

## المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية (\*)

السيد علي عبيد

د. نواف حازم خالد

مدرس قانون المرافعات والاثبات المساعد

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق / جامعة الموصل

كلية الحقوق / جامعة الموصل

### المستخلص

لقد اقتضت ضرورات التطور أن تواكب النظم الإجرائية غيرها من النظم الموضوعية، بعد أن تأكد بوضوح دورها المستقل في حماية النظام القانوني، وبعد أن اتجهت الدراسات إلى كشف ما تتميز به من مبادئ ونظريات خاصة، لكن نظم المسؤولية الإجرائية لم تواكب هذه النهضة، ولم تنل إلا قدرأ ضئيلاً من البحث لا يتناسب مع أهميتها في حماية القواعد الإجرائية ضد عبث الخصوم وكل ما يشكل خروجاً عليها وانتهاكاً لها، والتي تشكل بدورها حجر الزاوية في كفالة الدفاع عن الحقوق والحريات، فإذا لم يكن من الممكن كفالة الاحترام الواجب لها، فكيف بها إذا دعت إلى كفالة غيرها من قواعد القانون الأخرى؟.

ويضاف إلى ما تقدم التنظيم القاصر للمسؤولية في المجال الإجرائي من قبل المشرع العراقي بخلو أحكامه من نص عام يعالج مسألة التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية وأحقية المتضرر من الخصوم بالتعويض بناء على مسؤولية خصمه المدنية إذ لم يرتب أية مسؤولية على ذلك بل إن الحل مقتصر على بعض الجزاءات لحالات متناثرة لا ترقى إلى المستوى الرادع المانع من التعسف في استعمال الحق الإجرائي، على الرغم من أن المشرع العراقي قد اقر نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة السابعة من القانون المدني.

(\*) أستلم البحث في ٢٠٠٩/١٠/١٨ \*\*\* قبل للنشر في ٢٠٠٩/١٠/١٩ .

لذا فان الدراسة جاءت بهدف صياغة نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي تتلاءم مع طبيعة الحقوق الإجرائية ، لخلو قانون المرافعات المدنية العراقي من النص على ذلك مقارنة مع تشريعات الدول الأخرى.

## Abstract

Development necessities call for the procedural rules to keep pace with other objective rules after their independent roles in protecting the legal system become confirmed and the tendency of studies to show the principles and special theories characterizing it. However, procedural liability rules have not kept pace with such progress which has been given such a little research that it does not harmonize with its importance in protecting the procedural rules against the frivolity of the litigants and all those which violate it, which constitutes a cornerstone in securing right and freedom. If securing due respect for it is not possible, how would it be the case if it calls for securing other legal rules?.

In addition to that, the provisions of the restricted organization of liability in the procedural field on the part of the Iraqi legislator are void of the a general text dealing with the abuse of procedural rights and the right of the injured person to compensation on the basis of the civil liability of his/her litigant if no liability punishments for some dispersed cases which do not amount to prevention form abuse of procedural right, although the Iraqi legislator endorses the theory of right abuse in Article "seven" of the civil law.

The study aims at formulating a general theory for procedural abuse of right which goes with the nature of procedural rights, for the Iraqi civil procedural law is void of any text to that effect, compared with the legislations of the other states.

## أقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين ، وعلى آله وأصحابه ، ومن سلك طريقهم واتبع سنتهم إلى يوم الدين .. أما بعد: يراد بالحق الاجرائي الوسيلة التي يمنحها المشرع في قانون المرافعات لكل من تتوفر فيه شروط مباشرة تلك الوسيلة والمحددة في القانون للحصول على الحماية القضائية أو لتوفيرها داخل الخصومة المدنية أو بسببها ، ويقصد بالتعسف في استعمال الحق الإجمالي يراد الانحراف عن الغاية المشروعة المتمثلة بالمصلحة التي يبتغيها القانون من تنظيمه وحمايته للحق بحيث تتجاوز تجاوزاً واضحاً وكبيراً ما يصيب الغير من ضرر ، اما المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف فيراد بها التزام المتعسف في استعمال الحق الاجرائي محدث الضرر بتعويض الاضرار الناجمة عن تعسفه فضلاً عن تحمله للجزاءات المقررة في قانون المرافعات .

ويقتضي الإمام بموضوع المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجمالي في الدعوى المدنية عرض مقدمة البحث على النحو الآتي :-

### أولاً : مدخل تعريفى بموضوع البحث

ينقسم القانون وفقاً لتصور الفقه الحديث إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي ، ونظراً لتعلق الحق بالقانون الذي ينظمه فإن الحقوق تنقسم بناء على ذلك إلى حقوق موضوعية وحقوق إجرائية ، ونتيجة لذلك قرر المشرع في القوانين الإجرائية العديد من الحقوق والضمانات الإجرائية التي تهدف في مجملها إلى خدمة العدالة وتحقيقها واحترام حقوق الدفاع وتسهيل عملية الفصل في الدعوى وحماية حقوق الأفراد الموضوعية وبالقدر الذي يحقق المساواة بين الخصوم أمام القضاء ، الأمر الذي يقتضي الالتزام باستخدام تلك الحقوق والضمانات الإجرائية وفق الغرض الذي شرعت من أجله فلا يجوز استخدامها بوصفها وسيلة أو ذريعة لتعطيل الفصل في الدعوى حتى لا تكون هذه الإجراءات سبباً في تعطيل العدالة بدلاً من وصفها ضماناً لحسن سير الدعوى وتسهيل إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة .

وخلافا للغاية التي شرعت الحقوق الإجرائية من أجل تحقيقها فقد شاعت أساليب المماطلة والتسويف والالتواء واستخدام الإجراءات القضائية في غير ما شرعت له ، الأمر الذي قد يضر ضرراً كبيراً بتحقيق العدالة ، ويدفع أصحاب الحقوق في بعض الأحيان إلى الخوض في دعاوى مكلفة وغير مأمونة العواقب . ونتيجة لتلك الأساليب ، أصبح الالتجاء إلى القضاء في بعض الأحيان وسيلة غير فعالة لاقتضاء الحقوق فقد يستغل البعض ما نص عليه القانون من ضمانات لأطراف الدعوى المدنية في الحق في المحاكمة العادلة ويستخدمها وسيلة للكيد والتضليل وتضييع وقت الخصم الآخر وجهده وماله لا لشيء إلا بادعائه انه يستخدم حقه في الادعاء أو التبليغ أو الدفع أو الطعن أو غيرها من الحقوق والضمانات الإجرائية وهو ما يرغم صاحب الحق في الكثير من الأحيان بالتنازل عن حقه كله أو جزء منه للغير بأقل من قيمته الحقيقية ، بل انه قد يترك حقه بلا مقابل خشية المشقة والجهد والمال الضائع لفترة زمنية طويلة أمام القضاء بسبب الصعوبات التي تكتنف طريق الوصول إلى حقه والتي تتعدى أضرارها في بعض الأحيان المنافع التي ستعود عليه بعد أن تقضي له المحكمة بحقه .

كما أن أساليب المماطلة ، قد تطول الأمر الذي يجعل حصول صاحب الحق على حقه بعد فوات الأوان اشد ظلماً من تركه الحق من دون مطالبة الأمر الذي يتعارض مع تحقيق القضاء العادل العاجل الناجز قليل التكاليف ، وبذلك أصبح من مصلحة الخصم المراوغ جر خصمه إلى الالتجاء إلى القضاء بوصفه أفضل وسيلة لتضييع حق خصمه وإفراغه من محتواه . ولما كان من الثابت في ظل القانون وبعد تطور المجتمع أن الفرد لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه بل عليه الالتجاء إلى السلطة العامة متمثلة بالقضاء ، للمطالبة بحقه فان الحل الأمثل في الوصول إلى القضاء العادل العاجل يتمثل بضرورة الالتزام والتمسك بمبدأ عدم التعسف في استخدام الحق الإجرائي ذلك إن استعمال الحق ليس مطلقاً بل مقيد بضوابط الغرض منها ألا يلحق هذا الاستعمال ضرراً بالآخرين .

ولقد شهدت نظم المسؤولية في العصر الحاضر تطوراً كبيراً في الاتجاه نحو المفهوم الموضوعي على حساب المفهوم الشخصي ، والاتجاه نحو إجازة المسؤولية عن استعمال الحقوق على اثر النجاح الذي أحرزته نظرية التعسف في استعمال الحق في الفكر القانوني ، بعد أن توارت فلسفة الفكر الفردي وفكرة الحقوق المطلقة التي لا يسأل صاحبها عن استعمالها ولو اضر ذلك بالغير ، لكي تحل محلها فلسفة الفكر الاجتماعي وفكرة نسبية الحقوق وما ترتب على ذلك من إجازة المسؤولية عن استعمال الحق عندما يكون هناك تعسف في استعماله . وقد اقتضت ضرورات التطور أن تواكب النظم الإجرائية غيرها من النظم

الموضوعية ، بعد أن تؤكد بوضوح دورها المستقل في حماية النظام القانوني ، وبعد أن اتجهت الدراسات إلى كشف ما تتميز به من مبادئ ونظريات خاصة ، لكن نظم المسؤولية الإجرائية لم تواكب هذه النهضة ، ولم تنل إلا قدراً ضئيلاً من البحث لا يتناسب مع أهميتها في حماية القواعد الإجرائية ضد عبث الخصوم وكل ما يشكل خروجاً عليها وانتهاكاً لها ، خاصة ما يتعلق منها بالحقوق الإجرائية والتعسف في استعماله .

### ثانياً : أهمية موضوع البحث وسبب اختياره وصعوباته :

تكمن أهمية الموضوع بأهمية الحقوق الإجرائية بوصفها الوسيلة التي تضمن الحق الموضوعي والعدل ، لذلك وصف قانون المرافعات بأنه قانون وسيلي أي خادم للقوانين الموضوعية ذلك أن أحكام هذا القانون وجدت لخدمة الحقوق الموضوعية وحمايتها عند قيام نزاع بصددها ، وإن التزام الأفراد بحدود الحقوق الإجرائية واستخدامها طبقاً لما شرعت له سيجعلها تؤدي دوراً هاماً في الحياة الاجتماعية بحيث يجعل تنفيذ القرارات القضائية أمراً طوعياً لدى الأفراد مما يؤدي إلى إشاعة الطمأنينة في نفوس أصحاب الحقوق وبعكسه ستشيع الفوضى والظلم . ولذا فإن تناول الحق الإجرائي بالبحث من زاوية التعسف في استعماله ، يساهم في كشف الغموض الذي يحيط بهذا الموضوع من وجهة النظر الإجرائية ، إذ أن هذا الموضوع لم يكن له نصيب كبير من الاهتمام ، وظل محصوراً في نطاق ضيق لا يتناسب مع دوره الكبير في كفالة الاحترام الواجب للقواعد الإجرائية ، والتي تشكل بدورها حجر الزاوية في كفالة الدفاع عن الحقوق والحريات ، وإذا لم يكن من الممكن كفالة الاحترام الواجب لها ، فكيف بها إذا دعت إلى كفالة غيرها من قواعد القانون الأخرى .

ومع ما لهذا الموضوع من أهمية إلا أن معالجته تواجه صعوبات جمة ، وتأتي في مقدمتها كيفية السماح بالمسؤولية دون أن يؤثر ذلك في استعمال الأفراد للإجراءات القضائية ، فقد يكون من شأن إجازة المسؤولية على نحو معين ، أن يؤدي إلى إحجام الأفراد عن ارتياد المحاكم خوفاً من سيف المسؤولية ، ولا شك في أن التوفيق بين هاتين المسألتين ليس بالأمر الهين ، ولا يمكن بحال من الأحوال لإنسان أن يدعي لنفسه القول الفصل فيها . وتضاف إلى ما تقدم صعوبة أخرى تتمثل بالتنظيم القاصر للمسؤولية في المجال الإجرائي من قبل المشرع العراقي بخلو إحكامه من نص عام يعالج مسألة التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية وأحقية المتضرر من الخصوم بالتعويض بناء على مسؤولية خصمه المدنية إذ لم يرتب أية مسؤولية على ذلك بل إن الجزاء مقتصر على بعض الجزاءات لحالات

متناثرة لا ترقى إلى المستوى الرادع المانع من التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، على الرغم من أن المشرع العراقي قد اقر نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة السابعة من القانون المدني العراقي ، بوصفها نظرية عامة يسري حكمها على الحقوق كافة أيا كان نوعها موضوعية كانت أم إجرائية أم ذهنية .

#### ثالثاً : هدف البحث :

تهدف الدراسة إلى محاولة صياغة نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي تتلاءم مع طبيعة الحقوق الإجرائية ، لخلو قانون المرافعات المدنية العراقي من النص على ذلك مقارنة مع تشريعات الدول الأخرى ، للقضاء على الإساءة في المجال الإجرائي وعلى عدم جدية الخصومات أمام القضاء بحيث تجعل المتعسف في استعمال الحق الاجرائي خاضعاً لحكم المسؤولية .

#### رابعاً : منهجية البحث :

سيتم الاعتماد في إعداد هذا البحث على المنهج التحليلي المقارن بين قانون المرافعات المدنية العراقي من جهة وبين قانوني المرافعات المدنية المصري والكويتي والفرنسي من جهة أخرى ، مع الاستئناس بمواقف بعض القوانين العربية كلما أفضى الأمر ذلك ، بالإضافة إلى الإشارة إلى ما يتيسر من مواقف الفقه والقضاء في العراق ومصر وفرنسا ومناقشتها واستخراج الأحكام المناسبة منها واستخلاص النتائج العلمية من أدلتها التفصيلية .

#### خامساً : نطاق البحث :

الحقوق الإجرائية موجودة حيث توجد قوانين أو نصوص إجرائية تعالجها ولما كان قانون المرافعات هو المرجع أو الشريعة العامة لتلك القوانين أو النصوص الإجرائية فإن البحث سيقصر على بيان المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية في الدعوى المدنية بوصفها الميدان العملي لممارسة تلك الحقوق .

#### سادساً : هيكلية البحث :

يقضي ما تقدم للإلمام بهذا الموضوع أن يتم بحثه ضمن خطة البحث الآتية :-

المقدمة

المطلب التمهيدي : الخلاف حول مدى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق  
الإجرائي .

المبحث الأول : أركان المسؤولية الناجمة عن التعسف وإثباتها .

المطلب الأول : أركان المسؤولية الناجمة عن التعسف .  
الفرع الأول : الانحراف عن الغاية المشروعة للحق الإجرائي .  
الفرع الثاني : رجحان الضرر على المصلحة من استعمال الحق .  
الفرع الثالث : العلاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق والضرر .

المطلب الثاني : إثبات المسؤولية الناجمة عن التعسف .

المبحث الثاني : آثار المسؤولية الناجمة عن التعسف .  
المطلب الأول : الدور الوقائي لأعمال نظرية التعسف .  
الفرع الأول : مفهوم الدور الوقائي لنظرية التعسف .  
الفرع الثاني : الوسائل الوقائية المانعة من التعسف .

المطلب الثاني : الدور العلاجي لأعمال نظرية التعسف .  
الفرع الأول : الحكم بالغرامة كوسيلة لعلاج ما ينجم عن التعسف .  
الفرع الثاني : الحكم بالتعويض كوسيلة لعلاج ما ينجم عن التعسف .

الخاتمة .

## الطلب التمهيدي

### الخلاف حول مدى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي

دب الخلاف في الفقه حول مدى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي بوصفه حقا من حقوق الإضرار والتي يترتب على استعمالها العادي والمألوف بشكل غالب أضرار تصيب الغير ، فبينما تتعالى الأصوات إلى التضييق من نطاق المسؤولية في المجال الإجرائي تذهب أصوات أخرى إلى إطلاقها في هذا المجال شأن الحق الإجرائي في ذلك شأن غيره من الحقوق الموضوعية . وعرض الخلاف حول مدى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي سيكون على النحو الآتي :

- الفرع الأول : حصانة الحق الإجرائي من المسؤولية الناجمة عن التعسف .
- الفرع الثاني : خضوع الحق الإجرائي لقواعد المسؤولية الناجمة عن التعسف .

