مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

التنظيم القانوني الاجرائي لدعاوى الحل والحرمة (دراسة في القانون العراقي)

م. م. محمد سعيد السعداوي
كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة
اقسام الديوانية - العراق
البريد الالكتروني: albdierymoh@yahoo.com

المخلص
يحقق ويحمي قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 ما تنظمه القوانين الموضوعية من حقوق ومراكز قانونية، ومنها قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 من خلال اجراءات الدعوى المدنية.
لكن بعض الدعاوى الشرعية تحمل طبيعة خاصة استدعت تفريداً تنظيماً اجرائياً يلائمها من التنظيم العام للدعاوى المدنية، ومن بينها الشرعية الاخرى. الامر الذي رعاه وتولاه القضاء بأهمية وحرص الى مستوا أثار جملة من التساؤلات والاستشكالات القانونية الاجرائية تمتد من أصله الفني، ودواعيه، الى مفارقاته القانونية. حاول البحث الاجابة عنها وتقييمها ومعالجة اهمها.

الكلمات المفتاحية: الحل والحرمة، القضاء، الدعاوى، التنظيم الاجرائي، المرافعات.

Procedural Legal Regulation for Claims of Dissolution and Inviolability (Study in Iraqi Law)

Assist. Lect. Muhammad Saeed Al-Saadawi
Imam Al-Kadhim College of Islamic Sciences University
Sections of Diwaniyah - Iraq
Email: albdierymoh@yahoo.com

ABSTRACT
The Iraqi Civil Procedure Law No. 83 of 1969 realizes and protects the rights and legal centers regulated by substantive laws, including the Personal Status Law No. 188 of 1959 through civil action procedures. However, some legal cases have a special nature that necessitated the uniqueness of procedural regulation that suits them from the general organization of civil cases, among them the other legitimacy. The matter that was sponsored and handled by the judiciary with importance and keenness to a level raised a number of legal and procedural questions and dilemmas extending from its technical origin, its reasons, to its legal paradoxes. Try to find an answer, evaluate and treat the most important ones.

Keywords: dissolution and inviolability, judiciary, lawsuits, procedural regulation, pleadings**.**

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

المقدمة:

ينظم قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969، آليات تحصيل وحماية الحقوق والمراكز القانونية، تلك المنشأة بنصوص القوانين الموضوعية. فالحقوق الشرعية الناشئة عن واقعة الزواج والوقائع المرتبطة بها ينظمها قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959، موضوعيا ، وقانون المرافعات المدنية اجرائيا. لكن، لخصوصية بعض منها، نراها لا توفر التطبيق الاجرائي العام المنصوص عليه قانونا، حتى انها تدعى بتسمية خاصة تمييزا لها عن باقي الدعاوى، اذ يطلق عليها "دعاوى الحل والحرمة".

وهي تسمية تطبيقية، ابتدعها القضاء العراقي لينظم لها آليات عمل خاصة بها لا تتماثل مع غيرها من الدعاوى. حتى كأن مرجعيتها الاجرائية عرفية اكثر منها قانونية !. وعلى ذاك تراها مختلفة عن الدعاوى التي يجري العمل عليها في محاكم الاحوال الشخصية، للتفارق الاجرائي بينهما. فالأخيرة تُتبع فيها بدقة الاحكام المقررة في المرجع الاجرائي.

ويتسق هذا الاختلاف مع تعلق الدعوى بالحل والحرم الشرعيين، برأي قضائنا، وبمراكز اطرافها الشرعية والقانونية، حيث ان قانون الاحوال الشخصية العراقي يستند ويراعي احكام الشريعة الاسلامية في الحقوق والمواضيع التي ينظمها، وهو ما تعلنه صراحة المادة (1) منه.

فالحلال والحرام – التي يراعيهما جدا المكلفين بالقانون- حكمين لابد من تقرير احدهما قضائيا على تلك التصرفات التي يجريها اطراف دعاوانا على انفسهم او على خصومهم فيها. ويؤمن قضاؤنا بأن ضرورة الوصول لإحدى هاتين النتيجتين هي ما تطلبت التفريد الاجرائي لدعاوى الحل والحرمة، من خلال سد الثغرات الاجرائية التي يحتمل ان توفر مهربا قانونيا من الحكم في الدعوى، ذاك المترتب عليه بحكم الحلية او عدمها. وهو الحال الذي لا يصل فيها طرفي الدعوى الى حكم شرعي واضح بشأنهما في موضوع النزاع. ويرى القضاء العراقي انها نتيجة لا يرتضيها الشارع المقدس، لذا هو لا يسمح ان لا تصل دعوى الحل والحرمة الى حكم يقف عند حد الحكم الشرعي لموضوعه.

لذا فالحرص والحرج اللذان ينتابان طرفي الدعوى عند التعامل بموضوعاتها ناشئ من البعد الشرعي لها. والفقه الاسلامي الذي يبين حكم الموضوع من ناحية الحلية والحرمة يصبح مقيد قوي لآراء وتصرفات المسلمين محل النزاع في دعاوى الحل والحرمة، وفي احوالهم الشخصية عموما، وموضوعات دعاوى الحل والحرم خصوصا، ومن ذاك نرى مستواً من المراعاة الاجرائية؛ قانونية كانت ام قضائية، لحساسيتها لحياة وتصرفات المكلفين به. والذي تتمثل فيه مشكلة البحث، وهي ما سنحاول حلحلتها، وفي سبيل ذلك يسعى البحث للوصول الى اجابات قانونية لها متعلقة بالتنظيم القانوني لتلك الدعاوى، من اصل تنظيمها الاجرائي؛ القضائي والقانوني، اذ لا تُتبع فيها آليات قانون المرافعات على صفتها كنظام اجرائي عام، والسند التشريعي لتنظيمها الخاص، والاسباب الداعية له، وغير ذلك من اثاراتٍ قانونيةٍ وعمليةٍ قضائيةٍ ترد في نوع الدعاوى الذي نناقشه. يحاول البحث الاجابة عن كل ذلك بوضوح من خلال مناهج عدة دعت الحاجة لاتباعها من وصفي وتحليلي واستقرائي وتأصيلي للبيان الواضح للتفاصيل الحكمية الاجرائية لدعاوى الحل والحرم وموضوعاتها في القانون العراقي. وبخطة رسمناها للبحث من؛ مبحثين وبثلاثة مطالب لكل منهما، لننتهي بخاتمة مما رشح لدينا من خلاله من نتائج، وما نراه من حلول ومقترحات لمشكلات الموضوع، خاتمين بحمد المولى على ما وفق.

المبحث الاول / تحديد الطبيعة الخاصة لدعاوى الحل والحرمة

يتطلب بيان التنظيم الاجرائي لدعاوى الحل والحرمة إفتتاحه بالتعرف على حيثياته من خلال الدخول الى التكييف الاجرائي لتلك الدعاوى في محاكمنا للأحوال الشخصية، والمفترض فيه انه مؤسس على اسباب دعت لتفريدها اجرائيا، مؤيدة بأسباب و مستندات قانونية، ليتم بطريقة معترف بها سليمة. مبتدئين بالتعرف على ما دعى القضاء او المشرع لهذا التفريد مما تتميز به تلك الدعاوى من طبيعة او مرجعية او خصوصية ما. وهو ما سيكون منا في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الاول / تأصيل دعاوى الحل والحرمة

تخرج دعاوى الحل والحرمة من الطبيعة العامة للدعاوى المدنية، ليُقرر لها طبيعة خاصة، بإدعاء ارتباط او استبطان موضوعاتها حق لله تعالى. مع ان المشرع الاجرائي يقرر في سرد الاسباب الموجبة لتشريعِه قانون المرافعات المدنية بأن " للدعوى الشرعية من طبيعة خاصة يتصل بعضها بنظام الحسبة وبالحل والحرمة". وبه

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

تصبح معالجة الطبيعة الخاصة لهذه الدعاوى للوقوف على ضابطها تستلزم بيان نظام الحسبة، المنسوب ابتداعه الى الدولة العربية الاسلامية الحاكمة بالمرجعية الدينية صدقاً او ادعاءً، واسس له الفقه الاسلامي في حينها.

فيعرف بعض الفقه الاسلامي [1]، الحسبة على انها:"أمر بالمعروف اذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر اذا ظهر فعله". ويعرفها بعض آخر[2]، بانها: "الامور التي لابد من اقامتها وحفظها والاهتمام بأمرها والشرع لا يرضى بتركها واهمالها". فيما يرى غيرهم [3]، فيها: بالـ"نظام رقابة على سير الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بطريقة تجعلها في اطار قواعد الشرع الاسلامي وفي نظام المصلحة العامة للمجتمع". مسنديها للمصادر الشرعية، واهمها القران الكريم بآيات عدة، منها: " **وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَّا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنكُمْ خَاصَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ**" [4]. و " **وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ**" [5].

لكننا، ومن وجهة نظر تأصيلية، نرى ان العراقيين القدماء كانوا قد شرعوا من القوانين ما ينظم مختلف شؤون حياتهم، مثل قانون اورنمو وقوانين حمورابي وغيرها [6]. كما أوجد العرب قبل الاسلام نظاما رقابيا على التجارة والعمل في اسواقهم واوكلوا مهمة متابعته لرجال منهم [7]. الا ان نظام الحسبة وغيره من النظم الرقابية لم تكن موجودة في عصر الرسالة [8]، ولا في عصر الخلفاء الراشدين[9]، ولم تتبلور في العصر الاموي رغم اسناد مهمة الاشراف على الاسواق ومعاقبة المخالفين فيها للقضاة [10]. انما ظهرت وظيفة الحسبة بصيغتها الرسمية في العصر العباسي ما بعد سنة 140 هجرية تقريبا [11]، و مرت بمراحل تطويرية حتى وصلت الى صيغتها الاسلامية النهائية [12]. الامر الذي لا يُمَكننا من الجزم بان ما قام به النبي الكريم (ص) من دعوته الناس والتجار منهم للمعروف والخير ومعاتبتهم على خلافه، وما كان من الخلفاء من بعده من رقابة ومتابعة للأسواق وامرهم بالمعروف، كان القصد منه تطبيق نظام الحسبة، انما كان منهم ذلك على سبيل تنفيذ المسؤولية الدينية والقيادية في الحفاظ على مصالح الناس[13].

لنتثبت من ان نظرية الحسبة هي حصيلة اجتهادات الفقهاء فقها، والولاة تطبيقا، وليس في القرآن الكريم من نص عليها، ولا في سنة النبي ﷺ أحكام تفصيلية لها. حتى ان مصطلح (الحسبة) عند الفقهاء لم يعرف بمفهوم محدد منفصل عن احتساب سائر أعمال البر عند الله تعالى. وكان قد تبلور مفهوم الحسبة في عصر الخلافة العباسية وما تلاه، فعرفت كأحد المؤسسات الرقابية النشطة في ايجاد التوازن بين الدين والدولة ومحاولة المحافظة عليه. ليواكب تنظيم الحسبة كنظام اداري، ما عاصره من بناء فكري وحضاري للمجتمع الإسلامي المترامي الاطراف حينذاك. ولتتكون منه نظرية دينية اجتماعية ثقافية، وادارية اقتصادية وسياسية. بني لها منهجا الكبرى فيه تتبع المنكرات منعا، والصغرى تحري المعروف أمرا، وفق قواعد مرسومة سياسيا للشرع الإسلامي؛ ناظر في أمور الناس بإجراء ما قرر في الادارة العليا والنهي عما يخالفها، تنفيذا للشرع وحماية لمصالح الجماعة [14].

وعلى الرغم من عناية الحسبة كعمل اداري ابتداء بالجوانب الاقتصادية، لكنها تدرجت تطورا لتضم اصعدة اخرى، والديني اولها باعتباره مرتكز الدولة الاساس على مختلف مراحلها، وانطلاق بناها الحُكمية منه [15]. ومن هنا ألقت مؤسسة الحسبة بظلاله على النشاطات المجتمعية، وليصبح المحتسب الرقيب الاول والمباشر على الافعال بقياس تطابقها من تنافيها مع ما مضت عليه الشريعة الاسلامية[16]. لا بتمام التوجه لتحقيق مبادئ الشريعة [17]، انما وفق ما تراه سلطات الدولة ومذاهبها [18]. ولعل ما يهمنا ان نعلم ان من الامور التي دخلت تحت واجبات المحتسب الدينية انكاره عقود الزواج المحرمة[19].

بيد ان مؤسسة الحسبة التي ظهرت في القرن الثاني الهجري قد أفلت في القرن الثالث عشر للهجرة[20]. حيث الغي التزامها في مصر مثلا سنة 1819، لتدخل مظاهرها في وظائف اخرى في تنظيم الدولة [21]. وان وجودها قد تقلص ليبقى في بعض الدول في نطاق المعاملات المدنية على مسائل الاحوال الشخصية كونها محكومة بقواعد الشريعة الاسلامية بشكل صريح [22]، برؤية من الرقابة على السلوك الانساني الذي يشكل تهديدا لقيم المجتمع [23].

وعلى ما تقدم، فإن دعوى الحسبة هي "دعوى الامر بالمعروف اذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر اذا ظهر فعله"[24]، ترفع بحق لله تعالى منفردا او غالبا على حق العبد عند الاشتراك[25]. وحق الله عند الاصوليين هو "ما عظم خطره وقوي نفعه للناس بعامة"، وما نسبته الى الله الا تعظيما لأهميته [26].

