسي التي تنص على أنه(لا حجية للقضية المحكوم بها إلا في ما يتعلق بموضوع الحكم،ويجب أن تكون القضية المراد البت فيها هي ذاتها،وأن تكون الدعوى مستندة إلى نفس السبب،وأن تنعقد الخصومة بين نفس الأشخاص،ومقدمة من قبل بعضهم على البعض الآخر وبنفس الصفة)[١].

وعليه فإن حجية الأمر المقضي به تتطلب توافر شروط منها ما يتصل بالحكم القضائي الذي سبق صدوره ومنها ما يتعلق بالحق المدعى به،وعليه سنتناول ذلك في فقرتين، نخصص الفقرة أولاً لدراسة شروط الحكم الذي تتحقق من خلاله الحجية،ونتناول في الفقرة ثانياً شروط الحق المدعى به وعلى نحو الإيجاز.

أولاً: الشروط الخاصة بالحكم السابق صدوره

لكي يكتسب الحكم القضائي حجية الأمر المقضي به ولا يجوز قبول دعوى جديدة للفصل بما سبق وأن قضى به،ينبغي أن تتوافر بشأنه الشروط الآتية:

١. أن يكون الحكم صادراً من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً/ لكي يكتسب الحكم حجية الأمر المقضي فيه ينبغي أن يكون صادراً من محكمة أو هيئة قضائية مشكلة تشكيلاً صحيحاً في خصومة رفعت إليها وفق قواعد القانون،أي أن تقتصر الحجية على الأحكام بالمعنى الخاص للعبارة ،أي على الأعمال القضائية دون غيرها من الأعمال القانونية التي تصدر عن المحاكم[٢]، وأن تكون المحكمة الصادر عنها الحكم مختصة بالفصل بنظر النزاع الذي فصل فيه حسب قواعد الإختصاص النوعي أو الوظيفي،أما إذا كان صادراً من محكمة غير مختصة بنظره حسب ولايتها القانونية، فإنه يكون حكماً معدوماً[٣] لا يكتسب أية حجية[١]

الأولى وإستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول إستقراراً جامعاً مانعاً،وأن تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعى به في الدعوى الثانية بين نفس الخصوم)، رقم الطعن٩٥٧ لسنة ٤٩ قضائية، في ١٩٨٠/٥/١٩، أشار إليه، المستشار عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات،الطبعة الرابعة، ١٩٨٩، ص٤٠٦.

(١)

(٢) شريف أحمد الطباخ،حجية الأحكام في الدعاوى المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه،بدون ذكر مكان طبع ودار نشر،٢٠١٠،ص٨.

(٣) لم يرد في قانون المرافعات المدنية العراقي أية إشارة إلى الحكم المنعدم،غير أنه ورد هذا الإصطلاح في العديد من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الإتحادية،ويذهب البعض إلى أن الحكم المنعدم هو الحكم

ويكون هو والعدم سواء[٢]، ويجوز إقامة دعوى جديدة للكشف عن إنعدامه ونظر النزاع مجدداً[٣].

الذي يقع عيب جسيم في ركن من أركانه،بحيث يجرده من مقوماته الأساسية على نحو يفقد كيانه بوصفه حكماً،كأن يصدر من محكمة غير مشكلة تشكيلاً صحيحاً أو من شخص لا يعتبر قاضياً، مما يترتب عليه عدم وجوده من الناحية القانونية وإن كان موجوداً من الناحية المادية،فلا يترتب عليه أي أثر قانوني،فهو والعدم سواء،فلا تستنفذ به ولاية المحكمة،ولا يرتب حجية الأحكام له،ولا يرد عليه التصحيح،أنظر بشأن تفصيل ذلك،د.أحمد فتحي سرور،الوسيط في شرح الإجراءات الجنائية،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص٢٩٨،د.غنام محمد غنام،نظرية الإنعدام في الإجراءات الجزائية،بدون مكان طبع وسنة نشر،ص٢٦،د.أحمد صباح غدير،الحكم القضائي المنعدم،بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الثانية،المجلد الثاني،العدد الأول،الجزء الثاني،٢٠١٧،ص٣٤١.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق قضت فيه بأن(القضاء العراقي وبمختلف درجاته ومحاكمه كان له قصب السبق في الأخذ بنظرية الحكم والقرار المعدوم وتبنيها والكشف عن ذلك والتصدي لتقريره)،رقم القرار،١٣/الهيئة العامة/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٦/٣٠،غير منشور.

(١) الأنصاري حسن النيداني،العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٣٥٤. كما قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه(إذا رفعت الدعوى في مواجهة شخص بعد وفاته، فتكون الخصومة منعدمة، ويكون الحكم الصادر فيها معدوماً،وأن الحكم المعدوم نتيجة إنعدام الخصومة لا يحوز حجية الأمر المقضي به، ولا يؤدي فوات مواعيد الطعن فيه إلى تحصينه)، رقم القرار،٣٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٢/٢٣، أشار إليه، القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية،القسم المدني، مكتبة السنهوري، ٢٠١٨، ص١٢١.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن(من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لجهة القضاء العادي بما لها من ولاية عامة أن تتحقق من أن الحكم المطروح أمر حجيته عليها والذي أصدرته جهة قضاء أخرى قد صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الجهة،ولما كان الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يعد معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع)،رقم الطعن،١١١ لسنة ٢٧ قضائية،في ١٩٧٦/٣/٣،منشور في نشرة المكتب الفني لمحكمة النقض،ص٥٤٦.

(٣) إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه(...لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الإتحادية،وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون،ذلك أن المدعي أقام دعواه مطالباً فيها الحكم بالكشف عن حالة إنعدام الحكم الصادر عن محكمة الأحوال الشخصية،وأن المحكمة أجرت تحقيقاتها اللازمة في موضوع الدعوى وبعد إطلاعها على إضبارة الدعوى المطلوب الكشف عن إنعدام الحكم الصادر فيها فقد وجد صدوره من محكمة مختصة وبمواجهة خصم قانوني،وبالتالي فإنه يكون قد صدر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة بالخصومة موضوع النزاع،أما الحكم المعدوم فهو الحكم الذي يكون فاقداً عنصراً هاماً من عناصر تكوينه ولا يحتاج إلى إعلان قضائي،لأن المعدوم ليس بحاجة إلى من يعدمه،حيث يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بإنعدام الحكم إذا كان قد صدر من محكمة غير

٢. أن يكون الحكم قطعياً:يقصد بالحكم القضائي القطعي بأنه الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في جزء منه،أو في مسألة متفرعة عنه سواء تعلقت هذه المسألة بالقانون أو بالوقائع[١]. وعليه فإن الحكم القطعي لا يقصد به الحكم البات الذي وضع حداً للنزاع القضائي وإكتسب حجية كاملة وأصبح حجة على الناس كافة ،بحيث لا يمكن مواجهته بأي طريق من طرق الطعن،أو تقديم دعوى بطلان بشأنه[٢]، وعلى هذا الأساس فإن الحكم غير القطعي[٣] لا يحوز على حجية الشيئ المحكوم فيه والذي يصطلح عليه بالحكم الوقتي أيضاً والذي يعرف بأنه الحكم الذي يصدر في طلب وقتي ويكون الغرض منه الأمر بإجراء

مختصة،أو في حالة إنعدام الخصومة،مما تكون الدعوى وبالصيغة التي أقيمت فيها فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم المميز فقرر تصديقه)،رقم القرار،٣٤٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦، في ٢٠١٦/١١/٢٨،غير منشور.

ومن هذا القرار يتضح أن صدور الحكم خلاف قواعد الإختصاص أو إقامة الدعوى على خصم لا وجود له من الناحية القانونية كأن يكون المدعى عليه متوفي وقت إقامة الدعوى من بين الأسباب التي تجعل الحكم معدوماً،ولكن الذي فات محكمة التمييز عند إشارتها للحالتين المذكورتين أنها أغفلت بيان أن صدور الحكم من محكمة غير مختصة نوعياً أو وظيفياً هو الذي يجعله معدوم قانوناً،إذ أن صدور الحكم من محكمة غير مختصة مكانياً لا يجعله كذلك،إضافة إلى أنه إذا كانت الخصومة منعدمة فإن الحكم القانوني هو رد الدعوى وليس إنعدام الحكم،إذ أن الإنعدام المتعلق بالخصومة والذي يترتب عليه إنعدام الحكم،هو الإنعدام المتعلق بعدم وجود الخصم الذي أقيمت عليه الدعوى من الناحية القانونية كأن يكون المدعى عليه متوفي كما ذكرنا،أو شخصاً معنوياً تم إنحلاله قانوناً قبل إقامة الدعوى بحيث لم يعد له وجود من الناحية القانونية وقت الحكم.كما جعلت محكمة التمييز الإتحادية من بين أسباب إنعدام الحكم عدم توقيع القاضي على مسودته،إذ جاء في قرار لها قضت فيه(أن الحكم المميز لم يوقع القاضي العضو على مسودته المحررة مما يعد معدوماً..)،رقم القرار،١٨٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/١١/٢٠،غير منشور.

(١) د.أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام،مصدر سابق،ص٤٨٠،د.نبيل إسماعيل عمر،قانون أصول المحاكمات المدنية، مصدر سابق،ص٤٥٠.

(٢) أستاذنا د.هادي حسين عبد علي الكعبي،الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق، ص٧٠٥.

(٣) ويطلق على هذا النوع من الحكم في قانون المرافعات المدنية العراقي إصطلاح(القرار) إذا تعلق بالإجراء الصادر في دعوى القضاء المستعجل(المادة ١٥٠)كما أن هذا الإصطلاح يشير إلى القرارات الإدارية والإعدادية التي تتخذها المحكمة أثناء نظر الدعوى(م١٥٥و٢١٦)،ويطلق عليه إصطلاح(أمر)إذا تعلق الإجراء بالقضاء الولائي(المادة١٥٢)مرافعات.

تحفظي،أو تحديد مركز الخصوم بالنسبة لموضوع النزاع تحديداً مؤقتاً إلى أن يتم الفصل في الدعوى بحكم يصدر في موضوعها[١].

٣. أن تتعلق الحجية بمنطوق الحكم: يتكون الحكم القضائي من ثلاثة أجزاء هي المنطوق[٢] وهو الذي يتضمن ما قضت به المحكمة في النزاع المعروض عليها،والأسباب وهي التي تعرض فيها المحكمة حجج الخصوم وتناقشها وتبين فيها الحجج التي إستندت إليها فيما قضت فيه، والوقائع وهي التي تشتمل على عرض لموضوع النزاع[٣]،والأصل أن منطوق الحكم هو الذي تثبت له الحجية[٤]،لأنه تتمثل فيه الحقيقة القضائية،غير أنه يشترط في ثبوت حجية الشي المحكوم فيه لما يرد في منطوق الحكم أن يكون قد ورد فيه بصيغة الحكم والفصل نتيجة بحث وموازنة،فإذا أورد الحكم في منطوقه بعض العبارات العارضة التي تشمل أمراً لم تتناوله مرافعة الخصوم ولم يرد في طلباتهم،فمثل هذه العبارات لا تحوز حجية الشيء المحكوم فيه ما دامت لم ترد فيه بصيغة الحكم والفصل[٥].أما أسباب الحكم فلا تكون

---

(١) د.وجدي راغب فهمي،نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية،العدد الأول،السنة الخامسة عشر،ص٢٧٢.

(٢) يطلق القضاء العراقي على هذا الجزء من الحكم إصطلاح(الفقرة الحكمية)،إذ جاء في العديد من القرارات الصادرة عن محكمة التمييز الإشارة إلى هذا الإصطلاح،منها(أن المحكمة ذكرت في الفقرة الحكمية أن المساحة المأخوذة تزيد عن الربع القانوني للمساحة الكلية للعقار غير أنها إنتهت بعد ذلك إلى تأييد الحكم البدائي المتضمن رد الدعوى لكون الإستقطاع ضمن الربع القانوني وعدم وجود زيادة في الإستقطاع فأصبح منطوق الحكم يناقض بعضه البعض)، رقم القرار، ٣١٣٨/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٠٧، في ٢٠٠٧/٢/٢٥، غير منشور، وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها جاء فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون لما إستند إليه، لثبوت تقديم الإعتراض من قبل المميز(المعترض)بعد فوات المدة القانونية، وبذلك يكون الحكم المميز برد الإعتراض شكلاً تطبيق سليم لأحكام المادتين(١٧١و١/١٧٩) من قانون المرافعات،لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي،مع التنويه للمحكمة بأن ما تضمنه الحكم المميز من تأييد الحكم الغيابي لا سند له من القانون ولا موجب لإيراده في الفقرة الحكمية طالما أن المحكمة لم تتطرق لموضوع الدعوى وتم رد الإعتراض شكلاً)، رقم القرار،١٣٩١١/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١٠/٣١،غير منشور.

(٣) المستشار عز الدين الدناصوري،حامد عكاز،التعليق على قانون الإثبات، مصدر سابق،ص٣٧٤.

(٤) د. نبيل إسماعيل عمر،قانون أصول المحاكمات المدنية،مصدر سابق،ص٤٧٧.

(٥) د.أحمد أبو الوفا،نظرية الأحكام،مصدر سابق،ص٣٤٦،المستشار عز الدين الدناصوري،حامد عكاز،مصدر سابق،ص٣٧٩.

لها في الأصل حجية الأمر المقضي فيه مالم تكن من الأسباب التي ترتبط بمنطوق الحكم إرتباطاً وثيقاً،بحيث لا يقوم المنطوق بدونها،فهي تحدد معناه أو تكمله،بحيث إذا عزل عنها صار مبهماً أو ناقصاً[١]،أما بالنسبة لوقائع الدعوى فلا تثبت لها حجية ما في دعوى أخرى تقام مابين الخصوم أنفسهم فحجيتها تبقى بحدود الدعوى الأصلية[٢].

ثانياً:الشروط المتعلقة بالحق المدعى به

يشترط لعدم جواز قبول الدعوى،لسبق الفصل فيها في دعوى سابقة بموجب حكم قضائي مكتسب حجية الأمر المقضي فيه،أن يكون هناك إتحاد في الخصوم والموضوع والسبب في كلا الدعوتين،وهذه هي شروط التمسك بحجية الحكم القضائي والتي يمكن إيرادها فيما يلي/

١. إتحاد الخصوم: سبق وأن بينا بأن مبدأ نسبية الأحكام يؤخذ بنفس الحدود التي يأخذ بها مبدأ نسبية العقود،فالحكم لا تثبت له الحجية الا بالنسبة الى طرفي الدعوى ، فلا يجوز الدفع بحجيه الأمر المقضي فيه في دعوى جديدة تتناول ما سبق ان فصل فيه الا اذا كانت هذه الدعوى بين الخصوم انفسهم ، وان العبرة في اتحاد الخصوم ان يكون ذلك بصفاتهم لا بأشخاصهم[٣]، أي أن يكوم إتحاد الخصوم قانوناً لا طبيعةً، فإذا كان لأحد الخصوم نائب مثله في الدعوى كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم أو غير ذلك، فالحكم يكون حجة على الأصيل لا على النائب، ولا تمنع هذه الحجية النائب من ان يقوم برفع دعوى جديدة بصفته اصيلاً لا نائباً[٤]، وليس الحكم حجة على الخصوم وحدهم، بل هو حجة على خلف الخصم عاماً كان أو خاصاً[٥]، فهو حجة على الخلف العام[٦] كالورثة فهؤلاء يكونون محكوم لهم او

---

(١) د. مفلح عواد القضاة،مصدر سابق،ص٣٧٢،عبد الوهاب عرفة،الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها،دار الفكر الجامعي الإسكندرية،٢٠١٥،ص١٨.

(٢) أستاذنا د.هادي حسين عبد علي الكعبي،الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق،ص٧٥٧.

(٣) د.نبيل إبراهيم سعد،الإثبات في المواد المدنية والتجارية،دار النهضة العربية للطباعة والنشر،بيروت،بدون ذكر سنة نشر،ص١٩٩.

(٤) شريف أحمد الطباخ،مصدر سابق،ص٦٧.

(٥) القاضي ضياء شيت خطاب،بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية العراقي،معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠، ص٢٨٢.

(٦) يقصد بالخلف العام من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها كالثلث والربع والنصف،وهذا يشمل الوارث والموصى له بجزء شائع كالثلث،د.عبد المجيد الحكيم،عبد الباقي البكري،طه

او عليهم بحسب ما اذا كان الحكم قد صدر لمصلحة مورثهم او ضده، غير ان هذه القاعدة لا تؤخذ على اطلاقها ذلك ان الوارث لا يكون خلفاً عاماً لمورثه الا في الحقوق التي يتلقاها مباشرة عن المورث، وعلى ذلك يعتبر الوارث من الغير بالنسبة لأثر التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت او التي تنطوي في حقيقتها على وصية، لأن القانون اعطى الوارث الحق بالطعن فيها فلا تنفذ في حقه الا في حدود الثلث[١].والحكم حجة على الخلف الخاص[٢]ويشترط في ذلك أن يكون هذا الحكم متعلقاً بالعين التي إنتقلت إلى الخلف الخاص،غير أنه ينبغي في هذا الصدد أن تكون الدعوى التي صدر فيها الحكم قد رفعت قبل إنتقال العين إلى الخلف الخاص[٣].ويكون الحكم حجة على دائني الخصم العاديين الذين يعتبرون في حكم الخلف العام،فهم ليس لهم سوى الضمان العام على ذمة مدينهم المالية إذا كان لم يصدر من المدين ما يعتبر تواطئ على الإضرار بهم،وإلا يعتبرون من الغير ولا تكون الأحكام الصادرة ضد المدين حجة عليهم فيجوز لهم أن يطلبوا عدم نفاذها في حقهم[٤]،وإذا تعدد الدائنون وكانوا متضامنين،فإن التضامن يوجد فيما بينهم نيابة تبادلية فيما ينفع لا فيما يضر،فالحكم الصادر لأحدهم يجوز أن تدفع بحجيته دعوى جديدة ترفع على غيره من المتضامنين معه،أما الحكم الصادر ضد أحدهم فلا يمنع سائر الدائنين من رفع دعوى جديدة بذات الموضوع[٥].

٢. إتحاد الموضوع: أن موضوع الدعوى هو الحق الذي يطلبه الخصم أو المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها بالتداعي سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بشيء مادي أم لا[٦]،أي

البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام،الجزء الأول،مصادر الإلتزام،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٠، ص١٣٠.

(١) د.عصام أنور سليم،النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية،منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٦١.

(٢) يقصد بالخلف الخاص من تلقى من سلفه ملكية شيئ معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيئ،د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات،المكتبة القانونية بغداد،بدون ذكر سنة،ص١٦٢.

(٣) د.سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية،الجزء الأول،دار أطلس، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٥٩.

(٤) د. عصمت عبد المجيد،شرح قانون الإثبات،مصدر سابق،ص٢٤٤.

(٥) المستشار عز الدين الدناصوري،حامد عكاز،التعليق على قانون الإثبات، مصدر سابق،ص٣٧٤.

(٦) د.سليمان مرقس،مصدر سابق،ص٢٢٣،

أنه عبارة عن تقرير وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني،أو إلزام الخصم بأداء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل،ويتحدد موضوع الدعوى في هذا الصدد بحسب طبيعته،فإذا كان ديناً ذكر مقداره وسببه وتاريخ حصوله وميعاد إستحقاقه،وإذا كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمته وأوصافه،وإن كان عقاره حدد موقعه وحدوده(١).

وأن هذا الشرط هو الذي يحدد النطاق الموضوعي لحجية الأمر المقضي فيه والذي لا يمكن معه التمسك بهذه الحجية الا اذا اتحد موضوع الدعوى الثانية والطلبات الواردة فيها مع موضوع الدعوى الاولى والطلبات الواردة فيها والتي صدر فيها الحكم، فالعبرة اذا في اتحاد الموضوع في الدعوتين يتعلق في الطلبات الختامية التي صدر على اساسها الحكم والتي فصلت فيها المحكمة فصلاً حاسماً(٢)، اما الطلبات التي رجع عنها المدعي او التي احتفظ بحقه في اقامة دعوى مستقلة بها أو التي أغفلت المحكمة الفصل فيها فلا يكتسب الحكم الصادر في الدعوى الأولى الحجية في مواجهه هذه الطلبات عند اقامة دعوى مستقلة فيها(٣)، ولا تقتصر

---

(١) د.آدم وهيب النداوي،المرافعات المدنية،مصدر سابق،ص١٥٣،د.عصمت عبد المجيد،شرح قانون الإثبات، مصدر سابق،٢٤٧.

(٢) القاضي لفتة هامل العجيلي،السندات الرسمية والعادية وحجيتها في الإثبات مع أدلة الإثبات الأخرى،الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠١٢، ص١٦٢.

(٣) محمد علي الصوري،التعليق المقارن على قانون الإثبات،الجزء الثالث،مطبعة شفيق، بغداد،١٩٨٣، ص٩٨١. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها قضت فيه(لدى عطف النظر على الحكم المطعون فيه تبين أنه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون ذلك لأنه إعتبر ما فصلت فيه المحكمة في قرار الحكم البدائي الصادر في إضبارة الدعوى المرفقة أصبح له قوة الشيء المحكوم فيه،وهذا الإعتبار غير صحيح لأن الدعوى المذكورة تتعلق بإحتساب إستحقاق طالب المحاسبة وأن الأخير قصر طلبه على إجراء المحاسبة وأجابته المحكمة إلى طلبه،فلا يحوز القرار الصادر بشأنه على حجية الأحكام،لأنه لم يمس أصل الحق ولم يتطرق إلى مسألة موضوعية،ومفاد ذلك جواز سماع أية دفوع بشأنه)،رقم القرار،١٣٩٩/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١١،في ٢٠١١/٩/٢٥،أشار إليه،القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الإتحادية،قسم الإثبات،الجزء الرابع،مكتبة السنهوري، ٢٠١٩، ص٥٣.ويظهر من وقائع وحيثيات القرار التمييزي أنه جاء تطبيقاً سليماً لأحكام القانون،ذلك أن المدعي أقام إبتداء دعوى في مواجهة المدعى عليه لإجراء المحاسبة في المشروع المشترك بينهما وإحتساب إستحقاقه وتسليمه له ثم حصر طلبه بإجراء المحاسبة فقط دون إلزام المدعى عليه بتسليمه إستحقاقه،وبعد إجراء المحاسبة وبيان إستحقاق كل من الطرفين وصدور القرار به وإكتسابه الدرجة القطعية طالب في الدعوى الثانية بإلزام المدعى عليه بتسليمه إستحقاقه حسب ما ثبت في دعوى إجراء المحاسبة وقد ردت محكمة

الحجية على موضوع الدعوى بل ان ذلك يسري بشان توابعه وما يترتب عليه ايضاً، فإذا ردت المحكمة الدعوى بأصل الدين فلا يجوز بعد ذلك المطالبة بالفائدة المترتبة على ذلك الدين، كما ان شرط اتحاد الموضوع يتحقق حتى في حال اختلاف المقدار في الدعوتين مادام كل منهما متعلق في الآخر تعلق الجزء في الكل فإذا ردت المحكمة دعوى المطالبة بملكية جزء من عقار فليس للمدعي المطالبة بملكية العقار كاملاً، وتأسيساً على ما تقدم فان اتحاد الموضوع في الدعوتين يتعلق بالتوافق التام بين عنصرين فيهما يتحدد العنصر الاول بالحق او المركز القانوني المطلوب حمايته ويتحدد العنصر بمحل ذلك الحق او المركز القانوني الذي يجب ان يكون واحدا في الدعوتين[١].

٣. إتحاد السبب: يقصد بالسبب الواقعة القانونية التي يستمد منها الخصم الحق الذي يدعيه سواء كان ذلك عقداً أو إرادة منفردة أو فعلاً ضاراً أو فعلاً نافعاً أو نص القانون،وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يستند إليها الخصوم[٢]،ذلك أن الواقعة القانونية التي يتولد منها الحق المدعى به يمكن أن تثبت بأدلة مختلفة،وحينئذ يتصور إتحاد السبب في دعويين وإختلاف الأدلة فيهما،فالعبرة في الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه بإتحاد السبب لا بإتحاد الدليل،فإذا إدعى المدعي وفاء الدين وطلب إثبات ذلك بالبينة،وأجابته المحكمة إلى طلبه ولكنها لم تقتنع بشهادة الشهور ورفضت براءة ذمته وأصدرت حكمها على هذا الأساس،فليس له بعد ذلك إقامة دعوى أخرى للمطالبة ببراءة ذمته من الدين على أساس وفائه بموجب دليل كتابي(مخالصة)[٣].كما أن سبب الدعوى يختلف عن الحجج القانونية التي تبرره،إذ أن إختلاف النص القانوني أو الحجة القانونية التي يستند إليها الخصم في تأييد دعواه لا تأثير له على وحدة السبب،فإذا ردت دعوى المطالبة بالتعويض التي أقامها المدعي على أساس المسؤولية عن الخطأ الشخصي،فليس له بعد ذلك إقامة الدعوى مرة

الموضوع دعواه معللة ما قضت به في قرار الحكم بسبق الفصل في الدعوى،والحقيقة أنها لم تفصل في إلزام المدعى عليه بتسليم المدعي إستحقاقه وهو ما تنبه إليه القرار التمييزي.

(١) أستاذنا د.هادي حسين عبد علي الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق، ص٧٦٨.

(٢) المستشار إبراهيم سيد أحمد،مصدر سابق،ص٩٦٩.

(٣) المستشار عز الدين الدناصوري،حامد عكاز،التعليق على قانون الإثبات،مصدر سابق،ص٣٨١.

أخرى مستنداً فيها على أساس المسؤولية عن فعل الغير،طالما أن سبب الدعوى في الحالتين هو العمل غير المشروع.

فإذا توفرت الشروط المتقدمة توفر للحكم حجية الأمر المقضي به التي يمكن التمسك بها في حالة إقامة دعوى من جديد من خلال الدفع بسبق الفصل في الدعوى الذي ينتمي إلى طائفة الدفوع بعدم القبول(١).

وإذا كان بعض الفقه يستند إلى مبدأ نسبية الأحكام القضائية في تبرير موقفهم من عدم وجوب إتباع المبادئ القضائية في غير الدعاوى الصادرة بشأنها،فإنه يؤخذ على الرأي المذكور بأن التمسك بمبدأ نسبية أثر الأحكام من خلال التمسك بحجية الأمر المضي فيه إن ذلك يقتصر فقط على منطوق الحكم أي الفقرة الحكمية فيه، ففي دعوى منع معارضة مثلاً فإن الفقرة الحكمية

---

(١) لم يتطرق المشرع العراقي إلى هذا النوع من الدفوع،وإنما أشار إلى بعض صوره وهما الدفع بعدم توجه الخصومة(م٨٠ مرافعات مدنية)والدفع بسبق الفصل في الدعوى(م٣/٢٠٩ مرافعات مدنية) مع الإشارة إلى أن الدفع الأخير ورد ذكره في المادة(٨١) من قانون المرافعات التي ألغيت بموجب المادة(١٤٧/ثانياً)من قانون الإثبات المعدل النافذ،والدفع بعدم القبول هو دفع يتوجه به الخصم إلى حق خصمه في قبول دعواه أمام القضاء،فينازع به حق خصمه في قبول دعواه،هادفاً إلى رد إدعائه لفقدانه أحد الشروط القانونية اللازمة لإستعمال الحق في الإلتجاء إلى القضاء،وهو يتميز عن الدفوع الشكلية وعن الدفوع الموضوعية،ذلك أن الدفوع الشكلية توجه إلى إجراءات الخصومة المعيبة وتكون الغاية من التمسك بها إبطال هذه الإجراءات،أما الدفوع الموضوعية فإنها توجه إلى أصل الحق المدعى عليه وتكون الغاية من إثارتها رد الدعوى لعدم أحقية المدعي بالمدعى به،أما بالنسبة للدفوع بعدم القبول فإنها لا توجه إلى إجراءات الخصومة ولا إلى أصل الحق المدعى به وإنما توجه إلى الحق في إقامة الدعوى،ومع ذلك فإن بعضها كالدفوع الشكلية لا يمنع التمسك بها من إقامة الدعوى مجدداً بعد تصحيح الإجراء المعيب الذي تم رد الدعوى على أساسه كالدفع بعدم توجه الخصومة،وأنها كالدفوع الموضوعية يمكن إثارتها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز(م٨٠و٣/٢٠٩ مرافعات مدنية عراقي)،كما أن المشرع المصري أشار إلى صورتين من الدفوع بعدم القبول وهما حالة عدم توجه الخصومة وحالة سبق الفصل في الدعوى(م١١٥و١١٦ مرافعات مدنية وتجاري مصري،أما المشرع الفرنسي فقد عرف هذا النوع من الدفوع في المادة(١٢٢)من قانون المرافعات بأنه(أي سبب يهدف إلى جعل إدعاء الخصم غير مقبول من دون الدخول في أساس القضية وذلك لعدم وجود حق في الدعوى،لإنعدام الصفة،أو بسبب التقادم،أو إنقضاء المهلة المحددة لإقامة الدعوى،أو لسبق الفصل فيها،أنظر بشأن ذلك وتفصيله،د.أحمد أبو الوفا،نظرية الدفوع في قانون المرافعات،مصدر سابق،ص١١،د.آدم وهيب النداوي،المرافعات المدنية،مصدر سابق،ص٢١٠، د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق، ص٣٤١، القاضي ضياء شيت خطاب،بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق، ص١٢٠.

التي تحوز حجية الأمر المقضي به ترد في صيغة قرار الحكم وفق العبارة الآتية(ومن خلال ما تقدم قرر الحكم بإلزام المدعى عليه ... بمنع معارضته للمدعي ... في العقار العائد له المرقم ٣٠ مقاطعة ٥ ويسية وتسليمه له خالياً من الشواغل وإعتبار تقرير ومرتسم الخبير القضائي المساح المؤرخ في..جزء من قرار هذا الحكم عند التنفيذ،وتحميل المدعى عليه رسوم الدعوى ومصاريفها).

وترتيباً على ذلك ينبغي التمييز بين حجية الأمر المقضي به وبين القوة التفسيرية للحكم،ذلك أن القاضي عند قيامه بعمله القضائي يتطلب منه تحديد وتفسير القاعدة القانونية التي يطبقها،وهذا يفترض تكوين رأي القاضي في مسألة القانون،ويطلق على التعبير عن هذا الرأي الأسباب القانونية للحكم،وأن إنبثاق الآراء القانونية للقضاة من واقع المشاكل العملية الحية يجعل لها نفوذاً قوياً تتزايد قوته كلما كان صادرة من المحاكم العليا،مما يؤدي إلى وجود إتجاه نحو وحدة القضاء في تفسير القانون ويؤدي إلى تكوين قضاء مستقر ثابت في تفسير القانون وتحديده،وهكذا تتمتع الأسباب القانونية للحكم بقوة تفسيرية تبدو من خلال الإستناد إليها في الدعاوى المماثلة،أي أن حجية الأمر المقضي به تقيد القاضي في أي إجراءات مستقبلية بالنسبة لذات الدعوى محلاً وسبباً وخصوماً،ولا تقييده بقانونية الأسباب التي إستند إليها الحكم،وإنما بالنتيجة التي إنتهى إليها سواء عبر عن هذه النتيجة في منطوق الحكم أو أسبابه المرتبطة به إرتباطاً مباشراً،أما القوة التفسيرية للحكم وهي كقاعدة قوة أدبية واقعية لا يمكن الإستناد إليها إلا في الدعاوى الأخرى المماثلة[١].بعبارة أخرى أن حجية الأمر المقضي به لا يمكن التمسك بها إلا بخصوص دعوى أخرى تتعلق بالموضوع ذاته وأطرافه سببه، ولا مجال لتطبيقها في أي دعوى أخرى مماثلة تختلف في أحد عناصرها عن الدعوى المذكورة،أما بالنسبة للمبادئ القضائية فإنها على العكس من ذلك لا يمكن التمسك بها إلا في الدعاوى الأخرى المماثلة للدعاوى الصادرة بشأنها والتي تختلف عنها من حيث أطرافها على وجه التحديد.

وترتيباً على ما تقدم فإن الأسباب القانونية للحكم والتي تخرج عن نطاق حجية الأمر المقضي به هي الوسيلة الوحيدة التي تنشئ من خلالها المحاكم العليا المبادئ القضائية والتي

(١) د. وجدي راغب فهمي،النظرية العامة للعمل القضائي، مصدر سابق، ص٢٣٨.

خلالها تتولى توحيد تفسير القانون وتطبيقه بما يمكن تسميته بالتفسير الإنشائي[1]، وعلى هذا الأساس فإن المبادئ القضائية التي تتضمنها الأحكام القضائية لا علاقة لها بحجية الأمر المقضي به التي تكون قاصرة على المنطوق[2]،مما يمكن معه القول بأن الأخذ بالمبادئ القضائية في القضايا المماثلة يكون بخلاف ما يقضي به التمسك بحجية الأمر المقضي به،ويكون ما إنتهى إليه رأي القائلين بعدم إلزامية الأخذ بالمبادئ القضائية في القضايا المماثلة مرده تطبيق مبدأ نسبية أثر الأحكام القضائية رأي في غير محله الصحيح،وهو الأمر الذي دفعنا إلى دراسة مبدأ نسبية أثر الأحكام القضائية وحجية الأمر المقضي به المتعلق به بشيئ من التفصيل لبيان أن التمسك بهذا المبدأ وتطبيق حجية الأمر المقضي به لا علاقة لذلك من حيث الأخذ بالمبادئ القضائية أو الإسترشاد بها في الدعاوى المشابهة للدعوى المقررة بشأنها.

المطلب الثاني
الإصرار على الحكم المنقوض وتعدد جهات الطعن التمييزي وأثره في الإلتزام بالمبادئ القضائية

سبق وأن بينا في المبحث الأول من هذا الفصل الحالات التي يقتضي فيها وجوب إعمال المبادئ القضائية سواء أكان ذلك بالنظر لأهمية الموضوع الذي صدرت بشأنه من حيث تقريرها لحل بخصوص مسألة قانونية محل جدال ونقاش،أو عند صدورها عن أعلى هيئة قضائية في المحكمة العليا المؤلفة من جميع قضاة المحكمة،أو من الهيئة الموسعة التي تضم عدد كبير من أعضاء الهيئات الخاصة التي تنظر في الطعون المتعلقة بالدعاوى المدنية.

غير أنه في بعض الحالات لا يكون لقرار النقض التمييزي الصادر عن أحدى الهيئات الخاصة حتى وأن تضمن مبدأً قضائياً ملزماً لمحكمة الموضوع عند إعادة القضية للفصل فيها بعد النقض في بعض المسائل المتعلقة بموضوع النزاع،كما أن الطعون التمييزية في الأحكام المدنية لا تنظر جميعها من قبل محكمة التمييز بهيئاتها المتعددة،بل توجد في بعض الأنظمة القانونية ومنها النظام القانوني في العراق نظام خاص للطعن التمييزي،يعطي لمحاكم الإستئناف نظر بعض أنواع الطعون التمييزية،وبالنظر لتعدد محاكم الإستئناف وإختلاف إتجاهات كل

(١) د.عزمي عبد الفتاح،مصدر سابق،ص٢٠٠.

(٢) أستاذنا د. هادي حسين عبد علي،الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق،ص٧٥٦.

واحدة منها أزاء الطعون التمييزية المنظورة من قبلها،الأمر الذي لا يمكن معه توحيد الأحكام القضائية الصادرة بشأن هذه الطعون، الأمر الذي يترتب عليه عدم الإستقرار على تطبيق المبادئ القضائية على نحو الإضطراد بحيث يقتضي وجوب إعمالها في جميع القضايا المماثلة.

عليه وللإحاطة بموضوع هذا المطلب سنقسمه إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض وأثره على الإلتزام بالمبادئ القضائية،في حين سنخصص الفرع الثاني لدراسة أثر تعدد جهات الطعن التمييزي على الإلتزام بالمبادئ القضائية.

الفرع الأول

إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض وأثره على الإلتزام بالمبادئ القضائية

أجاز القانون في بعض الحالات لمحكمة الموضوع الإصرار على حكمها المنقوض ومخالفة رأي محكمة التمييز في قرار النقض الصادر عنها بشأن الحكم المذكور،عليه وللإحاطة بهذا الموضوع يقتضي ذلك بيان مفهوم الإصرار،وتحديد نطاقه،لذا سنتناول دراسته في الفقرتين الآتيتين:

١. مفهوم الإصرار: يقصد بإصرار محكمة الموضوع، أن تتمتع هذه المحكمة بحرية الفصل في الدعوى وفق ما تراه وغير مقيدة بإتباع قرار محكمة التمييز في المسألة القانونية التي قررتها،بل لها أن تصر على قرارها وتصدر حكماً مماثلاً للحكم المنقوض[١]. أي أن تتمتع المحكمة المحالة إليها الدعوى بعد نقض الحكم المميز بالسلطة المطلقة في إعطاء الحل القانوني الذي تراه مناسباً للنزاع، ولها أن تؤكد على الحكم الذي تم نقضه وأن تستند إلى الأسباب القانونية ذاتها التي إرتكز عليها الحكم المنقوض حتى وأن كانت محكمة التمييز قد رفضت هذه الأسباب،بعبارة أخرى أن محكمة الموضوع لا يجب عليها أن تتبع قرار النقض بخصوص المسألة القانونية التي فصلت فيها محكمة التمييز[٢]، أي أن الإصرار هو تمسك القضاء بذات رأيه السابق لنفس السبب[٣].

---

(١) د.عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق،ص٤٩١.

(٢) د.أحمد هندي،أحكام محكمة النقض،مصدر سابق،ص١٩٢.

(٣) د.علي أبو عطية هيكل،الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص١١٢.

وقد أشارت المادة(٢١٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي إلى موضوع الإصرار بنصها على أنه(..٢. إذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة إستئناف أو محكمة بداءة يقتصر في إتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط...٣. إذا أصرت محكمة الإستئناف أو محكمة البداءة على حكمها بعد إعادة الدعوى إليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز..)،أما بالنسبة لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري فلم يأخذ بالإصرار ذلك أن قرار النقض يكون واجب الإتباع من قبل المحكمة التي تحال إليها الدعوى بعد النقض للفصل فيها من جديد وذلك بخصوص المسألة القانونية التي فصلت فيها محكمة النقض إذ تنص المادة(٢/٢٦٩) منه بأنه(إذا كان الحكم قد نقض لغير ذلك من الأسباب[١] تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناءً على طلب الخصوم،وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها المحكمة)،وقد جاء في الأسباب الموجبة للقانون المذكور في تبرير عدم جواز الإصرار بأن إعطاء هذا الحق يؤدي إلى تأخير أمر الفصل في القضايا تأخيراً يزيد على الحد المعقول،وبذلك أوجب القانون على المحكمة التي تحال إليها الدعوى أن تتبع قرار محكمة التمييز في المسألة القانونية التي فصلت فيها. أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإن المحاكم الدنيا غير ملزمة بقرار النقض عند الفصل في القضية من جديد ويكون لها الإصرار على حكمها المنقوض،غير أنه في حالة الطعن فيه للمرة الثانية ينظر الطعن من قبل الجمعية العامة الذي يكون قرارها ملزماً في هذه الحالة تطبيقاً لأحكام المادة(١٣١)من قانون التنظيم القضائي.

ويستخلص من ذلك أن معنى الإصرار يتحدد بمخالفة محكمة الإستئناف أو محكمة البداءة في الأحكام الصادرة عنها بدرجة أولى لقرار النقض الصادر عن الهيئة الخاصة بنظر الطعن التمييزي في محكمة التمييز الإتحادية بخصوص المسائل القانونية المتعلقة بموضوع النزاع في القضية التي فصلت فيها تمييزاً دون المسائل المتعلقة بالإختصاص والإجراءات، بإصدار حكم جديد فيها مماثل للحكم المنقوض.

---

(١) ويقصد بذلك الأسباب المشار إليها في الفقرة(١) من المادة ذاتها التي تنص على أنه(إذا كان الحكم المطعون فيه قد نقض لمخالفة قواعد الإختصاص تقتصر المحكمة على الفصل في مسألة الإختصاص، وعند الإقتضاء تعين المحكمة المختصة التي يجب التداعي إليها بإجراءات جديدة).

وأن الحكمة من إعطاء محكمة الموضوع حق الإصرار على حكمها المنقوض هو لغرض منح القضاة أوفر قسط من الإستقلال والحرية في إتخاذ الحكم[١]،غير أنه تعرض للنقد من جانب الفقه الفرنسي لأن الإصرار يغري المحاكم بمخالفة المبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز،وتلزم قضاة محكمة التمييز مجتمعين بإعادة النظر في هذه المبادئ،وفي هذا الصدد كتب أحد الفقهاء(أن الهيئة الواحدة من هيئات محكمة التمييز لا تقرر رأياً في القانون إلا وهي ترتجف لا تدري ماذا يكون مصيره إذا أصرت المحاكم على مخالفته،وأن محكمة التمييز لا تستطيع إلزام المحاكم بإتباع رأيها إلا بعد أن تحشد كل قواها بعقد دوائرها مجتمعة)[٢]، غير أن مثل هذا الإنتقاد لم يعد له وجود في القانون العراقي بعد صدور قانون تعديل قانون التنظيم القضائي رقم(٨) لسنة ٢٠١٤ الذي أعطى الإختصاص للهيئة الموسعة المدنية بنظر الدعاوى التي تصر فيها محكمة الموضوع على حكمها المنقوض[٣]،بدلاً عن الهيئة العامة[٤].

ولكي نكون أمام حالة إصرار من قبل محكمة الموضوع ينبغي تحقق الشرطين الآتيين:

١. أن يكون هناك حكم سابق تم نقضه من الهيئة الخاصة في محكمة التمييز/أن نقض الحكم الصادر عن محكمة الموضوع من قبل الهيئة الخاصة في محكمة التمييز الإتحادية المختصة بنظر الطعن التمييزي عند الطعن بهذا الحكم من قبل الخصم الذي خسر الدعوى أو عند إجراءها للتدقيقات التمييزية بعد إرسال الدعوى إليها في حالة التمييز الوجوبي[٥]،يعد

---

(١) د.صلاح الدين الناهي،مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات،دار المهد للنشر، عمان،١٩٨٢، ص١٨٩.

(٢) دلاكر أسري، وظيفة محكمة التمييز في القانون المقارن،أشار إليه،د.حامد فهمي ومحمد حامد فهمي،شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٥١، ص٧٦٩، هامش رقم(١).

(٣) المادة(١/ثانياً/٣) من قانون تعديل قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(٨) لسنة ٢٠١٤.

(٤) حسب ما تنص عليه المادة(٣/٢١٥)من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٥) نص المشرع على حالات تخص دعاوى معينة في حالة عدم الطعن بها تمييزاً من قبل الخصوم،على المحكمة التي أصدرت الحكم فيها إرسالها تلقائياً إلى محكمة التمييز لإجراء التدقيقات التمييزية عليها،من ذلك ما نصت عليه المادة(٣٠٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أن(١. الأحكام الصادرة على بيت المال أو الأوقاف أو الصغار أو الغائبين أو المجانين أو المعتوهين أو غيرهم من ناقصي الأهلية والأحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج وكذلك الحجج المعتبرة بمثابة الأحكام كالحجج المتعلقة بإستبدال الأوقاف والإذن بالقسمة الرضائية إذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة،فعلى القاضي إرسال الإضبارة

المقدمة الأولى لتحقيق الإصرار،إذ أن محكمة الموضوع بعد نقض حكمها المميز وإعادة الدعوى إليها للفصل فيها من جديد تقوم بتعيين موعد للمرافعة وتبليغ الأطراف به،وتقرر إتخاذ ما تراه من إجراءات لحسم الدعوى،ثم بعد ذلك تقرر إفهام ختام المرافعة وإصدار حكم جديد في الدعوى[١] وتشير فيه صراحةً إلى إصرارها على الحكم المنقوض ويتضمن فقرة حكمية تماثل الفقرة الحكمية للحكم المنقوض[٢].

٢. أن يكون هناك تماثل في الحكم والأسباب بين الحكم المنقوض والحكم الصادر بعد النقض/ لا يكفي لتحقيق حالة الإصرار نقض الحكم الصادر من محكمة الموضوع وإصدار حكم جديد منها بعد النقض وإن كان يناقض رأي محكمة التمييز الذي تضمنه قرارها بالنقض،بل ينبغي أن تكون هناك وحدة أو تماثل الحل الذي تبنته محكمة الموضوع عند الفصل في القضية من جديد بعد إعادة الدعوى إليها بعد النقض مع ما ذهب إليه الحكم المنقوض،وبناءً على ذات الأسباب،إذ أن هذه الوحدة المزدوجة(للحكم وأسبابه)توضح عصيان ومقاومة محكمة الموضوع وإصرارها على ذات ما ذهبت إليه في حكمها المنقوض بناء على نفس أسبابه[٣]،إذ لا تكفي وحدة الحل وحدها،إذ ربما تصل محكمة الموضوع إلى ذات المضمون الذي إنتهى إليه حكمها المنقوض ولكن لأسباب مختلفة،فإن هذا لا يعد إصراراً[٤]،وهو أمر متصور وقد يجد مبرراً له بناء على تقريرات واقعية خلاف تلك التي إستند إليها الحكم

في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لإجراء التدقيقات التمييزية عليها ٢. لا تنفذ الأحكام والحجج المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تصدق من محكمة التمييز).

(١) أنظر المادة(٢/٢١٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢) د. فرات رستم أمين الجاف،مصدر سابق،ص١١٠.وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق قضت فيه (ولدى النظر في الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف للقانون،ذلك أن محكمة الموضوع أصدرت حكمها المميز القاضي بالإصرار على قرارها السابق دون أن تصدر فقرة حكمية في الدعوى،ولما كان القرار السابق قد نقض بالقرار التمييزي، وبذلك أصبح الحكم المنقوض كأن لم يكن،مما يتوجب على المحكمة إصدار حكم جديد في الدعوى..)، رقم القرار،٨٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٨،في ٢٠٠٨/٩/٢٤، أشار إليه، القاضي سلمان عبيد عبد الله،المختار من قضاء محكمة التمييز الإتحادية،القسم المدني،الجزء الأول، بغداد، ٢٠٠٩، ص٩٢. ويلاحظ على القرار التمييزي المذكور أنه وصف الحكم الصادر عن محكمة الموضوع بأنه قرار،وهذا لا يصح قانوناً كونه حكم فاصل في الدعوى وليس قرار.

(٣) د.أحمد هندي،أحكام محكمة النقض،مصدر سابق،ص٢٠٨.

(٤) القاضي صادق حيدر،شرح قانون المرافعات المدنية،دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري،بغداد،٢٠١١،ص٣٤٩.

المنقوض،إذ قد تبني محكمة الموضوع حكمها الجديد الصادر بعد النقض على أسباب جديدة وحجج أخرى تختلف في فحواها وجوهرها عن الحكم السابق[١].

ثانياً:نطاق الإصرار

سبق وأن بينا بأن قانون المرافعات المدنية العراقي أجاز لمحكمة الإستئناف ومحكمة البداءة في الدعاوى التي تنظرها بدرجة أولى قابلة للإستئناف[٢] الإصرار على حكمها المنقوض ومخالفة رأي محكمة التمييز في المسألة القانونية التي فصلت فيها،غير أن حقها في الإصرار لم يكن شاملاً لجميع المسائل،كما أن هناك بعض الحالات لا يجوز فيها لمحكمة الموضوع الإصرار على حكمها المنقوض،لذا سنتناول في النقاط التالية بيان المسائل والحالات التي لا يمكن لمحكمة الموضوع الإصرار فيها:

١. إذا كان الحكم المميز صادر عن محكمة الأحوال الشخصية[٣]،أو عن محكمة البداءة في الدعاوى التي تنظرها بدرجة أخيرة[١]، فيكون قرار النقض التمييزي واجب الإتباع

---

(١) أنظر قرار محكمة التمييز في العراق،رقم ٤٦٨/حقوقية/١٩٦٨،في ١٩٦٨/١٢/١٤،الذي جاء فيه(أن الذي تراه الهيئة العامة أن حيثيات حكم محكمة البداءة المميز الصادر عن إصرار منها على حكمها السابق المنقوض بالقرار التمييزي المشار إليه،تختلف في فحواها وجوهرها عن الحكم السابق المنقوض،فكان الأجدر بها وقد تراءى لها أن الدعوى واجبة الرد من ناحية أخرى وهي كون المدعى عليها غير مسؤولة عما وقع من أضرار على البضاعة المستوردة في فترة نقلها براً من قبل المدعي من بيروت إلى بغداد أن تردها لهذا السبب لا أن تصر على حكمها المنقوض الذي أسسته على عدم توجه الخصومة،بسبب أن الدعوى أقيمت على الوكيل الذي لا يعتبر مسؤولاً حسب زعمها وهو سبب غير السبب الذي أوردته في حكمها المميز الذي جاءت حيثياته تخالف ما جاء في أقوال وكيل المدعي،وأنه كان على المحكمة أن تطلب من وكيل المدعي تحديد صفة المدعى عليه كي تتوضح العلاقة التي تربط بين طرفي الدعوى،ومن ثم تصدر عن إصرار على حكمها السابق..)،أشار إليه،القاضي عبد الرحمن العلام،مصدر سابق،ج٤،ص١٤٣.