## الفرع الأول

### حصانة الحق الإجرائي من المسؤولية الناجمة عن التعسف

يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(١)</sup> انه على الرغم من الدور الذي تؤديه نظرية التعسف في استعمال الحق في ضبط استعمال هذا الحق على النحو الصحيح ، فانه لا داعي من التساهل تطبيقها على استعمال الحق الإجرائي نظرا للطبيعة الخاصة لهذا الحق ، حتى لا يستخدم الخصم سيء النية هذا الحق كوسيلة للإضرار بالخصم الأخر ،

(١) ينظر : د. عزمي عبد الفتاح عطية ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٤٤-٢٤٥ ؛ د. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص ٢٢٢-٢٢٣ ؛ د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، الجزء الاول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ١٣٨-١٣٩ .



فكل من ترفع عليه دعوى يمكن أن يطالب بإلزام خصمه بالتعويض ، زاعما أن مباشرة الدعوى ضده كانت على نحو تعسفي ، وهو ما قد يدفع صاحب الحق في الدعوى إلى العزوف عن استخدام حقه في الدعوى ، لذلك دعا أنصار هذا الاتجاه بضرورة تمتع الحق الإجرائي بنوع من الحصانة من المسؤولية عند تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق .

ونتيجة لذلك دعا جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى الأخذ بمفهوم ضيق للخطأ لإقرار التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، اذ يكفي للقول بالتعسف في استعمال الحق الإجرائي توافر قصد الإضرار بالغير . بل أن جانباً آخر من الفقه<sup>(٢)</sup> يرى ضرورة تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق عند استعمال الحق الإجرائي بصفة احتياطية ، وحتى لا يتخذ الخصم السيئ النية ذلك ذريعة لتهديد من يلجأ إلى القضاء ، فيترك المدعي دعواه خوفاً من مطالبة المدعي عليه بالتعويض .

وتطبيقاً لهذا الاتجاه فقد قضت محكمة التمييز العراقية ، بأنه : (( لا يلزم بالضمان إذا استعمل الخصم حق التقاضي الذي أجاز له القانون استناداً لأحكام المادة (٦) من القانون المدني ))<sup>(٣)</sup> ، ويلاحظ على هذا القرار انه أضفى الحصانة على من يلجأ إلى استعمال حق التقاضي في جميع الحالات بحيث يعفى من المسؤولية ، حتى وان استعمل هذا الحق وسيلة بقصد إيذاء الغير أو التشهير بسمعته والإضرار به .

ونعتقد أن ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه يتجافى مع الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية وما يترتب على استعمالها من أضرار بالخصم الآخر ، ويتناقض مع قواعد العدالة والمنطق التي تقضي باحترام حق الغير ، الأمر الذي يدعو إلى القول انه لا حصانة من المسؤولية عن الاستعمال غير المشروع للحق الإجرائي .

(١) ينظر : د. عزمي عبد الفتاح ، المصدر السابق ، ص ٢٥٦

(٢) ينظر : د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ١٢٤-١٢٥ .

(٣) ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٣٥٦٤ / الهيئة التمييزية الاستئنافية / ١٩٩٨ في ١١/٢٦/١٩٩٨ ، منشور في مجلة العدالة ، العدد الاول ، السنة الثانية ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ١٤٣ وما بعدها .

## الفرع الثاني

### خضوع الحق الإجرائي لقواعد المسؤولية الناجمة عن التعسف

ينادي أنصار هذا الاتجاه<sup>(١)</sup> بأنه لا حصانة للخصم تجاه نظرية التعسف في استعمال الحق ومن المسؤولية عند استعماله للحق الإجرائي ، انطلاقاً من أن ما ذهب أنصار الاتجاه السابق يعد متشدداً في تحديد نطاق استعمال الحق الإجرائي ، لأن المسؤولية عن التعسف مناطها استعمال هذا الحق على نحو غير مشروع ، وهو أمر يسهل تطبيقه على الحق الإجرائي شأنه في ذلك شأن غيره من الحقوق الموضوعية ، بل أن القول بتطبيق نظرية التعسف على استعمال الحق الإجرائي ، من شأنه ضبط حسن استعمال هذا الحق على نحو صحيح . ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول في تحديد نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي ليس له ما يبرره من الناحية القانونية السليمة ، إذ أنه يعد من قبيل تخصيص النصوص الخاصة بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على استعمال الحق الإجرائي دون مخصص ، فالعام يظل على عمومه ما لم يرد ما يخصه ، وليس في القانون المدني أو المرافعات ما ينص على ذلك .

فضلاً عن أن منطق الاتجاه الأول لا يتفق مع ما تقضي به المادتين نص المادة (٦) - (٧) من القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، واللتين نصتا بصيغة العموم على الاستعمال الجائز وغير الجائز للحق دون أن تستثنيان من حكمهما الحق الإجرائي ، فضلاً عن أن طبيعة الحق الإجرائي ذاته لا تتعارض مع

(١) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ١٩٠-١٩١ ؛ المستشار . مصطفى مجدي هرجه ، أحكام التقاضي الكيدي ، إساءة استعمال حق التقاضي ، دار محمود للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٩ وما بعدها .

Yvon Desdevises , L abus du droit d'agit en justice avec success,  
Dalloz Sirey, 1979, p.21.

تطبيق الضوابط الموضوعية لنظرية التعسف في استعمال الحق ، خاصة وان المصلحة بوصفها أحد أوجه أو مبررات استعمال الحق الإجرائي على وجه العموم ، هي الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الحالات الأخرى .

كما أن أحكام القضاء تدل على إقرار المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، إذ قضت محكمة التمييز العراقية ، بان : (( حق المدعي في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه والناشئ عن الدعوى المقامة ضده يتحدد بعد تحريكه الدعوى الجزائية ضد المدعى عليه ، وثبوت كون الدعوى المقامة من قبل الأخير كيدية وانه لم يقصد بها سوى الإضرار بالغير ))<sup>(١)</sup> ، وقضت في حكم آخر ، بأنه : (( إذا قدم المدعى عليه شكوى كيدية كاذبة ضد المدعي وسبب له أضراراً مادية وأدبية ، فيكون مسؤولاً عن هذا الضرر ويلزمه تعويض المدعي عملاً بالمادتين (٧ ، ٢٠٢) من القانون المدني ، لان حق التقاضي وان كان مكفولاً لكل مواطن لكن استعماله استعمالاً غير جائز ويقصد الإضرار بالآخرين يستوجب المسؤولية القانونية ))<sup>(٢)</sup> .

وبناء على ما تقدم فانه يمكن القول بان الاتجاه الراجح هو الاتجاه الثاني الذي يقضي بخضوع استعمال الحق الإجرائي للمسؤولية إذا ما تم استعماله استعمالاً غير جائز .

وبعد أن توصلنا إلى إقرار بتجريد الحق الإجرائي من الحصانة من المسؤولية ، فان السؤال الذي يثار بهذا الصدد هل أن الشخص يكون مسؤولاً في حالة الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي ؟ ؛ الحقيقة أن الفقه<sup>(٣)</sup> يجمع على ان المسؤولية لا

(١) ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٦٣ / مدنية أولى / ٢٠٠٥ في

٢٠٠٥/٣/١٤ ، نقلاً عن : القاضي رشيد عزو رشيد ، الجواز الشرعي ينافي الضمان ، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، ٢٠٠٧ ، (غير منشور) ، ص ١٩-٢١ .

(٢) ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية المرقم ١١٦ / مدنية ثالثة / ٢٠٠١ في ٢٠٠١/١/٢٠ ، منشور في مجلة العدالة ، العدد الرابع ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٥٥ وما بعدها .

(٣) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، المصدر السابق ، ص ١٧٩ ؛ د. إبراهيم نجيب سعد ، المصدر السابق ، ص ٣٨ و ١٤٣ ؛ د. السيد عبد العال تمام ، كفالة حق التقاضي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٩ .

يمكن ان تترتب نتيجة الإخفاق في استعمال الحق في الدعوى ولو ترتب على ذلك ضرر بالغير ، فالالتجاء إلى القضاء لا يعد في حد ذاته خطأ يوجب المسؤولية ، وأن القول بخلاف ذلك من شأنه القضاء على الحماية القضائية للحقوق الموضوعية . وبناءً على ما تقدم فإنه لا مسؤولية عن الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي وعدم حصول الشخص على حكم في موضوع النزاع سوى التزامه بدفع مصاريف الدعوى <sup>(١)</sup> ، إلا إذا ثبت ان الشخص كان متعسفا في استعمال الحق .

والأساس الذي يمكن ان تبنى عليه قاعدة عدم المسؤولية عن الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي على أساس التعسف في استعمال الحق ، يرجع إلى الطبيعة الخاصة للحقوق الإجرائية ، اذ يترتب على استعمالها العادي او المألوف في الغالب ضرراً بالغير الأمر الذي دعا إلى وصف الحقوق الإجرائية على أنها من حقوق الإضرار <sup>(٢)</sup> ، إذ غالباً ما يترتب على صدور حكم لمصلحة طرف من إصابة الطرف الآخر بالأضرار .

ومن الجدير بالذكر أن المقصود بالإخفاق في استعمال حق الالتجاء للقضاء هو عدم قبول الادعاء أمام القضاء ، وليس رفض الحكم لمصلحة شخص معين كما هو الحال في حالة الإخفاق او الفشل في استعمال الحق في الدعوى ، إذ لا يترتب على الحكم بعدم قبول الادعاء مسؤولية صاحب الحق في الالتجاء إلى القضاء ، إلا إذا تبين للمحكمة انه أساء استعمال حق الالتجاء إلى القضاء أو حق التقاضي ، وذلك بعكس الإخفاق او الفشل في استعمال الحق في الدعوى الذي يتمثل بعدم حصول الشخص على حكم في موضوع النزاع المطروح على القاضي ، والتمييز السابق بين نوعي الإخفاق في حق الالتجاء إلى القضاء والحق في الدعوى ، يؤكد التمييز الواضح نظراً وعملاً بين حق الالتجاء للقضاء والحق في الدعوى ؛ ينظر : د. احمد إبراهيم عبد التواب ، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥-٢٠٠٦ ، ص ٢٩٤ .

<sup>(١)</sup> ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، دراسة مقارنة في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، مصر ، ١٩٩١ ، ص ١٧٥-١٧٦ و ٣٥٣ ؛ وكذلك تنظر : المادة (١٦٦) من قانون المرافعات العراقي .

<sup>(٢)</sup> ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، المصدر السابق، ص ١٥١ وما بعدها .

وتأسيساً على مبدأ عدم المسؤولية عن الإخفاق في المجال الإجرائي على أساس التعسف في استعمال الحق إلا إذا ثبت أن استعمال الشخص للحق الإجرائي كان بنية الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة تافهة أو غير مشروعة ، فإن كسب الدعوى أو قبول الادعاء لا يعد قرينة على عدم التعسف في استعمال الحق<sup>(١)</sup> .

وإذا كان الأصل هو عدم المسؤولية لمجرد الإخفاق في الاستعمال المشروع للحق ، إلا أن هناك حالات يقرر فيها المشرع فرض الغرامة ومصادرة الكفالة كما في حالة رد طلب رد القاضي أو عند عدم قبول دعوى الشكوى من القضاة أو عدم تمكن المدعي من إثبات ما نسبته إلى المشكو منه أو رد الادعاء بالتزوير أو ثبوت عدم صحته أو في حالة صحة محرر أنكرت صحته أو صحة التوقيع الوارد فيه ، حتى لو كان الاستعمال عادياً ، بهدف ضبط استعمال بعض الحقوق المهمة والشائع استعمالها بطريقة تعسفية أو كيدية ، الأمر الذي يثير التساؤل عن حكم هذه الحالات ، وهل تعتبر استثناء عن الأصل العام بعدم المسؤولية عن الإخفاق في الاستعمال المشروع للحق أم لا ؟ ؛ تبين لنا فيما سبق ان الأصل كما هو عدم المسؤولية عن استعمال الحق مادام ذلك استعمالاً عادياً ومألوفاً ومشروعاً ولو ترتب عليه ضرر بالغير ، والحقيقة أن حكم هذه الحالات يعد استثناءً على مبدأ عدم المسؤولية عن الاستعمال العادي للحق ، إذ أن المشرع أحاط هذه الحالات بالكثير من الضمانات حرصاً منه على منع الكيد والتعسف في إبدائها من ناحية وضرورة بث الثقة والنزاهة في شخص القاضي من ناحية أخرى<sup>(٢)</sup> .

وعلى هذا الأساس نظم المشرع استعمال تلك الحقوق تنظيمًا دقيقاً وبناءً على أسباب محددة بحيث لا يجوز للخصم التمسك بتلك الحقوق لأسباب تخرج عن التحديد الحصري لها مع افتراض المشرع أن استعمالها على خلاف الحقيقة ينطوي على سوء نية ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هذه الحقوق تشكل في الغالب إجراءات متفرعة عن الإجراءات الأصلية ، وان لكل حق من هذه الحقوق مهمة خاصة ودورا محددًا ، وهذه المهمة أو الدور لا يتصل غالباً بمهمة الدفاع عن الحقوق ، وإنما يتصل بإزالة بعض العقبات التي تعترض سير الإجراءات العادية ، وجعل من استعمال هذه الحقوق مصدراً للمسؤولية عند اقل انحراف في استعمالها ، ولذا فإنها لا ترتب أية حصانة للخصم ، فضلاً عن أنها لا تعد من

(١) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، المصدر السابق ، ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، المصدر السابق ، ص ١٢٨ وما بعدها .

حقوق الإضرار ، ولهذا فإن ما يترتب عليها من أضرار أيا كانت لا يجري التسامح فيها ، ويكون للخصم طلب التعويض عنها ، عكس الحقوق الإجرائية الأخرى ، التي يجري التسامح فيها عن الأضرار المألوفة أو العادية ، فضلا عن استعمال هذه الحقوق يؤدي إلى عرقلة هذه الإجراءات وتعطيلها إلى أن يتم البت فيها ، وهو ما يصيب المصلحة العامة بالضرر ، التي يهملها سرعة البت في النزاعات المطروحة أمام القضاء ورد الحقوق إلى أصحابها ، ومن مظاهر هذا التقييد التهديد بالمسؤولية وجعل الفشل وحده كافيا لنشأة مسؤولية الخصم عن الغرامة والتعويض ، إذ أن سوء النية واضح للعيان عند الإخفاق في استعمالها على أساس ما يمثله ذلك من أهمية وحتى يقطع المشرع باب التعسف مما يستوجب الحكم عليه بالغرامة عند الإخفاق في استعمالها ، وتبرير ذلك أن تلك الحقوق من الحقوق المحددة تحديدا ضيقا<sup>(١)</sup> .

إلا أن طبيعة هذه الحقوق لا تعني استقلالها بنوع خاص من المسؤولية يختلف عن الحقوق الإجرائية الأخرى فكل ما هنالك ، هو اختلاف في مدى المسؤولية في كل حالة لأنها تهدف في الأساس إلى تحقيق المصلحة العامة في سرعة البت في القضايا وإعادة الحقوق إلى أصحابها ، مما يترتب عليه بان اقل انحراف في استعمالها يؤدي إلى نهوض المسؤولية ، وهذا يفسر اتجاه القانون إلى ترتيب المسؤولية عن استعمال هذه الحقوق على واقعة الفشل وحدها كواقعة موضوعية ، وهو ما يشكل نوعا من التعسف الموضوعي الاستثنائي ، الذي لا يترتب إلا بناءً على نص قانوني ، وتستند المسؤولية في هذه الحالات إلى واقعة الخسارة وحدها ، كأساس للحكم بالغرامة والتعويضات<sup>(٢)</sup> .

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن الحق الإجرائي لا يتمتع عند استعماله بالحصانة تجاه نظرية التعسف في استعمال الحق ومن المسؤولية فهو يخضع كغيره من الحقوق لنظرية التعسف في استعمال الحق ، وأنه لا مسؤولية عن الاستعمال العادي أو المألوف وكذلك الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي ولو

(١) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، المصدر السابق ، ص ١٦١ ، والحقوق المحددة تحديدا ضيقا هي الحقوق التي يتعين استعمالها وفق الأسباب التي حددها المشرع وبقيود صارمة وفي اضييق الحدود ، وإلا تترتب على عدم مراعاة تلك الأسباب استحقاق صاحبها للجزاء المقرر في القاعدة القانونية ، المصدر نفسه .

(٢) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٥١-٣٥٢ .

ترتب عليه ضرر يصيب الغير باستثناء بعض الحالات التي افترض المشرع عند الفشل في استعمالها سوء النية .