وهو معناً –حقوق الله- يقسمه فقهاء القانون في بعض الى حقوق لصيقة بشخصية الانسان، فلا يجوز له التنازل عنها، وبعض آخر رُبط بفكرة النظام العام، فلم يجز للأفراد الاتفاق على ما يخالف مقتضياته، ولو انطوى ذلك على فوات مصلحتهم الخاصة. وهي الفكرة التي تشكل الحد الادنى من القواعد القانونية اللازمة لحماية المجتمع

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

من التصدع. لذا فان الحكم على قاعدة ما بخصوص تعلقها بالنظام العام من عدمه يعد من مسائل القانون فيخضع لرقابة محكمة التمييز [27].

وان كان "النظام العام" هو الأسس العليا التي يقوم عليها بنيان وهيئة المجتمع من جوانبه المختلفة[28]، فانه قانونا يتمثل بأحكام اصطلح المجتمع -شعب الدولة- على وجوب احترامها وتنفيذها لتنظيم حياة افراده المشتركة [29]. احكام تسن بقوانين تتصف بالقابلية على التغيير والتطوير، لحاكمية الزمن تطورا، ورؤى ذاك المجتمع تغيرا. ولكون الاخلال بهذه الاحكام يضر بالصالح العام وقد يؤدي الى فوات الغاية من التنظيم المجتمعي، صِيغَت بقواعد قانونية آمرة، لئلا يخالفها الافراد او يتنازلوا عن تطبيقها او يتفقوا على خلافها. ومنها القواعد المتعلقة بتنظيم الاسرة من زواج او طلاق او نحوهما [30].

ويميز القضاء بين فكرتي؛ (النظام العام) و(الحل والحرمة)، بأن الاول "يعتبر مفهوم نسبي يخضع لتغيرات الزمان والمكان على عكس فكرة الحل والحرمة فهو مطلق فالحلال حلال والحرام حرام في كل زمان ومكان"، ليرتب على ذلك اثرا متمثلا بأن مدد الطعن في الحكم القضائي من النظام العام، لكن فكرة "**النظام العام لا يكون لها اي حضور وتنحى جانبا عندما تتعارض مع الدعاوى التي تتعلق بالحل والحرمة كون نظام الحل والحرمة اعلى منزلة واقدس مكانة من فكرة النظام العام**" [31].

أما إجرائيا فالنظام العام راعاه المشرع من خلال نصوص إجرائية آمرة لا مجال لاجتهاد المحكمة في تقدير حكمها [32]. ومنها مراعاته للطبيعة الخاصة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية اذ نظمها بقواعد اجرائية ممزوجة بموضوعية محل دعاواها والقرارات المتعلقة بها [33].

بيد ان المتتبع يجد ان فقهاء الشريعة لم يتفقوا على حصر لدعاوى الحسبة، لذا تراهم يضربون لها امثلة. وتلك الامثلة لم تكن بدورها موضعا لاتفاقهم، لاختلافهم في تحديد الحقوق التي يغلب فيها حق الله، والتي لا تقبل التنازل. فهي حقوق مردها لفكرة النظام العام، فيستدق تحديدها. وهكذا يصعب حصر دعاوى الحسبة، تبعا لصعوبة تحديد ما يقع تحت فكرة النظام العام [34]. وهو ما كان ايضا من القضاء، وقبله القانون الاجرائي، بعدم بيانه لما قصد من دعاوى الحل والحرمة تعداداً، ولا وضع لها معيارا للتعرف عليها وتحديدها لتمييزها بنظامها الاجرائي الخاص. الا اذا اعتبرنا تمييز المادة (309) ، المشار اليه آنفا، لدعاوى "فسخ عقد الزواج والتفريق والطلاق" بخاصية (التمييز التلقائي)، وبدلالة الاسباب الموجبة هو تعدادا ومعيارا لتحديد أي من الدعاوى الشرعية تقع في دائرة الحل والحرمة الاجرائية، مع ان الواقع القضائي يتجاوزها لدعاوٍ اخرى، مثل اثبات النسب [35]. ولم اصل في البحث لتأكيد على ارجاع القضاء ذلك للفقه الاسلامي انطلاقا من مرجعية قانون الاحوال الشخصية ومواضيعه له[36]، على الرغم من ان الفقه الشرعي هو الآخر –كما مر بنا- لم تتفق كلمته على تحديدها لتباين تحديد كل فريق منه للمواضيع التي يغلب فيها حق الله على حق العبد . لذا صار لزاما علينا بيان دور التكييف القضائي الاجرائي في تحديد أي من الدعاوى الشرعية داخلة في تنظيم دعاوى الحل والحرمة، وهو ما سيكون في المطلب القادم.

المطلب الثاني / دور التكييف الاجرائي في تحديد دعاوى الحل والحرمة

يسعى الخصوم الى القضاء للفصل فيما تنازعوا فيه من حقوقهم الموضوعية ولإسباغ حمايته عليها من خلال آلية إجرائية وفرها لهم القانون هي الدعوى [37]. منطلقين من حق الاول (المدعي) في سماع دعواه، وحق خصمه (المدعى عليه) في المنازعة فيما وجه اليه وضد حقوقه من ادعاء. ففي النزاع الواقع بينهم على حق قانوني موضوعي، يحيلهم القانون لممارسة حقهم الاجرائي في الدعوى لفضه، فالدعوى حق وموضوعها حق آخر وبينهما استقلال [38]. فالأخير مصدره القانون الموضوعي، بينما الاول مصدره القانون الاجرائي [39]. وقد عرفها قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل بانها: "طلب شخص حقه من آخر امام القضاء" [40]، وإشترط لقبولها شروطا من اهلية اطرافها وصفتهم وخصومتهم وقيامها على مصلحة يقرها القانون [41]. وقد استقر الفقه على ان الدعوى حقا لا واجبا لأطرافها [42]، فللمدعي الحق في اقامتها او عدمه، ومنه يكون له الحق بالتنازل عنها [43].

لذا كان لأطرافها الخصوم السيادة في الدعوى من ناحية رسم وجودها القانوني، فمنهم يتعين موضوعها، الذي يتوجب عليهم بعد ذلك إثباته، و بإرادتهم وعلى أساسها يتم بنيانها الواقعي وتوجيهها [44]. فالإرادة هنا وسيلة (فنية)

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

تحرك الاجرائي من القانون لتؤسس لبنيان الواقعة القانونية محل الادعاء ونواتجها محل الطلب، باستدعاء الفكرة القانونية الموضوعية [45].

والقاضي المدني ملزم بالحكم في اطار ما يطلبه الخصوم، لا بأكثر منه، ولا بغيره [46]، ويعطي المشرع لصاحب الحق، الحق في ادارة دعواه وطلباته فيها أكثر من خيار [47]. لأن موضوع الدعوى هو ما مطلوب من القاضي الحكم به ؛ وهو ما يستهدفه الخصم من ادعائه قضائيا [48]. فالوقائع يترجمها المدعي قضاءً إدعاء بحق أو مركز قانوني، طالبا الاعتراف به وحمايته. وليقع به على القاضي، بذاك الادعاء، عبء البحث عن القواعد القانونية الاجرائية الملائمة لتطبيقها للوصول لهذه الغاية [49]، بل أن القاضي ملزم بالعلم بتفسيرها والآليات المتعلقة باجرائها [50].

وإن المشرع في وضعه إجراءات الدعوى المدنية كان رامياً لتحقيق المصلحة، بعدل سريع وغير مرهق، بأوامره ورخصه ونواهيه، كما يثبت لمستقرء النصوص القانونية الإجرائية. وتطبيق تلك النواظم انما يكون بالأخذ بظاهر النص مع عدم الابتعاد عن روحه ومدلولاته وبما لا يختل فيه مقصود النص، والفرض الاساس بشأنه ان لا تناقض بين ظاهر الحكم القانوني الاجرائي و باطنه[51]. ولضمان ذلك، أنشئ المشرع محكمة التمييز لتدقق في الاحكام القضائية لمراقبة تطبيقها للقانون [52].

بيد انه، وكما هو معروف فإن المشرع الإجرائي لم يراعي في سنه لقواعده الإجرائية المصلحة العامة فحسب ، وإنما راعى مصالح خاصة للخصوم في نواحٍ متعددة، منها ما يكون احتراما لإراداتهم واتفاقاتهم، او لجانبهم الإنساني [53]. وان كان قد جعل إنفاذ هذه المقاصد سلطة تقديرية بيد القاضي المختص، لكنه وضعها تحت مراقبة محكمة التمييز، باعتبارها من مسائل القانون [54].

ويوجب المشرع العراقي سريان "النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها"[55]،بخصوص موضوع الدعوى، من خلال تكييفه بالنسبة للنصوص القانونية. والوجوب بمطلقه هنا يتعلق -بالأكيد- بالقواعد الآمرة، اذ انه ليس كذلك في القواعد المكملة، ففيها يكون وجوب تطبيقها مرتبط بإرادة الخصوم، فلا تطبق عندما يتفق الخصوم على مخالفتها او على خلاف أحكامها؛ لأنها قواعد لا تتعلق بالنظام العام، إنما شرعت لتفسير واكمال إرادة الأطراف [56]. وقواعد قانون المرافعات المدنية من الاولى بالمجمل، لذا تراه اشار في المادة (203) الى ذلك من خلال طرحه للخصوم امكانية الطعن في حكم المحكمة بطريق التمييز اذا بني على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه [57].

بيد ان اهمية التكييف القانوني تفرض على المشرع إيراد نص يوجب على محكمة الموضوع تطبيق النص القانوني الملائم على الواقعة القانونية في الدعوى بشكل صريح [58]. وهو تصور يؤيده القضاء العراقي الذي يوجب على محكمة الموضوع إعمال النص التشريعي الملائم على واقع النزاع المعروض أمامها [59].

الامر الذي يحتاج من المحكمة إلى فهم للنص الاجرائي ومن ثم إعمال قواعده القانونية في تحقيقاتها لما بين يديها من دعوى، فأينما تعثرت المحكمة في آلية التكييف الاجرائي الموافق للقانون، خرجت الدعوى عن خارطة مسارها السليم [60]. فإنقطاع الصلة القانونية بين النص الاجرائي وما تجريه المحكمة في الدعوى المنظورة من قبلها سيوقعها في حالة تكييف خاطئ. إذ يتعين عليها وصف النزاع المرفوع امامها وصفا يُمكنها من تطبيق القواعد القانونية عليه، الموضوعية منها والاجرائية. والقانون يوسع سلطة القاضي في ذلك [61]، ولكنه يحاكم نواتجها الحكمية [62].

واذا كان التكييف (الموضوعي) يتضمن إعمال القاضي لذهنه لحل مسائل الدعوى، من خلال ما يقوم به من تقديرات منطقية في اطار القواعد التشريعية الموضوعية، فان التكييف (الاجرائي) عادة ما يتم بجهد عقلي ومعرفي اقل، بسبب من جمع القواعد الاجرائية في قانون المرافعات، ووضوحها وبساطة عمقها المنطقي وتوجه المشرع فيها لبيان فرضها وحكمها الاصيل والاحتياط عند لزومه [63]، بل وغايتها احيانا [64]. فلا يبقى على القاضي فيه الا وضع خطة من اجراءات تفضي به الى تقعيد الحق محل النزاع قواعده القانونية السليمة وتلبية طلبات الخصوم الموافقة ما تقرره النصوص الاجرائية. وليس في ذاك -على ما يبدو- سعة من اجتهاد، لكون القواعد الاجرائية آمرة ومن النظام العام في جلها.

وحيث ان التكييف القانوني في شقيه الموضوعي والاجرائي مطلوب في سبيل تحديد الطبيعة القانونية للدعوى، وصولاً للحكم الصحيح في الدعوى؛ بتقرير وجود التطابق بين الوقائع والنصوص القانونية أو عدمه، وبالتالي إلى إعمال أو إهمال حكم القاعدة القانونية بإجابة أي من طلبات الخصوم، فما هو إلا وسيلة أو صياغة فنية لازمة

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

لإعمال القانون [65]. الا انه في التكييف الاجرائي سهولة وبيان عنه في الموضوعي، ومن التطبيق العملي في سوح القضاء دليل على ذلك، اذ يُرى فيها ان الخطأ في الموضوعي اكثر منه في الاجرائي احصائيا.

ومنه يتضح أن التكييف القضائي الاجرائي يتطلب أن تتوفر في الدعوى وقائع تتوافر فيها خصائص اجرائية، وان ينص قانون المرافعات على اتباع حكم اجرائي محدد على كل من تلك الوقائع لإندراجها بمميزاتها تحت أحد الأوصاف التي ينظمها القانون ويرتب عليها أثراً. ليكون تطبيق النص الذي قرره المشرع الاجرائي على الواقعة المعروضة لرأي القاضي؛ مزج بين عمل المشرع وعمل القاضي ، وانزالٌ للقانون الاجرائي للعمل القضائي ليحقق الغاية من تشريعه [66].

فالتكييف الاجرائي عمل قضائي مضمونه إعطاء وقائع الدعوى وصفها القانوني الاجرائي بتحديد طبيعتها القانونية، فبقدر ما يكون الحكم الاجرائي مسبباً بقدر ما تَسهل معرفة تكييف الدعوى الذي وقع عليه اختيار القاضي ومدى توافقه مع القانون، وبالتالي صحته. وعليه فإن التسبيب يكون كاشفا عن التكييف ومتضمنا له، ومن هنا كان الارتباط وثيقاً بينهما[67].

