

نطاق استنفاد ولاية القاضي المدني

أ.م.د. عمار سعدون المشهداني م.م. بيداء صالح بيرو

جامعة الموصل/كلية الحقوق جامعة صلاح الدين/كلية القانون والعلوم السياسية

المقدمة :

يباشر القضاء سلطته القضائية عن طريق ما يصدره من أعمال ، فالقاضي إعمالاً لإختصاصاته التي حددها القانون يصدر العديد من الأعمال التي أصطلح على تسميتها بالأعمال القضائية ، إلا أن هذه الأعمال ليست جميعها من طبيعة واحدة ، ولا تملك كلها ذات القوة وذات الآثار ، كما أنها لا تستنفد جميعها ولاية القاضي، وإنما يستنفد ولايته نوع معين من هذه الاعمال وهو ما يطلق عليه بالأعمال القضائية بالمعنى الفني.

وهذه الأعمال لا تمثل صورة واحدة للحماية القضائية ، بل يمكن تصنيفها حسب دورها المتميز في حماية النظام القانوني والذي يؤسس بدوره إختلافاً في مضمونها ونظامها القانوني ، فهي قد تكون حماية موضوعية تبين النظام القانوني لأصل الحق المتنازع عليه ، أو تكون حماية وقتية تهدف الى إتخاذ إجراءات وقتية أو

تحفظية لحماية أصل الحق الى أن يصدر الحكم الموضوعي فيجد مركزاً موضوعياً يولد آثاره فيه أو عليه ، بمعنى أن كل صورة من صور الحماية تختلف عن الأخرى، ولذا يقال أن القاضي "يقرر ويأمر ويحكم" ، أي أنه يصدر أحكاماً وقرارات وأوامر ولائية .

أهمية البحث :

لم يتناول المشرع العراقي تنظيم فكرة إستنفاد ولاية القاضي في قانون المرافعات المدنية بنصوص صريحة وواضحة ، لذا يهدف هذا البحث الى تحديد نطاق هذه الفكرة لبيان أي من الأعمال القضائية يستنفد ولاية القاضي من خلال الرجوع الى موقف القوانين المقارنة في هذا الصدد.

هيكلية البحث:

للتوصل الى تحديد نطاق إستنفاد ولاية القاضي قسمنا هذا البحث الى: مطلب تمهيدي لإلقاء الضوء على مفهوم فكرة الإستنفاد ، ومبحث أول لتناول الأحكام القضائية ، ومبحث ثاني خصصناه للقرارات القضائية الوقتية ، وخاتمة تتضمن نتائج البحث ومقترحاته .

المطلب التمهيدي

مفهوم فكرة إستنفاد ولاية القاضي

يعدّ إستنفاد ولاية القاضي أحد أهم الآثار التي تترتب على صدور الحكم القضائي، إذ يكتسب الأخير وبمجرد صدوره حصانة تحول دون المساس به من قبل المحكمة التي أصدرته ، بغية ضمان تحقيق الخصومة هدفها في منح الحماية القضائية لطالبا على وجه منتظم ودون تأخير. ولبيان هذه الفكرة بشكل أوضح نقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

تعريف الإستنفاد لغة وإصطلاحاً

الإستنفاد في اللغة مأخوذ من الفعل نَفَدَ - يُقَالُ نَفَدَ الشَّيْءُ نَفْداً وَنَفَاداً : فَنِيَ وَذَهَبَ . وإستنفد وسعه : أي إستفرغه ^(١). وإستنفد الشيء : أفناه ^(٢). وخصم (منافد) بمعنى إستفرغ جهده في الخصومة ^(٣).

(١) ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، مجلد ٢٨ (حرف النون) ، ط١، دار نوبليس ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص٢٧٦ .
 (٢) الطاهر احمد الزاوي ، القاموس المحيط ، ج٤ ، ط٣ ، دار العربية للكتاب ، لبنان ، ١٩٨٠ ، ص٤١١ .
 (٣) محمد بن ابو بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١ - ص٦٧١ .

وقال تعالى في كتابه العزيز {قُلْ لَوْ كَانَ الْبَحْرُ مَدَادًا لِكَلِمَاتِ رَبِّي لَنَفَذَ الْبَحْرُ قَبْلَ أَنْ تَنْفَدَ كَلِمَاتُ رَبِّي وَلَوْ جِئْنَا بِمِثْلِهِ مَدَدًا}١. لَنَفَذَ الْبَحْرُ : أي فرغ وإنتهى ٢.

أما في الاصطلاح ، فنجد أن معنى الإستنفاد لا يخرج عن المعنى اللغوي له ، فهو لا يخرج عن أن القاضي يستفرغ جهده في الخصومة المعروضة عليه بالحكم فيها ، أي أنه يستنفد سلطة الحكم المخولة له بشأن مسألة معينة وذلك بالحكم فيها (٣).

ولم يأت أغلب الفقه الإجرائي بتعريف لإستنفاد ولاية القاضي لكنه بين المقصود من هذه الفكرة القانونية والتي كثيراً ما يشار إليها بخروج النزاع من ولاية المحكمة ، كما بين العلة من الأخذ بها وهو عدم جواز تكرار الإجراءات أمام القاضي في خصوص المسألة الواحدة لضمان حسن سير إجراءات الخصومة القضائية ودفعها نحو الأمام حتى تصل الى نهايتها بالحكم فيها ٤.

(١) سورة الكهف ، الآية ١٠٩ .
(٢) الشيخ محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٨٤ .
(٣) د. محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، مصر ، العدد الاول والثاني ، السنة السادسة والعشرون ، يناير ويوليو ١٩٨٤ ، ص ٥٧ .
(٤) د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١١ ، ص ٥٤٢ .

الفرع الثاني

المقصود بإستنفاد ولاية القاضي

يقصد بإستنفاد ولاية القاضي أنه بمجرد صدور الحكم القضائي ترتفع يد المحكمة التي أصدرته عنه ، بحيث يتمتع على القاضي الرجوع اليه مرة أخرى لإلغائه أو تعديله أو المساس به ، بمعنى ان القاضي لا يملك العدول عمّا قضى به سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو إتفاقهم ، كما يتمتع عليه تعديل الحكم القضائي الصادر سواء بالحذف منه أو بالإضافة اليه حتى ولو كان الحكم باطلاً^(١) .

فالقاضي لا يمكنه الفصل في النزاع بطريقة غير مؤكدة ، أو إحتتمالية ، أو إفتراضية ، وإنما يجب أن يكون حكمه قاطعاً ورأيه حاسماً في المسألة التي فصل فيها^٢ .

وتستنفد ولاية القاضي بشأن المسألة التي فصل فيها بمجرد صدور الحكم إذ يفقد صفته كقاضٍ إزاءها ولا يمكنه ان يعاود بحثها من جديد بذات الصفة التي كانت له

(١) د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني ، ج٢ (التقاضي امام القاضي المدني) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص٤٠٠ ؛ ود. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص٦٨١ ؛ د. ابراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج٢ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٣ ، ص٢٩٨ و٢٩٩

(٢) د. محمود السيد عمر التحيوي ، النظرية العامة لأحكام القضاء ، ط١ ، ملتقى الفكر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص٩٧ .

عندما فصل فيها من قبل ،والسلطة التي إستنفدها القاضي في هذا الخصوص هي سلطته القضائية وليس غيرها ، إذ ان الإستنفاد لا يكون إلا نتيجة للنطق بالحكم ، والحكم القضائي لا يكون إلا إستعمالاً للسلطة القضائية^(١) .

فالإستنفاد حصانة ضرورية تحول دون المساس بالحكم بعد صدوره من قبل القاضي الذي أصدره ، وليس هناك من طريق لتصحيح ما شاب الحكم من عيوب الا عن طريق الطعن في الحكم بأي من الطرق المناسبة من طرق الطعن المحددة قانوناً^(٢) .

(١) جمال مولود ذيبان ، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٩٢ ، ص١٣٢ .

(٢) د . احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص٥١٣ .

المبحث الأول

الاحكام القضائية

الحكم القضائي هو النتيجة الطبيعية لإقامة الدعوى أمام المحاكم ، وهو غاية العمل القضائي وهدف النشاط الإجرائي للخصوم جميعاً بالرغم من إختلاف أهدافهم وتعارض مصالحهم ، حيث يحاول كل خصم إقناع القاضي بأنه أولى بالرعاية وأحقّ بالحماية من الخصم الآخر^(١).

كما أن الحكم القضائي هو الوسيلة الرئيسية لإستتفاد ولاية القاضي كونه يمثّل الشكل العام للعمل القضائي . ويظهر أثر الإستتفاد كفكرة قانونية داخل نطاق الخصومة التي صدر فيها الحكم ، أي أنه لا بدّ من صدور حكم قضائي كي تستتفد ولاية القاضي بشأن المسألة المعروضة عليه .

ولمّا كان الحكم قد يؤخذ بمعنى واسع يشمل كل ما يصدر عن القضاء ، وقد يؤخذ بمعنى ضيق لا يشمل إلاّ تلك الاحكام الصادرة في الموضوع ، لذا كان من الضروري ان نعرض لفكرة الحكم وتعريفه في الفقه والقانون المقارن أولاً لننتهي الى الفكرة التي نأخذ بها في هذا الصدد . ولبحث هذه المسائل نقسّم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وكالاتي :

(١) د. محمود السيد عمر التحيوي ، مصدر سابق ، ص ١

المطلب الاول

تعريف الحكم القضائي

للحكم القضائي في الفقه والقوانين المقارنة تعاريف متعددة ، وذلك وفقاً لما يعطى له تارة من معنى واسع وعام (عضوي) ليشمل كل ما يصدر عن القضاء ، وما يعطى له تارة أخرى من معنى ضيق وخاص (دقيق) لينطبق فقط على تلك القرارات الصادرة في خصومة قضائية ، ولذا نستعرض مواقف القانون والفقه بهذا الصدد وكالاتي :

أولاً -موقف الفقه والقانون العراقي من تعريف الحكم القضائي

يأخذ الفقه العراقي بالمعنى الفني الدقيق للحكم لا بمعناه العضوي ، فيعرفه جانب منه ^(١) بأنه (قرار نهائي يعلنه القاضي في نطاق خصومة معروضة عليه متبعاً في ذلك إجراءات شكلية معينة بقصد واقعة تجهيل تكتنف عائلية حق يدعيه طرف وينكره طرف آخر).

(١) د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص٣٤٦.

ويذهب جانب آخر^(١) من هذا الفقه الى أن الحكم القضائي هو (القرار القطعي الحاسم للدعوى الصادر من محكمة مشكّلة تشكياً قانونياً في منازعة مطروحة عليها وفقاً لقانون المرافعات المدنية) .

كما عرفه البعض الآخر^٢ من الفقه العراقي بأنه (القرار الذي تنتهي به المرافعة في الدعوى وتقضي به المحكمة بإلزام المدعى به كلاً أو بعضاً ، أو بردّ دعوى المدعي في المدعى به كلاً أو بعضاً ومنع معارضته فيه للمدعي ، ويتضمن الأول قضاء الإلتزام والإستحقاق ويتضمن الثاني قضاء ترك المدعى به في يد المدعى عليه ومنه المدعي عن معارضته - منازعته إياه فيه-).

فالأصل في الحكم القضائي أن يكون فاصلاً في الخصومة بحيث تنتهي به الدعوى ، أما القرار فيتخذه القاضي قبل الفصل في الدعوى ، ويكون الغرض منه إتخاذ عمل من الأعمال القضائية تمهيداً للفصل في الدعوى القضائية^٣.

(١) ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٤ ، ص ٨٦ و ٨٧ .

(٢) منير القاضي ، شرح اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧ ، ص ١٩٦ .

(٣) ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص ٨٧ .

ولقد كان قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي الملغي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ يأخذ بالحكم القضائي بمعناه الواسع ليشمل جميع القرارات الصادرة عن المحاكم القطعية منها وغير القطعية^١ .

ونتفق مع ذلك الجانب من الفقه العراقي^٢ الذي يرى بأن المشرع العراقي قد أحسن صنعاَ عندما ألغى هذا التقسيم في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، والذي يطلق فيه مصطلح (الأحكام) على القرارات القطعية التي تنتهي بها الدعوى ، بينما يطلق على القرارات التي تتخذها المحكمة قبل الفصل في النزاع وفقاً لما تقتضيه الدعوى والتي يجوز للمحكمة أن تأخذ بها او تعدل عنها مصطلح (قرارات قبل الفصل في النزاع)^(٣)، وهي ما يسميها المشرع المصري (الأحكام التمهيدية أو التحضيرية) .