## المبحث الأول

### أركان المسؤولية الناجمة عن التعسف وإثباتها

تستند المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي إلى استعمال الحق بصورة تخالف الغاية من تقريره وهذا هو الانحراف عن غاية الحق ، فضلا عن أنه لا بد ان يكون هناك ضرر بالغ قد أصاب الغير من جراء هذا الاستعمال فضلا عن العلاقة السببية التي تربط بينهما ، إلا أن توافر هذه الأركان لا يكفي للحكم على المتعسف في استعمال الحق إلا إذا استطاع المضرور أن يثبت ذلك ، وعليه فان بيان هذا المطلب يقتضي عرضة على النحو الآتي :-  
 المطلب الأول : أركان المسؤولية الناجمة عن التعسف .  
 المطلب الثاني : إثبات المسؤولية الناجمة عن التعسف .

## المطلب الأول

### أركان المسؤولية الناجمة عن التعسف

إن أركان المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي تتمثل بالانحراف عن الغاية المشروعة للحق الإجرائي ورجحان الأضرار على مصلحة صاحب الحق وعلاقة السببية بينهما ، وهو ما نعرض له على النحو الآتي :-

- الفرع الاول : الانحراف عن الغاية المشروعة للحق الاجرائي .
- الفرع الثاني : رجحان الضرر على المصلحة من استعمال الحق .
- الفرع الثالث : العلاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق والضرر .

## الفرع الأول

### الانحراف عن الغاية المشروعة للحق الإجرائي

يعد الانحراف في استعمال الحق بصفة عامة والحق الإجرائي على وجه الخصوص من الأركان الأساسية المميزة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي عن فكرة الخطأ التقصيري ، فلا يكفي الضرر للقول بالتعسف بل ينبغي أن يكون هناك انحراف عن الغاية المشروعة من استعماله ، ولقد قضت محكمة النقض المصرية بضرورة توافر الانحراف في استعمال الحق للحكم بالمسؤولية على أساس التعسف ، إذ قضت بان : (( مسألة الخصم عن الأضرار الناشئة عن استعمال حق التقاضي ، يقتضي وجوب إيراد الحكم للعناصر الواقعية والظروف التي يصح استخلاص نية الانحراف والكيد منها استخلاصاً سائغاً ))<sup>(١)</sup> .

ويتحقق الانحراف عن استعمال الحق الإجرائي في العديد من الصور والأشكال التي تعجز فكرة الخطأ التقصيري بمفهومها الصحيح عن استيعابها<sup>(٢)</sup> ، وتتمثل

(١) نقض مدني الطعن رقم ١١٨٦٥ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٩ يونيو ١٩٩٧ ، نقلا عن : د. احمد إبراهيم عبد التواب ، المصدر السابق ، ص ٨٠٠ .

(2) ذهب جانب من الفقه ، إلى ان التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب المسؤولية طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، وعلى الخصم أن يتحمل نتيجة خطئه ورعونته إذا اضر بالخصم الآخر ، وايدت هذا الاتجاه بعض احكام محكمة النقض المصرية والفرنسية ، الا انه وعلى الرغم من بساطة ما يدعو إليه هذا الاتجاه وما يهدف إليه من توحيد لقواعد المسؤولية المدنية في مجال استعمال الحقوق أو إتيان غيرها من الأفعال ، فإنه اتجاه منتقد ، إذ لا يستند إلى أساس قانوني سليم ، وذلك لان محل كل من التعسف والخطأ مختلفان ، فمحل الخطأ هو الإخلال بالتزام قانوني ، أما محل التعسف فهو الانحراف عن الغاية التي يقرر على أساسها القانون الحق أو المركز القانوني دون تجاوز حدوده ، لذا فالالاتجاه الذي نؤيده هو ان التعسف في استعمال الحق ذا طبيعة مستقلة عن فكرة الخطأ التقصيري وانه نظرية قائمة بذاتها اساسها نص القانون وانها مرتبطة بذات الحق وغايته ، ولذلك فان التعسف يتحقق إذا ما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته ، حتى لو لم يكن قد اخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ، ذلك



تلك الصور في استعمال الحق الإجرائي رغم انعدام المصلحة أو تفاهتها أو استعماله بقصد الأضرار بالغير أو بعدم مشروعية المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها أو انعدام التوازن بين المصلحة والضرر ، وعلى النحو الآتي :-

**اولاً : من حيث انعدام المصلحة :** فالانحراف في استعمال الحق الإجرائي يتحقق وفقاً لمفهوم المادة (٧) من القانون المدني العراقي <sup>(١)</sup> ، إذا ما تم استعماله دون مصلحة ، وهذه الصورة تتميز بطابعها الجلي الواضح والتي يمكن استنتاجها من خلال ظروف الدعوى وملابساتها بشكل واضح وإيجابي ، إذ يدل استعمال الحق دون المصلحة على نية الكيد والانحراف عن الغاية التي تقرر على أساسها الحق . وفكرة انعدام المصلحة من استعمال الحق تعد الضابط العام لتطبيق نظرية التعسف ، لتضمنها جميع صور الانحراف عن الغاية من استعمال الحق ، كما أنها تتميز بطابع عملي ، إذ يمكن من خلالها الاستهداء لحالات التعسف الأخرى التي لا تتسم بالموضوعية .

**ثانياً : من حيث توافر قصد الإضرار :** ويتحقق الانحراف في استعمال الحق الإجرائي وفقاً لمفهوم المادة (٧) من القانون المدني العراقي ، إذ استعمل الحق الإجرائي بقصد الأضرار بالغير ، إلا أنه ينبغي التمييز بين الإضرار التي تترتب على الاستعمال العادي أو المألوف وتلك التي تترتب على الاستعمال غير المألوف المصحوب بنية الإضرار <sup>(٢)</sup> ، ذلك أن الحق الإجرائي في الأصل هو من الحقوق التي تلحق في الغالب ضرراً باحد الخصوم ، وعلى النحو الآتي :-

الإخلال الذي يكون فكرة الخطأ بمعناه الدقيق ، وهو ما يضع فاصلاً قانونياً ومنطقياً بين فكرة التعسف وفكرة الخطأ ، وما يترتب عليه من إخراج نظرية التعسف من دائرة المسؤولية التقصيرية ، ويجعل منها فكرة تمثل مبدأً عاماً في علم القانون ، ونظرية أساسية ملزمة وداخلة في النظرية العامة للحق بصفة عامة ، ينظر في تفصيل ذلك : علي عبيد عويد الحديدي ، التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٧ ، ص ٧٩ وما بعدها .

- (1) تنظر : المادة (٥) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
- (2) ينظر : د. عبد الحكم فوده ، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية ، المينا ، ١٩٩٥ ، ص ١٢٠-١٢١ .

من حيث الاستعمال المألوف : كمن يقيم دعوى قضائية استعمالاً لحقه المشروع في التقاضي ، الأمر الذي يكبد غيره مصاريف التقاضي ، فهذه المضار مألوفة مادام لم يتعمد صاحب الحق الإضرار بغيره ، فهنا ينعدم عنصر الانحراف إذ أن الشخص استعمل حقه استعمالاً عادياً .

**من حيث الاستعمال غير المألوف :** كمن يرفع دعوى كيدية لمجرد التشهير بأخر ، فهو ينحرف في استعمال حقه في التقاضي ، إذ من واجب الشخص عدم الإضرار بالغير ، وهو بهذا الاستعمال غير المألوف يخل بما تقتضيه نظرية التعسف في استعمال الحق ، ومن ثم يتحقق الانحراف الذي يعد ركناً من أركان للمسؤولية الناجمة عن التعسف .

والمعيار المستخدم في هذه الحالة للكشف عن عنصر الكيد والانحراف هو المعيار الذاتي أو الشخصي ، إلا أن استخلاص نية الأضرار بالغير من المسائل الصعبة لذا ينبغي للقاضي أن يستهدي في ذلك بالظروف أو القرائن الخارجية التي تساعده على الكشف عن قصد الأضرار ، كانهدام المصلحة ، أو عدم مشروعيتها ، أو جسامته الإضرار ، أو ضالة المنفعة ، أو عدم جريان العرف أو العادة على هذا الاستعمال غير المشروع.

**ثالثاً : من حيث عدم مشروعية المصلحة :** ويتحقق الانحراف في استعمال الحق الإجرائي وفقاً لمفهوم المادة (٧) من القانون المدني العراقي باستعماله من أجل تحقيق مصلحة غير مشروعة ، فالحقوق عندما تقرر تشريعياً ، يكون الهدف من ذلك أن يرمي صاحبها إلى الاستفادة منها على نحو مشروع ، أما إذا كان الهدف في ذاته غير مشروع ، فإن استعمال الحق في هذه الحالة يعد من قبيل الانحراف المؤدي إلى التعسف في استعمال الحق ، كمن يرفع دعوى لإثبات علاقة غير مشروعة مع امرأة ، فالمصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة كونها مخالفة للنظام العام ، والمعيار المستخدم في هذه الحالة للكشف عن الانحراف هو المعيار الموضوعي ، ينظر فيه إلى ماهية المصلحة ويقاس ذلك بمخالفة المصلحة لأحكام القانون ، والنظام العام والآداب العامة في حالة عدم توافر نص صريح في القانون<sup>(١)</sup> .

(1) ينظر : د. عبد الحكم فوده ، المصدر السابق ، ص ١٢٤ .

رابعاً : من حيث انعدام التوازن بين المصلحة والأضرار : يتحقق الانحراف في استعمال الحق الإجرائي بانعدام التوازن بين المصلحة من استعماله والضرر الذي يترتب على ذلك الاستعمال بشكل فاحش ، إذ ينبغي أن يكون هناك توازن بين المصلحة التي يبتغيها الشخص من استعماله لحقه والضرر الذي يسببه للغير من جراء هذا الاستعمال ، ويتحقق الانحراف إذا كانت المصالح التي يهدف إليها صاحب الحق من استعمال حقه بسيطة تافهة لا تتناسب على الإطلاق مع الضرر الجسيم الذي يلحق الغير بسبب هذا الاستعمال ، والمعيار المستخدم في هذه الحالة لكشف الانحراف هو المعيار الموضوعي ، فعلى القاضي عند تحديده للانحراف من عدمه أن يلجأ إلى الشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف الخارجية لصاحب الحق ، وهل كان سيستعمل حقه أم انه سيحجم تلافياً للأضرار التي تصيب الغير<sup>(١)</sup>.

والانحراف عن الغاية المشروعة التي قررها المشرع لاستعمال الحق ، قد يكون ايجابياً وقد يكون سلبياً ، فالانحراف الايجابي يتمثل باقتراف صاحب الحق لسلوك مادي ينحرف بمقتضاه عن الغاية التي قرر على أساسها المشرع الحق الإجرائي ، كمن يرفع دعوى أو يبدي دعواً أو طلباً أو طعناً كيدياً ، أو يتصرف القاضي أو احد أعوانه بطريقة ايجابية للأضرار بالخصوم أو بأحدهم . والانحراف السلبى يتحقق بامتناع صاحب الحق الإجرائي عن استعماله بقصد الانحراف عن الغاية من الحق للإضرار بالغير ، كامتناع القاضي عن الفصل في دعوى صالحة للحكم ، أو امتناع الخصم عن تقديم المستند الذي تحت يديه للإضرار بخصمه ، أو امتناع المحامي عن الطعن في الحكم الصادر ضد موكله في الميعاد المقرر قانوناً للإضرار به ، كما يتصور امتناع الخصوم عن استعمال حقوقهم الإجرائية ، كما في امتناع الخصوم عن استعمال الدفع بالبطلان المتعلق بالنظام العام أو الدفع بعدم القبول بقصد تأخير الفصل في الدعوى<sup>(٢)</sup>.

وفي كل الأحوال يقاس الانحراف عن غاية الحق الإجرائي على أساس السلوك المألوف للشخص العادي سواء أكان المعيار المستخدم شخصياً ذاتياً أم موضوعياً ، إذ لا بد من الاستعانة بالضوابط الموضوعية للكشف عن الضوابط الشخصية

(1) ينظر : المصدر نفسه ، ص ١٢٢-١٢٣ .

(2) ينظر : د. إبراهيم أمين النفياوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، المصدر السابق ،

أو النية<sup>(١)</sup>، إذ استقر قضاء محكمة النقض المصرية، على أنه: (( في استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب إلا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادي ))<sup>(٢)</sup>. وعليه فإن مألوفية استعمال الإجراء كوسيلة لتقدير الانحراف من عدمه تتوقف على حسب حالة كل شخص وطبيعة مركزه الاجتماعي، إذ ينبغي تقدير ذلك حسب الوسط الاجتماعي لمرتكب السلوك التعسفي، فما يعد مألوفاً للشخص العادي لا يعد كذلك بالنسبة إلى القضاة أو أعضاء الادعاء العام أو الخبراء أو المحامين أو الكتبة أو غيرهم. ويتضح مما تقدم أن الانحراف في استعمال الحق الإجرائي يتحقق في صور وأشكال متعددة تعجز فكرة الخطأ التقصيري بمفهومها الصحيح عن استيعابها، فالانحراف يمكن أن يتحقق بانعدام المصلحة أو عدم مشروعيتها أو تفاهتها أو عند توافر قصد الإضرار بالغير أو بانعدام التوازن بين المصلحة والضرر، وإن المعيار المستخدم لقياس الانحراف هو السلوك المألوف للشخص العادي.

### الفرع الثاني

#### رجحان الضرر على المصلحة من استعمال الحق

يعد الضرر عنصراً أساسياً من عناصر المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق، إذ لا مسؤولية عن استعمال الحق الإجرائي ولو كان تعسفياً إذا لم يترتب على استعماله ضرر يصيب الخصم الآخر يتجاوز المصالح التي يقرها القانون لصاحب الحق من استعماله<sup>(٣)</sup>. والضرر هو الأذى الذي يصيب المضرور

(١) ينظر: د. عبد الباسط جميعي، الإساءة في المجال الإجرائي، إساءة استعمال الحق في

التقاضي والتنفيذ، مجلة القانون والاقتصاد، عدد خاص، ١٩٨٣، ص ٩٩.

(٢) نقض مدني الطعن رقم ٨٥٦٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ٨ يولييه ١٩٩٧، نقلا عن: د. احمد

إبراهيم عبد التواب، المصدر السابق، ص ٨٠٢.

(٣) نقض مدني الطعن رقم ٢٨٠٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٠، منشور على شبكة

الانترنت على الموقع الالكتروني:

ويؤدي إلى المساس بحق أو مصلحة مشروعة له<sup>(١)</sup>. وتلعب فكرة الضرر دوراً كبيراً في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، التي تقوم على تحقيق التوازن بين مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه وما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر ، وذلك على العكس من فكرة الخطأ التي تكتفي بوقوع الضرر على اثر الخطأ ، ففي ظل نظرية التعسف فوجود الضرر ليس كافياً للقول بالتعسف ، بل ينبغي أن يصل هذا الضرر إلى درجة يتجاوز بها بكثير مجموع المصالح التي يقرها القانون لصاحب الحق .

فنظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على أساس التوازن بين المصالح والأضرار وأساس فكرة التوازن بين المنافع والأضرار مستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الذي استقيت منه نظرية التعسف في استعمال الحق ، إذ جاء في المادة (٢/٧) من القانون المدني العراقي ، على انه : (( ٢. ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : أ . . . . ، ب. إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، ... ))<sup>(٢)</sup> . وتطبيقاً لمبدأ التوازن بين المنافع والأضرار فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : (( من المقرر أن معيار الموازنة بين المصالح المبتغاة والضرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع والضرر دون نظر إلى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسراً أو عسراً ، فلا تنبع فكرة إساءة استعمال الحق من دواعي الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على إقرار التوازن بين الحق والواجب ))<sup>(٣)</sup> .

(١) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ١١٩٥ ؛ د. حسين وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، ط ٢ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٣٣٢ ؛ د. احمد سلامة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ٢٧٨ .

(٢) تنظر : المادة (٥/ب) من القانون المدني المصري .