فلا بد للقاضي أن يبين سنداته القانونية الكافية التي كانت الباعث الدافع لحكمه فقادته اليه. فاذا كان التسبيب نتائج بنيت على مقدمات، وجب مطابقة جانب الدعوى الاجرائي لمرجعيته القانونية، لتأتي تلك النتائج صحيحة. وذاك واجب إجرائي يلتزم به القاضي ناظر الدعوى، وبه بيان فهمه للواقع وأدلته القانونية الموضوعية والاجرائية [68].

وفي سبيل ذلك على القاضي بيان أسباب ردوده على الطلبات والدفوع التي كانت من الخصوم، ليفهم الخصوم علة ما انتهت اليه دعوتهم من حكم، ولتتمكن جهة الطعن من فرض رقابتها عليه، ليُعد الحكم المجرد من أسبابه القانونية او مسبب بعبارات لا سند لها من القانون، منطويا على خطأ يتعلق بنشاط القاضي الإجرائي، مما يفقده مقومات قبوله القانوني كحكم قضائي، فيكون معيبا او باطلاً [69]. وان رقابة محكمة التمييز على تسبيب الحكم القضائي هي رقابة على منهج مُصدرِه في الاقتناع الذي انتهى به إلى الحكم الذي أصدره، ذاك الاقتناع الذي يجب ان تتكون فيه عقيدة القاضي من وحي النصوص القانونية لا من مصدر آخر [70].

في حين ان الباحث في الاحكام القضائية الصادرة في دعاوى الحل والحرمة يجد ان التسبيب الاجرائي فيها لا يتعدى عبارة (كون الدعوى من دعاوى الحل والحرمة) او نحوها [71]، بلا استناد الى نص اجرائي اباح للقاضي على الاقل، ان لم نقل أمره، ان يخالف الكثير من نصوصه الاخرى المتعلقة بما مر ذكره وسيمر من اجراءات لازمة الاتيان على الشكل والحكم الذي رسمته تلك النصوص. وهو في هذا يخالف التكييف والتسبيب القانونيين المطلوبين على وجه الالزام والصحة، ليأتي بتكييف ليس ذي صفة قانونية، وبتسبيب معدوم او غير كاف ان تنزلنا. وبه ننعى على الفكرة الاجرائية في دعاوى الحل والحرمة، بانها تخالف قانون المرافعات المدنية بلا عذر منه، فالعذر من خارجه غير مقبول كون اهم نصوصه وقواعده من النظام العام، او انها بأسباب تفريد في نظامها الاجرائي فيها اخذ ورد قانوني، نورد اهم محطاتها في الآتي:

المطلب الثالث / قصور مبررات التفريد الاجرائي لدعاوى الحل والحرمة

يتعلق قسم من دعاوى الاحوال الشخصية بالحل والحرمة، وهو ما يفضي لتعلقها بالنظام العام، وتُراعى لذلك . فرغم ان جل الاجراءات التي يتطلبها قانون المرافعات في الدعاوى المدنية من النظام العام ايضا، لكن مراعاة الحل والحرم اولى من مراعاة الشكلية التي يوجبها القانون الاجرائي [72]، كما يرى القضاء العراقي، اذ قررت محكمة التمييز الاتحادية [73]، بانه: "يحق لأي من اطراف الدعوى او عضو الادعاء العام الطعن تمييزا في الحكم في الدعاوى التي تتعلق بالحل والحرمة حتى لو انقضت مدد الطعن القانونية لان حتمية الطعن خلال هذه المدد **واعتبارها من النظام العام لا يكون لها اي حضور وتنحى جانبا عندما تتعارض مع الدعاوى التي تتعلق بالحل والحرمة كون نظام الحل والحرمة اعلى منزلة واقدس مكانة من فكرة النظام العام ... ولهذا فان مشرع قانون المرافعات قد احتاط لذلك واعطى حيزا للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة وقد تجسد ذلك في نص المادة (299) من قانون المرافعات المدنية التي نصت(تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية فان لم يوجد نص تطبيق احكام المرافعات المبينة بهذا القانون بما يتلائم مع طبيعة الدعوى الشرعية". وكذلك تأكيده في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية على طبيعة الدعوى الشرعية والتي اعتبرها ذات طبيعة خاصة تتصل اتصالا مباشرا بمفهوم الحل والحرمة فلا تكون والحالة هذه حقا خالصا لأصحابها..".**

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

وقد يُرد توجه القضاء الى الاهتمام بالبيان المؤكد لمراكز اطراف دعاوى الحل والحرم الشرعية كان مدفوعا بأكثر من دافع؛ من حاجته لترتيب باقي احكامهم ومراكزهم القانونية المؤسسة على مراكزهم الشرعية على حكم موضوع دعوى الحل والحرم لتعلقها به. فالزوجة المحللة لزوجها يترتب لها احكام لحقوق مالية وشخصية ناتجة عن الزواج، في حين ان الزوجة المحرمة على زوجها لن تحصل على تلك الثمار لتغير احكامها من الحق فيها الى الحرمان منها او تغيير في أقيامها على الاقل.

أو قد يكون القضاء مدفوعا بتوجه عدم ترك المجال لأطراف الدعوى للخروج من خلال القضاء على منظومة الحكم الشرعي وهي المصدر الاصل للحكم القانوني والقضائي في الاحوال الشخصية. او على الاقل لا تتركها لميولهم ورغباتهم التي قد تكون منحرفة او غير مراعية لشرعية تصرفاتهم ومواقفهم. فلا يترك زوجة على زواجها المحرم او لا يسمح لها بالوقوع في حالة تعدد الازواج غير المقبولة شرعا. وهو ما يؤيده القرار التمييزي المذكور آنفا، والذي يحمل رأي محكمة التمييز الاتحادية في ان عملها بخصوص دعاوى الحل والحرمة المنصوص عليها في المادة، هو **"إعمالا لحكم الشريعة فيه وهذا ما يقتضيه رعاية النظام العام وتعلقه بمصالح المجتمع أكثر من تعلقه بحقوق احد الناس"** [74].

او كان لحرص القضاء على التوافق الشرعي لمراكز الاحوال الشخصية القانونية لأطراف الدعوى، ومن ورائهم المكلفين في المجتمع، باعتبار ان الشريعة الاسلامية، بل ودعاوى الاحوال الشخصية من النظام العام. حتى لو استدعى ذلك اجبارهم على التزام مراكزهم القانونية في شان مواضيع دعاوى الحل والحرم الوجهة الشرعية السليمة بفرضها عليهم والتعامل القانوني معهم بموجبها.

لكن السؤال يثار عن حرص القضاء على متابعة نظام الحلال والحرام في مواضيع محددة من الاحوال الشخصية فشملها في منظومة دعاوى الحل والحرمة ولم يبين حرصه عليه في المواضيع الكثر من ذات النسق الاخرى. وتبرز اكثر الحاجة لإجابة السؤال المتقدم اذا علمنا ان المكلفين يهتمون بشكل شخصي في احوالهم الشخصية وموقعيتها من منظومة الحلال والحرام، فيحرصون كل الحرص على ابعاد مراكزهم وتصرفاتهم الشرعية في احوالهم الشخصية عن منطقة الحرام الحكمية الشرعية كأهون توجهاتهم، ان لم يحرزوا تواجدهم المؤكد في منطقة الحلال الحكمية الشرعية. وبالتالي فهم فعليا لا ينتظرون ولا يهتمون بالحكم القضائي الكاشف عن مراكزهم الشرعية تلك. بل لعل السؤال يكون اعمق، وعن اصل الفكرة التي قررها المشرع في اسبابه الموجبة، ووضع لها القضاء نظاما اجرائيا خاصا، وتلك هي دعاوى الحل والحرمة. فلأي سبب عاد بنا المشرع للتنظيم القانوني لـ(نظام الحسبة) للعصر العباسي، وبأي ذريعة اضاف القضاء لقاضي الاحوال الشخصية وظيفة (المحتسب). فيما غطت القوانين الاخرى، ومنها قانوني العقوبات والاحوال الشخصية، الاحوال التي يخشى القضاء في حدوثها انتهاك لحقوق الله تعالى وضوابط الشرع الحنيف، من الزواج المحرم شرعا او قانونا وجرائم زنا الزوجية والتحريض عليه والزنا بالمحارم [75]، كما في نصوص المواد العقابية؛ (376 و377 و380 و385) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969، او الزواج بالإكراه والمنع من الزواج والزواج العرفي(خارج المحكمة) والزواج بثانية (9و10 و11) من قانون الاحوال الشخصية ، كما نظم فيه الادعاء والاقرار بالزوجية ونفي واثبات النسب، وغيرها. فضلا عما ذكرناه من اهتمام المكلفين بشرعية تصرفاتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية. ولعل المتتبع يرى معنا، ان تفريد دعاوى الحل والحرمة اجرائيا عن باقي الدعاوى الشرعية والمدنية أمر يتنافي مع التجاوز الزمني لنظام الحسبة مع تطور الدولة الحديث، اذ توزعت فيها مهامه على اجهزتها الاكثر قدرة على انجازها بما لها من كوادر وتنظيم وامكانات وبرؤى متطورة ناجحة. فمما ذكرنا انفاً، نجد ان لا ضرورة لمخالفة القضاء في هذه الدعاوى لقواعد قانون المرافعات المدنية، لندعوه للعودة بها الى حضيرة الدعاوى الشرعية في تقدير طبيعتها، وفي نظامها الاجرائي.

بينما، وبخصوص الاجراءات، فلا يقبل التفريد فيها لنوع من الدعاوى من نظامها العام – كما هو الحال في دعاوانا محل البحث- الا اذا استند لأسباب قانونية. ليأتي دور السؤال عن السند من نصوص القانون الاجرائي لهذا التفريد، الذي يجاب عليه؛ بأن المادة (299) من قانوننا للمرافعات المدنية تنص على ان: "تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية فإن لم يوجد نص تطبق أحكام المرافعات المبينة بهذا القانون بما يتلاءم مع طبيعة الدعوى الشرعية "، وهو ما يحتج به القضاء كسند قانوني لما نظم لتلك الدعاوى من اجراءات، اذ توضح ذلك محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المشار اليه سابقا. حيث خص القانون الدعاوى الشرعية بقواعد اجرائية خاصة من خلال نصوص التالية لهذا النص وهي المواد من (300) الى (310)، لكن دعاوى الحل والحرم لم تكن منظمة

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

فيها اجرائيا، عليه فان نص المادة اعلاه يُلزم القضاء في هذه الحال بتطبيق احكام المرافعات المنصوص عليها في هذا القانون لكن بقيد ملائمتها مع طبيعة الدعوى الشرعية.

الامر الذي يثبت ان القضاء في احتجاجه بنص المادة (299) في مخالفة القانون في اجراءات دعاوى الحل والحرمة، قد حمل النص اكثر مما يحتمل، بل وتجنى عليه، وخالفه والقانون برمته. فالنص اولا؛ لم يفرد لدعاوى الحل والحرمة تنظيما خاصا بها، انما نظم القانون بالكتاب الرابع منه اجراءات الدعاوى الشرعية بلا تمييز بينها، باستثناء التمييز التلقائي للأحكام الصادرة في دعاوى فسخ عقد الزواج والتفريق والطلاق وعدم تنفيذها قبل ذلك، المقرر في المادة (309) [76]. وبه لا يعود للادعاء بانها نظمت بالمادة المذكورة من اساس. وثانيا؛ ان نص المادة المذكورة بيَنَ انه ما لم تخطه النصوص الخاصة بالدعاوى الشرعية من تنظيم يُرجع فيه الى التنظيم الاجرائي العام للدعاوى المدنية، بقيد ملائمته لطبيعة تلك الدعاوى. وهو ما يعني انه في دعاوى الحل والحرمة لابد من اعمال التنظيم القانوني الاجرائي العام لعدم تنظيم جل اجراءاتها في النصوص الخاصة المشار اليها. وبالتالي يكون القضاء بعيد عن، ومخالف لهذا النص عند تطبيقه اجراءات لم توردها نصوص قانون المرافعات، او تطبيقه ما يخالفها تماما. وثالثا؛ لا عذر في مخالفة القضاء للتنظيم الاجرائي العام المنصوص عليه في القانون فيما يتبعه من اجراءات دعاوى الحل والحرمة، بما جاء في ذيل المادة (299) بمراعاة طبيعة الدعاوى الشرعية عند التطبيق القانوني الاجرائي العام. لان النص لم يجز اخراج دعاوى الحل والحرمة من التنظيم العام للدعاوى المدنية، بدليل عدم نصه الصريح على ذلك، انما سمح للقضاء بالتطبيق (الخاص) لتلك القواعد استرشادا من طبيعة دعاوى الحل والحرمة، فالزم باختيار ما يناسب طبيعتها منه لا من خارجه. ليكون قد قرر ابقاء قواعدها الاجرائية من ضمن القواعد العامة، وليصبح الخروج عليها ممنوعا، وفيه لا يجوز الاجتهاد لآمرية نصوصه وتعلقها بالنظام العام.

وعدم بيان المشرع الاجرائي للطبيعة المرعية للدعاوى الشرعية، رغم تأشيرنا لخطئه انطلاقا من الدقة والتحديد التفصيلي المفترض في القانون الاجرائي، لا يبيح للقضاء خلق تنظيما اجرائيا مخالفا لما شرع والزم لنوع من دعاوى بدعوى تعلقها بنظام الحل والحرم الشرعي. وتلك حجة لم يقل بها القانون الاجرائي ولم يشفعها بخاص من تنظيم، مكتفيا بالعام منه.