(٢) ويقصد بذلك الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة حسب إختصاصها المحدد بموجب المادة(٣٢)من قانون المرافعات المدنية وهي الدعاوى التي تزيد قيمتها على مليون دينار مما لا تدخل في نطاق الدعاوى المحددة بموجب المادة(٣١) من القانون ذاته ودعاوى الإفلاس وتصفية الشركات وما يتفرع عنهما والتي تكون قابلة للإستئناف بموجب المادة(١٨٥) من القانون ذاته.

(٣) تختص محكمة الأحوال الشخصية التي تشكل في كل مكان فيه محكمة بداءة(بموجب المادة ٢٦ من قانون التنظيم القضائي العراقي) بنظر الدعاوى المنصوص عليها في المادة(٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أنه(تختص محكمة الأحوال الشخصية بالنظر في الأمور التالية ١. الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر أمور الزوجية ٢. الولاية والوصاية والقيمومة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته والإذن له بالتصرفات الشرعية والقانونية ٣. التولية على الوقف

مطلقاً من قبل محكمة الموضوع وليس لها حق الإصرار بشأنه سواء تعلق الأمر بالمسائل القانونية التي فصل فيها،أو بالإجراءات الأصولية الواجب مراعاتها عند نظر الدعوى والفصل فيها[٢]، وأن مرد ذلك هو بساطة إجراءات التقاضي في هاتين المحكمتين وقصر مواعيدها،وأن إعطاءها الحق في الإصرار يؤدي إلى إطالة أمد النزاع في أمور لا تستلزم التأخير، فضلاً عن ضآلة الحق الذي تنظره مثل هذه المحاكم[٣].

الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك ٤. الحجر ورفعه وإثبات الرشد ٥. إثبات الوفاة وتحرير التركات وتعيين الحصص الإرثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة ٦. المفقود وما يتعلق به).

(١) ومنها الدعاوى المنصوص عليها في المادة(٣١) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أنه(تختص محكمة البداءة بدرجة أخيرة قابلة للتمييز بالنظر في الدعاوى التي لا تزيد قيمتها على مليون دينار،وكذلك تختص بالنظر في الدعاوى الآتية ١. دعوى إزالة الشيوع في العقار والمنقول ٢. دعاوى الحيازة وطلب التعويض عنها إذا رفعت بالتبعية ولم تتجاوز قيمة التعويض مليون دينار ٣. دعوى تخلية المأجور مهما بلغ مقدار الأجرة ٤. دعوى الأقساط المستحقة من الديون المقسطة على ألا يزيد مقدارها على مليون دينار أو أقل ٥. الدعاوى الأخرى التي تنص القوانين على إختصاص محكمة البداءة بها.

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية بالعدد،٧٥٩١/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١١/١٦،غير منشور،الذي جاء فيه(..أن قرارات النقض الصادرة عن هذه المحكمة واجبة الإتباع مطلقاً وعلى النحو الوارد في الفقرة(١) من المادة(٢١٥) من قانون المرافعات المدنية المعدل،وأن سعي محكمة الموضوع في حيثيات قرارها بتبرير قرارها السابق لا سند له من القانون،لأن واجبها هو الإلتزام بما تضمنه قرار النقض)، ويلاحظ على هذا القرار بأنه وأن جاء تطبيقاً سليماً لأحكام المادة(٢١٥)من قانون المرافعات المدنية إلا أنه أشار إلى تسمية الحكم الصادر عن محكمة الموضوع بأنه قرار وهذا غير دقيق كونه حكم حاسم للدعوى وليس قرار. وفي قرار آخر لها صادر بخصوص الموضوع ذاته قضت فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون،لأن ما تضمنه قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة كان واضحاً في أسباب النقض،كما أنه واجب الإتباع مطلقاً طبقاً لما أوردته الفقرة(١) من المادة(٢١٥) من قانون المرافعات المدنية المعدل(أي لا يجوز لمحكمة الموضوع الإصرار على قرارها السابق أو تبرير حكمها الجديد بأي شكل من الأشكال بما يؤدي إلى عدم تطبيقه،لأن ذلك يشكل مخالفة قانونية يحاسب عليها قاضي محكمة الموضوع ويسائل عليها)،رقم القرار، ٧٥٨٦/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٦، في ٢٠١٦/١١/١٦،غير منشور،كما جاء في قرار لمحكمة إستئناف بغداد/الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية(أن محكمة البداءة في أحكامها الصادرة بدرجة أخيرة القابلة للتمييز أمام محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية لا يجوز لها الإصرار على حكمها المنقوض كونها حلت محل محكمة الصلح الملغاة بشأن هذه الدعاوى وأن محكمة الصلح لا يجوز لها الإصرار بمقتضى المادة١/٢١٥ من قانون المرافعات المدنية)،رقم القرار،٦٩٢/ت/٢٠١٣،في٢٠١٣/٥/٩،غير منشور.

(٣) القاضي صادق حيدر،شرح قانون المرافعات المدنية،مصدر سابق،ص٣٤٨.

٢. إذا كان قرار النقض التمييزي يتعلق بمخالفة محكمة الإستئناف أو محكمة البداءة للإجراءات الأصولية الواجب مراعاتها عند نظر الدعوى وإصدار حكم فيها،كوجوب إجراء كشف ومعاينة على محل النزاع موضوع الدعوى[١]، أو الإستماع لشهادة شخص يفيد في كشف حقيقة النزاع، أو تحليف الخصم اليمين الحاسمة[٢]، أو ضرورة إجراء تحقيق معين في الدعوى، أو وقف الدعوى وإستئخار الفصل فيها لنتيجة دعوى أخرى[٣]، أو غير ذلك من الإجراءات الأصولية التي تقرر محكمة التمييز ضرورة إجرائها قبل إصدار حكم في الدعوى،فإنه ليس لمحكمة الإستئناف أو محكمة البداءة الإصرار على

---

(١) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٥،في ٢٠١٥/١/١٩،غير منشور،الذي جاء فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون،ذلك أن محكمة الإستئناف لم تتبع قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة وأصرت على حكمها المنقوض دون ملاحظة أن قرار النقض المشار إليه يتعلق بالإجراءات وهو واجب الإتباع بحكم المادة(٢١٥) من قانون المرافعات،فلا تملك محكمة الإستئناف في هذه الحالة الإصرار على الحكم السابق،وإنما تلتزم بإتباع القرار التمييزي،مما كان يتعين على محكمة الموضوع إجراء الكشف الموقعي على القطعة موضوع الإدعاء صحبة خبراء مختصين لبيان ماهية الضرر الذي أصاب المدعية جراء مرور أنبوب المجاري في قطعتها،وهل أدى ذلك إلى حرمانها من الإنتفاع بحصتها الشائعة فيها خاصة وأن تقارير الخبراء المرفقة بالدعوى البدائية موضوع الطعن الإستئنافي تشير إلى أن عمق الأنبوب يصل إلى(٣متر)تحت سطح الأرض ولا يؤثر على البناء المشيد عليها،وحيث أن مجرد مرور الأنابيب تحقيقاً للنفع العام دون أن يؤدي ذلك إلى الحرمان من منافع الأعيان لا يعد سبباً قانونياً كافياً للمطالبة برفع تلك الأنابيب،ولما كان الحكم المميز أغفل ذلك دون أسباب سائغة مما أخل بصحته،لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى لمحكمتها لإتباع ما تقدم).

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٣٠٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٣،في ٢٠١٣/١٠/٢٣،غير منشور،الذي جاء فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح لمخالفته للقانون،لأن قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة تضمن إجراءات أصولية يتعين على محكمة الموضوع إتباعها عملاً بأحكام المادة(٢/٢١٥)من قانون المرافعات المدنية،فما كان لمحكمة البداءة إغفالها أو التغاضي عنها سيما وأن المدعى عليه طلب إتباع القرار التمييزي وتحليف المدعيتان اليمين الحاسمة إستناداً لأحكام المادة(١١٨) من قانون الإثبات وأنه لا إجتهاد في مورد النص).

(٣) أنظر، قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ١٣٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٦،في ٢٠٠٦/٤/٢٤،غير منشور،الذي جاء فيه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون،ذلك أن محكمة الإستئناف لم تتبع قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة رغم كونه ملزماً لها عملاً بأحكام المادة(٢/٢١٥)من قانون المرافعات المدنية،إذ كان المقتضى وبعد إطلاعها على دعوى رفع التجاوز المقامة بين الأطراف ذاتهم أن تجعل الدعوى المنظورة مستأخرة عملاً بأحكام المادة(١/٨٣) من قانون المرافعات المدنية،عليه يكون إصرار المحكمة على قرارها المنقوض لا سند لها من القانون).

حكمها المنقوض وعدم إتخاذ الإجراء المطلوب،لأن قرار النقض يكون واجب الإتباع من هذه الجهة[١]،ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأخطاء في الإجراءات الأصولية قد لا تكون محلاً للإجتهاد مثلما هو عليه الأمر بالنسبة للقواعد الموضوعية التي يمكن تطبيقها على النزاع،فضلاً عن ذلك فإن الإصرار على مثل الإجراءات المذكورة من شأنه أن يؤدي إلى إطالة أمد النزاع،لذا ينبغي على محكمة الإستئناف والبداءة إصلاح الخطأ الذي وقعت فيه في المسائل الإجرائية الخاصة بالدعوى المنظورة[٢].

٣. إذا كان القرار التمييزي صادراً عن الهيئة الموسعة المدنية التي حلت محل الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية في نظر الطعون التمييزية الصادرة عن إصرار[٣]،أو من الهيئة العامة إذا كانت الدعوى قد أحيلت إليها بقرار من رئيس المحكمة[٤]،فيكون قرار النقض ملزماً و واجب الإتباع مطلقاً في جميع الأحوال ومن قبل جميع المحاكم[٥]،كون الهيئتين المذكورتين هما أعلى هيئة قضائية في البلاد ويكون قرارهما عنوان الحقيقة والأقرب إلى السداد،فلا يقبل المساس به وإضعاف الثقة فيه عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته،أو الإصرار على رأي آخر مهما كانت الأسباب والعلل[٦]،وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق قضت فيه(وكما هو معلوم فإن الهيئة الموسعة المدنية قد حلت محل الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية في نظر الطعن

---

(١) أنظر،المادة(٢١٥)من قانون المرافعات المدنية العراقي.وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه(أن محكمة الموضوع لم تتبع ما ورد بقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة وأصرت على حكمها السابق المنقوض دون أن يكون لإصرارها ما يبرره قانوناً،لأن ما رسمه لها قرار النقض التمييزي كان يتعلق بإجراءات أصولية واجبة الإتباع مطلقاً عملاً بأحكام المادة(٢/٢١٥)من قانون المرافعات المدنية،فكان يتعين على المحكمة إتباع ما ورد بقرار النقض التمييزي بإعتماد الأسس الموضوعية في تقدير التعويض بعد عرض الموضوع على خبراء جدد من ذوي الخبرة والإختصاص في تقدير أقيام العقارات وإفهامهم بوجوب الإعتدال في التقدير)،رقم القرار،٣٣١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٥،في٢٠١٥/١٠/١٣،غير منشور.

(٢) القاضي عبد الرحمن العلام،شرح قانون المرافعات المدنية،الجزء الرابع،مصدر سابق،ص١١٨.

(٣) المادة(١/ثانياً/٣) من قانون تعديل قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(٨) لسنة ٢٠١٤،وقارن ذلك مع ما تنص عليه المادة(٣/٢١٥)من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٤) المادة(١/أولاً/٣) من قانون تعديل قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(٨) لسنة ٢٠١٤.

(٥) المادة(٣/٢١٥)من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٦) الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي.

التمييزي على وفق المادة(١٣/أولاً/ب /ثانياً/٤) من قانون التنظيم القضائي رقم(١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل والمادة(٢٩٢) من قانون المرافعات المدنية،والقرارات الصادرة من الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية واجبة الإتباع في جميع الأحوال بمقتضى المادة(٢/٢١٥) من قانون المرافعات المدنية،ولا تملك محكمة الموضوع الإصرار على حكمها المنقوض سواء من ناحية الإجراءات أو الأسباب أو منطوق الحكم،..لذا فأن قرار النقض التمييزي واجب الإتباع في جميع الأحوال لصدوره من الهيئة الموسعة المدنية التي حلت محل الهيئة العامة بالنظر في الطعن التمييزي)[١].

٤. إذا كان القرار صادراً قبل الفصل في موضوع الدعوى[٢]،إذ أوجب قانون المرافعات المدنية العراقي على المحاكم كافة إتباع القرار التمييزي الصادر نتيجة الطعن بالقرارات الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى التي يجوز تمييزها على إنفراد،إذ يكون القرار

---

(١) رقم القرار،٢١٩/٢١٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٦/٢٠،غير منشور.

(٢) هناك العديد من القرارات التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى أجاز المشرع الطعن فيها بطريق التمييز كالقرارات الصادرة في دعاوى القضاء المستعجلة وفي طلبات القضاء الولائي وبعض القرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى وتتعلق بوقف الدعوى أو إنقطاعها أو توحيدها مع دعوى أخرى وغيرها من القرارات التي أشارت إليها المادة(٢١٦) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على أنه(يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الإحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض والقرارات الصادرة بإبطال عريضة الدعوى وإعتبارها مستأخرة حتى يفصل في موضوع آخر،والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطتين أو برفض الإحالة لعدم الإختصاص القيمي أو المكاني،أو قرار رد طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله وقرار رفض طلب تعيين المحكمين وردهم وقرار تحديد أجور المحكمين،وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو إعتباره مبلغاً ٢. يكون الطعن تمييزاً في القرارات المذكورة في الفقرة(١) من هذه المادة،لدى محكمة إستئناف المنطقة ،إن كانت صادرة من محكمة بداءة أو محكمة أحوال شخصية أو محكمة مواد شخصية،ويكون الطعن لدى محكمة التمييز،إن كانت تلك القرارات صادرة من محاكم الإستئناف بصفتها الإستئنافية...).ويلاحظ بخصوص قواعد الإختصاص القيمي المشار إليها في نص المادة المذكورة آنفاً أنه لم يعد لها وجود في الوقت الحاضر بعد إلغاء محكمة الصلح بموجب المادة(٦٥/أولاً)من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي كانت تتقاسم النظر في الدعاوى المدنية مع محكمة البداءة وأصبحت بعد ذلك جميع الدعاوى المدنية داخلة في إختصاص المحكمة الأخيرة بغض النظر عن قيمة الدعوى،ولم يكن لقيمة الدعوى من أثر سوى في تحديد نصاب الإستئناف عند الطعن بالحكم الصادر من محكمة البداءة بموجب المادة(١٨٥) من قانون المرافعات المدنية بخصوص الدعاوى المقدرة القيمة.

التمييزي واجب الإتباع[١]، ذلك أن المشرع لم يشأ أن تبقى القضية معلقة وهي تتسم بطابع الإستعجال،فضلاً على ذلك فإنه في حالة وجود خطأ فيمكن الطعن فيه مع الحكم الحاسم للدعوى[٢].

نخلص مما تقدم إلى أن حق محكمة الإستئناف ومحكمة البداءة في الأحكام الصادرة عنها في الدعاوى التي تنظرها بدرجة أولى في الإصرار على حكمها السابق في حالة ما إذا قررت الهيئة الخاصة في محكمة التمييز الإتحادية المختصة بنظر الطعن التمييزي بشأن الحكم الصادر عنها يكون لها معه عدم الإلتزام بما تقرره من مبادئ قضائية في قرار النقض بشأن المسائل القانونية المتعلقة بموضوع النزاع دون المسائل الإجرائية المتعلقة بإجراءات الدعوى ومسائل الإثبات فيها،إذ يكون لها في هذا الصدد الإسترشاد بما قررته محكمة التمييز من مبادئ قضائية قررتها في قرار النقض وإتباع الحل الذي قضت فيه عند الفصل في القضية من جديد بعد إعادة الدعوى إليها إتباعاً إختيارياً،أو أن تقضي بخلاف ما تضمنه قرار النقض من مبادئ وحلول.

غير أن الإتباع الإختياري للمبادئ القضائية في الحالة محل البحث يقتصر على القواعد الموضوعية التي تقررها محكمة التمييز في قرار النقض دون القواعد الإجرائية التي تكون واجبة الإتباع مطلقاً في هذا المجال،كما أن نظر الطعن للمرة الثانية في حالة عدم إتباع محكمة الموضوع لقرار النقض وما تضمنه من مبدأ قضائي وجعل إختصاص النظر فيه للهيئة الموسعة المدنية،فإن الهيئة المذكورة إذا ما قررت نقض الحكم والتأكيد على محكمة الموضوع بإتباع ما قضت به الهيئة الخاصة من مبدأ لم تتبعه سابقاً يكون معه الإلتزام به في هذه المرة واجب مطلقاً،كما لاحظنا في الواقع العملي من خلال الإطلاع على بعض القرارات التمييزية أن الهيئة

---

(١) انظر،المادة(٢/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أنه(...يكون القرار الصادر نتيجة الطعن واجب الإتباع.وتطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه(لدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون وأن إصرار المحكمة على قرارها المنقوض وعدم إتباعها القرار التمييزي المتضمن نقض قرار إبطال عريضة الدعوى الإستئنافية هو إصرار في غير محله وليس له سند من القانون،ذلك أن قرار النقض السابق كان وفق المادة(١/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية وهو واجب الإتباع ومعه لا يمكن للمحكمة الإصرار على قرارها المنقوض)،رقم القرار،٢٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/٢٠،غير منشور.

(٢) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص٣٠٤.

الخاصة في محكمة التمييز (ونقصد بذلك قدر تعلق الأمر بالدعوى المدنية،الهيئة المدنية عقار والهيئة المدنية منقول والهيئة الإستئنافية عقار والهيئة الإستئنافية منقول)أنها تطلب إبتداءً عرض القضية على الهيئة الموسعة المدنية أو الهيئة العامة لإقرار مبدأ ملزم لمحكمة الموضوع في الدعوى الصادر بشأنها بقصد عدم السماح لها بمقاومة المبدأ القضائي في حالة تقريره من قبلها إستعمالاً لحقها في الإصرار في الحالات التي يجوز فيها ذلك،وعلى هذا الأساس فإن حق محكمة الموضوع في الإصرار على حكمها السابق لا تأثير له على الإلتزام بالمبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز في قرار النقض إلا في نطاق محدود للغاية،طالما أن الهيئة الخاصة التي تختص بنظر الطعن التمييزي في حال إرتأت إقرار مبدأ قضائي يستلزمه موضوع النزاع أن تجرد محكمة الموضوع من حقها في الإصرار بإحالة الطعن التمييزي إلى الهيئة الموسعة المدنية أو الهيئة العامة مشفوعاً برأيها بخصوص مضمون المبدأ الذي ترتأيه والذي يقترن ذلك بموافقة رئيس المحكمة،كما أن نظر الطعن للمرة الثانية في حال إصرار محكمة الموضوع على حكمها السابق ومخالفة المبدأ القضائي المقرر في قرار النقض الصادر عن الهيئة الخاصة من قبل الهيئة الموسعة المدنية والتي تقر فيه في الغالب ما إنتهت إليه الهيئة الخاصة من مبدأ يكون ملزماً لمحكمة الموضوع، زد على ذلك فإن إستعمال محكمة الموضوع لحقها في الإصرار قد لا يكون بشأن المبادئ القضائية التي تقررها الهيئة الخاصة في محكمة التمييز ،وإنما يكون ذلك في إطار قرارات النقض البسيطة التي لا تتضمن مبدأ في هذا الشأن، ناهيك عن كون المبادئ الإجرائية ملزمة لمحكمة الموضوع حتى في الحالات التي يكون لها فيها حق الإصرار في المسائل القانونية المتعلقة بموضوع النزاع.

الفرع الثاني
تعدد الجهات المختصة بنظر الطعن التمييزي وأثره على الإلتزام بالمبادئ القضائية

أن الهدف الرئيسي من وجود محكمة التمييز،كمحكمة وحيدة تتربع على قمة التنظيم القضائي في البلاد[١]، يكمن في تحقيق وحدة القضاء في الدولة[٢]، ومن ثم وحدة القانون نفسه، فهي تضمن التطبيق الصحيح للقانون،أي أن يكون القانون كما تعلنه المحاكم مطابق للقانون كما أراده المشرع[٣]،فهذه المحكمة تعمل على تقويم ما يقع في الأحكام من شذوذ في تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبيت القضاء بها[٤]،وبذلك تلعب محكمة التمييز دوراً هاماً وفعالاً في ضمان تحقيق مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون،عن طريق تحقيقها لوحدة القضاء ووحدة القانون في الدولة بوصفها (حارسة القانون)[٥] .

ويقتضي الدور الفعال والهام لمحكمة التمييز حتى تتحقق الغاية منه أن لا توجد في الدولة إلا محكمة تمييز واحدة وأن تعددت هيئاتها لضرورات عملية،لأنه لا يعقل أن تكون السلطة التي تضمن وحدة القضاء ووحدة القانون مزدوجة أو متعددة،وإذا كانت كذلك في دولة ما فإنها سوف تساهم في تشتيت القضاء وبعثرة إتجاهاته،وبالتالي لن تتحقق لا وحدة القضاء ولا وحدة القانون[٦]،ذلك أن تعدد المحاكم داخل الدولة من شأنه أن ينتج عنه من الناحية العملية تضارب وإختلاف في أحكام القضاء بالنظر لتفاوت قدرات القضاة وخبراتهم وإجتهادهم،وأن وجود

---

(١) أنظر،المادة(١٢) من قانون التنظيم القضائي العراقي،وقرار محكمة النقض المصرية،رقم الطعن ٧٧،في ١٩٩٧/٢/٢،منشور في مجموعة المكتب الفني،الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية،القاهرة،السنة ٢٨ القضائية،الجزء الأول،ص٣٥٩،الذي جاء فيه(أن محكمة النقض تعتبر قمة السلطة القضائية في ترتيب المحاكم).

(٢) د.عبد العزيز خليل بديوي،الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس،١٩٦٩،ص٥، د. محمد عبد الخالق عمر،قانون المرافعات، الجزء الأول، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٨، ص١٤٠.

(٣) د. فتحي والي،الوسيط،مصدر سابق،ص٨١١.

(٤) د. حامد فهمي ومحمد حامد فهمي،شرح المرافعات،النقض في المواد المدنية والتجارية،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٣، ص٣.

(٥) د. عبد الرزاق عبد الوهاب،الطعن بالأحكام بالتمييز،دار الحكمة،بغداد،بدون ذكر سنة نشر،ص١٦،د.عباس العبودي،شرح أحكام قانون المرافعات،مصدر سابق،ص٤١٨.

(٦) د.أحمد مليجي،أوجه الطعن بالنقض،مصدر سابق،ص٣١.

محكمة عليا واحدة تحسم هذا التضارب والإختلاف حسماً نهائياً محققة بذلك الإستقرار القضائي والقانوني، ومن ثم إستقرار المعاملات داخل المجتمع،وبغير ذلك فإن هذا الإستقرار قد يهزه ويخل به تضارب أحكام القضاء وإختلافها في المسألة الواحدة(١).

وعلى هذا الأساس فإن محكمة التمييز بوصفها محكمة واحدة وهيئة عليا لتدقيق الأحكام تسعى لتوحيد الإجتهاد القضائي وإستقراه في المسائل القانونية التي ثار النزاع القضائي بخصوصها،وذلك ببحث القاعدة القانونية المختلف فيها وتفسيرها وتطبيقها سواء أكانت تتعلق بالجوانب الموضوعية أو في مسائل الإجراءات بشأن النزاع موضوع الدعوى،للتوصل بشأن ما إذا كان الحكم المطعون فيه قد أخفق في فهمها أو تطبيقها على الواقع المستخلص من الدعوى،للوصول إلى حالة الإستقرار القانوني حول أسس تطبيق القواعد القانونية على جميع الحالات المشابهة التي يمكن أن تتضمنها الخصومات أمام القضاء،فالقاعدة القانونية بوصفها قاعدة عامة مجردة لا يمكن أن يكون لها هذه الصفة من أثر في الواقع العملي إلا من خلال العمل الكبير الذي تقوم به محكمة التمييز في أداء دورها والمهمة الملقاة على عاتقها بجعل القواعد المذكورة تنطبق بصورة واحدة وغير متفاوتة على جميع الدعاوى ذات المضمون الواحد،إذ أن التفاوت في الأحكام من خلال تطبيق قاعدة قانونية بصور شتى من شأنه أن يضعف الثقة بالقانون والتقليل من هيبة القضاء بالكامل،ذلك أن تعدد محاكم الدرجة الأولى والثانية لا بد أن يحصل معه تفاوت في الأحكام حتى في المسائل المتشابهة تبعاً لإختلاف آراء القضاة الذين تتشكل منهم المحاكم المذكورة بصدد فهمهم للقواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على الدعاوى المذكورة،ومنها يبرز الدور الهام لمحكمة التمييز من خلال إستدراك التفاوت في آراء القضاة وردها إلى أصل واحد،حتى يكون تطبيق القاعدة القانونية في النهاية واحداً ينطبق على جميع الحالات المتشابهة(٢).

وعلى هذا الأساس فإن محكمة التمييز بوصفها الهيئة القضائية الأعلى لمحاكم البلاد تسعى إلى توحيد الأحكام عن طريق المبادئ القضائية التي تستنبطها من الوقائع والظروف

---

(١) د.محمد زكي أبو عامر،شائبة الخطأ في الحكم الجنائي،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة، ١٩٨٥، ص٢١٢.

(٢) أستاذنا د.هادي حسين عبد علي الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، الجزء الثالث، مصدر سابق، ص٩٦٤.

المحيطة بالمنازعات المعروضة أمام القضاء بتفسير القانون على ضوء هذه الوقائع والظروف بحيث تجعله متطوراً وفقاً لأوضاع المجتمع وضروراته المتغيرة على الدوام فيما يعجز التشريع عن تحقيقه في كل قضية منفردة بتفاصيلها،وأن محكمة التمييز تستطيع عن طريق التفسير الإحاطة بتلك التفاصيل،ورغم أن هذا التفسير خاص بقضية بذاتها،لكنه يصبح مرشداً لقضايا مماثلة تعرض على القضاء في قضايا لاحقة وبذلك يسد النقص في التشريع ويؤدي إلى تحقيق العدالة التي هي غاية القانون ويحقق ما أراد المشرع الوصول إليه من نظام مماثل لنظام السوابق القضائية المعروف في الأنظمة الأنكلو سكسونية(١).

وفي العراق فقد إستمر الحال كما هو عليه الشأن في الوقت الحاضر في التنظيم القضائي في القوانين المقارنة ومنها مصر وفرنسا بوجود محكمة التمييز على قمة التنظيم القضائي لمحاكم البلاد وأنها المحكمة الوحيدة المختصة بنظر الطعون التمييزية وإقرار المبادئ القضائية في المسائل القانونية المتعلقة بالقضايا المعروضة أمام القضاء وما يترتب عليه صدورها عن الهيئة القضائية الأعلى في المحكمة العليا من وجوب إتباعها من كافة المحاكم الأدنى في الحالات المماثلة كما تم بيان ذلك فيما سبق وتم دراسته، وذلك حتى صدور قانون التعديل الخامس لقانون المرافعات المدنية رقم(٣) لسنة ١٩٧٧(٢) بجعل الإختصاص بنظر بعض الطعون التمييزية لمحكمة الإستئناف بصفتها التمييزية بدلاً من محكمة التمييز وهي الطعون الخاصة بالأحكام الصادرة عن محكمة البداءة في الدعاوى التي تنظرها بدرجة أخيرة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية،والقوانين الأخرى(٣)، وكذلك القرارات الصادرة عن محاكم البداءة والأحوال الشخصية المنصوص عليها في المادة(٢١٦) من قانون المرافعات المدنية(٤)، وقد علل المشرع ذلك بأن(محكمة التمييز مثقلة بالدعاوى الكثيرة المعروضة عليها، ومن أجل التخفيف عن كاهلها، لتتفرغ للعناية في القرارات المتعلقة بالدعاوى المهمة،وحيث أن

---

(١) د.سعدون ناجي القشطيني،مصدر سابق،ص٣٨٧.

(٢) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٢٥٦٧) في ١٩٧٧/١/١٧،الذي دخل حيز النفاذ بعد مرور ثلاثين يوم من تاريخ نشره المذكور حسب أحكام المادة الحادية عشر منه.

(٣) أنظر،المادة(٢/٣٤) من قانون المرافعات المدنية المعدل.

(٤) أنظر،المادة(٣/٣٤) من قانون المرافعات المدنية المعدلة بموجب المادة(٣) من قانون تعديل قانون المرافعات المدنية رقم(١٠) لسنة ٢٠١٦.

تحقيق الغرض المذكور يتطلب تخويل محاكم الإستئناف صلاحية النظر تمييزاً في الأحكام الصادرة من محاكم الصلح(الملغاة) (أي في الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة حالياً بدرجة أخيرة حسب أحكام المادة ٣١ من قانون المرافعات) وكذلك القرارات المذكورة في الفقرة(١) من المادة(٢١٦) من قانون المرافعات التي تصدرها محكمة البداءة لبساطتها)[١].

وأن محكمة الإستئناف هي الهيئة القضائية العليا لمحاكم محافظة واحدة أو أكثر،وتتألف من رئيس وعددٍ كافٍ من نواب الرئيس والقضاة،وتمارس الإختصاصات المعينة لها بموجب القانون[٢]،وقد كانت محاكم الإستئناف منتشرة على سبع مناطق إستئنافية في العراق[٣]،وبعد زيادة الكثافة السكانية وكثرت القضايا التي تنظرها محاكم الإستئناف الأمر الذي أدى إلى فك الإرتباط بين محاكم الإستئناف،فأصبح في كل محافظة محكمة إستئناف،إذ يجيز القانون فك الإرتباط وإنشاء محاكم إستئناف جديدة أو إلغاء محاكم إستئناف موجودة إذا دعت الحاجة إلى ذلك[٤]، وإستناداً إلى ذلك صدرت تعليمات تشكيلات السلطة القضائية رقم(١) لسنة ٢٠١٤ [٥] التي بينت توزيع محاكم الإستئناف الإتحادية على ستة عشر منطقة إستئنافية، أي أصبحت محاكم الإستئناف تشكل في كل محافظة بإستثناء العاصمة بغداد،حيث يوجد فيها محكمتي

(١) الأسباب الموجبة لقانون تعديل قانون المرافعات المدنية رقم(٣) لسنة ١٩٧٧.

(٢) أنظر،المادة(١٦/أولاً) من قانون التنظيم القضائي العراقي المعدل

(٣) إذ تنص المادة(١٦/ثانياً) من قانون التنظيم القضائي على أنه تشكل محاكم الإستئناف على الوجه الآتي:أ. محكمة إستئناف منطقة بغداد . وتشمل محاكم محافظات بغداد والأنبار وديالى ومركزها مدينة بغداد ب . محكمة إستئناف منطقة البصرة . وتشمل محاكم محافظتي البصرة وميسان ومركزها مدينة البصرة جـ . محكمة إستئناف منطقة نينوى . وتشمل محاكم محافظة نينوى ومركزها مدينة الموصل د . محكمة إستئناف منطقة بابل . وتشمل محاكم محافظات بابل وكربلاء والنجف والقادسية ومركزها مدينة الحلة هـ . محكمة إستئناف منطقة التأميم . وتشمل محاكم محافظتي التأميم وصلاح الدين ومركزها مدينة كركوك و. محكمة إستئناف منطقة الحكم الذاتي . وتشمل محاكم محافظات أربيل والسليمانية ودهوك ومركزها مدينة أربيل ز . محكمة إستئناف ذي قار وتشمل محاكم محافظات ذي قار والمثنى وواسط ومركزها مدينة الناصرية).

(٤) المادة(١٦/ثالثاً) من قانون التنظيم القضائي العراقي.

(٥) عن مجلس القضاء الأعلى والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٤٣١٢) في ٢٠١٤/٣/٣ والمشار فيها إلى أن صدورها جرى إستناداً لأحكام المادة(٦٨) من قانون التنظيم القضائي رقم(١٦٠) لسنة ١٩٧٩ وأحكام الأمر رقم(٣٥) لسنة٢٠٠٣ وأحكام قانون المحكمة الإتحادية العليا رقم(٣٠) لسنة ٢٠٠٥،والمادة(٢) من قانون إستحداث التشكيلات الإدارية ودمجها وتعديل إرتباطها رقم(١٢) لسنة ٢٠١١.

إستئناف[١]،ويتكون العراق من(١٨) محافظة،أي يوجد في العراق(١٦) محكمة إستئناف[٢].وتنعقد محاكم الإستئناف برئاسة رئيس المحكمة،أو أحد نوابه وعضوية نائبين من نوابه أو عضوية

---

(١) تنص المادة(٥) من تعليمات تشكيلات السلطة القضائية على أنه(تتكون محاكم الإستئناف مما يأتي/أولاً. رئاسة محكمة إستئناف بغداد/الرصافة الإتحادية ثانياً. رئاسة محكمة إستئناف بغداد/الكرخ الإتحادية ثالثاً. رئاسة محكمة إستئناف البصرة الإتحادية رابعاً. رئاسة محكمة إستئناف نينوى الإتحادية خامساً. رئاسة محكمة إستئناف بابل الإتحادية سادساً. رئاسة محكمة إستئناف ذي قار الإتحادية سابعاً. رئاسة محكمة إستئناف ديالى الإتحادية ثامناً. رئاسة محكمة إستئناف كركوك الإتحادية تاسعاً. رئاسة محكمة إستئناف النجف الإتحادية عاشراً. رئاسة محكمة إستئناف واسط الإتحادية أحد عشر . رئاسة محكمة إستئناف صلاح الدين الإتحادية إثنا عشر. رئاسة محكمة إستئناف الأنبار الإتحادية ثلاثة عشر . رئاسة محكمة إستئناف القادسية الإتحادية أربعة عشر. رئاسة محكمة إستئناف كربلاء الإتحادية خمسة عشر . رئاسة محكمة إستئناف المثنى الإتحادية سادس عشر. رئاسة محكمة إستئناف ميسان الإتحادية)،ويلاحظ بأن تشكيل محاكم الإستئناف المشار إليه في المادة أعلاه لم يجري وفق التعليمات المذكورة وإنما أشارت التعليمات إلى محاكم الإستئناف الموجودة وقت صدورها والتي سبق وأن تم تشكيلها بموجب قانون التنظيم القضائي عند صدوره أو التي تشكلت بعد ذلك من خلال بيان أصدره رئيس مجلس القضاء الأعلى(وزير العدل سابقاً قبل نفاذ أمر سلطة الإئتلاف المنحلة رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ النافذ في ١ حزيران ٢٠٠٤) وفق أحكام المادة(١٦/ثالثاً) من قانون التنظيم القضائي ، وأن تسلسل المحاكم الوارد في المادة أعلاه كان حسب تسلسل ورود بعضها في قانون التنظيم القضائي أما تلك التي إستحدثت بعد نفاذ القانون فيكون تسلسلها حسب أقدمية إستحداثها، كما يلاحظ بأن قانون التنظيم القضائي إستخدم مصطلح (منطقة إستئناف) وذلك عندما كانت كل محكمة إستئناف تتبعها محاكم أكثر من محافظة واحدة بإستثناء محكمة إستئناف نينوى،أما في الوقت الحاضر فإن هذا الإصطلاح ليس له أهمية بعد تشكيل محكمة إستئناف في كل محافظة ولا يكون كذلك إلا بالنسبة لمحكمتي إستئناف بغداد الرصافة والكرخ كونها ضمن محافظة واحدة وهي العاصمة بغداد.

(٢) بإستثناء المحافظات الثلاثة التي يتكون منها إقليم كردستان،حيث يسري بشأنها قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان العراق رقم(٢٣) لسنة ٢٠٠٧ وأنه بموجب المادة(١٤/ثانياً) منه توجد ثلاثة محاكم للإستئناف كل واحدة في مركز كل محافظة وهي أربيل والسليمانية ودهوك، وأن المحاكم المذكورة ترتبط إدارياً وتنظيمياً بوزارة العدل في إقليم كردستان بموجب المادة(٧) من قانون وزارة العدل لإقليم كردستان العراق رقم(١٣) لسنة ٢٠٠٧،ويكون الإشراف عليها من قبل مجلس القضاء لإقليم كردستان بموجب المادة(٣٤) من قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان،وأن المحاكم المذكورة لا تعد من تشكيلات مجلس القضاء الأعلى في العراق وغير خاضعة له،ذلك أنه بموجب المادة(١١٧/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أنه(يقر هذا الدستور عند نفاذه إقليم كردستان وسلطاته القائمة إقليماً إتحادياً)،ومن بين سلطاته المذكورة المحاكم المشكلة فيه بموجب قانون السلطة القضائية رقم ١٤ لسنة ١٩٩٢ التي بينت كيفية تشكيل محاكم الإستئناف والمحاكم التابعة لها وإرتباطها بالسلطة القضائية الخاصة بالإقليم وعدم وجود أي علاقة بينها وبين السلطة القضائية الإتحادية والذي أضفت المادة(١٤١) من

قاضيين من قضاتها أو عضوية نائب وقاض[١]،ويتم تسمية رئيس وأعضاء محاكم الإستئناف من قبل رئيس مجلس القضاء الأعلى[٢].

وأن محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية تختص بنظر الطعون التمييزية على الأحكام الصادرة في الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة بدرجة أخيرة[٣]،والقرارات الصادرة عن محاكم

الدستور الشرعية الدستورية والقانونية على هذا التشكيل النفصل عن تشكيلات مجلس القضاء الأعلى في العراق عندما نصت على أنه(يستمر العمل بالقوانين التي تم تشريعها في إقليم كردستان منذ عام ١٩٩٢ وتعد القرارات المتخذة من حكومة كردستان بما فيها قرارات المحاكم والعقود نافذة المفعول ما لم يتم تعديله أو إلغائها حسب قوانين إقليم كوردستان من قبل الجهات المختصة فيها ما لم تكن مخالفة للدستور)،وهذا الأمر لا يستقيم مع المنطق القانوني السليم،إذ لا يعقل أن تكون هناك سلطة قضائية خاصة بإقليم تابع للدولة منفصلة تماماً عن السلطة القضائية الإتحادية ولا ترتبط بها بأي شكل من الأشكال من النواحي الإدارية والتنظيمية وحق الإشراف على أعمالها.

(١) أنظر، المادة(١٧/أولاً) من قانون التنظيم القضائي العراقي.

(٢) أنظر، المادة(١٧/ثانياً) من قانون التنظيم القضائي العراقي.

(٣) أي الدعاوى المنصوص عليها في المادتين(٣١و٣٣) من قانون المرافعات المدنية عملاً بأحكام المادة(٢/٣٤) من القانون ذاته،وهذا ما قضت به محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه(أن إختصاص محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية ورد على سبيل الحصر في المواد(٣١و٣٣و٣٤) من قانون المرافعات المدنية وما عدا ذلك يدخل ضمن إختصاص محكمة التمييز الإتحادية)،رقم القرار،١٩٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٥/٢٤،غير منشور.

بيد أن الذي فات محكمة التمييز الإتحادية بيانه في قرارها المذكور أن إختصاص محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية المشار إليه يتعلق بنظر الطعن التمييزي في الأحكام الصادرة في الدعاوى المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية،دون الأحكام الأخرى الصادرة عن محكمة البداءة وفق أحكام القوانين الخاصة،ودون القرارات الصادرة من جهات أخرى غير محاكم البداءة،ذلك أن هناك أحكام تصدر عن محكمة البداءة يكون الطعن فيها بطريق التمييز أمام محكمة الإستئناف إستناداً إلى نصوص واردة في قوانين أخرى غير قانون المرافعات ومنها: ١. الأحكام الصادرة في دعاوى إطفاء حق التصرف في الأراضي المشمولة بقانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم(٥٣)لسنة ١٩٧٦ إستناداً لأحكام البند(أولاً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم(١٨١) لسنة ٢٠٠٢. ٢. الأحكام الصادرة في دعاوى التمليك أو فرق البدلين المقامة إستناداً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم(١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار(١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ إستناداً لأحكام البند(ثانياً) منه. ٣ . الأحكام الصادرة في دعاوى الإستملاك المقامة وفق أحكام قانون الإستملاك رقم(١٢) لسنة ١٩٨١ المعدل عملاً بأحكام المادة(٦١) منه.

كما أن هناك أحكام وقرارات صادرة من جهات غير قضائية أجاز القانون الطعن بها تمييزاً أمام محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية منها ١ . الأحكام الصادرة عن محكمة الخدمات المالية المشكلة في البنك المركزي العراقي بموجب قانون البنك رقم(٥٦) لسنة ٢٠٠٤ إستناداً لأحكام المادة(٤/٦٩) منه. ٢ . الأحكام

البداءة والأحوال الشخصية والمواد الشخصية التي يجوز تمييزها على إنفراد[١]،على هذا الأساس فإن تعدد محاكم الإستئناف وإختصاص كل محكمة بنظر القضايا الداخلة ضمن إختصاصها المكاني[٢] من شأنه أن يؤدي إلى إختلاف محاكم الإستئناف في المبادئ القضائية التي تصدر عنها بخصوص المسائل ذات المضمون الواحد ومن الأمثلة على ذلك إختلاف محكمتي إستئناف بغداد /الكرخ وبغداد/الرصافة بصفتهما التمييزية في تفسير نص المادة(٣) من قانون إيجار العقار رقم(٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل[٣]،إذ قضت محكمة إستئناف بغداد/ الكرخ بصفتها

الصادرة عن لجنة تعويض المتضررين من سياسات النظام السابق المشكلة بموجب القانون رقم(٥) لسنة ٢٠٠٩ إستناداً لأحكام المادة(٤و٥) منه. ٣ . قرارات التسجيل المجدد للعقارات الغير مسجلة في دائرة التسجيل العقاري الصادرة عن لجنة تثبيت العائدية المشكلة بموجب قانون التسجيل العقاري رقم(٤٣) لسنة ١٩٧١ إستناداً لأحكام المادة(٥٠) منه. ٤. القرارات الصادرة عن المنفذ العدل إستناداً لأحكام المادة(١٢٢) من قانون التنفيذ رقم(٤٠) لسنة ١٩٨٠ المعدل. ٥ . القرارات الصادرة عن مدير رعاية القاصرين بخصوص الحالات المنصوص عليها في المواد(٤٣و٥٤و٥٥و٥٦) من قانون رعاية القاصرين رقم(٧٨) لسنة ١٩٨٠ المعدل إستناداً للمادة(٥٧) من القانون. ٦ . القرارات الصادرة عن اللجنة المشكلة بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم(٥٢٧) لسنة ١٩٨٥ الخاصة بتثبيت أوضاع العقارات السكنية نتيجة تغيير في شكلها أو مساحتها أو موقعها نتيجة خطأ مديرية التسجيل العقاري عند تثبيت حدود العقار أو بسبب تغيير مواقع الشوارع المحيطة بها إستناداً لأحكام البند(رابعاً) من القرار. ٧ . القرارات الصادرة عن رئيس الوحدة الإدارية وفق أحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٦٠٣) لسنة ١٩٨١،بخصوص مرور المياه بأرض الغير لإرواء الأراضي البعيدة عن مورد المياه بدون دفع التعويض المنصوص عليه في المادة(١٠٥٨) من القانون المدني العراقي.لمزيد من التفاصيل بشأن إختصاص محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية أنظر،حسين علاء قدوري،الصفة التمييزية لدى محاكم الإستئناف في القانون العراقي،رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق إلى كلية الحقوق،جامعة الإسكندرية،٢٠٢١،ص٨٤ وما بعدها.

(١) المنصوص عليها في المادة(٢١٦) من قانون المرافعات المدنية عملاً بأحكام المادة(٣٤/ثالثاً) من القانون ذاته.

(٢) يتحدد الإختصاص المكاني تبعاً للتقسيمات الإدراية طبقاً لأحكام المادة(٤٣) من قانون المرافعات المدنية،وحيث أن محكمة الإستئناف تشكل في مركز كل محافظة كما ذكرنا بإستثناء العاصمة بغداد،وحيث أن كل محافظة تتكون من عدد من الأقضية والنواحي(المادة ١٢٢/أولاً من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥) ضمن حدودها الإدارية(المادة ١/أولاً من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل)،فإن المحاكم المشكلة في مركز كل محافظة والأقضية والنواحي التابعة لها يكون الطعن في الأحكام الصادرة عنها القابلة للطعن تمييزاً أمام محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية المشكلة في مركز المحافظة والتابعة لها تلك المحاكم إدارياً.

(٣) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٢٧١٩) في ١٩٧٩/٦/٣٠.

التمييزية في قرار لها جاء فيه (أن العقار موضوع الدعوى مشيد حديثاً بعد عام ١٩٩٨ وبذلك يخضع عقد إيجاره لأحكام القانون المدني طبقاً لأحكام المادة(٣/٤) من قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل،وأن عدم تجديد عقد الإيجار وطلب تخلية العقار يخضع لشروطه القانونية المنصوص عليها في المادة ٧٤١ من القانون المدني)[١]،في حين قضت محكمة إستئناف بغداد /الرصافة في قرار لها جاء فيه(أن المادة(٢/٣) من قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل قد إستثنت من حكم الفقرة(١) من المادة المذكورة العقارات المعدة للسكن المبنية حديثاً وإكتمل بنائها في ١٩٩٨/١/١ أو بعده،وتكون مدة نفاذ عقد الإيجار فيها وفق إتفاق الطرفين،ولما كانت المحكمة قد خالفت وجهة النظر المتقدمة مما أخل بصحة حكمها المميز ،عليه قرر نقضه وإعادة الدعوى لمحكمتها لإتباع ما تقدم)[٢].

يتضح مما تقدم إختلاف المحكمتين المذكورتين في تفسير النص القانوني الواجب التطبيق في القضايا المتماثلة المعروضة أمام كل محكمة،إذ إعتبرت محكمة إستئناف بغداد الكرخ بصفتها التمييزية أن عقد إيجار العقار إذا كان الأخير مشيد حديثاً في ١٩٩٨/١/١ أو بعده ،فإنه يكون خاضع لأحكام القانون المدني وليس لقانون إيجار العقار،في حين إعتبرت محكمة إستئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية أن عقد الإيجار في مثل الحالة المذكورة لا يجعل منه خاضعاً لأحكام القانون المدني، بل تبقى أحكام قانون إيجار العقار هي الواجبة التطبيق بشأنه إلا أنه مستثنى فقط من حالة الإمتداد التلقائي إذ ينتهي العقد بإنتهاء المدة المتفق عليها بين طرفيه،وهذا الإختلاف الجوهري بين المحكمتين في تفسير النص القانوني ذاته ينشأ عنه إختلاف في أحكام القضاء وتفاوت في الحماية القانونية لأطراف الدعوى تبعاً للمحكمة المختصة مكانياً بنظر الدعوى.ونرى أن ما ذهبت إليه محكمة إستئناف بغداد/الرصافة هو الصحيح من الناحية القانونية،ذلك أن المادة (١) من قانون إيجار العقار المذكور آنفاً بينت نطاق تطبيق القانون من حيث عقود الإيجار الخاضعة لأحكامه وعقود الإيجار الخاضعة لأحكام القانون المدني والقوانين الخاصة الأخرى[٣]، ولم يكن من بين العقود الأخيرة تلك المتعلقة

---

(١) رقم القرار،٥/م/٢٠١٥،في ٢٠١٥/١/١١،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٥٧٧/م/٢٠١٠،في ٢٠١٠/٦/٢٨،غير منشور.

(٣) تنص المادة أعلاه من القانون على أنه(١. أ تسري أحكام القانون على العقارات المبنية المؤجرة لأغراض السكنى للعراقيين الواقعة ضمن حدود أمانة بغداد والبلديات ب ...٢. تستثنى العقارات الآتية من أحكام

بالعقارات المبنية بعد تاريخ ١٩٩٨/١/١،إذ أن العقود الأخيرة تبقى خاضعة لأحكام قانون إيجار العقار إلا أنها مستثناة من حكم الإمتداد القانوني لمدة العقد حسب أحكام المادة(٢/٣) من قانون إيجار العقار[١] ومن مقدار الأجر السنوي وفق النسب المحدد بموجب المادة(١/٤) من القانون ذاته[٢].