(٣) نقض مدني الطعن رقم ٢٨٤٥ لسنة ٥٩ جلسة ٢٣ نوفمبر ١٩٩٥ ، منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني :

وطبقاً للقواعد العامة فإن الضرر قد يكون مادياً أو أدبياً<sup>(١)</sup> ، فالضرر المادي هو الذي يصيب حقاً أو مصلحة تتمتع بحماية القانون ، ويكون من شأنه الانتقاص من المزايا المالية التي يخولها هذا الحق أو المصلحة ، وقد يكون الضرر مادياً ولو أدى إلى المساس بحق غير مالي ، كالمساس بسلامة الجسم إذا ترتب عليه ضرر مادي ، ويشترط في هذا النوع من الضرر أن يكون محقق الوقوع أو يكون محدقاً ، ويكون كذلك إذا وقع فعلاً أو كان محقق الوقوع في المستقبل ، ولهذا لا يصلح الضرر المحتمل غير محقق الوقوع ، أما الضرر المتمثل بتفويت فرصة فإنه وإن كانت الفرصة أمراً محتملاً إلا أن تفويتها يعد أمراً محققاً . أما الضرر الأدبي فهو الذي لا يؤدي إلى المساس بمصلحة مالية للمضروب ، كالضرر الناشئ عن المساس بالشرف والاعتبار أو يصيب العاطفة والشعور وقد ينشأ هذا الضرر نتيجة الألم الذي يصيب الإنسان من المساس بجسمه أو المساس بحق ثابت من حقوقه ، وينشأ في هذه الحالة ضرر أدبي ، حتى لو لم يترتب عليه المساس بأي من هذه القيم ضرر مادي ، ويشترط في هذا النوع من الضرر ما يشترط في الضرر المادي من حيث كونه محقق الوقوع في الحال أو الاستقبال ، والضرر باعتباره ركناً في المسؤولية فإنه يكون واجب الإثبات ، سواء أكان الضرر مادياً أم أدبياً ، ويقع عبء إثباته على من يدعيه ، فإذا ادعى المضروب أن ضرراً أصابه من فعل معين ، وجب عليه إثبات ما أصابه من ضرر . وإذا كان الضرر المادي هو الذي يمس مصلحة أو حقاً له طبيعة مالية ، فإن كل ما يترتب في الدعوى من نفقات يدخل في إطار الضرر المادي ، ويدخل فيها الضرر الذي يصيب الخصم من جراء ضياع جهده ووقته ، ولا تتوقف الأضرار المادية عند هذا الحد وإنما تشمل فضلاً عن ذلك ، الأضرار التي تترتب على حرمان الخصم من موارده المالية لفترة طويلة ، والأضرار التي تترتب على الارتباك المالي بسبب الدعوى ، وقد يكون الضرر الناشئ من رفع الدعوى ضرراً أدبياً ، إذا كان من شأنه المساس بشرف الخصم وسمعته ، كالدعوى التي ترفع على الموظف القضائي أو الطبيب أو المحامي بقصد النيل من سمعته ، أو إذا كان القصد من رفع دعوى الإفلاس المساس بسمعة التاجر .

ويتميز الضرر الناشئ عن استعمال الحق الإجرائي ، بأنه ضرر من النوع الذي لا يكون من الممكن تجنبه ، وبصفة خاصة النفقات اللازمة لتسيير الإجراءات ، والتي تنشأ من كل مرة يلجأ فيها الأفراد إلى الإجراءات القضائية ،

(1) ينظر : د. إبراهيم أمين النفيلاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٧١ -

وان كان مقدارها يختلف من حالة إلى أخرى بحسب أهمية الدعوى وموضوعها ، ويرجع السبب في ذلك الى أن الحق الإجرائي من حقوق الإضرار ، التي يترتب على استعمالها العادي أضرار لا مفر منها ، وان الحكم على الخاسر بالمصاريف لا يعوض إلا جانباً من نفقات الدعوى ، التي تعرف بالمصاريف ويبقى الجانب الأخر على عاتق الخصم بصفة نهائية<sup>(١)</sup> .

وبناءً على ما تقدم فإنه ليس كل ضرر يترتب على استعمال الحق الإجرائي يمثل ركناً من أركان المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي وإنما يجب أن يكون الضرر فاحشاً وغير مألوف وراجحاً على المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها ، أما خارج هذا النطاق فلا يجوز الحكم بالمسؤولية حتى لا يشكل ذلك تهديداً لاستعمال الحقوق الإجرائية .

### الفرع الثالث

#### العلاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق والضرر

لا بد أن تتوافر علاقة سببية بين انحراف صاحب الحق عن الغاية من استعمال حقه وبين الضرر الواقع على الخصم الآخر بسبب الاستعمال غير الجائز للحق لكي تنهض المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، أي يجب أن تكون الأضرار قد لحقت بالخصم الآخر بسبب الانحراف في استعمال الحق عن غايته ، وهو ما يطلق عليه بعلاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق والإضرار الواقعة على الطرف الآخر والذي يتجاوز المصالح التي تعود على صاحب الحق<sup>(٢)</sup> . والعلاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق فضلاً عن أنها تمثل الركن الأساسي في المسؤولية التقصيرية استناداً الى نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي ، والتي تنص على أن : (( كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر

(١) ينظر : د. إبراهيم أمين النفيوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٧٢ -

٣٧٣ .

(٢) ينظر : د. محمد عبد الظاهر حسين ، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل ، القاهرة

، ١٩٩٠ ، ص ٤١٢ وما بعدها .

غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض ((<sup>(١)</sup> ، فإنها تعتبر تطبيقاً صريحاً لنص المادة (٦ ، ٧) من القانون المدني العراقي ، إذ لا يترتب على استعمال الحق أية مسؤولية ولو ترتب على ذلك الاستعمال ضرر للغير مادام استعمال الحق مشروعاً وفقاً لنص المادة (٦) ومن ثم تنعدم رابطة العلاقة السببية التي تقوم عليها المسؤولية عن التعسف بين الاستعمال والإضرار المترتبة عليه ، وان استعمال الحق يكون غير مشروع - وفقاً لنص المادة (٧) من القانون المدني العراقي - إذا كان بقصد الأضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر أو في حالة تحقيق مصلحة غير مشروعة من الحق . ومن ثم يتبين أن الأضرار التي تترتب على الاستعمال غير المشروع للحق هي سبب مسؤولية صاحب الحق ، فالعبرة في قيام المسؤولية هي بان انحراف صاحب الحق عن الغاية المقررة لحقه هي التي تسببت في الأضرار التي وقعت على الخصم الآخر ، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية ، على أن الحكم : (( اثبت أن حرمانها من الانتفاع بمنقولاتها كان بسبب الحجز الكيدي الذي أوقعه الطاعنون بإجراءات باطلة اتخذت في غيبتها دون أن تعلن بها ))<sup>(٢)</sup> . وتوافق علاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق والضرر الواقع على الخصم الآخر يعد من المسلمات لقيام المسؤولية ، إذ لا تجوز مساءلة صاحب الحق عن أية أضرار لا شأن لها بانحرافه في استعماله لحقه ، فلا يكون رافع الدعوى الكيدية مسؤولاً عن الديون التي يقوم بسدادها المدين على اثر رفع المدعي لدعوى الإفلاس خشية من الإفلاس ، إذ أن وفاءه بالديون هو من قبيل الواجب كما انه لا علاقة لدعوى المدعي ومساءلة سداد الديون .

ويتضح مما تقدم انه لا بد من وجود رابط العلاقة السببية بين الانحراف في استعمال الحق الإجرائي عن غايته التي شرع من اجلها وبين الضرر الذي أصاب الغير من جراء هذا الانحراف ، لنهوض المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي .

(١) تنظر : المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري .

(٢) نقض مدني الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٦٩ ، نقلا عن : د. احمد

إبراهيم عبد التواب ، المصدر السابق ، ص ٨٠٥ .



## المطلب الثاني

### إثبات المسؤولية الناجمة عن التعسف

لكي تتحقق المسؤولية عن الاستعمال التعسفي للحق الإجرائي ، فإنه يجب أن تتوفر الأدلة التي تؤكد انحراف صاحب الحق عند استعماله لحقه عن الغاية التي يرمي المشرع إلى تحقيقها عند تشريعه للحق وان يثبت أن هناك ضرراً ترتب على هذا الانحراف وان تربط بينهما علاقة سببية ، فالقاعدة أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه <sup>(١)</sup> ، لان تحديد الملتمزم بواجب الإثبات في الدعوى المدنية يرتبط بالقاعدة التي تقضي بان من يدعي شيئاً عليه إثباته ، والمدعي هنا من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو خلاف الثابت فعلاً ، والتي ترجمتها المادة (٧/أولاً) من قانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، بقولها : ((البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)) <sup>(٢)</sup> ، وهذا الواجب يلزم صفة المدعي في الإثبات التي قد تجتمع وصفة رافع الدعوى في شخص واحد ، وقد تفتقران عندما يكون واجب الإثبات من نصيب المدعي عليه ، والإثبات هو المحور الذي تدور حوله الدعوى ، ويعد عجز الخصم عن الإثبات سبباً في خسارته للدعوى . ويخضع تحديد الملتمزم بواجب الإثبات في التعسف في استعمال الحق الإجرائي لحكم القواعد العامة التي تحكم الإثبات ، فإذا وقع تعسف من احد الخصوم في استعمال حقه الإجرائي ، وأراد خصمه التمسك بهذه الواقعة في دعوى التعويض ، فإنه يكون مكلفاً بإثبات هذه الواقعة بطرق الإثبات كافة ، كما يكون مكلفاً بإثبات الضرر الناشئ عن هذا الاستعمال <sup>(٣)</sup> .

وقد تبدو الصعوبة في إثبات التعسف في الحالات التي يستند فيها التعسف إلى الضوابط الشخصية (نية الإضرار) إذ يتعين على المضرور إثبات توافر قصد الإضرار لدى الخصم ، أي قصد إحداث الضرر فلا يكفي إثبات توقع حدوثه ، وفي حالة عدم إمكانية توقع حدوث الضرر وتعذر ذلك ، فإنه يكفي للحكم بالتعويض إثبات سوء النية والتي يمكن التوصل إليها من خلال الظروف

(1) ينظر : المستشار . مصطفى مجدي هرجه ، المصدر السابق ، ص ٢٩ .

(2) تنظر : المادة (١) من قانون الإثبات المصري .

(3) ينظر : د. جلال علي العدوي ، د. عصام أنور سليم ، في المراكز القانونية ، نظرية

الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٣٠٩ .

والملاسات التي أحاطت باستعمال الحق ، والتي قد تساعد في الكشف عن سوء نية الخصم ، كما يمكن أن تستفاد هذه النية من تناقض الخصم في أقواله التي يستند إليها ومسلكه في الدعوى . وسوء النية (قصد الإضرار) واقعة مادية يمكن لمن يدعيه أن يثبته بطرق الإثبات القانونية كافة ، وباعتبار أن هذه الواقعة يصعب إثباتها بالكتابة لما لها من طبيعة نفسية ، فان القاضي يقوم بأعمال الاستنتاج فيها من جميع الظروف والملاسات التي يقدمها أمامه المدعي سواء بالبينة أم بالقرائن<sup>(١)</sup>

وهنا لابد للقاضي أن يستعين بقرائن موضوعية توضح له حالة توافر سوء النية لدى المستعمل لحقه ليتحقق من توافر قصد الإضرار لديه ، ومن ثم يحكم بتعسفه في استعمال حقه ، وهذه القرائن ترد من ناحية على شكل عدد من القرائن الموضوعية المستقلة التي يمكن أن تتحقق أثناء استعمال صاحب الحق لحقه مما يؤدي إلى اعتباره متعسفا ، ومن ناحية أخرى يمكن التحقق من حالة التعسف عند اقتران قصد الإضرار بالغير بأحد المعايير الأخرى التي يمكن أن تدل عليه والتي وضعها المشرع كمحددات للتعسف في استعمال الحق<sup>(٢)</sup> .

ولا بد من ملاحظة أن بحث الأمور الشخصية أو الذاتية لا يتعارض مع أعمال وسائل موضوعية لإثبات هذا الضابط الشخصي من انتفاء حسن النية مما يؤدي إلى توافر قصد الإضرار لدى مستعمل الحق عند استعماله لحقه ، إذ أن التقدير بالوسائل الموضوعية لهذا المعيار الشخصي لا يعتبر مستقلا عن المعيار الشخصي أو متنافيا معه ، إذ أن كليهما يتصل بالأخر بشكل أو بآخر ، ومن جهة أخرى فان الاستناد إلى الضوابط الموضوعية لا يعني في هذا المجال أننا بصدد معيار خليط بين الشخصي والموضوعي<sup>(٣)</sup> . إذ أن هناك عدداً من القرائن الموضوعية التي تلازم استعمال الحق يمكن للقاضي من خلالها أن يتبين أن كان

(1) ينظر : د. عدلي أمير خالد ، تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٣٦ .

(2) ينظر : د. محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليميني والفقهاء الإسلاميين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٢٦٨ .

(3) ينظر : د. نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤ ، ص ١٩٩ .

هذا الاستعمال وليد سوء نية وتوجه صاحبه إلى قصد الإضرار أم لم يقصد هذا الإضرار ، ومن ثم يعد صاحب الحق متعسفا عند توافر إحدى هذه القرائن التي تدل على قصد الإضرار بالغير ، ولعل من أهم تلك الضوابط أو القرائن التي تدل على سوء النية لا تخرج عن إحدى الحالات الآتية (١) :-

تمخض الإضرار بالغير بانعدام المصلحة أو عدم تناسبها مع الأضرار التي تصيب الغير أو عدم مشروعيتها وظهور هذا القصد (٢) .

توافر قصد الإضرار بالغير مع تحقق منفعة ثانوية لم تكن مقصودة أصلا .  
عدم ثبوت القصد مع عدم ثبوت توافر منفعة .

تخير صاحب الحق لأكثر طرق الاستعمال إضراراً بالغير عند استعماله لحقه .  
مخالفة استعمال الحق لما يجري عليه العرف والعادة .

ولقد ادخل الفقه هذه القرائن وخاصة في فرنسا تحت معيار قصد الإضرار بالغير بوصفها قرائن تدل على توافره (٣) .

وقد يبدو إثبات التعسف في استعمال الحق الإجرائي أكثر يسرا في الحالات التي يستند فيها إلى المعيار الموضوعي (فكرة المصلحة) من حيث انعدام المصلحة أو عدم مشروعيتها أو عدم تناسبها مع الضرر الذي يصيب الغير ، بحيث يجاوز الضرر إلى حد كبير المصلحة التي يرمي صاحب الحق الإجرائي إلى تحقيقها ، أو يجاوز بشكل كبير الضرر الذي ينشأ عادة من استعمال الحق ، كأن يكون الضرر الذي أصاب الخصم ضررا مفرطا يجاوز الأضرار المألوفة (٤) .

إذ لا يستطيع القاضي هنا إهمال الأمرين ، بل انه يكون أمام حالة أخرى وهي أن يقوم بإجراء موازنة بين هذه المنفعة والضرر الذي حصل ، وتقدير جسامة الضرر يخضع لسلطة القاضي التقديرية ، ويجري التقدير بطريقة موضوعية بحته ، لا يقام فيها أي وزن للاعتبارات النفسية ، ولا يكون حسن النية أو سوءها محلا

(1) ينظر : أمين دواس رجا رشيد ، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ١٩٩١ ، ص١١٩-١٢٠ .

(2) قرار محكمة النقض المصرية في الطعن المرقم ١٣٣١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٦ ، نقلا عن : المستشار ، مصطفى مجدي هرجه ، المصدر السابق ، ص٣٧-٣٨ .

(3) ينظر : أمين دواس رجا رشيد ، المصدر السابق ، ص١١٩-١٢٠ .

(4) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص٢٦٨ .

لأي إثبات ، ولا اثر لأي منهما في الحكم بالتعسف ، ومتى تمكن الخصم من إثبات الجسامة غير العادية للضرر الناشئ عن استعمال الحق الإجرائي أي اثبت انعدام التوازن بين المنافع والأضرار بحيث يتجاوز الضرر بشكل كبير المنافع التي يرمي صاحب الحق الإجرائي إلى تحقيقها ، فان هذه الواقعة تكفي للحكم بالتعسف ، وبذلك يعتبر مبدأ التوازن بين المنافع والأضرار مقياساً لإثبات التعسف ، وذلك كمن يعتمد على حقه في اللجوء إلى القضاء لنيل حقوق عامة مما يرتب ضرراً كبيراً بالغير ، كأن يتم إعلان إفلاس المدعى عليه نتيجة لقصد المدعي السيئ الناتج من انعدام التوازن بين المنفعة أو المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها والأضرار التي لحقت بالمدعى عليه ، بحيث تكون الدعوى كيدية ومن ثم يعد متعسفاً في استعمال حقه عند إقامته للدعوى ، وذلك لاعتبارات التوازن بين المصالح والأضرار وتغلب الأضرار الدالة على سوء النية على المصالح المتحققة له من هذه الدعوى ومن ثم فانه يعد متعسفاً في استعمال حقه <sup>(١)</sup> .