وما تقدم ينزع صفة "الموافَقة للقانون" من الاجراءات القضائية المتبعة تطبيقيا في دعاوى الحل والحرمة. الامر الذي يدخل تلك الاجراءات في حكم الفقرات (1و3و5) من المادة (203) على الاقل [77]، باعتبارها تنطوي على مخالفة للقانون، ومؤثرة سلبا في صحة ما أُسس عليها من احكام قضائية، التي تأتي بسببها غير جامعة للشروط القانونية من تكييف وتسبيب سليمين، ومتضمنة؛ اغفالا للفصل في جهات في الدعوى، او قضاء بأكثر مما طلبه الخصوم او بغيره [78]، ان هم طلبوا التنازل عن الدعوى او ابطالها. لتمسي بها محكمة التمييز ملزمة بنقض الاحكام الصادرة في دعاوى الحل والحرمة لتوفرها على الاسباب الواردة في المادة (3/210)، والمادة (211) التي تشدد في النقض[79]. كما تدخل تلك الاحكام القضائية تحت حكم المادة (3/212) [80]، التي تخص مخالفة الحكم للإجراءات وتُلزم، فضلا عن نقضه، محكمة الطعن بإعادة الدعوى الى محكمتها آمرة إياها بإعادة نظر الدعوى، منطلقة من النقطة التي وقعت فيها المخالفة الاجرائية لتلغيها وما بعدها من اجراءات ترتبت عليها.

وعلى الرغم من تصريح مشرعنا الاجرائي في اسبابه الموجبة لتشريع قانون المرافعات المدنية[81]، انه في ايراده في المادة (299) عبارة "طبيعة الدعاوى الشرعية" التي تطلب مراعاتها عند تطبيق اجراءات قانون المرافعات عليها، قد استهدف "ان يبرز ما للدعوى الشرعية من طبيعة خاصة يتصل بعضها بنظام الحسبة وبالحل والحرمة"، الا انه لم يبين مقصوده من هذه "الطبيعة" شملت الدعاوى الشرعية، لا سيما وانه اعترف بان "بعضها" فقط هو ما يتصل بـ"نظام الحسبة، وبـ"الحل والحرمة". أو على الاقل، انه لم يضع القانون معيارا لملائمة النصوص الاجرائية عند تطبيقها على الدعوى الشرعية، ليستطيع القاضي بدقة ووثاقة ان يقيس به الاجراءات الواجب التطبيق على هذا النوع من الدعاوى. مع ان القضاء يعتبر ان المشرع الاجرائي " **قد احتاط لذلك واعطى حيزا للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة وقد تجسد ذلك في نص المادة (299) من قانون المرافعات المدنية**"[82]، وهو ما يثير السؤال عن اجتهاد القاضي في المسائل الاجرائية، والذي سنحاول تبيانه في محله في الآتي من البحث.

كما ان القانون لم يبين على وجه التعداد البين في نصوصه، الدعاوى الداخلة في نطاق الحل والحرمة، التي بين انها بعض من الدعاوى الشرعية، كما تقدم. غير ان ما يفهم من الاسباب الموجبة للقانون وضعها معيارا لتحديد هذا النوع من الدعاوى بنصها: " فلا تكون الدعوى في هذه الحالات حقا خاصا لأصحابها، ولذلك لا يجوز

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

للمدعي ان يطلب في الدعوى الشرعية ابطال عريضة الدعوى **اذا كانت** تتعلق بأمر من هذه الأمور التي دل المشرع على حرصه عليها **بما قرره** من تمييزها وجوبا حتى اذا لم يميزها ذوو العلاقة كان لزاما ان ترسل اضبارتها إلى محكمة التمييز لتدقيقها ومراقبتها، من خلال الاشارة في ذلك الى التحديد الوارد في المادة (309) والتي حدد تلك الدعاوى بانها " فسخ عقد الزواج و التفريق و الطلاق " بنصها: "1 – ... والاحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج أو التفريق أو الطلاق ... اذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي ارسال الاضبارة في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لإجراء التدقيقات التمييزية عليها. 2 – لا تنفذ الأحكام والحجج المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تصدق من محكمة التمييز ". ولابد من ايراد رأينا باننا نقبل من "الاسباب الموجبة" التوجيه لمعيار تحديد الدعاوى المتصفة بخاصية التعلق بالحل والحرمة، لكننا لا نقبل العمل بما اشارت له من عدم امكانية اطرافها ابطالها لأنه حكم يستلزم العمل به وروده بنص قاعدة اجرائية ليكون ملزما، وهو ما لا نجده في نصوص القانون. لا بل ان القاعدة الاجرائية التي منحت حق الابطال، المادتين (56 و 88) لم يستثنيان دعاوى الحل والحرمة من هذا المنح، مع انهما اشترطا واستثنيا حالات سنفصل فيها في محلها من البحث.

ومن خلال ذلك، يتبين لنا تقرير المشرع لتعلق دعاوى الحل والحرمة بالنظام العام، ليترتب على ذلك خروجها من طبيعة الدعوى المدنية العامة القانونية كونها "حقا خاصا لأصحابها"[83]، لكن هذا التعلق مقرر اصلا لكل الدعاوى الشرعية في حكم المادة (130) من القانون المدني، ولم يترتب عليه ما ترتب على دعاوى الحل والحرم، وهي بعض منها، من تفريد في الاحكام والاجراءات. مع ملاحظة انه لا يمكن اعتبار النص في الاسباب الموجبة نصا حكميا او قاعدة قانونية، مع الاقرار بجزئيتها من القانون، لأنه بيان لمنهج وفلسفة المشرع فيما شرع لا احكامه، وهو الحال الذي لا يصح معه اعمال قواعد التفسير لحل الاشكال بين ما قرر القانونين المذكورين. وان تنزلنا، فان اعمال قاعدة "الخاص يقيد العام" في النصوص القانونية لا يؤدي الى هذه النتائج، لان التقييد لا يتضمن الالغاء. كما ان اعمال قاعدة "اللاحق ينسخ السابق" فيهما يكون في النصوص المتعارضة بما تنظم او تحكم لا بالنصوص المتداخلة او في "طول واحد"، وما نحن فيه كذلك.

المبحث الثاني / احكام دعاوى الحل والحرمة الاجرائية

تحضى دعاوى الحل والحرمة بتنظيم اجرائي مخصوص بها، تعرفنا على مقدماته ودواعيه فيما تقدم من البحث. ليأتي الدور للخوض في الاحكام الاجرائية التي تمثل مفردات هذا التنظيم، فتمنحه خصوصيته التي يفارق بها التنظيم الاجرائي العام للدعاوى المدنية المبسوط في نصوص قانون المرافعات المدنية. وفي سبيل ذلك قسمنا مبحثنا هذا الى ثلاثة مطالب تخصص كل منها في جزء من التنظيم الخاص لما نحن فيه من دعاوى، وكما يأتي:

المطلب الاول/ حضور الخصوم وغيابهم في دعاوى الحل والحرمة

يعتبر حضور الخصوم في جلسات الدعوى هو فاتحة عملية لإعمال حقهم في الدفاع عن حقوقهم فيها. وحق الدفاع حق شرعي دستوري مقدس [84]، ولابد من إتاحة الفرصة كاملة لتطبيقه، وذاك ما يبدأ بحضور الخصم المرافعة في دعواه لوقوفه على ما قد يتخذ فيها، وبالذات ما كان ضده، ليتمكن من ابداء دفاعه عن حقوقه واثباتها بكل حرية وسعة قانونية اجرائية.

لكن لابد من ملاحظة ان دفاع الخصم عن حقه حق خالص له محترم لا يجبر عليه ان لم يرد استعماله [85]. وبقائه في دائرة الحقوق يحيطه بفضاء من الحرية المناسبة ويترك زمامه في يد صاحبه، الطرف في الدعوى. وهو ما يتنافى مع الاجبار والقسر عليه، بل وعلى مدى نجاحه فيه يأتي الحكم في الدعوى.

وعلى تلك القاعدة أسس قانون المرافعات المدنية نظريته للمرافعة، اذ الزم بتأمين حضور الخصم في الدعوى بضرورة اتصال علمه الوافي بالدعوى موضوعا واشخاصا واثباتا ومكانا وزمانا، من خلال الأمر بتبليغه المؤطر بمعلومات وآليات قانونية دقيقة، توصل له العلم الدقيق الفاتح لعمله بالدفاع عن حقوقه التي تطالها الدعوى [86].

كما نظم اليات هذا الحضور بنصوص قانونية ملزمة [87]، على المحكمة مراعاتها والا شاب عملها البطلان وعدم النفاذ، متعلقة بتهيئة المكان والاجواء المناسبين لحضوره الايجابي في الدعوى وتمكينه من وسائل دفاعه عن حقه الكبيرة، والكثيرة [88].

بل وامر بانتظار ما يكون لحضوره من نتائج ايجابية، للحكم في الدعوى على ضوء من نجاحها في مهمتها [89]، وابقى الفرصة متاحة له بحضور مناقشة حقه من جديد حتى بعد الحكم في الدعوى التي لم يتاح له حضور جلساتها، ولو كان مختارا غيابه ذاك [90].

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

كل ذاك في اطار من حرية الحضور فلا يؤاخذ على عدمه، لا دليلا ضده، ولا حكما عليه. فالدفاع عن الحق حق ومقدمات ممارسته حرية، بالحضور وغيره. وتلك وجهة نظر القانون بلا خلاف [91]. لكن قضاؤنا حول هذه الحرية الى الزام. ولم يترك لطرف دعوى الحل والحرم امكانية التمتع بها كما يتاح له في باقي دعاواه، حتى ان محكمة التمييز الاتحادية نقضت حكماً، معتبرةً اياه "غير صحيح ذلك أن الطلاق جرى بغياب الزوجة" [92]. اذ اجبره على الحضور ولو باستخدام بعض الوسائل القسرية المستعملة في دعاوى الجزاء لتستمع لاقواله، باعتباره جزء من عملية الاثبات المتعلقة بموضوع الدعوى، مستعيناً – اي القضاء- بما توفره المادة (17/ اولا) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل للمحكمة من مكنة اتخاذ اي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازما لكشف الحقيقة .

وبهذا يظهر القضاء المدني في دعوى الحل والحرم وكأنه قضاء جزائي في بعض طرق عمله. والتساؤل يثار حول حرص القضاء هنا على مجرد حضور الخصم ولو جبرا لجلسة دعواه، ام يمتد الى الاستماع لأقواله في موضوعها، ام لأكثر من ذلك بتحصيل صدقه فيما يدلي من قول؟

فحضور الخصم محل حرص القضاء في هذا النوع من الدعاوى كما مر بنا، ونرى انه يمتد لاستماع وتدوين اقواله فيما ينسب اليه من قول او فعل في محل النزاع. الامر الذي تقره محكمة التمييز الاتحادية بحكمها في دعوى طلاق الزوج فيها مودع بالسجن لحكمه بالمؤبد، الذي نقض القرار المطعون فيه **"لأن محكمة الموضوع أرسلت ورقة تبليغ المدعى عليه الى أدارة السجن لغرض تبليغه الا أنها لم تطلب تأمين أحضاره أمامها بغية الأستماع الى أقواله بصدد الدعوى لتعلقها بالحل والحرمة وجواز مخاصمته فيها"** [93]، بحيث ان امتناعه عن الادلاء به يسمح للمحكمة في استخدام القسوة والعقوبة ضده لانتزاع القول منه. الامر الذي قد يصل اليه من حبس ذاك الطرف، وعلى العكس منه امر صدقه في القول الذي لا نرى امكانية تحصيله، ليتم اللجوء الى وسائل الاثبات الاخرى غير الاقرار لإثباته.

ففي دعوى تصديق الطلاق الخارجي، اذا تصادق الزوجان على حالة الزوجة (الصحية) النسائية، حكمت المحكمة بوقوع طلاقهما من عدمه بناء على بيانهم ذاك. اما اذا لم يصادق الزوج على اقرار الزوجة عن حالتها تلك، بادعائه عدم صدقها، اعتبرته المحكمة عاجزا عن اثبات ادعائه، فمنحته حق تحليفها اليمين الحاسمة. فيما يمكن لها الاستعانة بالخبرة الطبية في اثبات ما اختلفوا فيه. لكن اتجاه المحكمة للإثبات باليمين الحاسمة هذا يفتح المجال امام اللجوء لذات الوسيلة بغياب الزوجة بإصدار القرار معلقا على النكول عن اليمين عند الاعتراض، قياسا على حالة الحكم على المدين الغائب وعجز الدائن الحاضر عن الاثبات. فكلاهما الدائن والزوج عاجزين عن اثبات مديونية او طهارة الطرف الاخرى، على التوالي. وكلا الحالين محدد بالإثبات باليمين، باعتبار غياب باقي الادلة، جزئيا في حالة الدائن لعدم الدليل الكتابي الوحيد الممكن اثبات المديونية به، وكليا في حالة الزوج باعتبار طهارة المرأة للياقتها للطلاق حالة جسدية داخلية فيها، لا دليل عليها من غير الزوجة ذاتها.

كما يمكن اقامة هذه الدعوى من زوج على زوجته المتوفية، او من ورثتها ضده، او من ورثة اي منهما على الاخر اذا توفيا، لدواعي متعلقة بالمزاحمة في الميراث. وتلك احوال ليست الزوجة فيها على قيد الحياة لإجبارها على الحضور وسؤالها عن حالتها النسائية لتقرير وقوع طلاقها من عدمه، افلا تحكم المحكمة بالطلاق. وحيث انها ستحكم باعتبار ان عدم حكمها امتناع عن احقاق الحق وتعطيل لمصالح الناس وكلا الحالين غير مقبول قانونا، وحيث ان حكم الامثال فيما يجوز ولا يجوز واحد، فان المحكمة يمكنها ان تحكم بالطلاق بغياب الزوجة وبلا اضطرار لإجبارها على الحضور واللجوء معها في سبيل ذلك للقسوة، وفي الاحوال اعذار لا حصر لها.