ومن الأمثلة الأخرى على إختلاف محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية بخصوص المبادئ القضائية الصادرة عنها بشأن تفسير نص قانوني ينطبق على الدعاوى المنظورة من قبلها،إختلاف محكمتي إستئناف القادسية وإستئناف البصرة بصفتهما التمييزية بشأن شروط التمليك في الدعاوى المقامة وفق أحكام قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم (١١٩٨) لسنة(١٩٧٧) المعدل[٣]، ومنها الشرط الخاص بالبناء أو الغراس في العقار موضوع التعهد

الفقرة(١) من هذه المادة وتخضع في إيجارها إلى أحكام القانون المدني أو القوانين الخاصة بها: أ . العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة والأشخاص المعنوية العامة للعاملين فيها ب . العقارات المعدة للسكنى التي تؤجرها الدولة والأشخاص المعنوية العامة التي يصدر وزير المالية بياناً بإستثنائها ج . العقارات المؤجرة لغير العراقيين أشخاصاً أو هيئات).

(١) تنص المادة(٣) من القانون على أن(١. يمتد عقد الإيجار بعد إنتهاء مدته ما دام المستأجر شاغلاً العقار ومستمراً بدفع الأجرة طبقاً لأحكام القانون.. ٢. تستثنى من حكم الفقرة(١) من هذه المادة العقارات المعدة للسكنى المبنية حديثاً وإكتمل بناؤها في ١٩٩٨/١/١ أو بعده،وتكون مدة نفاذ عقد الإيجار فيها وفق إتفاق الطرفين).

(٢) تنص المادة(٤) من القانون على أنه(١. لا تزيد الأجرة السنوية للعقارات المشمولة بأحكام هذا القانون على النسبتين الآتيتين: أ .٥% خمس من المئة من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المعدة للسكنى المؤجرة لهذا الغرض. ب . .٧% سبع من المئة من القيمة الكلية في العقارات أو الشقق المؤجرة عل شكل غرف للسكنى.٢. .. ٣. تستثنى العقارات المعدة للسكنى المبنية حديثاً وإكتمل بناؤها في ١٩٩٨/١/١ أو بعده من أحكام الفقرة(١) من هذه المادة..).

(٣) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٢٦٢١) في ١٩٧٧/١١/١٤الذي تنص المادة (١) منه على أن(أ. يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الإلتزام بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء أشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه،على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمته عند النكول،دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر ب . إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشأت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة(أ) من هذا البند،مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول..).

ومدى توفر أي منهما في تحقق شروط التمليك،إذ جاء في قرار لمحكمة إستئناف القادسية بصفتها التمييزية(أن المبررات التي ساقتها محكمة البداءة في ردها لدعوى المدعية كونها قامت ببناء دار سكن على القطعة موضوع عقد بيع العقار الخارجي والذي يشير سندها العقاري بأن جنسها بستان مما يقتضي قيامها بالغرس فقط،وهذا القول مردود قانوناً،لأن إشتراط قيام المشتري في التعهد الخارجي بالبناء أو إحداث مشيدات أو السكن أو الغراس الهدف منه لا يتعلق بالعقار وبالبائع،بل الهدف منه الوقوف على حقيقة السلطة العينية للمشتري في التعهد الخارجي على العقار الذي إشتراه وظهوره بمظهر المالك الحقيقي والشرعي للعقار تجاه البائع والغير،فتتحقق أحد الشروط الموضوعية التي يتطلبها القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل كإحداث مشيدات أو غرس المغروسات أو البناء أو السكن فقط يعتبر سبباً كافياً لتمليك المشتري في التعهد الخارجي لعقار البائع سواء كان جنس الأرض بستاناً أو أو أرضاً زراعية أو عرصة،والقول بخلاف ذلك كما ذهبت إليه محكمة البداءة يتقاطع مع الإطلاق الوارد في القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ لأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده ولا يوجد أي قيد في القرار أعلاه)[١]،وأن القرار المذكور جاء تعزيزاً لإتجاه سابق للمحكمة ذاتها إذ جاء في قرار لها قضت فيه(أن البناء والغراس في العقار موضوع الدعوى يجعل توفر أياً منها كافٍ لطلب التمليك بغض النظر عن جنس الأرض سواء أكانت عرصة أو أرض زراعية أم بستان والقول بخلاف ذلك يتقاطع مع الإطلاق الوارد في القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل،لأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده)[٢].

وفي حين تذهب إلى خلاف ذلك محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية،إذ جاء في قرار لها قضت فيه(أن قيام المتعهد له ببناء دار سكن في البستان الذي قام بشرائه بموجب التعهد الخارجي، لا يجوز له أن يطلب تمليكه الأسهم المشتراة لهذا السبب،ذلك أن البستان مخصصة لغرض غرسها بالأشجار المثمرة وليس للبناء،ولو أبيح لكل شريك بناء دار سكن في البستان

---

(١) رقم القرار،١٥٨/ت/ح/٢٠١٦،في٢٦/١٠/٢٠١٦،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٢١٤/ت/ح/٢٠١١،في٢٤/١٠/٢٠١١،أشار إليه،القاضي عدنان مايح بدر،حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ بين التطبيق والإستثناء بحث معزز بالتطبيقات القضائية،الطبعة الأولى،المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨، ص٢٠.

المشترك على الشيوع لأدى ذلك إلى تحول البساتين إلى أراضي سكنية)[1]،وفي قرار آخر سابق للمحكمة ذاتها قضت فيه بالإتجاه نفسه عندما بينت بأن(المتعهد له شيد داراً على جزء من البستان وسكن فيها مع عائلته،وحيث أن شراء البستان يكون الغرض منه إستغلاله للزراعة والبستنة وليس السكن)[2].

ومن خلال ذلك يتبين الإختلاف الجوهري بين محكمتي إستئناف القادسية وإستئناف البصرة بصفتهما التمييزية في تفسير نص الفقرة(ب) من المادة(١) من القرار المرقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المتعلقة بالشروط الموضوعية اللازم توفرها لقبول دعوى التمليك لمشتري العقار أو حق التصرف فيه،إذ ترى محكمة إستئناف القادسية أن الشروط المطلوب توفرها للحكم في الدعوى هو السكن أو البناء أو الغراس في العقار المباع خارج دائرة التسجيل العقاري بغض النظر عن جنس العقار وفيما إذا كان إستغلاله بأحد الصور المذكورة يتناسب مع طبيعة جنسه المثبتة في سند التسجيل العقاري أو غير ذلك،في حين تذهب محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية أن تحقق الشروط الموضوعية لقبول دعوى التمليك والحكم بها أن يكون إستغلال المشتري بأحد الصور المذكورة يتناسب وجنس العقار موضوع الدعوى وطبيعة إستغلاله وبخلاف ذلك ترد الدعوى موضوعاً بحيث أنه إذا كان العقار بستاناً فلا يصح إستغلاله ببناء دار سكن،ونرى أن ما ذهبت إليه محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية في تسبيب القرارات الصادرة عنها والتي أضحت إتجاهاً قضائياً بهذا الصدد على النحو المشار إليه آنفاً لا يستقيم مع ما تقضي به نصوص التشريعات النافذة،ذلك أن القرار(٢٩٧) الصادر عن مجلس قيادة الثورة (المنحل) في ١٩٨٧/٥/٥ [3] أجاز لمالكي الأراضي الزراعية والبساتين وأصحاب حق التصرف فيها تشييد أبنية للسكن فيها لهم ولأولادهم،سواء أكانت تلك الأراضي والبساتين واقعة ضمن حدود التصاميم

(١) رقم القرار،٢٠٠/ت/ب/٢٠٠٧،في ٢٠٠٨/١٠/٣٠،أشار إليه،جعفر كاظم المالكي وعبد السادة شهاب العبادي، قرارات محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية،الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص٤٢.

(٢) رقم القرار،٧١/ت/ب/٢٠٠٨،في ٢٠٠٨/٤/٢٧،أشار إليه،القاضي عدنان مايح بدر،مصدر سابق،ص٢٢.

(٣) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٣١٥٠)،في ١٩٨٧/٥/١٥.

الأساسية للمدن والبلديات[١]، أو خارجها[٢]،غير أنه في الحالة الأولى ينبغي أن يكون البناء بمساحات لا تزيد عن حد معين[٣]، وأن التشريعات المذكورة لا تزال نافذة[٤] ولم تؤخذ المحكمة بنظر الإعتبار ما تضمنته من أحكام في القرارات الصادرة عنها.

وترتيباً على ما تقدم فإن تعدد محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية وإختلاف إتجاه كل واحدة منها إزاء تفسير النصوص القانونية الواجبة التطبيق على القضايا المعروضة عليها،أو إعطاء حلول معينة للقضايا التي لم يرد بشأنها حكم مقرر في القواعد القانونية،ينشأ عنه عدم وجود مبادئ قضائية مستقر العمل بها على نحو مماثل من قبل جميع محاكم الإستئناف،ليس هذا فحسب،بل أن عدم وجود هيئة عامة[٥]أو هيئة موسعة[٦]في محاكم الإستئناف بصفتها

---

(١) البند(١) من قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم(٧٣٤)،في ١٩٨٧/٩/٢١،المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٣١٧٠)،في ١٩٨٧/١٠/٥.

(٢) البند(١) من قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم(٣٤٤)،في ١٩٨٧/٥/١٩،المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٣١٥٢)،في ١٩٨٧/٦/١.

(٣) البند(٢) من قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم(٧٣٤)،في ١٩٨٧/٩/٢١.

(٤) بموجب المادة(١٣٠) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أنه(تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها،ما لم تُلغ أو تعدل،وفقاً لأحكام هذا الدستور).

(٥) أنظر،قرار محكمة التمييز،رقم ٢٨٧/الهيئة الموسعة الأولى/١٩٨٠،في ١٩٨٠/٨/٢٣،منشور في مجلة الوقائع العدلية،العدد(٣٢)،كانون الثاني ١٩٨١،السنة الثالثة،ص٧.٥،الذي جاء فيه(أن عدم وجود هيئة عامة في محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية لا يسلبها ولايتها التي منحها القانون في أن تقرر نقض الحكم البدائي الصادر عن إصرار ويكون قرارها هذا واجب الإتباع من قبل محكمة البداءة)،وأن ما تضمنه هذا القرار محل نظر بخصوص الإشارة لحالة الإصرار،إذ كان ينبغي أن يتضمن بأن محكمة البداءة ليس لها حق الإصرار على حكمها المنقوض من قبل محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية،إذ أن الطعن تمييزاً أمام المحكمة الأخيرة يكون في الأحكام الصادرة عن محكمة البداءة في الدعاوى التي حلت بنظرها محل محكمة الصلح،وأن المحكمة الأخيرة ليس لها حق الإصرار بموجب المادة(١/٢١٥) من قانون المرافعات المدنية كما أسلفنا فيما سبق في هذا البحث، وعلى هذا الأساس كان من المقتضى بيان ذلك في القرار وليس الإشارة إلى أن قرار النقض الصادر عن محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية في حالة الطعن بحكم محكمة البداءة الصادر عن إصرار يكون هو الواجب الإتباع.

(٦) أنظر،المادة(٦/أولاً) تعليمات تشكيلات السلطة القضائية رقم(١) لسنة ٢٠١٤،الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى،التي تنص على أن(تتكون كل محكمة من محاكم الإستئناف الإتحادية من التشكيلات الآتية: أ . الهيئة التمييزية ب . الهيئات الإستئنافية....)،وليس من بينها الإشارة إلى وجود هيئة عامة أو هيئة موسعة، وأن تشكيل الهيئات المشار إليها في التعليمات المذكورة جرى تطبيقاً لأحكام المادة(٢٠/أولاً/جـ) من قانون التنظيم القضائي، والمادة(٣٤) من قانون المرافعات المدنية.

التمييزية لا يمكن أن ينشأ عنه وجوب إعمال المبادئ القضائية الصادرة عنها في القضايا المماثلة كما هو الشأن بالنسبة لما يجري عليه العمل في محكمة التمييز الإتحادية على نحو ما بيناه فيما سبق،كما لا يمكن أن ينشأ عنه أيضاً إستقرار في تطبيق المبادئ القضائية التي تقررها على القضايا اللاحقة المشابهة لتلك التي صدرت بشأنها،طالما أن محكمة الإستئناف بصفتها محل البحث تستطيع العدول عنها من قبل نفس الهيئة التي قررتها بدون حاجة لوجوب عرض الموضوع على هيئة قضائية أعلى منها كما هو الشأن بالنسبة للعدول عن المبادئ القضائية في محكمة التمييز[١] لعدم وجود هذه الهيئة كما أسلفنا ضمن تشكيلات محكمة الإستئناف،وأن إستقلالية محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية وعدم إرتباطها بمحكمة التمييز الإتحادية من حيث التدخل في الأحكام الصادرة عنها[٢]حيث أن لكل محكمة نطاق محدد في نظر بعض الطعون التمييزية في الدعاوى المدنية[٣] لا يجعل إمكانية لجواز عرض بعض القضايا الداخلة في

---

(١) إذ يجري العمل في محكمة التمييز الإتحادية وطبقاً لأحكام المادة(١٣) من قانون التنظيم القضائي عندما يراد العدول عن مبدأ قضائي مستقر العمل عليه أن يتم عرض الموضوع على الهيئة العامة للموافقة على ذلك، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قررت فيه(ولمناقشة العدول عن المبدأ القضائي المتضمن إبطال الحكم الغيابي وإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة مكانياً عند الإعتراض على الحكم والدفع بعدم الإختصاص المكاني،قرر عرض الأمر على الهيئة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية)،رقم القرار،٤/الهيئة العامة/٢٠٢١،في٢٠٢١/٣/٢٨،غير منشور.

(٢) إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه بأنه(ليس لمحكمة التمييز الإتحادية صلاحية التدخل في قرارات محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية)،رقم القرار،٣٢٤/الهيئة المدنية الموسعة/٢٠٠٩،في ٢٠٠٩/٢/١٨، غير منشور.

(٣) حددت هذا النطاق المواد(٢/٣٤و٣ .٣٥ .٢/٢١٦) من قانون المرافعات المدنية،ويجري في التطبيق العملي أن تقوم كل محكمة بإحالة الطعن التمييزي المقدم أمامها إلى المحكمة الأخرى إذا وجدت أنها غير مختصة بنظره،إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه(وجد أن الدعوى المقامة من دعاوى التخلية لذا تكون محكمة الإستئناف التابعة لها محكمة البداءة التي أصدرت الحكم المميز هي المختصة بالنظر في الطعن التمييزي الواقع عليه عملاً بأحكام المواد(٣١و٢/٣٤) من قانون المرافعات المدنية،لذا قرر إحالة عريضة الطعن مع إضبارة الدعوى إلى محكمة إستئناف منطقة بغداد الرصافة بصفتها التمييزية للنظر فيه من قبلها حسب الإختصاص)،رقم القرار،٢٦٨/الهيئة المدنية عقار/٢٠٠٨،في ٢٠٠٩/١/١٨،غير منشور.كما جاء في قرار لمحكمة إستئناف بابل بصفتها التمييزية قررت فيه(أن نظر الطعن التمييزي يخرج عن إختصاص هذه المحكمة ويدخل في إختصاص محكمة التمييز الإتحادية كون الحكم المطعون فيه يتعلق برفع التجاوز على عقار،لذا قرر وبالإتفاق إحالة الطعن التمييزي مع إضبارة الدعوى إلى محكمة التمييز الإتحادية لنظره حسب الإختصاص)،رقم القرار،١٦/ت/ حقوقية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/٢٠،أشار

إختصاصها على الهيئة العامة أو الهيئة الموسعة لغرض إقرار مبدأ قضائي بشأنه يكون واجب الإتباع في سائر القضايا، كل ذلك يجعل من المبادئ القضائية التي تقرها غير ملزمة لأي محكمة في القضايا المماثلة وأن العدول عنها يكون من قبل ذات الهيئة التي سبق وأن أقرتها، ولهذا يندر أن نلاحظ في الواقع العملي في قرارات محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية ما يشير إلى أن قضائها إستقر على الحكم في مثل القضية على نحو معين كما هو الشأن في محكمة التمييز الإتحادية[١]،وهذا ما أدى إلى إختلاف في المبادئ القضائية التي تقرها هذه المحاكم بخصوص القضايا المتشابهة،ومن الأمثلة على ذلك نورد بعض القرارات التمييزية فيما يلي:.

إذ جاء في قرار لمحكمة إستئناف بابل بصفتها التمييزية قضت فيه(أن قرار محكمة الأحوال الشخصية بفرض نفقة مؤقتة للطفل على أبيه المميز جاء تطبيقاً سليماً لنص المادة(٣٠٢) من قانون المرافعات المدنية،سيما وأن النفقة المؤقتة قابلة للإحتساب والرد تبعاً لنتيجة الحكم الأصلي)[٢]، في حين قضت المحكمة ذاتها في قضية مماثلة لاحقة لها على نحو مغاير تماماً، إذ جاء في قرار لها(أن محكمة الموضوع قامت بفرض نفقة مؤقتة للأطفال دون مراعاة أحكام المادة(٣١) من قانون الأحوال الشخصية،التي أجازت للقاضي وأثناء النظر في دعوى النفقة فرض نفقة مؤقتة للزوجة على زوجها دون الأولاد الذين لم يشملهم حكم النص القانوني بموجب المادة أعلاه،كما أن المادة(٣٠٢) من قانون المرافعات المدنية المعدل هي مادة إجرائية أشارت إلى إختصاص المحكمة الشرعية بالحكم بصفة مستعجلة بفرض نفقة مؤقتة إذا قام لديها من الأسباب ما يخشى منه خطر عاجل على طالب النفقة،أي أن المادة المذكورة أعلاه أشارت إلى الجهة المختصة بفرض النفقة المؤقتة لطالبها وهي هنا الزوجة على زوجها،وكذلك

إليه، القاضي عبيد صبري جمر،المبادئ القانونية في قضاء محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية،القسم المدني لسنة ٢٠٢١،مكتبة صباح،بغداد،٢٠٢٢،ص١٥٥.

(١) رغم التحري الكثير في الأحكام الصادرة عن مختلف محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية المنشورة منها وغير المنشورة بخصوص هذا الموضوع،فلم نعثر سوى على قرار لمحكمة إستئناف بابل بصفتها التمييزية أشارت فيه إلى قضائها المستقر،إذ جاء فيه (أن الأبنية والمشيدات في العقار يجب أن تتفق مع طبيعة الأرض كي تكون سبباً للتمليك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣،وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها ذي العدد ١٥٦/ت/حقوقية/٢٠١٧،في ٢٠١٧/١١/٢١)،رقم القرار، ٣٥/ت/حقوقية/٢٠١٨/في ٢٠١٨/٢/١١،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٢٥/ت/متفرقة/ش/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/٥،غير منشور.

الكيفية بفرض النفقة المؤقتة بأن يكون بصفة الإستعجال،دون أن ترتب الحق بفرض نفقة مؤقتة للأولاد على أبيهم)[١].

ونرى أن ما ذهبت إليه المحكمة في قرارها الأخير محل نظر من الناحية القانونية ذلك أن قرار فرض النفقة المؤقتة للأولاد يعد من قرارات القضاء المستعجل[٢]الذي أشارت إليه المادة(٣٠٢) من قانون المرافعات المدنية،وهو قرار مؤقت لا يمكن من خلاله التعرض لأصل الحق،وأن النصوص القانونية التي تقرره هي تلك الواردة في القوانين الإجرائية ومنها قانون المرافعات المدنية التي أشارت إلى حالات أخرى من حالات القضاء المستعجل[٣]ومنها حالة الحراسة القضائية ومنع السفر وغيرها ولم يرد ذلك في القوانين الموضوعية، فمثلاً أشار قانون المرافعات المدنية العراقي إلى حالة الحراسة القضائية[٤] وحالة المنع من السفر[٥] من بين حالات القضاء المستعجل ولم يرد في أي قانون موضوعي تنظيم للأحكام القانونية المتعلقة بها،فهل أن محكمة الموضوع إذا قدمت إليها دعوى تتعلق بالحراسة القضائية تقرر ردها كون تنظيمها جرى وفق مادة إجرائية ولم تكن هناك نصوص قانونية تنظم أحكامها[٦] كما قررت المحكمة أعلاه في

---

(١) رقم القرار،١٣٤/ت/متفرقة/ش/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٨/٣١،غير منشور.

(٢) يقصد بالقضاء المستعجل بأنه(قضاء غير أصيل يجري على وجه السرعة يتناول بصفة مؤقتة المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت دون مساس بموضوع الحق)،د.ممدوح عبد الكريم حافظ،شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل،الجزء الأول،الطبعة الأولى،مطبعة الأزهر،بغداد،١٩٧٢،ص٣٨٥. ولمزيد من التفاصيل بشأن التعاريف التي أوردها الفقه والقضاء والقوانين المقارنة للقضاء المستعجل وبقية الأحكام المتعلقة به،أنظر،د.عمار سعدون حامد،القضاء المستعجل،دراسة مقارنة،دار الكتب القانونية،القاهرة،٢٠١٢،ص١٣.

(٣) أنظر،المواد(١٤١. ١٥٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٤) المادتين(٤٧و٤٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٥) المادة(١٤٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٦) إذ نجد في الواقع العملي أحكام قضائية تقرر الحراسة القضائية،حيث جاء في قرار لمحكمة إستئناف بغداد/الرصافة الإتحادية قضت فيه(أن محكمة الموضوع وإتباعاً لقرار النقض الصادر عن هذه المحكمة قررت تعيين الخبير القضائي المحامي حارساً قضائياً على المستشفى المشيد في القطعة المشتركة ملكيتها بين طرفي الدعوى(مستشفى الرحمة الأهلي) لإدارته وإحتساب أرباحه ومصروفاته ومسك سجلات بذلك تقدم للمحكمة بشكل دوري في نهاية كل شهر وتعطى نسخ من الحساب النقدي لطرفي الدعوى معززة بالمستندات وله القيام بالأعمال الإدارية مع تقدير أجر شهري له مبلغاً مقداره مليون دينار يتحمله الشركاء كلٌ حسب

قرارها محل البحث بخصوص النفقة المؤقتة للأولاد،وأن المحكمة يبدو من قرارها أنها خلطت بين القضاء المستعجل والأمر الولائي[١]، إذ أن الأخير لا بد من وجود نص قانون يقرر أحقية طالبه بتقديم طلب بشأنه حتى يصدر أمر من القضاء الولائي بخصوصه[٢]،ولهذا يذهب البعض إلى أن النفقة المؤقتة للزوجة يمكن أن تصدر بموجب قرار صادر عن القضاء المستعجل أو بموجب أمر ولائي من خلال تقديم طلب إلى المحكمة المنظورة أمامها دعوى النفقة الزوجية في غير موعد المرافعة أو من خلال قرار يصدر بهذا الشأن على أصل عريضة دعوى النفقة أثناء تقديمها[٣]، بخلاف النفقة المؤقتة للأولاد التي لا يمكن أن تصدر إلا من خلال قرار مستعجل وليس أمر ولائي[٤] بإعتبار أن الأولى أشارت إلى أحقية الزوجة بطلبها من القضاء المؤقت نص المادة(٣١) من قانون الأحوال الشخصية بخلاف الحالة الثانية التي لم يرد بشأنها نص في القانون الموضوعي.

وبخصوص موضوع آخر يتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى أتعاب المحاماة قضت محكمة إستئناف بابل بصفتها التمييزية في قرار لها جاء فيه(أن نظر الطعن التمييزي يخرج عن إختصاص هذه المحكمة ويكون ضمن إختصاص محكمة التمييز الإتحادية،كونه

حصته على أن يباشر عمله إعتباراً من صدور هذا القرار،فيكون بذلك قرارها صحيح وموافق للقانون،قرر تصديقه)، رقم القرار ٧٥٩/م/٢٠١٠،في ٢٠١٠/٨/٩،غير منشور.

(١) يقصد بالأمر الولائي بأنه وسيلة لإتخاذ تدابير وقتية وتحفظية للمحافظة على الحق والكشف عنه دون المساس بأصل الحق ودون أن تؤثر في جوهره. د. نبيل إسماعيل عمر،أصول المرافعات المدنية والتجارية،منشأة المعارف،الإسكندرية،١٩٨٧،ص٤٣٦. ولمزيد من التفاصيل بشأن التعاريف التي أوردها الفقه والقضاء والقوانين المقارنة للأمر الولائي وبقية الأحكام المتعلقة به،أنظر،القاضي هادي عزيز علي،شرح أحكام القضاء الولائي في القانون العراقي،الأوامر على العرائض مع مجموعة مبادئ تمييزية وافية تغطي كل مواضيع هذا النظام القضائي،مكتبة السنهوري،بغداد،٢٠١٢،ص١١.

(٢) إذ جاء في قرار لمحكمة إستئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية قررت فيه(أن من شروط إصدار أي أمر ولائي بمقتضى المادة(١٥١) من قانون المرافعات المدنية،وجود نص في القانون يجيز إصدار الأمر الولائي مع توفر عنصر الإستعجال)،رقم القرار،٣٥٩/حقوقية/٢٠١٣،في ٢٠١٣/٧/٣١،غير منشور.

(٣) جاء في قرار لمحكمة إستئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية(أن الطلب الذي يقدم للمحكمة في غير المرافعة يعتبر من الأوامر التي تصدر على عريضة أحد الخصوم(القضاء الولائي))،رقم القرار، ٦٠٨/م/٢٠٠٩، في ٢٠٠٩/٨/٣٠،غير منشور.

(٤) القاضي سامي حسين المعموري،محاضرات مطبوعة في مادة قانون الأحوال الشخصية،ألقيت على طلبة المعهد القضائي في العراق للمرحلة الأولى للعام الدراسي ٢٠١٤/٢٠١٥،ص٣٢.

يتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى أتعاب المحاماة،وأن ذلك يتعلق بالإختصاص النوعي،لذا قرر إحالة الطعن التمييزي مع إضبارة الدعوى إلى محكمة التمييز الإتحادية)[1]،في حين قضت المحكمة في قرار آخر لها بما يخالف ذلك تماماً إذ جاء فيه(كان على محكمة البداءة عدم رفض الإحالة وقبولها والسير بالدعوى وفق القانون كونها تختص بنظرها إستثناءً من القواعد العامة بالنسبة للصلاحية المكانية،لأن دعوى المطالبة بأتعاب المحاماة ترفع لدى المحكمة التي أصدرت الحكم في أساس الدعوى كونها الأقدر على الفصل في التوابع والملحقات الخاصة بها،وعلى ذلك يعد إختصاص المحكمة التي قضت في أصل الحق إختصاص نوعي في تلك الدعوى كون قانون المرافعات المدنية رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل جاء لاحقاً لقانون المحاماة رقم(١٧٣) لسنة ١٩٦٥،ولا يمكن إعمال المادة(٦٢) من قانون المحاماة بخصوص محكمة مكتب المحامي كونها تسري على الشق الثاني من المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية)[2].

ومن خلال القرارين المذكورين نلاحظ أن المحكمة ذاتها تناقض إتجاهها بخصوص تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى أتعاب المحكمة وأي جهة طعن هي المختصة بنظر الطعن التمييزي، فتارة تقرر بأن ذلك من إختصاصها وتارة أخرى تجعل ذلك من إختصاص محكمة التمييز الإتحادية وتحيل القضية إليها للبت بموضوع الطعن.

عليه وإزاء تعدد محاكم الإستئناف وإختصاص كل محكمة منها بنظر الطعون التمييزية الخاصة بالأحكام الصادرة في الدعاوى الداخلة في إختصاصها ضمن نطاق مكاني محدد وعدم وجود هيئة عامة ضمن تشكيلات محكمة الإستئناف تختص بتقرير المبادئ القضائية أو العدول عنها إلى مبادئ أخرى حسب ما يفرضه تطور الواقع العملي المعروض أمام المحاكم التابعة لها،يجعل من الإتجاهات التمييزية أو المبادئ التي تسير عليها إحدى المحاكم عرضة للتغيير المستمر، سيما وأن أعضاء الهيئات التمييزية في هذه المحاكم تخضع للتبديل المستمر بخلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لهيئات محكمة التمييز الإتحادية كما لوحظ ذلك من خلال الإطلاع على القرارات الصادرة عنها التي تحتوي على أسماء أعضاء الهيئة التي أصدروها وطبيعي أن

---

(١) رقم القرار ٢٨/ت/متفرقة/ب/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/١١،غير منشور.

(٢) رقم القرار ٤٧/ت/متفرقة/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٤/٢٧،أشار إليه، القاضي ليث راسم هندي،مصدر سابق،ص١١٠.

هناك تفاوت في آراء القضاة بشأن تفسير القانون عند تطبيقه على القضايا المعروضة عليهم والذي يظهر في القرارات الصادرة عنهم،فضلاً عن ذلك فإن إعتماد إحدى محاكم الإستئناف لتفسير معين بشأن القانون ونشوء إتجاه تمييزي أو مبدأ قضائي بمقتضاه،لا يكون له من قوة أو أثر بالنسبة لمحاكم إستئناف أخرى التي قد تتبنى تفسير مغاير وتعتمد مبدأ أو إتجاه تمييزي مخالف لذلك بخصوص القضايا ذات المضمون المتماثل،بحيث لا يمكن التمسك بالمبدأ القضائي الصادر عن غيرها إلا على سبيل الإستئناس والإسترشاد، كل ذلك أدى إلى عدم إستقرار المبادئ القضائية الصادرة عن محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية،ولذا نؤيد رأي بعض الفقه بأنه من المفضل أن ترتبط الهيئات التمييزية في محاكم الإستئناف بمحكمة التمييز الإتحادية بحيث تكون جزء من هيئاتها،لتنسيق المبادئ القضائية وتوحيدها بشأن القضايا المماثلة،ولتوسيع رقابة محكمة التمييز بهيئتها العامة والهيئة الموسعة المدنية للتخفيف من أمر إصدار أحكام متباينة عن كل هيئة تمييزية[1].

(١) د. سعدون ناجي القشطيني،مصدر سابق،ص٣٩٠.

الفصل الثاني

دور المبادئ القضائية في الدعوى المدنية وتطبيقاتها العملية

تؤدي المبادئ القضائية دوراً هاماً في نطاق الدعوى المدنية،كونها تستخلص من الحلول التي يقررها القضاء في القضايا المعروضة أمام المحاكم التي لا يوجد نص قانوني يمكن أن ينطبق عليها،أو تكون النصوص القائمة غامضة أو مبهمة تحتاج إلى إيضاح وتفسير،ومن هنا تظهر أهمية المبادئ القضائية في سد حالة القصور التشريعي وتقرير حلول عادلة للمنازعات التي تنطبق بشأنها،وأن توحيد الحلول القضائية وإستقرار المبادئ من خلال ما تقرره المحكمة العليا طبقاً لمهمتها الأساسية في توحيد إتجاهات المحاكم الأدنى في القضايا المماثلة ينشئ عنه تحقيق العدالة بين الأفراد وبعث الثقة لديهم بخصوص تحديد مراكزهم في العلاقات القانونية التي تحصل بينهم من خلال تحديد ما لديهم من حقوق وما عليهم من إلتزامات وهذا ما يقود إلى تحقيق إستقرار للمعاملات التي تنشئ بينهم، وأن الدور الهام الذي تؤديه المبادئ القضائية ما هو إلا إنعكاس للعديد من التطبيقات العملية لهذه المبادئ التي تم تقريرها في مسائل معينة وإستقر العمل عليها في سائر القضايا ذات المضمون الواحد من قبل مختلف المحاكم.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول دراسته في مبحثين،سنخصص المبحث الأول لدراسة الفوائد العملية للمبادئ القضائية،وسنتناول في المبحث الثاني دراسة أمثلة تطبيقية للمبادئ القضائية.

المبحث الأول
الفوائد العملية للمبادئ القضائية

للمبادئ القضائية العديد من الفوائد العملية في الدعوى المدنية،ومن أبرزها دورها في سد حالة القصور التشريعي ومواكبة القانون للتطورات التي تطرأ في حياة الأفراد وحركة المجتمع،كما أن إستقرار إتجاهات القضاء على إتباع الحلول المقررة بمقتضى الأحكام الصادرة عنه في القضايا المتماثلة يؤدي إلى تحقيق مبدأ إستقرار المعاملات في العلاقات القانونية وتحقيق العدالة بين أطراف هذه العلاقات.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول دراسته في مطلبين،نخصص المطلب الأول، لدراسة دور المبادئ القضائية في تحقيق إستقرار المعاملات،ونتناول في المطلب الثاني دراسة دور المبادئ القضائية في سد حالة القصور التشريعي ومواكبة القانون لمستجدات وتطورات حركة المجتمع.

المطلب الأول
دور المبادئ القضائية في تحقيق إستقرار المعاملات والمساواة أمام القانون

أن المبادئ القضائية تؤدي دوراً هاماً في إستقرار تطبيق القواعد القانونية،وتحقيق المساواة والعدالة في الإجراءات القضائية من خلال معاملة كافة المراكز القانونية المماثلة بذات المعاملة.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول دراسته في الفرعين الآتيين،سنخصص الفرع الأول لدراسة دور المبادئ القضائية في إستقرار المعاملات،وسنتناول في الفرع الثاني،بيان دور المبادئ القضائية في تحقيق المساواة أمام القانون.

الفرع الأول
دور المبادئ القضائية في إستقرار المعاملات

لبيان دور المبادئ القضائية في هذا الموضوع، سنتناول بيان المقصود بإستقرار المعاملات في البند أولاً، ونتناول في البند ثانياً دراسة أثر المبادئ القضائية في إستقرار المعاملات.

أولاً: المقصود بإستقرار المعاملات

أن الإستقرار في النظام القانوني يعني(التأكد)أو(اليقين)،وهي ألفاظ يقصد بها أن يحدد القانون . أولاً وأخيراً . الآثار التي تترتب على مسلك معين بوصفه لا بذاته بحيث يكون في مقدور كل شخص أن يدرك سلفاً نتائج أعماله[١].ولتحقيق ذلك يتم وضع قاعدة عامة تنظم حالة معينة تندرج تحتها كل الحالات التي تتفق في الطبيعة والنوع مع تلك الحالة[٢].

وعلى هذا الأساس فالإستقرار القانوني يعني أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية وأن تضمن تأمين النتائج،بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها، من حيث قدرته على توقع نتائج تصرفاته من حيث ماله من حقوق وما عليه من إلتزامات[٣].

وأن إستقرار المعاملات يتمثل بتحديد الحقوق والإلتزامات المترتبة على أطراف العلاقة القانونية التي تحصل بفعل الأشخاص،بعبارة أخرى أن إستقرار المعاملات هو القدر المتيقن من تحديد الحقوق والإلتزامات لأطراف العلاقة القانونية أياً كان مصير هذه العلاقة من حيث نفاذها أو إنحلالها[٤].

ثانياً: أثر المبادئ القضائية في تحقيق إستقرار المعاملات

أن تكريس القضاء للقاعدة القانونية من خلال المبادئ القضائية الصادرة عنه وإعتماده لها وإستقراره على إعمالها،عند الفصل في المنازعات المعروضة أمامه،لا يفيد فقط طرفي النزاع، وإنما يكون الأمر كذلك بالنسبة لسائر أفراد المجتمع الذين سيقومون بتنظيم علاقاتهم مع الآخرين على ضوء ما تقرره المحاكم من قواعد ومبادئ قضائية[٥].

---

(١) د.أحمد عبد الحميد عشوش،قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة،مؤسسة شباب الجامعة،١٩٩٠، ص٥.

(٢) د.نعيم عطية،القانون والقيم الإجتماعية،دراسة في فلسفة القانون،المكتبة الثقافية،القاهرة،١٩٧١،ص٤٠.

(٣) د.يس محمد محمد الطباخ، الإستقرار كغاية من غايات القانون،المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص٢٤.

(٤) علي حميد كاظم الشكري،إستقرار المعاملات المالية،إطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون/جامعة كربلاء، ٢٠١٤، ص٢٦.

(٥) د. مصطفى العوجي،القاعدة القانونية في القانون المدني،الطبعة الأولى،مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، لبنان . بيروت، ١٩٩٢، ص١٣٣.

وعلى هذا الأساس فإن إستقرار المبادئ القضائية سيؤدي إلى إستقرار المعاملات،إذ أن الهدف من إستقرار المبادئ القضائية والإستقرار القانوني بشكل عام هو يقين الأشخاص لمصير المعاملات التي يقدمون عليها عبر معرفة النطاق المخصص لهما به في إجراء معاملاتهم،بعبارة أخرى أن الإستقرار القانوني يهدف إلى تحقيق الثبات للقاعدة القانونية،وأن تغيَّر القانون ليطمئن الأشخاص ويشعروا بالأمان لمصير وآثار العلاقات القانونية،أي أن يتحقق للقاعدة القانونية الإستقلال على الرغم من تعديل القانون أو إلغائه وصدور قانون آخر بديل عنه.وهذه هي ذاتها الغاية من إستقرار المعاملات الذي يهدف إلى أن يسود اليقين وتبث الطمأنينة في نفوس الأشخاص إلى مصير المعاملات التي يقدمون عليها عبر معرفتهم مقدماً النتائج المترتبة على أفعالهم،وعلى هذا الأساس فإن إستقرار المبادئ القضائية سيؤدي إلى تحقيق إستقرار المعاملات وهذا هو هدف الإستقرار القانوني[١].

كما أن السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي عند إصدار الحكم في القضايا المطروحة أمامه سواء أكان ذلك بتفسير النص القانوني أو بتكريس إستقرار القواعد القانونية عبر إعمال القاضي للمبادئ القضائية وإعتماده لها، وهي ذات السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في تحقيقه لمبدأ إستقرار المعاملات[٢]. كما أن مبدأ إستقرار المعاملات يستلهمه القاضي من فحوى النص القانوني وغاية التشريع مستنداً على درايته بالقانون وإستخدام التفسير المتطور للنصوص القانون[٣]، وهذه هي ذاتها وسائل القاضي في اللجوء إلى الإجتهاد القضائي الذي يعد الركيزة الأساسية في نشوء المبادئ القضائية[٤]. وإذا كانت المبادئ القضائية الصادرة عن المحكمة العليا واجبة الإتباع من المحاكم الأدنى فإن لهذا أثر كبير في تحقيق إستقرار المعاملات[٥]، كون المحاكم تقوم بتطبيقه في القضايا المماثلة المعروضة أمامها فيستقر قضائها على هذا النحو، وأن هذا الإستقرار والإستمرار يؤمنان إنتظام العلاقات القانونية وثبات الأسس

---

(١) د. ماهر صالح علاوي الجبوري،دار الكتب للطباعة والنشر،العراق . الموصل،١٩٨٩،ص١٥٩، د.خالد خليل الظاهر،القانون الإداري،الطبعة الأولى،دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة،عمان . الأردن، ١٩٩٧، ص١٨٩.

(٢) د.مصطفى العوجي،مصدر سابق،ص١٣٣.

(٣) علي حميد كاظم الشكري،مصدر سابق،ص٦٠.

(٤) أنظر،الصفحة( ) وما بعدها من هذه الإطروحة.

(٥) د.صالح محسوب،مصدر سابق،ص٣٥.

التي يقوم عليها تعامل الأفراد،فإستقرار المبادئ القضائية ينعكس على المجتمع ليولد إستقرار التعامل بين الأشخاص[١].

وقد طبقت محكمة التمييز الإتحادية في العراق مبدأ إستقرار المعاملات المالية من خلال العديد من المبادئ القضائية الصادرة بهذا الخصوص،إذ جاء في قرار للمحكمة المذكورة قضت فيه(لا يجوز إبطال قيد العقار لإستناد التسجيل في السجل العقاري إلى قسام شرعي صادر عن جهة رسمية، وأن إخفاء أحد الورثة بعدم ذكر إسمه في القسام يتحمله الورثة أنفسهم وللمتضرر الرجوع عليهم بالتعويض والقول بغير ذلك من شأنه الإخلال بمبدأ إستقرار المعاملات)[٢].

ومن خلال ما تقدم يتضح الدور الكبير للمبادئ القضائية في تكريس مبدأ إستقرار المعاملات،إذ أنه من أجل تحقيق المبدأ المذكور عمل القضاء على تقرير المبدأ القضائي المشار إليه وإستقرار العمل بموجبه في العديد من الأحكام القضائية الصادرة إعمالاً له،إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه(إذا كان العقار مسجل بإسم مورثة المدعية،ولم تكن المدعية من بين الورثة الواردة أسمائهم في القسام الشرعي،وقام الورثة بموجب القسام الشرعي ببيع العقار للغير وإكتسب التسجيل شكله النهائي،ومن ثم تم تصحيح القسام الشرعي،فلا يحق للمدعي إبطال القيود اللاحقة على التصرف الصادر،ذلك أن إبطال القيد يؤدي إلى المساس بإستقرار

---

(١) د. مصطفى العوجي،مصدر سابق،ص١٣٣.

(٢) رقم القرار،٦١/الهيئة العامة/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١٢/٢٧،غير منشور. وتتلخص وقائع القضية الصادر بشأنها المبدأ القضائي أن المدعية أقامت الدعوى أمام محكمة البداءة للمطالبة بإبطال قيد بيع العقار الذي لمورثها زوجها حصة فيه آلت إليه إرثاً عن والده المتوفي،كون القسام الشرعي الذي إستند إليه في تسجيل قيد العقار بإسم المشترين المدعى عليهم لم يتضمن ذكر إسم زوجها المتوفي وأنها إستحصلت على قرار حكم من المحكمة المختصة بإبطال القسام وإصدار قسام جديد يتضمن ذكر إسم مورثها المذكور،وقد قررت محكمة البداءة إجابة دعوى المدعية وإبطال قيد العقار المسجل بإسم المدعى عليهم،وقد أيدت محكمة الإستئناف الحكم البدائي الصادر بهذا الشأن،وعند الطعن به تمييزاً عرض الطعن التمييزي أمام الهيئة العامة لإختلاف وجهات النظر بشأن الحكم المميز من قبل أعضاء الهيئة المختصة بنظر الطعن،وبغية إصدار مبدأ قضائي بشأن الحالة المعروضة نظر الطعن من قبل الهيئة العامة التي قررت نقض الحكم المميز ورد دعوى المدعية معللة قرارها بأن المدعى عليهم كانوا حسني النية عند شرائهم للعقار موضوع الدعوى وأن مبدأ إستقرار المعاملات يجد له تطبيقاً في هذا الصدد وأن تطبيق المبدأ ليس من شأنه الإضرار بإدعاء المدعية إذا كان له مقتضى إذ بإمكانها الرجوع على سائر مالكي العقار الذين قاموا ببيعه لقيامهم بإخفاء إسم مورث المدعية في القسام الشرعي سند التسجيل بإسم المدعى عليهم،وأن هذا المبدأ إستقر عليه العمل في التطبيقات القضائية كما لوحظ في العديد من القرارات القضائية الصادرة بعد تقريره.

المعاملات)[١]، كما جاء في قرار آخر للمحكمة ذاتها قررت فيه بأنه(إذا كان والد المدعي قد حصل على حكم قضائي بوفاة والده المدعي بسبب فقدانه وإستصدر قسام شرعي له وكان الوارث الوحيد فيه، وقام بتسجيل العقار موضوع دعوى إبطال القيد بإسمه،ثم باعه إلى مصرف الخليج التجاري، فإن قيام المدعي بإبطال الحكم الخاص بوفاته وإبطال القسام الشرعي الصادر تبعاً له، لا يحق له إقامة دعوى إبطال قيد العقار المسجل بإسم مصرف الخليج، لأن علمه بالبيع وسكوته طيلة مدة عشر سنوات عن المطالبة يجعل من شأن إجابة الدعوى أن يتنافى ذلك مع مبدأ إستقرار المعاملات وكذلك مع مبدأ حسن النية في تلك المعاملات)[٢].

الفرع الثاني

دور المبادئ القضائية في تحقيق العدالة في الإجراءات القضائية

أن الحق في المعاملة العادلة في الإجراءات القضائية[٣] ينبثق من مبدأ المساواة الفعلية أمام القانون[٤]،ومقتضى هذا المبدأ أن يتمتع جميع مواطني الدولة بالمساواة في حق التقاضي أمام المحاكم،بحيث يجب أن يخضع المواطن لقضاء واحد وأن تكون إجراءات التقاضي موحدة بالنسبة للجميع وتتم وفق معاملة متماثلة[٥].

ويترتب على ذلك بأنه إذا ما قررت المحكمة العليا مبدأً قضائياً وأرست قاعدة معينة بمقتضاه بصدد مسألة أثير بشأنها نزاع أمام القضاء إستناداً لمهمتها الأساسية في تكملة النقص في التشريع القائم، أو تفسيراً له، فإن الحق في المعاملة العادلة في الإجراءات القضائية يقضي

---

(١) رقم القرار،٥٩٦/الهيئة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/١/٢٧،مشار إليه في،القاضي حيدر عودة كاظم،مجموعة الأحكام القضائية،مجلة قانونية دورية تعنى بنشر أحكام محكمة التمييز ومحاكم الإستئناف بصفتها التمييزية تصدر عن القاضي المذكور،العدد الخامس،٢٠١٩،ص٤٣.

(٢) رقم القرار،٧٩٧/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/١٩، مشار إليه في،القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية،مصدر سابق،العدد الثامن،٢٠٢١،ص٨٣.

(٣) أنظر،المادة(١٩/سادساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن(لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية).

(٤) أنظر،المادة(١٤) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على أن(العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الإقتصادي أو الإجتماعي).

(٥) المستشار محمد فهيم درويش،أصول وقواعد العدالة المدنية،دار النهضة العربية،الطبعة الثانية،٢٠١٢، ص٤٩.

بضرورة إلتزام ذات القاعدة المقررة وإعمال حكمها على كل المنازعات التي تعرض مستقبلاً وتتوافر بشأنها شروط تطبيق تلك القاعدة،فمبدأ المساواة أمام القانون لا يقتصر على مجرد المساواة أمام النصوص التشريعية،وإنما يعني أيضاً وبذات الدرجة المساواة أمام القواعد المكملة للتشريع والتي تصدر عن السلطة العامة وتصلح للتطبيق على حالات مماثلة(١).

وأن وحدة القضاء يشكل ضمانة لأطراف القضية التي يجب أن يفصل فيها طبقاً للقانون، إذ أن من حق أطراف القضية عدم تناقض القرارات القضائية الصادرة فيها مع غيرها من القضايا المماثله لها،حيث يجب بالنسبة لكل طائفة من المنازعات أو كل سلسلة من الحالات المتشابهة والمتماثلة أن تحسم وفق نفس القاعدة القانونية،وأن هذا يعد إلتزام قضائي بمقتضاه ينبغي أن يراعى في كل قضية وحدة القانون المطبق بشأنها وبالتالي وحدة القرارات القضائية حتى يتفادى تناقضها وإختلافها بحسب القاضي الذي يفصل فيها(٢).ويترتب على ذلك أن القضاء عند قيامه بالفصل في المنازعات المدنية المعروضة أمامه أن يطبق القانون بشأنها بالطريقة نفسها على الجميع مهما كانت مستوياتهم في سائر القضايا المماثلة،بحيث إذا قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين،وتساووا في العناصر التي تكونها فإنه يجب تبعاً لذلك وحدة القواعد القانونية التي تطبق بشأنها،وذلك من خلال التناسب في المعاملة بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة(٣).

وعليه فإن التناقض في الأحكام القضائية يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون وما ينبثق عنه من حق في المعاملة العادلة في الإجراءات القضائية،وهو مما لا شك فيه يضر بحس سير العدالة ويؤدي في النهاية إلى نتيجة غاية في الخطورة وهي إخلال الثقة بالقضاء وأحكامه.

وقد جاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر بأن(التمييز بين آثار الأحكام القضائية المتماثلة في درجة حجيتها وفي الحق الواحد الذي قررته يؤدي إلى الإخلال بحقوق أصحاب المركز القانوني الواحد الذي تنطق به الأحكام القضائية المتماثلة فيما تكشف عنه هذه

---

(١) د.أحمد الغريب شبل البنا،مصدر سابق،ص٢٢٥.

(٢) د.سيد أحمد محمود،مصدر سابق،ص٧٨.

(٣) د.أحمد فتحي سرور،القانون الجنائي الدستوري،طبعة دار الشروق،٢٠٠٦،ص٤٤٧.

الحقوق وهو ما يهدر مبدأ المساواة الذي يكفل للمحكوم لصالحهم الحق في التمسك بحجيتها وإنفاذ آثارها)[١].

وعليه فإن مبدأ المساواة أمام القضاء لأصحاب المراكز القانونية الواحدة يعد مطلب دستوري، ويصدق ذلك على المبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز لسد النقص في المصادر القائمة للقانون،إذ طالما أن الحالة التي عرضت على القضاء وتقررت بشأنها المبادئ المذكورة قابلة لأن تتكرر مستقبلاً وأن يطرد عرضها أمام القضاء،فليس ثمة أي مسوغ يجيز أن يتقرر لها في كل مناسبة قاعدة مختلفة، وتتنوع بشأنها الحلول وتتغاير،كما أن مبدأ المساواة أمام القانون يتجرد من كل قيمة عملية له ما لم يكن يعني المساواة في تطبيق القانون وإعماله،فليست المساواة قولاً ونظراً،وإنما هي قبل ذلك فعلاً وعملاً،وبذلك فإنه مالم تلتزم المحاكم بالمبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز تفسيراً للقانون فسوف يؤدي ذلك في النهاية إلى الإخلال الكامل في تطبيق القانون،وإلى تعارض صور هذا التطبيق وتضاربها بالنسبة لذوي المراكز القانونية الواحدة[٢].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية(بأن قاعدة المساواة أمام القانون،مبناها صون حقوق المواطنين وحرياتهم،مجابهتها صور التمييز التي تنال منها تقييداً لممارستها،إذ تمنح وتمنع رغم وحدة المركز القانوني وهو ما من شأنه إنتفاء وصف التجرد المفروض في القاعدة القانونية التي يجب أن تكون واحدة في الوقائع المتماثلة وإلا بات وصف التجرد لا يعدو أن يكون من قبيل اللغو الذي لا يصدقه واقع ولا عمل لما خلقه من تمييز لفئة من المتقاضين عن فئة أخرى بالرغم من وحدة الموضوع الذي يتقاضون بشأنه)[٣].