فالأحكام تكون حاسمة للفصل في الخصومة وتخضع للتبليغات القضائية ولطرق الطعن المقررة لها قانوناً ، أما قرارات قبل الفصل في النزاع فيمكن للمحكمة أن ترجع عنها ، وهي لا تخضع في الأصل للتبليغات القضائية ولا لطرق الطعن القانونية ، إلا ما نص عليه القانون حصراً^٤ .

(١) تنظر المواد (١٢٥ و ١٢٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي الملغي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ .

(٢) د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح احكام المرافعات (دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي)، ج١، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص٢٩٦ .

(٣) تنظر المادة (١٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

(٤) تنظر الفقرة (١) من المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ

كما أن إمعان النظر في قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ يبين بوضوح أن المشرع العراقي قد ميّز بشكل واضح بين القرار الذي تصدره المحكمة في أعمال القضاء المستعجل والصادر أثناء نظر الدعوى ، وبين الحكم الذي يصدر بعد ختام باب المرافعة في الدعوى والذي خصّه في المواد (١٥٤ - ١٦٧) من قانون المرافعات والتي لم يرد فيها كلمة قرار .

ثانياً - موقف الفقه والقانون المصري من تعريف الحكم القضائي

يأخذ جانب من الفقه المصري^(١) بالحكم القضائي بمعناه الواسع ليعني (كل قرار يصدر عن القضاء في خصومة أو في غير خصومة). ويعرفه فريق آخر منه^٢ بأنه (القرار الصادر من محكمة في حدود ولايتها القضائية في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام ، سواء أكان صادراً في نهاية الخصومة أم في أثناء سيرها ، وسواء أكان صادراً في موضوع الخصومة أم في مسألة إجرائية) .

(١) د. محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية القاضي المدني ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، تصدر عن نقابة المحامين في مصر ، العددان الخامس والسادس ، السنة الحادية والستون ، مايو ويونيو ، ١٩٨١ ، ص ٧٢.

(٢) د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٢١ و ٢٢.

في حين يعرفه جانب آخر ^(١) من هذا الفقه بأنه (كل قرار يصدر عن قاضٍ في خصومة قضائية بالشكل المقرر قانوناً للأحكام القضائية سواء كان صادراً في نهاية الخصومة أو في أثناء سيرها أمام القضاء).

كما يعرفه البعض الآخر ^(٢) بأنه (القرار الصادر من محكمة مشكّلة تشكيباً صحيحاً ومختصة بإصداره في خصومة قضائية رفعت إليها وفقاً لقواعد قانون المرافعات سواء كان صادراً في موضوع الخصومة القضائية أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه" .

وإذا ما رجعنا الى نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ في هذا الصدد ، نجد أن مفهوم الحكم فيه يتسع ليشمل كل الأعمال الصادرة من المحكمة في خصومة قضائية سواء كانت صادرة في موضوع الدعوى أو في مسألة إجرائية ^(٣)، كما يتسع ليشمل كذلك القرارات الوقتية أيّاً كانت المحكمة التي تصدرها ، وكذلك القرارات التحضيرية أو التمهيدية التي تصدر قبل الفصل في الموضوع ^(٤).

(١) د. وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص٣٦٣ .

(٢) د. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص٣٢ .

(٣) تنظر المواد (١٠٨ ، ١٠٩ ، ١١٣ ، ١٢٧ ، ١٣٤-١٣٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

(٤) تنظر المادة (٢١٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

ونستنتج مما تقدم أن القانون المصري يطلق إصطلاح (الحكم) بصفة عامة على كل قرار تصدره المحكمة في موضوع الدعوى أو في أي مسألة متفرعة عنه ، أما ما يكون إستعمالاً لسلطة القاضي الولائية ، فإن القانون المصري يطلق عليها عادة إصطلاح (الأمر) ^١.

ثالثاً - موقف الفقه والقانون الفرنسي من تعريف الحكم القضائي

يؤخذ الحكم القضائي في الفقه الفرنسي بمعنى واسع ، حيث يشمل اللفظ كل القرارات التي تصدرها المحكمة سواء كانت تفصل في منازعة أو كانت صادرة في غير منازعة ، وسواء صدرت أثناء الخصومة أو في نهايتها ، وسواء فصلت في مسألة عارضة أو كانت مجرد عمل إدارة قضائي كالحكم بتأجيل قضية أو إثبات قرار أو توكيل ^٢.

(١) تنظر المواد (١٩٤-٢٠٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .
 (٢) د. أمينة النمر ، القواعد العامة في التنفيذ والتنفيذ بطريق الحجز ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، ص٤٧ ؛ د. هشام خالد ، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه واحكام القضاء (دراسات في قانون المرافعات) ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٩٠ ، ص٩٩ .

فقد عرّفه جانب من هذا الفقه^١ بأنه (القرار الصادر من محكمة ذات درجة دنيا (أو أدنى) مثل محكمة بداءة كبرى ومحكمة تجارية ومحكمة ابتدائية ومجلس التحكيم فيما بين العمال وأرباب العمل والمحاكم المتعددة الخاصة بالعقود الزراعية) وإذا كان الفقه يطلق لفظ الحكم على كل القرارات التي تصدرها المحكمة ، فإن النظام القضائي الفرنسي يستخدم مصطلحات متعددة للدلالة على الأحكام ، إذ أنه يقصر لفظ jugement على الأحكام التي تصدر من قضاء الدرجة الاولى ، بينما يطلق لفظ arrêtes على تلك التي تصدر من محاكم الطعن (الإستئناف والنقض)^٢ ، ويستخدم لفظ ordonnances للدلالة على قرارات القضاء المستعجل والقضاء الولائي^٣ ، ولفظ sentences على قرارات المحكمين وقضاة الصلح^(٤).

ومما تقدم فإنه يمكن القول أن المشرع العراقي كان الأكثر توفيقاً والأكثر دقة من بين التشريعات المقارنة في صدد المصطلحات التي إستخدامها .

(١)-Jean Vincent et Serge Guinchoird: Procedure Civile 25 , Edition DALLOZ, Paris 1999,p835

(٢) د. محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية القاضي المدني ، مصدر سابق ، ص ٧٠ ؛ ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص ٨٤.

(٣) تنظر المواد (٤٨٤ - ٤٩٨) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

(٤) تنظر المواد (١٤٧٣ - ١٤٧٩) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

المطلب الثاني

الأركان الأساسية للحكم القضائي

هناك أركاناً أساسية لازمة للقول بوجود الحكم القضائي والإعتداد به من الناحية القانونية ، كي تترتب له آثاره القانونية (ومنها إستنفاد ولاية القاضي الذي أصدره) ، وكي يحقق بالتالي الاستقرار المطلوب في المجتمع . وإن تخلف أي ركن من هذا الأركان يجعل الحكم معدوماً ، وهذه الأركان هي :

أولاً : صدور الحكم القضائي من محكمة تتبع جهة قضائية وفي حدود ولايتها

القضائية

يجب أن يكون الحكم القضائي صادراً عن محكمة تتبع جهة قضائية حسب قانون التنظيم القضائي وقانون المرافعات كي يستنفد القاضي ولايته بصدوره^(١) ، أما اذا صدر من محكمة أو هيئة غير مختصة قانونياً فإن ذلك يجعله معدوماً^٢ . كما أن ما يصدر عن غير المحاكم من جهات أسند اليها القانون سلطة الفصل في بعض المنازعات لا يعدّ بأي حال من الأحوال حكماً قضائياً ، ولا يخضع للقواعد المقررة بالنسبة للأحكام عند عدم وجود نص خاص ، ولا يعدّ صدورها

(١) جمال مولود ذيبان ، مصدر سابق ، ص ٩٤ .

(٢) لذا قضت محكمة التمييز في بغداد بأنه (يكون الحكم او القرار معدوماً اذا صدر من محكمة أو هيئة غير مختصة) ، رقم القرار ٧٦١ / موسعة اولى / ٨٢-٨٣ مشار اليه عند ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم المرافعات المدنية ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٢٠ .

مستنفداً لدرجة من درجات التقاضي ما لم ينص المشرع على ذلك صراحة أو ضمناً^١ ، حتى وإن كان رئيسها أو أحد أعضائها قاضياً يعمل تحت سلطة مجلس القضاء الاعلى ، أو كانت تراعى في إصداره الأصول والمبادئ العامة لإجراءات التقاضي واحكام قانون المرافعات المدنية^٢ .

ويشترط في الحكم القضائي صدوره من محكمة مختصة إختصاصاً وظيفياً ونوعياً^(٣) ، فلو إفترضنا أن محكمة ما قد نظرت في دعوى من الدعاوى تخرج من إختصاصها وأصدرت فيها حكماً بالمخالفة مع إختصاصها النوعي ، فمما لاشك فيه أنه لا مجال للقول بأنها قد إستنفدت ولايتها بإصدارها ذلك الحكم كونها لم تكن متمتعة أصلاً بهذه الولاية كي تستنفدها لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، فضلاً عن أن هذا الحكم يكون غير قابل للتنفيذ لصدوره خلافاً لإختصاص المحكمة النوعي والذي يعد من النظام العام^(٤) .

(١) د. احمد ابو الوفا ، المصدر السابق ، ص٣٤ .
 (٢) ومن هذه اللجان لجنة تثبيت الملكية المؤلفة بموجب المادة (٤٦) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، ولجنة الاعتراض على قرارات لجان الكشف على العقار لتقدير قيمته أو منافعها بموجب المادة (٩/أولاً) من قانون تقدير قيمة العقار ومنافعه رقم (٨٥) لسنة ١٩٧٨ ، واللجنة القضائية المختصة بالنظر في دعاوى الملكية العقارية وحسمها حسب أحكام قانون هيئة دعاوى الملكية العقارية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ .
 (٣) الإختصاص الوظيفي (الولائي) يعني توزيع وظيفة ولاية القضاء على مختلف جهات القضاء العادي والاداري وباقي الجهات القضائية في الدولة ، اما الإختصاص النوعي فيقصد به توزيع العمل بين المحاكم المختلفة في داخل الجهة القضائية الواحدة حسب نوع الدعوى ، د. احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص٦٥ .
 (٤) كما لو أصدرت محكمة الاحوال الشخصية حكماً بتخليية مأجور مثلاً ، أو كما لو أصدرت محكمة البداءة حكماً يتعلق بنفقة الزوجة أو حضانة طفل .

ثانياً : صدور الحكم القضائي في خصومة بالشكل المقرر قانوناً للاحكام

من أهم ما يميز الحكم القضائي أنه يصدر في إطار خصومة تتابع فيها الإجراءات على نحو دقيق يتيح للخصوم الحضور أمام القضاء وإبداء دفاعهم ودفوعهم ، ويسمح بالاطلاع والرد على ما يقدم فيها من مستندات ومذكرات وتقارير تحقيقاً لمبدأ المواجهة ومراعاة لحقوق الدفاع بين الخصوم ، ولذا تشكل الخصومة مفترضاً ضرورياً وركناً أساسياً لوجود الحكم القضائي بحيث يمكن القول أنه وبدون خصومة لا يوجد حكم^(١).

ولا تتعدّد الخصومة القضائية إلاّ بتوافر مفترضين أساسيين : الأول هو تبليغ المدعى عليه بعريضة الدعوى لأجل حضوره المرافعة ، والثاني أن يكون كل من طرفي الخصومة أهلاً للإختصام ، وبخلافه تعدّد الخصومة معدومة هي وجميع الاحكام التي تصدر فيها^(٢).

ثالثاً : أن يكون الحكم مكتوباً

يتطلب القانون مقتضيات شكلية معينة يجب أن يلتزم القاضي بمراعاتها عند إصدار الحكم ، ومن ثمّ فإن الشكل الذي يتطلبه المشرع لإصدار الحكم يصبح

(١) د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي ، مصدر سابق ، ص ١٢٩.

(٢) د. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص ٣٢

ركناً فيه ويؤثر في وجوده والاعتداد به^(١). فالقانون لا يعترف بحكم غير مكتوب ، ذلك أن الحكم غير المكتوب هو حكم منعدم لا تترتب عليه آثار الحكم^(٢).
 كما أن التوقيع على الحكم هو أحد الأشكال الجوهرية والأساسية في الحكم^(٣)، وهو ما أخذ به القضاء العراقي^٤ ، فالتوقيع على الحكم القضائي هو الذي يكسبه الصفة الرسمية ، وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية فقد قضت (إن نسخة الحكم الاصلية - بإعتبارها ورقة رسمية - لا تكتمل لها صفة الرسمية إلا بتوقيع القاضي الذي أصدر الحكم)^(٥).