فلِمَ يلجأ القضاء لمخالفة قاعدة حرية الحضور ان كان بإمكانه الوصول الى حكمه في موضوع الدعوى بوسائل الاثبات القانونية الاخرى غير مضطرا لإقرار الخصم ليصدر حكمه له او عليه، وللأخير اللجوء لطرق تصحيح الاحكام بالطعن فيه ان رآه لم يلبي حقوقه. وتلك مكنة ثبتت للقاضي من خلال النص الاجرائي في المادة (299)، التي وجهت بالبحث عن الاجراء القانوني الملائم لطبيعة الدعوى الشرعية واتباعه.

ومن ذاك يتأكد لنا ان لا موجب لمخالفة حكم حرية الحضور في الدعوى المدنية العامة ونظامه الاجرائي بالنسبة للزوجة في دعاوى الطلاق والتفريق وفسخ الزواج واي دعوى شرعية تحضر فيها الزوجة لما عالجنا انفا من سبب. وكذا مع الزوج في عدم اجباره على الحضور اذا كان –وهو كذلك- داعي حضوره سؤاله حول ما اذا تلفظ بالصيغة الشرعية للطلاق من عدمها، فهذا التثبت يمكن تحصيله من خلال الشهود. لتسقط ذرائع الاجبار على

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

الحضور وعدم السماح بالغياب لأطراف دعوى الحل والحرمة، ولتعود ملائمة القواعد الاجرائية العامة في الحضور والغياب لتلك الدعاوى متوفرة، وبه لا موجب للتفريد المخالف للقانون.

المطلب الثاني / الانهاء المبتسر لدعوى الحل والحرمة

تنص المادة (2) من قانون المرافعات المدنية على تعريف الدعوى بكونها: "طلب شخص..."، وهو اتجاه ليس من المعتاد رؤيته في النصوص القانونية. اذ ان المشرع لا يميل الى حصر ما يعالجه من مفاهيم في نصوص محددة تتبنى مهمة تعريفها. لما يتضمن من تقييد قد يُحجم من الاتساع التطبيقي لذاك المفهوم ، وهو ما يخشى منه النيل من مرونته الزمنية وصموده، لتقل تبعا لذلك امكانية انطباقه على ما يطرح على القضاء من نزاعات يمكن ان تمثل مصاديق له.

لكن المشرع قد يختار النص على تعريف لمفهوم يرى ضرورة تحديده بدقة توضح ما يتبناه من فكرة نظرية وتطبيقية متعلقة به ليبني عليه منظومة احكامه. وفيه ايضا منعا لالتباس او توهم بأفكار مقاربة غير تلك التي ارادها المشرع، وهذا الاتجاه يتعزز في القوانين التي تعد قواعدها او بجزء مهم منها من النظام العام ، مثل قانون المرافعات المدنية.

وحيث ان المشرع الاجرائي قد اعتبر الدعوى طلب من شخص، والذي يبني قاعدة مطلوبية القضاء المدني المعروفة، فانه قد ثبت حقيقتين قانونيتين اجرائيتين. اولهما، امكانية تحريك الدعوى المدنية في القضاء من شخص ضد آخر، وبالتالي فهي حق لمن كان من طرفي الدعوى مدع، إذ ان الدعوى وسيلة لحماية حق معتدى عليه او لتحصيل حق مجهل مهضوم. فتكون هذه الحماية متروك استدعائها لمن يطلبها، وهو صاحب الحق، ممن يقدر عليها ، وهو القضاء. اما إن اهمل الاول او عفا او تنازل او رضي بما انتهى اليه حقه من حال فلا اجبار عليه من شخص او قاض، ولا من مستدع قانوني آخر لتلك الحماية غيره. وهذا في ضوء ما تنتهي اليه الدعوى من حكم، لا بالنظر لمجرد تحريك الدعوى فهي مكنة قانونية يفترض استخدامها من قبل من أُتيحت له قانونا. فالحق في الدعوى لا يتأكد الا بعد عرض ونقاش امام القضاء، وكعتبة للدخول فيها بالتثبت من شخص المدعي وعلاقته بموضوعها لقبولها، والتثبت من صحة مضمون الادعاء للحكم فيها.

اما الحقيقة الثانية فهي الدور السلبي للقضاء في هذا الشأن، من انه لا يحق له المبادرة في الدعوى حماية لحق احد الاشخاص، يراه مهتضما او معتدى عليه، انما يلزم السكون، بل والسلبية تاركا المبادرة والايجابية لمدعي الحق ورغبته في الدفاع عن حقه، وهو بعض ما يفارق فيه قضاؤنا المدني عن مثيله الجزائي. لذا كان الاول مطلوب، والثاني تلقائي النشاط في حمايته للحقوق. كما ان القضاء المدني مقيد في عمله في حدود حقوق الاشخاص لا حقوق المجتمع، فالتعريف اعتبر الدعوى وسيلة متاحة للأشخاص لا المجتمع.

لكن هذا التأسيس العام تخالفه دعاوى الحل والحرمة، اذ يخرج فيها القضاء عن مهمته وقيوده، بل وعن الفكرة الناظمة للدعوى في قانون المرافعات المدنية. فقد وصلنا آنفا الى ان القضاء المدني مطلوب، سلبي الحركة، يعمل في اطار حقوق الاشخاص لا المجتمع. فيما نراه في دعاوى الحل والحرم يتعدى تلك الأطر، ليمتلك الدعوى من المدعي، وليعمل لمصلحة المجتمع لا اطراف الدعوى، ويفارق قاعدة المطلوبية له والسلبية فيه، الى عدم الوقوف عند الطلب، والمبادرة لما يرى فيه رعاية لمصالح وحقوق اكبر واهم من نصيب اصحابها فيها.

وفي سبيل انهاء الدعوى تحكم المواد (56 و 88 و 90) بإمكانية انهائها بتنازل المدعي عنها او ابطاله لعريضتها التي حركتها ابتداء، بل انها لم تقف باهتمام عند اسباب ذلك لدى المدعي. والابطال قد يرد بطلب من المدعي او المدعي عليه في حالة خاصة، او كلاهما، او قد يرد بحكم القانون جزاء لبعض الحالات[94]. وان كان معنى الابطال النزول عن الخصومة القائمة، لكن للمدعي ان يحتفظ في حق المطالبة بأصل الحق المدعى به، بحيث يجوز له تجديدها [95]، ما لم يكن حقه في ذلك قد سقط لأسباب اخرى، أو تقادم فإنقضى [96]. فقد يتجه المدعي من طلبه بإبطال دعواه لعدم الحاجة او عدم التفرغ والاستعداد او انتهاء سببها أو من اعتبارات عائلية أو إنسانية تمنعها او تمنع إستمرارها [97]. والاثر ذاته يترتب على الابطال بحكم القانون [98].

لكن هذا الحق في الابطال، ورغم تقريره بالقانون، ممنوع بحالات نص عليها القانون، من توقيت طلبه قياسا لحالة الدعوى فرفض اجابته عندما تكون المحكمة قد تهيأت للحكم في الدعوى [99]، وهو ما يكون اذا استمعت المحكمة لما لدى الخصوم من أقوال وإستكملت تحقيقاتها في موضوع الدعوى وفي الأدلة المقدمة بحيث أصبحت صالحة للحكم فيها [100].

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

وممنوع لحماية المدعى عليه من ضرر قد يلحقه من طلب الابطال حين تكون رعاية مصلحته اولى من رعاية مصلحة المدعي في ذلك الطلب، وهو ما يبرز عند ابداء الاول دفعا من شأنه ان يؤدي لرد دعوى الثاني [101].

ويمنع حق الابطال من قبل القضاء في دعاوى الحل والحرمة، فلا تستجيب فيها المحكمة لطلب الابطال، على الرغم من أن حق المدعي بإبطال دعواه قرره القانون [102]. لنلحظ ان القضاء يخالف بصراحة هذا الحق القانوني الاصل والتقرير، في دعاوى الحل والحرم فلا ينهيها بطلب التنازل او الابطال الصادر من محركها القانوني - المدعي- بعدم رغبته في الاستمرار بها لأي سبب تَكَونَ لديه. ولا يسمح بإنهائها انهاءً مبتسراً [103]، ويصر على الوصول بها الى حكم فاصل في موضوعها، استجابة منه لتعلقه بنظام الحلال والحرام الشرعيين – الذي يُراعيه- ذي الاحكام الواضحة في شان ما يثار من نزاعات على المراكز الشرعية لأطرافها. وهذا النظام لا يقبل التعطيل، لاهتمام وحرص الشارع المقدس عليه، فالمراكز الشرعية لأطراف الدعوى يجب ان تكون قاطعة في وجودها في (جهة) الحلال او (جهة) الحرام، فلا موضع لها بينهما. ولا يقبل الرأي المتردد بينهما، او عدم الوقوف على اي منهما. وليتبع القضاء هذا الحرص، فيحكم في الدعوى على اطرافها وفقا لذلك. فقد قضت به محكمة التمييز الاتحادية[104]، بقولها انه:" **أن دعوى الطلاق غير قابلة للإبطال لكونها من دعاوى الحسبة لتعلقها بالحل والحرمة وإن طلب الطرفان إبطالها. فكان على المحكمة الاستمرار بنظر الدعوى وإصدار الحكم المقتضي فيها على ضوء ما ثبت لها شرعاً وقانوناً** ".

ومن جهة اخرى، فانه ينبني على ملكية الدعوى لأطرافها، السماح القانوني للخصوم بإنهاء دعواهم او تركها في اي مرحلة كانت. ويتأكد بترتيب القانون لهذا الترك من سقوف زمنية، تعد مدد سقوط للحق في الاستمرار بنظر الدعوى، لتنتهي انهاء مبتسرا بالإبطال بحكم القانون [105].

اي ان القانون هنا يؤيد، ان لم نقل يشجع على، انهاء الدعوى وديا او بالاتفاق بين الخصوم كونه الحل الاكثر مرغوبية واستقرارية مجتمعية. فترك الدعوى للمراجعة قرار بيد اطرافها تماما، والقضاء فيه مراقب او موقت، سلبي، لا راي له ولا حكم الا ما كان من التثبت من توفر الحال الموصوف في القانون.

ليكون للخصوم الحرية التامة في ايقاف القضاء عن نظر الدعوى والاتجاه الى وسيلة اخرى لحل نزاعهم. وأدلة ذلك، اعتبار المشرع مجرد غيابهم عن اي من جلسات مرافعتها تعبيرا عن هذا التوجه، وفي المدة المتروكة للمراجعة حَثٌ عليه مفصح عنه بالتوقيت المُتْبع بالإبطال. فضلا عن منع المحكمة من اتخاذ اي اجراء خلال فترة غياب الطرفين تحت طائلة البطلان. والترك تعبيرا عن التزام المشرع بفكرة ملكية الدعوى لأطرافها، ومسايرة لقاعدة المطلوبية في القضاء المدني حيث ترك امر استئناف نظر الدعوى مرهون بطلب اي من اطرافها بعد الغياب والترك [106].

بيد ان تأكيد القانون على حرية الخصوم بترك دعواهم، وإحتياطه لهم في زمن متاح امامهم للعودة وبالطلب للاستمرار بنظرها من قبل القضاء الماثل بجلاء في نصوص المواد الناظمة له (54 و 180 و 190) وروحها، لم يمنع القضاء من مخالفة هذا التوجه القانوني في ادارته لدعاوى الحل والحرم، اذ انه الغى الفرصة القانونية في ترك الدعوى للمراجعة. بل وعمل على ذلك من الاصل بان منع امكانية الغياب التي تفتح باب الترك الذي قد تتبناه نيات طرفي الدعوى بعيدا عن علم ورأي المحكمة.

وبنفس التوجه، ولعله من باب اولى، وقريب من فكرة ترك الدعوى للمراجعة، ترد فكرة عدم السير في الدعوى وتعطيل كافة إجراءاتها لمدة زمنية معينة قانونا في حال تحقق سببا من اسباب محددة قانونا، لكن باستمرار حالة قيام الدعوى بالرغم من وقفها انتاج آثارها القانونية، بما يدعى اصطلاحا "وقف الدعوى". وهو ما يكون اتفاقيا او قضائيا او قانونيا، تبعا لمصدر انشائه[107]. فالأول مصدره اتفاق الخصوم على وقف دعواهم [108]، والثاني يكون بناء على رؤية و قرار محكمة الموضوع [109]، وإما الثالث فمصدره نص القانون في حالات حددها [110].

فالوقف الاتفاقي[111]، وهو محل المنع في هذه الدعاوى من بين انواع الوقف التي نص عليها القانون، واشرنا اليها، هو الوقف الحاصل بناء على اتفاق الخصوم، وهذا ما أجازته الفقرة الأولى من المادة (82) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ للخصوم بنصها على انه:" يجوز وقف الدعوى اذا اتفق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر من تاريخ اقرار المحكمة لاتفاقهم".

ولعل ما دعى المشرع الى إجازة هذا النوع من الوقف هو انه من المحتمل أن تقوم مفاوضات خارج المحكمة بين الخصوم لغرض إنهاء النزاع القضائي بصورة ودية [112]، قد يعرقلها إستمرار المحكمة في نظر الدعوى، ولا

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

يلبي حاجتها من الوقت تكرار التأجيل الذي لا يوافقهم عليه القاضي. وذلك باللجوء الى الصلح أو الى التحكيم أو انهاء الخلاف رضاءً[113].