كما يمكن إثبات التعسف عند إثبات انعدام المصلحة من الأصل أو إثبات عدم مشروعيتها ، إذ انه في مثل هذه الحالة يمكن أن تدل هذه المعايير الموضوعية على تحقق حالة التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، وهي وان كانت مستقلة عن المعيار الشخصي ، إلا انه يمكن أن تعتبر في ذات الوقت وسيلة يتبعها القضاء لاعتبار الشخص قاصداً للإضرار بالغير ، على اعتبار أن المعيار العام لنظرية التعسف في استعمال الحق هو المصلحة من حيث انعدامها أو عدم تناسبها مع الضرر الذي يصيب الغير أو عدم مشروعيتها ، فإذا ثبت أن المصلحة التي كان الشخص يبتغيها من جراء استعماله لحقه تتعارض مع المصلحة التي يقصدها المشرع من الحق أو أنها تتعارض مع ماهية الحق أو أنها تتعارض مع النظام العام والآداب العامة وقد تحقق المصلحة غير المشروعة ضرراً للغير مما يؤدي إلى أن صاحب الحق يعد متعسفاً في استعمال حقه <sup>(٢)</sup> .

ولابد أيضاً من إثبات الضرر المترتب على الانحراف وهو واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات وكذلك إثبات العلاقة السببية التي تربط بينهما ، ويكون للمدعي إثبات أي من القرائن الموضوعية السابقة الدالة على قصد

(1) ينظر : د. عبد الودود يحيى ، النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٢٤٦ .

(2) ينظر : د. فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، مطبعة جامعة دمشق ، ط ١ ، ١٩٦٧ ، ص ٤٤٨ .

الإضرار لدى المستعمل لحقه الدال على التعسف في استعمال الحق بجميع طرق الإثبات المعترف بها ، كما يكون لمستعمل الحق من جهة أخرى إثبات عكس هذه القرائن بجميع طرق الإثبات ، كونها قابلة لإثبات العكس من جهته<sup>(١)</sup> . ويتضح مما تقدم انه ينبغي لتنهض المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق ، فانه لا بد من إثباتها عن طريق إثبات عناصرها من انحراف ورجحان الضرر والعلاقة السببية بينهما ، وان عبء الإثبات يقع على مدعي التعسف بكل طرق الإثبات وانه لا ضير من الاستناد إلى القرائن الموضوعية للكشف عن قصد الإضرار كمعيار شخصي للتعسف ، وللمدعى عليه بواقعة التعسف إثبات عكسها بكل طرق الإثبات طبقاً للقواعد العامة في الإثبات .

## البحث الثاني

### أثار المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي

الأصل أن نفاذ قواعد القانون وتطبيقها يعتمد على خضوع الأفراد الاختياري لأحكامه ، لكن هذا التطبيق التلقائي قد يواجه بعض العقبات والعراقيل التي تحول دون نفاذه ، وذلك في صورة مخالفة الغاية من تشريع تلك القواعد ، وتشكل هذه الظاهرة استثناء في حياة القانون يلزم قهرها والتغلب عليها ، ولعل من وسائل مواجهة هذا السلوك المنحرف ما تلعبه نظرية التعسف في استعمال الحق من دور وقائي وعلاجي ، لذا فان تناول هذا المبحث سيكون على النحو الآتي :-

**المطلب الأول : الدور الوقائي لإعمال نظرية التعسف .**

**المطلب الثاني : الدور العلاجي لإعمال نظرية التعسف .**

(1) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ ،

المصدر السابق ، ص ٨٤٤ ، إسماعيل العمري ، الحق ونظرية التعسف في استعماله ،

ط ١ ، مطبعة الزهراء الحديثة ، الموصل ، ١٩٨٤ ، ص ٢٠٧ .

## المطلب الأول

### الدور الوقائي لأعمال نظرية التعسف

تنبه المشرع لما قد تترتب على توقيع بعض الجزاءات الإجرائية من ضياع للحقوق الموضوعية ولتقادي هذه النتيجة ، فقد تبنى مجموعة من التدابير الوقائية النابعة من الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق التي تحول دون الاستعمال الكيدي أو التعسفي للحقوق الإجرائية ، والتي يكمن اللجوء إليها كلما اقتضى الأمر ذلك ، لان قانون المرافعات لا يتضمن قاعدة عامة تمنع التعسف في استعمال الحق الإجرائي .

والحقيقة أن هناك مجموعة كبيرة من التدابير الوقائية ، إلا أن البحث سيقصر على أهمها وأكثرها شيوعا ، لذا فان عرض هذا المطلب يقتضي بيان مفهوم الدور الوقائي لنظرية التعسف ومن ثم بيان الوسائل الوقائية المانعة من التعسف ، وذلك على النحو الآتي :-

- الفرع الاول : مفهوم الدور الوقائي لنظرية التعسف .
- الفرع الثاني : الوسائل الوقائية المانعة من التعسف .

## الفرع الأول

### مفهوم الدور الوقائي لنظرية التعسف

إن تحديد مفهوم الدور الوقائي للتعسف يقتضي بيان المقصود به وموقف الفقه منه وتطبيقاته ، وهو ما سنعرضه على النحو الآتي :-

**أولاً : المقصود بالدور الوقائي لنظرية التعسف :** يقصد بالدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق بصفة عامة ، أن قواعد تلك النظرية تعطي للسلطة القائمة على تطبيقها ، سواء كانت جهة قضائية أم جهة إدارية ، سلطة تلقائية بمنع وقوع العمل المتضمن تعسفاً في استعمال الحق ، وهو ما يعد دوراً أصيلاً لنظرية التعسف في استعمال الحق تمييزاً لها من غيرها من النظريات<sup>(١)</sup> .

إن معنى الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق في ظل قانون المرافعات ، يختلف عن معناه في أي قانون آخر ، إذ يقتصر معناه على ما يعطيه القانون للقاضي من سلطة في منع وقوع العمل أو التصرف الذي يحتمل ضرره بالغير ، فلا يعد دوراً وقائياً لنظرية التعسف في قانون المرافعات إذا كان القيام بهذا الدور بأمر من قبل المشرع في نص القانون<sup>(٢)</sup> .

وهذا الدور الوقائي ليس بجديد ، فقد تنبه القضاء في مصر منذ زمن بعيد<sup>(٣)</sup> ، إلى ازدياد تعسف البعض في استعمال حقهم في توجيه اليمين الحاسمة ضد سيدات بعض الأسر العريقة مثل قبيلة الهوارية ، مستغلاً تمسك سيدات هذه الأسر بعدم الحضور ، إذ كان يشيع في المجتمع آنذاك ، أن حضورهن أمام القضاء يعد فضيحة وعاراً لأسرهن ، فيزعم المدعي أن دليله الوحيد اليمين الحاسمة لإجبارهن على عدم الحضور ، وحينئذ يتمكن من الحصول على حكم لمصلحته.

(١) ينظر : د. حسن كيره ، أصول القانون ، ط٢ ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٥٩-١٩٦٠ ، ص١١٠٢-١١٠٤ و ص١١٦١ ، د. فتحي الدريني ، المصدر السابق ، ص٣١ وما بعدها ، د. عبد الباسط جميعي ، المصدر السابق ، ص٢٤٣ ، د. جلال علي العدوي ود. رمضان أبو سعود ومحمد حسن قاسم ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص٤٧٨ ، د. أيمن سعد سليم ، ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٣٨ .

(٢) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، المصدر السابق ، ص١٩٠ .

(٣) ينظر : د. عبد الباسط جميعي ، المصدر السابق ، ص ٢١٢ وما بعدها .

ولمواجهة هذه الظاهرة السلبية ، فقد قضت محكمة استئناف مصر ، بان : (( تشدد نساء الهواراة في الحجاب يمنعهن من حلف اليمين ، فلا يصح أن يتخذ من هذه المبالاة سلاحاً للحكم عليهن ))<sup>(١)</sup> .  
وعلى اثر هذه الأحكام ، فقد تدخل المشرع المصري مقنناً ما كان عليه القضاء ، ونص على منع التعسف في توجيه اليمين الحاسمة وذلك في المادة (١١٤) من قانون الإثبات المصري المرقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ، وهو نفس ما اخذ به المشرع العراقي في المادة (١١٥ / ثانيا) من قانون الإثبات التي نصت على أن : (( للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها )) ، فضلا عن أن جانب من الفقه دعا بهذه الوظيفة للقواعد الإجرائية مطلقاً عليها المصلحة العامة الوقائية<sup>(٢)</sup> .

وفكرة الدور الوقائي للتعسف في استعمال الحق تميز فكرة التعسف في استعمال الحق من فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية<sup>(٣)</sup> ، والتي يقف مداها عند مجرد علاج الأضرار الناتجة عن وقوع الخطأ ، في حين تمكن نظرية التعسف في استعمال الحق القاضي أو السلطة القائمة بتطبيق نظرية التعسف من منع وقوع العمل المتضمن تعسفاً في استعمال الحق وتوقي وقوع ما يترتب عليه من أضرار .

**ثانيا : موقف الفقه والقانون من الدور الوقائي لنظرية التعسف : نظراً لاختصاص القضاء بالوظيفة الجزائية ، والتي تهدف إلى إزالة ما وقع من ضرر ، وان الوظيفة الوقائية ليست من وظيفة القضاء وحده ، إذ قد تكون للقاضي أو للإدارة أو للمشرع نفسه ، فان الفقه قد تباين في الأخذ بفكرة الدور الوقائي لنظرية**

(١) حكم محكمة استئناف مصر ، جلسة ١٧/١/١٩٢١ ، نقلاً عن : د. احمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٤١ .

(٢) ينظر: د. وجدي راغب ، دراسات في المركز القانوني للخصم أمام القضاء المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العددان يناير وفبراير ، ١٩٧٦ ، ص ١٦٩ و ١٧١ .

(٣) ينظر : د. حسن كيره ، المصدر السابق ، ص ١١٠٤ .



التعسف في استعمال الحق<sup>(١)</sup>، إذ رفض الفقه التقليدي الوظيفة الوقائية للسلطة القضائية، باعتبارها من أعمال السلطة التنفيذية وليس من عمل السلطة القضائية، وعلى العكس من الرأي السابق فقد اقر الفقه الحديث الوظيفة الوقائية للسلطة القضائية<sup>(٢)</sup>، استناداً إلى انه في حالة الضرر المحتمل، توجد حاجة للوقاية من الضرر المتوقع، وهو ما اقره المشرع العراقي في المادة (٦) من قانون قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، والمشرع المصري في المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل، إذ نصا على الحماية القضائية من الضرر المحتمل، وكذلك نص القانون المدني الفرنسي على نفس حالات الضرر المحتمل، كما هو الحال في المادة (١٢ - ١٨٤٤) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤، والتي قررت قبول الدعاوى التحريضية، كاستثناء من شرط حلول المصلحة في الدعوى المنصوص عليها في المادة (٣١) من قانون المرافعات الفرنسي، فضلاً عن نصه المباشر على الدعاوى الوقائية في المادة (١٤٥) والمادة (٢٩٦) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر عام ١٩٧٥<sup>(٣)</sup>.

ونظراً للأهمية العملية التي تترتب نتيجة للأخذ بالدور الوقائي للتعسف في استعمال الحق، وما يترتب عليه من تقليل حالات الهدر الإجرائي وتحقيق مبدأ الاقتصاد في إجراءات الدعوى، وما يترتب على ذلك من إمكانية تقليل عدد المنازعات المطروحة أمام القضاء، وإتاحة الفرصة أمام القضاء لنظر المنازعات المهمة، فقد تقبل الفقه الأخذ بفكرة الدور الوقائي للتعسف في استعمال الحق<sup>(٤)</sup>.  
ثالثاً: تطبيقات الدور الوقائي لنظرية التعسف: نص المشرع العراقي والمقارن في قانون المرافعات على الدور الوقائي في العديد من التطبيقات، ولعل أهم تطبيق

(١) ينظر: د. إبراهيم النفاوي، انعكاسات القواعد الإجرائية على أدلة العدالة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، هامش ص ٦ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. احمد السيد صاوي، المصدر السابق، ص ٢١٠ وما بعدها؛ د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٠٥.

(٣) Monique bandrac , les veirfications a operer , dalloz action .1998, p.11-14.

(4) ينظر: د. احمد إبراهيم عبد التواب، المصدر السابق، ص ٨١٨.

لفكرة الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق ، ذلك المعنى المستفاد من نص المادة (٦) من قانون المرافعات العراقي<sup>(١)</sup> .

إذ أن المصلحة هي احد شروط قبول الدعوى في القانون العراقي إلى جانب الأهلية والصفة وهي الشرط الوحيد لقبول الدعوى في القانون المصري ، بل أن المشرع علق وجودها من عدمه بالنظام العام ، فضلاً عن السلطة التقديرية التي منحها المشرع المصري للقاضي في الحكم بالغرامة إذ تبين للمحكمة أن المدعي أساء استعمال حقه في التقاضي<sup>(٢)</sup> .

وهو ما يقتضي من المشرع العراقي ضرورة النص على الدور الوقائي لنظرية التعسف ، والمتمثل بسلطة القاضي الوجوبية في تطبيق الغرامة ، كما هو حال عدم القبول والذي يرتبط تطبيقه بعدم وجود مصلحة ، أي بوجود تعسف في استعمال الحق .

وعلى العكس من ذلك فقد قررت المادة (٣٢-١) من قانون المرافعات الفرنسي ، أن للقاضي سلطة تقديرية في فرض الغرامة على المدعي ، إذا تبين لها انه تعسف في استعمال الحق في استعمال حق الالتجاء إلى القضاء ، وهو نفس ما قرره المواد (٥٩٩ ، ٥٨١ ، ٦٢٨) من قانون المرافعات الفرنسي ، بشأن سلطة القاضي في توقيع الغرامة على المدعي الذي يسيء استعمال الحق في الطعن بالاستئناف والنقض<sup>(٣)</sup> .

ومن خلال ما تقدم ، فإنه لا مناص من اعتبار فكرة عدم التعسف فكرة لازمة وضرورية لقبول الدعوى ، وهو ما يعني بمنع قبول الدعوى إذا لم تتوافر المصلحة من الإجراء ، تطبيقاً للدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق .

(1) تنتظر : المادة (٣) من قانون المرافعات المصري ، والمواد (١٢٥-٢ ، ٣٢-١ ، ٥٥٩ ، ٥٨١ ، ٦٢٨) من قانون المرافعات الفرنسي ،

(2) تنتظر : المادة (٣) من قانون المرافعات المصري ، والمواد (١٢٣ ، ١٢٥-٢) من قانون المرافعات الفرنسي .

(٣) Yvon Desdevises , op, cit .p. 21.

## الفرع الثاني

### الوسائل الوقائية المانعة من التعسف

الوسائل الوقائية المانعة التعسف في استعمال الحق الإجرائي كثيرة ومتنوعة ، فقد يكون للقاضي أعمالها من تلقاء نفسه وقد يكون ذلك بناء على طلب الخصوم ، وبيان ذلك يقتضي عرض هذا الفرع على النحو الآتي :-  
أولاً : الوسائل الوقائية التي يثيرها القاضي من تلقاء نفسه : الوسائل الوقائية المانعة من التعسف في استعمال الحق الإجرائي تتمثل في مجموعة من الجزاءات التي يكون للقاضي فرضها من تلقاء نفسه لمنع التعسف في استعمال الحق ، وعلى النحو الآتي :-

١. الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها : إن احترام حجية الأحكام أمر متعلق بالنظام العام التي يتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ودون دفع من الخصوم<sup>(١)</sup> ، وفكرتها تتمثل بعدم جواز طرح موضوع الحكم للنقاش مرة أخرى أمام المحكمة نفسها أو أمام أية محكمة أخرى إلا بالطرق والمواعيد التي يحددها القانون ، فإذا أقيمت الدعوى للمرة الثانية بشأن الحق نفسه كان للطرف الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها إذا فاتت المحكمة الانتباه إلى ذلك<sup>(٢)</sup> .