(١) د. محمد سعيد عبد الرحمن ،المصدر السابق ، ص ١٦٢.
 (٢) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ،مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٥٥٥.
 (٣) تنص المادة (١٦٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي على (بعد النطق بالحكم ينظم فيويوقع من قبل القاضي أو رئيس الهيئة ويختم بختم المحكمة) وتنص المادة (١٧٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على (يوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الاصلية المشتملة على وقائع الدعوى.....) وتنص المادة (٤٥٦) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على (...ويجب توقيع الحكم من قبل رئيس المحكمة وكاتبها.....).
 (٤) فقد قضت محكمة التمييز في بغداد بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز لم توقع الصفحة الاولى والثانية منه من قبل القاضي الذي أصدره ، أما الثالثة فقد وجد فوق كلمة (القاضي) خط لا يدل على توقيع القاضي الذي وقّع محاضر الجلسات مما أفقده الشكلية المنصوص عليها في المادة (١٦٢) من قانون المرافعات المدنية ، لذا قرر نقض الحكم المميز من هذه الجهة وإعادة إضبارة الدعوى الى محكمتها لدعوة الطرفين مجدداً ..) رقم القرار ٩٩/٣م/٢١٤٥ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١١/٩ مشار اليه عند مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ط٤ ، العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠١١ ، ص ٢١٤.
 (٥) نقض في ١٦/١٢/١٩٦٥ - مجموعة القواعد- ١-٣-١٥٣-٢٢٥٨ ، مشار اليه عند د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي ، مصدر سابق ، ص ١٦٥.

المطلب الثالث

الأحكام القضائية التي تستنفد ولاية القاضي

تقسم الأحكام القضائية الى تقسيمات متعددة وفقاً لمعايير متباينة ، وهذه التقسيمات لها أهميتها في تحديد أي من الأحكام يستنفد ولاية القاضي ، وليس هناك معيار محدد يمكن إتباعه لتقسيمات الأحكام القضائية لأجل وضع تقسيم موحد ، فهذه التقسيمات ترد على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، ولذا تتعدد هذه التقسيمات باختلاف وجهات النظر ، أو وفقاً للزاوية التي ينظر من خلالها الى الأحكام القضائية^١ . ومن المعايير المتبعة في هذه التقسيمات :

أولاً : الموضوع الذي تفصل فيه

تقسم الأحكام القضائية وفقاً لهذا المعيار الى أحكام قطعية وغير قطعية ، وهذا التقسيم معمول به في النظام القضائي المصري ، أما في النظام القضائي العراقي فإن قانون المرافعات المدنية النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ لا يأخذ بهذا التقسيم ، بخلاف قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ،

(١) د. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣ .

الذي كان يقسم الحكم القضائي الى حكم قطعي ^(١)، وحكم غير قطعي وهذا بدوره يقسم الى القرار المؤقت والقرار الإعدادي وقرار القرينة ^(٢).

والحكم القطعي هو الحكم القضائي الذي يفصل بصفة حاسمة في موضوع النزاع أو جزء منه ، أو في أية مسألة متفرعة عن الخصومة أو متعلقة بها ، أو في مسألة إجرائية أثبتت أثناء الخصومة ، بحيث تنتهي به الدعوى بشكل يؤدي الى رفع يد المحكمة عن الدعوى وإستنفاد ولاية المحكمة بشأنها بحيث لا يجوز لها العدول عما قضت به ^٣ .

ولا يقصد بالحكم القطعي، الحكم النهائي الذي يضع حداً للنزاع ولايقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن ، فالقطعية هي ليست إلا صفة أو حالة قانونية

(١) المادة (١/١٢٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي الملغي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦

(٢) القرار المؤقت هو الذي يتضمن الأمر باتخاذ تدبيراً مؤقتاً تقتضيه الحال في الدعوى حسب المادة (١/١٢٦) من قانون المرافعات الملغي كالقرار الصادر عن المحكمة بوقف الهدم مؤقتاً الى نتيجة الدعوى ،والقرار الإعدادي هو الذي يتضمن الامر باتخاذ تدبير يسهل الفصل في الدعوى ويهيؤها لإصدار الحكم فيها حسب المادة (٢/١٢٦) من القانون الملغي كالقرار الصادر بتكليف المدعي بتصحيح دعواه ، وقرار القرينة هو الآخر يتضمن الامر باتخاذ تدبير يسهل الفصل في الدعوى ويهيؤها للحكم حسب المادة (٣/١٢٦) من القانون الملغي كالقرار الصادر عن المحكمة بسؤالها من المدعي الذي لم يتمكن من اثبات دعواه اذا كان يريد تحليل خصمه اليمين أم لا، ويتفق القرار الإعدادي مع قرار القرينة في أنهما يتضمنان الامر باتخاذ تدبير يسهل الفصل في الدعوى ويهيؤها لإصدار الحكم ، لكنهما يختلفان في ان الاول لاينبئ بنتيجة الحكم في حين ان الثاني يشعر بنتيجة الحكم ويستفاد منه الحكم النهائي الحاسم في الدعوى ، ضياء شيت خطاب ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي ، بحث منشور في مجلة القضاء ، صادرة عن نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، العددان الاول والثاني ، كانون الثاني - نيسان ، السنة الثامنة عشرة ، ١٩٦٠ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ص٥٢٠- ٥٢٣

(٣) د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٩ ، ص٣٢٩ .

للحكم القضائي تعني عدم جواز المساس به بعد إصداره من قبل المحكمة التي أصدرته^(١).

فهو حكم يَتَمَّ عن رأي المحكمة في الموضوع أو في مسألة إجرائية على وجه قاطع وحاسم^(٢)، لذا لا يمكن المساس به في ذات الخصومة ولكن يمكن المساس به عن طريق الطعن فيه بالطريق المقرر قانوناً^(٣). حيث لا يجوز للمحكمة بعد أن تصدر حكمها الحاسم أن تنتظر الدعوى مجدداً مالم يفسخ من قبل محكمة الاستئناف أو ينقض من قبل محكمة التمييز، أو يعترض على الحكم إن كان قد صدر غيابياً بحق أحد الطرفين المتخاصمين^٤، ومن أمثلة الحكم القضائي القطعي ذلك الصادر ببرد دعوى المدعى لعدم تمكنه من إثبات دعواه، والحكم الصادر ببرد الدعوى بسبب التقادم.

أما القرار غير القطعي (الحكم غير القطعي في القانون المصري) فإنه قرار غير نهائي لا يحسم موضوع الدعوى أو جزء منه ولا يحسم مسألة متفرعة عنه،

(١) د. محمود السيد عمر التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء، مصدر سابق، ص ٤؛ د. ابراهيم نجيب سعد، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

(٢) د. سيد أحمد محمود، اصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، بدون مكان طبع، ٢٠٠٥، ص ٧٢٧.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١١ ص ٤٧٦.

(٤) الفقرة (٣) من المادة (١٦٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي

وإنما تقتصر وظيفته على تنظيم سير الخصومة^(١)، فهذا القرار يصدر عن المحكمة قبل الفصل في النزاع أي أثناء نظر الدعوى وقبل الحكم في موضوعها كله أو بعضه، وهو لا يتعرض إلى أصل الحق موضوع النزاع، بل إن المحكمة تلجأ إلى إتخاذها عندما تكون الدعوى غير مهياًة للفصل فيها بعد، ومن أمثلته القرار الصادر بتوحيد دعويين أو بإحالة الدعوى للتحقيق أو بإنتداب خبير .

ولكون هذا القرار لا يوَلد خصومة خاصة بل يصدر في خصومة الحكم الموضوعي، كما أنه لا يحسم نزاعاً على أصل الحق، فضلاً عن أنه لا يكسب الخصوم حقاً موضوعياً بذاته ولا يهدر بذاته أي حق موضوعي، وبالنتيجة فإنه لا يقيد المحكمة التي أصدرته ولا يستنفد ولايتها، لذا يجوز لها أن تعدله أو تغيره، كما يجوز لها عدم الأخذ بالنتيجة التي إنتهى إليها بشرط أن تدون أسباب ذلك في محاضرها^(٢).

ثانياً : من حيث مضمون الحكم القضائي

تقسم الأحكام القضائية إستناداً إلى هذا المعيار إلى أحكام مقررة وأحكام منسئة وأحكام إلزام، فالأحكام المقررة وتسمى أيضاً الأحكام الكاشفة هي تلك الأحكام التي تصدر مقررة ومؤكدة لحالة أو مركز قانوني موجود قبل صدور الحكم، وذلك

(١) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص ٥٤٥، د. محمود السيد عمر التحيوي، القواعد العامة للطعن في الأحكام القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٥

(٢) المادة (١٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقية .

لوجود مصدر هذا الحق أو المركز ودون ان تتضمن إلزام أي من الخصوم بأداء معين^١ ، كالحكم الصادر بتقرير رابطة الزوجية أو بنوة شرعية أو صحة عقد أو براءة ذمة المدين أو الحكم بتزوير سند أو ورقة^٢ .

أما الاحكام المنشئة فهي تلك الأحكام التي تنشئ حقوقاً أو مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية موجودة . ويصدر هذه الأحكام تنشأ رابطة جديدة ويتحقق بصورها كامل الحماية القانونية ، كالحكم بإشهار إفلاس تاجر أو فسخ العقد أو تعديل الإلتزامات بسبب الغبن أو الإستغلال^٣ .

أما أحكام الإلزام فهي الاحكام التي يرد فيها التأكيد على (حق-الإلتزام) أي على حق يقابله إلتزام الطرف الآخر بأداء معين يقبل التنفيذ الجبري كتسليم منقول أو هدم أو بناء عقار أو دفع مبلغ من المال كتعويض^٤ .

ولا فارق يذكر بين الانواع الثلاثة من حيث إستنفاد ولاية القاضي ذلك أن القاضي بمجرد إصداره أي من الأحكام السابقة تنتهي سلطته كقاضٍ ويخرج النزاع من ولايته ويمتنع عليه المساس بها ، فهو لا يقوم بإصداره هذه الأحكام إلا بعد ان يكون تعرض الى أصل الحق وقصد حسم النزاع الحاصل بصدده بصورة قطعية .

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول المرافعات المدنية، ط١، منشورات جامعة جيهان الاهلية، اربيل، ٢٠١٣، ص ٦٥٩.

(٢) د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٤٩.

(٣) د. سيد احمد محمود ، اصول التقاضي ، مصدر سابق ، ص ٧٣٤.

(٤) د. حسام مهني صادق عبد الجواد ، الآثار الاجرائية للحكم القضائي المدني ، ط١ ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٢.

ثالثاً : من حيث صدورها في حضور الخصوم أو غياب احدهم

وهنا تقسم الأحكام القضائية الى أحكام حضورية وأحكام غيابية ، فالأحكام الحضورية ، هي تلك الأحكام التي تصدرها المحكمة في الدعوى القضائية بحضور أطرافها ، سواء أكان حضورهم بأنفسهم أم بالواسطة عن طريق وكلائهم بالخصومة .

حيث تعدّ المرافعة حضورية اذا حضر الخصم أيّة جلسة من جلسات المرافعة ، إعتباراً من بداية إقامة الدعوى حتى ختام المرافعة ، ولو تخلف عن الحضور بعد ذلك ^(١) ، مع ذلك فإن هناك حالتان إستثناءيتان

وهما الحالتين المنصوص عليها في المادتين (٤١) و(١١٨) من قانون الإثبات

العراقي ^٢ .

(١) تنص المادة (٥٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على (تعتبر المرافعة حضورية اذا حضر الخصم في أية جلسة ولو تغيب بعد ذلك) وتنص المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على (اذا حضر المدعى عليه في اية جلسة أو اودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك) في حين ان الخصومة بالنسبة للمدعي تعد حضورية دائماً لأنه من رفعها وأمامه تحددت الجلسة لنظر النزاع ، ينظر في ذلك د. احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مصدر سابق ، ص٣٥٨ وتنص المادة (٤٦٧) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على (يكون الحكم حضورياً في حالة حضور الاطراف بأنفسهم أو وكلائهم) (٢) إذ تنص المادة (٤١) منه على (اذا كانت بينة المدعي سنداً عادياً منسوباً للمدعى عليه الغائب ولم يتمكن المدعي من إراءة مقياس للتطبيق جاز في هذه الحالة اصدار الحكم غيابياً معلقاً على الاستكتاب والنكول عن اليمين عند الاعتراض حتى ولو كان المدعى عليه قد حضر بعض جلسات المرافعة) ، وتنص المادة(١١٨) منه على (اذا عجز الخصم عن اثبات ادعائه أو دفعه فعلى المحكمة ان تسأله عما اذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه فان طلب ذلك وكان الخصم حاضراً بنفسه حلفته المحكمة ، وفي حالة غيابه جاز لها اصدار الحكم غيابياً معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض بناء على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة) ، ولا يوجد ما يقابل هذه المواد في القوانين المقارنة .