وبالرغم من وجوب إقرار المحكمة لاتفاق الخصوم على الوقف بناء على إن الدعوى لا تزال ملكاً لأطرافها، لكن عرض الخصوم لاتفاقهم على المحكمة لتقره كما يتطلب القانون منظور فيه واجبها بالتحقق ومراقبة صحته، فليس لها رفضه [114]، كما تفعل في دعاوى الحل والحرمة، فترفضه وبالأثر نتائجه من(ابطال بحكم القانون) بانقضاء المدة القانونية لعودة الخصوم لاستئناف نظرها [115]، تغليبا للمصلحة العامة في تنظيم مرفق القضاء، لكن القانون حفظ لطرفيها مصالحهم فيها، بان مكن المدعي من تجديدها [116]. وهو ما يُرد عليه وعلى منع ترك الخصوم الدعوى للمراجعة بما رددنا على منع غياب الطرف في هكذا دعوى

المطلب الثالث / دور محكمة التمييز في التفريد الاجرائي لدعاوى الحل والحرمة

يعرف الإجتهاد القضائي بأنه: **"مجموعة الحلول التي تقدمها القرارات الصادرة عن المحاكم عند تطبيق القانون أو عند تفسير القانون عندما يعتريه الغموض"** [117]، وقد يطلق عليه "العلم التطبيقي للقانون"، أو كما يطلق عليه بعض الفقه الفرنسي، بأنه **"علم تطبيق القانون"** [118]. والحقيقة انه يُعد الحل الاخير لمشكلة القصور او الفراغ التشريعي، ليكون المُعين القانوني للقاضي في إيجاد الحكم المقبول لما بين يديه من قضية، اذا لم تعنه مصادر الحكم الاخرى التي قررها القانون احتياطا لذلك. فهو ملزم، وفقاً لحكم المادة (1/1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، بأن يحكم بمقتضى "النصوص التشريعية" اذا كان موضوع الدعوى من بين المسائل التي تناولتها هذه النصوص لفظاً او مضموناً. لكنه ان لم يجد حكما في نصاً في التشريع، حكم بمقتضى العرف، فإن لم يجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص التشريع، فإن لم يجد فبمقتضى قواعد العدالة."مسترشدا "في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية"[119].

إذ يمارسه القاضي ابتداءً على النصوص التشريعية التي يزمع تطبيقها عند غموضها او ابهامها او اعتراها النقص او التعارض مع غيرها، فالنص القانوني الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره لان **" لا مساغ للإجتهاد في مورد النص"[120]**. وقد يمارسه القاضي عند استنباط الحكم الواجب تطبيقه حيث لا نص تشريعي يوفره، فلا يجوز للقاضي أن يدعي جهله بنص من نصوص القانون او انعدامه فلا يحكم، ذاك لأن القانون يحمله في ذلك " التزاما بتحقيق نتيجة "، صريحه البحث عن حكم، ومضمونه المعرفة المطلقة بأحكام القانون[121]. وذلك تماهياً مع التزامه الاجرائي بإبداء رأيه بتعيين النص الحكمي في المنازعة المنظورة، وإلا عد ممتنعا عن احقاق الحق[122]. مع الاشارة الى انه، ينبغي على القاضي عند اعمال ذهنه في ملائمة الاحكام للدعوى التي ينظرها ان يستلهم روح نظام مجتمعه القانوني والغايات الاجتماعية السامية، لا مستندا لمعتنقاته الفكرية او معتقداته الخاصة[123].

وعلى كلا المستويين القانونيين؛ الموضوعي منه والاجرائي، فالاجتهاد القضائي يضفي على القانون حيويته، ويعطيه مدياته العملية، اذ يبعث اجتهاد القاضي في النص القانوني القديم روحا جديدة، تمد في صلاحيته مما يمكنه من حكم حالات متطورة عما قُنن اصلا لها. مما يتعين على القاضي ان يتبع "التفسير المتطور للقانون" من خلال تأسيسه على "الحكمة من التشريع" تمهيدا لاجتهاده المفضي لتطبيق الحكم القانوني على الواقعة المنظورة [124]. فالقاضي بتكليفه الوظيفي يتحسس البيئة المجتمعية، وتتضح له معالم تطورها من التبدل في قضاياها ونزاعاتها، فيتلمس احتياجها للتجديد القانوني، الامر الذي يضع على عاتقه ومؤسسته القضائية واجبين جِدُ خطيرين. اولهما، ان يتقيد بالقانون بوظيفته في بسط القانون على ما ينشب في المجتمع من نزاعات، لكن بما يخلق منه كياناً حياً ينظم البيئة الواقعية، ويضفي عليه من روح العصر[125]، وهو ما يوفره اجتهاد القاضي من وحي استناده على التفسير القضائي المتطور للنص التشريعي، وعلى ذلك يجب ان تدور احكام القضاء رأيا وتطبيقا **[126]**. وثانيهما، ان ينهض العمل القضائي والقائمين عليه بمهمة التقييم الدوري العلمي لواقع تطبيق القواعد القانونية وما يكتنفه من صعاب وثغرات وما يعتريه من حاجة للتعديل او التبديل من خلال جهة يخلقها مجلس القضاء الاعلى من قضاته الخبراء المواكبين والمراقبين لتفاصيل عملية تطبيق القوانين، تتولى اعداد تقارير مفصلة ودقيقة لهذا التقييم تتضمن اقتراحات بالتعديلات التشريعية المطلوبة، تتواصل بها مع الجهة التشريعية للخروج منها بقوانين تلائم حال البيئة الاجتماعية اكثر من المعمول به. لتأخذ الاجتهادات القضائية

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

حقها من التطبيق الموسع بتحولها لنصوص قانونية، فالأمن القضائي مهما إجتُهِد به، لا يمكنه ان يغطي المساحة التي يغطيها الامن القانوني. ومن تجربة محكمة النقض الفرنسية لهم رائد وقدوة، عليهم السعي لاستلهامها[127].

بيد ان للتفسير القضائي للنص القانوني المفضي للاجتهاد حدوداً، فضلا عن الضوابط. فلا يصح ان يتعداها القاضي مجتهدا، لئلا يتخطى الحد الفاصل بين الاجتهاد القضائي والعمل التشريعي. الامر الذي يجد له مانعا من مبدأ "الفصل بين السلطات" فلا تعد بينهما في الاختصاص، وسن القواعد القانونية من إختصاص السلطة التشريعية، فيما يكون إختصاص السلطة القضائية تطبيقها [128]. فالقاضي مجتهدٌ في تفسير النص القانوني لإستنطاقه بحكمٍ واجب التقرير، وليس خالقاً لقاعدة قانونية، فهذه ليست من مهامه. وإن خلق، فهي لا تُكّون تلك القاعدة المكونة للقانون، فالعموم والتجريد صفتي الاخيرة لا توفرها الاولى، على الاقل. فقد خُلقت الاولى لتحكم نزاعا معينا، فيما الثانية لتحكم نزاعات لا حصر لها ما إنطبق عليها فرضها، فيطبق عليها حكم القاعدة القانونية[129]. فإن أخطأ القاضي فيما سن، حكماً بني على تفسيرٍ فإجتهادٍ غير موفقين، كان حكمه موجباً للنقض[130]، فيما اذا أخطأ المشرع فيما سن، قانوناً بني على تصورٍ ورؤيةٍ غير ناضجين، كان قانونه واجب التطبيق مادام قد صدر فنَفذ.

وبينما تعد مهمة مراقبة حسن تطبيق القانون بتنفيذ نصوصه على ما يعرض من دعاوى في المحاكم او بعد تفسيرها والاجتهاد في اذا اقتضي الحال، من اهم وظائف محكمة التمييز الاتحادية التي اناطها بها القانون. فلقد انشأت لتسهر على تفسير وتطبيق المحاكم لقواعد القانون بسلامة، متصدية لمخالفتها [131]، بما هيأ لها المشرع من اسلحة النقض او الامر بما يناسب حال الحكم الذي ينظره، وانفذ قراراتها بالحجية والقرينة القاطعة على صحتها، على تفصيل في ذلك [132]. الا اننا نجد ما يتعارض مع ذلك في دعاوى الحل والحرمة، حتى كان منها ما نرى فيه خروج على الزامات قانون المرافعات الاجرائية، مبني على تفسير المادة (299) منه بتأسيس على "عبارات" مشَرعهِ التي ساقها في الاسباب الموجبة للقانون، فإجتهدت في خلق قواعد اجرائية غير ما نص عليه القانون. حتى ان محكمة التمييز الاتحادية قد حكمت في قرار لها، مرت الاشارة اليه، بأن: **"مشرع قانون المرافعات قد احتاط لذلك واعطى حيزا للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة وقد تجسد ذلك في نص المادة (299) من قانون المرافعات المدنية"**، في معرض شرعنتها لما نظمت من الاجراءات لدعاوى الحل والحرمة.

فكان إجتهاد محكمة التمييز القضائي في خلق قواعد قانونية اجرائية، بخصوص الدعاوى محل البحث، خروج من اطار وظيفتها الأساس بـ"تطبيق القانون"، الى فضاء "خلق القانون" خارجها. وهو ما لا يجوز الاستمرار فيه بعذر من قناعات اجتهادية غير موفقة، او بعذر من استقرارها على ذاك الاجتهاد لزمن طويل، فالزمن لا يكسبها حق ههنا، ولا يصحح عملها في شأن موضوعنا.

والمشكل هنا هو، انه وعلى الرغم من صفة (الإستئناس) لأحكام القضاء في العراق، كما هو معلوم لعدم العمل فيه بنظام السوابق القضائية، ومع إن اجتهاد محكمة التمييز لا قوة إلزامية له على غيرها من المحاكم [133]، فيمكن لأي منها مخالفته إذا رأت صوابية ذلك، لكن الملحوظ ان تبنى محكمة التمييز الاتحادية رأياً او اتجاها معيناً، يتبعه التزاما تطبيقيا به من قبل المحاكم المختصة، بتأثير من السلطة الرقابية والأعلوية القضائية للأولى على الاخيرة. وكأنها - اي المحاكم - تدرك أن مخالفة اجتهادات محكمة التمييز خصوصا المستقرة منها، لا طائل منها لأن مصيرها النقض. او لأنها تشعر بالسطوة الادبية لمحكمة التمييز بخبرة قضاتها، او اجتماع الخبراء منهم فيها، فيصبح ما تصدره من احكام تحرص على استقرارها التطبيقي، مبادئ لا يصح مخالفتها، او انها تؤلف قواعد عمل تأخذ حكم القاعدة القانونية عمليا [134].

فان كانت **"الأحكام القضائية هي عنوان الحقيقة"** [135]، في موضوع دعاوى الحل والحرمة، فهي ليست كذلك في اجراءاتها، ان امكننا القول. وهي ان كانت حجة فيما فصلت فيه، فقد فصلت بآلية اجرائية مخالفة للقانون الملزم [136]. الامر الذي يستلزم عدول محكمة التمييز عما إستقر عليه قضاؤها بشان تفريد اجراءات دعاوى الحل والحرمة عن اجراءات الدعاوى المدنية والشرعية الاخرى، لأسباب فنية قانونية، تتعلق بخطأ في التكييف الاجرائي لتلك الدعاوى ادى لاعتماد سياقات قضائية فيها غير مشرعنة، نتيجةً لوقوع الخطأ في تفسير وتطبيق القانون الاجرائي.

ولا يصح ان تمنع محكمة التمييز الاتحادية نفسها من العودة للقراءة السليمة والمطورة للقاعدة القانونية الاجرائية، بل وتطوير اجتهادها المبني عليها لا على مخالفتها. ولها في هذا الاتجاه الحرية القانونية التي تسمح

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

تماما بتراجعها عن الاجتهاد الذي قررته وسارت عليه، والذي قد يكون ناتجاً بالأصل عن عدم وضوح موقف المشرع من تحديد طبيعة الدعاوى الشرعية التي تتصل بنظام الحل والحرمة، وإقرار اجتهاد قضائي مغاير، مضمونه إتباع الإجراءات المقررة قانونا فيها. فضلا عن انه "لا يُنْكَرُ تغيّرُ الأحكامِ بتغيُّرِ الأزمانِ"، كما تقرر القاعدة الفقهية والقانونية المعروفة [137].

الخاتمة

واذ نصل لنهاية بحثنا في "التنظيم القانوني الاجرائي لدعاوى الحل والحرمة" في القانون العراقي، فقد رشح لدينا مجموعة من نتائج ولاح لنا مقترحات متعلقة بما عالجنا في موضوعنا من افكار واجراءات، نعرض في الاتي بعض منها:

اولا : النتائج

1- لا توفر دعاوى الحل والحرمة التطبيق الاجرائي العام للدعاوى المدنية، ومنها الشرعية، المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية العراقي.

2- لم يورد قانون المرافعات المدنية في قواعده الاجرائية تنظيما خاصا بدعاوى الحل والحرمة، ولك ينص عليها تعداداً او معياراً لتعيينها.

3-تتسق المخالفة الاجرائية لهذا النوع من الدعاوى مع تعلق موضوعاتها بنظامي الحسبة والحل والحرمة، كما يعتقد القضاء العراقي.

4-فقضائنا يرى ان مراعاة الحل والحرمة في هذه الدعاوى اولى من مراعاة الشكلية التي يوجبها القانون الاجرائي.