---

(١) رقم القرار،١٢٣ لسنة ١٩ قضائية دستورية،في ٢٠٠١/١٢/٩،مشار إليه في،د.أحمد الغريب شبل البنا، مصدر سابق، ص٢٢٨.

(٢) د. أحمد الغريب شبل البنا،مصدر سابق، ص٢٢٨.

(٣) الطعن رقم ، ١٥٣٢٩ لسنة ٧٩ قضائية،الدوائر المدنية،جلسة ٢٠١٧/١٠/٢٨،منشور على موقع محكمة النقض المصرية عبر الرابط الألكتروني: www.cc.gov.ed/civiljudgments

وإذ أن مهمة القضاء هي تحقيق العدالة[1]،نجد أن محكمة التمييز الإتحادية في العراق تشير في القرارات الصادرة عنها إلى أن ما قضت به يتماشى مع ما إستقر عليه قضائها في الحالات المماثلة ذات المضمون الواحد،وأن قضائها على هذا النحو هو بلا شك تطبيق لقاعدة المساواة الفعلية للأفراد أمام القانون وتحقيق للعدالة في الإجراءات القضائية وأن لم تصرح بذلك طالما أنها تطبق ذات مضمون القاعدة التي إستقر عليها قضائها على جميع الحالات المعروضة أمام القضاءالمتماثلة في المراكز القانونية، وهذا هو جوهر قاعدة المساواة الفعلية أمام القانون،ومن هذا يتضح أن إستقرار القضاء على تطبيق المبادئ القضائية التي يقررها على جميع الحالات التي تنطبق بشأنها وعدم إنفراد كل قضية متشابهة مع غيرها بحكم مختلف يعد تجسيداً عملياً لقاعدة المساواة أمام القانون.

المطلب الثاني
دور المبادئ القضائية في سد النقص التشريعي وتقديم حلول جاهزة للمنازعات المعروضة على القضاء

لا يقتصر مجال إعمال المبادئ القضائية على الحالات التي تتعلق بتحديد معنى النص القانوني المراد تطبيقه على النزاع المعروض أمام القضاء من خلال الإستعانة بوسائل التفسير، إذ أن المبادئ المقررة في هذا الصدد هي مبادئ قضائية تفسيرية ، أما إذا كان تقرير المبادئ القضائية لمعالجة خلو مصادر القانون من حكم ينطبق على النزاع المعروض أمام القضاء ، فإن المبادئ الناشئة في هذا الصدد هي مبادئ قضائية تعالج حالة النقص أو الفراغ في التشريع.كما أن المشرع ينص صراحة على وجوب لجوء المحاكم إلى مبادئ العدالة في حالة عجز مصادر القانون الأخرى عن إسعاف القاضي بالحل القانوني الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة عليه، وأن هذا ما هو إلا إقرار من المشرع بإمكانية وضع القضاء لحلول فردية قضائية تحت مظلة مبادئ العدالة ، وإلا عُد القاضي منكراً للعدالة أو ممتنع عن إحقاق الحق، فإذا أقرّت محكمة التمييز هذه الحلول الفردية فقد أصبحت مبادئ قضائية من

(١) أنظر ، قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٣٧٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٧ ، في ٢٠١٧/١٢/١٨ ، غير منشور.الذي جاء فيه (أن طبيعة مهام القضاء قائمة على تحقيق العدالة وحماية الحقوق وفض النزاعات).

تلك اللحظة، ويتعين على المحاكم إتباعها مستقبلاً في المنازعات المماثلة،ما دامت محكمة التمييز مستقرة على ذات النهج الذي رسمته فيها،وهذا يعني أن الحلول القضائية الفردية بمجرد إقرارها من محكمة التمييز تلعب دوراً في إكمال النقص في التشريع، لأنها تقدّم حلول جاهزة للمحاكم في القضايا التي تعرض عليها مستقبلاً والمماثلة للقضية التي قررت بشأنها.

عليه وللإحاطة بموضوع هذا المطلب،سنتناول دراسته في فرعين،نخصص الفرع الأول،لبيان مفهوم الفراغ التشريعي وأسبابه،ونتناول في الفرع الثاني،بيان دور المبادئ القضائية في تقديم حلول جاهزة للمحاكم لسد النقص في القانون.

الفرع الأول
مفهوم النقص التشريعي

لبيان مفهوم النقص التشريعي وأسبابه بشيء من التفصيل سنقسّم هذا الفرع إلى بندين، نتناول في البند أولاً تعريف النقص التشريعي ثم نتطرَق في البند ثانياً إلى أسباب النقص التشريعي.

أولا: تعريف النقص التشريعي

يذهب البعض إلى أن المقصود بالنقص في التشريع هو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم إليه الحاجة من أحكام تفصيلية أو جزئية[١] ، أو هو عدم أدراك المشرع مقدماً لكل الفروض والصعوبات التي تلم بالموضوع محل نصوص القانون، أي عدم معالجة المشرع للنزاع القائم[٢] أو هو الحالة التي لا يجد القاضي بصددها في نصوص القانون المكتوب قاعدة ليطبقها على النزاع المعروض أمامه[٣]،وعليه فإن نقص التشريع يقصد به خلو القانون المكتوب من نص يعالج حالة معيّنة.

هذا ولا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أن الفقه منقسّم بشأن الموقف من نقص التشريع وكماله،إلى اتجاهين:إتجاه يرى كمال التشريع،وآخر يقر بنقص التشريع،وعليه سنتناول بيان هذين الإتجاهين فيما يلي.

---

(١) القاضي ضياء شيت خطاب،فن القضاء،مصدر سابق،ص٧٠.

(٢) د. وائل حسن عبد الشافي ، مشكله النقص بالقانون ، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان طبع، ٢٠٠٩، ص١٤١.

(٣) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول،مصدر سابق، ص ٥٣٩.

الإتجاه الأول : نظرية كمال التشريع

ملخص هذه النظرية أن التشريع كامل لا نقص فيه،إذ أن التشريع محيط بكل ما يطلب منه، ويتضمّن الحلول لجميع القضايا التي تطرح على المحاكم،ففيه تجد هذه المحاكم ضالتها ماثلة في نصوص القانون لتقرير الحلول الملائمة لتلك القضايا، فتستعين بها دون أن تتجاوز المعاني المحدد للنصوص القانونية(١).

وترتيباً على ذلك،فإنه اذا لم يوجد نص في التشريع يأمر بالقيام بعمل معين أو بالإمتناع عن عمل معين، فإن الأفراد المخاطبين بحكم القانون يقفون في منطقة الإباحة القانونية، أي لا يلتزمون بالقيام بأي عمل ايجابي أو سلبي، فالنص التشريعي حكم بالإباحة ، ووجود مثل هذا الحكم يعني عدم وجود نقص في الأحكام الواجبة التطبيق(٢) . وعلى هذا الأساس، فإن الدعوى التي لم يرد بشأن موضوع النزاع المتعلق بها نص في التشريع القائم يكون بوسع المحكمة أن تقرر رفضها، وحينما تقرر ذلك فهي إنما تطبق التشريع القائم ،وهي لا تطبق قاعدة ايجابية،إنما تطبق القاعدة السلبية،التي تقضي بأنه لا يجبر أحد على أتباع مسلك لا يلزمه التشريع بإتباعه(٣).

الإتجاه الثاني : نظرية نقص التشريع

واجهت فكرة كمال التشريع اعتراضاً شديداً من الذين ذهبوا إلى القول بأنه لايوجد تشريع يخلو من نقص، إذ لا يوجد علم نظري ولا علم عملي يمكن له حل المشاكل جميعها،وتبعاً لذلك فلا يمكن الإدعاء بكمال علم القانون،وأنه يستطيع حل كل المشاكل التي يتناولها بالتنظيم(٤).

وتأسيساً على ذلك فإن القول بكمال التشريع،ليس صحيحاً في جميع الأحوال، فإذا كان من الصحيح في بعض مجالات التشريع انه في حالة عدم وجود تكليف من جانب السلطة العامة يكون للأشخاص حرية العمل،واظهر ما يكون ذلك في القانون الجنائي،لأن الأمر مؤسس في هذا القانون على قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة ألا بنص). لذلك يصح القول في مجال القانون الجنائي بأنه إلى جانب النصوص القانونية الواردة فيه المتعلقة بتحديد الجرائم والعقوبات،توجد

---

(١) د.محمد احمد رمضان ، دور القاضي في أنشاء القاعدة القانونية المدنية، مصدر سابق، ص ٦١ .

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص٤٨٤ .

(٣) د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مصدر سابق ، ص٥٤٣ .

(٤) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي ،إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، مصدر سابق، ص٣٥ .

هناك قاعدة تكميلية عامة تعطي الحل في جميع الحالات التي لم يرد بشأنها نص في التشريع وهي قاعدة الإباحة،ألا انه في معظم القوانين الأخرى لا توجد مثل تلك القاعدة القانونية العامة التي لها ذات الطابع في أعطاء حكم حاسم بالإباحة القانونية في كل مجال لم يرد بشأنه نص قانوني، لذلك فان النظرية التي تقول بكمال التشريع تتضمن إفراط في المبالغة[١] .

إذ أن نظرية كمال التشريع تخالف العقل في أنها تفترض أن نصوص التشريع قد توقعت كل الظروف وكل المعاملات التي تجرى في المجتمع في الحاضر وتلك التي ستجرى فيه في المستقبل، ووضعت لها النظام القانوني الذي يحكمها،ومن المستحيل بطبيعة الحال تصور وجود إنسان يستطيع أن يضع القواعد التي تحكم كل المنازعات غير المتناهية التي ستقع في أي وقت من الأوقات[٢]، كما إن نظرية كمال التشريع تخالف التجربة العملية التي تثبت حدوث العديد من المنازعات التي لا توجد بشأنها قواعد قانونية تحكمها،وأن هذه الفكرة أصبحت مسلم بها في معظم التشريعات، التي تنص صراحة على وجود حالة النقص في التشريع[٣].

وإذ كان معظم الفقه يتفق على أن النقص في التشريع أمر لا مفر من تصوره أو الإقرار به، إلا أنه لا يمكن تصور وجود نقص في القانون من الناحية العملية ؛ لأنه في كل نزاع يعرض على المحاكم،ينبغي إصدار حكم بشأنه سواء وجِد هذا الحكم في التشريع،أو في غيره من مصادر القانون ، أو استقته أحكام القضاء مباشرة من جوهر العدل[٤].

مما تقدّم يتضح أن المراد بنقص القانون هو،خلو مصادر القانون الأصلية من نص قانوني يعالج حالة معيّنة.

ثانياً: أسباب النقص في التشريع

إن أي تشريع لا يمكن له أن ينشأ كاملاً،لأسباب مُتعددة،منها ما يتعلق بالصياغة القانونية المستخدمة في تحديد الفكرة التي يسعى المشرع إلى تنظيمها من خلال استيعابها لكل التفاصيل والجزئيات،والتي يصطدم إزاءها بعدم إمكانية تحقق ذلك من الناحيتين النظرية

---

(١) د.عبد الحي حجازي، مصدر سابق ، ص ٥٤٥.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص ٤٨٥.

(٣) أنظر، المادة (١) من القانون المدني العراقي ، والمادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والمادة (١) من القانون المدني المصري.

(٤) د. محمد احمد رمضان ، مصدر سابق ، ص٥٣ .

والواقعية،ومنها ما يعمد المشرع إلى تناوله بصيغ جامدة،حتى يترك للقضاء مساحة واسعة في تحديد مضمون القواعد القانونية،كي يكون للمحاكم إعادة صياغة هذه القواعد بما يضمن مسايرتها للواقع،كما أن قصور الصياغة القانونية قد يرجع إلى تباعد الزمن،أو بسبب تطوّر وسائل الحياة وتشعب العلاقات الإجتماعية وفق مستحدثات هذا التطوّر .

وعليه سنتناول في هذا البند بيان أسباب قصور التشريع الناشئ عن الصياغة اللغوية الفنية في وضع القواعد القانونية،وكذلك بيان تأثير تطوّر وسائل الحياة وتباعد الزمن في تحديد مضمون القواعد القانونية،وذلك في الفقرتين الآتيتين.

١. قصور الصياغة القانونية

إن القانون هو وسيلة لتحقيق هدف أو غاية اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية وهذا يتطلب أن يكون لدى المشرع، تصور مسبق عن الهدف أو الغاية المراد تحقيقها،عليه فإن السياسية التشريعية هي فن تحديد الأهداف التي يسعى القانون إلى تحقيقها، وهذه السياسة تفترض أدراك الواقع الاقتصادي والإجتماعي والثقافي والسياسي في المجتمع ووضع تصور أو خطة أو سياسة لتغيّير أو تنظيم هذا الواقع[١] .

وعليه فإن السياسة التشريعية هي عمل ذو صفتين، أولهما صفة علمية تتمثل في وجوب ملاحظة وقائع الحياة ومقتضياتها،وثانيهما صفة فنية تتمثل في عملية وضع انسب القواعد القانونية لمعالجة هذه الوقائع،وهذا الشق الثاني من السياسة التشريعية هو ما اصطلح على تسميته بالصياغة القانونية، فالصياغة القانونية مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية، أو هي مجموعة الوسائل التي يمكن بها تحويل أهداف السياسية التشريعية إلى قواعد قانونية[٢].

وتختلف صياغة القواعد القانونية من فكرة إلى أخرى، فقد تصاغ الفكرة على وجه محدد منضبط لا يدع مجال للرأي عند تطبيق القاعدة، وفي هذه الحالة توصف الصياغة القانونية بأنها صياغة جامدة،وقد لا تتحدد الفكرة على هذا النحو من الضبط،بل تترك في درجة من المرونة،

---

(١) د.منذر الشاوي، فلسفة القانون،مصدر سابق، ص ٢٠٢.

(٢) د. حسن علي ذنون، فلسفة القانون،الطبعة الأولى، دار السنهوري،لبنان،بدون سنة طبع،ص٢٤٨ .

بحيث توفر مجالاً للرأي والتقدير لقاضي الموضوع،في ضوء الظروف والملابسات التي تحيط بالقضية المطروحة أمامه،فعندئذ توصف هذه الصياغة بالصياغة المرنة[١].

ووفقاً لما تقدّم سنتناول هذين النوعين من أنواع الصياغة القانونية، وبيان أي منهما يكون محلاً لنشوء المبادئ القضائية .

أ. **الصياغة الجامدة للقواعد القانونية:**- تكون صياغة القاعدة القانونية جامدة إذا كان كل من الفرض والحكم محددين تحديداً دقيقاً، بحيث لا يكون للقائم بتطبيق القاعدة أي حرية أو سلطة تقديرية في تقدير توافر الفرض أو عدم توافره،أو في اختيار الحكم المترتب على توافر الفرض[٢] ، لذلك فأن هذه الصياغة تحقق ثبات القاعدة القانونية،سواء بالنسبة إلى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليها،ومن هنا يكون عمل القاضي عند قيامه بتطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة عملاً شبه آلي،إذ تقيده هذه الصياغة بتحديدها الصارم المحكم تقييداً لا يستطيع معه إلا أن يتثبت من حصول الوقائع التي تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين، وحينئذ يعطيها الحل الثابت الذي تتضمنه هذه القاعدة[٣]. ومثال القواعد القانونية الجامدة،القاعدة القانونية التي تحدد مواعيد الطعن في الأحكام بطريق الاعتراض والاستئناف والتمييز[٤]. لذلك يكون القاضي محكوماً بنص القاعدة القانونية وملزماً بتطبيق الحل الوارد فيها دون أن تكون له أي سلطة تقديرية في هذا الصدد[٥]،وبالتالي لا يحدث التفاوت في الأحكام في المنازعات المتشابهة،طالما أن القاعدة قد حددت بشكل دقيق[٦].

ب. **الصياغة المرنة للقواعد القانونية:** يقصد بالصياغة المرنة التعبير عن حكم التشريع بعبارات واسعة المعنى، تسمح بتغيير الحلول تبعاً للظروف والأحوال، ولما تقدره المحكمة عند تطبيق القاعدة القانونية من تقديرات متعددة الإتجاهات والجوانب،لذلك فإن هذه الصياغة لا تضع حلاً واحداً ثابتاً،يطبق عند حدوث الفرض(الواقعة أو التصرف)،الذي ينطبق عليه حكم

---

(١) د. صاحب حسن الفتلاوي مدخل إلى دراسة علم القانون، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن،٢٠١١ ،ص١١٩.

(٢) د. صاحب حسن الفتلاوي، مصدر نفسه، ص ١٢٠.

(٣) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، مصدر سابق، ص ١٨١ .

(٤) المادة (١٧٧ و١٨٧ و٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٥) د. أنور سلطان،المبادئ القانونية العامة، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص٩٥.

(٦) د. صاحب عبيد الفتلاوي، مصدر سابق،ص١٢١.

القاعدة، ولا يتغير بتغيّر الحالات التي تندرج تحت الفرض محل القاعدة،وإنما هي تعطي مقداراً من المرونة،بما يسمح بالاستجابة إلى وضع حلول جديدة تنسجم مع الواقع المتغيّر[١]،من خلال قدرتها على الاعتداد بالظروف والملابسات المحيطة في القضايا المعروضة على القضاء.

وان هذا النوع من الصياغة يساعد القاضي في أن يبسط حريته في تقدير الظروف، بما يخوله هذا النوع من الصياغة من سلطة تقديرية تسمح له بتنويع الحلول، تبعاً لتفاوت الحالات، وتفاوت ظروفها وملابساتها،كتحديد الضرر والتعويض عنه، وتقدير مدى مخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة، والضرر غير المألوف بين الجوار، والمدة المعقولة التي يمكن أن تمنح للمدين[٢].

يتضح مما تقدم أن صياغة القواعد القانونية بطريقة مرنةّ تعد مجالاً رحباً لنشوء المبادئ القضائية، بخلاف الأمر بالنسبة للقواعد القانونية المصاغة بصياغة جامدة،إذ لا يمكن تصور نشوء المبادئ القضائية في رحابها، كونها حاسمة في إرادة معنى معين لا يقبل التأويل والإضافة.

٢. تباعد الأزمنة وتطوّر الحياة ووسائلها

إن القانون الذي تضعه السلطة المختصة في الدولة ينطلق من واقع حي، ويكون صادراً عن فلسفة معيّنة؛ذلك أن القانون هو بمثابة تعبير عن الفلسفة السائدة في المجتمع، أو تلك التي يهدف إلى اعتناقها[٣]، فلا مفر للقانون من مواجهة صراع الحياة وواقعها، ولا تستطيع أي فلسفة للقانون أو فكر قانوني أن يعيش مكتفياً بذاته، بل عليه أن يرتبط بالفكر السياسي والإجتماعي السائد،فالإكتفاء الذاتي للفكر القانوني وهم وخيال[٤]، وإذا ما أريد للقانون أن يكون عامل من

---

(١) د.عليوة مصطفى فتح الباب،الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات، الجزء الرابع، مكتبة الخليج، ص٢٨.

(٢) د. أحمد رمضان عبد الكريم، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨، ص١٦٦.

(٣) د.فايز محمد حسين،فلسفة القانون والمنطق القانوني،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية ، ٢٠١٧، ص٤٥ .

(٤) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ١٥٧ .

عوامل بناء المجتمع فأنه ينبغي أن لا يبقى مجرد مبادئ ومُثل عليا،وإنما ينبغي أن يلامس واقع الحياة ومجرياتها، لذلك ينبغي إخضاع أي قانون لحاجات المجتمع ومثله العليا،وان تكون العلاقة بينهما علاقة وسيلة بغاية[١] ،الأمر الذي يوجب على المشرع أن يكون في حركة تشريعية مستمرة،لمواكبة الحالات المستجدة، ووضع الحلول التشريعية المناسبة لها،فتتولد القواعد القانونية الجديدة للقضايا المستجدة نتيجة لتطوّر الظروف الإجتماعية والاقتصادية من ناحية،ونتيجة لتطوّر الأفكار والسلوك البشري من ناحية أخرى، حتى قيل، لا ينكر تغيّر الإحكام بتغيّر الأزمان[٢]،لذلك وتأسيساً على ما تقدّم فأن من أسباب نقص التشريع أو قصوره، هو عدم قدرة القوانين على مجاراة الواقع، من حيث صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ، مضافاً إلى ما يحدث من تطوّر في الرؤى والأفكار السائدة في المجتمعات، وتغيّر الظروف السياسية والاقتصادية، وتطوّر وسائل الحياة ، لذلك نتناول هذين العاملين بشيء من التفصيل ، لبيان أثرهما في نقص التشريع أو قصوره :-

العامل الأول : تباعد الأزمنة

عند سن قانون ما من السلطة التشريعية،ودخوله حيّز التطبيق والتنفيذ تشرع السلطات المختصة، والسلطة القضائية،بتطبيق أحكامه، قدر تعلق كل سلطة بما تختص به من جانب معين،فيظهر عند تنفيذ كل قانون الثغرات والمآخذ التي تعتريه، فينكشف يوماً بعد أخر حالات النقص أو القصور التي تتخلله،وإذا قدر لهذا القانون أن يبقى نافذاً لمدة زمنية طويلة فستواجه السلطة المختصة بتطبيقه مشاكل عديدة عند إنزال حكمه على الواقع، ويكون من اللازم أن يتمُّ تعديله أو إلغاءه بقانون جديد، إلا أن ذلك ليس بالأمر الميسور دائماً ، فقد يستمر العمل بقوانين لمُدَد زمنية طويلة بحيث يكون الواقع الذي أنتج ذلك القانون قد تغيّر تغيّراً كبيراً ، بسبب تباعد الأزمنة ، فعند ذلك سيقع على كاهل السلطة القضائية عبء ومسؤولية كبيرة في تطبيق القواعد القانونية وتطويرها بما يحقق الإنسجام بين هذا القانون والواقع الذي يعيش فيه.

لذلك فإنه كلما بعد العهد بالتشريع إتسعت الهوة بينه وبين متطلبات الواقع ، وحاجات الجماعة المتجددة ، وأضحى بحاجة إلى جهود فائقة من السلطة القضائية لمحاولة الموائمة بين

---

(١) د.حسن علي الذنون،مصدر سابق،ص١٥٧.

(٢) المادة(٧) من القانون المدني العراقي.

التشريعات القائمة،وبين مقتضيات التطوّر الحاصل خلال تلك الحِقَب الزمنية الطويلة،ولولا جهود السلطة القضائية في هذا السياق لأصيب التشريع بالعجز والجمود[١].

إن النقص أو القصور في التشريع الذي ينتج عن تباعد الأزمنة ودوام العمل به لحِقب زمنية طويلة قياساً بغيره من القوانين والتشريعات، هو نقص أو قصور مزيف؛ لأن بعض من القواعد القانونية في هذه التشريعات التي تعالج المسائل المطروحة أمام القضاء،هي قواعد موجودة، ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الإجتماعية السائدة،بسبب سريان هذه القوانين لمُدَد طويلة، أو هي نصوص قانونية معيبة أو بحاجة إلى التطوير في صياغتها ومضمونها[٢].

العامل الثاني : تطوّر الحياة ووسائلها

إن مَهمة القضاء،هي تطبيق القواعد العامة التي يضعها المشرع،ولما كان تحقيق العدالة يستند إلى هذه القوانين وينطلق من فهمها وإدراكها،فأن تطبيق القضاء للقانون وتحقيقه للعدالة لا يمكن أن يكون بمعزل عن النظام السياسي والإجتماعي والاقتصادي القائم ، وعن فهم أسسه واتجاهاته. وهذا يعني أنه إذا ما تغيّر النظام السياسي أو جانب من مرتكزاته واتجاهاته،أو حصل تغيّر في الوضع الاقتصادي أو العلمي،أو احدث تبديل في الأوضاع الإجتماعية،أو تغيرت أسس واتجاهات الثقافة السائدة في المجتمع بإتجاه جديد مغاير للوضع السابق،مع بقاء جانب كبير من القوانين النافذة دون تغيّر أو تعديل،فإننا سنلاحظ أن السلطة القضائية ستراعي في إحكامها التحولات الجديدة،بما يحقق الأنسجام بين هذه القوانين والوضع القائم،حتى يتمكن النظام السياسي الجديد من تشريع قوانين تتلاءم مع توجهاته،وستعمل السلطة القضائية على تطوير القواعد القانونية التي ما ازلت نافذة بين مرحلتين مختلفتين،من حيث العوامل المتقدّم ذكرها[٣].

ولعل من الأمثلة الواضحة على تأثير التطوّر العلمي الذي ألقى بظلاله على تبدل الأوضاع الاقتصادية والإجتماعية ، التطوّر الحاصل في أحكام المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي، بعد إدخال الطاقة البخارية في الصناعة، واختراع السيارات، والمكائن الثقيلة الخطرة،

---

(١) د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة،دور القاضي في صنع القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة العدالة التي تصدر في دولة الإمارات العربية المتحدة، بدون سنة طبع، ص١١٥.

(٢) د. محمد شريف احمد،نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق،ص١٥٧.

(٣) د.منذر الشاوي،مصدر سابق،ص٢٨٩.

فقد كان القانون المدني الفرنسي يقيم المسؤولية على أساس الخطأ الثابت، إلا أن تطبيق هذا المبدأ كان يؤدي إلى حرمان أكثر العمّال من حقهم في التعويض، وذلك لصعوبة إثبات خطأ رب العمل من قبل العامل المصاب،ولذلك اضطر القضاء تحت وطأة الظروف الجديدة،والشعور الأنساني،إلى الأخذ بفكرة جديدة ، أقام عليها المسؤولية،هي فكرة الخطأ غير القابل لإثبات العكس،أو على أساس فكرة تحمل التبعة(١) .

كما أن التطوّر السريع للحياة والتقدّم العلمي الهائل وظهور التقنيات الحديثة في الاتصالات، أدّت إلى ظهور العديد من الحالات التي لم تكن في الحسبان عند وضع النصوص القانونية،أو لم تكن لدى المشرع الرؤيا الواضحة لما سيؤول إليه تطوّر الحياة مع التقدّم في الزمن،فظهور المعاملات التجارية والعقود التي تعتمد وسائل التكنولوجيا أدّت إلى ظهور عقود حديثة، مثل عقد نقل التكنولوجيا، فظهرت مسألة كيفية إثبات هذه العقود، ومن ثم قصرت القوانين السارية عن مجاراة هذا التطوّر ،وبانت ظاهرة نقص النصوص،فلم يجد القضاء من وسيلة إلا الاجتهاد ،لإيجاد الحلول المناسبة لحين معالجة الوقائع الجديدة الطارئة على المجتمع بتدخل تشريعي، إن رأى المشرع ضرورة إلى ذلك(٢) .

يتضح مما تقدّم أن الأوضاع الجديدة التي تحصل في المجتمع تؤدي إلى تعطيل بعض النصوص القانونية تارة، لأنها أصبحت غير عادلة ومعيبة، بالنسبة للوقائع الجديدة،وهذا العيب أحدث نقصاً ما، أستوجب حلاً جديداً يتلاءم مع الوضع الجديد،كما تؤدي الأوضاع المستحدثة إلى إيجاد وقائع وظروف جديدة تارة أخرى، لم يتم استيعابها ضمن الفروض المشرعة في القوانين النافذة،وتُعد حالات ووقائع جديدة تمتاز بالخصوصية في بعض جوانبها، وهذه الوقائع تمثل حالات طارئة لم يضع لها المشرع حلولاً،أو أحكاماً،ومنّ ثم فإن هذه الوقائع الجديدة تظهر نقصاً في القانون، تستوجب من القضاء حلول عاجلة،لحين معالجتها وتنظيمها من قبل المشرع.

الفرع الثاني

دور المبادئ القضائية في تقدىم حلول جاهزة للمنازعات المعروضة أمام القضاء

أن المشرع يلزم المحاكم باللجوء إلى مبادئ العدالة أو القانون الطبيعي في حالة عدم وجود حكم في مصادر القانون الأخرى،لتقرير الحلول للمنازعات المعروضة عليه،وأن ذلك ما هو

(١) د. محمد شريف أحمد،مصدر سابق،ص١٥٨.

(٢) القاضي عواد حسين ياسين العبيدي،إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون،مصدر سابق،ص٣٦.

إلا إقرار من جانب المشرع بإمكانية وضع القضاء لمبادئ قضائية تحت مظلة مبادئ العدالة أو القانون الطبيعي،وبإقرار الحلول التي يضعها القضاء لهذه المنازعات من قبل المحكمة العليا تصبح مبادئ قضائية يتعين على المحاكم إتباعها مستقبلاً في المنازعات المماثلة،ما دامت محكمة التمييز مستقرة على ذات النهج الذي رسمته فيها،وهذا يعني أن الحلول الفردية بمجرد إقرارها من محكمة التمييز – ولو لمرة واحدة – تلعب دوراً في إكمال نقص القانون، فإذا إستقر العمل بها مجدداً في الحالات المماثلة فقد أضحت مصدراً من مصادر القانون؛لأنها تقدّم حلول جاهزة للمحاكم .

وللإحاطة بهذا الموضوع سنتناول دراسته في بندين، نتناول في البند(أولاً)بيان دور المبادئ القضائية وليدة النشأة في سد نقص القانون،ونبين في البند(ثانياً)،دراسة المبادئ القضائية مصدر للقانون في الواقع العملي.

أولاً : دور المبادئ القضائية وليدة النشأة في سد نقص التشريع

تؤدي الحلول القضائية الفردية دوراً مهماً في الحياة القانونية،كونها تقوم بإكمال نقص التشريع كما تعمل على تحقيق ضمان الإستقرار القانوني.ذلك أن الحل الفردي الذي تقوم بإبتداعه محكمة الموضوع عند عرض النزاع أمامها والذي لا يوجد حكم في التشريع ينطبق بشأنه، هو حل إبتداعي،يكشف عن وضع علاج للواقعة المعروضة التي لم تجد لها نصوص القانون حلاً معيناً، وأن ذلك يمكن الاستفادة منه كحل عادل في علاج حالات مماثلة عند إقراره من المحكمة العليا بمصادقة محكمة التمييز عليه، لذلك فإن مبادرة القضاء لأخذ دوره القانوني في وضع الحلول القضائية للمنازعات المعروضة أمامه هي مسألة آنية ملحة،بغض النظر عما سيؤول إليه الأمر مستقبلاً،وإذا كانت المبادئ القضائية تسد النقص الصريح في القانون وهي الحالة التي لم تعالج فيها مصادر القانون المسألة المعروضة أمام القضاء،فإنها تعالج نقص التشريع أيضاً في حالة شطط المشرع في الصياغة القانونية السيئة أو الغامضة،التي لا يحقق أياً منها الإستقرار القانوني،ولا يكفل الأمن الذي تتطلبه الحياة الإجتماعية من القانون،لذلك يبحث القاضي في مواجهة هذه النصوص عن الإستقرار والضمان في مجال المبادئ العامة

للقانون[١].ومثال ذلك لفظ (مستخدميه) الوارد في المادة (١٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي لم يرجح أن النص يعني (مستخدميه) بفتح الدال،أي اسم مفعول،التي هي بمعنى عامل لدى المطلوب تبليغه[٢]، أو هي بكسر الدال، أي بمعنى اسم فاعل،أي بمعنى رب العمل، والأخذ بأحد الخيارين المذكورين يمنع من إمكانية إجراء التبليغ طبقاً للخيار الآخر[٣]، ويذهب جانب من الفقه العراقي إلى أن لفظ الخادم يطلق – كما يقرره الفقه والقضاء – على كل شخص يعمل بأجر مهما يكن نوع العمل الذي يباشره، فيدخل تحت هذا اللفظ وكيل الدائرة والمستخدم والكاتب والسكرتير والسائق والبواب،متى ثبت أن المراد تبليغه يدفع له أجراً، فالعبرة بتوافر الرابطة التبعية بين من تسلم التبليغ والشخص المطلوب تبليغه،لا بنوع الخدمة التي يؤديها الخادم،وقد حكم بصحة التبليغ المسلم إلى مالك الفندق الذي يقيم فيه الشخص المراد تبليغه أو إلى رئيس الخدم أو موظف فيه[٤].

ويستطيع القضاء خلق إلتزامات قانونية مصدرها القضاء ذاته من خلال حلوله الفاعلة على كل نزاع على حده، فإذا كانت القاعدة العامة الموجودة هي أن العقد شريعة المتعاقدين،وأنه لا توجد علاقة قانونية عامة تسمح للقاضي بتعديل العقد،وإن تطبيقات الحكم المنشئ للإلتزام هي إستثناءات ترد على هذه القاعدة،ولكن هذا لا يمنع أن حكم القاضي في حدود هذه التطبيقات هو مصدر عام للإلتزام،فالحكم يخلق الإلتزام وفقاً للقاعدة الأتية : كل تعديل ضروري قضائي آمر للعقد يخلق إلتزاماً قضائياً [٥].

---

(١) د. مجدي دسوقي محمود،المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمسؤولية،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص٧١.

(٢) جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية جاء فيه بأن(امتناع أحد العاملين في المحل عن استلام الإنذار والتوقيع على ورقة التبليغ وقيام المبلغ القضائي بلصق الإنذار على باب المحل يتفق وأحكام الفقرة (٢) من المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية)، رقم القرار، ٢٦٥/م/٢٠٠٧ ، في ٢٠٠٧/٦/٢٠، أشار إليه القاضي عباس زياد السعدي،النافع في قضاء المرافعات المدنية بين النص والتطبيق، مصدر سابق، ص٨٦.

(٣) القاضي رحيم حسن العكيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، بدون دار طبع، وبدون سنة طبع، ص١٣.

(٤) القاضي عبد الرحمن العلام،شرح قانون الم ارفعات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، العاتك، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢٤٢.

(٥) د. سمير تناغو،الالتزام القضائي،مصدر سابق،ص١٧٠.

إن المشرع لا يستطيع أن يحدد على وجه الدقة موارد تطبيق كل نص تشريعي،وإلا إحتاج إلى مجلدات كبيرة في بيان ذلك، وسيجد بعد كل مدّة من الزمن أن ظروف المجتمعات قد تغيّرت وتعقدت، وأن الوقائع تتغيّر تبعاً لتغيّر وسائل الحياة وظروف المجتمعات السياسية والإقتصادية والثقافية. كما أن المشرع لا بد له من أن يترك للجهات القائمة على تطبيق القانون مجالاً واسعاً من الرؤية في تحديد مجالات إعمال كل قانون أو نص تشريعي،وإلا أصبحت هذه الجهات مسلوبة الإرادة في إبداء قناعتها في تطبيق القوانين النافذة، مثال ذلك،المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارت حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن،إذا حصل بعد إنقضاء المدد القانونية[1]، ولكن القضاء العراقي لم يعمل بهذا النص في كل مورد تم تجاوز مدد الطعن فيه في الطعون المقدّمة إليها،إذ ذهبت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه (لتعلق الطعن بأحكام الحل والحرمة في الشريعة الإسلامية،ولأن هذه الأحكام تعد من النظام العام بمقتضى المادة (٢/١٣٠) من القانون المدني العراقي لذلك يعتبر الطعن مقدم ضمن المدة القانونية وُيُقبل من الناحية الشكلية على الرغم من تقديمه خارج المدة القانونية)[2].

ومما تقدّم يتضح أهمية المبادئ القضائية التي تقرر لأول مرة في معالجة نقص التشريع، بصرف النظرعما يؤول إليه أهمية الإستفادة من هذا المبادئ في المستقبل في العمل القضائي، أو في تشريع أو تعديل القوانين.

ثانياً: المبادئ القضائية مصدر للقانون في الواقع العملي

إن معالجة القضاء لبعض الثغرات وحالات القصور والنقص التي تعتري بعض القوانين عند تطبيقها على المنازعات المعروضة أمامه،فإنه يقوم بإنشاء قاعدة قضائية بسيطة،والقاضي عند وضع تلك القاعدة القضائية البسيطة، إنما يجري قضائه المنشئ مجرى التشريع،ويمتد ليغطي ما لم يشمله المشرع بنصوصه، فهو يعمل بديلاً عن المشرع، وفي مقابل هذه المبادئ القضائية البسيطة وليدة النشأة، هناك مبادئ قضائية عامة مصدرها أسمى من المبادئ القضائية

---

(١) المادة(٧٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢) رقم القرار/ ٢٠٢٩/شخصية اولى/٢٠٠٩،في ٢٠٠٩/٥/١٤ ،أشار إليه، القاضي خالد محمد جلال، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاتحادية / قسم الاحوال الشخصية، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٤، ص٢٣١.

البسيطة،كون القاضي يضعها وهو مستظل بسقفية من المشروعية تتمثل في قاعدة عليا ضابطة،قد تأخذ أشكالاً متعددة، ولكن أصلها واحد، وقد يشوب تصورها شطط ، ولكن ما تلبث الأمور أن تعود لأصولها(١)، وهذه المبادئ القضائية البسيطة أو العامة قد يجري تعميم العمل بها في مناسبات أخرى فتأخذ هذه المبادئ أوصاف القاعدة القانونية، بحيث تكون مصدر قانوني يتم الإعتماد عليه في تأسيس أحكام وقرارت جديدة،فتكرار الأخذ بنفس الحل في أحكام أخرى يؤدي في آخر الأمر إلى تكوين القضاء(٢).

وفي مجال التفرقة بين القاعدة القضائية البسيطة والمبدأ القضائي العام،يذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب أن نتخيل إلغاء التشريع الذي إحتوى القاعدة القضائية،فإذا إندثرت تلك القاعدة وزالت بزوال هذا التشريع كنا أمام قاعدة قضائية بسيطة غطت غياب المشرع فحسب،أما إذا بقيت القاعدة القضائية مع إلغاء التشريع شامخة تفرض نفسها على المشرع عند وضعه قانوناً آخر يحل محل القانون الملغى، فعندها نصبح أما مبدأ قضائي عام(١).

إن المقصود بكون المبادئ القضائية مصدر للقانون هو أن تعتمد المحاكم في إصدار أحكامها في الحالات المماثلة المعروضة عليها في أسباب حكمها على المبادئ القضائية المقرة سابقاً من محكمة التمييز بهيئاتها المختلفة، سواء أكان ذلك عن طواعية و اختيار إستحساناً بعدالة المبدأ،أو مخافةً من نقض متوقع،أو لأن المخالفة قد تتطلب جهد وعناء كبير في البحث والتقصي فيستسهل القاضي الحلول الجاهزة التي لا تحتاج إلى مزيد من العناء. إن الميل التلقائي لدى القاضي فيما سبق وقرره من قواعد وتقليد غيره فيما أرساه من مبادئ يساعد على وحدة الحلول في المسائل المماثلة، كما أن التدرج بين المحاكم يجعل المحكمة الأدنى تحرص على تطبيق الحلول التي أخذت بها الجهة الأعلى، وهنا تظهر أهمية طرق الطعن في الأحكام ولاسيما دور محكمة التمييز (النقض) في توحيد إتجاهات القضاء بصدد الموضوعات المماثلة(٣)، ويلاحظ في الواقع العملي أن المحاكم تحرص على أن تجعل أحكامها مطابقة للمبادئ القضائية التي تصدر بين الحين والآخر، وإنها تمضي بإتجاه تطبيق أي مبدأ جديد يصدر عن المحاكم العليا، وأن حرص المحاكم في مطابقة أحكامها مع المبادئ القضائية لمحكمة التمييز يفوق

(١) مجدي دسوقي محمود،المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمسؤولية،مصدر سابق،ص٥٠.

(٢) د. سمير تناغو،الإلتزام القضائي، مصدر سابق،ص١٦٢.

(٣) د.رمضان محمد أبو السعود، ود.محمد حسين منصور،المدخل إلى القانون،مصدر سابق، ص٢١٩.

حرصها على إعتناق آراء الفقهاء الخاصة بالمسائل المعروضة أمامها[١].أو أن تكون المحاكم ملزمة باتباع تلك المبادئ بموجب نص قانوني ملزم،أو أن تأمر محكمة التمييز المحاكم بإتباع المبادئ القضائية المقرة منها سابقاً في الحالات المماثلة، إذ تلتزم المحاكم بإتباع النص القانوني الذي يُلزمها بالحكم وفق المبادئ القضائية المقرة من المحاكم العليا في المسائل الإجرائية ،إذ أوجب قانون المرافعات المدنية على محاكم الموضوع إتباع قرارات النقض الصادر من محكمة التمييز من جميع هيئاتها المختلفة إذا كان النقض يتعلق بمسائل إجرائية[٢].كما أن قرارت النقض الصادرة من الهيأة العامة[٣] أو الهيأة الموسّعة تكون واجبة الإتباع للمحاكم كافة في المسائل الإجرائية وفي المسائل القانونية في جميع الأحوال.

وخارج إطار النصوص القانونية سالفة الذكر التي أوجبت على المحاكم إتباع ما تضمنه قرار النقض من توجيه، فإنه – في الغالب– إذا صدر أي قرار لمحكمة التمييز،من أي هيأة من هيئاتها المختلفة، فإن المحاكم تبادر للعمل بمضمونه حتى في الحالات المماثلة، وتقوم هذه المحاكم بالإشارة إلى القرارات التمييزية في تسبيب أحكامها. كما تقوم هذه المحاكم بالتعرف على توجهات محكمة التمييز في جميع المسائل الداخلة ضمن إختصاصها،من خلال البحث والدراسة في ما صدر عن محكمة التمييز من توجهات سابقة .

ونجد أن جميع المحاكم تهتم إهتماماً كبيراً بالتعرف على القواعد القضائية المستقرة، لاسيما تلك القرارات الصادرة عن الهيأة العامة أو الموسّعة،إذ أن المحاكم تعد هذه القرارات بمثابة قانون يتم الإستناد إليه في أحكامها، لذلك ذهب جانب من الفقه إلى أنه رغم عدم وجود نص

---

(١) د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية،مصدر سابق، ص٤٨٦.

(٢) أنظر، المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على أنه(١- اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة احوال شخصية أو بداءة يكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الاتباع مطلقاً. ٢- اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة استئناف أو محكمة بداءة يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنه من اجراءات اصولية فقط إلا اذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة فإنه يكون واجب الاتباع في جميع الأحوال).

(٣) وهذا ما قضت به محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه (أن القرار التمييزي الصادر عن الهيأة العامة لمحكمة التمييز واجب الإتباع من قبل جميع المحاكم وفي جميع الأحوال لأنها أعلى هيئة قضائية وقرارها عنوان الحقيقة وأقرب إلى السداد، فلا يجوز إضعاف الثقة به عن طريق السماح للمحاكم الدنيا بمخالفته أو الاصرارعلى أري مخالف له مهما كانت الأسباب والعلل)، رقم القرار، ٤/الهيأة العامة /٢٠١١، في ٢٠١١/٢٧، منشور في مجلة التشريع والقضاء الصادرة في العراق ، العدد الرابع ، ٢٠١٣ ، ص١٥٦.

صريح يُلزم المحاكم بإتباع قضاء محكمة التمييز (النقض) في الحالات المماثلة، إلا أن هذا الإلتزام قائم فعلاً، ويحرص القضاء على تنفيذه، ولا صحة بأنه مجرد إلتزام أدبي، فالإلتزام الأدبي لا يحميه جزاء قانوني، ويكشف الواقع ويؤكد أن قضاء المحاكم الأدنى الذي يخرج على المبادئ التي تقرها محكمة التمييز (النقض) يكون مصيره الالغاء .

المبحث الثاني
التطبيقات العملية للمبادئ القضائية

هناك العديد من المبادئ القضائية التي قررتها المحاكم العليا،وإستقر العمل على إتباعها في القضايا المماثلة من قبل محاكم الموضوع، وكذلك من قبل المحاكم العليا عند طرح القضايا أمامها للنظر في الطعون بالأحكام الصادرة بشأنها،والتي من خلالها إستندت محاكم الموضوع عند الفصل في هذه القضايا بأن أحكامها جاءت وفق المبادئ المقررة من المحكمة العليا،كما أن المحكمة الأخيرة تستند في ما تذهب إليه من تصديق أو نقض أحكام محاكم الموضوع المطعون فيها أمامها إلى قضائها المستقر والمتمثل بالمبادئ الصادرة عنها بحسب ما إذا كان قضاء محاكم الموضوع قد جاء منسجماً مع هذه المبادئ، أو أنها أصدرت حكمها بخلاف مضمون ما قررته من قواعد فيها.

وأن المبادئ القضائية التي تقررها محكمة التمييز لا تقتصر على المسائل القانونية المتعلقة بموضوع النزاع التي تتناولها القوانين المنظمة للحق الموضوعي محل النزاع كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية وغيرها من القوانين التي تنتمي إلى فرع القانون الخاص،وإنما هناك العديد من المبادئ القضائية التي قررتها محكمة التمييز تتعلق بالمسائل الخاصة بإجراءات الدعوى وكيفية الإستناد إلى أدلة وطرق الإثبات فيها،أي أنها تتعلق بالمسائل التي يعنى بتنظيمها قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات وهي المبادئ القضائية الإجرائية.

عليه وللإحاطة بهذا الموضوع،سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين،نتناول في المطلب الأول، بيان بعض الأمثلة على المبادئ القضائية الموضوعية،ونتناول في المطلب الثاني التطرق إلى بعض الأمثلة على المبادئ القضائية الإجرائية.

المطلب الأول
أمثلة تطبيقية للمبادئ القضائية الموضوعية

أن بعض المسائل التي تدخل ضمن المواضيع التي يعنى بتنظيمها القانون المدني حصل إختلاف بين المحاكم في الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بها، وعملاً بالمهمة الأساسية لمحكمة التمييز في توحيد الإجتهادات القضائية للمحاكم الأدنى في القضايا التي

تختلف المحاكم بشأنها فيما يصدر عنها من أحكام،فقد أرست محكمة التمييز العديد من المبادئ القضائية بخصوص هذه المسائل، وأصبحت مبادئ مستقرة يقتضي مراعاتها في القضايا المماثلة التي تعرض على المحاكم مستقبلاً.

ولبيان بعض الأمثلة على هذه المبادئ،سنقسم هذا المطلب إلى فرعين،نتناول في الفرع الأول، بيان بعض المبادئ القضائية المقررة في نطاق القانون المدني في القانون العراقي،ونتناول في الفرع الثاني بعض المبادئ القضائية المقررة في نطاق القانون المدني في القانون المصري والفرنسي.

الفرع الأول
المبادئ القضائية المقررة في نطاق القانون المدني العراقي

لقد أقرت محكمة التمييز العديد من المبادئ في نطاق القانون المدني،وأصبحت قواعد قضائية مستقرة في مجال العمل القضائي،ونشير في الفقرات التالية إلى أمثلة لأبرز هذه المبادئ/

أولاً: أن إنتفاع أحد الشركاء في الملكية الشائعة بالعين الشائعة جميعها وإستغلالها بإقامة الأبنية والمشيدات، لا يجوز لسائر الشركاء الآخرين سوى مطالبته بأجر المثل عن حصصهم، وإذا كان ذلك غير نافع لهم فإبمكانهم المطالبة بإزالة شيوع المال الشائع،دون أن يكون لهم المطالبة بإزالة التجاوز على حصصهم وقلع الأبنية والمحدثات المشيدة في المال الشائع من قبل أحد الشركاء.