أما الأحكام الغيابية فهي تلك التي تصدرها المحكمة في الدعوى القضائية في حالة غياب أحد أطرافها منذ الجلسة الأولى وحتى ختام المرافعة ، أي انه لم يحضر أية جلسة من جلساتها نهائياً وذلك رغم تبليغه تبليغاً صحيحاً بورقة التبليغ^(١).

ومن الجدير بالإشارة أن لا فارق يذكر بين الأحكام الحضورية والأحكام الغيابية من حيث إستنفاد ولاية القاضي الذي يصدرهما ، فكلاهما يترتب عليه إنتضاء سلطة القاضي وإستنفاد ولايته بشأنهما بمجرد صدورهما اذا ماكان الحكم قطعياً وحاسماً لما فصل فيه ، بحيث يتعذر على القاضي المساس به بعد إصداره ، إلاّ اذا طعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً .

لكن التمييز بين الأحكام الحضورية وتلك الغيابية يتجلى في إختلاف طرق الطعن التي يجوز سلوكها ضد كل من النوعين من الأحكام . ففي الوقت الذي يكون بإمكان من صدر الحكم بحقه غيابياً الطعن فيه بطريق الإعتراض على الحكم الغيابي الصادر من محكمة البدأة أو محكمة الأحوال الشخصية وذلك في غير المواد المستعجلة^(٢)، فإن من صدر الحكم بحقه حضورياً لا يملك ذلك الحق .

(١) تنظر المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي .
 (٢) تنظر الفقرة (١) من المادة (١٧٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٤٩٠) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ولا يوجد ما يقابلها في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ بعد أن عدّل هذا القانون قواعد الحضور والغياب على نحو لم يعد يصدر معه حكم غيابي

ولمّا كان الطعن بطريق الإعتراض على الحكم الغيابي يتم أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ، وبعد ان تكون قد إستنفدت ولايتها بشأنه بمجرد إصداره ، لذا ذهب بعض الفقه^١ الى عدّ هذا الطريق من طرق الطعن خروجاً وإستثناءً على فكرة الإستنفاد لأن المحكمة ستعرض الى ذات الحكم مرة أخرى وتعيد النظر فيه رغم إنتهاء سلطتها .

ومع تقديرنا للرأي السابق إلّا اننا لاننطق معه ونعتقد بأن هذا لا يعدّ خروجاً أو إستثناءً على إستنفاد الولاية ، فالقاضي عندما يعيد النظر في الحكم المطعون فيه بطريق الإعتراض لا يستعيد ولايته بالنسبة للموضوع الذي فصل فيه ، أي أنه لن ينظر فيه بصفته قاضي موضوع بل بصفته قاضي طعن أي ان سلطته وصفته مختلفتان هذه المرة فهو يمارس سلطة جديدة لم يسبق له ممارستها .

وفي هذا الصدد نود التتويه الى أن الخصم قد يتخذ من الغياب طريقاً لتأخير الحكم في الدعوى وإطالة أمدّها فيغيّب عن جلساتها رغم تبليغه بشكل صحيح ، كي يحكم عليه غيابياً ثم يعترض على الحكم الغيابي ويجوز أن يحكم عليه بعدها ، ولكنه حتماً يكون قد كسب وقتاً بهذه الطريقة ، وهو ما سيكون له مردود سلبي على سرعة حسم الدعوى والفصل فيها ، إذ قد يؤدي الى صعوبة الإلتزام بالسقوف

(1) د. احمد ماهر زغلول ، مراجعة الاحكام بغير الطعن فيها، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ٣٦ و٣٧

الزمنية المحددة لحسم الدعاوى ، وبالتالي قد يعيق أو يؤخر الوصول الى تحقيق الهدف المبتغى من فكرة الإستنفاد والمتمثل في تنظيم النشاط القضائي وتحقيقه لأغراضه في منح الحماية القضائية ووضع حد لإضطراب المراكز القانونية وفرض الإستقرار في المجتمع على وجه منتظم ودون تأخير.

لذا حبذا لو أن المشرع العراقي حظر طريق الطعن هذا عن المدعى عليه اذا كان قد تبلى شخصياً ولكنه لم يحضر أي جلسة من جلسات المرافعة دون عذر مشروع، عن طريق اضافة فقرة ثالثة الى المادة(١٧٧) من قانون المرافعات المدنية وبالشكل الآتي (يسقط حق المدعى عليه المبلّغ شخصياً في الطعن بطريق الاعتراض اذا لم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة دون عذر مشروع).

رابعاً : من حيث طبيعة المراكز القانونية الصادر بشأنها

لا تصدر جميع الأحكام القضائية على أساس مراكز من طبيعة واحدة ولا في ظل ظروف متماثلة ،وتبعاً لذلك تقسم الأحكام القضائية الى أحكام فورية وأخرى شرطية (ممتدة) .

والأحكام الفورية هي تلك التي تصدر على أساس مراكز من طبيعتها الثبات والإستقرار ، فلا تمتد في الزمان ، وتصدر في ظل ظروف غير قابلة للتغير ، ولذا فهي تحقق الحماية القضائية المطلوبة لهذه المراكز وتشبع مصالح أطرافها إشباعاً تاماً بمجرد صدورها وإستنفادها لطرق الطعن القانونية ، ومن ثم لا تنور

حاجة أطراف هذه الأحكام الى تدخل القضاء من جديد بشأنها لعدم وقوع ما يستوجب ذلك ، فهذه الأحكام ليس للزمن أي دور فيها لأنها تعيد الإستقرار الى المراكز القانونية (١) .ومن الامثلة عليها الأحكام الصادرة بشأن نزاع متعلق بالملكية ، أو بفسخ العقد أو بتقرير صحته أو بطلانه ، والصادرة في مسائل النسب والتطبيق وإثبات الوفاة وغيرها .

أما الأحكام الشرطية أو ما يسمى بالأحكام الممتدة (٢)، فهي تلك التي تصدر على أساس وبشأن مراكز ممتدة في الزمان ، وفي ظل ظروف قابلة للتغيير، ولذا يمكن مراجعتها بعد إصدارها وإستفادها لطرق الطعن اذا ما تغيرت الظروف التي صدرت فيها ،لذا يسمى الحكم هنا شرطياً أي مشروطاً بعدم تغير الظروف التي صدر فيها ،فتغير الظروف قد يؤثر على الحكم القضائي أو على فاعليته ويؤدي الى إختلال التوازن الذي كان قائماً وقت صدور الحكم ،وتبقى هذه الاحكام عرضة

(١) د. نبيل اسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٣٧٣؛ د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، مصدر سابق ، ص١٤٥ .

(٢) تكشف فكرة الحكم الشرطي عن تنظيم لمراجعة الاحكام القضائية يقترب من نظام الطعن في الاحكام لكنه يبقى متميزاً عنه ولايختلط به ، فمصدره الانشائي لا يوجد في ارادة المشرع وانما هو تنظيم ابتدعه القضاء الفرنسي وواظب على اعماله بما يضيف عليه سمة القواعد القانونية المستقرة ، كما يأخذ به القضاء المصري في احكامه ، ولقد كان الدافع من وراءه اعتبارات العدالة ، كما ان مراجعة الحكم الشرطي لانتوقف كما هو المبدأ في الطعن على نسب خطأ للقاضي الذي اصدر الحكم وانما طروء ظروف جديدة من شأنها التأثير اما في وجود الحماية القضائية التي يحققها الحكم او في فاعليتها كما ان مراجعة الحكم مكنة متاحة للخصوم وليست حصراً على المحكوم عليه (في القانون المصري) أو من خسر الدعوى (في القانون العراقي)، احمد ماهر زغلول ، الحجية الموقوفة ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٧، ص١٣٧ ومؤلفه ، اعمال القاضي التي تحوز حجية الامر المقضي وضوابط حجيتها ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٩ ، ص١٠٧ و١٠٨ .

للمراجعة - بناء على طلب ذوي الشأن - الى أن تستقر المراكز التي صدرت على أساسها أو تقتضي (1).

ومن أمثلتها الأحكام الصادرة في دعاوى النفقات ومواد الحضانة ودعاوى التعويض عن الضرر الجسدي ، وتلك الصادرة في مسائل تعيين الأوصياء والقوام وموت المفقود وغيرها.

وما يهمننا في هذا المقام هو أي من هذه الأحكام يستنفد ولاية القاضي المدني بمجرد إصداره لها ؟ مما لا شك فيه أن الأحكام الفورية تستنفد ولاية القاضي بمجرد صدورهما عنه ، لعدم إمكان مراجعتها من قبل القضاء كونها تحقق الاستقرار والحماية القضائية المطلوبة ، أما الأحكام الشرطية فهي التي قد يثور التساؤل حول إستنفادها لولاية القاضي ، إذ قد يتبادر الى الذهن أنها لا تستنفد ولاية القاضي بسبب إمكانية مراجعتها من جديد من قبل المحكمة اذا ما إستجدت ظروف تقتضي ذلك .

ولكن الأحكام الشرطية اذا كانت أحكاماً قطعية فصلت في المسألة التي يثيرها الطلب القضائي بشكل حاسم فإنها تستنفد ولاية القاضي بمجرد إصدارها لتحقيق شروط الإستنفاد وحكمته بهذا الخصوص ، ولا يمكن المساس بها طالما بقيت الظروف التي صدرت في ظلها على ما هي عليه دون تغيير ، ولا يجوز للقاضي

(1) د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، المصدر السابق ، ص ٤٦ و ٤٧ .

العدول عن حكمه أو تعديله إلا إذا تغيرت الظروف التي صدر فيها الحكم ، أي إذا تغيرت عناصر المسألة التي فصل فيها ، وعندما تتغير الظروف فإن هذا يعني أن القاضي قد رفعت أمامه دعوى جديدة وبمسألة جديدة لم ينظرها ولم يمارس سلطته بشأنها هذا من جانب ¹ .

وعليه فإن كلا النوعين من الأحكام (الفورية والشرطية) يترتب عليه إستنفاد ولاية القاضي بمجرد صدورهما ، فالحكم الشرطي وإن كان يتمتع بحصانة مميزة أو قوة ملزمة تحول دون مكنة المساس به عن طريق تجديد الدعوى بين ذات الخصوم في موضوعه ، ومنع مراجعته حال ثبات ظروف إصداره ، إلا أن هذه الحصانة ليست جامدة بل هي حصانة مؤقتة مرنة ومرهونة ببقاء الحالة التي صدر فيها الحكم ، لكنها تتلاشى بزوال تلك الحالة وهو ما يؤدي الى إمكان إتصال القضاء بهذه الدعوى من جديد ومراجعة الحكم متى تغيرت الظروف التي صدر في ظلها تغييراً جوهرياً يجيز هذه المراجعة .

كما يمكن القول أن الأساس القانوني للحصانة التي تلحق الحكم الشرطي وتفرض مضمونه على القضاة والخصوم ، لا يمكن أن تكون هي حجية الأمر المقضي فيه لأن الحكم لم يفصل في الحقوق والمراكز القانونية موضوع الدعوى التي صدر فيها ، الأمر الذي قد يثير التساؤل عن الأساس القانوني لهذه الحصانة

(1) المصدر السابق ، ص ٥٦٧ .

ومدى إقرار المشرع لها لا سيما في ظل عدم وجود نصوص صريحة تقرها أسوة بحجية الامر المقضي فيه .

يرى جانب من الفقه¹ - ونحن نتفق معه - أن حصانة الحكم الشرطي هي حصانة ضرورية ولازمة ولا غنى عنها وإن لم ينص عليها تشريعياً ، فالقاعدة إنما تستمد وجودها من أهميتها وضرورتها والحاجة اليها وليس فقط من نص المشرع عليها .