إذ من الضروري لمصلحة الأفراد والجماعات استقرار الأوضاع وعدم تأييد المنازعات فيما بينهم ، كما أن السماح بنقض حجية الأحكام دون قيد أو شرط معناه

(1) تنتظر : المادتان ( ١٠٥ ، ١٠٦ ) من قانون الإثبات العراقي ، والمادة (١٠١) من قانون

الإثبات المصري ، والمادة (٥٥٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة

(٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .

(2) ينظر : د. عباس زبون عبيد العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، ط٢ ، دار

الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ ، ص ٢٤٧ .

ضرورة تناقض الأحكام فيما بينها ، الأمر الذي يترتب عليه إشاعة الفوضى في المجتمع من ناحية ، وتضييع هيبة القضاء وما له من قدسية واحترام من ناحية أخرى ، وزعزعة الأوضاع وتعارض تنفيذ الأحكام ، وهو ما يجعل من الحماية القضائية كالعدم بالنسبة إليهم<sup>(١)</sup> ، ولا يشترط لصحة الحكم في هذه الحالة ، ضرورة توافر عناصر المسؤولية عن التعسف ، بل يكفي توافر عناصر الحجية وعدم جواز نظر الدعوى للحكم حتى يمكن للمحكمة توقي وقوع التعسف .

٢. الحكم بعدم القبول : وفقاً لنص المادة (٦ ، ٨٠) من قانون المرافعات العراقي ونص المادة (٣) من قانون المرافعات المصري والمادة (١٢٣) من قانون المرافعات الفرنسي ، باعتبار المصلحة هي شرط من شروط قبول أي طلب أو دفع أو دفاع في الدعوى ، وان هذه المصلحة هي مناط تطبيق نظرية التعسف وفقاً لنص المادة (٧) من القانون المدني العراقي ونص المادة (٥) من القانون المدني المصري ، ومن ثم فإنه يكون للمحكمة من تلقاء نفسها أن تحكم بعدم قبول الطلب عند عدم توافر المصلحة منعاً للتعسف في استعمال الحق<sup>(٢)</sup> .

لذلك فإن عدم القبول هو وسيلة تستهدف منع المتقاضى من استعمال حقه الإجرائي استعمالاً تعسفياً<sup>(٣)</sup> ، ولا تحكم المحكمة بعدم القبول إلا بعد أن تتأكد من تخلف شرط من شروط قبول الحق الإجرائي ، لذلك قيل أن عدم القبول هو تكييف قانوني لحق إجرائي تخلفت فيه الشروط اللازمة لقبوله ، ويؤدي الحكم بعدم القبول إلى امتناع المحكمة من نظر محل هذا الحق الإجرائي<sup>(٤)</sup> ،

(١) ينظر : د. احمد أبو الوفا ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، بلا دار نشر ، بيروت

، ١٩٨٧ ، ٢٧٦ ، د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية في

القانونين المصري واللبناني ، بلا دار نشر ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ١٥٦ .

(٢) ينظر : د. سيد احمد محمود ، الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ ، دار النهضة

العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٢٥٧ .

(٣) ينظر : د. عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى ، مكتبة عبد الله وهبة ،

القاهرة ، ١٩٤٩ ، ص ٥١ .

(٤) ينظر : د. نبيل إسماعيل عمر ، الدفع بعدم القبول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،

١٩٨٠ ، ص ١٤٩ ، د. احمد أبو الوفا ، نظرية الدفع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،

ولهذا فانه إذا تبين للقاضي أن استعمال الحق لن يتحقق للخصم مصلحة يعتد بها ، فانه يقضي بعدم القبول ، لهذا فان عدم القبول جزاء وقائي مانع من التعسف<sup>(١)</sup> .

**٣. رد الدفع بعدم القبول والدفع بالبطلان :** الدفع بعدم القبول من الدفوع المتعلقة بالنظام العام وفقاً لنص المادة (٨٠) من قانون المرافعات العراقي والمادة (٣) من القانون المصري والمادة (١٢٣) من قانون المرافعات الفرنسي ، يجوز للخصم الدفع به في أي حالة تكون عليها الدعوى<sup>(٢)</sup> .

وخشية من تعسف البعض في إبداء هذه الدفوع فيكون للمحكمة رفض هذا الدفع إذا كان الهدف منه تعطيل الفصل في الدعوى وان الخصم كان بإمكانه إبداء هذا الدفع في وقت سابق ، كما يجوز للمحكمة رفض الدفع بالبطلان المتعلق بالنظام العام إذا تبين للمحكمة انه أثير بهدف تأخير الفصل في الدعوى ، إذ أجازت المادة (١١٨) من قانون المرافعات الفرنسي قبول الدفع بالبطلان المتعلق بالموضوع في أية حالة تكون عليها الدعوى إلا إذا كان الدفع بهدف تأخير الفصل في الدعوى<sup>(٣)</sup> ، ولقد أجازت المادة (٦٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل ، للمحكمة أن تحكم بالتعويض عن الضرر الذي ينجم عن إساءة الخصم في الإدلاء بدفوع عدم القبول وعدم استعمالها في وقت مبكر بقصد المماطلة وإطالة أمد النزاع ويكون طلب التعويض في هذه الحالة بناء على طلب الخصم المتضرر .

**٤. حق المحكمة في الرجوع عن الإجراء :** تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية كاملة في تقدير أدلة الإثبات ، فيكون لها إذا تبين لها تعسف الخصم في طلب الإجراء أو التحقيق أن ترجع عن قرارها السابق مع ضرورة تسبيب هذا القرار .

١٩٨٩ ، ص ٨٥٢ ، د. نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، التعسف في استعمال الحق

الإجرائي ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٨١ .

(١) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٥٦ .

(٢) للمزيد حول شرح هذه المادة ، ينظر : د. عباس زبون عبيد العبودي ، شرح أحكام

قانون المرافعات المدنية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٠٨ .

(٣) Yvon Desdevises , op, cit .p. 21 ets .

ينظر : د. عبد الحكيم عكاشة ، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات ، جامعة

القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٣٧٠ و ٣٧١ .

وبالتطبيق لنص المادة (١١٥/ ٤) من قانون الإثبات العراقي والمادة (١١٤) من قانون المرافعات المصري الذي يجيز للمحكمة منع توجيه اليمين إذا تبين لها أن الخصم متعسف في توجيهها، مادام قد تبين للقاضي من ظروف الدعوى وملاساتها، إن استعمال الحق في توجيه اليمين من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في التعسف<sup>(١)</sup>، لذا فإن سلطة القاضي في منع توجيه اليمين جوازيه تخضع لتقدير القاضي، بحسب ما يتبين له من ظروف توجيه اليمين<sup>(٢)</sup>، إلا أن منع المحكمة الخصم من توجيه اليمين الحاسمة بحجة الكيد يعد من الأمور الدقيقة ولذلك يجب أن تتأكد المحكمة من أن نية الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهوراً قاطعاً لا اثر فيه للشك والظن، وبعبارة أخرى فإن الأمر سوف ينقلب إلى تعسف وظلم<sup>(٣)</sup>، كما يكون لها الرجوع عن أي إجراء من إجراءات الإثبات السابق اتخاذها إذا تبين للمحكمة عدم صحة ادعاء الخصم على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة، ولها أن لا تأخذ بنتيجة الإجراء على أن تبين أسباب ذلك في حكمها<sup>(٤)</sup>، والوسيلة السابقة من المحكمة تمنع إلى حد كبير من التعسف في الإجراء فضلاً عما تتضمنه من أعمال الدور الايجابي للمحكمة في إدارة الدعوى وتسييرها على نحو سليم.

ويستمد القاضي سلطته في نطاق استعمال الحق في الإثبات فضلاً عما سبق، من المادة (١٠) من قانون الإثبات العراقي<sup>(٥)</sup>، التي تجعل من قبول طلبات الإثبات رهناً بان تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزة القبول.

(١) ينظر: د. سيد احمد محمود، المصدر السابق، ص ٢٥٨، ويشترط الفقه عدم كيدية اليمين الحاسمة، ينظر: د. احمد صدقي محمود، القضاء باليمين الحاسمة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٤٣ وما بعدها.

(٢) ينظر: د. إبراهيم أمين النفاوي، التعسف في التقاضي، المصدر السابق، ص ٣٣٦.

(٣) ينظر: د. ادم وهيب الندوي، شرح قانون الإثبات العراقي، ط ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٨٤، ص ٢٥٣.

(٤) تنظر: المادة (١٧) من قانون الإثبات العراقي، والمادة (٩) من قانون الإثبات المصري، وللمزيد عن سلطة المحكمة في اتخاذ إجراءات الإثبات والعدول عنها، ينظر: وائل مؤيد جلال الدين الجليلي، إجراءات الإثبات المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٦، ص ٨٠ وما بعدها.

(٥) تنظر: المادة (٢) من قانون الإثبات المصري.

٥. منع الاسترسال في المرافعة : أجازت الفقرة ثانيا من المادة (٦١) من قانون المرافعات العراقي للقاضي منع الخصم من الاسترسال في المرافعة بنصها على انه : (( يجب الاستماع إلى أقوال الخصوم أثناء المرافعة ولا يجوز مقاطعتهم إلا إذا خرجوا عن موضوع أو أخلو بنظام الجلسة أو وجه بعضهم إلى بعض اهانة أو سبا أو طعنوا في حق شخص أجنبي عن الدعوى ))<sup>(١)</sup> ، وبناء على ذلك فقد اوجب القانون على المحكمة تمكين الخصم من استعمال الحق في المرافعة ، لكن حق الخصم يتقيد بموضوع الدعوى ، ومقتضيات الدفاع فيها ، وهذه المسألة تخضع لسلطة المحكمة التقديرية ، فإذا تبين لها أن استعمال الحق في المرافعة من شأنه أن يؤدي إلى الطعن في الخصم أو توجيه عبارات ماسة بشرفه واعتباره أو بشخص أجنبي عن الدعوى ، فإنه يكون لها منع الخصم من الاسترسال في المرافعة ، حتى لا يؤدي استعمال الحق في المرافعة إلى الوقوع في التعسف<sup>(٢)</sup> .

٦. حق المحكمة في فتح باب المرافعة من جديد : قرار ختام المرافعة أو إقفال باب المرافعة حسب التعبير المصري هو قرار تتخذه المحكمة لتهيئة إصدار الحكم في الدعوى وذلك بعد أن يكون الخصوم ووكلاؤهم قد قدموا لوائحهم التحريرية وأقوالهم الأخيرة إلى حد لم يبق للخصوم ما يستوجب المناقشة ، ولا يجوز للمحكمة بعد أن تقرر ختام المرافعة أن تسمع توضيحات من احد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر ولا أن تقبل مذكرات أو مستندات من احد الطرفين<sup>(٣)</sup> ، إلا أن قرار ختام المرافعة ليس مطلقاً بل يكون للمحكمة العودة فيه وفتح باب المرافعة من جديد إذا تبين للمحكمة عدم صلاحية الدعوى للحكم في موضوعها وظهر ما يستوجب ذلك على أن تدون ما يسوغ هذا القرار<sup>(٤)</sup> ، ومن باب أولى يكون لها

(1) تنتظر : المادة (١٠٢) من قانون المرافعات المصري .

(2) ينظر : د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١٣٦ ، د. إبراهيم أمين النفاوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، المصدر السابق ، ص ٢٤٣ .

(3) ينظر : احياد ثامر نايف ، الاعتراض على الحكم الغيابي ، دراسة تحليلية معززة بالتطبيقات القضائية ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٧ ، ص ١٣٦ .

(4) تنتظر : المادة (١٥٧) من قانون المرافعات العراقي ، والمادة (١٧٣) من قانون المرافعات المصري .

ذلك إذا تبين لها تعسف الخصم في استعمال حقوقه الإجرائية ، بل يكون لها اتخاذ ما تراه للحكم في الدعوى .

٧. سقوط الحق في الدفع الشكلي : الدفوع الشكلية هي كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قانونية إجراءات الدعوى بقصد تعطيل سيرها ، فهذه الدفوع لا تتعرض للمصالح التي يستند إليها الخصم الآخر ولا تتعرض إلى الوسيلة التي تحمي بها تلك المصالح ولكنها تتعلق بعدم صحة الإجراءات التي رفعت بها عريضة الدعوى ، وحتى لا تستخدم هذه الدفوع وسيلة لعرقلة سير إجراءات الدعوى ، ولتفادي ضياع الوقت والجهد والنفقات ، فقد أوجب المشرع إبدائها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول ، إذ يترتب على تجاوز هذا الترتيب سقوط الحق فيما لم يبد من هذه الدفوع<sup>(١)</sup> ، من أجل تجنب استعمال الدفع الشكلي بقصد المماطلة وتعطيل الفصل في الدعوى ، لأن إتاحة الفرصة لإبداء هذه الدفوع في أي وقت يشجع الخصوم على التمسك بها بعد أن تكون الدعوى قد قطعت شوطاً كبيراً ، ولهذا فإنه يجب تقديم الدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط أو الدفع بالبطلان غير المتعلق بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات معاً وقبل تقديم أي دفاع أو دفع وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها وتفصل المحكمة فيها قبل التعرض لموضوع الدعوى<sup>(٢)</sup> .

٨. سقوط الحق في الطعن : قيد التنظيم الإجرائي استعمال الحق في الطعن بقيود زمنية لا يمكن تجاوزها تعرف بمدد الطعن وهي الفترة الزمنية التي بانقضائها يمتنع على المحكوم عليه أن يطعن في الحكم<sup>(٣)</sup> ، ويترتب على تجاوز هذه القيود سقوط الحق في الطعن ، وهذه المدد هي مدد حتمية ، وتعد من النظام العام وتقضي

(1) تنتظر : المواد (٧٣-٧٦) من قانون المرافعات العراقي ، والمادة (١٠٨) من قانون المرافعات المصري.

(2) ينظر : د. احمد مسلم ، أصول المرافعات ، المصدر السابق ، ص ٥٦٧ .

(3) تنتظر : المواد (١٧٧ ، ١٨٧ ، ١٩٨ ، ٢٠٤ ، ٢٢١ ، ٢٣٠) من قانون المرافعات العراقي ، والمواد (٢٢٧ ، ٢٤٢ ، ٢٥٢) من قانون المرافعات المصري .



المحكمة بسقوط الحق في الطعن من تلقاء نفسها إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية<sup>(١)</sup> من أجل تلافي استعمال الحق في الطعن كأداة للتسويق والتعطيل . ولما كانت مدد الطعن من مدد السقوط فانه وتقديراً من المشرع لهذه الاعتبارات أجاز وقف هذه المدد بقوة القانون عند توافر الظروف القاهرة لوقفها والتي لا يكون للخصوم يد في حدوثها ، لأن وجود مثل هذه الظروف يؤدي إلى منع المحكوم عليه من ممارسة حقه في الطعن<sup>(٢)</sup> .

ويتضح مما تقدم أن للوسائل الوقائية التي تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها والمستمدة من نظرية التعسف في استعمال الحق الأثر الكبير الذي يساعد في حل مشكلات بطء التقاضي وتكدس الدعاوى أمام المحاكم ، إذ يمكن من خلال بحث المحكمة لمدى جدية الطلبات والدفع والإجراءات عموماً منع نظر الدفع والطلبات الكيدية التي لا أساس لها سوى تعطيل نظر النزاع .

ثانياً : الوسائل الوقائية التي تثار بناءً على طلب من الخصوم : تتمثل الوسائل الوقائية المانعة من التعسف التي تثار بناءً على طلب من الخصوم بمجموعة من الوسائل التي كفلها قانون المرافعات لهم لمواجهة هذا الانحراف في الدعوى ، وهو ما نعرض له على النحو الآتي :-

إلزام المسؤول عن بطلان التبليغ بالغرامة : وفقاً لنص المادة (٨٥) من قانون المرافعات المصري يكون للمحكمة لمواجهة التواء المدعي في تبليغ الدعوى ، تكليف المدعي بإعادة تبليغ المدعى عليه إذا تبين لها بطلان ورقة تبليغ المدعي عليه ، وذلك بعد التمسك ببطلان التبليغ وفي هذه الحالة تحكم المحكمة بالغرامة إذا كان البطلان بفعل المدعي<sup>(٣)</sup> .

(1) تنتظر : المادة (١٧١) من قانون المرافعات العراقي ، والمادة (٢١٥) من قانون المرافعات المصري .

(2) تنتظر : المادة (١٧٤ / أولاً) من قانون المرافعات العراقي ، والمادة (١٧٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني .

(٣) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المصدر السابق ، ص٤٧٣ ، د. عاشور مبروك ، الجديد في الإعلان القضائي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص١٢٥ وما بعدها .

أما في القانون العراقي فقد أعطى المشرع للمحكمة سلطة فرض الغرامة المنصوص عليها في القانون على القائم بالتبليغ إذا كان البطلان ناشئاً عن تقصيره وذلك بقرار غير قابل للطعن<sup>(١)</sup>.

التمسك بالفصل في موضوع الدعوى : يعد التمسك بالفصل في موضوع الدعوى وسيلة للقضاء على تهرب الخصوم الذين يحاولون استخدام حقهم في الحضور على غير ما شرع له ، فيعتمد الغياب وبعدها يقوم بالتماس أي طريق لاستئنافها مرة أخرى ليستصدر الحكم في غيبة الخصم الآخر ، ولمواجهة هذا السلوك المنحرف لأبد للخصم الآخر من التمسك بالفصل في موضوع النزاع حتى مع غياب خصمه .

ولقد نصت الفقرة أولاً من المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، على انه : (( إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه رغم تبليغه ، فتجري المرافعة بحقه غيابياً وتصدر المحكمة حكمها في الدعوى بما تراه أن كانت صالحة للفصل فيها ، فان لم تكن صالحة للفصل فيها فتؤجلها حتى تستكمل وسائل الإثبات فيها )) ، فمن أجل القضاء على ظاهرة تعسف المدعى عليه في استعمال حق الحضور أعطى المشرع للخصم الآخر وللمحكمة السير في إجراءات الدعوى متى كانت صالحة للفصل فيها ، أما إذا كانت بينة المدعي سنداً عادياً منسوباً إلى المدعى عليه الغائب ولم يتمكن المدعي من تقديم مقياس للتطبيق بين التوقيع على الموجود على السند وتوقيع آخر ثابت ثبوتاً رسمياً في عانديته للمدعى عليه ، فانه يجوز لها في هذه الحالة إصدار الحكم غيابياً معلقاً على الاستكتاب والنكول عن حلف اليمين عند الاعتراض حتى ولو كان المدعى عليه قد حضر جلسات المرافعة السابقة<sup>(٢)</sup>.

كما نصت الفقرة ثانياً من المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، على انه : (( إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه ، فله أن يطلب إبطال عريضة أو يطلب النظر في دفعه للدعوى غيابياً ، وعندئذ تبت المحكمة بما تراه موافقاً للقانون )) ، فإذا طلب المدعى عليه من المحكمة رد دعوى المدعي بإنكارها ، فعندئذ تبت المحكمة بما تراه موافقاً للقانون ، فإذا كان

(1) تنظر : المادة (٢٨) من قانون المرافعات العراقي .

(2) تنظر : المادة (٤١) من قانون الإثبات العراقي .

موضوع الدعوى ديناً وبرز المدعى عليه وصلاً يثبت تسديده لهذا الدين فلا مانع من النظر في الدفع والحكم برد دعوى المدعي من الناحية الموضوعية<sup>(١)</sup> .

الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بإبطال عريضة الدعوى : ولمنع تعسف المدعي في عدم موالة السير في الدعوى ومنع التوائه في الحضور وحثه على الجدية ، أجاز قانون المرافعات المصري للمدعى عليه بموجب المادة (٧٠) منه ، الدفع باعتبار الدعوى كأن لم تكن ، إذا لم يتم تكليف المدعي عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة لقلم الكتاب وكان ذلك راجعاً لفعل المدعي ، وإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير في الدعوى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهائها ، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن طبقاً للمادة (٩٩) من قانون المرافعات المصري ، ويترتب على اعتبار الدعوى كأن لم تكن زوال الدعوى وما ترتب عليها من آثار وعودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى ، وهي ذات الآثار المترتبة على إبطال عريضة الدعوى في القانون العراقي<sup>(٢)</sup> .

كما نصت الفقرة ثانياً من المادة (٥٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه : (( إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه ، فله أن يطلب إبطال عريضة أو يطلب النظر في دفعه للدعوى غيابياً ، وعندئذ تبت المحكمة بما تراه موافقاً للقانون )) ، فعند طلب المدعى عليه إبطال عريضة الدعوى واتجهت المحكمة إلى الاستجابة إلى طلب الإبطال عندها تقرر إبطال عريضة الدعوى بغياب المدعي ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه بطريق التمييز<sup>(٣)</sup> ، ويترتب على إبطال الدعوى زوالها بأثر رجعي وإلغاء جميع إجراءاتها بحيث تعتبر كأن لم تكن وزوال الآثار التي ترتبت على رفعها كافة ، بما في ذلك قطع التقادم وسريان الفوائد التأخيرية<sup>(٤)</sup> ، ومع ذلك يجوز للمدعي أن يرفع الدعوى مجدداً بعد دفع الرسوم مجدداً .

(1) ينظر : د. عباس زبون عبيد العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، المصدر السابق ، ص ٢٣٩ .

(2) ينظر : اجياد ثامر نايف الدليمي ، أحكام وقف السير في الدعوى وأثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٥ ، هامش ٣ ، ص ٣٩ .

(3) تنظر : المادة (٢١٦) من قانون المرافعات العراقي .

(4) ينظر : اجياد ثامر نايف الدليمي ، أحكام التنازل وإبطال عريضة الدعوى المدنية وأثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٠ .

العرض والإيداع : وجد نظام العرض والإيداع ليحقق العدالة التي تقضي بان لا يترك المدين تحت رحمة الدائن المتعنت في رفضه للوفاء ولمنع تعسف الدائن في التنفيذ على مال المدين ، إذ قد يوقع حجزاً على أموال المدين انتقاماً منه والكيد له أو انه يرمي إلى إثبات تأخر المدين عن الوفاء لاسيما إذا رتب القانون بعض الآثار التي تمس مصلحة المدين على عدم الوفاء كالغرامة التي تفرض عند عدم الوفاء ضمن الأجل الذي حدده القانون أو تحمله الفوائد أو تبعة هلاك الشيء أو تلفه أو تحقيق رغبة الدائن إذا كان مؤجراً في إثبات تأخر المستأجر في الوفاء بالأجرة للحصول على حكم بتخلية المأجور<sup>(١)</sup> ، أو غيرها من الدوافع التي لا تقع تحت طائلة الحصر ، ومنعاً من تمادي الدائن في التعسف في استعمال حقه في استيفاء الدين ، باعتبار جميع أموال المدين ضامنة لديونه ، فيكون للمدين القيام بإجراءات العرض والإيداع والتي تبدأ بإعذار الدائن بضرورة قبول الوفاء فإذا رفض يكون العرض عن طريق الكاتب العدل أو العرض الفعلي أثناء المرافعة فإذا لم يجد ذلك نفعا يكون الإيداع<sup>(٢)</sup> .

ولقد أوضحت المادة (٢٧٩) من قانون المرافعات العراقي بان الإيداع يختلف تبعاً لطبيعة الشيء محل الإيداع وذلك حسب التفصيل الآتي :-

(( ١ . إذا رفض الدائن العرض أو لم يحضر أمام المحكمة وكان المعروض نقوداً للمدين أن يودعها في صندوق المحكمة ، ٢ . إذا كان المعروض منقولاً تعين المحكمة أو الكاتب العدل على حسب الأحوال مكان الإيداع وشروطه وشخصاً عدلاً لتضعه تحت يده ، ٣ . إذا كان المعروض عقاراً أو شيئاً معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمحكمة وضعه تحت يد عدل ، ويقوم وضعه تحت يد هذا العدل مقام الإيداع )) ، وعلى المحكمة في جميع الأحوال إذا تم الإيداع لديها ، أن تبلغ الدائن خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله<sup>(٣)</sup> ، وإذا ظهر للمحكمة أن كلا من العرض والإيداع قد تم وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون ، فإنها ستحكم بصحته وكذلك الأمر عند قبول الدائن للعرض والإيداع ويترتب على ذلك أن يقوم الإيداع

(1) تنظر : المادة (١٧/أ) من قانون إيجار العقار العراقي المرقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠ .

(2) تنظر : المواد (٣٨٥ - ٣٨٩) من القانون المدني العراقي ، والمواد (٢٧٧ - ٢٨٥)

من قانون المرافعات العراقي ، والمواد (٣٠٢ ، ٣٠٣) من قانون المرافعات المصري .

(3) تنظر : المادة (٢٨١) من قانون المرافعات العراقي .

مقام الوفاء وتبرأ ذمة المدين من يوم العرض<sup>(١)</sup> ، ومن ثم يتحمل الدائن كل ما كان يرمي إلى تحقيقه من رفضه للوفاء .

أما في قانون المرافعات المصري فقد أجاز المشرع المصري للمحجوز على أمواله أو المحجوز على أموال الغير لديه للتخلص من الحجز أن يقوم بإيداع مبلغ من النقود في خزانة المحكمة يساوي مجموع الديون المحجوز من أجلها مع تخصيصه للوفاء بهذه الديون ، فينتقل الحجز من المال المحجوز عليه إلى المبلغ المودع لدى المحكمة<sup>(٢)</sup> ، إذ نصت المادة (٣٠٢) من قانون المرافعات المصري على انه : (( يجوز في أية حالة تكون عليها الإجراءات قبل إيقاع البيع إيداع مبلغ من النقود مساو للديون المحجوز من أجلها والفوائد والمصاريف يخص للوفاء بها دون غيرها ويترتب على هذا الإيداع زوال الحجز وانتقاله إلى المبلغ المودع ... )) ، ويعد هذا الإجراء بمثابة وفاء للمحجوز على أمواله ، على الرغم من انه يتضمن وفاء معلقا على رفع الحجز أو عدم الاعتداد به ، وللمحجوز لديه أن يسلك هذا الطريق ولو كان الحجز باطلا ، ما دام المحجوز على أمواله لم يفلح في إقناع المحجوز لديه بهذا البطلان ، وعليه فان ذمة المحجوز لديه تبرأ بمجرد الإيداع ، حتى لو تم ذلك تنفيذا لحجز باطل ، وهذا يعني انتهاء علاقة المديونية بين الحاجز والمحجوز على أمواله ، من جهة ، كما أنها تعني انتهاء علاقة المسؤولية بين الحاجز والمحجوز لديه ، ويترتب على هذا الإيداع انتقال الحجز إلى المال المودع ، ويكون للمدين حرية التصرف في ماله السابق الحجز عليه<sup>(٣)</sup> .

كما يكون العرض والإيداع عن طريق حكم من المحكمة وذلك في حالة التنازع على الديون المحجوز من أجلها ، إذ نصت المادة (٣٠٣) من قانون

(١) تنظر : المادة (٣٨٦) من القانون المدني العراقي .

(٢) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، الوجيز في التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ١١ ، د. سيد احمد محمود ، أصول التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٦٧ ، د. أسامة احمد شوقي المليجي ، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٩٣ ، استقلال خصومة العرض الحقيقي والإيداع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ٥١ وما بعدها .

(٣) ينظر : عبد العالي صالح محمد ، العرض والإيداع كطريق للوفاء بالالتزام ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ٦٣ .

المرافعات المصري على انه : (( يجوز للمحجوز عليه أن يطلب بصفة مستعجلة من قاضي التنفيذ في أية حالة كانت عليها الإجراءات تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز ، ويترتب على هذا الإيداع زوال الحجز عن الأموال المحجوزة وانتقاله إلى المبلغ المودع ، ويصبح المبلغ المودع مخصصاً للوفاء بمطلوب الحاجز عند الإقرار به أو الحكم له بثبوته )) . وتفترض هذه الحالة أن الدين المحجوز من أجله محل نزاع بين الدائن والمدين ، فيكون للمدين أن يطلب من قاضي التنفيذ <sup>(١)</sup> المختص في أية حالة تكون عليها الإجراءات وقبل إيقاع البيع تقدير مبلغ يودعه خزانة المحكمة على ذمة الوفاء للحاجز .

ولا ينتقل الحجز إلى المال المودع إلا بموجب حكم من قاضي التنفيذ أو الإقرار له من قبل الحاجز ، ولا يقبل طلب تقدير المبلغ المساوي لقيمة الدين المحجوز من أجله إلا من المحجوز عليه شخصياً ، مع التزام الدائن بمصروفات العرض والإيداع إذا حكم بصحة العرض والإيداع وكان الدائن متعسفاً في عدم قبول العرض بأنه رفضه بغير مسوغ قانوني <sup>(٢)</sup> .

وفي التشريع الفرنسي يجوز إيداع دين الحاجز لدى شخص معين لهذا الغرض فضلاً عن جواز إيداعه خزانة المحكمة ويكون مبرئاً للذمة إذا صحت إجراءاته <sup>(٣)</sup> .

**قصر الحجز :** تجنباً لتعسف بعض طالبي التنفيذ الذين يلجؤون أحياناً إلى الحجز على عقارات وأموال تتجاوز قيمة المحجوز من أجله ، يجيز قانون المرافعات المصري في المادة (٣٠٤) من قانون المرافعات قصر الحجز أو حصره في أموال معينة ، إذ نصت على انه : (( إذا كانت قيمة الحق المحجوز من أجله لا تتناسب مع قيمة الأموال المحجوز عليها ، جاز للمدين أن يطلب من قاضي التنفيذ بصفة مستعجلة بقصر الحجز على بعض هذه الأموال ويكون ذلك بدعوى ترفع وفقاً

(1) يقابله اصطلاح مدير التنفيذ حسب تعبير المشرع العراقي في قانون التنفيذ وفقاً لنص المادة (٦) منه .

(٢) ينظر : د. أسامة احمد شوقي المليجي ، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري ، المصدر السابق ، ص ٤٩٧ .

(3) ينظر : د. احمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية ، ج٣٧ ، الدار العربية للموسوعات ، بلا مكان اوسنة نشر ، ص٤٥٦ ، عبد العالي محمد صالح ، المصدر السابق ، ص٦٧ .

للإجراءات المعتادة ويختصم فيها الدائنون الحاجزون ...)) ، وهذه الوسيلة أوجدها المشرع المصري ليجنب المنفذ ضده من توقيع الحجز على كل أمواله وتعطيها مقابل ديون صغيرة<sup>(١)</sup> ، بان يقصر هذه الحجز في الأموال الكافية لسداد الديون فقط ، وهو ما يتقرر بناء على حكم قاضي التنفيذ بعد رفع الدعوى أمامه بقصر الحجز .

أما في قانون التنفيذ العراقي المرقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ، فان المشرع العراقي اوجب في المادة (٥٥) منه على انه : (( إذا كانت أموال المدين متعددة فيحجز منها ما يكفي لوفاء الدين والمصاريف )) ، وبذلك فان المشرع العراقي قيد قيمة الأموال المحجوزة بقيمة الدين وقطع الطريق أمام الحجز على أموال أكبر قيمة من الدين لكي لا يتخذ الحجز وسيلة للإضرار بالمدين ، إلا أن الزوائد الحاصلة من الأموال المحجوزة بعد الحجز تابعة لها في الحكم<sup>(٢)</sup> .

**الكف عن البيع :** نظام الكف عن البيع وسيلة وقائية أخيرة للمنفذ ضده ، إذ يمكنه من خلالها وقف البيع عند قدر الوفاء بالديون ، وهو نظام يحقق التوازن بين مصلحة الدائن في الحصول على حقه المشروع وبين مصلحة المدين أن لا يؤخذ من أمواله أو يعتدى على حريته دون وجه حق ومراعاة الاعتبارات الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية للمدين وحقه في الاحتفاظ بأمواله وعدم بيعها دون جدوى<sup>(٣)</sup> .

وبناء عليه ، فقد أجازت المادة (٩٠) من قانون التنفيذ العراقي ، بأنه : (( إذا كان عقار المدين المحجوز غير مرهون وكانت وارداته الصافية في سنة واحدة تكفي للوفاء بالدين الذي حجز بسببه العقار ، فيجوز للمنفذ العدل أن يحجز حاصلات العقار تسديدا للدين على أن يبقى العقار محجوزا ، حتى الوفاء بالدين ، إلا إذا حجزت الحاصلات المذكورة بدين ممتاز ، أو تعذر استيفاء هذا الدين ، فيجوز عندئذ بيع العقار المحجوز )) ، أما في القانون المصري فقد أوجبت المادة (٣٩٠) من قانون المرافعات المصري على انه : (( يكف المحضر عن المضي في البيع إذا نتج منه مبلغ كاف لوفاء الديون المحجوز من اجلها هي والمصاريف ، وما يقع بعد ذلك من الحجز تحت يد المحضر أو غيره ممن يكون تحت يده الثمن لا

(١) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المصدر السابق ، ص ١١٣ .