هذا المبدأ أقرته الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية،وجد أن موضوع الدعوى إنصب على طلب المدعي/المميز بقلع المحدثات التي شيدها شريكه في العقار موضوع الدعوى المملوك على وجه الشيوع،وأن محكمة الإستئناف قضت بحكمها المميز بتأييد الحكم البدائي المتضمن رد الدعوى عن المدعى عليه،معللة ذلك بأن الإذن بالبناء كما يكون تحريرياً، يمكن أن يكون شفاهاً أيضاً،ولدى إمعان النظر بالحكم المذكور وبالأحكام القانونية التي تعالج موضوع الملكية الشائعة فإن المواد من (١٠٦٩.١٠٦١) من القانون المدني قد نظمت أحكام الملاك في الشيوع وواجباتهم في إدارة المال الشائع، فكل شريك في الشيوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الإنتفاع بها وإستغلالها بحيث لا يضر بشركائه،وأن كل شريك أجنبي في

حصة الآخر وليس له القيام بأي تصرف ضار بشريكه من غير رضاه،هذه هي القاعدة العامة في الملكية الشائعة التي أوردها المشرع في المادتين(١٠٦١و١٠٦٢)من القانون المدني،ولكن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة،بل أنها مقيدة بحكم المادة التالية لها رقم(١٠٦٣) من القانون المدني، فبمقتضى أحكام الفقرة الأولى منها أجازت للشركاء الإنتفاع بالعين الشائعة مجتمعين، ولكن الفقرة الثانية منها أجازت أيضاً لكل واحد من الشركاء حق الإنتفاع بحصته منفرداً،ولكن إذا إنتفع هذا الشريك بالعين كلها من سكنى أومزارعة أو إيجار أو غير ذلك من وجوه الإنتفاع وبطبيعة الحال فإن (إقامة المشيدات) يدخل ضمن تلك الوجوه من الإنتفاع لأنها جاءت على الإطلاق ولم تأت على سبيل الحصر بنوع معين من وجوه الإنتفاع،فإن كان هذا الإنتفاع الذي إنفرد به الشريك قد حصل بدون إذن شركائه وجب عليه لهم أجر المثل،ولما كان القانون قد رسم الطريق في حالة إستحواذ أحد الشركاء بالإنتفاع بالملك الشائع كلاً أو جزءاً أن يكون هذا الشريك ملزم قانوناً بأجر مثل حصة باقي الشركاء،فلا يبقى موجب لبحث فيما إذا كان الإذن الصادر من الشريك شفوياً أم تحريرياً، لأن للملكية الشائعة طبيعة قانونية خاصة بها تميزها عن الملكية الفردية، إذ في الملكية الفردية إذا حصل التجاوز عليها من قبل الغير،فهنا للمالك الحق برفع التجاوز وإزالة المحدثات إضافة لإستحقاقه أجر المثل بإعتباره ريع مستحق في ذمة الحائز سيء النية، أما في الملكية الشائعة فإذا حصل فيها الإستغلال أو الإنتفاع ليس من الأغيار،بل من أحد الشركاء بدون إذن شركائه،فلا يصح للشركاء الآخرين قلع المحدثات،بل يكون لهم الحق بالمطالبة بأجر المثل كتعويض لهم جراء حرمانهم من الإنتفاع بحصصهم من قبل الشركاء الآخرين،وإذا كان التعويض غير مجزي لهم فلهم الحق بطلب إزالة شيوع الملك الشائع وفق القانون..)[١].

ومنذ تاريخ صدور المبدأ القضائي دأبت المحاكم على إتباعه في القضايا المماثلة،إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية جاء فيه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن دعوى المميز عليهما إنحصرت بطلب رفع التجاوز الحاصل من قبل المميز/المدعى عليه ببناء دار سكن في القطعة موضوع الدعوى،ومن الإطلاع على إستمارة صورة السجل العقاري تبين أن طرفي الدعوى شركاء في حق التصرف فيها،ولصدور قرار عن الهيئة العامة في محكمة

(١) رقم القرار،٤٠٤/الهيئة العامة/٢٠١١،في ٢٠١٢/٢/٢٨،غير منشور.

التمييز الإتحادية بالعدد(٤٠٤/الهيئة العامة/٢٠١١،في ٢٠١٢/٢/٢٨)إعتبر قيام الشريك في العقار الشائع بالبناء عليه من أوجه الإنتفاع التي أقرتها المادة(١٠٦٣) من القانون المدني، وبالتالي لا يجوز لأي من الشركاء المطالبة برفع التجاوز بالبناء الذي أقامه شريكه في ذلك العقار، وبإمكانه المطالبة بأجر المثل أو إقامة دعوى إزالة الشيوع،لذا كان يتعين على محكمة الإستئناف إتباع ما جاء بقرار الهيئة العامة في حكمها المميز،ولعدم مراعاة ذلك قرر نقض الحكم المميز وإعادة الإضبارة لمحكمتها لإتباع ماتقدم)[١].

وفي تقديرنا فإن المبدأ محل البحث يجرد المالك على الشيوع من حقه في إستغلال حصته الشائعة في العقار الشائع في حالة قيام شريكه بوضع اليد على كل مساحة العقار وتشييد أبنية أو محدثات أخرى فيه،ومنع قيامه بإستغلال أي جزء من مساحته،إذ يتعذر على الشريك في هذه الحالة إقامة دعوى رفع التجاوز طبقاً لهذا المبدأ رغم توفر شروطها إذ يعد الشريك غاصباً لحصة شريكه الذي يعد أجنبي عنها شأنه شأن الأغيار بموجب القانون[٢]،كما أن ليس بإمكانه إقامة دعوى منع المعارضة[٣] إذا كان إستغلال الشريك من غير إقامة الأبنية والمشيدات والمغروسات كون الحكم الذي سيصدر فيها في حال إجابة الدعوى هو منع المعارضة دون

---

(١) رقم القرار،١٨٤١/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٢،في٢٠١٢/٦/١٢،غير منشور.

وقد أكدت المحكمة ذاتها على تطبيق ذات المبدأ في العديد من القرارات الصادرة عنها،إذ أشارت صراحة في قرارها إلى إتباع المبدأ المذكور ودرجت على ذكر عبارة (وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة في قرارها المرقم ٤٠٤/الهيئة العامة/٢٠١١،في ٢٠١٢/٢/٢٨)، نذكر منها على سبيل المثال القرارات المرقمة (١٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٦/٢٤)، (٥٨٤/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٣/١٢)، (٣٢٤٥/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٢١،في٢٠٢١/٧/٢٨)،(٥٠٦٩/الهيئة المدنية/٢٠١٧، في ٢٠١٧/١٠/٨)،(٢٤٨٠/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٧،في٢٠١٧/١٢/١٢)،غير منشورة.

(٢) أنظر، المادة(١٠٦٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على(١- كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأي وجه كان من غير رضاه).

(٣) أن كل من دعوى رفع التجاوز ومنع المعارضة تتعلق بواقعة الغصب إلا أن الفرق بينهما يتمثل بأن دعوى رفع التجاوز تنصب على إزالة التجاوز على الأرض بالمشيدات أو المغروسات الثابتة، في حين تتعلق دعوى منع المعرضة بإستغلال الأرض أو بوضع اليد عليها دون مسوغ قانوني،أنظر بشأن هذه التفرقة ما قضت به محكمة التمييز الإتحادية في قراريها،رقم١٤٨/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٦ ، في ٢٠١٦/٧/٢٥.ورقم،١٠٣٠/الهيئة المدنية/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/١١،غير منشورة.

التسليم[1]، ويترتب على ذلك أن لا يكون للشريك إقامة أي دعوى من دعاوى الحق العيني المذكورة ويقتصر حقه على المطالبة ببدل الإنتفاع بحصته الشائعة من أجر مسمى أو أجر مثل، أو المطالبة بإزالة الشيوع،وفي هذا تقييد كبير لحق الشريك على الشيوع إزاء حصته في العقار الشائع.

ثانياً: أن إستغلال المرافق العامة للأملاك الخاصة،لا يجوز للمالك المطالبة برفع التجاوز أو منع المعارضة،وإنما يقتصر حقه على المطالبة بأجر المثل،إذا كان الغرض من الإستغلال تحقيق النفع العام.

قررت هذا المبدأ القضائي الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية في قرارها الذي قضت فيه (لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون،ذلك أن دعوى المدعي/المميز المقامة لدى محكمة البداءة قد تضمنت طلبه إلزام مديرالبلدية إضافة لوظيفته برفع تجاوزها المتمثل بفتح طريق عام داخل عقاره،وأن محكمة البداءة ردت دعوى المدعي وأيدت محكمة الإستئناف الحكم البدائي وعللت حكمها بنفس الأسباب التي إعتمدتها محكمة البداءة لرد الدعوى،وهي أن إجابة الدعوى برفع التجاوز على عقار المدعي سيلحق ضرراً كبيراً بالمصلحة العامة يزيد عن الضرر الذي سيلحق المدعي، كون ذلك يتطلب رفع عدد من أعمدة الكهرباء وخطوط الهاتف وأنابيب المياه وإعادة رصف وإكساء الشارع،وكل ذلك يتطلب صرف مبالغ كبيرة تتحملها خزينة الدولة فلا مناص من رد الدعوى،تأسيساً على قاعدة(يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام)،وقد نقض الحكم بالقرار التمييزي الصادر عن الهيئة الإستئنافية عقار في هذه المحكمة،الذي تضمن أن الأسباب التي إعتمدتها محكمة الإستئناف في تأييدها لحكم محكمة البداءة لم تكن أسباباً قانونية،نظراً لثبوت التجاوز وتعارضه مع المبدأ الذي قررته المادة(١٠٥٠) من القانون المدني،بعدم جواز حرمان المالك من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها ويرسمها القانون ولقاء

---

(١) إذ إستقر قضاء محكمة التمييز الإتحادية على أنه في دعوى منع المعارضة المقامة بين الشركاء في العقار الشائع وتحقق غصب المدعى عليه لحصة المدعي ومعارضته من الإنتفاع بها أن يكون منع المعارضة دون التسليم لتعذر تسليم المال الشائع لأحد الشركاء،أنظر بصدد ذلك، قرارها رقم،٣٦٥١/الهيئة المدنية/٢٠١٥،في ٢٠١٥/٨/٢٠.وقرارها رقم،٣٤٥٣/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٧،في ٢٠١٧/٥/٣،غير منشورة.

تعويض عادل،فكان يتعين على المحكمة أن تصدر حكماً برفعه،أصدرت محكمة الإستئناف حكمها المميز بالإصرار على الحكم المنقوض،وعند الطعن به تمييزاً من قبل المدعي،فقد أحيل من قبل الهيئة المدنية الموسعة على الهيئة العامة عملاً بأحكام المادة(٣/٢١٥) من قانون المرافعات المدنية، وتجد هذه المحكمة أن في الدعوى المنظورة تجاوز البلدية بضمها جزءاً من عقار المدعي/المميز للطريق العام وأن ذلك ثابت قانوناً،وكان هذا التجاوز تنفيذاً للتصميم الأساسي للمدينة،فلا يسوغ طلب رفع التجاوز هذا،لأن رفع التجاوز ومنع المعارضة في المرافق العامة غير ممكنين نظراً لتخصيصها للنفع العام،وأن لمالك العقار الذي أخذ جزء من عقاره وضم للطريق العام دون إتباع الإجراءات المقررة قانوناً الحق بمطالبة البلدية بأجر المثل عن ذلك الجزء ،وليس له الحق في طلب منع المعارضة أو رفع التجاوز عن تلك المساحة،حيث يتعذر ذلك من الناحية العملية بعد زوال معالم الأرض بتخصيصها للطريق العام فعلاً مما ينطبق عليها وصف الأموال العامة)[١].

وقد إتبعت المحكمة المبدأ القضائي في العديد من القرارات الصادرة عن مختلف هيئاتها،إذ جاء في قرار لها قضت فيه (أن المدرسة تعد من المرافق العامة التي لا يجوز إزالتها وأن شيدت على ملك الغير، لأنها وجدت خدمة للصالح العام،حسبما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة في قرارها المرقم ٥٤٣/الهيئة العامة/٢٠١١،في ٢٠١١/٣/٢٩،وبالتالي تكون دعوى رفع التجاوز واجبة الرد،وبإمكان المدعي إقامة دعوى المطالبة بأجر المثل)[٢].

كما قضت أيضاً بأن (لهذه المحكمة قصب السبق بتقرير عدم جواز التعرض لنشاط المرفق العام المشيد بأرض الغير،طالما أن هذا المرفق مستمر بتقديم نشاط ملموس في عملية التنمية في البلد، كما إستقر على ذلك قضاء هذه المحكمة في قرارها المرقم ٥٤٣/الهيئة العامة/٢٠١١،في ٢٠١١/٣/٢٩)[٣].

---

(١) رقم القرار،٥٤٣/الهيئة العامة/٢٠١١،في٢٠١١/٣/٢٩،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٢٥٤/الهيئة المدنية/٢٠١٧،في ٢٠١٧/١/١٢،أشار إليه القاضي حيدر عودة كاظم،مجموعة الأحكام القضائية،مصدر سابق،العدد الثاني،٢٠١٨،ص٣٢.

(٣) رقم القرار،٥٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٤/١٦،غير منشور.

وفي تقديرنا فإن ما تضمنته المادة(١٠٥٠) من القانون المدني العراقي جاءت إنعكاساً لمبدأ دستوري[١]،بكون الملكية الخاصة مصونة لا يجوز نزعها إلا لأغراض المنفعة العامة ولقاء تعويض عادل يدفع مقدماً،وبالتالي فإن تعطيل حكمها كما تضمنه المبدأ القضائي بالإستناد إلى نص قانوني آخر بكون الضرر الخاص يتحمل لدرء الضرر العام[٢] يعد محل نظر،سيما وأن محكمة التمييز لم تكتفي بحرمان المالك من حقه في إقامة دعوى رفع التجاوز وإقتصار حقه على المطالبة بأجر المثل،بل أن قضائها قد إستقر مؤخراً على حرمانه من إقامة دعوى أجر المثل أيضاً،وقصرت ذلك على المطالبة بالتعويض لمرة واحدة وعلى أن يستقطع مبلغ التعويض في حال الحكم به من بدل الإستملاك عند قيام الجهة المستغلة للعقار بإستملاكه مستقبلاً[٣].

ثالثاً: أن الشخص المعنوي ليس له المطالبة بالتعويض سوى عن الضرر المادي المتضمن ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة،دون أن يكون له المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي وفق أحكام المادة(١/٢٠٥) من القانون المدني،التي يقتصر تطبيقها على الشخص الطبيعي،كون الحق في التعويض عن الضرر الأدبي يعد من الحقوق اللصيقة بالشخص الطبيعي.

قررت هذا المبدأ الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية ،إذ بينت بأنه وللخروج بمبدأ جديد طلبت الهيئة الإستئنافية منقول إحالة الدعوى على الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية فحصلت الموافقة،وقررت المحكمة بأنه(لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن

---

(١) أنظر، المادة(٢٣/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ التي تنص على أنه(لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل،وينظم ذلك بقانون).

(٢) أنظر، المادة(١/٢١٤) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه(يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام).

(٣) أنظر بهذا الصدد،قرار محكمة التمييز الإتحادية ،رقم،٣٧٤١/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٢٠،غير منشور،الذي جاء فيه(إذا كانت المساحة الذاهبة للطريق العام تقع ضمن عقار المدعين فإنهم يستحقون التعويض لمرة واحدة فقط على أن يتم إحتساب مبلغ التعويض من بدل إستملاك هذه المساحة قضاءً أو رضاءً على أن يكون تقدير التعويض غير مغالى فيه على إعتبار أنه مخصص للمنفعة العامة وبالتالي فإن إتجاه المحكمة للحكم بأجر المثل غير صحيح ومخالف للقانون وكان المقتضى سؤال المدعين عن طلبهم بالتعويض لمرة واحدة من عدمه،فإذا كانت المطالبة بأجر المثل فإن على المحكمة رد الدعوى وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة في قرارها المرقم ٤٣/٤٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/٢٥) .

المدعي/الرئيس التنفيذي لشركة أثير لإتصالات العراق المحدودة إضافة لوظيفته قد أوضح في عريضة دعواه أن المدعى عليه قام بالإساءة إلى سمعة الشركة بطريقة غير أخلاقية وغير مهنية ومنكلاً بها وذلك عن طريق قيامه بنشر إدعاءات كاذبة على مواقع التواصل الإجتماعي متهماً الشركة بأنها تعمل على أساس المحسوبية والعلاقات الشخصية دون الإهتمام بالجانب العلمي وأن نشر هكذا إدعاءات كاذبة تسيء لسمعة الشركة سواء من العاملين فيها أو المتعاملين معها،وتؤثر بشكل سلبي على النشاط التجاري لها،وقد تتخذ الشركات المنافسة هذه الإدعاءات وسيلة تستخدم ضد الشركة لغرض التشهير بها ومن ثم الإضرار إقتصادياً بها،ذلك لأن الثابت قانوناً وفقهاً وقضاءً والذي لا إختلاف فيه بأن التعويض عن الضرر المادي في مجال المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية يشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب،وهذا الأمر لا وجود له في التعويض عن الضرر الأدبي، لأن فلسفة هذا التعويض تكمن في أن الضرر يصيب المضرور في عاطفته وشعوره ويدخل إلى قلبه الغم والحزن والأسى عن طريق الطعن بسمعته،إذاً فالضرر المعنوي أو الأدبي هو الضرر الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو أي معنى من المعاني التي يحرص عامة الناس عليها، ولا يصيبه في حق من حقوقه المالية، فالضرر الأدبي إذاً هو ضرر شخصي بحت لصيق بالإنسان الطبيعي ولا يمتد تحت أي ظرف أو مبرر وبأي شكل من الأشكال إلى الشخص المعنوي،إذ أن الفقرة(٢) من المادة(٤٨) من القانون المدني نصت على أن يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون،ولأن الحقوق المعنوية والأدبية ملاصقة للشخص الطبيعي فقط ،لذا لا يمكن للشخص المعنوي المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وتقتصر مطالبته بذلك على التعويض المادي فقط وذلك بما فاته من كسب وما لحقه من ضرر،إذ لا يمكن شمول الشخص المعنوي بأحكام المادة(١/٢٠٥) من القانون المدني،ذلك أنه بموجب النص المذكور فإن جميع الحقوق التي تكون عرضة للتعدي عليها ثابتة للشخص الطبيعي فقط دون الشخص المعنوي..)[١].

وإعمالاً للمبدأ القضائي محل البحث فقد قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار آخر لها قضت فيه(أن دعوى المدعي المميز تنصب على المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي

(١) رقم القرار،٢/الهيئة العامة/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٣/٢٦،غير منشور.

الذي لحق دائرته بسبب الفعل الذي إرتكبه المدعى عليه،وحيث أن الضرر المعنوي لصيق بالشخصية الطبيعية،ولا يمكن أن يصيب الشخص المعنوي،لأنه يتعلق بالشعور والأحاسيس،وهذا ما إستقر عليه قضاء الهيئة العامة في هذه المحكمة في قرارها المرقم ٢/الهيئة العامة/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/٢٦،وبالتالي تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني،ويكون قرار ردها متفقاً وحكم القانون)[١].

وترى الباحثة أن ما تضمنه المبدأ القضائي الصادر عن محكمة التمييز الإتحادية محل نظر،إذ ليس صحيحاً قصر التعويض عن الضرر المعنوي كقاعدة عامة على الأشخاص الطبيعية دون المعنوية،ذلك أن الفقرة(٢) من المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي التي إستندت إليها المحكمة في حيثيات حكمها والتي تنص على أن(يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ما كان ملازماً لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون)، وأن هذا النص لا يصلح دليلاً فيما ذهبت إليه المحكمة،بل أنه دليل على عكس ما ذهبت إليه، إذ أن النص المذكور قرر صراحة قاعدة عامة مفادها مساواة الشخص المعنوي للشخص الطبيعي في جميع الحقوق،ويستثنى من هذه القاعدة عدم تمتع الشخص المعنوي بالحقوق الملازمة للشخص الطبيعي في الحدود التي يقررها القانون،ولما كان الضرر المعنوي يقع على أكثر من صورة واحدة،إذ تتعدد صوره بتعدد الحق المعتدى عليه،فعنئذ ينظر إلى الحق المعتدى عليه فيما إذا ملازماً للشخص الطبيعي فيكون له وحده حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي نتيجة الإعتداء عليه، أما إذا كان هذا الحق مما يتمتع به الشخص المعنوي فيكون تبعاً لذلك له حق

---

(١) رقم القرار،٩٥/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/١٤،غير منشور.

وأن إتجاه محكمة التمييز الإتحادية في العراق بخصوص المبدأ القضائي المذكور يتفق مع إتجاه محكمة النقض المصرية،إذ جاء في قرار لها بينت فيه(أنه من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن الضرر الأدبي هو الذي لا يصيب الشخص في ماله ويمكن إرجاعه إلى ما قد يصيبه من أضرار نتيجة ما يصيب الشرف والإعتبار والعرض،أو العاطفة والشعور،أو مجرد الإعتداء على حق ثابت له،وهو ما لا يتصور حدوثه إلا إذا أصابت الشخص الطبيعي،أما الشخص الإعتباري فيكون بمنأى عن ذلك التصور،إلا أنه متى أثبت الشخص الإعتباري أن ضرراً قد حاق بسمعته التجارية في مجال نشاطه وأعماله وقدرته على مباشرة تلك الأعمال بين أقرانه والمتمثل في إحجام الغير عن التعامل معه بما أثر سلباً على حجم نشاطه ومعاملاته،فإنه يمكن تصور التعويض عن الضرر في تلك الحالة بوصفه ضرراً مادياً وليس أدبياً..)، الطعن رقم ٦١٦١ لسنة ٨٥ قضائية،الدوائر التجارية،جلسة ٢٠٢٠/١١/٨،منشور على الموقع الألكتروني لمحكمة النقض المصرية عبر الرابط:

المطالبة بالتعويض كالشخص الطبيعي سواء بسواء،وبالرجوع إلى نص المادة(١/٢٠٥) من القانون المدني التي تقضي بأنه(يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك،فكل تعدٍ على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو مركزه الإجتماعي أو في إعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض)،فهذا النص بين الحقوق التي يقع عليها التعدي،فمن هذه الحقوق ما هو ملازم للشخص الطبيعي كالحرية والعرض والشرف،وأن التعويض عن الضرر الأدبي في حالة التعدي عليها يكون قاصراً على الشخص الطبيعي بلا شك،أما بالنسبة للسمعة والإعتبار المالي فإنها حقوق مشتركة يتمتع بها الشخص المعنوي كما الشخص الطبيعي،وبالتالي فإن التعدي عليها يستوجب التعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عنها وأن كان في الغالب يأتي مختلطاً بضرر مادي أو مقترن به،فالشركة التي يتم تشويه سمعتها أو نشر معلومات كاذبة تؤثر في مركزها المالي أمام المتعاملين بأسهمها تصاب بضرر مادي وأدبي لا محالة.

الفرع الثاني

المبادئ القضائية المقررة في نطاق القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي

هناك العديد من القواعد القانونية تطبق بشأن المسائل التي يعنى بتنظيمها القانون المدني في كل من مصر وفرنسا،إستحدثها القضاء من خلال الحلول التي قررها لهذه المسائل وإستقر العمل بها في التطبيق العملي،ولبيان بعض الأمثلة على هذه القواعد سنتناول تقسيم هذا الفرع إلى بندين، نتناول في البند(أولاً) بيان بعض الأمثلة في القانون المصري،ونتناول في البند(ثانياً) بيان بعض الأمثلة في القانون الفرنسي.

أولاً: المبادئ القضائية في نطاق القانون المدني المصري

يمكن إيراد بعض الأمثلة من المبادئ القضائية التي قررها القضاء المصري في المسائل المتعلقة بالقانون المدني في الفقرات الآتية:

١. الإمتداد القانوني لعقد الإيجار لمصلحة من كان يساكن المستأجر قبل وفاته أو تركه للعين المؤجرة.

حددت المادة(٢٩) من القانون رقم(٤٩) لسنة ١٩٧٧ الأشخاص الذين يستفيدون من الإمتداد القانوني لعقد الإيجار لهم في حالة وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة،إلا أن محكمة النقض قررت بموجب مبدأ قضائي إعطاء الحق في الإمتداد القانوني لأشخاص لم يرد ذكرهم في النص المذكور وهم من كان يساكن المستأجر عند بدء عقد الإيجار،إذ قضت بأنه(وإن كان

المشرع لم يعتبر المستأجر لعين السكنى نائباً عن الأشخاص الذين عددهم نص المادة(٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧،ولذلك عنى بالنص على إستمرار عقد الإيجار لمصلحة من يكون مقيماً منهم معه عند وفاته أو تركه للعين،إلا أنه ومع ذلك(وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة)، فإن المساكنة تنشئ للمنتفعين بالعين المؤجرة من غير الأقارب المنصوص عليهم في المادة سالفة البيان،حقاً في البقاء فيها بالرغم من ترك المستأجر لها أو وفاته بشرط أن يثبت حصولها عند بدء الإيجار، وما دام أن إقامة هؤلاء المساكنين في العين لم تنقطع ،فإنه يحق لهم الإفادة من الإمتداد القانوني، فإن شغل هؤلاء للعين بعد ترك المستأجر لها أو وفاته،يكون له سنده القانوني، ولا ينال هذا النظر أن المشرع قد عدد في المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فئات أقارب مستأجر العين لغرض السكنى ممن يحق لهم الإستناد إلى مساكنتهم له كي يمتد عقد الإيجار لصالحهم بعد وفاته أو تركه للعين،ذلك لأن تخصيصهم بالذكر في ذلك النص لا ينفي حق من عداهم في التمسك بالمساكنة وما رتبه القانون عليه من إستمرارهم فيها في الحالتين سالفتي الذكر،لأن حقهم مصدره ما تعارف المالكون عليه في إستمرار وإضطراد من تحرير عقد الإيجار بإسم مستأجر واحد في حالة تعددهم عند إستئجار عين واحدة)[١].

إذ بموجب المبدأ القضائي المذكور أنشأت محكمة النقض المصرية سبباً للتمسك بالإمتداد القانوني لعقد الإيجار ممن لم ينص على حقه في ذلك قانوناً،وهي حالة المساكنة للمستأجر قبل وفاته أو تركه للعين المؤجرة.

٢. حق القرار حق عيني وأن لم يرد ضمن طائفة الحقوق العينية المحددة قانوناً،وأنه لا ينشأ ولا ينتقل الإ بالتسجيل في الدائرة المختصة.

أن الحقوق العينية الواردة في القانون المدني المصري وردت على سبيل الحصر،فلا يجوز إعمال أحكامها على غير ما ورد في القانون،فإن حق القرار الذي يخول صاحبه إقامة منشأت على أرض مملوكة لغيره،فإن هذا الحق لا يفيد حقاً عينياً حسب الرأي الذي كان سائداً في الفقه[٢]، ولكن محكمة النقض ذهبت إلى غير ذلك وإعتبرت حق القرار حقاً عينياً لا ينشأ أو ينتقل إلا بتسجيل سنده فقضت بأن(المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق القرار الذي يعطي

---

(١) رقم الطعن ٢٢٩٦ لسنة ٥١ قضائية،في ١٩٨٨/٢/٨،مجموعة المكتب الفني،الجزء الأول،السنة ٣٩،رقم ٤٨، ص٢١٨.

(٢) د.أحمد الغريب شبل البنا،مصدر سابق،٢٧٤.

لصاحبه سلطة أن يستقر ببنائه على أرض غير مملوكة له هو حق عيني ومن ثم فإنه بهذه المثابة لا ينشأ ولا ينتقل وفق حكم المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ إلا بتسجيل سنده،أما قبل ذلك فإن المنشآت التي تقام على أرض الغير تعتبر من عمل صاحب هذه الأرض وتكون مملوكة له بحكم الإلتصاق،وذلك ما أفصحت عنه الفقرة الأولى من المادة(٩٢٢) من القانون المدني)[١].

٣. الغش يفسد التصرفات

ذهبت محكمة النقض في قرار لها إلى أن(المقرر في قضاء محكمة النقض أن قاعدة الغش يفسد التصرفات هي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون،وتقوم على إعتبارات خلقية وإجتماعية في محاربة الغش والخديعة والإحتيال،وعدم الإنحراف عن جادة حسن النية الواجب توفره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات، ولذا يبطل الحكم إذا ثبت أنه صدر عن إجراءات تنطوي على غش بقصد منع المدعى عليه من العلم بالدعوى وإبداء دفاعه فيها رغم إستيفائها ظاهرياً لأوامر القانون)[٢].

ثانياً: المبادئ القضائية المقررة في نطاق القانون المدني الفرنسي

١. نظرية الإثراء بلا سبب

أخذ القضاء الفرنسي بنظرية الإثراء بلا سبب رغم أنه لا يوجد مبدأ عام في القانون الفرنسي يقرر هذه النظرية،وكانت الحجة التي يستند إليها القضاء في تقرير هذه النظرية فيما أصدره بهذا الشأن من مبادئ قضائية،أن هناك نصوص تشريعية وردت في القانون بشأن بعض حالات الإثراء بلا سبب،كالفضالة ودفع غير المستحق ونحوهما،فإعتبرها القضاء الفرنسي ليست سوى تطبيقات متفرقة لهذه النظرية وردت على سبيل المثال لا الحصر، فأدخل النظرية كلها جملةً وتفصيلاً إلى النظام القانوني الفرنسي بإجتهاده، فأصبحت النظرية اليوم كأنها القانون المسنون لا يستطيع أحد القول أن القانون الفرنسي لا يأخذ بها،فالقول بعدم وجود فراغ في التشريع تدحضه الحلول القضائية التي قررها القضاء بالنسبة لنظرية الإثراء بلا سبب مستنداً إلى

---

(١) قرار الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية الصادر في جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٥،في الطعن رقم٤٧٥ لسنة ٥٩ قضائية،منشور على الموقع الألكتروني لمحكمة النقض المصري عبر الرابط:

(٢) طعن رقم ١٠١٥٨ لسنة ٧٨ قضائية،في ٢٠١٢/١/٨،الصادر عن الدوائر المدنية،منشور على الموقع الألكتروني لمحكمة النقض المصري عبر الرابط:

مبادئ العدالة والقانون الطبيعي،ولو أعمل القضاء في هذا الصدد قاعدة كل ما ليس محظور فهو مباح،لكان لزاما أن يقضي برفض دعوى المسؤولية التي تقام ضد من أُثري على حساب غيره دون سبب مشروع(١).

٢. إجبار المدين على التنفيذ العيني رغم مطالبة الدائن بالفسخ

أن الفقرة الثانية من المادة (١/١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي تعطي للدائن وحده حق الخيار بين المطالبة بفسخ العقد أو إجبار المدين على التنفيذ العيني في حالة إخلال المدين بتنفيذ إلتزامه التعاقدي ،غير أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت مبدأ قضائي منحت بمقتضاه لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في إجابة دعوى الدائن بالمطالبة بالفسخ أو رد دعواه بهذا الخصوص وإلزام المدين بالتنفيذ العيني الجبري على ضوء أوجه القصور المسندة للمدين وفيما إذا كانت خطيرة على نحو تبرر طلب الفسخ أو أنها ليست كذلك بحيث لا يترتب عليها سوى إجبار المدين على التنفيذ العيني،إذ عرضت قضية على محكمة النقض بخصوص حكم صادر على أحد المدينين يلزمه بتنفيذ إلتزامه عيناً تحت ضغط الغرامة التهديدية بينما كان الدائن يطالب فقط بفسخ العقد، وقد أشار الطاعن في طعنه إلى أنه بهذا الحكم يكون قضاة محكمة الموضوع قد غيروا في موضوع الدعوى،فضلاً عن مخالفتهم الفقرة الثانية من المادة (١/١١٨٤) من القانون المدني التي يبدو أنها تحتفظ للدائن وحده بممارسة الخيار بين الفسخ أو التنفيذ العيني، ولكن محكمة النقض رفضت الطعن بتأكيدها على أنه (بعد أن قدرت محكمة الإستئناف بموجب السلطة التقديرية المطلقة الممنوحة لها أن أوجه القصور المسندة إلى المدين ليست خطيرة بشكل يكفي لتبرير فسخ العقد بين الطرفين، وإذ أنها أمرت بالتنفيذ العيني مع التعويض،فإنها لم تفعل سوى إستخدام سلطتها التقديرية بالحكم التهديدي بغية ضمان التنفيذ)(٢).

ويلاحظ هنا مدى الدور الذي قام به القضاء الفرنسي عن طريق محكمة الإستئناف ومحكمة النقض بإنشاء قاعدة قانونية جديدة مفادها الحفاظ على الرابطة العقدية وإجبار المدين على التنفيذ ورفض الفسخ الذي طالب به الدائن، رغم أن الأمر لا يخلو من شبهة مخالفة نص الفقرة الثانية من المادة(١/١١٨٤) من القانون المدني التي تحتفظ للدائن وحده بممارسة الخيار

---

(١) المستشار د. عبد المنعم الجيزة،الدور الخلاق للقاضي، مصدر سابق،ص٦٩.

(٢) cass.comm.24-4-1972,civ.IV.No117 أشار إليه، د.محمد عبد الظاهر حسين،الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية،دار النهضة العربية،٢٠٠٠، ص١٤٨.

بين الفسخ أو التنفيذ،إلا أن القضاء الفرنسي آثر أن ينشئ قاعدة جديدة تتمشى مع روح العصر والتطور وحرصه على الرابطة العقدية،الذي يجد تبريره في الحالات التي تبدو فيها ضرورة إستمرار هذه الرابطة،إذا كان توقفها يلحق أضراراً بالغة بأحد أطرافها أو بالمصلحة العامة الإجتماعية أو الإقتصادية،يفوق تلك الأضرار المترتبة على عدم الإستجابة لطلب الفسخ(١).

ومن خلال ما تقدم يتبين أن القضاء الفرنسي قام بإنشاء قاعدة قانونية جديدة تساير التطور الحاصل في المجتمع ولدفع الضرر عن المصلحة الإجتماعية والإقتصادية للمجتمع حتى ولو خالف صريح النص المكتوب بمعرفة المشرع،وهو دور كبير يثبت أن القضاء الفرنسي قد تحرر من الخضوع للنص التشريعي بشكل مطلق.

٣. نظرية تحمل التبعة

أصدر القضاء الفرنسي مبدأً قضائياً أقر بموجبه بالأخذ بنظرية تحمل التبعة من دون أن ينص عليها القانون،إذ أصدرت محكمة إستئناف باريس بتاريخ ١٥ مارس من عام ١٩١٠ حكماً صريحاً جاء في حيثياته بأن(الضرر سواء أكان ناشئاً عن شيئ أم عن فعل تابع أو خادم لغير من كان ضحية هذا الضرر،فإن العدالة تقضي في هذه الحالة بأن يتحمل النتائج المادية لهذا الضرر،لا من كان ضحية له أو ورثته وهم غرباء تماماً عن الحادث أو الفعل الضار،وإنما يتحملها من كان الشيئ أو عمل التابع أو الخادم يعود إليه بالفائدة والنفع)(٢).

وبمقتضى هذا المبدأ القضائي الذي أقرته محكمة النقض أصبحت القاعدة هي تطبيق نظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤلية المدنية رغم عدم وجود نص في القانون المدني يقضي بها.

المطلب الثاني
التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية

أن القواعد التي يقررها القضاء من خلال تقريره للحلول المناسبة للقضايا المطروحة أمامه، لا تقتصر على المسائل القانونية المتعلقة بموضوع النزاع،وإنما تشمل كذلك القواعد الإجرائية المتعلقة بسير إجراءات المرافعة في الدعوى وكيفية إثبات الواقعة موضوع الدعوى بموجب طرق الإثبات المعتمدة قانوناً،أي إن المسائل التي يعنى بتنظيمها قانون المرافعات

(١) د.محمد عبد الظاهر حسين،الدور القضائي إزاء الرغبة في إنهاء الرابطة العقدية، مصدر سابق، ص١٤٩.

(٢) د.حامد شاكر محمود الطائي،العدول في الإجتهاد القضائي،مصدر سابق،ص٢٢١.

المدنية وقانون الإثبات يمكن أن تكون هناك قواعد إستقر القضاء على إتباعها بصددها من خلال ما صدر عنه من أحكام أرست هذه المبادئ القضائية.

عليه وللإحاطة بموضوع هذا المطلب سنتناول دراسته في فرعين،سنخصص الفرع الأول لدراسة التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية في نطاق قانون المرافعات المدنية،وسنتناول في الفرع الثاني دراسة التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية في نطاق قانون الإثبات.

الفرع الأول

التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية في نطاق قانون المرافعات المدنية

هناك العديد من القواعد المتبعة في إجراءات الدعوى والأحكام الصادرة بشأنها وغيرها من المسائل المتصلة بها تجد مصدرها في المبادئ القضائية التي قررتها ونورد بعض الأمثلة منها في الفقرات الآتية:.

أولاً: تجديد القوة التنفيذية للحكم القضائي

تقضي المادة(١١٤) من قانون التنفيذ العراقي على إسقاط القوة التنفيذية للحكم القضائي بعد مضي سبع سنوات على إكتسابه درجة البتات[١]،بحيث يتعذر قانوناً بعد إنقضائها مراجعة دائرة التنفيذ المختصة وإلزام المحكوم عليه بأداء ما تضمنه الحكم القضائي للمحكوم له،غير أن القضاء العراقي إبتدع فكرة إقامة دعوى لتجديد القوة التنفيذية للحكم الذي مضت عليه المدة القانونية للتنفيذ[٢] أمام نفس المحكمة التي صدر عنها[٣] أو المحكمة التي حلت

(١) أنظر،المادة(١١٤) من قانون التنفيذ العراقي رقم(٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل التي تنص على أنه(لا يقبل التنفيذ،الحكم الذي مضى سبع سنوات على إكتسابه درجة البتات).

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٥٠٢/الهيئة المدنية/٢٠٠٨،في ٢٠٠٨/٧/١٦،غير منشور،الذي جاء فيه(أن مرور مدة سبعة سنوات على إكتساب الحكم درجة البتات تفقده قوته التنفيذية عملاً بأحكام المادة(١١٤) من قانون التنفيذ،وأن الحكم لا يسقط بمضي المدة،بل لا يمكن تنفيذه،ولهذا يصح إقامة الدعوى بشأن ذلك وبعد جمع الطرفين تقرر المحكمة تجديد قوته التنفيذية).وفي قرار آخر قضت المحكمة ذاتها بأن(مرور المدة القانونية لتنفيذ الحكم وعدم تنفيذه خلالها يتطلب إقامة دعوى لتجديد قوته التنفيذية)، رقم القرار،٦١٧/الهيئة المدنية/٢٠٠٩،في ٢٠٠٩/٤/٢٠،غير منشور.

(٣) إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية بأنه(لا يمكن لمحكمة غير المحكمة التي أصدرت الحكم المراد تجديد قوته التنفيذية أن تعطيه القوة التنفيذية)،رقم القرار،٥٠/٤٩/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٦، في٢٠١٦/٨/١٤، منشور في مجلة التشريع والقضاء،مصدر سابق،السنة العاشرة،العدد الأول،٢٠١٨، ص١٩٧.

محلها[١]، أو أمام محكمة البداءة إذا تعلق الأمر بحكم جزائي قضى بالتعويض للمشتكي في دعواه المدنية التي فصلت فيها المحكمة الجزائية[٢]،وإذا كان الحكم صادر عن محكمة بداءة وتم الطعن به إستئنافاً،فإن تأيد من محكمة الإستئناف فتكون محكمة البداءة هي المختصة بنظر دعوى تجديد قوته التنفيذية،أما إذا فسخ كلاً أو جزءاً من محكمة الإستئناف فتكون المحكمة الأخيرة هي المختصة بنظر الدعوى المذكورة إن مضت مدة التقادم المسقط للتنفيذ على تاريخ إكتساب قرارها درجة البتات[٣].

وتقام الدعوى محل البحث من قبل المحكوم له[٤] أو من أحد ورثته في حالة وفاته بعد إكتساب الحكم المراد تجديد قوته التنفيذية درجة البات[١]،في مواجهة المحكوم عليه أو من حل

---

(١) إذ صدقت محكمة التمييز الإتحادية قرار محكمة البداءة الذي قضت فيه بتجديد القوة التنفيذية للقرار الصادر عن اللجنة المختصة في هيئة دعاوى الملكية،بعد أن ألغيت اللجان المذكورة قانوناً وأنيط الإختصاص بنظر الدعاوى التي كانت تختص بالفصل فيها لمحاكم البداءة،أنظر،رقم القرار،١٦٣٤/الهيئة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٢/٢٧،غير منشور.

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية ،رقم ٢٦٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/١٠/٢٣، غير منشور،الذي جاء فيه(أن محكمة البداءة بصفتها صاحبة الولاية العامة تختص في تجديد القوة التنفيذية للحكم الجزائي،إذا كان الحكم الجزائي قد فصل في الدعوى المدنية تبعاً للدعوى الجزائية،ولما كانت محكمة الجنح قد قضت بإلزام المتهم بأداء مبلغ الصك البالغ تسعون مليون دينار وقد مضى على صدور الحكم الجزائي مدة التقادم المسقط البالغة سبع سنوات طبقاً لأحكام المادة ١١٤ من قانون التنفيذ،لذا فإن طلب تجديد القوة التنفيذية يدخل ضمن إختصاص محكمة البداءة وليست محكمة الجنح).

(٣) وهذا ما قضت به محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه(أن المادة ١١٢ من قانون التنفيذ قد عالجت موضوع القوة التنفيذية للحكم وسقوطها،وإذا كان الحكم مشمول بتجديد القوة التنفيذية بموجب نص المادة المذكورة وهو الحكم الذي قضى بإلزام المدعى عليه بتأديته للمدعي المبلغ المطالب به وهو الحكم البدائي في الدعوى المنظورة وليس الحكم الإستئنافي،طالما أن الأخير قضى بتأييد الحكم البدائي ولم يقض بفسخه أو تعديله كلاً أو جزءاً،وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم٣٢٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١٠/١٠،وحيث أن محكمة الإستئناف خالفت وجهة النظر المتقدمة في حكمها المميز،لذا قرر نقضه)،رقم القرار،٢٧٧٥/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١٠/١٦،غير منشور.

(٤) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٥٥٧/الهيئة المدنية/٢٠١٣،في ٢٠١٣/٣/١٣،غير منشور والذي جاء فيه(لمن صدر حكم قضائي لصالحه سقطت قوته التنفيذية بموجب المادة ١١٢ من قانون التنفيذ جاز له أن يطلب من القضاء أن يصدر حكم تجديد بتأييده بدون بينة).

تجدر الإشارة في هذا الصدد أنه في حالة تعدد المحكوم لهم فإن بإمكان أحدهم إقامة دعوى تجديد القوة التنفيذية لقرار الحكم الصادر لمصلحتهم،إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه(أن المحكمة قضت برد الدعوى شكلاً لعدم إقامتها من جميع الأطراف في الدعوى المطلوب تجديد القوة التنفيذية لحكمها وأن

محله[٢]،مالم تكن شخصية المدعى عليه في الحكم محل إعتبار ففي هذه الحالة لا يمكن إقامة دعوى في مواجهة ورثته كون تنفيذ الحكم أصبح مستحيلاً[٣] .

ليتسنى بعدها مراجعة دائرة التنفيذ لإلزام المحكوم عليه بمضمون الحكم الأصلي[٤] الصادر لمصلحة خصمه،وأن المحكمة التي تقدم إليها دعوى تجديد القوة التنفيذية للحكم،يقتصر

هذا التوجه من المحكمة لا سند له من القانون،إذ يصح إقامة دعوى تجديد القوة التنفيذية للحكم البات من أحد الخصوم في تلك الدعوى ،لأن تلك الدعوى ذات طبيعة خاصة لا تخوض المحكمة في موضوعها،فكان يتعين على المحكمة أن تفصل في طلب التجديد وفق أحكام القانون إن توفرت شروطه)،رقم القرار،١٤١٩/الهيئة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٣/٢٧،غير منشور.

(١) إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه بأن(من حق الورثة التمسك بالحق المقرر لمورثهم بموجب الحكم الصادر لأنهم أصحاب مصلحة فيه ويؤثر على حقوقهم التي يتلقونها من مورثهم ويصبح من حقهم المطالبة بتجديد القوة التنفيذية لذلك الحكم)،رقم القرار،رقم٢٥٨١/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١١،في ٢٠١١/٨/٢،غير منشور.كما جاء في قرار لمحكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية بأن(المدعية أقامت الدعوى بصفتها الشخصية تطلب فيها تجديد القوة التنفيذية لقرار الحكم البدائي الصادر لمصلحة مورثها،وكان عليها إقامة الدعوى إضافة إلى تركة مورثها حتى يسري الحكم بحق جميع الورثة سيما وقد ثبت وفاته بموجب القسام المبرز في الدعوى)،رقم القرار،٢٠/ت/حقوقية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/٢٧،مشار إليه في،القاضي ليث راسم هندي،قضاء حمورابي،مصدر سابق،ص٢٥٠.

(٢) أنظر، قرار محكمة إستئناف بغداد/الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية، رقم١٠٥٠/مدنية/٢٠١٢، في٢٠١٢/٨/٧، مشار إليه في، القاضي عدنان مايح بدر،دعاوى البداءة وأحكامها في القانون العراقي، مصدر سابق، ص٢٢٤، الذي جاء فيه أن(المدعي أقام الدعوى على الورثة إضافة لتركة مورثهم،في حين كان المقتضى إقامتها على جميع ورثة المدعى عليها في الحكم المراد تجديد قوته التنفيذية وبصفاتهم الشخصية).

(٣) وهذا ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه(أن مؤدى الدعوى أن تقرر المحكمة إلزام المدعى عليهم إضافة لتركة مورثهم بعدم معارضة المدعية بمنفعة العقار موضوع الدعوى وإلزامهم بتسليمها إليها خالية من الشواغل،وهذا الإلزام يختلف تماماً عما ورد في منطوق قرار الحكم المطلوب تأييده طبقاً لما أشتمل عليه دون تغيير بالخصومة أو الموضوع في هذه الحالة،أي عند تأييد الحكم لما إشتمل عليه يكون تنفيذه مستحيلاً نظراً لوفاة المدعى عليه المحكوم بمنع المعارضة والتسليم)،رقم القرار،١٠٧٥/الهيئة المدنية الثانية/٢٠٠٥،في ٢٠٠٥/٨/٩،غير منشور.

(٤) يشترط في الحكم المراد تجديد قوته التنفيذية أن يتضمن إلزام المحكوم عليه بأداء شيئ معين أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل،فإن لم يكن كذلك فإن الحكم لا يتمتع بأي قوة تنفيذية حتى يمكن القول أنها سقطت بالتقادم حتى تستطيع المحكمة تجديدها بحكم جديد،كما لو كان الحكم المراد تجديد قوته التنفيذية قد صدر بتصديق عقد الصلح الذي إنعقد بين أطراف الدعوى،وهذا ما قضت به محكمة التمييز الإتحادية في قرارها المرقم ١٨٠٤/الهيئة المدنية/٢٠٠٩،في ٢٠٠٩/٤/٢٠،غير منشور.

دورها على التحقق من مدى توفر شروط الدعوى[١]، دون أن يكون لها الخوض بأصل الحق المتنازع عليه أو التصدي له[٢]،كما لا يمكن لها التطرق إلى مناقشة مدى توفر أسباب وقف التقادم أو إنقطاعه سواء بالنسبة لمضي المدة القانونية لتنفيذ الحكم[٣]، أو مضي مدة التقادم على الحق موضوع الحكم[٤]، وأن الحكم الصادر في دعوى تجديد القوة التنفيذية يكون قابلاً للتمييز

(١) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ١٠٧٢/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/٢٤،غير منشور،الذي جاء فيه(كان على المحكمة التحقق من توفر أسباب طلب تأييد القوة التنفيذية لقرار الحكم من عدمه وليس الخوض في إستحقاق النفقة المفروضة بموجبه).

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٢٨٦٨/الهيئة المدنية عقار/٢٠١٠،في٢٠١٠/١٢/٢١،الذي جاء فيه (كان على المحكمة أن تصدر حكمها دون الخوض بأصل الحق المتنازع عليه وإمكانية تنفيذه من عدمه الذي هو من إختصاص الجهة التنفيذية)،غير منشور.وفي قرار آخر صادر عن المحكمة ذاتها قضت فيه (لا يجوز الحكم بأتعاب المحاماة في قرار تجديد القوة التنفيذية على خاسر الدعوى لأن المحكمة لا تبحث بأصل الحق الذي تم الفصل فيه موضوعاً)، رقم القرار،٢٧٠٥/الهيئة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٤/٢٥، غير منشور.

(٣) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٢٧٥٩/الهيئة المدنية عقار/٢٠١٤،في ٢٠١٤/٦/١١،مشار إليه في،القاضي سعد جريان التميمي،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية،القسم المدني،دار السنهوري،بيروت،٢٠١٦،ص٥٣،الذي جاء فيه(أن الحكم الصادر برد دعوى المدعي غير صحيح ومخالف للقانون لأن تجديد القوة التنفيذية لا يشترط تقديم عذر مقنع للتجديد،فكان على المحكمة السير في الدعوى والتحقق من صحة صدور الحكم المراد تجديد قوته التنفيذية).

(٤) أنظر،قرار محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية،رقم ٣٨/ت/حقوقية/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/٥، أشار إليه القاضي ليث راسم هندي،قضاء حمورابي،مصدر سابق،ص٢٤٩،الذي جاء فيه(بموجب أحكام المادة(١١٤) من قانون التنفيذ عدم قبول تنفيذ الحكم الذي مضى(سبع سنوات) على إكتسابه درجة البتات،وبالتالي بمضي المدة المذكورة يتوجب تجديد قوته التنفيذية من خلال دعوى تجديد القوة التنفيذية،ولا محل لتطبيق نص المادة(٤٢٩) من القانون المدني العراقي المتعلقة بمدة التقادم في الدعوى بالإلتزام بعدم سماعها على المنكر والتي تكون بناءً على طلب من ذي مصلحة على وفق أحكام المادة(١/٤٤٢) من القانون المذكور،إذ أن الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية على وفق حكم المادة(٣/١٦٠) من قانون المرافعات المدنية،مما يتوجب إجراء التحقيقات اللازمة لتوافر شروط دعوى تجديد القوة التنفيذية وإصدار الحكم المقتضى وفقاً لذلك).