فإستنفاد ولاية القاضي على سبيل المثال تعدّ حصانة أساسية وأثر هام من آثار الحكم القضائي وفكرة أصولية في قانون المرافعات رغم أن كل من المشرعين العراقي والمصري لم ينصا عليها صراحة بنصوص تحدد مضمونها ونطاق تطبيقها ، كما ان المشرع الفرنسي لم يكن ينص عليها حتى عام ١٩٧٥ ورغم ذلك فقد كانت مستقرة فقهاً وقضاءً.

ولذا نعتقد انه يمكن القول أن حصانة الحكم الشرطي تمثل منطقة وسطى بين إستنفاد ولاية القاضي وحجية الأمر المقضي فيه .

ومن جملة ما سبق يمكن أن نصل الى نتيجة مفادها أن نطاق الإستنفاد ينحصر في الأحكام القضائية القطعية ، سواء أكانت حضورية أم غيابية ، وسواء أكانت أحكام مقررّة أم منشئة أم أحكام إلزام ، وسواء أكانت فورية أم شرطية طالما أنها

(١) د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، مصدر سابق ، ص ٦٤٣ .

كانت حاسمة لما فصل فيه القاضي ، بحيث يصبح القاضي الذي أصدرها غير قادراً على العدول عنها وإصدار حكماً مغايراً لما سبق إصداره داخل الخصومة التي صدر فيها الحكم الأول .

المبحث الثاني

القرارات القضائية الوقتية

الى جانب الصورة الأكثر شيوعاً من صور الحماية القضائية المتمثلة في القضاء الموضوعي الذي يسعى الى إزالة تجهيل المراكز القانونية من خلال إصدار حكم قضائي ، يعرف التنظيم القانوني صورة أخرى من صور الحماية القضائية ، تتمثل في القضاء الوقتي الذي يملك سلطة إصدار قرارات لا تعد أحكاماً قضائية ، فقانون المرافعات لا ينظم شكلاً إجرائياً واحداً لأعمال القضاء ، وإنما ينظم لها - بصفة رئيسة - شكلين هما (الأحكام والقرارات) . ولكل من هذه الأعمال قواعد خاصة في تكوينه تتناسب مع طبيعته والدور الذي يؤديه ، ويرتب كل منها آثاراً قانونية خاصة به . فما هو المقصود بهذه الصورة للحماية القضائية ؟ وهل يترتب عليها إستنفاد لولاية القاضي الذي يصدرها ؟ هذا ما سنتناوله من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين وبالشكل الآتي :

المطلب الاول

قرارات القضاء المستعجل

دعت إجراءات القضاء العادي البطيئة حيناً والمتراخية حيناً آخر الى إيجاد قضاء سريع يستجيب للتطورات التي تشهدها الحياة في مختلف المجالات الإقتصادية

والتجارية والإجتماعية ، ويمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة لمواجهة حالات الإستعجال بقرارات يتخذها بعد إجراءات قضائية بسيطة وسريعة ومختصرة ، تضفي حماية مؤقتة على المصالح المهددة بالضياع والفقدان ، وهذه هي مستلزمات القضاء المستعجل . فما هو المقصود بقرارات القضاء المستعجل ؟ وهل تستنفذ هذه القرارات ولاية قاضي الأمور المستعجلة ؟ هذا ما سنتناوله من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين وبالشكل الآتي :

الفرع الأول

المقصود بقرار القضاء المستعجل

يخلو قانون المرافعات المدنية العراقية من تعريف للقضاء المستعجل وقراراته ، وحسناً فعل المشرع العراقي إذ ترك ذلك الأمر للفقهاء والقضاء ، وقد كان هذا هو منحى المشرع المصري كذلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، إذ لم يعرّف القضاء المستعجل .

في حين نجد أن المادة (٤٨٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ قد عرّفت القرار الصادر عن القضاء المستعجل بأنه (قرار مؤقت جاء نتيجة لطلب أحد الاطراف بحضور أو إستدعاء الطرف الثاني في الحالات التي يخول فيها القانون قاضياً - لم يكلف بإصدار حكم عن أصل الحق - صلاحية إتخاذ إجراءات ضرورية بصورة مستعجلة) .

كما أن المادة (١٩٤) من مشروع قانون الإجراءات المدنية العراقي المعد في ضوء قانون إصلاح النظام القانوني في العراق رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ قد عرّفت قرار القضاء المستعجل بأنه (قرار وقتي تتخذه المحكمة طبقاً للإجراءات التي يحددها القانون للوقاية من خطر التأخير في حماية حق يرجح وجوده)^١.

وعرّف جانب من الفقه^٢ القرار الصادر عن القضاء المستعجل بأنه (قرار تتخذه محكمة مختصة بإصداره بناء على طلب من ذي مصلحة عندما تكون مصلحته مهددة ويخشى عليها من فوات الوقت لإضفاء الحماية المؤقتة على تلك المصلحة دون المساس بأصل الحق الذي يحمي هذه المصلحة). في حين عرفه جانب آخر^٣ بأنه (قرار قضائي وقتي يصدره القضاء المستعجل بعد نظره مسألة مستعجلة بالشكل الذي رسمه القانون).

أما على صعيد القضاء فقد عرّفت محكمة النقض المصرية^٤ ذلك القرار بأنه (حكم وقتي بحت يرّد به عدواناً بادياً للوهلة الاولى من أحد الخصمين على الآخر يوقف به مقاومة من أحدهما للآخر بادية للوهلة الأولى أنها بغير حق ، أو يتخذ

(١) وبنفس المعنى عرفه د. آدم وهيب الندوي بأنه (قرار مؤقت تتخذه المحكمة طبقاً للإجراءات التي يحددها القانون ، للوقاية من خطر التأخير وحماية حق يرجح وجوده دون التعرض لأصل الحق) أي أنه أضاف إليه شرط عدم المساس بأصل الحق ، ينظر كتابه المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٢٧.

(٢) مدحت المحمود ، مصدر سابق ، ص ١٦٨.

(٣) محمد طلال الحمصي ، نظرية القضاء المستعجل في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني لسنة ١٩٨٨ ، ط ١ ، دار البشير ، عمان ، ١٩٩٦ . ص ٢٠٤.

(٤) نقض مدني ١٩٣٥/٢/١٩ السنة ٥٢ ق مشار اليه عند د. عيد محمد القصاص ، مصدر سابق ، ص ٢٨٠ ،

إجراءً عاجلاً يصون به موضوع الحق ، أو دليلاً من أدلته دون أن يكون لحكمه أثر على موضوع الحق الذي يبقى محفوظاً سليماً يتنازل فيه ذوو الشأن لدى جهة الإختصاص).

ومما تقدم يبدو واضحاً ان القرار الصادر عن القضاء المستعجل هو قرار وقتي كونه يصدر في مواجهة خطر داهم بشكل مستعجل لدرء ذلك الخطر والحيلولة دون وقوعه . ولكن صفة الوقتية هذه لا تعني عدم إستمرار هذا القرار إلاّ لمدة قصيرة ، بل قد يمتد أحياناً الى مدة طويلة ويظل القرار قائماً وصالحاً لمواجهة حالة فعلية كانت موجودة قبل النزاع^١ ، فهو يمتد طالما كان النزاع في أصل الحق مازال قائماً أمام محكمة الموضوع ولم يحسم بعد^٢ .

وهذا يعني أن قرارات القضاء المستعجل وإن كانت توصف بالوقتية ، إلاّ أنها تكون ملزمة للمحكمة التي أصدرتها ولطرفي الخصومة ، فليس للأولى أن تعدل بقرار ثانٍ عمّا قضت به أولاً ، وكذلك ليس للخصوم أن يرفعوا طلباً ثانياً بذات الموضوع أمام المحكمة التي أصدرت ذلك القرار بقصد الوصول الى قرار معدّل للأول طالما كانت الظروف التي إستوجبت صدور القرار المستعجل لم يطرأ عليها أي تغيير ، ولكن في حالة تغير الظروف المحيطة بالحق أو المركز القانوني

(1) د. عمار سعدون المشهداني ، القضاء المستعجل ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص ٢٨.

(2) القاضي هادي عزيز علي ، القضاء المستعجل ، ط ١ ، بدون اشارة الى دار الطبع ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٢

للخصوم أو لأحدهما فإنه يجوز العدول عن القرار الأول وإصدار قرار جديد بدلاً منه ، ولذا يقال أن قرار القضاء المستعجل يتمتع بحجية مؤقتة^١ .

مع ذلك فإن القرار الصادر عن القضاء المستعجل ليست له أي حجية أمام قاضي الموضوع على عكس الحكم القضائي الصادر عن القضاء العادي^٢ ، بمعنى أن صدورالقرار المستعجل لا يمنع الخصوم من اللجوء الى القضاء العادي للحصول على حكم في موضوع الدعوى ، وقاضي الموضوع يمكنه الحكم بعكس القرار الصادر عن القضاء المستعجل وبين نفس الخصوم في النزاع المستعجل المتعلق بموضوع الدعوى دون أن يعد ذلك إخلالاً بحجية الامر المقضي فيه^٣ .

فحجية القرار المستعجل (قاصرة) أي أنها لا تمتد الى خارج نطاق القضاء المستعجل و(مؤقتة) أي رهينة بعدم تغير الظروف .

(١) محمد علي راتب ومحمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب ، قضاء الامور المستعجلة ، ط٦ ، عالم الكتب ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص١٣٥ . وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة التمييز في بغداد بأن للمحكمة الإعتقاد على الكشف المستعجل وعدم إجراء كشف جديد اذا لم تجد مبرراً لذلك إذ نصّ قرارها (..... ويكون أخذ محكمة البداة بهذا التقرير الموقعي الذي يصلح أن يكون سبباً للحكم متفقاً وحكم المادة (٤/١٤٤) من قانون المرافعات المدنية ولا الزام عليها بإعادة الكشف مجدداً دون سبب) ، رقم القرار ١٩٧٧/٣م/٥٩٨ الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١١/١٤ مشار اليه عند د. عمار المشهداني ، القضاء المستعجل ، مصدر سابق ، ص٢٨ .

(٢) إذ جعل القانون للأحكام القطعية الباتة والصادرة من محكمة مختصة بإصدارها حقيقة قضائية ثابتة واعتبرها من النظام العام ، تنظر المادتين (١٠٥ و١٠٦) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وللمزيد ينظر د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، ط٢ ، مطبعة دار القادسية ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص٢٣٤ ؛ ود. عصمت عبد المجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٧ ، ص٢٥٨-٢٦٢ .

(٣) د. عبد الباسط جميعي ، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص١٤٦ .

الفرع الثاني

إستنفاد ولاية القضاء المستعجل

طالما لم يصدر من القضاء العادي والقضاء المستعجل ما يحسم النزاع المرفوع أمامهما ، فإن ولايتهما بنظر النزاع تبقى مستمرة ولا تنتهي إلاّ بحكم أو قرار يحسم النزاع . ومتى صدر هذا الحكم القضائي أو القرار المستعجل يخرج حينها النزاع من سلطة القاضي العادي والمستعجل ، وتستنفد ولاية كل منهما فلا يجوز لهما بعدها أن يتعرضا للنزاع فينظرا فيه بحكم مغاير ، أو أن يعرض النزاع عليهما ثانية بعدما فصلا في موضوعه، ولا يجوز لهما أن يعدلا عمّا أصدره طالما لم تتغير عناصر المسألة ، ولم تتغير الظروف أو المراكز القانونية للخصوم التي صدرت فيها هذه الاحكام والقرارات ، ولو تبين لهما أن ما أصدره كان على أساس معلومات خاطئة ادلى بها ذوو الشأن .

وهذا يعني أن قرارات القضاء المستعجل تتمتع هي الاخرى بما يتمتع به الحكم القضائي من حصانة داخلية تتمثل في إستنفاد ولاية القاضي الذي أصدرها ، ولا يحول دون ذلك القول أنه لا أثر للقرار المستعجل في ثبوت الحق أو نفيه ، أو أن هذه القرارات ذات حجية مؤقتة ، وأنها لا تقيد محكمة الموضوع أو أنها تمنح حماية مؤقتة لمقدم الطلب المستعجل ، لأن تأقيت الحماية لا يمنع من كونها

حماية قضائية ، فضلاً عن أنه يمكن القول أن الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء العادي تحوز هي الأخرى حجية قلفة مؤقتة ما دام الطعن فيها جائزاً بالطرق المقررة قانوناً .