5-يُلزم القضاء اطراف الدعوى بالحضور ومتابعة دعواهم ولا يقبل انهائها انهاءً مبتسراً.

6-لا يحكم القضاء في الدعوى بمصاريفها لانه يعتبر لا خاسر معين فيها من طرفيها، او كلاهما خاسر.

7-لا يلتزم القضاء اثناء الدعوى بالاحكام القانونية الاجرائية المتعلقة بالغياب والابطال والترك للمراجعة والوقف الاتفاقي.

8-ولا يلتزم القضاء بعد حسم الدعوى بحتمية مدد الطعن بحكمها ويسمح بتجاوزها، بل ويوسع من الجهات التي يحق لها ذلك ليضيف لطرفي الدعوى الادعاء العام.

9-ويقرر القضاء ان المشرع الاجرائي في المادة (299) من قانون المرافعات قد اعطاه حيزا لممارسة وظيفته ودوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة.

10-غطت نصوص عقابية في قانوني العقوبات والاحوال الشخصية، الاحوال التي يخشى القضاء في حدوثها انتهاك لحقوق الله تعالى وضوابط الشرع الحنيف، الذي كان مبرره لمخالفة القانون الاجرائي والنظام العام في قواعده.

ثانيا: المقترحات

1- نقترح على مشرعنا الاجرائي الكريم ان يُعدل قانون المرافعات المدنية فيما يخص موضوعنا، بالاشارة الى ان القواعد التي قررها للدعاوى الشرعية في الكتاب الرابع منه تنطبق على كل ما يكون منها بلا تمييز بينها، على الاقل في اسباب قانون التعديل الموجبة، وان يلغي ما سبب الاتجاه القضائي المخالف وموجباته، وهو النص في الاسباب الموجبة شارحا موجبات المادة (299) بقولها: " وقد استهدف القانون بهذه العبارة ان يبرر ما للدعوى الشرعية من طبيعة خاصة يتصل بعضها بنظام الحسبة و بالحل والحرمة..". باعتبار ان الالزام والحكم يرد في نصوص القانون وقواعده لا في اسبابه الموجبة.

2- وان تنزلنا، وافترضنا رغبة المشرع في تنظيم خاص لدعاوى الحل والحرمة، فندعوه حين ذاك لتعديل قانون المرافعات بما ينص فيه على تنظيمها بتفريد مفصل في الاجراءات الملائمة لطبيعتها، وان يحدد الدعاوى او يضع معيارا لتحديدها، ان رغب في تفريدها عن الدعاوى الشرعية الاخرى، كما فهم القضاء من نص المادة (299).

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

3- نقترح على قضائنا الحريص على تطبيق القانون العودة الى القراءة السليمة والمتطورة للقاعدة القانونية الاجرائية، وتراجعه عن اجتهاده الاجرائي المعمول به في محاكمنا الشرعية بخصوص دعاوى الحل والحرمة، كما بينا في ثنايا البحث.

4- نتمنى على قضائنا المميز الالتزام في اجراءات دعاوى الحل والحرمة بحكم المادة (299) التي الزمت باتباع اجراءات مختارة من الاجراءات المنصوص عليها قانونا، ملائمة لطبيعة الدعوى الشرعية.

5- نقترح على القضاء العراقي تطبيق الآليات المتبعة في محكمة النقض الفرنسية من التعاون مع اللجنة القانونية في مجلس النواب، باعداد تقارير سنوية عن صعوبات العمل القضائي، تتضمن مقترحاته المناسبة لتجاوزها واعداد مشاريع القوانين او تعديلاتها التي يرى ضرورتها لتصحيح المسار القانوني وتلائمه مع التغيرات المجتمعية. لتقرر ما خرجت به من اجراءات دعاوى الحل والحرمة عن نصوص القانون كمقترحات لتعديله، فاذا عُدل اتبعته بلا معقب عليها فيه.

الهوامش والمصادر

1 ابو الحسن علي الماوردي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الفكر ، بيروت، 2002، ص 284.
2 محمد رضا الكلبليكاني، الدر المنضود في احكام الحدود، ج1،ط1، دار القران الكريم ، 1991، ص 240.
3 موسى اقبال، الحسبة المذهبية في المغرب العربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1971،ص 20.
4 سورة الانفال / الاية 25.
5 سورة آل عمران / الاية 104.
6 و كذلك قانون لبت عشتار وقانون اشفونا، للمزيد انظر: فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الحرية للطباعة، بغداد،1973، ص 91-109.
7 جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام،ج7،جامعة بغداد،بغداد،1993، ص 371.
8 خليل ابراهيم السامرائي، المظاهر الحضرية للمدينة المنورة في عصر النبوة، ط1، مطبعة الزهراء، الموصل،1984،ص72.
9 رائد حمود الحصونة، الحسبة في الاسلام، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص71.
10 الشريف المرتضى، مسائل الناصريات، مؤسسة الهدى، قم، 1997، ص178.
11 رائد حمود الحصونة، مصدر سابق ذكره ، ص104.
12 نيقولا زيادة، الحسبة والمحتسب في الاسلام، المطبعة الكاثوليكية، 1963، ص30.
13 رائد حمود الحصونة، مصدر سابق ذكره، ص93.
14 أحمد بن مصطفي، مفتاح السعادة ومصباح السيادة، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص 393.
15 المصدر نفسه، ص 222.
16 ابي الحسن علي الماوردي، مصدر سابق ذكره ، ص 248.
17 عبد الرحمن بن نصر الشيزري، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، دار الثقافة، بيروت، 1981،ص112.
18 رائد حمود الحصونة، مصدر سابق ذكره، ص 226.
19 ابي الحسن علي الماوردي، مصدر سابق ذكره، ص 253.
20 اسحق موسى الحسيني، نظام الحسبة في الاسلام، مقالة في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية، الازهر الشريف، القاهرة، اذار/1994، ص331.
21 المصدر نفسه، ص 335.
22 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009،بند 35، ص 78.
23 ابراهيم امين النيفاوي، اصول التقاضي واجراءاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 152.
24 حسن اللبيدي، دعاوى الحسبة، مركز الطباعة ، القاهرة، 1983، بند 41، ص 51.
25 عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، 1947، بند 354، ص 376.

26 عبد العزيز المراغي، اعلام الاسلام، دائرة المعارف الاسلامية، القاهرة، 1946،ص 32.
27 عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة،1978، بند 52، ص 72.
28 أحمد زكى بدوي، معجم مصطلحات العلوم الإدارية، ط1، دار الكتاب اللبناني، بيروت،1404 هـ، ص 330.
29 فؤاد عبد المنعم، نظام الحكم في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،1411هـ، ص 11.
30 فالمشرع حين ينظم موضوعا معينا فانه يضع قواعده على اساس من رعاية مصالح خاصة او عامة. فما كان منها مقرر لصالح الافراد فلهم التنازل عنه، وهي ما تكون قواعد مكملة. اما ماكان مقصود به تحقيق مصلحة عامة لا تهم الافراد بقدر ما تهم المشرع، لا يكون من حق الافراد التنازل عنها، لتعلقها بفكرة التنظيم العام ويأبى المشرع مخالفة الافراد لها او الاتفاق على خلافها، فهي الزامية وجازمة، لذا يقال عنها قاعدة آمرة . وللمزيد انظر:محمود السيد عمر التحيوي، دعوى الحسبة، ط1، ملتقى الفكر، القاهرة،2001، ص41-42.
31 راجع : القرار رقم 2017/147 ، نوع : احوال شخصية، في 2017/8/23
32 منها اشتراط المشرع الصفة لمن يباشر الدعوي، واختصاص المحكمة الوظيفي والنوعي والقيمي ومثيلاتها، مراعاة للنظام العام، باعتبارها ما وضعت في تقدير المشرع إلا رعاية لمصلحة عامة وهي حسن سير القضاء وسلامة أداءه لوظيفته.
33 حيث خصص لها الكتاب الرابع من القانون، وخصها بتنظيم منفرد في المواد (300-310)، ونص المادة (299) يؤيد ذلك.
34 حسن اللبيدي، مصدر سابق، بند 97 ومايليه، ص132 ومابعدها.
35 حيث نص قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 147 /2017 في 2017/8/23، المشار اليه سابقا، على ان: "... ولغرض معالجة ما جاء بالحكم القضائي الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في النجف الاشرف ووضع الحلول الناجحة التي تضمن تطبيق احكام الشرع والقانون للحالة الشخصية للبنت المدعوة (م ص) والبت بموضوع نسبها الى أحد الابوين الواردين في الحكمين المتناقضين يقتضي الطعن بحكم محكمة الاحوال الشخصية في النجف الاشرف وذلك بالاستناد الى مفهوم الحل والحرمة الوارد بقانون المرافعات المدنية والمقيد لمدد الطعن القانونية"
36 انظر المادة (1) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، التي تحيل ما لم ينص عليه القانون الى مبادئ وفقه وقضاء الشريعة الاسلامية.
37 اجياد ثامر الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل ، 2001، ص1.
38JEAN VINCENT et SERGE GUINCHARD: Procédure civile, 24 éd, édition Dalloz, Paris, 1999. P. 119.
39 وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 103.
40 انظر المادة (2) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
41 انظر المواد (3-6) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
42 فتحي والي، مصدر سابق ذكره، ص 47.
43 المصدر نفسه، ص 54.
44 انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص٢٢ .
45 كما يرى جانب من الفقه الإجرائي، وللمزيد انظر: وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٦٥ . نقلا عن : محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني في الدعوى، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص٢٤٦
46 حسن حنتوش رشيد ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص١٠٦.

47 انظر مثلا: المادة (44) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على ان:"1- كل دعوى يجب ان تقام بعريضة. 2- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بحق عيني على عدة عقارات اذا اتحد السبب والخصوم. 3- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بعدة حقوق شخصيةٌ وعينية منقولة. 4- يجوز ان تتضمن العريضة الطلبات المكملة للدعوى او المترتبة عليها او المتفرعة عنها. 5- اذا تعدد المدعون وكان في ادعائهم اشتراك او ارتباط جاز لهم اقامة الدعوى بعريضة واحدة . 6- اذا تعدد المدعى عليهم واتحد سبب الادعاء او كان الادعاء مرتبطا جاز اقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة". وعلى ذات النهج سارت نصوص اخرى كالمواد (3 و 46 و ٢/٤٤) و(٢/٢٤٨) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .

48 إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج١، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣، ص٥٦٢

49 ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد،1973، ص٥٠ .

50 وهو نص وروح نص المادة (٣) إثبات عراقي والمادة (٣٠) مرافعات عراقي. وللتوسع انظر: منصور حاتم محسن وهادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص١٤ .

51 محمد فتحي رزق الله، المقاصد الاجرائية: دراسة فلسفية في قانون المرافعات المصري، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الاول، 2019، ص 1257.

52 فتحي والي، مصدر سابق ذكره ، ص٣٠٧.

53 مثل: حق الخصوم في طلب جعل المرافعة سرية مراعاة لحرمة الأسرة (المادة 61)، وحق الخصم في طلب رد القاضي عن نظر الدعوي (المواد 93 و95 و96). وحقهم في طلبات فردية او جماعية اتفاقية (المواد 56 و 62 و 82 و 88 و غيرها).

54 راجع المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

55 انظر: نص المادة (١/١) من القانون المدني العراقي .

56 هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص٢٧.

57 تنص المادة (203) من قانون المرافعات على انه تنص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية على الاحوال التي تبرر الطعن تمييزا بالحكم القضائي ومنها:" 1- اذا كان الحكم قد بني على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله"

58 حامد شاكر محمود، دور الإجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق،الجامعة المستنصرية، المجلد (2)،العدد (31)، 2017، ص 8.

59 راجع: قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد: ٤١٠/ الهيئة الموسعة المدنية الثانية في ٢٠١٤/٥/١٩ والذي يقضي بأنه : (... وتجد هذه الهيئة أن موضوع الدعوى لا ينضوي تحت أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ والذي تنحصر تطبيقاته على التعهدات الجارية على بيع العقارات التي تقوم بين الأشخاص الطبيعية ولا تسري على عقود بيع عقارات الدولة والأشخاص المعنوية الأخرى المحددة في المادة (٤٧) من القانوني المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تسري عليها أحكام القواعد العامة في القانون المدني ويكون اختصاص نظر الطعن التمييزي في مثل تلك الدعوى ضمن نطاق المسؤولية التعاقدية في القواعد العامة عند الإخلال بالالتزام الذي يكون أحد طرفيه الدولة أو شخص معنوي آخر لمحكمة التمييز الاتحادية وليس من اختصاص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية.) .

60 حسن حنتوش رشيد و حبيب عبيد مرزة، التكييف الخاطئ للدعوى (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017، ص281.

61 تقرر المادة الاولى من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل، احد اهداف القانون بنصها على: "توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة".

62 تنص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية على الاحوال التي تبرر الطعن تمييزا بالحكم القضائي ومنها:"5- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري.
و يعتبر الخطا جوهرياً اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى باكثر مما طلبوه او قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر

الدعوى او على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم او كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض او كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية" .

63 مثالها المواد (2/14 و 18) من قانون المرافعات المدنية النافذ.

64 مثالها المادة (2/21) من قانون المرافعات المدنية النافذ

65 عبد اللطيف القرني، تكييف الحكم القضائي، مقال منشور في جريدة الاقتصادية السعودية، في عدد 2015/4/15 متاح على موقع الجريدة الالكتروني: www.aleqt.com ، تاريخ الزيارة 2020/10/5.