فقط أمام المحكمة المختصة بنظر الطعن التمييزي بالنسبة للحكم الأصلي المطلوب تجديد قوته التنفيذية[١].

ومن الجدير بالملاحظة الإشارة في هذا الصدد أن تجديد القوة التنفيذية تقتصر على الأحكام القضائية دون غيرها من الحجج الشرعية وأوامر القضاء الولائي كالقسام الشرعي والقسام النظامي وحجة التخارج التي تعد من المحررات القابلة للتنفيذ بموجب قانون التنفيذ،إذ إنها تعد سنداً رسمياً غير خاضع للتقادم[٢]،إذ يكون بإمكان ذي المصلحة في حالة رفض أية جهة تنفيذية تنفيذ أي من الحجج والأوامر المذكورة إقامة دعوى منع معارضة أمام المحكمة المختصة لإلزامها بذلك[٣].

---

(١)أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٥١/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٨/١٤،غير منشور،والذي جاء فيه(أن ما يصدر في دعوى تجديد القوة التنفيذية للحكم يعد قراراً،ويكون خاضعاً للطعن فيه تمييزاً أمام محكمة التمييز الإتحادية أو أمام محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية حسب الأحوال إن كان صادراً من محكمة البداءة،مما كان المقتضى على محكمة الإستئناف رد الطعن الإستئنافي شكلاً دون نظر الدعوى موضوعاً). وفي قرار لمحكمة إستئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية قضت فيه(أن الحكم المطلوب تجديد قوته التنفيذية موضوع الدعوى المميز قرارها صادر بدرجة أولى قابلاً للإستئناف والتمييز لأن فقرته الحكمية تضمنت إلزام المدعى عليه بمنع معارضته بالإنتفاع بالسيارة لذا يكون الحكم صادراً بدرجة أولى ويكون الطعن بالتمييز الواقع على القرار المميز من إختصاص محكمة التمييز الإتحادية،عليه وإستناداً لأحكام المادتين(٣٢و٣٥) من قانون المرافعات المدنية قرر إحالة الطعن التمييزي حسب الإختصاص النوعي)،رقم القرار ١٩١/ب/٢٠١٥،في٢٠١٥/٤/١٢،أشار إليه،القاضي عدنان مايح بدر،دعاوى البداءة وأحكامها في القانون العراقي،مصدر سابق،ص٢٢٠.

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٤٣١٤/الهيئة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٧/١٧،غير منشور،والذي جاء فيه(أن حجة التخارج تعني تعديل المسألة الإرثية بموافقة الورثة وإخراج بعضهم من القسام الشرعي،وهذا لا يخضع للتقادم،حيث أن حجة التخارج لا تعد من قبيل الأحكام المنصوص عليها في المادة(١١٤) من قانون التنفيذ والتي يتطلب تنفيذها تجديد القوة التنفيذية لها،وهذا ما إستقر عليه قضاء الهيئة العامة في هذه المحكمة في قرارها المرقم ٢٠٣/الهيئة العامة/٢٠١١،في ٢٠١١/٨/٢٩).

(٣) أنظر،قرار محكمة إستئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية،رقم٢٧٢/حقوقية/٢٠١٥،في٢٠١٥/٥/٢٥،أشار إليه،القاضي حاتم جبار عودة،دعوى تجديد القوة التنفيذية للحكم القضائي،دار السنهوري،بغداد،٢٠١٨، ص٦٣، والذي جاء فيه(أن حجة التخارج هي سند رسمي وحجة على الناس كافة بما دون فيها،وهي معدلة للقسام الشرعي أو النظامي من حيث تحديد المسألة الإرثية،وأن القسام الشرعي أو النظامي هو الآخر سند رسمي لا تسقط قوته التنفيذية بمرور الزمان،وبالتالي فإن حجة التخارج الذي مضى على صدورها خمسة عشر سنة لا يتوجب الأمر بتنفيذها إقامة دعوى لتجديد قوتها التنفيذية لمرور الزمان،لأن هذا الأمر يقتصر على الأحكام القضائية فقط،ولا يشمل الحجج والقرارات والأوامر التي يعطيها القانون قوة التنفيذ عملاً بأحكام

ومما تقدم يتضح أن دعوى تجديد القوة التفيذية للأحكام القضائية،لم يرد بشأنها نص خاص في قانون المرافعات المدنية، أو غيرها من القوانين الإجرائية الخاصة الأخرى، وأن كيفية إقامتها والمحكمة المختصة بنظرها والخصوم فيها وتحديد شروط قبولها ومضمون الحكم الذي يصدر فيها ونطاقها وبيان طرق الطعن فيها هي من إبتداع القضاء العراقي، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في العراق قضت فيه (أن القضاء العراقي قد إستقرت أحكامه منذ عقود من الزمن على إقامة الدعوى لتجديد القوة التنفيذية للحكم القضائي الذي مضت عليه مدة التقادم، سواء في ظل نفاذ قانون التنفيذ السابق الملغي المرقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ بموجب المادة(٣/١٤) الذي جعل مدة التقادم لجميع سندات التنفيذ بما فيها الأحكام القضائية خمسة عشر سنة من تاريخ إكتسابها الدرجة القطعية، أو في ظل نفاذ قانون التنفيذ النافذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل بموجب المادة(١١٤) منه الذي جعلها بسبع سنوات)[١].

ثانياً: نظرية الحكم المنعدم

لم ينص قانون المرافعات المدنية على نظرية الحكم المنعدم،إذ لا يوجد نص تشريعي يقرر إنعدام الحكم القضائي في حالة فقدانه لركن أساسي من أركان صحة وجوده،لذلك إبتدع القضاء من خلال المبادئ القضائية التي قررها في الأحكام الصادرة عنه نظرية الحكم القضائي المنعدم من حيث بيان مفهوم هذا الحكم بأنه الحكم الذي يكون فاقداً عنصراً هاماً من عناصر تكوينه كأن يكون صادراً من محكمة غير مختصة أو في حالة إنعدام الخصومة[٢]،أو من حيث بيان الأسباب التي تؤدي إلى إنعدام الحكم،لصدوره عن محكمة ليس لها ولاية الفصل في الموضوع الذي صدر بشأنه[٣]،أو صدوره عن جهة غير مختصة بالفصل في المنازعات[١]،

المادة ١١٤ من قانون التنفيذ وبإمكان المدعي اللجوء إلى إقامة دعوى منع معارضة عند رفض مديرية التسجيل العقاري المختصة تنفيذ حجة التخارج ضمن معاملة الإرث والإنتقال).

(١) أنظر، رقم القرار،٢٦٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في٢٣/١٠/٢٠١٩،غير منشور.

(٢) أنظر، قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم٣٤٦/٣٤٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦، في ٢٨/١١/٢٠١٦، غير منشور.

(٣) أنظر، قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٢٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٤/٦/٢٠١٢،غير منشور، الذي جاء فيه(القرار الصادر من محكمة غير مختصة يعتبر قراراً معدوماً لا يترتب عليه أي أثر قانوني ولا تلحقه حصانة ولا يزول عيبه بفوات مدة الطعن).

أو صدور الحكم في الدعوى رغم بطلان التبليغات فيها[٢]،أو صدر في مواجهة شخص لم تثبت له الشخصية القانونية وقت إقامة الدعوى بأن كان مُتَوفّيً مثلاً[٣]،أو صدور الحكم في يوم عطلة

---

(١) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٤٣/الهيئة العامة/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٩/٢٧،غير منشور،والذي جاء فيه(أن الطعن التمييزي إنصب على القرار الصادر عن اللجنة القضائية في هيئة دعاوى الملكية بخصوص إبطال قيد العقار وإعادة تسجيله بإسم المدعي،وقد عللت اللجنة قرارها بكون البيع حصل بالإكراه نتيجة تأثير والد المدعى عليه الذي كان من كبار المسؤولين في الحكومة العراقية السابقة،فيكون البيع مشوباً بعيب الغبن مما يجعل عملية الإفراغ باطلة،وحيث أن الثابت من وقائع الدعوى وأدلتها بأن العقار موضوع الدعوى كان مسجلاً بإسم وزارة المالية وحق التصرف لمجموعة من الأشخاص من بينهم مورث المميز عليهم الذي أفرغ حصته الشائعة من حق التصرف إلى المشتري المميز وإستلم بدل البيع وإكتسب التسجيل شكله النهائي ولم يرد في معاملة البيع أنه تم بالإكراه أو تحت تأثير المشتري أو حصل غبن في الثمن،وحيث أن اللجنة القضائية إستندت في قرارها المميز أن البيع المذكور تم عن طريق الغبن والإكراه،وحيث أن الفقرة(٣) من المادة(٢٢) من اللائحة التنظيمية لهيئة دعاوى الملكية رقم(١٢) لسنة ٢٠٠٤ الملغي شملت عمليات المصادرة والحجز الإستيلاء والإستملاك بأقل من القيمة الحقيقية،ولم يرد فيها البيع بالقوة والإكراه،لذا فإن موضوع الدعوى والحالة هذه يخرج برمته عن إختصاص اللجنة القضائية،ويكون قرارها المميز قد صدر خلافاً لقواعد الإختصاص الوظيفي الذي يعد من النظام العام ولا يجوز تخطيه بأي حال من الأحوال،وأن مسألة البت في صحة إدعاء المدعي ببيع حصته الشائعة من حق التصرف في العقار موضوع الدعوى من عدمه يدخل في ولاية المحاكم المدنية صاحبة الولاية العامة بالقضاء في كافة المنازعات عملاً بأحكام المادة(٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل،فيكون القرار موضوع الطعن التمييزي معدوماً لصدوره من لجنة قضائية غير مختصة وظيفياً بإصداره،وحيث أن القرار المعدوم لا يرتب أي أثر قانوني ولا تلحقه الحصانة ولا يزول عيبه بفوات مدد الطعن ولا يغلق بصدده أي سبيل، وهذا ما إستقر عليه هذه المحكمة في قرارها المرقم ٢٢٩/الهيئة العامة/٢٠١٤،في ٢٠١٤/٩/١٥، وعلى هذا الأساس قبلت الهيئة العامة الطعن التمييزي).

(٢) أنظر،قرار محكمة إستئناف بغداد /الكرخ الإتحادية بصفها التمييزية،رقم٤٣٨/ت/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٦/١٩،غير منشور،والذي جاء فيه(إذا كانت التبليغات في الدعوى المطلوب تجديد القوة التنفيذية لحكمها باطلة قانوناً سواء تبليغ عريضة الدعوى أو تبليغ الحكم بجعل الخصومة غير منعقدة في الدعوى والحكم الذي يصدر فيها من الأحكام المعدومة).

(٣) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٣٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٢/٢٣،أشار إليه، القاضي سعد جريان التميمي،مصدر سابق،ص١٢١،والذي جاء فيه(أن الحكم الإستئنافي الصادر بإلزام المدعى عليهم بتأديتهم للمدعي المبلغ المطالب به واجب النقض،بعد أن ثبت بأن المدعى عليه قد توفي بتاريخ ٢٠١١/١٠/٢٨، وأن المدعي إستأنف الحكم البدائي بتاريخ ٢٠١٣/٨/٢٥ وصدر الحكم بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٣١، وبالتالي فإن الدعوى الإستئنافية أقيمت على شخص متوفي وبنفس الوقت صدر الحكم عليه وهو ميت، وحيث أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته(المادة ١/٣٤ مدني) ولثبوت إقامة الدعوى على المدعى عليه المذكور بعد وفاته،الأمر الذي تكون معه خصومته في الدعوى غير

رسمية[١]،أو عدم تلاوة منطوقه علناً[٢]،أو عدم التوقيع على مسودة الحكم من قبل القاضي الذي أصدره[٣]،أو أحد أعضاء هيأة المحكمة التي أصدرته[٤]،أو الحكم الصادر بناءً على إجراءات

متحققة ومنعدمة لإنتهاء شخصيته القانونية بالوفاة،وحيث أن المادتين (٣و٤) من قانون المرافعات المدنية إشترطت أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لإستعمال الحقوق وأن يكون المدعى عليه خصماً يترتب على إقراره حكم وبالتالي لا أهلية لميت أصلاً وأن الخصومة لا تنعقد إلا بين الأحياء ولا يجوز رفع دعوى على ميت وإذا رفعت بمواجهة شخص بعد وفاته فتكون الخصومة منعدمة وبالتالي يكون الحكم الصادر في هكذا دعوى معدوماً،وأن الحكم المعدوم نتيجة إنعدام الخصومة لا يحوز حجية الأمر المقضي به ولا يؤدي فوات مواعيد الطعن فيه إلى تحصينه).

(١) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٣٨٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١٢/٢٠،أشار إليه، القاضي حيدر عودة كاظم،مجموعة الأحكام القضائية،مصدر سابق،العدد الخامس،٢٠١٩، ص٢١٦، الذي جاء فيه(ذلك أن الثابت بأن الحكم البدائي المستأنف صدر في يوم عطلة رسمية،إذ صادف يوم ٢٠١٦/٨/٢ تعطيل الدوام الرسمي بسبب إرتفاع درجات الحرارة،مما يعد الحكم البدائي صادر خلافاً لأحكام قانون المرافعات المدنية الخاصة بإجراءات إصدار الحكم،ذلك أن الثابت أن المحكمة لم تنعقد في الموعد المذكور للنطق بالحكم بسبب مصادفته عطلة رسمية،وبالتالي فإن الحكم البدائي يكون معدوماً،وأن القرار المعدوم لا تلحقه الحصانة ولا يزول إنعدامه ولا يترتب عليه أي أثر قانوني،سيما وأن المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية نصت على أنه(إذا صادف يوم المرافعة عطلة رسمية فيعتبر تاريخ المرافعة هو يوم العمل الذي يلي العطلة)،لذا كان المقتضى على محكمة الإستئناف رد الطعن الإستئنافي شكلاً بإعتبار الحكم البدائي المستأنف معدوماً).

(٢) أنظر،قرار محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية،رقم٣١/ت/حقوقية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/١/٢٨، غير منشور،الذي جاء فيه(وجد أن القرار صدر دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة(١٦١) من قانون المرافعات المدنية،إذ لم تقم المحكمة بتلاوة منطوق الحكم علناً وتنظيم محضر بذلك،مما يجعل الحكم الصادر والحالة هذه معدوماً ولا وجود قانوني له ويخل بصحته).

(٣) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٩١٥/الهيئة المدنية منقول/٢٠٠٦،في ٢٠٠٧/٢/٢٧،مشار إليه في،خليل إبراهيم المشاهدي،دريد داود سلمان،قضاء محكمة التمييز الإتحادية في قانون المرافعات،مكتبة صباح،بغداد،٢٠١١،ص٢٤٩،الذي جاء فيه(أن المحكمة أصدرت الحكم المميز خلافاً لأحكام المادة ١/١٦٠ من قانون المرافعات المدنية حيث أن مسودة القرار للفقرة الحكمية غير موقعة من قبل القاضي الذي أصدر الحكم،وبالتالي فإن ما أصدرته المحكمة لا يعد حكماً بالمعنى القانوني لتخلف أحد الشروط الشكلية الملزمة الواجب توفرها في الحكم). .كما قضت في قرار آخر لها (أن الحكم المميز لم يوقع القاضي العضو على مسودته المحررة مما يعد معدوماً..)،رقم القرار،١٨٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/١١/٢٠،غير منشور.

(٤) أنظر، قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم١٨٦/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٠٨،في٢٠٠٨/١/٢٨،مشار إليه في، دريد داود سلمان، المختار في قضاء محكمة التمييز الإتحادية،قسم المرافعات ،الجزء الثاني،مكتبة صباح، بغداد،٢٠١٠، ص١٤٣،الذي جاء فيه(لعدم توقيع الصفحة الأخيرة من مسودة الحكم من عضو

باطلة[١]،أو إذا كان الحكم صادر في دعوى منظورة أمام إحدى جهات الطعن ولم تقرر المحكمة المختصة بنظر الطعن توحيد الطعون المتعددة المقدمة بخصوص الحكم ذاته المطعون فيه[٢]، ويجوز إقامة دعوى جديدة للكشف عن إنعدامه ونظر النزاع مجدداً[٣]، أو يكون من خلال التمسك بحالة الإنعدام بدفع أمام محكمة الموضوع عند نظرها بأصل الموضوع ، أو عند نظرها في الطعون بالأحكام الصادرة منها وفقاً للمواد(١٧٧و١٩٦و٢٢٤) من قانون المرافعات

الهيئة خلافاً لأحكام الفقرة(١) من المادة ١٦٠ من قانون المرافعات المدنية،لذلك لا يعد الحكم المذكور حكماً بالمعنى القانوني لعدم توافر إصدار كافة الأمور الشكلية).

(١) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٩٥/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية الأولى/٢٠٠٧،في ٢٠٠٧/١٢/١٧،أشار إليه،القاضي ليث راسم هندي،الزبدة في قضاء الأحوال الشخصية،الطبعة الثانية،مكتبة صباح،بغداد،٢٠٢١،ص٦٩،الذي جاء فيه(أن محكمة الموضوع كانت قد أبطلت عريضة الدعوى بتاريخ ٢٠١١/٥/٢٦،وبتاريخ٢٠١١/٥/٢٩،عادت ونظرت الدعوى دون بيان السند القانوني لذلك، رغم أن القرار المذكور سيبقى قائماً وليس للمحكمة التي أصدرته الرجوع عنه،عليه فإن الإجراءات الحاصلة بعد ذلك تعد باطلة،كما أن الحكم الصادر من المحكمة هو الآخر(حكم معدوم) ولا تلحقه حصانة).

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ١٢٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٥/١٥، أشار إليه، القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية،مصدر سابق،العدد الخامس،٢٠١٩، ص٢٢٠، الذي جاء فيه(يجب على محكمة الإستئناف توحيد الطعون الإستئنافية الواردة على الحكم البدائي إذا إتحد الخصوم والموضوع،وأن هذا الوجوب يعد من النظام العام لا يجوز تجاوزه أو مخالفته لأي سبب كان، وبخلاف ذلك يؤدي إلى المساس بمبدأ وحدة الحكم القضائي نتيجة إصدار أكثر من قرار من المحكمة التي تتصدى لنظر الطعون الإستئنافية على حكم بدائي واحد،ولأن عدم قيام محكمة الإستئناف بتوحيد الطعن الإستئنافي الأول مع الطعن الإستئنافي الثاني يجعل جميع الإجراءات التي سارت فيها غير قانونية ومعها يكون الحكم الصادر معدوماً لأنه فقد عنصراً أساسياً من عناصر تكوينه المتمثل بإنعدام الأساس الإجرائي).

(٣) إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه(...لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الإتحادية،وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون،ذلك أن المدعي أقام دعواه مطالباً فيها الحكم بالكشف عن حالة إنعدام الحكم الصادر عن محكمة الأحوال الشخصية،وأن المحكمة أجرت تحقيقاتها اللازمة في موضوع الدعوى وبعد إطلاعها على إضبارة الدعوى المطلوب الكشف عن إنعدام الحكم الصادر فيها فقد وجد صدوره من محكمة مختصة وبمواجهة خصم قانوني،وبالتالي فإنه يكون قد صدر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة بالخصومة موضوع النزاع،أما الحكم المعدوم فهو الحكم الذي يكون فاقداً عنصراً هاماً من عناصر تكوينه ولا يحتاج إلى إعلان قضائي،لأن المعدوم ليس بحاجة إلى من يعدمه،حيث يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بإنعدام الحكم إذا كان قد صدر من محكمة غير مختصة،أو في حالة إنعدام الخصومة،مما تكون الدعوى وبالصيغة التي أقيمت فيها فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم المميز فقرر تصديقه)،رقم القرار،٣٤٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦، في ٢٠١٦/١١/٢٨، غير منشور.

المدنية[١]، أو يكون من خلال الطعن بالحكم بإحدى طرق الطعن المحددة بموجب القانون بصرف النظر عن مضي مدة الطعن وذلك لتقرير حالة الإنعدام والكشف عنها[٢].

ومن خلال ما تقدم يتضح أن فكرة الحكم المنعدم من حيث بيان ماهية هذا الحكم وإسباب تحقق حالة الإنعدام وكيفية الكشف عنها وتقريرها من حيث إقامة دعوى أصلية بالكشف عن الأثر القانوني لحالة الإنعدام،أو من خلال التمسك بها من خلال دفع يقدم إلى محكمة الموضوع،أو من خلال طعن يقدم إلى محكمة الموضوع بإحدى الطرق المحددة قانوناً والتي تختص بنظرها محكمة الموضوع كالإعتراض على الحكم الغيابي وإعادة المحاكمة وإعتراض الغير،أو من خلال طعن يقدم إلى محكمة الدرجة الثانية،أو إحدى جهات الطعن المختصة بنظر الطعن التمييزي،والشخص الذي يحق له التمسك بذلك، أو إثارته من قبل المحكمة المنظورة أمامها الدعوى من تلقاء نفسها،وأن كل ذلك من خلق وإبتداع القضاء من خلال المبادئ القضائية التي أرست القواعد التي إستقر عليها العمل بشأن نظرية إنعدام الحكم القضائي،إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في هذا الصدد(أن القضاء العراقي وبمختلف درجاته ومحاكمه كان له قصب السبق في الأخذ بنظرية الحكم والقرار المعدوم وتبنيها والكشف عن ذلك والتصدي لتقريره)[٣].

---

(١) أنظر،قرار محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية،رقم ٣٠/ت/حقوقية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٢/٨، أشار إليه، القاضي عبيد صبري جمر،المبادئ القانونية،مصدر سابق،ص٢٠٨،والذي جاء فيه(إذا ما شاب الحكم الصادر عيب موجب لإنعدامه،فيثار موضوع كون ذلك الحكم لا وجود له للعيب الذي إكتنفه وجعله معدوماً، ومن ثم التمسك بحالة الإنعدام له وإيرادها إنما يكون أمام محكمة الموضوع عند نظرها في أصل الموضوع، أو عند نظرها في الطعون بالأحكام الصادرة منها وفقاً للمواد(١٧٧و١٩٦و٢٢٤) من قانون المرافعات المدنية،لتقرير أو كشف حالة إنعدام ذلك الحكم).

(٢) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٤٣/الهيئة العامة/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٩/٢٧،غير منشور،والذي جاء فيه(ولكون القرار موضوع الطعن التمييزي معدوماً لصدوره من هيئة قضائية غير مختصة وظيفياً بإصداره، وحيث أن القرار المعدوم لا يرتب أي أثر قانوني،ولا تلحقه الحصانة،ولا يزول عيبه بفوات مدد الطعن، ولا يغلق بصدده أي سبيل للتمسك بإنعدامه،وعلى ذلك نظرت الهيئة العامة الطعن التمييزي المقدم، وحيث أن كل دعوى يجب أن تنتهي بحكم حاسم،ولإنعدام القرار المميز كما وردت الإشارة إليه آنفاً،وحيث أن موضوعها صالح للفصل فيه،وعملاً بأحكام المادة(٢١٤) من قانون المرافعات المدنية،قرر الحكم برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف).

(٣) رقم القرار،١٣/الهيئة العامة/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٦/٣٠،غير منشور.

ثالثاً: تطبيق نظرية القوة القاهرة في أحكام قانون المرافعات المدنية

لم ينص قانون المرافعات المدنية العراقي على مصطلح القوة القاهرة في أحكامه،وإنما أشار إلى بعض حالات القوة القاهرة وأوردها على سبيل الحصر في الفصل الذي تضمن موضوع إنقطاع المرافعة[١]، كما أشار إلى هذه الحالات أيضاً في موضوع الطعن بالأحكام[٢]، وإذا كانت الحالات التي أوردها المشرع هي من حالات القوة القاهرة وإن لم يسمها كذلك وبين الأثر المترتب عليها، فإن الفقه يطلق على هذه الحالات بالقوة القاهرة الخاصة كونها تقتصر على الخصوم وحدهم،أما القوة القاهرة العامة فإنها تشمل الخصوم وأطراف الرابطة الإجرائية والغير وهي واقعة أو حدث أو ظرف،مستقل عن إرادة الخصوم في الدعوى والغير على حد سواء،لا يمكن توقعها ولا يمكن دفعها أو إستبعاد نتائجها الضارة،من شأنها أن تجعل الخصم في حالة إستحالة مطلقة،إذ إنها تحول دون مباشرته للعمل الإجرائي للمطالبة بحقوقه ومراكزه القانونية أو لتنفيذ الواجبات الإجرائية الملقاة على عاتقه خلال المدة المحددة بنص القانون[٣].

وإن هذه الحالة الأخيرة هي المعنية في الموضوع محل البحث التي لم ترد أية إشارة إليها في قانون المرافعات المدنية من حيث بيانها ومعالجة الأثر المترتب عليها،ولتحقق ذلك في الواقع العملي المعروض أمام القضاء لتعلقه بالدعاوى المنظورة من قبل المحاكم،مما حدا بالقضاء إلى إيجاد الحل الملائم بوضع قواعد أقر فيها بتطبيق نظرية القوة القاهرة من خلال المبدأ القضائي الذي أصدرت محكمة التمييز الإتحادية بهيئتها العامة،والتي إستقرت المحاكم المختلفة على تطبيقه والأخذ به،إذ قضت بأنه(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية،وجد أن الحكم المميز قد صدر حضورياً بتاريخ ٢٠٢٠/٥/٣،وأن المدعى عليه المميز قد طعن به تمييزاً بتاريخ ٢٠٢٠/٦/١٦ وهو بظاهر الحال مقدم خارج المدة القانونية البالغة ثلاثون يوماً طبقاً لما نصت عليه المادة ٢٠٤ من قانون المرافعات المدنية، ولأن الأصل العام هو قبول الطعن بالأحكام والقرارات القضائية إذا تم تقديمه ضمن مدته القانونية ورده شكلاً إذا تم تقديمه خارج المدة القانونية،كون مدد الطعن هي مواعيد يسقط الحق فيها بإنقضاء الأجل الذي

---

(١) أنظر،المواد(٨٤و٨٥و٨٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢) أنظر،المادتين(١٧٤و١٧٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٣) د.ياسر باسم ذنون،القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية،بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق التي تصدر عن كلية القانون،جامعة الموصل،المجلد(١٠)،العدد(٣٦)،لسنة ٢٠٠٨،ص٨٥.

نص عليه المشرع، وهذا ما نصت عليه المادة(١٧١) من قانون المرافعات المدنية،والغاية من ذلك هو إستقرار المعاملات وعدم تأبيد المنازعات وقطع دابرها،إلا أن المشرع العراقي قد خرج عن هذه القاعدة ومنح الخصوم حق الطعن بالأحكام والقرارات رغم إنتهاء المدة القانونية عند تحقق إحدى الحالات الثلاثة التي نصت عليها المادة(١٧٤) من قانون المرافعات المدنية،وينتج عن تحققها توقف مدد الطعن ولا تسري بحق من لم يتمكن من إتخاذ الإجراءات القانونية للمحافظة على حقه عن طريق الطعن، وإذا كانت هذه الحكمة حتمت على المشرع ضرورة النص على تجاوز مدد الطعن القانونية لأسباب شخصية خاصة بالطاعن حصراً،فالأولى وجوب إيقاف مدد الطعن إذا حصلت قوة قاهرة تمنع مباشرة الخصم لحقه في الطعن بالحكم خلال المدة القانونية، وكل ما لا يستطيع دفعه الإنسان كالحوادث الطبيعية ومن ذلك الفيضان والزلزال وإنتشار الأوبئة، أو بتدخل الإنسان كالحروب تعتبر هذه الحوادث كلها قوة قاهرة،ومن مصاديق القوة القاهرة قطعاً إنتشار وتفشي وباء كورونا في العراق والعالم، وحيث أن خلية الأزمة المشكلة في مجلس الوزراء قد إتخذت عد تدابير وقائية بشأنها ومنها حضر التجوال الشامل ومنع المواطنين من التنقل وتعطيل الدوام الرسمي في كافة المؤسسات ومنها المحاكم،وإزاء هذا الواقع يعتبر فرض حضر التجوال الشامل وما ينتج عنه من إيقاف وتعطيل الدوام الرسمي في المحاكم بسبب الحظر المفروض نتيجة إنتشار وباء كورونا قوة قاهرة، ومن الآثار التي تترتب على وقوعها وقف مدد الطعن القانونية بالأحكام والقرارات ومنها مدد الطعن التمييزي،وكذلك جميع المهل والآجال التي نص عليها قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والقوانين الأخرى التي ألزمت الخصوم التقيد بها)[١].

ومن خلال هذا المبدأ القضائي فإن محكمة التمييز الإتحادية في العراق قد طبقت نظرية القوة القاهرة بصدد توقف مدد الطعن في الأحكام وكافة المدد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية، رغم عدم وجود نص قانوني يقرر الأخذ بهذه النظرية، وأن محكمة التمييز لم تقصر الأخذ بالنظرية مدار البحث على الحالة التي تمت مناقشتها في القرار الذي إستخلص من المبدأ القضائي والخاص بوباء كورونا، بل أنها أشارت إلى صور متعددة للقوة القاهرة تصلح أياً

(١) رقم القرار،١٤/الهيئة العامة/٢٠٢٠،في٢٠٢٠/٨/٢٥،غير منشور.

منها لتطبيق النظرية عند تحققها كالكوارث الطبيعية التي تتمثل بالزلازل والفيضانات وإنتشار الأوبئة وكذلك الحروب والحوادث التي تحصل بتدخل الإنسان.

رابعاً: تحديد مركز الإدعاء العام في الدعوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها وبيان طرق الطعن التي يجوز له قانوناً تقديمها بشأن الحكم الذي يصدر فيها.

نص قانون الإدعاء العام رقم(٤٩) لسنه ٢٠١٧ بأن للإدعاء العام الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها وتقديم طلباته بشأنها، كما إن له الطعن في الأحكام والقرارات الصادره فيها[١]، إذ أن القانون لم يبين مركز المدعي العام عند حضوره في الدعوى ، كما لم يبين الطرق القانونية الجائز له الطعن بها في الحكم الصادر في الدعوى .

وقد بينت الأحكام والمبادئ القضائية الصادرة بهذا الشأن المسائل المذكورة ،اذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها بخصوص تحديد مركز الإدعاء العام في الدعوى المدنية جاء فيه (يمارس الإدعاء العام مهمة تمثيل الحق العام في كل دعوى تكون الدولة طرفاً فيها ويكون خصماً إلى جانب الممثل القانوني للدائرة المعنية عملاً بأحكام المادة ٢/٧/٤/أمن قانون الإدعاء العام رقم ٤٩لسنه ٢٠١٧ وإن نائب المدعي العام في طعنه وما تضمنه من أسباب ضد مصلحة دائرة المدعى عليه إضافة لوظيفته قد خالف أحكام النص القانوني المتقدم الذي يعده خصماً إلى جانب الممثل القانوني للمدعى عليه إضافة لوظيفته فيكون الطعن التمييزي غير وارد قانوناً لذا قرر رده شكلاً من هذه الجهة)[٢].

وفي تقديرنا فإن القرار المذكور قد خلط بين مهام المدعي العام ومهام معاون المدعي العام، أذ إن المهمة المشار إليها في قرار الحكم هي لمعاون المدعي العام وليس لنائب المدعي العام حسب المادة(٤/سابعاً/٢/أ) [٣] من قانون الإدعاء العام المذكور.

---

(١) أنظر ، المادة(٥) من القانون أعلاه التي تنص على أنه(يتولى الإدعاء العام المهام الآتية: ..... سادساً : الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو متعلقة بالحقوق المدنية الناشئة للدولة عن الدعاوى الجزائية وبيان أقواله ومطالعاته ومراجعة طرق الطعن في القرارات والأحكام الصادرة في تلك الدعاوى ومتابعتها).

(٢) رقم القرار،٢٠٨٣/الهيئة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١٠/١٠،غير منشور.

(٣) التي تنص على أنه يمارس معاون الإدعاء العام المهام الآتية:(أ- تمثيل الحق العام في كل دعوى تكون الدولة طرفاً فيها ويكون خصماً إلى جانب الممثل القانوني للدائرة المعنية).

أما بالنسبة لطرق الطعن التي يجوز للإدعاء العام الطعن بموجبها بالحكم الصادر في الدعوى المدنية التي حضر فيها، فإن المبادئ القضائية قصرت حقه بذلك بطريق التمييز وتصحيح القرار التمييزي دون غيرها من طرق الطعن الأخرى رغم أن النص القانوني جاء مطلقاً في هذا الصدد،إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها جاء فيه (وقدر تعلق الأمر بالطعن الإستئنافي المقدم من نائب المدعي العام تجد هذه المحكمة إن النقطة الواجبة الحل هي البت فيما إذا كان للإدعاء العام حق الطعن إستئنافاً بالحكم البدائي من عدمه وللإجابة على هذا الإستفهام لابد من تتبع وإستعراض النصوص القانونية التي عالجت أحكام الطعن بطريق الإستئناف وشروط قبوله في قانون المرافعات المدنية وكذلك النصوص التي أعطت للإدعاء العام حق الطعن بالأحكام والقرارات الصادرة في الدعوى المدنية، ومن خلال قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنه ٢٠١٧ فإن المادة ٥/ سادساً منه أعطت للإدعاء العام حق الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو متعلقة بحقوق مدنية ناشئة للدولة عن دعاوى جزائية ومراجعة طرق الطعن في القرارات والأحكام الصادرة في تلك الدعاوى ومتابعتها وإن هذا النص يعد الركيزة الأساسية لحق الإدعاء العام بالطعن بالأحكام والقرارات الصادرة في الدعوى المدنية ومن تحليل هذا النص فإنه وإن منح للإدعاء العام حق الطعن بالأحكام والقرارات بطرق الطعن المحددة قانوناً إلا إن ممارسة هذا الحق يجب أن لا يتعارض مع طبيعة بعض الطعون ومنها الطعن بطريق الإستئناف لأن النص لم يذكر طعناً بعينه وللكشف عن مضمون ما جاء به نص الفقرة سادساً من المادة ٥ وبيان معناها الحقيقي لابد من التطرق لماهية الطعن الإستئنافي كونه طريق طعن عادي الهدف منه إعادة طرح موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم البدائي من جديد وهذا ما نصت عليه المادة ١٨٥من قانون المرافعات المدنية (يجوز للخصوم الطعن بطريق الإستئناف في أحكام محاكم البداءة الصادرة بدرجة أُولى) ومن هذا النص يتبين ان للخصم وحده فقط حق الطعن إستئنافاً كون أطراف الخصومة المدنية هم المدعي والمدعى عليه والشخص الثالث الذي تدخل بالدعوى المدنية بصفة خصم إذ لايجوز سلوك طرق الطعن في الحكم إلا ممن خسر دعواه إستناداً لصراحة المادة ١٦٩من قانون المرافعات المدنية ،ولأن من المسلم به بأن حضور الإدعاء العام في الدعوى المدنية لا يجعله خصماً فيها وإن دوره يقتصر على مراقبة إحترام المشروعية وإحترام تطبيق القانون ، كما إن صدور الحكم خلافاً لطلباته في الدعوى لا يعتبر خاسراً فيها، وعلى هذا الأساس فإن المشرع العراقي قيد حق الإدعاء العام في الطعن فقط

بطريق التمييز وتصحيح القرار التمييزي دون بقية الطعون الأخرى وذلك لإعتبارات تتعلق بطبيعة تلك الطعون وخصوصيتها ومنها الطعن بطريق الإستئناف الذي منحه القانون خصوصية تتعلق بالإجراءات وشروط إنعقاد الخصومة في الدعوى الإستئنافية التي تنحصر بالخصوم ذاتهم في الدعوى البدائية)[١].

ورغم وجاهة الرأي الذي توصلت إليه محكمة التمييز الإتحادية في المبدأ القضائي الذي ارسته في قرارها محل البحث إلا أنها اخفقت في تقديرنا في إسناده إلى أسباب قانونية صحيحة إذ أن طبيعة طرق الطعن العادية كالإعتراض على الحكم الغيابي وكذلك الطعن بطريق اعادة المحاكمة وإعتراض الغير تتنافى بطبيعتها مع الدور الذي يمارسه الإدعاء العام في الدعوى المدنية إذ إن الطعون المذكورة سلفاً وكذلك الحال بالنسبة للطعن الإستئنافي تفصل فيها المحكمة بوصفها محكمة موضوع تستلزم حضور أطراف الدعوى أمامها وإتباع إجراءات المرافعة فيها وهذا من غير الممكن ممارسته من قبل عضو الإدعاء العام الذي يقتصر دوره على تقديم الطلبات في الدعوى دون إمكانية الترافع فيها، غير إن ماذهبت إليه محكمة التمييز بكون الطعن لا يقبل إلا ممن خسر الدعوى فإن هذه القاعدة إذا كانت تطبق بشأن الطعون المذكورة آنفاً ومنها الطعن الإستئنافي محل بحث القرار التمييزي فإنها تصدق كذلك بالنسبة للطعن بطريق التمييز والطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي ، كما إن ذهاب محكمة التمييز إلى الإستناد في رأيها الى كون الإدعاء العام لا يعد خصماً في الدعوى التي يتدخل فيها يتعارض مع مضمون المادة ٤/ سابعاً/٢/أ من قانون الإدعاء العام النافذ.

وقد ذهبت محكمة إستئناف البصرة الإتحادية بصفتها التمييزية في قرار لها جاء فيه(ليس للإدعاء العام سلوك طرق الطعن التي تقام من الخصوم في الدعوى كالطعن الإستئنافي والإعتراض على الحكم الغيابي وإعادة المحاكمة وإعتراض الغير والتظلم؛لأن ذلك لا يتلائم مع مركزه القانوني في الدعوى كطرف متدخل فيها خارج الخصومة الموضوعية المنعقدة بين أطرافها،لهذا فلا يصح لعضو الإدعاء العام سلوك طريق التظلم والوقوف كخصم موضوعي في المرافعة)[٢].

---

(١) رقم القرار،٣٤٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١١/١٤،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٢٨/الأحوال الشخصية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١٠/٢٣،أشار إليه ، القاضي ليث راسم هندي،الزبدة في قضاء الأحوال الشخصية،مصدر سابق،ص٣٩.

خامساً: تقرير إختصاص نوعي في نظر بعض الدعاوى رغم عدم وجود نصوص قانونية مقررة بشأنها.

لقد إستقرت أحكام المحاكم بخصوص بعض المبادئ القضائية التي قرر بمقتضاها إختصاص نوعي في نظر بعض الدعاوى رغم عدم وجود نص قانوني يقضي بالإختصاص المذكور، كما أن بعض المبادئ القضائية المقررة للإختصاص النوعي تتعارض مع النصوص القانونية، ويمكن بيان بعضها في النقاط الآتية/

١. إختصاص محكمة بداءة موقع العقار إختصاصاً نوعياً بنظر الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري.

قضت المادة (٣٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي بإختصاص محكمة محل العقار إختصاصاً مكانياً بنظر الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري، عندما نصت على أنه(تقام الدعوى في محكمة محل العقار إذا تعلقت بحق عيني وإذا تعددت العقارات جاز إقامة الدعوى في محل أحدها).

وإن المشرع العراقي عالج هذا الإختصاص ضمن الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية بعنوان الإختصاص المكاني(الصلاحية) ، ورغم أن قواعد الإختصاص المكاني غير متعلقة بالنظام العام ، ولا يمكن للمحكمة إثارة الدفع المتعلق بها وإحالة الدعوى الى المحكمة المختصة مكانياً بدون تقديم دفع بذلك من جانب المدعى عليه . إلا أن محكمة التمييز الإتحادية بهيئتها العامة خالفت ما مقرر قانوناً بهذا الصدد عندما قضت في مبدأ قررته بهذا الخصوص بأن محكمة بداءة موقع العقار مختصة إختصاصاً نوعياً بنظر الدعاوى المتعلقة بالحق العيني العقاري،إذ جاء في قرارها(وحيث أن الإختصاص المكاني ليس من النظام العام وأن الدفع به من حق الخصوم ويجب إبداؤه قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه على وفق المادة ٧٤ من قانون المرافعات المدنية ، إلا أن المشرع وبالمادة(٣٦) من القانون المذكور أوجب أن تقام الدعوى في محكمة محل العقار إذا تعلقت بحق عيني عقاري وأن تعددت العقارات جاز إقامتها في محل أحدها ولم يعين محاكم أخرى كبديل لإقامة الدعوى المتعلقة بعقار أسوة بدعاوى الدين والمنقول،والغاية من ذلك هي أن دعوى العقار غالباً ما تحتاج إلى الكشف والبينة التي تسمع محلياً مما يسهل حسم الدعوى ضمن سقفها الزمني وبأقل النفقات بدون مشقة أو عناء على المتخاصمين.وما يؤكد حرص المشرع على أن تكون المحكمة التي يقع

العقار ضمن دائرتها هي المختصة بنظر الدعاوى المتعلقة به ما ذهبت إليه بعض نصوص القوانين ذات الصلة بهذا الشأن كالمادة(١١٤٠) من القانون المدني،والمادتين(١٠و٥٢) من قانون الإستملاك، والمادة(٩٤) من قانون التنفيذ،وما نص عليه قانون تنفيذ مشاريع الري وقراري مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٨٣ لسنة ٢٠٠٢و١٨٣ لسنة ٢٠٠٢ بشأن الدعاوى الوارد ذكرها فيها المتعلقة بالعقار والمنصوص فيها على إختصاص محكمة موقع العقار بنظرها،ومن كل ما تقدم ترى هذه الهيئة بأن محكمة موقع العقار تكون مختصة نوعياً ومكانياً بنظر الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقاري)[١].

وفي تقديرنا فإن هذا المبدأ رغم أهميته العملية بكون محكمة موقع العقار هي الأقدر من غيرها على إتخاذ الإجراءات التي تقتضيها طبيعة الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية المتعلقة بعقار مثل الكشف الموقعي على العقار وإستماع البينات الشخصية موقعياً،وغيرها وهي أهمية لا يمكن إنكارها، إلا أن ما ذهبت إليه محكمة التمييز الإتحادية يمثل مخالفة صريحة لنص المادة(٣٦) من قانون المرافعات المدنية التي جعلت إختصاص محكمة موقع العقار بهذا الشأن إختصاص مكاني فحسب،ناهيك عن أن النصوص القانونية التي أشارت إليها المحكمة في تسبيب قرارها تخص أنواع محددة من الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية العقارية ولا يمكن مد حكمها وتطبيقه على غيرها من الدعاوى الأخرى التي لم يرد ذكرها فيها،إذ أن كل ما لم يرد بشأنه نص خاص تطبق بشأنه القاعدة المنصوص عليها في المادة(٣٦) من قانون المرافعات التي لا يمكن تغيير حكمها إلا بموجب نص قانوني ينسخه إلى حكم جديد.

ومهما يكن من أمر،فإن المبدأ القضائي إستقر العمل عليه وأصبحت المحاكم تطبقه بإنتظام وتقرر إحالة الدعوى من تلقاء نفسها إذا ما أقيمت أمام محكمة غير محكمة موقع العقار،إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه(إستقر قضاء هذه المحكمة في قرارها المرقم ٣٧/الهيئة العامة/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢٥ على أن الإختصاص المحدد في المادة(٣٦) من قانون المرافعات المدنية هو إختصاص نوعي ويشمل الدعاوى العينية العقارية كدعوى إبطال قيد التسجيل العقاري ودعوى إزالة الشيوع ودعاوى التمليك،وهذه الدعاوى يجب

(١) رقم القرار ، ٣٧/الهيئة العامة/٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/١١/٢٥ ، غير منشور.

إقامتها في محكمة موقع العقار المتعلقة به،وعلى المحكمة في حالة إقامة الدعوى أمامها ووجدت أنها غير مختصة نوعياً بنظرها إحالتها إلى المحكمة المختصة نوعياً)[1].

٢. إختصاص محكمة البداءة التي يقع مكتب المحامي في دائرة إختصاصها المكاني إختصاصاً نوعياً بنظر دعوى المطالبة بأجور وأتعاب المحاماة عن الدعاوى التي ترافع فيها أو الأعمال التي قام بها لحساب موكله.

أن المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي جعلت الإختصاص بنظر دعاوى أتعاب المحاماة للمحكمة التي قضت في أساس الدعوى،ولو لم تدخل أصلاً في إختصاصها أو صلاحيتها وذلك بإستثناء محاكم الجنح والإستئناف والتمييز.

غير أن قضاء محكمة التمييز الإتحادية قد إستقر على خلاف ما هو مقرر في نص المادة المذكورة،وجعل الإختصاص بنظر الدعوى محل البحث لمحكمة البداءة التي يقع مكتب المحامي ضمن نطاق إختصاصها المكاني أياً كانت المحكمة التي قضت في أساس الدعوى ولو لم تكن من المحاكم المستثناة من القاعدة المقررة في المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية سالفة الذكر.إذ جاء في قرار لها قضت فيه(أن قضاء هذه الهيئة إستقر بقراريها المرقمين ٣٠٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/١٣ و٣٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢ في ٢٠٢١/١/١٩ بأن كل نزاع يتعلق بأتعاب المحاماة يرفع إلى محكمة البداءة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها على وفق ما نصت عليه المادة الثانية والستون من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل ، إذ أن النص الوارد في قانون المحاماة حسب إطلاقه يشمل في حكمه الأتعاب التي يستحقها المحامي عن كل الأعمال التي يتوكل فيها عن موكله سواء كانت دعاوى أو غير ذلك وبما يحقق مصلحة المحامي التي إبتغاها المشرع من تشريع هذا النص وهو نص خاص يقيد النص العام الوارد في المادة(٤٠) من قانون المرافعات المدنية بشأن المحكمة المختصة بنظر دعوى أتعاب المحاماة)[2].

---

(١) رقم القرار ، ٦٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٢/٣،غير منشور.وقد طبقت المحكمة ذات المبدأ في العديد من قراراتها التي وردت متماثلة من حيث الصياغة والمضمون منها على سبيل المثال،قرارها المرقم ، ٦٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٢/٨ و ١٠١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٤/٢١ .

(٢) رقم القرار ، ١٣١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢ ، في ٢٠٢٢/٤/٢٠ ، غير منشور.

٣ . إختصاص محكمة البداءة بنظر دعوى تجديد القوة التنفيذية للحكم الجزائي الذي يقضي بالتعويض للمشتكي في دعواه المدنية التي فصلت فيها المحكمة الجزائية،وذلك في حدود الجزء المتعلق بالدعوى المدنية من هذا الحكم إذا مرت على صدوره المدة المسقطة للتنفيذ.

سبق وأن بينا بأن مضي المدة القانونية التي يترتب عليها سقوط القوة التنفيذية للحكم القضائي المدني يتطلب إقامة دعوى لتجديد القوة التنفيذية أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو المحكمة التي حلت محلها،ولكن ما الحل إذا كان الحكم المراد تجديد قوته التنفيذية هو الشق المتعلق بالدعوى المدنية من الحكم الجزائي الصادر عن المحكمة الجزائية؟.

إستقر قضاء محكمة التمييز الإتحادية في هذا الصدد على إختصاص محكمة البداءة بنظر مثل هذه الدعاوى،إذ جاء في قرار لها قضت فيه(أن محكمة البداءة بصفتها صاحبة الولاية العامة تختص في تجديد القوة التنفيذية للحكم الجزائي،إذا كان الحكم الجزائي قد فصل في الدعوى المدنية تبعاً للدعوى الجزائية،ولما كانت محكمة الجنح قد قضت بإلزام المتهم بأداء مبلغ الصك البالغ تسعون مليون دينار وقد مضى على صدور الحكم الجزائي مدة التقادم المسقط البالغة سبع سنوات طبقاً لأحكام المادة ١١٤ من قانون التنفيذ،لذا فإن دعوى تجديد القوة التنفيذية تدخل ضمن إختصاص محكمة البداءة وليست محكمة الجنح)[١].

الفرع الثاني

التطبيقات العملية للمبادئ القضائية الإجرائية في نطاق قانون الإثبات

هناك العديد من القواعد الإجرائية بشأن المسائل التي يعنى قانون الإثبات بتنظيمها أقرت بمقتضى الأحكام القضائية والتي تواترت المحاكم المختلفة على الأخذ بها وإتباعها في القضايا المعروضة أمامها فأصبحت من المبادئ والقواعد المسلم بها في الواقع العملي،ونورد في الفقرات الآتية أمثلة على هذه القواعد:

(١) رقم القرار ، ٢٦٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩، في ٢٠١٩/١٠/٢٣،غير منشور.

أولاً: صلة القرابة ورابطة الزوجية تعد مانع أدبي في الحصول على دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني التي تزيد قيمته عن الحد المقرر قانوناً للإثبات بالشهادة،مما يجوز معه الإثبات بكافة طرق الإثبات المعتبرة قانوناً.