وما سبق يضعنا أمام التساؤلات الآتية :هل أن إستنفاد ولاية القاضي المستعجل بإصداره قراره يمنع قاضي الموضوع من التصدي الى أصل الحق أو الى مضمون القرار المستعجل اذا ما إلتجأ اليه الخصوم ، أم انه يتمتع بهذه المكنة ؟ و اذا كان يتمتع بهذه المكنة فما هو أساسها؟

للإجابة على هذه التساؤلات نقول أن المعطيات التي يقوم عليها القضاء المستعجل وطبيعة الحماية التي يفرضها ، تجعل دوره وقائياً يرمي الى درء الخطر وتلافي وقوع الضرر أو وقفه عند الحدود التي بلغها والحيلولة دون تفاقمه . والقاضي المستعجل عندما يقضي بصورة مؤقتة في الحقوق والمراكز القانونية محل الحماية المستعجلة ليسبغ حمايته على من يبدو للوهلة الأولى ويرجح لديه أنه صاحب الحق الظاهر، فهو لا يؤسس حمايته على تأكيد لهذه الحقوق وإنما على الراجح لديه منها ، والتي يزكيها له الوضع الظاهر من المستندات المقدّمة اليه ، وأداة الحماية المستعجلة هي مجموعة من التدابير العملية تضمن فاعليتها القوة

التنفيذية المعجلة التي تلحق بها بقوة القانون^١ ، وهي تدابير وقتية لا تمس أصل الحق .

وإذ لا يدخل في وظيفة الحماية المستعجلة تأكيد الحقوق والمراكز القانونية ، فإنه يتمتع على القاضي المستعجل المساس بالأخيرة ، لذا يقف إختصاصه عند إتخاذ إجراء وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولا ينظر بأصل الحق أي لايقوم بتغيير المراكز القانونية الموضوعية للخصوم ، ولا يتولى مهمة التفسير ، أو التأكد من وجود الحق^٢ ، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في بغداد^٣ فذهبت الى أن (تعتمد المحكمة على ظاهر المستندات المقدّمة اليها عند نظرها في طلب يتعلق بالقضاء المستعجل) .

فالقاضي المستعجل لا يستطيع ان يفصل في أصل الحق أو أن يأمر بإجراء يمس أصل الحق، وإذا ما طلب منه ذلك فعليه أن يقضي بعدم الإختصاص لأن المطلوب يتجاوز سلطته القضائية ، وبإصداره قراره المؤقت تنتهي ولايته بصدده،

(١) تنظر المادة (١٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٢٨٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمواد (٥١٧-٥٢٢) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي

(٢) د. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ، ط٢، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٦؛ د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مصدر سابق، ص٣٢٨.

(٣) رقم القرار ١٣٧١/مدنية ثلاثة/٧٦ الصادر بتاريخ ١٤/٦/١٩٧٦ ، منشور في مجلة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، ١٩٧٧ ، ص٢١٣.

فيمتنع عليه المساس به ثانية عن طريق الإلغاء أو التعديل سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم أو بناءً على إتفاقهم .

لكن إستنفاد ولاية القاضي المستعجل لا يسري خارج هذا الإطار بمعنى أنه لا يفيد قضاء الموضوع الذي يمكنه الفصل في أصل الحق -أي البت بالمركز القانوني للخصوم والتفسير والتأكد من وجود الحق- ، ويرجع ذلك الى إختلاف موضوع الدعويين (الموضوعية والمستعجلة) وهو ما يفيد تخلف شروط أعمال الإستنفاد والتي تفترض وحدة الموضوع ، كما يمكن لقضاء الموضوع التعرض الى مضمون القرار المستعجل إذ قد يجد بعد تصديه لأصل الحق ما يبزر العدول عن قرار القضاء المستعجل ، وإذا لم يجد مبرراً لذلك يمكنه الإبقاء على ذلك القرار .

كما ان ثبوت إمكانية مراجعة قرار القضاء المستعجل من قبل قاضيه حال تغير الظروف التي صدر على أساسها لا يؤدي الى إنكار إستنفاد ولايته أو الإنتقاص منها ، إذ أن تغير الظروف شرط المراجعة ومفترضها يكشف عن تغير السبب وهو ما يفيد تخلف شروط الإستنفاد .

المطلب الثاني

الاورام على عرائض

لا تقتصر سلطة القاضي على حسم الخصومات التي ترفع اليه لإصدار حكم فيها يفرض النزاع ويقرر الحق لأحد الطرفين ويلزم الطرف الآخر بأدائه ، فبجانب

هذه الوظيفة يعترف المشرع في القانون المقارن للقاضي بسلطة أخرى مغايرة لسلطة القضاء ، تتيح له إتخاذ مجموعة أخرى من الأعمال تختلف عن الأعمال القضائية بالمعنى الفني وتمثل في سلطة إصدار أوامر ولائية ، يكون المقصود منها المحافظة على وضع معين الى ان ينظر في النزاع القائم أو الذي سيقوم في شأنه أمام المحكمة ، ويطلق عليها الوظيفة الولائية أو القضاء الولائي. وللتعريف بنظام الأوامر على عرائض ، ولمعرفة هل يترتب على إصدار الأمر على عريضة إستنفاد لولاية القاضي الذي أصدره نقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي :

الفرع الاول

التعريف بالقضاء الولائي

يعدّ القضاء الولائي نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته له شروطه وميزاته الخاصة ، ويضم أعمالاً متنوعة تتسجم مع صورته المتعددة ، إلا أن أغلب التشريعات لم تلتفت الى ذلك واقتصرت بالتنظيم على صورة واحدة من صورته فقط وهي الأوامر على العرائض .

ولم تعرّف القوانين المقارنة القضاء الولائي ، لكن المادة (٢٠٠) من مشروع قانون الإجراءات المدنية العراقي عرفته بأنه (قرار وقتي يصدره القاضي في الاحوال المنصوص عليها في القانون في أمر مستعجل بناء على طلب يقدّم اليه من أحد الخصوم و لايشترط في إصداره ان يتم في مواجهة الخصم الآخر).

ولقد عرّفه بعض الفقه^١ بأنه (التصرف الذي يصدره القاضي بحكم ماله من ولاية عامة على الذين يتعلق بهم تصرفه بهدف إعانتهم على تحقيق مصالحهم المشروعة) . أما البعض الآخر^٢ فعرفه بأنه (نظام قانوني مستقل يستند الى الولاية العامة الممنوحة للقضاء التي تخوله القيام بأعمال معينة لا تحمل معنى النزاع ولا تمس بأصل الحق) .

في حين نجد أن جانباً آخرًا من الفقه الإجرائي^٣ قد عرفه بأنه (قرار يصدر من القاضي بناء على عريضة يقدمها الطالب دون مواجهة الطرف الآخر) .
وعرفه البعض الآخر^٤ بأنه (قرار يصدر من قاضي الامور الوقتية بما له من سلطة ولائية بناء على عريضة يقدمها له صاحب الشأن في غيبة الطرف الآخر - أي دون مواجهة - ودون تسبيب) .

كذلك عرّف بأنه (القرارات التي يصدرها القاضي على طلب من الخصم دون سماع أقوال الخصم الآخر وفي غيبته سواء كانت هناك دعوى أم لم تكن وذلك للحفاظ على الحق من الضياع وإن الطلب الذي يتقدم به الخصم لإستصدار قرار

(١) د. حسن الليبي ، اصول المرافعات الولائية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص٣٣ .

(٢) د. تيماء محمود فوزي ، القضاء الولائي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، ١٩٩٧ ، ص٢١ .

(٣) د. احمد هندي ، اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع ، ص٣٥٨ .

(٤) د. سيد احمد محمود ، اصول التقاضي ، مصدر سابق ، ص٩٦٩ .

على عريضته يجب أن يكون مستنداً على نص في القانون يجيز له ذلك)^١ .
ولكن الملاحظ أن التعريفات الثلاثة الأخيرة لم تعرّف القضاء الولائي ذاته، وإنما كانت في الحقيقة تعريفات للقرار الصادر عن القضاء الولائي^٢ .

ومما سبق يتضح أن المقصود بنظام الأوامر على عرائض (القضاء الولائي) في قانون المرافعات ، تلك الحالات التي يلجأ فيها الشخص الى القضاء عن طريق التقدم بعريضة وليس عن طريق رفع دعوى ، ولذا يطلق عليه التقاضي بدون قضية أو التقاضي بعريضة^٣ .

والفكرة الأساسية التي يقوم عليها القضاء الولائي ترجع الى الدور الذي تلعبه الإرادة الخاصة في الحياة القانونية . فمع أن القانون يعترف بسلطان الإرادة في تكوين العمل القانوني وترتيب آثاره والرقابة عليه عند تنفيذه ، لكنه أحياناً يمنع الإرادة الخاصة من تكوين المراكز القانونية أو إحداث الأثر القانوني لها ، ويوجب تدخل القاضي لكي يتحقق من مدى ملائمة العمل أو توافر الشروط الموضوعية والشكلية فيه^٤ .

(١) مدحت المحمود ، مصدر سابق ، ص١٦٩ .

(٢) يطلق قانون المرافعات المدنية العراقي مصطلح (الامر) على الاجراء الذي يتخذه القاضي في الاوامر التي تصدر على عريضة احد الخصوم في المواد (١٥١- ١٥٣) ولكن عند التظلم من الأمر الولائي فإن ما يتخذه القاضي من اجراء بتأييد الامر الولائي أو الغائه او تعديله فيطلق عليه مصطلح (القرار) .

(٣) د. سيد احمد محمود ، اصول التقاضي ، مصدر سابق ، ص٩٥٩ .

(٤) المصدر السابق ، ص٩٦٨ .

والوسيلة الفنية التي اعتمدها المشرع لتنظيم هذه الحالة هي نوع خاص من الحماية القضائية شاعت تسميتها بالعمل الولائي أو القضاء الولائي ، ويهدف في كل صوره الى إتخاذ إجراءات وقتية سريعة لحماية مصلحة الأفراد ، وللمحد من حرية الإرادة في مباشرة التصرفات القانونية .

الفرع الثاني

القضاء الولائي وإستنفاد ولاية القاضي

لاتعد الأعمال الولائية وفقاً للرأي الراجح أعمالاً قضائية بالمعنى الفني لأنها تصدر في غير الوظيفة الفنية للقضاء¹ ، وعليه فإن هناك فارق بين النظام القانوني المنظم لها والنظام القانوني المنظم للأعمال القضائية ، الأمر الذي أدى الى إختلاف هذين النوعين من الأعمال في جملة أمور منها : أن القرار الولائي (الأمر على عريضة) يصدر عن القاضي في غياب الخصم الصادر ضده الأمر ، ومن دون مرافعة ودون تكليف بالحضور ، فلا وجود لمبدأ المواجهة بين الخصوم وغيره من المبادئ العامة في التقاضي كحق الدفاع وعلانية الجلسة ، في حين

(1) هناك جدل كبير في الفقه حول الطبيعة القانونية للنشاط الولائي ما بين من يعدّه ذا طبيعة قضائية وبين من يرفض الاعتراف له بهذه الطبيعة الى من يدرجه ضمن الاعمال التنفيذية او الادارية وآخر يأخذ موقفاً وسطاً فينادى بالطبيعة المختلطة (قضائية- ادارية) ومن يدافع عن طبيعة خاصة للعمل الولائي ، ينظر د. عبد الباسط جمعي ، سلطة القاضي الولائية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، العدد الاول ، السنة الحادية عشر ، يناير ١٩٦٩ ، ص(٧-٢٣) د. محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية القاضي المدني ، مصدر سابق ، ص (٦٠-٦٣) ؛ د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، مصدر سابق ، ص(٤٩٥ - ٥٠٠)

أن الحكم القضائي وقرار القضاء المستعجل لا يصدران عن المحكمة إلا في خصومة قضائية وبعد سماع أقوال المدعى عليه أو بعد تبليغه لإبداء أقواله ولو لم يحضر^١.

كما أن العمل الولائي (الأمر على عريضة) لا يلزم ذكر الأسباب التي بني عليها ، إلا إذا كان مخالفاً لأمر سبق صدوره وبين ذات الخصوم وفي نفس الموضوع ولذات السبب ، وسواء صدر الأمر من القاضي الذي أصدر الأمر السابق أو من غيره ، وأياً كان مضمونه بالنسبة للأمر الأول ، يكفي فقط أن يصدر الأمر الأول بالرفض ويصدر الثاني بالإيجاب أو بالعكس ، وسواء أكان القاضي الثاني يعلم بالأمر أو لا يعلم به ، فيجب التسبب في جميع الحالات^٢ ، بمعنى أنه يجب ذكر الأسباب التي إقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلاً^٣.