66 انظر: الاسباب الموجبة للقانون التي تنص على :"ان الغاية الأساسيةُ للقضاء هي ضمان الحمايةُ القانونيةُ للناس كافة على سواء بينهم في ذلك وإذا كان قانون المرافعات هو الذي ينظم طرق التقاضي فانه يجب ان تكون الإجراءات التي رسمها قاصدة إلى تلك الغاية غير متعثرة. ولا يكفي ان تكون الاحكام عادلة بل يلزم إلى جانب ذلك ان تكون سريعة ناجزة قليلة الكلفة مستوفية للضمانات محكمة الإجراءات".

67 عبد اللطيف القرني، تسبيب الأحكام القضائية بين الواقع والمأمول، مقال منشور في جريدة الاقتصادية السعودية، في عدد 2015/4/5 متاح على موقع الجريدة الالكتروني: www.aleqt.com ، تاريخ الزيارة 2020/10/5.

68 تنص المادة (162) من قانون المرافعات على انه:"بعد النطق بالحكم ينظم في مدى خمسة عشر يوما اعلام تبين فيه المحكمة التي اصدرته ...والقرارات التي سبق صدورها فيها ومنطوق الحكم وما بني عليه من علل واسباب والمواد القانونية التي استند اليها".

69 انظر المواد (203 و 210 و213 و214) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

70 تنص الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي على ان:" وقد ذهب القانون إلى التشدد في تسبيب الاحكام قبل إصدارها وقبل النطق بها... ، وان كُون الحكم دائما نتيجة أسباب واضحة محصورة ... فاذا لم تودع الأسباب قبل تلاوة الحكم ...فان معنى ذلك ان القاضي قد نطق بالحكم قبل ان يتُدبر في أسبابه أو ان الهيئة قد أصدرت الحكم قبل ان تتفق عليه وتستقر عقيدتها على اساس معين فيه و كُون الحكم قد خلا من هذه الضمانة التي حُرص عليها الشارع محلا للبطلان".

71 لاحظ نصوص القرارات التمييزية المشار اليها في محالها من البحث.

72 ياسر محمد سعيد، اثر الحالات النفسية في قضايا الاحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، الاسكندرية،2018، ص71.

73 القرار رقم 2017/147 ، نوع : احوال شخصية، في 2017/8/23

74 انظر: الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية.

75 وهو ما نظمه قانون الاحوال الشخصية، حيث قررت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها رقم 4323/الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2017 في "فان من حق الزوج طلب التفريق طبقا" لما نصت عليه المادتين الاربعون والثالثه والاربعون من قانون الاحوال الشخصيه رقم 188 لسنة 1959 المعدل رغم ان له حق الطلاق الا ان من حقه طلب التفريق كما ان مفهوم الخيانه الزوجيه اوسع من زنا الزوجية".

76 تنص المادة (309) من قانون الاحوال الشخصية على ان: "1 – ... والاحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج أو التفريق أو الطلاق ... اذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي ارسال الاضبارة في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لاجراء التدقيقات التمييزية عليها. 2 – لا تنفذ الأحكام والحجج المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تصدق من محكمة التمييز ".

77 تنص المادة مادة (203) من قانون المرافعات العراقي على انه:"للخصوم أن يطعنوا تمييزا، لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو البداءة أو محاكم الاحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة، وذلك في الأحوال الآتية : 1 – إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله .....3 – إذا وقع في الاجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم .....5 – إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ..."

78 انظر: القرار التمييزي ذي الرقم :1433/عريضة الدعوى/2010.

79 تنص المادة (212) من قانون المرافعات على انه:" تنقض المحكمة المختصة بنظر الطعن الحكم المميزٌ من تلقاء نفسها اذا وجدت فيه مخالفة صريحة للقانون ذات اثر بين على صحته وان كانت البيانات والاسباب التي قدمها المميز غير كافية لذلك."

80 تنص المادة (212) من قانون المرافعات على انه:"..3 – إذا كان النقض بسبب مخالفة الاجراءات يعاد نظر الدعوى من المحكمة التي اصدرت الحكم من النقطة التي وقع النقض من أجلها وتبقى الاجراءات السابقة على النقض معتبرة."

81 انظر: الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي.

82 القرار رقم 2017/147 ، نوع : احوال شخصية، في 2017/8/23

83 ياسر محمد سعيد، مصدر سابق ذكره، ص 70. وقد سبق ان اشرنا في البحث الى اننا لا نعتبر ما جاء في الاسباب الموجبة بعدم امكانية اطراف دعاوانا محل البحث ابطالها لانه لم يرد كاستثناء على حقهم فيه المنصوص عليه في المواد 56 و 88 من القانون.

84 حيث تنص المادة (19) من الدستور العراقي لسنة 2005 /، على ان: "ثالثا- التقاضي حق مصون ومكفول للجميع. رابعاً- حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة".

85 تعرف النظرية الحديثة – التي يتزعمها الفقية البلجيكي دابان - الحق بانه:"استئثار شخص بقيمة معينة او شيء معين عن طريق التسلط على تلك القيمة او هذا الشيء"، باعتبار ان الاستئثار والتسلط والحماية القانونية هي جوهر الحق عناصره، بالتالي فهو مكنة يمنحها القانون ويحميها، يستأثر بالتصرف به بلا مشاركة او تعرض من الغير. للمزيد انظر: محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002، ص134.

86 انظر : المواد (13-23) من قانون المرافعات المدنية، والخاصة بالتبليغات.

87 انظر: المادة (1/51) من قانون المرافعات المدنية، التي تلزم المحكمة بالتحقق من صحة التبليغ قبل البدء بالمرافعات في الدعوى.

88 انظر: المادتين (60 و61) من قانون المرافعات المدنية،

89 انظر: المادة (156) من قانون المرافعات المدنية.

90 انظر: المادة (177) من قانون المرافعات المدنية.

91 انظر : المواد (54 و 55 و56) من قانون المرافعات المدنية.

92 انظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم: 1097/الطلاق بغياب الزوجة /1981.

93 انظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم : 1794/الخصومـة/2008.

94 انظر المواد (54 و 180 و 190) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

95 عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج4،ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص404.

96 احمد أبو الوفا، إنقضاء الخصومة بغير حكم، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2015، ص65.

97 محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، مكتبة الاداب، القاهرة، 1958، ص439.

98 انظر المادة (82) من قانون المرافعات المدنية العراقي. كما تنص الاسباب الموجبة للقانون على انه:" وغنى عن البيان ان هذا الحكم يسُري على جميع الحالات التي قرر القانون فيها ابطال عريضة الدعوى.".

99 فقد نصت المادة (88) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه:" 1- للمدعي أن يطلب إبطال عريضة الدعوى، إلا إذا كانت قد تهيأت للحكم فيها".

100 مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، ط1، بغداد،2005، ص152.

101 تنص المادة (88) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه:"3- لايقبل من المدعى عليه أن يعترض على هذا الطلب إلا إذا كان قد دفع دعواه بدفع يؤدي الى ردها".

102 عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص290.

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

103 فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية حتمية "اكمال خصومة ناقص الاهلية بنصب قيم عليه للاستمرار في إجراءات الدعوى" وعدم ردها، بحكمها ذي الرقم: 1175/ شخصية/ 1976 في 1976/8/10، نقله: ياسر محمد سعيد، مصدر سابق ذكره، ص72.

104 كما جاء في القرار التمييزي ذي العدد 1111/تصديق الطلاق/1980المنشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى: www.hjc.iq . وكما يحكم القرار التمييزي ذي العدد 3814 /شرعية /1971 في 1972/3/26 والذي اشار اليه: ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الاحوال الشخصية، بغداد،1990، ص79.

105 انظر المواد (54 و 180 و 190) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

106 انظر المواد نفسها.

107 عباس سمير حسين الجبوري، الأحوال الطارئة على الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى عمادة كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2008، ص 1.

108 انظر المادة (82) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

109 انظر المادة (83) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

110 انظر المادة (84) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

111 ويطلق عليه بعض الفقه بالوقف الأصلي، باعتباره راجع مباشرة الى ارادة الخصوم، فيما يكون الآخر تبعي لتأجيل الفصل في الدعوى لقيام أسباب أجنبية عن المراكز القانونية للخصوم تؤدي الى وقف سير الدعوى بالتبعية. للمزيد انظر: نجيب ابراهيم سعد، القانون القضائي الخاص،ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية،1974، ص109.

112 فقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي النافذ ان:"... إفساح الوقت لتفاهم الخصوم وتمكينهم من الوصول الى اتفاق بحسم دعواهم.." .

113 مدحت المحمود، مصدر سابق ذكره، ص137.

114 عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973، ص307.

115 تقرر المادة (82) من قانون المرافعات في فقرتها الثانية انه:"اذا لم يراجع احد الطرفين المحكمة في الخمسة عشر يوما التالية لنهاية الاجل تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون".

116 تنص الفقرة الرابعة من المادة (54) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ على انه:"لايمنع إبطال العريضة من إقامة الدعوى مجدداً". وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية بأنه:"إن إبطال عريضة الدعوى لاينهي الخصومة في الدعوى لأنه لايمنع من إقامتها مجدداً. وذلك في قرارها بالعدد 216 /هيئة عامة أولى /1971 في 1972/5/27 منشور في: النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثالثة، ص135.

117 Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit (not. Dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure)."Voir:G. CORNU (dir.) Vocabulaire juridique،Association H. Capitant، PUF، 8ème 1er éd. 1987، V° Jurisprudence.P.16.

اشار اليه :حامد شاكر محمود، مصدر سابق ذكره 2017، ص 4.

118 La jurisprudence comme une science pratique du droit". Voir: L. LOMBARDI VALLAURI، Jurisprudence، APD 1990، n° 35، p. 191 et s.

اشار اليه :حامد شاكر محمود، مصدر سابق ذكره، ص 5.

119 تنص المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على ان: "1-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

120 وهو نص المادة (2) من القانون المدني العراقي، وهو يصرح بمطلق النص، لكنه لا يكون الا مع النص الواضح المفسر لذا كام هناك اتجاه يدعو إلى تعديل هذه المادة من القانون المدني العراقي وإعادة صياغتها وفق الصيغة التالية:" لا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة ". انظر: عدنان إبراهيم عبد الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، دراسة أصولية قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين،2001، ص38.

121 محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2011 ، ص 104.

122تنص المادة (30) من قانون المرافعات المدنية، على أنه:"لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه ، وإلا عد القاضي ممتنعا عن إحقاق الحق ويعد أيضا التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعا عن إحقاق الحق".

123 ابراهيم شحاتة، في اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة (4)، يوليو سنة 1962 ، ص 416-420.

124 تنص المادة (3) من قانون الاثبات العراقي على ان من اهداف هذا القانون الآتي:" الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه". وان كانت هذه الفكرة منصوص عليها في قانون الاثبات الا انها غير مقتصرة في متطلباتها على نصوصه ، بل هي متوفرة في غيره من القوانين ومنها قانون المرافعات. لكن السؤال هل في اقتطاع عدد من الدعوى من سياقها الاجرائي العام وتفريدها لشمولها المتصور بنظام قديم عافه تنظيم الدولة الحديثة ومجتمعها منذ عقود فضلا عن مآخذه الاخرى.

125 عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ص154 .

126 محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص131.

127 حامد شاكر محمود، مصدر سابق ذكره، ص 10 و 41.

128 محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص240

129 حامد شاكر محمود، مصدر سابق ذكره ، ص7 و 33.

130 عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط1 ، المركز القومي للاصدارات القانونية،2015 ، ص196.

131 فتحي والي، مصدر سابق ذكره، ص704 وما بعدهما.

132 والحجية هي نوع من الحماية العملية للحكم القضائي التي تظهر في افتراض كون الحكم عنوان للحقيقة بهدف التوفيق بين مصلحة الأفراد ومصلحة المجتمع، وقد شرعت كفالة لحسن سير العدالة ، وضمان الاستقرار للحقوق. للمزيد انظر: فتحي والي، مصدر سابق ذكره، ص160.

133عدا قرار النقض الصادر من الهيئة العامة ، كما نصت المادة (2/215) من قانون المرافعات بانه:"اذا كان الحكم المميز صادرا من محكمة استئناف او محكمة بداءة يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنه من اجراءات اصولية فقط، الا اذا كان قرار النقض صادرا من الهيئة العامة فانه يكون واجب الاتباع في جميع الاحوال" .

134 محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1985، ص335-349.

135 عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص237. وتنص المادة(3/160) من قانون المرافعات المدنية العراقي، على ان: "الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعيا ومعتبرا ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية".

مجلة العصر للعلوم الانسانية والاجتماع
Era Journal for Humanities and Sociology
www.ejhas.com editor@ejhas.com
Volume (3) January 2022 العدد (3) يناير 2022

[136] والتي يضاف فيها لما اشير اليه في ثنايا البحث، مسألة عدم التزام القضاء بحتمية مدد الطعن بخصوص احكام دعاوى الحل والحرمة ويسمح بتجاوزها، بل ويوسع من الجهات التي يحق لها ذلك ليضيف لطرفي الدعوى الادعاء العام. انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بأن: "المسائل المتعلقة بالحل والحرمة لا تتقيد بمدد الطعن" قرار رقم 5945/شخصية اولى/2007 في 2011/12/12 منشور.

[137] تشكل هذه القاعدة نص المادة (5) من القانون المدني العراقي.