ينص قانون الإثبات العراقي على أن التصرف القانوني التي تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار لا يمكن إثبات وجوده أو إنقضائه إلا بدليل كتابي (سند رسمي أو عادي)،ما لم يوجد إتفاق بين أطراف الدعوى، أو نص بمقتضى القانون يجيز ذلك[١]، ومن ضمن الحالات الجائزة قانوناً في هذا الصدد، حالة وجود مانع أدبي حال دون حصول المدعي على دليل كتابي[٢]، حيث يصح له في هذا الصدد الإستناد في إثبات دعواه بشأن التصرف القانوني الذي يتمسك بوجوده أو إنقضائه إلى كافة طرق الإثبات ومن أبرزها الشهادة،غير أن القانون لم يحدد الحالات التي يتوافر بتحققها المانع الأدبي أو المجالات التي يتم فيها تطبيق المانع محل البحث،الأمر الذي تطلب من القضاء بيان هذه الحالات عند الدفع في الدعاوى المنظورة أمام المحاكم بالمانع المذكور لتحديد المجالات التي ينطبق فيها وتلك التي لا يصح فيها التمسك بالمانع الأدبي،إذ بينت محكمة التمييز الإتحادية بأن صلة القرابة المتمثلة بالأمومة أو الأبوة بين طرفي الدعوى يعد مانع أدبي يقتضي معه تطبيق أحكام المادة(٢/١٨) من قانون الإثبات،إذ جاء في قرار لها قضت فيه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون،ذلك أنه كان على المحكمة الإستماع للبينة الشخصية للمدعية في إثبات دعواها،طالما أن المتداعيين قد تصادقا على أن المدعى عليها هي زوجة والد المدعي،فالمانع الأدبي متوفر هنا وفقاً للمادة ١٨/ثانياً من قانون الإثبات، وفي حال عجزه عن إثبات دعواه بالبينة الشخصية تمنحه المحكمة حق تحليف خصمه اليمين الحاسمة)[٣]، كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها قضت فيه (يجوز الإثبات بالبينة الشخصية وإن زادت قيمة الدعوى عن نصاب الشهادة لتحقق المانع الأدبي

---

(١) أنظر، المادة(٧٧/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أنه(إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو إنقضائه بالشهادة ما لم يوجد إتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك).

(٢) أنظر، المادة(١٨) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أنه (يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالتين: .... ثانياً–إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي).

(٣) رقم القرار،١٥٨٠/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٧/٢٣،غير منشور.

بعلاقة القرابة والدم بين الطرفين المتداعيين،كون المدعي إبن شقيقة المدعى عليه)[1]،أو تكون صلة القرابة عن طريق الأخوة فإنها يمكن الإحتجاج بها في إثبات وجود المانع الأدبي،إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية في هذا الصدد قضت فيه(إذا كان المتداعيان شقيقين وكان المدعى عليه قد وافق على الإستماع للبينة الشخصية،فإن الإثبات يكون قد تم وفق أحكام المادتين(١٨/ثانياًو٧٧/ثانياً من قانون الإثبات)واللتين أجازتا إثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار بالشهادة)[2]،وكان إتجاه المحكمة بهذا الشأن تكريساً لمبدأ قضائي سبق وأن إعتمدته منذ القدم بخصوص صلة القرابة عن طريق رابطة الأخوة إذ جاء في قرار لها قضت فيه(لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الأولى في محكمة التمييز وجد أن الوقائع الثابتة في الدعوى،هي أن مورثة المميز أمرأة طاعنة في السن ولا ذرية لها وقد وضعت ثقتها وإعتمادها في إبنة أخيها المميز عليها ووكلتها وكالة عامة مطلقة فوضتها فيها بإجراء جميع التصرفات وحق الإقرار والقبض وأن المميز عليها قد قبلت هذه الوكالة بدون عوض لغرض مساعدة عمتها وهي في هذه السن الكبيرة التي تحتاج لمد يد المساعدة والعون،وبالنظر لهذه الظروف العائلية المحيطة بكل من الموكل والوكيل وصلة القربى والثقة المتبادلة بينهما،فلا يتصور أن الوكيلة كلما دفعت للموكلة مبلغاً من المال الذي قبضته حسب وكالتها عنها أن تطالبها بتوقيع وصل يتضمن الإقرار بالإستلام،وأنها تستطيع إثبات الدفع بجميع طرق الإثبات إستناداً لأحكام الفقرة (ثانياً) من المادة ١٨ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ التي تجيز الإثبات بجميع طرق الإثبات إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي، ولا شك في أن علاقة القربى ما بين العمة و إبنة الأخ وكون العمة طاعنة في السن وأنها وكلت إبنة أخيها وكالة عامة نظراً لثقتها فيها لأمانتها وحسن رعايتها لها وهي في هذه السن التي تحتاج أكبر قدر من الرعاية والإهتمام،وحيث أن المميز عليها قدمت شهوداً لإثبات تسديد المبالغ موضوع الدعوى، وأن أحد الشهود من جملة ورثة الموكلة المتوفاة،وأن محكمة الموضوع قد إقتنعت بالشهادات المستمعة وأخذت بها، عليه يكون الحكم الإستئنافي المميز والقاضي بفسخ

(١) رقم القرار،٥٦٣/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/٤،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٢٣٥٩/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٧،في ٢٠١٧/٥/٩،غير منشور.

الحكم البدائي ورد دعوى المستأنف عليه المدعي صحيحاً من حيث النتيجة)[١].ولا يقتصر تحقق حالة المانع الأدبي على صلة القرابة ،إنما تمتد لرابطة الزوجية أيضاً،إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية بينت فيه بأنه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك أن محكمة الموضوع إعتبرت أن الفترة ما بعد عقد الزواج وما قبل الدخول الشرعي فترة خطوبة وأنه ينتفي تحقق المانع الأدبي أثنائها،وهذا توجه غير صحيح منها،إذ أن الخطبة هي وعد بالزواج وأنها تكون قبل العقد وأن ما بعد العقد تكون حالة الزوجية قائمة ويكون المانع الأدبي موجوداً، فكان على المحكمة مراعاة ذلك أثناء نظرها للدعوى وفي إجراءاتها المتخذة وفقاً لذلك)[٢]، غير أنه يشترط أن لا يكون هناك خلاف بين الزوجين وقت إنشاء التصرف القانوني المراد التمسك بالمانع الأدبي في إثباته[٣]،وأن لا تكون الرابطة الزوجية قد إنقضت وقت إنشائه بشأن الموضوع المتعلق بها المراد إثباته[٤]،كما أن تحقق حالة المانع الأدبي لا يقتصر على صلة القرابة ورابطة الزوجية بل أن وجود المصاهرة بين طرفي الدعوى يمكن معه تحقق المانع الأدبي، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية قضت فيه(ولما كان في الدعوى وجود للمانع الأدبي بين طرفيها،لوجود المصاهرة،فإن القانون يجيز في هذه الحالة

---

(١) رقم القرار،١٠٦/الهيئة الموسعة الأولى/١٩٨٥،في١٩٨٥/١٠/٢٩،منشور على الموقع الألكتروني لمجلس القضاء الأعلى في العراق عبر الرابط الالكتروني: www.hjc.iq.

(٢) رقم القرار،١٧٥٩/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٧،في ٢٠١٧/١١/٧،أشار إليه،القاضي حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية،مصدر سابق،العدد الثاني،٢٠١٨،ص١٠٥.

(٣) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٧٣٧/الهيئة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٥/٢١،غير منشور،والذي جاء فيه(أن وجود المشاكل بين الزوجين وقت نشوء التصرف القانوني لا يتحقق معه وجود المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي،وعلى المحكمة تكليف المدعية بإثبات الإدعاء ببينة معتبرة وبخلافه إعتبارها عاجزة عن الإثبات ومنحها الحق في توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه).

(٤) أنظر قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ١٨٢٦،في ٢٠٠٦/٨/٨،أشار إليه،علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية،الطبعة الثانية،مكتبة صباح،بغداد، ٢٠٠٩، ص٩، الذي جاء فيه(أن المدعي يدعي بأنه سلم المبلغ المدعى به إلى المدعى عليها بعد طلاقه لها بغية شراء شقة سكنية وعودة الحياة الزوجية بينهما،لذا فإن المانع الأدبي منتفٍ بينهما ولا يمكن إثبات الإلتزام بالبينة الشخصية وفق أحكام الفقرة(ثانياً) من المادة(١٨) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩،وحيث أن محكمة الموضوع عدت المدعي عاجزاً عن إثبات دعواه ومنحته حق تحليف المدعى عليها اليمين ورفض وكيله التحليف،لذا يعد المدعي خاسراً ما توجهت به اليمين بمقتضى المادة(١١٨) من القانون أعلاه،عليه قرر تصديق الحكم المميز).

الإستماع إلى البينة الشخصية لإثبات التصرف القانوني مهما بلغت قيمته،فيكون الركون للبينة الشخصية جائز في هذه الدعوى لوجود الجواز القانوني للإستماع إليها)[١].

عليه يتضح من خلال ما تقدم أن الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز قد أرست القواعد والمبادئ القضائية لتطبيق حالة المانع الأدبي في الحصول على الدليل الكتابي لإثبات إنشاء الإلتزام أو لإنقضائه مقررة في هذا الصدد جواز الإثبات بجميع طرق الإثبات،وذلك عند وجود صلة قرابة أو مصاهرة أو رابطة زوجية تجمع بين طرفي الدعوى.

ثانياً: عدم جواز الإثبات باليمين الحاسمة في حالة عجز المدعي عن إثبات دعواه بأحد طرق الإثبات وكان المدعى عليه شخصاً معنوياً.

أوجب قانون الإثبات على محكمة الموضوع عند نظر النزاع وعجز المدعي عن إثبات دعواه بموجب أحد طرق الإثبات المقررة قانوناً أن تسأل المدعي عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة[٢]، بعد أن تقوم بتسطير صيغة اليمين في محضر الجلسة[٣]،غير أن قانون الإثبات لم يبين عدم جواز لجوء المحكمة المدنية إلى تطبيق هذا الإجراء إذا كان المدعى عليه شخصاً معنوياً، وإنما أوجد القضاء من خلال الأحكام المتواترة الصادرة عن محكمة التمييز قاعدة مفادها عدم جواز ذلك بالنسبة للشخص المعنوي، إذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الإتحادية (لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة في محكمة التمييز الإتحادية،ولدى عطف النظر على الحكم المطعون فيه وجد أنه صحيح وموافق للقانون،ذلك أن المدعية المستأنفة عجزت عن إثبات دفعها بشأن حصول موافقة تحريرية من خصمها المؤجر على إيجار المأجور

---

(١) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٢٢٦/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٧،في٢٠٠٧/٦/٢٠،مشار إليه،في المصدر نفسه،ص١٠.

(٢) أنظر ، المادة(١١٨) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أنه(إذا عجز الخصم عن إثبات إدعائه أو دفعه فعلى المحكمة أن تسأله عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه،فإن طلب ذلك وكان الخصم حاضراً بنفسه حلفته المحكمة،وفي حالة غيابه جاز لها إصدار الحكم غيابياً معلقاً على النكول عن اليمين عند الإعتراض بناءً على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة).

(٣) أنظر،قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم١١٩٦/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠٢١،في٢٠٢١/٤/٢١، غير منشور ، الذي جاء فيه(وقد كلفت المحكمة المميزة بتقديم أدلة إثباتها بشأن الواقعة موضوع الدعوى وقد عجزت بينتها الشخصية المستمعة في المرحلة الإستئنافية عن إثبات ذلك وقد منحتها المحكمة حق تحليف المميز عليه اليمين الحاسمة وفق صيغتها المسطرة في محضر الجلسة).

أو جزء منه إلى الغير،فتكون بذلك قد خالفت شروط العقد الموقع بينهما والمصدق من دائرة الكاتب العدل، ولتعلق اليمين بشخص من توجه إليه،وبما أن خصمها شخص معنوي،لذا فلا يصح تحليفه اليمين، ولما كان الحكم المميز قد قضى بذلك،قرر تصديقه)[١]،كما قضت المحكمة ذاتها في قرار آخر لها بذات الموضوع جاء فيه(ولعجز المدعي عن اثبات دعواه بدليل إثبات آخر، وحيث أن المدعى عليه شخص معنوي لا توجه إليه اليمين الحاسمة وبالتالي تكون دعوى المدعي فاقدها لسندها القانوني،ويكون قرار ردها متفقاً وحكم القانون)[٢]،كما قضت المحكمة في قرار آخر لها بأنه(عند عجز المدعي عن الإثبات فلا يمنح حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المدعى عليه إذا كان شخصاً معنوياً لعدم جواز تحليفه اليمين الحاسمة)[٣].

ومن خلال ما تقدم يتبين أن المبدأ القضائي المستقر العمل عليه في القضاء العراقي بموجب الأحكام القضائية المشار إليها آنفاً وغيرها كثيرة،أن المدعى عليه إذا كان شخصاً معنوياً وعجز المدعي عن إثبات دعواه، فإن دعواه تكون واجبة الرد ولا يمكن اللجوء إلى منح المدعي حق توجيه اليمين الحاسمة للشخص المعنوي،وفي رأينا أن مضمون المبدأ محل نظر بالنسبة للحالة التي يكون فيها الشخص المعنوي خاص وليس من الأشخاص المعنوية العامة كالدولة وإحدى مؤسساتها، فإذا كان يمكن تطبيقه بالنسبة للأشخاص الأخيرة ،فإن الأخذ به بالنسبة للأشخاص الخاصة فيه إجحاف كبير لحقوق المتعاملين معهم عند حصول نزاع بينهم بمناسبة هذا التعامل وعجز المدعي عن الإثبات بإحدى الطرق المقررة قانوناً،إذ أن الأشخاص المعنوية الخاصة لها مدير وممثل خاص بها،بل أن بعضها كشركات المشروع الفردي مؤلفة من شخص واحد وأن ذمته المالية الشخصية ضامنة للوفاء بإلتزامات الشركة بالتالي فإن بالإمكان دعوة مديرها للإستيضاح منه عن موضوع الدعوى إن إقتضى الحال ذلك وتوجيه اليمين الحاسمة عن التصرف الذي أجراه مع المدعي إن عجز الأخير عن إثباته.

---

(١) رقم القرار،١٢٢/الهيئة العامة/٢٠١٤، في٢٠١٤/٢/٢٦،غير منشور.

(٢) رقم القرار،٥٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩، في ٢٠١٩/٢/١٨،غير منشور.

(٣) رقم القرار،٢٢/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٧، في ٢٠١٧/١/٨،غير منشور.

ثالثاً: أن البينة الشخصية في واقعة الغصب لا تحصر إبتداءً

أوجب قانون الإثبات العراقي على الخصم الذي يطلب الإستناد إلى الشهادة في إثبات الواقعة موضوع دعواه أو دفعه أن يحصر الشهود المطلوب سماعهم في الدعوى[١] بحيث لا يصح له طلب سماع شهود آخرين غيرهم بعد إستماع المحكمة لشهادة الشهود الذين طلبهم أولاً، غير إن أحكام القضاء العراقي قررت مبدأً قضائياً إستقر العمل عليه في الواقع العملي مقتضاه أن دعاوى الغصب لا تحصر فيها البينة الشخصية، إذ بإمكان المدعي وفي أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى أن يطلب سماع شهود آخرين غير الشهود الذين حصرهم إبتداءً، إذ قضت محكمة التمييز الإتحادية في قرار لها في هذا الصدد جاء فيه (لدى عطف النظر على الحكم المميز تبين إنه غير صحيح لمخالفته أحكام القانون ذلك لأن المحكمة أصدرته قبل إستكمال تحقيقاتها في طلبات المدعي المميز حيث طلب في المرحلة الإستئنافية الإستماع إلى بينة شخصية إضافية إلا أن المحكمة رفضت ذلك بذريعة حصره للبينة الشخصية في المرحلة البدائية دون أن تلاحظ إن بينة الغصب لا تحصر فكان يتعين عليها إجابة طلبه وتكليفه بإحضار بينة أُخرى وصولاً للحقيقة)[٢]، وفي قرار آخر لها قضت المحكمة ذاتها بأنه (ليس للمحكمة إعتبار المدعي عاجزاً عن الإثبات ومنحه حق توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه في دعوى أجر المثل، بل عليها تكليفه باحضار بينة شخصية أُخرى لإثبات دعواه، لأن بينة الغصب لا تحصر فيها الشهادة)[٣]، وفي قرار آخر لها قضت المحكمة ذاتها بأن (بينة الغصب لاتحصر فإذا لم تثبت البينة الشخصية المقدمة من المدعية عائدية الآثاث إليها بأحد أسباب التملك المقررة قانوناً، فعلى المحكمة تكليفها بإحضار بينة إضافية لإثبات ذلك، فإن عجزت تمنحها حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المدعى عليه وفقاً للمادة ١١٨ من قانون الإثبات)[٤].

---

(١) أنظر، قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٢٢٦/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٧، في٢٠٠٧/٦/٢٠،مشار إليه، في المصدر نفسه، ص١٠.

(٢) رقم القرار، ٤٥٨/الهيئة الإستئنافية عقار /٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١٠/٥ ،غير منشور .

(٣) رقم القرار ٨٥/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٧/٣١ غير منشور .

(٤) رقم القرار ١٠٧٥/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية الأولى/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٤/٢٠ غير منشور.

الخاتمة

بعد أن إنتهينا من دراسة المبادئ القضائية ودورها في الدعوى المدنية، لابد من التطرق إلى أبرز النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث، والإشارة إلى أهم المقترحات المتعلقة بالمواضيع التي تم دراستها ومناقشتها فيه، لذا سنشير إلى أبرز النتائج في الفقرة أولاً، وسنتناول بيان المقترحات في الفقرة ثانياً.

أولاً: النتائج

١. وردت الإشارة إلى مصطلح المبادئ القضائية في المادة(١٣/أولاً/أ)من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل، التي تناولت بيان إختصاص الهيأة العامة في محكمة التمييز الإتحادية عندما نصت على(١. ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررته أحكام سابقة).بينما وردت الإشارة إلى ذلك في القانون المصري في المادة(٤) من قانون السلطة القضائية رقم(٤٦) لسنة ١٩٧٢، وهي بصدد بيان إختصاصات الهيأة العامة لمحكمة النقض أيضاً عندما نصت على(إذا رأت إحدى دوائر المحكمة العدول عن مبدأ قانوني قررته أحكام سابقة).

٢. إختلف القانونان العراقي والمصري في تحديد طبيعة المبادئ موضوع الدراسة، إذ في الوقت الذي سكت فيه المشرع العراقي عن تحديد طبيعة تلك المبادئ، كما هو واضح من نص المادة(١٣/أولاً/أ/١) من قانون التنظيم القضائي، نجد المشرع المصري أكثر وضوحاً وصراحةً في تحديد هذه الطبيعة عندما أكد على مصطلح (مبدأ قانوني) في المادة(٤) من قانون السلطة القضائية. وبإزاء سكوت المشرع العراقي عن تحديد طبيعة هذه المبادئ، فقد آثرنا في بحثنا على إستخدام مصطلح (المبادئ القضائية) بالنظر إلى كون القضاء مصدرها من خلال إبتداعها بمقتضى الأحكام الصادرة عنه، كما أن هذا المصطلح هو الذي درجت المحاكم على إستعماله عند الإشارة في أحكامها إلى القضاء المستقر، وبالتالي فإن إعتماد مصطلح (المبادئ القضائية) يأتي إتساقاً مع التطبيق العملي في المحاكم المدنية لهذه المبادئ، فضلاً عن ذلك فأن إستعمال هذا المصطلح يرجع إلى تجنب الخلط بينه وبين مصطلح آخر متداول في الدراسات الفقهية وهو مصطلح(المبادئ القانونية) أو(المبادئ العامة للقانون)، والذي يظهر من الإطلاع على الدراسات بشأنه أن له مدلول آخر، غير

المعنى الذي نقصده من دراستنا المتعلقة بالجوانب العملية في نطاق الدعاوى المدنية المعروضة أمام القضاء.

٣. لم يرد نص في القانون يتضمن تعريف(للمبادئ القضائية)، لذا يمكن تعريفها بأنها الحلول التي يقررها القضاء عند الفصل في المنازعات المعروضة عليه للمسائل المتعلقة بها والتي تكون محل جدال ونقاش قانوني بأن لا يوجد حكم بشأنها في القواعد القانونية القائمة، أو يكون النص القانوني الواجب التطبيق عليها مبهم أو غامض أو قابل للتأويل ويحتمل أكثر من معنى، وذلك بإعطاء حل ملائم للنزاع، أو بإعتماد تفسير معين للنص الغامض، أو بإعتماد إحدى التفسيرات المحتملة لهذا النص، أو بتحديد نطاق تطبيق نص عام، أو بتقييد تطبيق نص مطلق، بحيث ينشأ عنه إجتهاد ثابت تستقر على تطبيقه جميع المحاكم كما تطبق قواعد القانون.

٤. تضمنت أحكام القضاء الإشارة إلى المبادئ القضائية وتناولت بيان مفهومها والهدف منها في حماية حقوق المتقاضين المكتسبة بموجبها وضمان وحدة الحكم القضائي في القضايا المتماثلة تحقيقاً لوحدة تطبيق القانون وتأكيداً لسيادته.

٥. تنشأ المبادئ القضائية من إستقرار المحاكم على إتجاه معين في مسألة من المسائل التي يكون فيها حكم القانون محل خلاف، فتتجه أحكامها نحو التوحيد والإستقرار على قاعدة معينة بشأنها.

٦. إن العوامل التي تساعد القضاء في تبني المبادئ القضائية وإقرارها هي لجوئه إلى الإجتهاد القضائي والتي من خلاله يستطيع الموائمة بين القواعد القانونية القائمة وقت عرض النزاع أمامه وبين الظروف المتغيرة التي فرضها تطور الأوضاع في المجتمع، بحيث بواسطتها يجعل هذه القواعد تستجيب للتطورات الحاصلة، فيكون بذلك قد قام بإعادة صياغة القواعد القانونية وإعطائها معنى جديد يستوعب ما أصاب المجتمع من تغيير في أوضاعه المختلفة.

٧. إن لجوء القضاء إلى الإجتهاد في تقرير الحلول العادلة للمنازعات المعروضة أمامه يجد سنداً قانونياً في عدة نصوص تشريعية، منها ما تقضي به المادة(٢) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل بأن(لا مساغ للإجتهاد في مورد النص)ومفهوم المخالفة لهذا النص يعني جواز الإجتهاد في غير ما تضمنه مورد النص، وكذلك ما تنص عليه المادة(٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، التي

تنص على أنه(لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه، وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق)، كما نصت على ذلك أيضاً المادة(٤) من القانون المدني الفرنسي بأن(القاضي الذي يرفض الحكم بحجة سكوت أو غموض أو نقص التشريع، يمكن أن يوجه إليه إتهام بإرتكاب جريمة إنكار العدالة)، كما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء)، كما أن إلزام المشرع العراقي والمصري في المادة(١) من القانون المدني القاضي بالحكم وفق مبادئ العدالة في حالة عدم وجود حكم في المصادر الأخرى للقانون ينطبق على النزاع الذي يفصل فيه، ماهو هو إلا دعوة صريحة منه للإجتهاد في هذه المسائل.

٨. نص القانون على عدة وسائل يستعين بها القاضي المدني عند لجوئه إلى الإجتهاد أثناء الفصل في الدعاوى الطروحة أمامه، منها منحه دوراً إيجابياً في إدارة الدعوى وما يتعلق بها من أدلة وصولاً لإصدار الحكم العادل فيها، ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيق نصوصه على النزاع القائم بأن يؤخذ بالإعتبار الغاية التي قصدت القاعدة القانونية المقررة بمقتضى التشريع تحقيقها وما أصاب المصالح والإعتبارات السياسية والإقتصادية والإجتماعية التي دعت المشرع لحمايتها بموجبها من أوضاع وتطورات، بحيث يجعل تطبيقها مواكباً لهذه التطورات المستجدة، مع إلزامه بإتباع التفسير المتطور للقانون بحيث يؤخذ بنظر الإعتبار الوقائع المستجدة بعد وضع النص محاولاً من خلالها ردم الهوة بين النص القانوني والتطور الحاصل، فضلاً عن منحه السلطة التقديرية في العديد من المسائل التي تدخل ضمن إختصاصه، كل ذلك يجعل المجال رحب أمامه في الإجتهاد في المسائل المتعلقة بالدعوى المنظورة.

٩. إن الحلول المبتكرة من قبل القضاء عند لجوئه إلى الإجتهاد بإتباع الوسائل المقررة قانوناً في الحالات التي يصح فيها ذلك، تعد الخطوة الأولى في طريق نشوء المبادئ القضائية، بعبارة أخرى؛ أن الإجتهاد القضائي يعد المقدمة لنشأة المبادئ القضائية؛ ذلك أن الإجتهاد القضائي يمثل أحد الحلول القانونية المتاحة للقاضي لتلافي مشكلة القصور التشريعي المتمثلة في غياب النصوص القانونية، أو النقص في التشريع، إذ لكي يصبح الإجتهاد القضائي قاعدةً أو مبدأً قضائياً في المسألة التي قرر بشأنها، لابد من إسقرار المحاكم على العمل بالحل

المقرر بخصوص هذه المسألة، وعلى هذا الأساس فإن إجتهاد القضاء على إتجاه معين بشأن مسألة تعد محل خلاف قانوني وإستقراره على هذا الإتجاه ينشأ عنه تكوين مبدأ قضائي بشأن هذه المسألة وهي القاعدة أو الحل التي إستقرت أحكامه على إتباعها في سائر القضايا المتشابهة.

١٠. بمقتضى الأحكام المتواترة الصادرة عن محكمة التمييز الإتحادية في العراق تكون المبادئ القضائية الصادرة عن الهيأة العامة والهيأة الموسعة المدنية ملزمة للمحكمة ذاتها بهيئاتها الأخرى كافة ولسائر محاكم البلاد الأدنى منها في كافة القضايا المستقبلية المماثلة للقضية المقررة بشأنها، كما تشير إلى ذلك صراحة أحكامها الصادرة بهذا الشأن، بل لوحظ في الواقع العملي أن رئاسة المحكمة تعمد إلى تعميم بعض المبادئ القضائية التي تراها مهمة في الواقع العملي الصادرة من الهيئتين المذكورتين على كافة محاكم البلاد وتشير فيها صراحةً إلى وجوب العمل بها في القضايا المماثلة، وأن لمثل هذا الإعمام أهميته من حيث إحترام سائر المحاكم له،كون رئاسة المحكمة هي في الوقت ذاته تتولى رئاسة السلطة القضائية التي تتبعها إدارياً سائر المحاكم،وليس بصفتها مرجع طعن لها في بعض أحكامها فحسب.

١١. إن المبادئ القضائية التي تقررها الهيئات المتخصصة الأخرى من غير الهيأة العامة والهيأة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الإتحادية والتي لها إختصاص النظر في الطعون التمييزية في الأحكام المدنية، لا تكون واجبة الإتباع من قبل المحاكم الأدنى إلا في نطاق القضايا الصادرة بشأنها – وإن كانت في بعض الحالات ليست كذلك حتى في نطاق هذه القضايا عند وجود نص قانوني يقرر ذلك – إلا أن تكرار تبني المبادئ ذاتها في قضايا مماثلة أخرى وإستقرار العمل القضائي عليها تصبح هذه المبادئ ملزمة لمحاكم الموضوع في سائر القضايا المتشابهة، وأن هذه الهيئات تشير صراحة لتمييز مبادئها الملزمة عن غيرها بذكر عبارة (وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه الهيأة كما في قراراتها المرقمة)، أما إذا كانت تشير إلى المبادئ القضائية الصادرة عن الهيأة العامة أو الهيأة الموسعة المدنية فإنها تذكر في قرارها عبارة (وهذا ما إستقر عليه قضاء هذه المحكمة كما في قرار الهيأة العامة أو الهيأة الموسعة المدنية . حسب الأحوال . المرقم).

١٢. أن القرار التمييزي المنفرد الصادر عن الهيأة العامة أو الهيأة الموسعة المدنية بشأن المسألة محل النقاش القانوني ينشأ عنه في الواقع العملي مبدأ قضائي ملزم لسائر المحاكم والهيئات القضائية الأدنى منها بخصوص المسألة الصادر فيها، أما بالنسبة للمبدأ القضائي الصادر عن إحدى الهيئات الأخرى فلا يكون كذلك ما لم يستقر عليه العمل في قضائها بشأن الدعاوى اللاحقة المماثلة.

١٣. إن إستقرار أي هيأة من هيئات محكمة التمييز الإتحادية المختصة بنظر الطعون التمييزية على مبدأ قضائي معين بشأن مسألة قانونية لا يمكنها العدول عنه إلى مبدأ آخر جديد يحل محله إلا بعد عرض الموضوع على الهيأة العامة وصدور قرار عنها يقضي صراحةً بالعدول عن المبدأ السابق وإقرار مبدأ جديد بشأن المسألة.

١٤. يذهب رأي في الفقه إلى أن المبادئ القضائية بما تقرره من قواعد تطبق بشأن الحالات التي سكت عنها التشريع، تعد مصدراً أصلياً للقانون وإن لم يرد ذكرها ضمن عداد مصادر القانون المقررة بموجب التشريع طالما أنها تعد كذلك في الواقع العملي.

١٥. على خلاف الرأي المتقدم يذهب رأي آخر في الفقه إلى أن المبادئ القضائية لا تعدو أن تكون مصدراً تفسيرياً للقانون، لأن القول بغير ذلك معناه إعطاء سلطة تشريعية للقاضي، في حين أن مهمة القضاء الأساسية هي تطبيق القانون لا خلقه فيما يعرض عليه من منازعات وإلا أصبح مبدأ الفصل بين السلطات حبراً على ورق، وقد عارض أصحاب الرأي الأول هذه الحجة وبينوا بأن قيام القضاء بوضع الحلول وتقرير الأحكام للقضايا المعروضة أمامه في الحالات التي سكت عنها المشرع ماهو إلا قيام القاضي بأداء مهمته التي فوضها إليه المشرع ذاته عندما ألزمه بالفصل في هذه المنازعات التي لا يوجد بشأنها حكم في التشريع، وبالتالي فإن القاضي بشأن ذلك لا يحل محل المشرع بل يؤدي الدور الذي رسمه له المشرع نفسه وأن ذلك لا يشكل خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، لأن مقتضى هذا المبدأ ليس الفصل الكامل التام بين السلطات، وإنما الفصل القائم على أساس أداء كل سلطة للمهام الموكلة إليها بموجب القانون على ضوء التعاون بينها وبين غيرها من السلطات، وأن هذا التعاون يسمح للسلطة التنفيذية بإصدار بعض التشريعات والفصل في بعض المنازعات بموجب القانون، كما يسمحيء بموجبه للسلطة التشريعية القيام بمهام

تنفيذية وبعض الإختصاصات القضائية ولم يقل أحد بقيام السلطتين المذكورتين بخرق مبدأ الفصل بين السلطات.

١٦. يسير قضاء محكمة التمييز الإتحادية في العراق وقضاء محكمة النقض المصرية على نقض الأحكام المطعون فيها أمامها في حالة مخالفتها للقضاء المستقر التي درجت على إتباعه في القضايا المتشابهة، رغم أن الحالات والأسباب المحددة للطعن بالتمييز أو النقض لم يكن من بينها مخالفة الحكم المطعون فيه للقضاء المستقر للمحكمة العليا.

١٧. إن الأحكام القضائية البسيطة ماهي إلا تطبيق للنصوص والقواعد القانونية الصريحة والواضحة على وقائع النزاع المعروضة أمام القضاء بحيث إنها لا تتضمن أكثر من مجرد إنزال حكم القانون على هذه الوقائع ، في حين تمتاز المبادئ القضائية عنها أن مضمون الأحكام القضائية المقررة لها والتي تعرف بـ(قرارات المبادئ) لم يكن مجرد تطبيق للنصوص والقواعد القانونية الواضحة والصريحة ، بل إنها تتضمن حلول وأحكام يبتدعها القضاء للمنازعات المعروضة أمامه في الحالات التي سكت عنها المشرع أو تلك التي تمت معالجتها بمقتضى قواعد أو نصوص يعتريها النقص والغموض بحيث إن المبادئ القضائية ترسي قواعد تطبقها المحاكم كما تطبق قواعد القانون الأخرى.

١٨. إن تبني المبادئ القضائية لا يقتصر على المسائل القانونية التي تحكم موضوع النزاع التي يعنى بتنظيمها القانون الذي يطبق بشأن الحق موضوع الدعوى كالقانون المدني والقانون التجاري ، وإنما يمكن أن تقرر أيضاً بخصوص المسائل الإجرائية المتعلقة بإجراءات الدعوى ومسائل الإختصاص بنظرها وإصدار الأحكام فيها وكذلك تلك المتعلقة بأدلة وطرق الإثبات في الدعوى من حيث بيان مجال الإثبات بخصوص كل دليل من أدلة الإثبات،وهي المسائل التي يعنى بتنظيمها قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات.

١٩. هناك العديد من النظريات المعروفة في القانون هي من إبتداع وخلق القضاء من خلال المبادئ القضائية التي أرساها كنظرية الحكم المعدوم ونظرية القوة القاهرة في نطاق قانون المرافعات ونظرية تجديد القوة التنفيذية للحكم القضائي التي إبتدعتها أحكام القضاء العراقي ونظرية تحمل التبعة ونظرية الكسب دون سبب المعروفة في القانون الفرنسي التي أرستها أحكام محكمة النقض الفرنسية .

٢٠. إن تسبيب الأحكام القضائية يُعد الأداة والوسيلة لنشأة المبادئ القضائية وإن الأخذ بالمبادئ القضائية وإعمالها في القضايا المتشابهة يكون بالإستناد إلى تسبيب الحكم الذي أُقرت بموجبه هذه المبادئ ولا يكون ذلك بالأستناد إلى منطوق الأحكام المذكورة كما يذهب الرأي الفقهي الذي يعارض وجوب إحترام المبادئ القضائية في القضايا المماثلة بحجة تعارض ذلك مع مبدأ نسبية أثر الأحكام القضائية، إذ إن التمسك بمبدأ نسبية أثر الأحكام يكون لمنطوق الحكم والأسباب المرتبطة به إرتباطاً وثيقاً لا يقبل التجزئة دون غيره من الأجزاء الأخرى ومن بينها التسبيب .

٢١. إن السوابق القضائية المعروفة في النظام الإنكلوسكسوني هي المصدر العام والرئيس للقانون وإنها تضاهي من حيث الأهمية مكانة التشريع في النظام القانوني اللاتيني الذي يأخذ به القانون العراقي والقانون المصري والقانون الفرنسي، وإن السوابق القضائية التي تصدر من إحدى المحاكم في النظام القضائي في الدول الذي تتبعه تكون ملزمة للمحكمة التي أصدرتها ولكافة المحاكم الأدنى منها ، وفي حال صدورها عن الجهة القضائية العليا فإنها تكون ملزمة لها ولسائر المحاكم للقضايا اللاحقة المماثلة كافة، بمعنى آخر إن كل محكمة من محاكم الموجودة في سلم النظام القضائي تستطيع إنشاء قواعد قانونية ملزمة بمقتضى نظام السوابق القضائية مع إختلاف في مدى هذا الإلزام تبعاً لسلم ترتيب المحكمة ودرجتها حسب النظام القضائي المتبع،وفيما إذا كانت من محاكم الدرجة الأولى أو من محاكم الدرجة الثانية بحيث يتسع مدى هذا الإلزام كلما إرتفع ترتيب المحكمة في سلم النظام القضائي.

٢٢. إن الحلول التي تقررها أحكام القضاء في المنازعات المعروضة أمام القضاء في المسائل التي تكون محل جدل ونقاش قانوني لا تكتسب أهميتها كمبادئ قضائية لها أهمية في التطبيق العملي مالم يتم إقرارها من قبل الجهة القضائية العليا لمحاكم البلاد المتمثلة بمحكمة النقض أو محكمة التمييز .

ثانياً: التوصيات

١. بالنظر إلى أننا تطرقنا في دراستنا إلى المادة(١) من القانون المدني العراقي، وإذ أن الفقرة (٢) منها بينت ترتيب مصادر القاعدة القانونية للمسائل التي يطبق بشأنها القانون المدني، فإننا نقترح إعادة ترتيب هذه المصادر بجعل مبادئ الشريعة الإسلامية أو أحكام الفقه الإسلامي في المرتبة الثانية بعد أحكام التشريع، بحيث يلجأ القاضي إلى تطبيقها عند خلو التشريع من حكم للنزاع القائم أمامه، بالنظر لكون العديد من نصوص وأحكام القانون المدني العراقي مستوحاة من أحكام الفقه الإسلامي، إذ إن بعض النصوص التشريعية الواردة فيه، ماهي إلا قواعد فقهية منقولة عن مبادئ الفقه الإسلامي ومنها(لا ضرر ولا ضرار) و(ماثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) و(لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان) و(إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع) و(إذا زال المانع عاد الممنوع)و(درء المفاسد أولى من جلب المنافع) وغيرها من القواعد الفقهية ومنها أيضاً النصوص الخاصة بقواعد تفسير العقود المنصوص عليها في القانون، وغيرها العديد من الأحكام الفقهية الواردة في النصوص التشريعية أخذها القانون المدني من مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعد تبعاً لذلك المصدر التاريخي لهذا القانون، إضافة إلى أن المادة(٢) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النافذ نصت على أن ثوابت الأحكام الإسلامية هي مصدر أساس للتشريع ولا يجوز سن قانون يتعارض معها، فإن المقتضى إستناداً لما تقدم أن يعاد صياغة نص الفقرة(٢) من المادة(١) من القانون المدني على ضوء الترتيب المقترح أعلاه بالنسبة لمبادئ الشريعة الإسلامية.

٢. عدّ المشرع العراقي قواعد العدالة من بين مصادر القاعدة القانونية، وذلك في الفقرة(٢) من القانون المدني في حالة خلو المصادر الأخرى الواردة في الفقرة ذاتها السابقة في الترتيب على هذا المصدر من حكم للحالة المعروضة أمام القضاء، ولإختلاف الرأي بشأن مدلول هذا المصدر كون قواعد العدالة ليست واضحة المعالم بينة المدلول، وأن إيرار هذا المصدر ما هو إلا دعوة صريحة من المشرع للقاضي باللجوء إلى الإجتهاد لتقرير الحل الملائم للنزاع القائم عند إخفاق المصادر الأخرى عن إسعافه بهذا الحل، لذا نقترح أن يعاد تعديل الفقرة المذكورة وصياغتها بشكل واضح وصريح بالإشارة إلى هذا المصدر الحقيقي وهو إجتهاد القاضي، بأن يتم النص بعبارة (إجتهاد القاضي في ضوء المبادئ العامة للقانون).

٣. إن مراعاة القاضي للحكمة من التشريع عند تطبيق النص القانوني على وقائع النزاع المعروض أمامه، يعد أحد وسائل الإجتهاد القضائي التي تمكنه من إيجاد الحلول لبعض الحالات التي سكت عنها المشرع، إذ من خلال الحكمة من التشريع يستطيع القاضي أن يجعل من النص يكتسب مع الزمن معنى جديد أو ينطبق على حالات جديدة، وإذ أن المشرع ألزم القاضي بمراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيق النصوص القانونية على وقائع النزاع المعروض أمامه، فإن المقتضى على القاضي أيضاً أن يبقى ضمن إطار النظام القانوني عند لجوئه إلى مصادر القاعدة القانونية الأخرى وعلى الأخص قواعد الفقه الإسلامي أو مبادئ الشريعة الإسلامية بأن يكون تطبيق قواعدها في حالة خلو النصوص التشريعية من حكم للنزاع القائم أن يكون من بين القواعد الأكثر ملاءمة للحكمة من التشريع، كونه أكثر دقة وأقرب إلى روح القانون من القيد الوارد في الفقرة(٢) من المادة(١) من القانون المدني، بأن تطبق من قواعد الشريعة الإسلامية القواعد الأكثر ملائمة لنصوص القانون دون التقييد بمذهب معين، لتكون صياغة الفقرة المذكورة على ضوء هذا المقترح والمقترحين الواردين في الفقرتين أعلاه(٢. إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، يحكم القاضي بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر إستجابة لحكمة هذا القانون، فإذا لم توجد إجتهد برأيه وفق المبادئ العامة للقانون).

٤. إن الإجتهاد القضائي كما سبق وأن بينا هو الخطوة الأولى في طريق تكوين المبادئ القضائية، ولأن المشرع العراقي عالج موضوع الإجتهاد وبين مجال إعماله في المادة(٢) من القانون المدني التي تنص على أنه(لا إجتهاد في مورد النص)، والواقع أن صياغة النص القانوني بالشكل الذي ورد فيه بحاجة إلى تحديد أكثر دقة لمدلول لفظ النص للتوصل إلى معرفة النص الذي لا يجوز الإجتهاد في مورده، وتمييزه عن غيره من النصوص التي يكون الإجتهاد فيه متاحاً، إذ إنه ليس كل إجتهاد في مورد النص ممنوعاً، وليس كل نص يكون وروده مانعاً من الإجتهاد، إذ أن النصوص من حيث دلالتها على الأحكام قسمان، نصوص قطعية الدلالة وهي لا مجال فيها للإجتهاد، ونصوص تكون دلالتها على الحكم ظنية، بأن تحمل أكثر من معنى واحد، أو تدل على أكثر من حكم واحد، فعندئذ يجب الإجتهاد للوصول إلى المعنى المقصود من النص، وبإزاء هذه الحقيقة العلمية نؤيد المقترح القاضي

بتعديل نص المادة المذكورة وجعلها على وفق الصيغة الآتية (لا مساغ للإجتهاد في مورد النص القطعي).

٥. نظراً لتعديل نص المادة(١٣)من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم(١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل بإعادة توزيع الإختصاصات المتعلقة بالطعون التمييزية والقضايا الأخرى المتعلقة بالدعاوى المدنية بين الهيأة العامة والهيأة الموسعة المدنية وذلك بنقل بعض الإختصاصات التي كانت مقررة للهيأة العامة وجعلها من إختصاص الهيأة الموسعة المدنية ومنها نظر الطعن التمييزي في أحكام محاكم الموضوع التي تصر فيها على حكمها السابق قبل صدور قرار النقض التمييزي بشأنه من إحدى الهيئات الخاصة لمحكمة التمييز الإتحادية ، وكذلك نظر النزاع الحاصل بشأن التناقض بين حكمين قضائيين مكتسبين درجة البتات صادرين في موضوع واحد بين الخصوم أنفسهم وترجيح أحدهم والأمر بتنفيذه دون الآخر، الأمر الذي حصل بشأنه تناقض بين النصوص القانونية الواردة في قانون التنظيم القضائي وتلك الواردة في قانون المرافعات المدنية ، لذا نقترح تعديل النصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية لكي تكون منسجمة مع الوضع القائم في التطبيق العملي بعد تعديل قانون التنظيم القضائي ومن ذلك تعديل نص الفقرة(٣) من المادة(٢١٥) من قانون المرافعات المدنية ليكون على وفق الصيغة الآتية(إذا أصرت محكمة الإستئناف أو محكمة البداءة على حكمها بعد إعادة الدعوى إليها وخالفت في ذلك قرار الهيأة الخاصة لمحكمة التمييز الإتحادية وجب النظر في الطعن الثاني أمام الهيأة الموسعة المدنية لمحكمة التمييز الإتحادية)، وكذلك نص المادة(٢١٧) من ذات القانون أعلاه لتكون صياغة نص المادة بعد التعديل المقترح وفق الآتي(يجوز للخصوم والمنفذين العدليين في دوائر التنفيذ أن يطلبوا من محكمة التمييز النظر في النزاع الناشئ عن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم أنفسهم ، وتفصل الهيأة الموسعة المدنية لمحكمة التمييز الإتحادية في هذا الطلب وتُرجح أحد الحكمين وتطلب تنفيذه دون الحكم الآخر وذلك بقرار مسبب).

٦. إن المادة(٢١٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي أوجبت على محكمة التمييز عند نظر الطعن التمييزي في الدعوى المدنية أن تفصل في موضوع الدعوى إذا قررت نقض الحكم المميز الصادر فيها لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه إذا كان الموضوع صالحاً للفصل فيه ويكون قرارها الصادر بهذا الشأن قابلاً للطعن فيه بطريق تصحيح القرار التمييزي أمام

الهيأة العامة لمحكمة التمييز، وإن المقتضى تبعاً لذلك أن لا يكون للهيأة العامة لمحكمة التمييز في حالة نظرها لإحدى الطعون التمييزية عند إحالته إليها من إحدى الهيئات بقرار من رئيس المحكمة أن تقرر عند نقض الحكم المميز الفصل في موضوع الدعوى ؛ ذلك إنها تعتبر جهة الطعن بالنسبة للقرار الذي يصدر بعد نقض الحكم المميز والفصل في الدعوى من قبل إحدى الهيئات ، كما إن القرارات الصادرة عن الهيئة العامة وأياً كان موضوعها وكيفية إصدارها غير قابلة للطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي ، فضلاً عن هذا فإن الهيأة العامة هي أعلى هيئة قضائية في البلاد ويقتصر دورها على تدقيق الأحكام والقرارات الصادرة من إحدى المحاكم بصدد موضوع محل جدل ونقاش قانوني وتقرير المبادئ القضائية بشأنها، وإن ممارستها لدور محكمة موضوع يتعارض مع مهمتها الأساسية كمحكمة قانون تضطلع بدور توحيد الإجتهادات القضائية وضمان وحدة تطبيق القانون ووحدة تفسيره، ناهيك عن إن ذلك يفوت على الخصم الذي يصدر القرار التمييزي ضد مصلحته سلوك طريق الطعن المقرر قانوناً له في هذا الصدد وهو الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي، غير أننا نلاحظ في الواقع العملي وكما أشرنا إلى ذلك في بعض القرارات التي تناولنا دراستها ضمن مواضيع هذه الأطروحة، بأن الهيأة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية قد لجأت إلى تطبيق المادة(٢١٤) من قانون المرافعات المدنية وأصدرت قراراً في موضوع الدعوى بعد نقض الحكم المميز، لذا نقترح إضافة عبارة إلى نص المادة(٢١٤)من القانون أعلاه تتضمن عدم جواز قيام الهيأة العامة لمحكمة التمييز بإصدار قرار في موضوع الدعوى إذا ما قررت نقض الحكم المميز عند نظر الطعن التمييزي المقدم بشأنه إستناداً للأسباب المذكورة آنفاً.

٧. إن من المبادئ القضائية التي إستقر عليها قضاء الهيأة الموسعة المدنية والتي تشير فيها إلى إن قضاؤها على وفق مضمونها هو بالإستناد إلى ما قررته الهيأة العامة لمحكمة التمييز الإتحادية المتضمن عدم جواز الطعن في القرارات الصادرة عن الهيأة الموسعة المدنية بطريق تصحيح القرار التمييزي، معللة إستقرارها القضائي بهذا الشأن بأن الهيأة الموسعة المدنية قد حلت محل الهيئة العامة في بعض إختصاصاتها، ويترتب على هذا المبدأ القضائي المستقر حرمان الخصم الذي يصدر القرار التمييزي ضد مصلحته من الطعن به وفق ما مقرر له قانوناً؛ ذلك إن القانون لم يحصن أي قرار تمييزي من الطعن به بطريق

تصحيح القرار التمييزي عند توفر شروط الطعن سوى القرار التمييزي الصادر عن الهيأة العامة، ولدى إمعان النظر في النصوص القانونية وما إستندت إليه محكمة التمييز في قضاءها المستقر نجد بأنه ليس صحيحاً أن الهيأة الموسعة المدنية قد حلت محل الهيأة العامة، بل إن كلا الهيئتين لا تزال قائمة، كما إن إختصاصات الهيأة العامة المحددة بموجب قانون التنظيم القضائي منذ نفاذه في عام ١٩٧٩ لم يتم نقل أي منها إلى الهيأة الموسعة المدنية قدر تعلق الأمر بالطعون التمييزية وغيرها من الأمور المتعلقة بالدعاوى المدنية ، وإن ما جرى هو جعل بعض الإختصاصات التي نص قانون المرافعات المدنية على إنها من إختصاص الهيأة العامة تنظر من قبل الهيأة الموسعة المدنية، كالنظر بطلب الترجيح بين الأحكام المتعارضة ، ونظر الطعن التمييزي في حال إصرار محكمة الموضوع على حكمها المنقوض ، ومن ثم فإنه لم يكن هنالك حلول بمقتضى نص قانوني للهيأة الموسعة المدنية محل الهيأة العامة ، بل إعادة توزيع في الإختصاصات بين الهيئتين، ومن ثم فإن المبدأ القضائي يخالف صراحةً أحكام المادة(٢٢٠) من قانون المرافعات المدنية، مما يقتضي الحال ولكي تكون المبادئ القضائية منسجمة وأحكام النصوص القانونية وغير متعارضة معها صراحةً، ولضمان الإستقرار لأحكام الهيئة الموسعة المدنية، نقترح تعديل الفقرة(١) من المادة(٢٢٠) من قانون المرافعات المدنية ليكون وفق الصيغة الآتية(لا يقبل طلب التصحيح في القرارات التمييزية الصادرة من الهيأة العامة والهيأة الموسعة المدنية).