ولكن الملاحظ أن القانون العراقي قد لزم الصمت في هذا الشأن ، وهو ما أدى ببعض الفقه الى إطلاق وجوب تسبب الأمر الولائي^٤ ، ولذا حبذا لو أن المشرع

(١) د. مصطفى مجدي هرجة ، الاوامر على العرائض ، ط٢ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٥ ، ص٨٠؛ د. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص٤٤.

(٢) د. نبيل اسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي ، مصدر سابق ، ص٦٠ .

(٣) تنظر المادة (١٩٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري و لا يوجد ما يقابلها في القانون العراقي .

(٤) د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص٣٣٧

العراقي نص على ذلك صراحة أسوة بالمشرع المصري ، لاسيما وأن القاضي الولائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في بعض الأحيان مما يقتضي منه ذكر الأسباب التي دفعته الى إصدار الأمر من عدمه ، كما أن بيان الأسباب يساعد من يطعن في الأمر في معرفة كيفية صياغة الطعن وما يقدمه من حجج ، فضلاً عن أن التسبب يسهل على محكمة التمييز مهمة الرقابة على القرارات الولائية الصادرة ، لذا نأمل من المشرع العراقي إضافة فقرة أخرى الى المادة (١٥٢) من قانون المرافعات المدنية وبالصيغة التالية (لا يلزم ذكر الأسباب التي بني عليها الأمر إلا إذا كان مخالفاً لأمر آخر سبق صدوره فيستلزم حينها ذكر الأسباب التي إقتضت صدور الأمر الجديد وإلا كان باطلاً) .

أما المشرع الفرنسي فيستلزم تسبب جميع الأوامر على عرائض ، ومرد ذلك هو أخذه بفكرة واسعة للعمل القضائي وعدّه الأوامر على عريضة واحدة منها^١ ، أما الحكم القضائي فيجب أن يكون مسبباً واقعياً وقانونياً

(1) د. نبيل اسماعيل عمر ، المصدر السابق ، ص ٦٠ و٦١

، وإذا خلا الحكم من الأسباب الواقعية كان عرضة للفسخ أو النقض من محكمة أعلى درجة عند النظر في الطعن الواقع عليه^١.

وفي حين أن الحكم القضائي يكون قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً ، فإن الأمر الصادر عن القضاء الولائي لا يكون الطعن فيه إلا بطريق التظلم منه أولاً أمام المحكمة التي أصدرته ، ونتيجة التظلم تكون قابلة للطعن فيها

٢

كما ان الأمر الصادر عن القضاء الولائي يكون مشمولاً بالنفاد المعجل بغير كفالة بقوة القانون^٣ ، وفي القانون العراقي لا يسقط الأمر الولائي اذا لم يقدّم للتنفيذ خلال مدة زمنية محددة ،خلافاً للقانون المصري الذي نصّ على سقوط الأمر على عريضة اذا لم يقدّم للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تأريخ صدوره دون أن يمنع هذا السقوط من إستصدار أمر جديد^٤ ، وحبذا لو حذا المشرع العراقي حذو

(١) تنظر الفقرة (١) من المادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي وتقابلها المادة(١٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري . وهذا ما إستقر عليه أحكام المحاكم فقد قضت محكمة التمييز في بغداد بأن (ما يميز القضاء الولائي عن القضاء المستعجل هو أن المحكمة تدعو الطرفين لسماع أقوالهما بالنسبة للقضاء المستعجل وإن قرارها قابل للطعن فيه تمييزاً بينما قرارها الولائي يصدر دون جمع الطرفين ويكون قابلاً للتظلم أمام المحكمة التي أصدرته وقرارها بنتيجة التظلم يقبل التمييز) ، رقم القرار ٢٤٣/٣م/١٩٧٧ الصادر بتاريخ ١٠/٢/١٩٧٧ مشار اليه عند د. عمار المشهداني ، القضاء المستعجل ، مصدر سابق ، ص٦٠

(٢) تنظر المادة (١٥٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمواد (١٩٧-١٩٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (٤٩٦) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

(٣) تنظر الفقرة (١) من المادة (١٦٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي وتقابلها المادة (٢٨٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة (٥١٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

(٤) تنظر المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

المشرع المصري في ذلك ، وحدد مدة زمنية يتقادم بمرورها الأمر الولائي اذا لم يقدم للتنفيذ ، من دون جعلها مدة سقوط حتمية فلا تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها ، والهدف من ذلك هو إنتظام المعاملات ، ولعدم جعل ذلك الأمر سيقاً مسلطاً على من صدر الأمر ضده ، إذ أن إنقضاء المدة دون تقديمه للتنفيذ يمكن أن يستتف منه نية طالب الأمر صرف النظر عنه .

لذا نأمل من المشرع العراقي إضافة مادة جديدة والصيغة المقترحة هي (يسقط الأمر الصادر على عريضة اذا لم يقدم للتنفيذ خلال مدة ثلاثين يوماً من تأريخ صدوره دون أن يمنع ذلك من إستصدار أمر جديد) .

كما لايقبل التدخل في إجراءات العمل الولائي ، لأن موضوع هذه الإجراءات بطبيعتها لا يتصور أن يكون محلاً لحقوق شخص من الغير ، بل هي تتعلق بإعمال مصلحة مشروعة لشخص معين^١ .

ويتمتع القاضي في الأعمال الولائية بدور إيجابي وسلطة تقديرية واسعة ،سواء

(٥) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص٧٧٩.

في ملائمة إصدار الأمر أو تقدير صحته عند التظلم منه ، ودوره وسلطته في هذا المجال تفوق أي دور منح له في العمل القضائي^١ .

ويذهب البعض^٢ الى أن القاضي الولائي لا يتقيد بقواعد الإثبات التي يلزم بها في عمله القضائي ، فلا يجوز تطبيق أدلة الإثبات في الأعمال الولائية ولا يتمكن القاضي من توجيه اليمين الحاسمة ولا يتقيد في سماع الشهود بحسب الإجراءات التي تنظمها قوانين المرافعات .

ونحن مع جلّ إحترامنا للآراء السابقة إلا أننا لانتفق معها ، ونعتقد أنه لا يمكن الأخذ بهذا الرأي بشكل مطلق ، فالقاضي الولائي اذا كان في إصداره للأمر الولائي لا يتقيد ببعض المبادئ والإجراءات المتبعة في نظر الدعوى وإصدار الأحكام كمبدأ حرية الدفاع وعلانية الجلسات والمواجهة بين الخصوم ، فإن ذلك يعود للطبيعة الخاصة التي يتمتع بها القضاء الولائي بإعتباره لايمس أصل الحق وإنما يتصدى لحالات آنية مستعجلة ومن دون مواجهة بين الخصوم ، لكن ذلك لا يعني عدم تقيد القاضي بإجراءات التقاضي المقررة قانوناً مع مراعاة الاحكام الخاصة بالمواد المستعجلة^٣ ، ومن ذلك عدم إمكان القاضي الولائي توجيه اليمين

(١) د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٣٦ .
 (٢) د. تيماء محمود فوزي ، مصدر سابق ، ١٩٩٧ ، ص ٦٧ ؛ د. محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية القاضي المدني ، مصدر سابق ، ص ٦٣ ؛ د . فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص ٧٧٩ .
 (٣) تنظر المادة (١٥٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ولا يوجد ما يقابلها في القانون المصري .

الحاسمة لأن هذه اليمين توجه الى الخصم ، والأمر الولائي يصدر في غيبة الخصم ودون مرافعة ودون تكليف بالحضور .

إلا أن ماسبق لايعني عدم أخذ القاضي الولائي بما يقدّم اليه من قبل طالب الأمر ، فقد يقال انه لا توجد وقائع متنازع عليها عند إتخاذ إجراء ولائي كي تكون محلاً للإثبات ، لكن طالب الأمر له أن يقدّم من الأدلة ما يؤيد طلبه في إستصدار الأمر ، كما له أن يقدّم ما لديه من إيضاحات أو تبريرات وتبقى للقاضي سلطة تقدير الادلة للأخذ بما يحقق قناعته .

ولا يفوتنا الإشارة الى أن قانون الإثبات يضم نوعين من القواعد : قواعد موضوعية وأخرى إجرائية . ولا خلاف في الفقه على أن القواعد الإجرائية متعلقة بالنظام العام ولذا فهي قواعد آمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها أو تعديلها أو التنازل عنها ، ويجب على القاضي مراعاتها من تلقاء نفسه ، أما القواعد الموضوعية فبعضها من النظام العام والبعض الآخر ليس منه ¹ .

فضلاً عن أن القاضي في الأنظمة القانونية المقارنة يتمتع بحرية في تقدير الادلة لا سيما في النظام المختلط للإثبات ، والأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي تؤكد ذلك إذ جاء فيها (...ولكنه جعل للقاضي دوراً إيجابياً في تقدير الأدلة وفي

(1) د. نبيل ابراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص٧٧؛ د. محمد يحيى مطر ، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، بيروت ، بدون سنة طبع، ص١٦ .

التحرك الذاتي الموصل الى الحكم العادل والى الحسم السريع وأقام كل ذلك على ما ينبغي أن يتوافر للقاضي من ثقة بوليها له (المشرع)

ويترتب على جملة ماسبق ان الأعمال الولائية - ولكونها تصدر في غير خصومة قضائية - فإنها لا تنتج ذات الآثار المترتبة على الأعمال القضائية ، فقرار القاضي في القضاء الولائي لا يحوز حجية الأمر المقضي ولوصدر بعد تحقيق أجراه القاضي ، ولهذا فإن طالب الأمر يستطيع إعادة تقديم الطلب الذي سبق رفضه ، كما أنه يمكنه أن يرفع دعوى عادية (موضوعية) به ولو كان هناك تعارض بينها وبين الطلب الولائي السابق رفضه ^١.

كذلك لا تستنفد ولاية القاضي في المسألة التي أصدر أمره الولائي فيها ، إذ تبقى سلطته على النزاع حتى بعد إصدار الأمر ولذا يستطيع القاضي مصدر القرار الولائي أن يرجع في قراره السابق أو أن يعدّله ^٢ ، كما يجوز أن يعرض عليه النزاع فينظر فيه ثانية وقد يصدر أمراً مخالفاً للأمر الأول و لا يعدّ ذلك

(١) د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص ٣٣٧
 (٢) د. عبد الباسط جميعي ، سلطة القاضي الولائية ، مصدر سابق ، ص ٦٩ ؛ د. محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية القاضي المدني ، مصدر سابق ، ص ٦٣؛ ولذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إن قرار حفظ الحساب لعدم وجود قصر هو قرار ولائي يمكن للمحكمة العدول عنه بنظر الحساب ...) نقض مدني الصادر في ١٤/٢/١٩٨٦ مجموعة النقض ١٩-٢٩٧-٤٦ مشار اليه من قبل د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص ٧٨٠ .

تناقضاً منه ، كما أنه يستطيع إصدار قرار سبق له رفض إصداره اذا تبين له أنه قد أصدره على أساس معلومات خاطئة ادلى بها مقدّم الطلب^١ .

ويضاف الى ما سبق أن الفقرة الثانية من المادة (١٩٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ تؤكد عدم تقييد القاضي بالأمر السابق^٢ ، وتعترف له بمكنة إصدار أمر جديد مخالف له وهو حكم يفيد إنكار إستنفاد الولاية بالنسبة للأوامر على عرائض . ويجوز ان يبني الأمر الجديد على ظروف ثبتت للقاضي أو تبينت له بعد إصدار الأمر السابق ولو كانت قائمة قبل إصدار الأمر ، أو بناء على أدلة جديدة^٣

على أنه يجب ملاحظة أن القاضي ليس له أن يلغي قراراً سابقاً أو أن يعدّله إلا اذا توافر شرطان^٤ :

١- أن تتغير الظروف التي صدر في ضوءها القرار السابق ، أو أن تصل الى علمه ظروف لم يكن يعلمها عند إصداره ذلك القرار .

٢- ألا يكون في الإجراء الجديد مساس بحق مكتسب للغير من جراء إصدار القرار السابق . وعلة هذين الشرطين هو أن العمل الولائي عمل يصدر عن

(1) د. عمار سعدون المشهاني ، القضاء المستعجل ، مصدر سابق ، ص ٥٩ ؛ د. تيماء محمود فوزي ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(2) وذات الحكم تقرره المادة (٤٩٧) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي

(3) د. سيد احمد محمود ، مصدر سابق ، ص ٩٩٤ .

(4) د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص ٧٨٠ ؛ د. سيد احمد محمود ، اصول التقاضي ، مصدر سابق ، ص ٩٩٣ .