٨. إن المبدأ القضائي الذي إستقرت عليه أحكام الهيأة الموسعة المدنية هو عدم جواز طلب الترجيح بين القرارات القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الإتحادية، أو عن محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية في حال تناقضها مع قرارات أخرى، معللة ذلك بأن طلب الترجيح لا يصح إلا بالنسبة للأحكام القضائية المتناقضة وإن ما يصدر عن محكمة التمييز أو محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية لا يكتسب وصف الحكم بل إنها قرارات قضائية ، وإذ إن الواقع العملي يشير إلى وجود حالة التناقض بين قرارات محكمة التمييز الإتحادية الصادرة بين الخصوم أنفسهم والمتعلقة بموضوع واحد وكذلك بين قرارات محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية بالنسبة للمحكمة نفسها الصادرة عنها هذه القرارات، أو بالنسبة للمحاكم المذكورة فيما بينها ، وحيث ان رد طلب الترجيح في مثل هذه الحالات كما تم ملاحظة ذلك في العديد من القرارات التمييزية المنشورة وغير المنشورة التي تم الإطلاع عليها والتي قررت

فيها الهيأة المذكورة رد طلب الترجيح المعروض أمامها ، وحيث إن بقاء حالة التناقض وعدم معالجتها رغم آثارها الخطيرة إذ يؤدي وجودها الى إضطراب النظام القانوني وضياع هيبة القضاء مما يحتم معالجة ذلك ضماناً لإستقرار النظام القانوني وحفاظاً لحقوق المتقاضين فإنه بإزاء ذلك ينبغي أن يتاح للخصوم طلب ترجيح القرارات القضائية المتناقضة اسوة بالحق المقرر لهم بالنسبة للأحكام القضائية، سيما وأن القانون أتاح للخصوم طلب تصحيح القرار التمييزي لإحتمال حصول السهو أو إغفال محكمة التمييز لبعض الطلبات عند نظر الطعن التمييزي، فإنه من باب أولى أن يتاح قبول طلب الترجيح بالنسبة للقرارات التمييزية المتعارضة الصادرة في أكثر من دعوى واحدة، إذ أن المشرع توقع حصول مثل هذا السهو أو الإغفال من محكمة التمييز في القرار الصادر عنها في نفس الدعوى، فإن مثل هذا السهو يمكن توقعه بدرجة أكبر بالنسبة للقرارات التمييزية التي تصدر في أكثر من دعوى واحدة بخصوص ذات الموضوع والتي قد تقرر في كل دعوى ما هو مخالف لما قررته في الدعوى الأخرى، ولذلك نقترح تعديل نص المادة(٢١٧) من قانون المرافعات المدنية بإضافة عبارة (أو قرارين بعد كلمة حكمين وقبل كلمة متناقضين الواردة في نص المادة المذكورة).

٩. بالنظر لأهمية المبادئ القضائية نجد من الضرورة أن يتم نشر هذه المبادئ وتعميمها دون الإقتصار على البعض منها كما هو حاصل الآن من خلال مجموعات الأحكام التي يقوم بعض قضاة المحاكم بنشرها بمبادرات شخصية منهم، إذ لابد من أن تكون هناك جهة مختصة تتولى نشر المبادئ القضائية لما يشكله ذلك من رصيد قانوني وقضائي، ليكون قضاة المحاكم المختلفة على بينة من هذه المبادئ والتعرف من خلالها على إتجاه محكمة التمييز بصدد القضايا المنظورة من قبلهم، ما يُقلل من حالات نقض الأحكام الصادرة عنهم، وما يترتب على ذلك من تأخير في حسم القضايا سواء بالنسبة للمحاكم من تراكم القضايا أمامها، أو بالنسبة للخصوم بغية إستقرار مراكزهم القانونية التي يفصح عنها الحكم الحاسم للنزاع، كما أن بيان المبادئ القضائية من خلال نشر القرارات الصادرة عن محكمة التمييز التي تقررها يسهم في تطوير الوعي القانوني لدى المهتمين بدراسة القانون بوجه خاص، ولدى أفراد المجتمع بشكل عام، وأن القرارات التي يجب أن تكون موضوعاً للنشر، هي التي تتضمن مبدأً قضائياً فيه تفسير لنص غامض، أو سد فراغ في التشريع، أو تكميل نقص في القانون، إذ أن العبرة ليس بعدد الأحكام المنشورة، ولكن بأهمية الموضوع الذي تعالجه والحل

القانوني الذي تقدمه، ولتحقيق هذه الغاية المهمة نقترح إعادة تشكيل المكتب الفني في محكمة التمييز الإتحادية، الذي كان من ضمن تشكيلاتها بموجب قانون السلطة القضائية الملغي بموجب أحكام قانون التنظيم القضائي، وكما يجري عليه العمل حالياً في الأنظمة القضائية المقارنة ، وفي هذا الصدد نقترح إضافة نص مادة قانونية إلى قانون التنظيم القضائي ضمن الفصل الخاص بمحكمة التمييز الإتحادية يكون وفق الصيغة الآتية(يؤسس مكتب فني في محكمة التمييز الإتحادية يتولى إستخلاص المبادئ القضائية من الأحكام الصادرة عن مختلف هيئات المحكمة بالتنسيق مع رؤساء الهيئات، وتبويبها ونشرها في مجموعات دورية بإشراف عدد من القضاة من ذوي الإختصاص، ويرتبط المكتب برئيس محكمة التمييز الإتحادية)، وأن تضاف مادة قانونية بخصوص مكتب مماثل ضمن تشكيلات كل محكمة إستئناف يعنى بنشر المبادئ القضائية المستخلصة من القرارات الصادرة عن محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية.

١٠. أن توحيد أحكام القضاء والمحافظة على وحدة التشريع والمساواة أمام القانون تُعد المهمة الأساسية لمحكمة التمييز، وحتى يتحقق الهدف من ذلك يقتضي أن تكون هناك محكمة تمييز واحدة في الدولة وإن تعددت هيئاتها لضرورات عملية بسبب كثرة القضايا المعروضة أمامها وتشعبها وما يقتضيه حسن سير القضاء من حسمها بأسرع وقت، إذ لا يعقل أن تكون السلطة التي تضمن وحدة القضاء ووحدة القانون مزدوجة أو متعددة، وإذا كانت كذلك فإنها سوف تساهم في تشتيت مبادئ وتوجهات القضاء، ولن تتحقق وحدة القضاء والمساواة أمام القانون، وحيث أن القانون العراقي إنفرد بإعطاء محاكم الإستئناف ممارسة دور محكمة التمييز في نظر بعض الطعون التمييزية، وإزاء ذلك نقترح بأن ترتبط الهيئات التمييزية في محاكم الإستئناف بمحكمة التمييز الإتحادية، بحيث تكون جزء من هيئاتها بغية تنسيق المبادئ القضائية، ولكي تتوسع رقابة الهيأة الموسعة المدنية والهيأة العامة في تخفيف أمر إصدار أحكام متباينة عن أية هيئة تمييزية.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً: الكتب الفقهية

١. الإمام الرازي، مختار الصحاح، حلب، ٢٠٠٥.

٢. الإمام العلامة الفضل جمال الدين بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الحادي عشر، الطبعة الرابعة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.

٣. د. إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، دون سنة طبع.

٤. د. أيمن عبد الحميد، نظرية التعقيد الأصولي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، لبنان.

٥. د. باقر الايراوني، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، انوار الهدى، قم، ايران، الطبعة الأولى، ١٤١٨.

٦. د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، طبع مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨.

٧. د. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلد، الجزء الأول، بدون سنة طبعة او مكان النشر.

٨. د. مصطفى الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٩. د. وهبه الزجيلي، أصول الفقه الاسلامي، الجزء الأول، بدون ذكر سنة او مكان النشر.

١٠. الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، دار المعرفة، طبعة اولى، لبنان، ٢٠٠٧.

١١. شهاب الدين السهرودي، تحقيق لويس معلوف، المنجد في الإعلام، مؤسسة انتشارات دار الاعلام، قم، ايران، الطبعة السادسة والعشرون ١٣٨٤.

١٢. العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، معجم القاموس المحيط، ص٨٢٦.

١٣. علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق عادل أنور، دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة اولى، ٢٠٠٧.

١٤. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٦.

١٥. محمد صنقور علي، المعجم الاصولي، الجزء الثاني، بدون ذكر مكان او سنة نشر.

ثانياً : الكتب القانونية

١. الأنصاري حسن النيداني،العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،٢٠٠٩.

٢. حلمي محمد الحجار،أسباب الطعن بطريق النقض،دراسة مقارنة،الجزء الأول،الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٤.

٣. د. إبراهيم ابو الليل ود. محمد الالفي، المدخل الى نظرية القانون ونظرية الحق، الكويت، دون ذكر دار للنشر، ١٩٨٦.

٤. د. ابراهيم فكري، المدخل لدراسة القانون، البديع، مراكش، بدون سنة طبع.

٥. د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الثاني، بدون ذكر سنة نشر أو دار نشر.

٦. د. أحمد ابو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ١٩٧٥، بدون سنة نشر ومكان طبع.

٧. د. أحمد السعيد الزقرد. المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول،نظرية القانون،٢٠٠١،بدون ذكر مكان طبع.

٨. د. أحمد السيد صاوي،أثر الأحكام بالنسبة للغير،دار النهضة العربية القاهرة،بدون ذكر سنة نشر.

٩. د. أحمد السيد صاوي،نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون ذكر سنة نشر.

١٠. د. أحمد الغريب شبل البنا، دور القاضي المدني في إنشاء القاعدة القانونية، دار النهضة العربية، مصر، دار النهضة العلمية، دبي، ٢٠١٨.

١١. د. أحمد رمضان عبد الكريم ، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، المصرية للنشر والتوزيع، ٢٠١٨.

١٢. د. أحمد عبد الحميد عشوش،قانون العقد بين ثبات اليقين وإعتبارات العدالة،مؤسسة شباب الجامعة،١٩٩٠.

١٣. د. أحمد فتحي سرور،الوسيط في شرح الإجراءات الجنائية،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

١٤. د. أحمد فتحي سرور،سلطة محكمة النقض في الرقابة لضمان حسن تطبيق القانون،دار النهضة العربية،القاهرة،بدون ذكر سنة نشر.

١٥. د. أحمد ماهر زغلول، أصول القضاء الولائي، دراسات في نظرية العمل القضائي في د. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثالثة ، الجزء الأول، ١٩٩٥ بدون ذكر دار نشر.

١٦. د. أحمد محمد الرفاعي،المدخل للعلوم القانونية(نظرية القانون)،بدون ذكر مكان طبع ودار نشر،٢٠٠٨.

١٧. د. أحمد هندي،أحكام محكمة النقض،آثارها وقوتها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٨. د. أحمد هندي،أصول المحاكمات المدنية والتجارية،مطبعة الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩.

١٩. د. أحمد هندي،سلطة الخصوم والمحكمة في إختصام الغير،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٧.

٢٠. د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، مطبعة دار القادسية، بغداد.

٢١. د. أسامة شوقي المليجي، نظم الإثبات والمقارنة بين الإثبات في المواد المدنية وبين الإثبات في المواد الجنائية، ٢٠١٠، بدون ذكر مكان نشر ودار طبع.

٢٢. د. اسماعيل نامق، كتاب العدالة، منشورات دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١، ص٥١ وما بعدها.

٢٣. د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.

٢٤. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، جامعة بغداد، ١٩٨٧.

٢٥. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٠،

٢٦. د. جرب كريم عبدالله، المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون، بدون ذكر مكان نشر، ٢٠١٦.

٢٧. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الإيجار- المقاولة)،مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٩.

٢٨. د. جمال مولود ذيبان، ضوابط صحة و عدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٢.

٢٩. د. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون (المدخل لدراسة القانون) ، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

٣٠. د. حسام الدين كامل الإهواني، اصول القانون، مطبعة ابناء وهبة حمان، ١٩٨٨، بدون ذكر مكان طبع.

٣١. د. حسن علي الذنون، طبيعة القانون، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧٥.

٣٢. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، دار السنهوري، لبنان، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.

٣٣. د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٦٩.

٣٤. د. حسن محمد الخطيب، مبادئ اصول القانون، مطبعة حداد، البصرة.

٣٥. د. خالد خليل الظاهر،القانون الإداري،الطبعة الأولى،دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان . الأردن،١٩٩٧.

٣٦. د. دنيس لويد، فكرة القانون،(تعريب المحامي سليم الصويص) ، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨١.

٣٧. د. رعد الجدو، التشريعات الدستورية في العراق، قسم الدراسات التاريخية، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٨.

٣٨. د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، الطبعة السابعة، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٧٠.

٣٩. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الجزء الأول، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.

٤٠. د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، الجزء الأول في البيع والإيجار، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني، بغداد،١٩٧٤.

٤١. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية منشورات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١.

٤٢. د. سعيد جبر،المدخل لدراسة القانون،الجزء الأول،بدون ذكر مكان طبع،١٩٩٠،ص٢٠٧.

٤٣. د. سعيد عبد الكريم مبارك،أصول القانون،وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد،١٩٨٢.

٤٤. د. سلمان مرقص، المدخل للعلوم القانونية، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٧.

٤٥. د. سليمان مرقس،أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية،الجزء الأول،دار أطلس، القاهرة، ١٩٨١.

٤٦. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة القانون المنشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة نشر.

٤٧. د. سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، بدون ذكر مكان طبع ودار نشر، ٢٠٠٧.

٤٨. د. شابا توما منصور، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، ١٩٨٠.

٤٩. د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشورات منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٨.

٥٠. د. صالح محسوب، فن القضاء، مطبعة العاني، بغداد ١٩٨٢.

٥١. د. صلاح الدين الناهي،مبادئ التنظيم القضائي والتقاضي والمرافعات،دار المهد للنشر، عمان،١٩٨٢.

٥٢. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الاثبات، بدون ذكر دار نشر، الموصل، ٢٠٠٣.

٥٣. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

٥٤. د. عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ج١، مطبعة الآداب، النجف الاشرف ، ١٩٧٢.

٥٥. د. عبد الحسين القطيفي، تنازع المصادر في القانون المدني العراقي، مجلة الأحكام القضائية، بغداد المجلد الأول، العدد السابع، ١٩٥٣.

٥٦. د. عبد الحي حجازي،المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، الكويت، بدون ذكر سنة طبع ودار نشر.

٥٧. د. عبد الحي حجازي،محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الأول، القانون، المطبعة العالمية، القاهرة بدون سنة نشر.

٥٨. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الأول ، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٦٦.

٥٩. د. عبد الرزاق السنهوري و د. أحمد حشمت، أصول القانون، دون ذكر مكان النشر ولا دار للنشر، ١٩٤٦.

٦٠. د. عبد الفتاح كبارة، الفقه المقارن، دار النفائس، الطبعة الثانية، لبنان، ٢٠٠٤.

٦١. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول.

٦٢. د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.

٦٣. د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٦٦.

٦٤. د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، بلا تاريخ أو مكان نشر.

٦٥. د. عدنان أحمد ولي العزاوي، في القانون الزراعي العراقي، المكتبة الوطنية، بغداد، ١٩٩٠.

٦٦. د. عدنان طه الدوري،د.لطيف جبر كوماني،المبادئ القانونية العامة،الطبعة الأولى،الجامعة المفتوحة،١٩٩٤.

٦٧. د. عزمي عبد الفتاح،تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية،الطبعة الرابعة،دار النهضة العربية،القاهرة،٢٠٠٨.

٦٨. د. عصام انور سليم، المدخل للعلوم القانونية، منشاة المعارف في الإسكندرية،.

٦٩. د. عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة على القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، ٢٠١٦.

٧٠. د. عصام أنور سليم،النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية،منشأة المعارف بالإسكندرية،٢٠٠٥.

٧١. د. عصمت عبد المجيد، أثر التقدم العلمي في العقد (تكوين العقد– إثبات العقد)، الناشر صباح الانباري، بغداد، ٢٠٠٧.

٧٢. د. عصمت عبد المجيد، أحكام إيجار العقارات التجارية والصناعية، دراسة في ضوء القانون، مطبعة دار الزمان، بغداد، ١٩٩٦.

٧٣. د. عصمت عبد المجيد،أحكام بيع وإيجار أموال الدولة، بغداد، ١٩٩٩.

٧٤. د. علي أبو عطية هيكل،الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٧٥. د. علي الزيتي، مقدمة القانون، القاهرة، ١٩٣١.

٧٦. د. علي حسين الخلف ود. سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.

٧٧. د. علي محمد برير، مبادئ أحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧.

٧٨. د. عليوة مصطفى فتح الباب،الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات،الجزء الرابع، مكتبة الخليج.

٧٩. د. عمار سعدون حامد،القضاء المستعجل،دراسة مقارنة،دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٢.

٨٠. د. عمار ضياف،المدخل للعلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع،الطبعة الثالثة، الجزائر،٢٠٠٧.

٨١. د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، الطبعة الثانية، دار الوائل، ٢٠٠٤.

٨٢. د. غنام محمد غنام،نظرية الإنعدام في الإجراءات الجزائية،بدون مكان طبع وسنة نشر.

٨٣. د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون والمنطق القانوني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٧.

٨٤. د. فايز محمد حسين،فلسفة القانون والمنطق القانوني،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٧.

٨٥. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٨٦. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة نادي القضاة، ٢٠٠٨.

٨٧. د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، جامعة بغداد، ١٩٩٢.

٨٨. د. فريد فتيان، مقدمة القانون المدني، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.

٨٩. د. فوزي كريم، تفسير النصوص القانونية، بدون ذكر مكان طبع وسنة نشر.

٩٠. د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.

٩١. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، دار الكتب للطباعة والنشر،العراق . الموصل،١٩٨٩.

٩٢. د. مجيد العنبكي، محاضرات في التفسير القانوني، مطبوعة بالطابعة الليزرية القيت على طلبة المعهد القضائي العراقي للسنة الدراسية ٢٠٠٢-٢٠٠٣.

٩٣. د. محمد بدران، القانون الانكليزي، دراسة في تطوره التاريخي ومصادره القانونية وإنعكاساتها على التفرقة بين القانونين العام والخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

٩٤. د. محمد حسن قاسم،المدخل لدراسة القانون،الجزء الأول،القاعدة القانونية،منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.

٩٥. د. محمد رشدي، فن القضاء، شركة ومكتبة مصطفى الحلبي، مصر، بدون سنة نشر.

٩٦. د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي)، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد، ١٩٩٥.

٩٧. د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة.

٩٨. د. محمد عبد الخالق عمر،قانون المرافعات،الجزء الأول،منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٨.

٩٩. د. محمد عبد الملك محسن،تاريخ وفلسفة القانون،دار الكتاب الجامعي،صنعاء،٢٠١٢.

١٠٠. د. محمد علي إمام، محاضرات في نظرية القانون، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٣.

١٠١. د. محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية، القاهرة، ١٩٢٤.

١٠٢. د. محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجيري وإجراءاته، دار الفكر العربي، ١٩٨٣.

١٠٣. د. محمد محمود رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، بغداد، بدون ذكر دار نشر وسنة طبع.

١٠٤. د. محمد نور عبد الهادي شحاتة،سلطة محكمة النقض في إستبدال الأسباب في المواد المدنية،دار النهضة العربية،القاهرة،١٩٩٢.

١٠٥. د. محمود محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.

١٠٦. د. مصطفى الجمال، الشريعة الإسلامية وأزمة مصادر القانون في الوطن العربي، بحث منشور في مجلة حقوق الاسكندرية، سنة ١٩٩٢.

١٠٧. د. مصطفى العوجي،القاعدة القانونية في القانون المدني،الطبعة الأولى،مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع،لبنان . بيروت،١٩٩٢.

١٠٨. د. مصطفى كيرة،النقض المدني،الهيئة المصرية العامة للكتاب،القاهرة،١٩٩٢.

١٠٩. د. معوض عبد التواب،مدونة القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٨٦.

١١٠. د. ممدوح عبد الكريم حافظ،شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل،الجزء الأول،الطبعة الأولى،مطبعة الأزهر ،بغداد،١٩٧٢.

١١١. د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، مطبعة دار المعارف، بغداد، ١٩٨٠.

١١٢. د. نبيل إبراهيم سعد،الإثبات في المواد المدنية والتجارية،دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، بدون ذكر سنة نشر.

١١٣. د. نبيل إسماعيل عمر،النظرية العامة للطعن بالنقض،

١١٤. د. نبيل إسماعيل عمر،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،٢٠١١.

١١٥. د. نجم عطية، القانون والقيم الإجتماعية،دراسة في فلسفة القانون، المكتبة الثقافية، القاهرة، ١٩٧١.

١١٦. د. نعمان جمعة، دروس في المدخل العلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

١١٧. د. نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٧٨.

١١٨. د. نعيم عطية، القانون والقيم الإجتماعية،دراسة في فلسفة القانون،المكتبة الثقافية، القاهرة، ١٩٧١.

١١٩. د. هادي حسين عبد علي الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، بابل، ٢٠٢٠.

١٢٠. د. وائل حسن عبد الشافي ، مشكله النقص بالقانون ، المكتب الجامعي الحديث ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٩.

١٢١. د. وائل حسن عبد الشافي، مشكلة النقص في القانون بين المذاهب الفلسفية والشرائع القانونية، دار المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٩.

١٢٢. د. وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.

١٢٣. د. ياسر باسم ذنون السبعاوي ود.إجياد ثامر نايف الدليمي،بحوث ودراسات في القانون الخاص،الجزء الرابع،مطبعة الجبل العربي،الموصل،٢٠٠٩.

١٢٤. د. يس محمد محمد الطباخ،الإستقرار كغاية من غايات القانون،المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،٢٠١٢.

١٢٥. روبرت كروس، السوابق القضائية في القانون الانكليزي، ترجمة محمد الشيخ عمر، دار الجبل، بيروت، ط١، ١٩٩٢.

١٢٦. سعدون ناجي القشطيني،شرح أحكام المرافعات،الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.

١٢٧. شريف أحمد الطباخ،حجية الأحكام في الدعاوى المدنية والجنائية في ضوء القضاء والفقه، بدون ذكر مكان طبع ودار نشر،٢٠١٠.

١٢٨. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة بغداد، بدون ذكر سنة نشر.

١٢٩. عبد الوهاب عرفة،الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها،دار الفكر الجامعي الإسكندرية،٢٠١٥.

١٣٠. فرات رستم امين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الإتحادية في نطاق الدعوى المدنية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٤.

١٣١. القاضي إبراهيم المشاهدي، معين القضاة، ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.

١٣٢. القاضي حاتم جبار عودة،دعوى تجديد القوة التنفيذية للحكم القضائي،دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٨.

١٣٣. القاضي رحيم حسن العكيلي،دراسات في قانون المرافعات المدنية، بدون دار طبع، وبدون سنة طبع.

١٣٤. القاضي سامي حسين المعموري،محاضرات مطبوعة في مادة قانون الأحوال الشخصية، ألقيت على طلبة المعهد القضائي في العراق للمرحلة الأولى للعام الدراسي ٢٠١٤/٢٠١٥.

١٣٥. القاضي صادق حيدر،شرح قانون المرافعات المدنية،دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري، بغداد،٢٠١١.

١٣٦. القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٨٣.

١٣٧. القاضي عباس قاسم الداقوقي، الاجتهاد القضائي، مكتبة السنهوري بغداد، ٢٠١٨.

١٣٨. القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق، الجزء الأول، مطبعة العاني، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٩٦.

١٣٩. القاضي عدنان مايح بدر،حيثيات القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ بين التطبيق والإستثناء بحث معزز بالتطبيقات القضائية،الطبعة الأولى،المكتبة القانونية،بغداد،٢٠١٨.

١٤٠. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.

١٤١. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة الترشيعية من النصوص.

١٤٢. القاضي لفتة هامل العجيلي،السندات الرسمية والعادية وحجيتها في الإثبات مع أدلة الإثبات الأخرى، الطبعة الأولى،المكتبة القانونية،بغداد،٢٠١٢.
١٤٣. القاضي مدت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، الطبعة الاولى، بغداد، ٢٠٠٥.
١٤٤. القاضي مدحت المحمود، القضاء في العراق، بغداد، دون ذكر دار نشر، ٢٠١٠.
١٤٥. القاضي هادي عزيز علي،شرح أحكام القضاء الولائي في القانون العراقي،الأوامر على العرائض مع مجموعة مبادئ تمييزية وافية تغطي كل مواضيع هذا النظام القضائي،مكتبة السنهوري، بغداد،٢٠١٢.
١٤٦. قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم(٣٤٤)،في ١٩٨٧/٥/١٩،المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٣١٥٢)،في ١٩٨٧/٦/١.
١٤٧. قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم(٧٣٤)،في ١٩٨٧/٩/٢١.
١٤٨. قرار مجلس قيادة الثورة(المنحل) رقم(٧٣٤)،في ١٩٨٧/٩/٢١،المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(٣١٧٠)،في ١٩٨٧/١٠/٥.
١٤٩. مجلة التشريع والقضاء الصادرة في العراق ، العدد الرابع ، ٢٠١٣ ، ص١٥٦.
١٥٠. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص ١٨٨.
١٥١. محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣.
١٥٢. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على قانون الإثبات،الجزء الثالث،مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣.
١٥٣. محيي هلال السرحان، القضاء في الإسلام محاضرات مطبوعة ألقيت على طلبة المعهد القضائي في العراق، ١٩٩٠.
١٥٤. المستشار عز الدين الدناصوري،حامد عكاز،التعليق على قانون الإثبات،الطبعة الرابعة، ١٩٨٩.
١٥٥. المستشار محمد فهيم درويش،أصول وقواعد العدالة المدنية،دار النهضة العربية،الطبعة الثانية،٢٠١٢.

١٥٦. منير القاضي، المذكرة الإيضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني،مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٤٨.

١٥٧. منير القاضي، ملتقى البحرين مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢.

ثالثاً:الرسائل و الأطاريح

١. د. كاظم عبد الله الشمري، تفسير النصوص الجزائية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١.

٢. د. يحيي رزاق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة عين شمس، ١٩٩٥.

٣. د.عاطف محمد كمال فخري،الغير في القانون المدني،رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦.

٤. د.عبد العزيز خليل بديوي،الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا،دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق،جامعة عين شمس،١٩٦٩.

٥. د.محمد زكي أبو عامر،شائبة الخطأ في الحكم الجنائي،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة،١٩٨٥.

٦. صالح محمد إبراهيم، شروط الطعن أمام محكمة القضاء الاداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٤.

٧. علي حميد كاظم الشكري،إستقرار المعاملات المالية،إطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون/جامعة كربلاء،٢٠١٤.

رابعاً :البحوث والمقالات

١. أحمد جلال الدين هلالي،قضاء التمييز،نشأته وتطوره،مجلة القضاء والقانون،السنة الخامسة، العدد الثاني، الكويت، بدون ذكر سنة طبع ونشر.

٢. حسين الظريفي، تعليقات على الفقه والقضاء،بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق،العدد الرابع،السنة الحادية عشرة،١٩٥٣.

٣. د. أحمد حسن البغدادي، النقص الفطري لأحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء،المجلد الرابع والخامس، كانون الأول، ١٩٤٥.

٤. د. برهام محمد عطاالله، قاعدة الزامية السابقة القضائية وأصولها في القانون الانكليزي الحديث، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية، العدد الأول، السنة ١٩٧٠.

٥. د. بو شير محند أمقران، تحول الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق،بحث منشور في مجلة المحاماة التي تصدرها هيأة المحامين، الجزائر، العدد الثاني، ٤ ٢٠٠ .

٦. د. بو شير محند أمقران، تحول الإجتهاد القضائي بين النص والتطبيق،بحث منشور في مجلة المحاماة التي تصدرها هيأة المحامين، الجزائر، العدد الثاني، ٤ ٢٠٠ .

٧. د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الثاني، ص٢٤٦.

٨. د. حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الثاني.

٩. د. حسن أحمد البغدادي، النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق، العدد الرابع لسنة ١٩٤٥، بغداد.

١٠.د. حسن الخطيب، المسائل المتعلقة بالتفسير القضائي،بحث منشور في مجلة القضاء، السنة ٢٦، العدد ٢٠١، ١٩٨١.

١١.د. عادل شمران الشمري، فلسفة الإستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة) ،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق التي تصدر عن كلية القانون في جامعة كربلاء، السنة العاشرة، العدد الثالث،٢٠١٨.

١٢.د. عبد الحسين القطيفي، تنازع المصادر في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الأحكام القضائية، بغداد، المجلد الأول، العدد السابع، ١٩٥٣.

١٣.د. عبد المنعم عبد العظيم جيرة،دور القاضي في صنع القواعد القانونية، بحث منشور في مجلة العدالة التي تصدر في دولة الإمارات العربية المتحدة،بدون سنة طبع.

١٤.د. عصمت عبد المجيد بكر، دور اللغة في صياغة التشريع، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، العدد الاول، ١٩٩٩، بغداد.

١٥. د. فتحي والي، محكمة النقض وقانون المرافعات المدنية والتجارية،بحث منشور في المجلة الفصلية لمحكمة النقض، العدد الثالث ابريل، ٢٠٠٧.

١٦.محمد سالم كريم ، دور القضاء الدستوري في تحقيق مبدأ الأمن القانوني ،بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية ، التي تصدر عن كلية القانون/جامعة القادسية ، العدد الثاني ، المجلد الثامن ،كانون الأول ،٢٠١٧.

١٧.د. يسرى محمد العصار،الحماية الدستورية للأمن القانوني،بحث منشور في مجلة الدستورية،السنة الأولى، العدد الثالث،القاهرة،٢٠٠٣.

١٨.د.إبراهيم شحاتة، في إجتهاد القاضي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية التي تصدر عن جامعة عين شمس، السنة الرابعة يوليو ١٩٦٢.

١٩.د.أحمد صباح غدير،الحكم القضائي المنعدم،بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق،السنة الثانية،المجلد الثاني،العدد الأول،الجزء الثاني،٢٠١٧.

٢٠.د.حسام أحمد العطار،تسبيب الأحكام القضائية،دراسة في قانون المرافعات المصري والفرنسي،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق في جامعة عين شمس ،السنة الثامنة والخمسون،العدد الثاني،الجزء الثاني،٢٠١٦.

٢١.د.عدنان عجيل عبود،الإختصاصات غير التشريعية للبرلمان،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،العدد الأول،السنة التاسعة،٢٠١٧.

٢٢.د.محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي،مبدأ الأمن القانوني،بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق

٢٣.د.محمد محمد عبد اللطيف أبو المعاطي،مبدأ الأمن القانوني،بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والإقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق في جامعة المنصورة،٢٠٠٤،العدد ٣٦.

٢٤.د.منصور حاتم محسن. د. هادي حسين عبد علي، التمييز بين الواقع والقانون في وصف محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي التي تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل، العدد الأول، السنة الأولى،٢٠٠٩.

٢٥.د.وجدي راغب فهمي،نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية،العدد الأول،السنة الخامسة عشر.
٢٦.د.ياسر باسم ذنون،القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية،بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق التي تصدر عن كلية القانون،جامعة الموصل، المجلد(١٠)، العدد(٣٦)،لسنة ٢٠٠٨.
٢٧.د، عزيز جواد هادي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية،بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية،التي تصدر عن كلية القانون/جامعة بابل،العدد الثاني،السنة الخامسة،٢٠١٢.
٢٨.عبد الباقي البكري، ميادين العدالة مفهومها ومنزلتها ووسائل إدراكها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية التي تصدر عن كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، مايس، ١٩٨٤.
٢٩.عبد المجيد غميجة،مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي،بحث مقدم في إطار الندوة المنظمة للقضاة،الدار البيضاء،٢٠٠٨.
٣٠.القاضي ضياء شيت خطاب، رسالة الى القضاء، مقال منشور في مجلة العدالة، العدد (٣) لسنة ٢٠٠١، بغداد.
٣١.المستشار الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جيرة، الدور الخلاق للقاضي، بحث منشور في المجلة الفصلية للقضاة، السنة السابعة والعشرون، العدد الثاني، ١٩٩٤.
٣٢.هنري كابتان، دور القضاء في تطور القانون ومهمة الفقه في دراسة الأحكام، ترجمة د. عباس الصراف،بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين في العراق،العدد الثاني،١٩٥٧.

خامساً: المجلات والدوريات

١. مجلة الحقيقة القانونية، مجلة قانونية تعنى بالثقافة القانونية العدد ٣٧/ البصرة، ٢٠١٢.
٢. مجلة الوقائع العدلية،العدد(٣٢)،كانون الثاني ١٩٨١،الثالثة،
٣. مجلة حمورابي، مجلد فصلية تصدرها جمعية القضاء العراقي، العدد ٢٠٠٢.
٤. النشرة القضائية التي تصدر عن مجلس القضاء الاعلى، العدد الثالث عشر، تموز، ٢٠١٠.

سادساً: مجموعات الأحكام القضائية

١. ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء الرابع، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٠.

٢. جعفر كاظم المالكي وعبد السادة شهاب العبادي،قرارات محكمة إستئناف البصرة بصفتها التمييزية، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠١١.

٣. خليل إبراهيم المشاهدي، دريد داود سلمان،قضاء محكمة التمييز الإتحادية في قانون المرافعات، مكتبة صباح، بغداد،٢٠١١.

٤. دريد داود سلمان،المختار في قضاء محكمة التمييز الإتحادية،قسم المرافعات ،الجزء الثاني،مكتبة صباح،بغداد،٢٠١٠.

٥. علاء صبري التميمي،المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية،الطبعة الثانية، مكتبة صباح، بغداد،٢٠٠٩.

٦. القاضي إبراهيم المشاهدي،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز،قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد،١٩٩٠.

٧. القاضي حيدر عودة كاظم،مجموعة الأحكام القضائية،مجلة قانونية دورية تعنى بنشر أحكام محكمة التمييز ومحاكم الإستئناف بصفتها التمييزية تصدر عن القاضي المذكور،العدد الخامس،٢٠١٩.

٨. القاضي حيدر عودة كاظم،مجموعة الأحكام القضائية،مصدر سابق،العدد الثامن،٢٠٢١.

٩. القاضي خالد محمد جلال،المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الاتحادية / قسم الأحوال الشخصية، مكتبة صباح، بغداد،٢٠١٤.

١٠. القاضي سعد جريان التميمي،المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الإتحادية،القسم المدني،مكتبة السنهوري،٢٠١٨.

١١. القاضي سلمان عبيد عبد الله،المختار من قضاء محكمة التمييز الإتحادية،القسم المدني، الجزء الأول، بغداد،٢٠٠٩.

١٢. القاضي عبيد صبري جمر،المبادئ القانونية في قضاء محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية، القسم المدني لسنة ٢٠٢١،مكتبة صباح، بغداد،٢٠٢٢.

١٣. القاضي قاسم فخري الربيعي،مبادئ محكمة التمييز الإتحادية،الجزء الخامس،الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٢٢.
١٤. القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم الإثبات، الجزء الرابع، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩.
١٥. القاضي ليث راسم هندي،قضاء حمورابي،المبادئ القضائية في قضاء محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية،القسم المدني،مكتبة صباح،بغداد،٢٠٢١.
١٦. مجموعة المكتب الفني،الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية،القاهرة،السنة ٢٨ القضائية، الجزء الأول.

سابعاً: القرارات التمييزية الغير منشورة

١. ٤٨ قرار محكمة إستئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية،رقم،٣٥٩/حقوقية/٢٠١٣،في ٢٠١٣/٧/٣١.
٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٣٧/هيئة عامة/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١١/٢٥.
٣. رقم قرار محكمة إستئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية، القرار،١٣٤/ت/ متفرقة/ش/ ٢٠٢١، في ٢٠٢١/٨/٣١.
٤. قرار محكمة إستئناف بابل الإتحادية بصفتها التمييزية،رقم٣١/ت/حقوقية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/١/٢٨.
٥. قرار محكمة إستئناف بابل بصفتها التمييزية،رقم القرار،٢٥/ت/متفرقة/ش/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/٥.
٦. قرار محكمة إستئناف بابل بصفتها التمييزية،رقم،٣٥/ت/حقوقية/٢٠١٨/في ٢٠١٨/٢/١١.
٧. قرار محكمة إستئناف بغداد /الكرخ الإتحادية بصفها التمييزية،رقم٤٣٨/ت/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٦/١٩.
٨. قرار محكمة إستئناف بغداد/الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزية،رقم٦٩٢/م/٢٠١٣،في ٢٠١٣/٥/٩.
٩. قرار محكمة إستئناف بغداد/الرصافة الإتحادية بصفتها التمييزيةرقم ،٦٩٢/ت/٢٠١٣، في٢٠١٣/٥/٩.

١٠. قرار محكمة إستئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية، رقم، ١٥٨/ت/ح/٢٠١٦، في٢٦/١٠/٢٠١٦.
١١. قرار محكمة إستئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية،رقم ،٥/م/٢٠١٥،في ١١/١/٢٠١٥.
١٢. قرار محكمة إستئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية،رقم ،٥٧٧/م/٢٠١٠،في ٢٨/٦/٢٠١٠.
١٣. قرار محكمة إستئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية،رقم،٦٠٨/م/٢٠٠٩،في ٣٠/٨/٢٠٠٩.
١٤. قرار محكمة إستئناف بغداد/الكرخ بصفتها التمييزية،رقم،٧٥٩/م/٢٠١٠،في ٩/٨/٢٠١٠.
١٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية ،رقم ٢٦٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٣/١٠/٢٠١٩.
١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية ،رقم ٢٨٨/الهيئة المدنية/٢٠١٧ في ١٧/١/٢٠١٧ .
١٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية ،رقم،(٢٠٦٥/الهيئة المدنية عقار/٢٠٠٧،في٢٠/١/٢٠٠٨.
١٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية ،رقم،٤/الهيئة العامة/٢٨،٢٠٢١/٣/٢٠٢١.
١٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية رقم،٨٥١/الهيئة المدنية/٢٠١٣،في٢٤/٦/٢٠١٣.
٢٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ، ٤٥٨/الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠٢٠ ،في ٥/١٠/٢٠٢٠.
٢١. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم، ٨٥/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٦ في٣١/٧/٢٠١٦.
٢٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ،٥٠/ الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٨ ،في ١٦/٤/٢٠١٨.
٢٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ،٨٦٥/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٧، في١١/٩/٢٠١٧.
٢٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ١٠٧٢/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١، في ٢٤/١/٢٠٢١.
٢٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ١٢٩ / هيئة عامة / ٢٠٠٨.

٢٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ٢٥٨١/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١١،في ٢٠١١/٨/٢.

٢٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ٤٣/الهيئة العامة/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٩/٢٧.

٢٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم، ١٦٣٢/ الهيئة المدنية للعقار / ٢٠٠٧، في ٢٠٠٧/١٢/٣٠.

٢٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم، (٥٨٤/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٣/١٢.

٣٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم، ١٨٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/١١/٢٠.

٣١. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،١٥٦٣٦/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١، في ٢٠٢١/١٢/١.

٣٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،١٨٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/١١/٢٠.

٣٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٢٤٨٠/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٧، في٢٠١٧/١٢/١٢.

٣٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٢٦٤/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٩، في٢٠١٩/١٠/٢٣.

٣٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٢٧٧٥/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١٠/١٦.

٣٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٣٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/١/١٤.

٣٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٣٢٤٥/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٢١، في٢٠٢١/٧/٢٨.

٣٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٣٤٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨، في ٢٠١٨/١١/١٤.

٣٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٣٤٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١١/٢٨.
٤٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم٢٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٦/٢٤.
٤١. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم٣٤٦/٣٤٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١١/٢٨.
٤٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،١٢٢/الهيئة العامة/٢٠١٤،في٢٠١٤/٢/٢٦.
٤٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،١٢٥٦٧/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٢١، في٢٠٢١/٩/٢٩.
٤٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ،١٣/الهيئة العامة/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٦/٣٠.
٤٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ،١٤٥٣/هيئة مدنية عقار/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٥/٢٨.
٤٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ،١٨٤١/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٢، في٢٠١٢/٦/١٢.
٤٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ،١٩٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٥/٢٤.
٤٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،١٩٨٨/هيئة مدنية منقول/٢٠١٣،في٢٠١٣/١١/١٧.
٤٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٣١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/١/٢٨.
٥٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٣٣١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٥، في٢٠١٥/١٠/١٣.
٥١. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٤/الهيئة العامة/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٣/٢٨.
٥٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٤٠٤/الهيئة العامة/٢٠١١،في ٢٠١٢/٢/٢٨.
٥٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٥٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٢/١٨.
٥٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٥٤٣/الهيئة العامة/٢٠١١،في٢٠١١/٣/٢٩.
٥٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٥٦٣/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/٤.
٥٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ،٦١٧/الهيئة المدنية/٢٠٠٩،في ٢٠٠٩/٤/٢٠.
٥٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ١٨٠٤/الهيئة المدنية/٢٠٠٩،في ٢٠٠٩/٤/٢٠.

٥٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٤٣/الهيئة العامة/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٩/٢٧.
٥٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٥٠٢/الهيئة المدنية/٢٠٠٨،في ٢٠٠٨/٧/١٦.
٦٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٥١/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٨/١٤.
٦١. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٥٥٧/الهيئة المدنية/٢٠١٣،في ٢٠١٣/٣/١٣.
٦٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم القرار،١٥٩١/الهيئة المدنية/٢٠٠٢،في٢٠٠٢/١٠/١٠.
٦٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٦٩/الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/١٢.
٦٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم، ١٠٧٥/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية الأولى /٢٠١٠ ،في ٢٠١٠/٤/٢٠.
٦٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية،رقم، ٢/ الهيئة العامة/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/٢٦.
٦٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم، ٣٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢،في٢٠٢٢/١/١٩.
٦٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم، ٧٥٨٦/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١١/١٦.
٦٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٠٥/ الهيئة الموسعة المدنية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/١٧ .
٦٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٠٧٥/الهيئة المدنية الثانية/٢٠٠٥،في ٢٠٠٥/٨/٩.
٧٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١١٥٠/هيئة مدنية عقار/٢٠٠٨،في ٢٠٠٨/٥/١٠.
٧١. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٢٥/١٢٢/ هيئة موسعة مدنية /٢٠١٨/ ،في ٢٠١٨/٥/١٥.
٧٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٣/الهيئة العامة/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٦/٣٠.
٧٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٦/٢٤.
٧٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٣٩١١/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١٠/٣١.
٧٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٤/الهيئة العامة/٢٠٢٠،في٢٠٢٠/٨/٢٥.
٧٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٤١٩/الهيئة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/٣/٢٧.

٧٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٥٨٠/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٧/٢٣.
٧٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٦٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في٢٠٢١/٥/٢٤.
٧٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،١٦٣٤/الهيئة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٢/٢٧.
٨٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢/الهيئة العامة/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٣/٢٦.
٨١. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/٢٠.
٨٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٧٩٧/٢٠٦٥/ الهيئة العامة/ عقار/ ٢٠٠٧ ،في ٢٠٠٨/١/٢٠ .
٨٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٠٨٣/الهيئة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/١٠/١٠.
٨٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢١٩/٢١٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٦/٢٠.
٨٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢١٤/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/٦/١٦.
٨٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٢/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٧،في ٢٠١٧/١/٨.
٨٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٢١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في٢٠١٨/٨/٢١.
٨٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٢٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٨/٦.
٨٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٣٥٩/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠١٧،في ٢٠١٧/٥/٩.
٩٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٥٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٧/٢٢.
٩١. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٢٧٠٥/الهيئة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٤/٢٥.
٩٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية،رقم،٢٨٩ة/ الهيئة الموسعة المدنية الأولى، ٢٠١٢،في ٢٠١٢/١١/٧ .
٩٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٣١٣٨/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠٠٧،في ٢٠٠٧/٢/٢٥.
٩٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية،رقم،٣٢٤/الهيئة المدنية الموسعة/٢٠٠٩،في ٢٠٠٩/٢/١٨.

٩٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٣٤٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١١/٢٨.

٩٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٣٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/٢١.

٩٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية،رقم،٤/الهيئة العامة/٢٠٢١،في٢٠٢١/٣/٢٨.

٩٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٥،في ٢٠١٥/١/١٩،.

٩٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٥٠/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٤/١٦.

١٠٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٥٠٦٩/الهيئة المدنية/٢٠١٧، في ٢٠١٧/١٠/٨.

١٠١. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٦١/الهيئة العامة/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١٢/٢٧.

١٠٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٧٥٩١/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٦،في ٢٠١٦/١١/١٦.

١٠٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم، ٨٨/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩،في ٢٠١٩/٣/١٣.

١٠٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم،٩٥/الهيئة الإستئنافية منقول/٢٠٢١،في ٢٠٢١/١/١٤.

١٠٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم٢٨٦٨/الهيئة المدنية عقار/٢٠١٠، في٢٠١٠/١٢/٢١.

١٠٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٤٣١٤/الهيئة المدنية/٢٠١٨،في ٢٠١٨/٧/١٧.

١٠٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم٧٣٧/الهيئة المدنية/٢٠١٢،في ٢٠١٢/٥/٢١.

١٠٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ٣٠٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٣،في ٢٠١٣/١٠/٢٣.

١٠٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم، ١٣٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٠٦،في ٢٠٠٦/٤/٢٤.

١١٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ،٧١١٩/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٥ ، في ٢٠١٥/١٠/٨.

١١١. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم،٥٦٢٣/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٦ ، في ٢٠١٦/٩/٤.

١١٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم،١٢٨٨٤/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٩ ، في ٢٠١٩/١١/١٩.

١١٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٣٣٥٣ /هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١٧ ، في ٢٠١٧/٦/١٨.

١١٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٢/الهيئة العامة/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٢/٢٣.

١١٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم ، ٧/الهيئة العامة/٢٠٢٢ ، في ٢٠٢٢/٤/١٩.

١١٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ١٦١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٧ ، في ٢٠١٧/٥/١٦.

١١٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٣٧/الهيئة العامة/٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/١١/٢٥.

١١٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٦٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٢/٣.

١١٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٦٧/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٢/٨.

١٢٠. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ١٠١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٤/٢١.

١٢١. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٢٥/ الهيئة العامة /٢٠١٧ ، في ٢٠١٧/٨/٢٨.

١٢٢. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم ، ٤١/ الهيئة العامة /٢٠١٨ ، في ٢٠١٨/١٢/٢٦.

١٢٣. قرار محكمة التمييز الإتحادية، رقم، ١٣١/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢ ، في ٢٠٢٢/٤/٢٠.

١٢٤. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم،٦٠/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٤ ، في ٢٠١٤/٢/٩.

١٢٥. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم ، ٤٦٣٢/الهيئة المدنية/٢٠١٨، في ٢٠١٨/٧/٣١.

١٢٦. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم،٣٦٥١/الهيئة المدنية/٢٠١٥،في ٢٠١٥/٨/٢٠.

١٢٧. قرار محكمة التمييز الإتحادية ، رقم،٣٤٥٣/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٧،في ٢٠١٧/٥/٣.

١٢٨. قرار محكمة التمييز الإتحادية،رقم١٤٨/الهيئة الإستئنافية عقار/٢٠١٦ ، في ٢٠١٦/٧/٢٥.

١٢٩. قرار محكمة التمييز الإتحادية ،رقم،١٠٣٠/الهيئة المدنية/٢٠٢٠،في ٢٠٢٠/٢/١١.

ثامناً :القوانين

١. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٢. قانون التسجيل العقاري العراقي رقم(٧٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

٣. قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

٤. قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.

٥. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٦. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

٧. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٨. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري المرقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل .

٩. قانون هيئة دعاوى الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ .

تاسعاً: المصادر الأجنبية

1. Anfntroduction to the Angle- American legal system yeadings and case BEGDA bodnhiner and john bityeu qakely and jean c.love-second edition –p77.
2. C.Atias, lambiguite desawets de princip endrou prive.lcp, 1989.
3. Egdarbodenhimer and johin bilgea qakley and jeanstem posit,.
4. Erogolopaedis Britannica meropaedis , 15thed , U.S.A, 1974, P183.
5. John salmond, Jurisprudence, seven edition, London, 1924.
6. marjour D.rombaner wiki legal pro glem solving,

7. Martn weinstenor the new yourk bark -summary of american law, 1988 p 97-102.
8. Marty,Gabriel.et Droit civil,sirey,Paris, 1985.
9. Maury,J..observations sur la jurisprudence et tant gue source de droit,calle droit prive Francais au milieu de XXsiecle,etudes offerts a Georges Ripert T.l.L.G.D.J,A.Paris,1980.
10. R.w.mdias juriaprudence ٣th ed. batterworths, London1970.p 45-46.
11. V.G.Gouchz proceder civile.he edition. paris. dalloz, 2000.
12. William gelarl-introdction to English law-eleventh-oxford newyork.p 6-14.