موظف عام أهل للثقة هو القاضي ، ولهذا فإنه يجب ألا يعدل عنه تعسفاً بغير سبب، كما أنه لا يجوز العدول عنه اذا تعلق بحق الغير حسن النية .

وقد يثور التساؤل هنا أيهما أصوب القول :أن الطبيعة غير القضائية للأعمال الولاية هي التي تنفي عنها إستنفادها لولاية القاضي الذي يصدرها ؟ أم : لأن الأعمال الولاية لا تستنفد ولاية القاضي فهي ذات طبيعة غير قضائية ؟

للإجابة نقول أنه من ناحية لا يمكن الإعتماد على إستنفاد الولاية وهو أثر ونتيجة للعمل لتحديد طبيعة ذلك العمل ، لأن الأثر والنتيجة لا يمكن أن يسبقا السبب ، ويعد قلباً لمنطق الأمور ترتيب السبب على النتيجة ، ومن ناحية أخرى فإن طبيعة العمل القضائي لا تفيد في ذاتها في تأسيس وترتيب الإستنفاد لهذا العمل ، بل أن المعيار الذي يعول عليه للقول بإستنفاد العمل لولاية القاضي يكمن في الدور الذي يلعبه أو يؤديه هذا العمل والذي يكشف عنه مضمونه .

ويترتب على إختلاف الدور القانوني لأعمال الحماية القضائية نتيجتان أساسيتان هما إختلاف النظام القانوني الذي تخضع له فكل منها يخضع لنظام يتناسب مع طبيعة دوره ، وكذلك إختلاف الآثار القانونية التي تتولد عنها فكل عمل ينفرد بترتيب آثاره الخاصة التي تتلاءم مع الدور الذي يؤديه .

فإستنفاد الولاية هو ليس أثراً لمطلق العمل القضائي ، وإنما هو أثر يترتب على العمل الذي يكون قطعياً وحاسماً لما فصل فيه ، وفاعلية هذه القطعية لن تتحقق

ما لم يفرض هذا العمل مضمونه وتمتتع المنازعة فيه ، فكما أن مفترض حجبية الامرالمقضي فيه هو تأكيد الحقوق والمراكز القانونية الموضوعية ، فإن مفترض إستنفاد الولاية هو القطعية بالنسبة لما يصدر عن القاضي ، فاذا أعلنت المحكمة عقيدتها في خصوص مسألة من المسائل التي تطرح أمامها فإنها تكون قد إستنفدت ولايتها بشأنها ، لذا فإن الأثر المترتب على القرارات القطعية في عمومها هو إستنفاد ولاية القاضي بالنسبة للمسائل التي قطع فيها ، وعليه فإن الأعمال التي تمنح حماية قضائية غير قطعية لا تستنفد ولاية القاضي .

الخاتمة

في ختام بحثنا هذا توصلنا الى جملة من الإستنتاجات والمقترحات يمكن تلخيصها كالاتي :

أولاً : الاستنتاجات

١- يعدّ الاستنفاد حصانة ضرورية للحكم القضائي تترتب بمجرد صدوره عن القاضي بشكل يساهم في تحقيق الاستقرار واليقين الواجب توافرها للحقوق والمراكز القانونية ويمنع تعارض الاحكام الصادرة بشأنها.

٢- ينحصر نطاق الاستنفاد في الاحكام القضائية القطعية سواء أكانت حضورية ام غيابية ، وسواء أكانت احكام مقررة أم منشئة أم أحكام إلزام ، وسواء أكانت فورية أم شرطية طالما أنها كانت حاسمة لما فصل فيه القاضي.

٣- تتمتع قرارات القضاء المستعجل بما يتمتع به الحكم القضائي من حصانة داخلية تتمثل في استنفاد ولاية القاضي الذي اصدرها رغم انها قرارات تمنح حماية وقتية لطالب القرار المستعجل .

٤- لا تستنفد ولاية القاضي في المسألة التي أصدر قراره الولائي فيها إذ تبقى سلطته على النزاع حتى بعد اصدار القرار ولذا يجوز له ان يرجع عنه او يعدله ويجوز له ان يصدر امراً مخالفاً للأول و لا يعدّ ذلك تناقضاً منه .

ثانياً : المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي إضافة مادة الى قانون المرافعات المدنية تشير الى قاعدة الإستنفاد بشكل صريح أسوة بالقانون الفرنسي ، والصيغة المقترحة هي (يستنفد الحكم القضائي بمجرد صدوره سلطة القاضي في خصوص المنازعة التي فصل فيها) .

٢- نقترح على المشرع العراقي أن يحظر على المدعى عليه الطعن بطريق (الاعتراض على الحكم الغيابي) اذا لم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة رغم تبليغه شخصياً بدون عذر مشروع وذلك بإضافة فقرة ثالثة الى المادة(١٧٧) من قانون المرافعات المدنية والصيغة المقترحة هي (يسقط حق المدعى عليه المبلغ في الطعن بطريق الاعتراض اذا لم يحضر أية جلسة من جلسات المرافعة رغم تبليغه شخصياً بدون عذر مشروع) .

٣- نقترح على المشرع العراقي النص صراحة على وجوب تسبيب الأمر الولائي لأن ذلك يساعد من يطعن فيه في معرفة كيفية الطعن وما يقدمه من حجج ، كما ان التسبيب يسهل الرقابة على القرارات الولائية الصادرة .

٤- نقترح على المشرع العراقي تحديد مدة زمنية يتقادم بمروها الامر الولائي اذا لم يقدم للتنفيذ دون جعلها مدة سقوط حتمية فلا تقضي بها المحكمة من تلقاء

تقسها ،والهدف هو انتظام المعاملات وعدم جعل ذلك الامر سيفاً مسلطاً على من صدر الأمر ضده .

مراجع البحث

أولاً - القرآن الكريم

ثانياً - القواميس والمعاجم

١- ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، مجلد ٢٨(حرف النون) ، ط١، دار نوبليس ، بيروت ، ٢٠٠١.

٢- الطاهر احمد الزاوي ، القاموس المحيط ، ج٤، ط٣، الدار العربية للكتاب ، لبنان ، ١٩٨٠.

٣- محمد ابو بكر الرازي ،مختارالصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١.

٤- الشيخ محمد الامين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي ، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، ٢٠٠٦.

ثالثاً - الكتب القانونية

١- ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، قسم المرافعات المدنية ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٠ .

- ٢- د. احمد ابو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، ط٥ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٣ .
- ٣- د. احمد ماهر زغلول ، أعمال القاضي التي تحوز حجية الامر المقضي فيه وضوابط حجيتها ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
- ٤- د. احمد ماهر زغلول ، الحجية الموقوفة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ٥- د. احمد ماهر زغلول ، مراجعة الاحكام بغير الطعن فيها ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ .
- ٦- د. احمد هندي ، اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، دون سنة طبع .
- ٧- د. احمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .
- ٨- د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، ط٢ ، مطبعة دار القادسية ، بغداد ، ١٩٨٦ .
- ٩- د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية ، ط٣ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ .

- ١٠- د. أمينة النمر، القواعد العامة في التنفيذ والتنفيذ بطريق الحجز ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ .
- ١١- جمال مولود ذبيان ، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ١٩٩٢ .
- ١٢- د. حسام مهني صادق عبد الجواد ، الاثار الاجرائية للحكم القضائي المدني ، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ .
- ١٣- د. حسن اللبيدي، اصول المرافعات اللوائية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- ١٤- د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح احكام المرافعات ، ج١، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢ .
- ١٥- د. سيد احمد محمود ، اصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات ، بدون مكان طبع ، ٢٠٠٥ .
- ١٦- ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٤ .
- ١٧- د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠٠٩ .

- ١٨- عبد الباسط جميعي ، نظرية الاختصاص في قانون المرافعات الجديد وتعديلاته ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٥ .
- ١٩- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ، ط٢ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
- ٢٠ . د . عصمت عبد المجيد بكر ، اصول المرافعات المدنية ، ط١ ، منشورات جامعة جيهان الاهلية ، اربيل ، ٢٠١٣ .
- ٢١- د . عصمت عبد المجيد ، الوجيز في شرح قانون الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٧ .
- ٢٢- د . عمار سعدون المشهداني ، القضاء المستعجل ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٢ .
- ٢٣- د . فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
- ٢٤- د . محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم الشرطي ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١١ .
- ٢٥- د . محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع .

- ٢٦- محمد طلال الحمصي ، نظرية القضاء المستعجل في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني لسنة ١٩٨٨، ط١ ، دار البشير ، عمان ، ١٩٩٦ .
- ٢٧- محمد علي راتب ومحمد نصر الدين ومحمد فاروق راتب ، قضاء الامور المستعجلة ، ط٦ ، عالم الكتب ، القاهرة ، دون سنة طبع .
- ٢٨- د. محمود السيد عمر التحيوي ، القواعد العامة للطعن في الاحكام القضائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .
- ٢٩- د. محمود السيد عمر التحيوي، النظرية العامة لأحكام القضاء وفقاً لإراء الفقه وأحكام المحاكم ، ط١ ، ملتقى الفكر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .
- ٣٠- د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني ، ج٢(التقاضي امام القاضي المدني) ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
- ٣١- مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ط٤ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١١ .
- ٣٢- مصطفى مجدي هرجه، الاوامر على العرائض ، ط٢، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٥ .
- ٣٣- منير القاضي ، شرح اصول المحاكمات المدنية والتجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٧

- ٣٤- د. نبيل اسماعيل عمر ، النظام القانوني للحكم القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١ ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .
- ٣٥- نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٤ .
- ٣٦ - د. نبيل اسماعيل عمر ، قانون اصول المحاكمات المدنية ، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠١١ .
- ٣٧- هادي عزيز علي ، القضاء المستعجل ، ط ١ ، بدون مكان طبع ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
- ٣٨- د. هشام خالد ، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه واحكام القضاء ، مؤسسة شباب الجامعة ، الاسكندرية ، ١٩٩٠ .
- ٣٩- د. وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٨ .

رابعاً - البحوث

- ١- ضياء شيت خطاب ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي ، بحث منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين في الجمهورية العراقية ، العددان الاول والثاني ، كانون الثاني- نيسان ، السنة الثامنة عشر ، ١٩٦٠ ، مطبعة العاني ، بغداد .
- ٢- عبد الباسط جميعي ، سلطة القاضي الولائية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، مصر ، العدد الاول ، السنة الحادية عشر ، يناير ، ١٩٦٩ .
- ٣- د. محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية القاضي المدني ، بحث منشور في مجلة المحاماة ، تصدرها نقابة المحامين في مصر ، العددان الخامس والسادس ، السنة الحادية والستون ، مايو ويونيه ، ١٩٨١ .
- ٤- محمود محمد هاشم ، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة عين شمس ، مصر ، العدد الاول والثاني ، السنة السادسة والعشرون ، يناير ويوليو ، ١٩٨٤ .

خامساً - الرسائل الجامعية

- ١- د. تيماء محمود فوزي ، القضاء الولائي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة الموصل ، ١٩٩٧.

سادساً - المصادر الاجنبية

- 1- Jean Vincent et Serge Guinchorid: Procedure Civile
25,edition DALLOZ ,Paris,1999.

المخلص

على الرغم من أن نطاق استنفاد يقتصر على الأحكام القضائية والقرارات القضائية العاجلة، أنها لا تتضمن القرارات الزمنية التي يصدرها القاضي في مسار القضية. فإن القاضي الحق في تصحيح القرارات إذا كانت الأسباب التي تستند إلى حكم قضائي أو قرار القضاء المستعجل، تم تغيير. أيضا، يجوز للقاضي أيضا أن تراجع أي أدلة معالجتها من الأدلة، لكنه يجب أن نذكر الأسباب في تقرير المطالب بها. ومع ذلك، فإن نطاق سلطة استنفاد لا تتضمن الأوامر غير المباشرة لأن هذه الأوامر لا تحرم القاضي من سلطته، لكنه لا يزال لديه الحق في مراجعتها.

Abstract

Although the scope of exhaustion is limited to judicial judgments and the urgent judicial decisions, it does not include the temporal decisions issued by the judge in the course of the case. The judge will have the right to rectify the decisions if the reasons on which the judicial judgment or the urgent justice decision are based, were changed. Also, the judge may also revise any processed proofs of evidences, but he must mention the reasons in the claimed report. Nevertheless, the scope of exhaustion authority doesn't include vicarious commands as these commands do not deprive the judge from his authority, but he still has the right to revise them.