(٢) تنظر : المادة (٥٧) من قانون التنفيذ العراقي .

(٣) تنظر : المادة (١/٢) من قانون التنفيذ العراقي .

يتناول إلا ما زاد عن وفاء ما ذكر (( ، وبهذا يعد الكف عن البيع وعدم المضي في إجراءاته وسيلة وقائية تمنع التعسف وتحمي المدين من إجراءات البيع التعسفية التي يراد من المضي بها الإضرار بالمدين من خلال إعطاء المنفذ العدل أو المحضر حسب التعبير المصري الحق في عدم المضي في إجراءات بيع العقار المحجوز<sup>(١)</sup> .

وإذا كان الكف عن البيع وسيلة وقائية تمنع التعسف ، فإن المشرع العراقي في قانون التنفيذ اوجد وسيلة أخرى تتمثل بإعطاء المدين مهلة (١٠) أيام من اليوم التالي لتاريخ تبليغه بالإحالة القطعية في حالة المضي في إجراءات بيع العقار المحجوز بالمزايدة ، وتكليفه بأداء الدين وإلا سجل العقار باسم المشتري<sup>(٢)</sup> . ويتضح مما تقدم أن للوسائل الوقائية التي يثيرها الخصوم والمستمدة من الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق أثرا في حل مشكلات ببطء التقاضي وتكديس الدعاوى أمام المحاكم ، إذ يمكن من خلال بحث المحكمة لمدى جدية الطلبات والدفع والإجراءات عموماً منع نظر الدفع والطلبات الكيدية التي لا أساس لها سوى تعطيل نظر النزاع .

## المطلب الثاني

### الدور العلاجي لأعمال نظرية التعسف

يقصد بالدور العلاجي لنظرية التعسف في استعمال الحق الإجرائي الوسائل العلاجية التي من شأنها رفع الضرر عن الخصم بسبب السلوك التعسفي لصاحب الحق الإجرائي ، وقد تضمن قانون المرافعات وسيلتين لعلاج آثار التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، تتمثل الوسيلة الأولى بالحكم بالغرامة ، وتتمثل الوسيلة الثانية الحكم بالتعويض ، وهو ما نعرض له على النحو الآتي :-  
**الفرع الأول : الحكم بالغرامة كوسيلة لعلاج ما ينجم عن التعسف .**  
**الفرع الثاني : الحكم بالتعويض كوسيلة لعلاج ما ينجم عن التعسف .**

(١) ينظر : د. سيد احمد محمود ، أصول التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، المصدر السابق ، ص ٣٥١ وما بعدها .

(٢) تنظر : الفقرة (ثالثاً) من المادة (٩٧) من قانون التنفيذ العراقي .



## الفرع الأول

### الحكم بالغرامة كوسيلة لعلاج ما ينجم عن التعسف

يفرض المشرع في قانون المرافعات كجزاء الغرامة عند الاستعمال التعسفي للحقوق أو عدم مراعاة الواجبات الإجرائية ، ولا يتوقف الحكم بالغرامة على الخصوم ، وإنما قد يمتد الحكم ليشمل معاوني القضاة عند عدم مراعاة أي منهم للواجبات المقررة بحكم القانون ، كل ذلك لردع روح المشاغبة لدى المتقاضين . ويقتضي عرض هذا الفرع ، بيان مبدأ الحكم بالغرامة وحالاته وكيفية الحكم به ومدى سلطة المحكمة في الإعفاء منها ، وهو ما سيعرض على النحو الآتي :-

أولاً : مبدأ الحكم بالغرامة عن التعسف : يعد مبدأ الحكم بالغرامة على من يسيء استعمال إجراءات التقاضي من المبادئ التي اخذ بها المشرع الحديث ليحد من إساءة استعمال الحقوق الإجرائي ، والغرامة هي جزاء مالي تقدم للخزانة العامة تعويضاً عن الضرر الذي أصاب المجتمع من جراء الإجراءات التعسفية أو الكيدية في التقاضي والتنفيذ بهدف الردع<sup>(١)</sup> .

والحكم بالغرامة على أية حال يتعلق بسلوك تعسفي وقع بالفعل ، فهو جزاء لردع المتعسف في استعمال الحق الإجرائي بطريق ملتو أو معوج ، ووضع العقوبات أمام الطلبات التسوية لتحقيق أعلى قدر من الجدية عند طرح المنازعات على القضاء ، بقصد المحافظة على حسن سير العدالة وعدم تعطيل الفصل في المنازعات ، كما

(١) ينظر : د. إبراهيم أمين النفيوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، المصدر السابق ،

ص ٩٩٩ وما بعدها ، د. سيد احمد محمود ، الغش الإجرائي ، المصدر السابق ، ص ٢٢٣

انه يستهدف لفت أنظار الخصوم وغيرهم من موظفي المحاكم ، إلى مراعاة إجراءات التقاضي وعدم الاعتداء عليها ، على نحو يؤثر في انتظام الإجراءات وسيرها ، ولهذا فان فرض الغرامة في مثل هذه الحالة يكون الغرض منه تحقيق المصلحة العامة ، لان هذه الأعمال تضر بمصلحة الدولة في إدارتها للعدالة ، وتصرف القضاة عن القيام بوظيفتهم ، لذا يكون للمحكمة إذا تبين لها أن الخصم قد تعسف بالفعل في استعمال الحق الإجرائي أن تحكم بالغرامة<sup>(١)</sup> .

ثانيا : حالات الحكم بالغرامة : يتميز التنظيم القانوني للغرامة بان الحالات التي يتم فيها الحكم بالغرامة تكاد تكون محددة بواسطة القانون ، لكن الحكم بها قد يكون وجوبيا أو يكون جوازيا متروكا لسلطة المحكمة التقديرية :-

الحكم الوجوبي بالغرامة : إذ تبنى المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات قاعدة الحكم الوجوبي بالغرامة في عدد من الحالات التي يتعين على القاضي الحكم فيها بالغرامة من تلقاء نفسه ، لكن هذه الحالات وردت على سبيل الحصر<sup>(٢)</sup> .

ولقد اخذ المشرع المصري بهذا الحكم في عدد من الحالات دون أن يكون للمحكمة سلطة تقديرية في فرض الغرامة من عدمه<sup>(٣)</sup> ، أما المشرع الفرنسي فانه اوجب على المحكمة فرض الغرامة في عدة حالات<sup>(١)</sup> .

(١) Jean Viatte , op, cit , p.305.

(2) تنتظر : المادة (٤/٩٦ ، ٥) من قانون المرافعات الخاصة برد طلب رد القاضي ، والمادة (٢٩١) من قانون المرافعات والخاصة بعدم قبول الشكوى من القاضي أو عجز المشتكي عن إثبات ما نسبته إلى المشكو منه ، والمادة (٢٨٨) من قانون المرافعات والمتعلقة بفرض الغرامة عند تضمن عريضة المشتكي عبارات غير لائقة في حق المشكو منه في دعوى الشكوى من القضاة ، والمادة (٣٧) من قانون الإثبات والخاصة بفرض الغرامة عند ثبوت صحة السند الذي طعن فيه بالتزوير ، والمادة (٥١) من قانون الإثبات والخاصة بفرض الغرامة عند ثبوت صحة السند الذي طعن به بالإنكار، والمادة (١/٩٣) من قانون الإثبات والمتعلقة بالحكم بالغرامة على الشاهد إذا تخلف عن الحضور بالرغم من تبليغه دون عذر مشروع .

(3) تنتظر : المادة (٢٤٦) من قانون المرافعات عند الحكم برفض التماس إعادة النظر ، والمادة (٤٤٩) من قانون المرافعات عند الحكم بعدم جواز المخاصمة أو برفضها ،

الحكم الجوازي بالغرامة : يعد مبدأ الحكم بالغرامة على المتعسف في استعمال الحق الإجرائي وسيلة لإضفاء الدور الايجابي للقاضي في الدعوى المدنية من ناحية ولمحاربة السلوكيات التعسفية ودفع الخصوم على الجدية في التقاضي من ناحية أخرى<sup>(٢)</sup> ، ولقد تبنى المشرع المصري في قانون المرافعات في المادة (٢/١٨٨) منه ، قاعدة الحكم الجوازي بالغرامة للتعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، لكنها تركت أمر تقدير الحكم بها لسلطة المحكمة التقديرية ، لتحكم بحسب ما يترأى لها من ظروف الواقعة المعروضة عليها ، لكن الحكم بالغرامة يحتاج إلى ثبوت التعسف في استعمال الحق الإجرائي في حق المحكوم عليه على النحو السابق بيانه<sup>(٣)</sup> .

والمادة (٢٧٠) من قانون المرافعات عند الحكم بعدم قبول الطعن أو برفضه أو بعدم جواز نظره ، والمادة (٤٣) من قانون الإثبات عندما تحكم المحكمة بصحة محرر في مواجهة من أنكره ، والمادة (٥٦) من قانون الإثبات عند الحكم بسقوط حق مدعي التزوير في ادعائه أو برفضه ، ويدور الحكم بالغرامة في هذه الحالات حول الحكم برفض الدعوى أو الطعن أو الحكم بعدم القبول أو عدم جواز نظره ، وان كانت المادتان (٢٧٠ ، ٢٤٦) من قانون المرافعات المصري قد رتب الحكم بمصادرة الكفالة كلها أو بعضها ، ويأخذ هذا الجزاء حكم الغرامة ؛ ينظر : د. إبراهيم أمين النفيلاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٤٥٣-٤٥٤ .

(١) تنظر : المادة (٣٠٥) من قانون المرافعات الخاصة بدعوى التزوير ، والمادة (٢٩٥) من قانون المرافعات الخاصة بالإنكار في المحررات ، والحكم بالغرامة في هذه الحالات يكون وجوبيا لا يخضع لسلطة المحكمة التقديرية ، عدا تحديد قيمة الغرامة بين الحد الأدنى والحد الأعلى ، وهو ما اخذ به المشرع اللبناني في المادة (١١) من قانون اصول المحاكمات المدنية .

(٢) ينظر : د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ط ٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ١٥١ ، د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المصدر السابق ، ص ٢٧ وما بعدها .

(٣) إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨٨) من قانون المرافعات المصري بعد تقرير المشرع للحق في التعويض عن أية دعوى أو دفاع قصد به الكيد ، على انه : (( ... ومع

كما أن المشرع المصري عمم فكرة الغرامة على إساءة استعمال حق التقاضي ، إذ أجاز للمحكمة في المادة الثالثة من قانون المرافعات ، الحكم بالغرامة في حالة حكمها بعدم القبول لانتفاء المصلحة ، إذا تبين للمحكمة أن المدعي قد أساء استعمال حق التقاضي ، وقد جاء بالأعمال التحضيرية لهذا النص رغبة المشرع في القضاء على دعاوى الكيدية التي لا هدف منها ولا طائل سوى تعطيل المحاكم وتكديس القضاء والتشهير ببعض الخصوم <sup>(١)</sup> .

وقد اتجه المشرع المصري إلى ترتيب الحكم الجوازي بالغرامة في حالات أخرى على واقعة الخسارة <sup>(٢)</sup> ، ولا يحتاج الحكم بالغرامة في هذه الحالات إلى إثبات التعسف في جانب الخاسر ، وإنما تكفي واقعة الخسارة في حد ذاتها لجواز الحكم بالغرامة <sup>(٣)</sup> .

أما في قانون المرافعات الفرنسي ، فقد أجاز المشرع الفرنسي في المادة (١/٣٢) الحكم بالغرامة التي تتراوح ما بين (١٠٠-١٠٠٠٠٠ فرنك فرنسي) على من يسيء استعمال حق الالتجاء إلى القضاء بطريقة تعسفية أو تسويقية ، سواء اتصل الأمر

عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة يجوز للمحكمة عند إصدار الحكم الفاصل في الموضوع أن تحكم بغرامة لا تقل عن أربعين جنياً ولا تجاوز أربعمئة جنياً على الخصم الذي يتخذ إجراء أو يبدي طلباً أو دفعاً أو دفاعاً بسوء نية )) ، والمقصود بسوء نية في هذه الحالة أن يكون الخصم وهو يتخذ الإجراء أو الطلب أو الدفع أو الدفاع عالماً بالحق له فيه وإنما قصد من إبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى أو الأضرار بالخصم الآخر ؛ ينظر : د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، المصدر السابق ، ص ١٥١ ، المستشار : عز الدين الدناصوري والمستشار حامد عكاز ، التعليق على قانون المرافعات ، ج ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٩٦٣ .

(١) ينظر : د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ وما بعدها .

(٢) تنظر : المادة (٣١٥) من قانون المرافعات عند خسارة المستشكل لدعواه ، والمادة (٣٢٤) من القانون نفسه ، عند الحكم ببطلان الحجز التحفظي أو إلغائه لانعدام أساسه ، والمادة (٣٩٧) من القانون نفسه ، عند خسارة المسترد لدعواه في دعوى استرداد المنقولات المحجوزة .

(٣) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٤٥٣ .

باستعمال الحق في الدعوى أو الحق في الدفاع ، لذا فإن حكم هذه القاعدة يمتد ليشمل كل الحالات التي يقدر فيها القاضي أن استعمال الحق الإجرائي كان مشوباً بالتعسف ، لأن الحكم بالغرامة جوازي متروك لسلطته التقديرية ، كما ترك أمر تحديد قيمة الغرامة لسلطة القاضي التقديرية ما بين الحد الأدنى والأعلى<sup>(١)</sup> .

كما عالج المشرع الفرنسي مبدأ الحكم الجوازي بالغرامة في المادة (٥٥٩) من قانون المرافعات على من يسيء استعمال الحق في الاستئناف ، كما عمم المشرع الفرنسي المبدأ نفسه بالنسبة إلى كل الطعون التعسفية أو التسوية في المادة (٥٨١) والمتعلقة بالتعسف في استعمال طرق الطعن غير العادية في حالة إساءة استعمال الحق في الطعن ، ولأهمية الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية فقد نص المشرع الفرنسي على مبدأ الحكم بالغرامة على إساءة استعمال الحق في الطعن بالنقض في المادة (٦٢٨) من قانون المرافعات مضاعفاً قيمة الغرامة لتصل إلى عشرين ألف فرنك لاستعمال حق الطعن بالنقض بطريقة تعسفية أو تسوية ، وهذه النصوص تعد تطبيقاً للقاعدة الواردة في المادة (١/٣٢) من قانون المرافعات التي تجعل من الحكم بالغرامة أمراً جوازياً يخضع لسلطة القاضي التقديرية<sup>(٢)</sup> ، ولقد أجاز المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ ، للمحكمة أن تحكم على المتعسف بالغرامة بناء على طلب المضرور أو من تلقاء نفسها على أن تسبب قرارها وذلك في المادة (١٧٠) .

ومن الجدير بالذكر أن قانون المرافعات المدنية العراقي جاء خالياً من حكم مماثل لما جاء به كل من المشرع المصري والفرنسي واليمني في قانون المرافعات بخصوص مبدأ الغرامة الجوازية عند التعسف في استعمال الحق الإجرائي لعدم وجود نص عام أو خاص في قانون المرافعات المدنية العراقي يجيز للمحكمة فرض الغرامة عند التعسف ، إذ ان النصوص المتعلقة بالغرامة والواردة في قانون المرافعات العراقي وجوبية ، لذا ندعو المشرع العراقي إلى عدم اغفال مبدأ الغرامة الجوازية .

ثالثاً : تلقائية الحكم بالغرامة عن التعسف : لما كانت الغرامة تهدف إلى ردع روح التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية ، فإن فرضها لا يتصل بالمصلحة الخاصة للأفراد ، وإنما يتصل بتحقيق المصلحة العامة حتى لا تضر هذه الأعمال بمصلحة

(1) Jean Viatte , L'amende Civile pour abus du droit de plaider , gaz.1978 .p.305.

(2) Jean Vincent et Serge Guinchard , op. cit , p.995.

المجتمع في إدارة مرفق العدالة ، ولهذا فان الحكم بالغرامة لا يحتاج إلى طلب من الخصم ، وتحكم بها المحكمة تلقائيا في الحالات التي يفرض فيها القانون ذلك ، أو في الحالات الجوازية التي تقدر فيها المحكمة الحكم بالغرامة ، وإذا كان الحكم بالغرامة لا يحتاج إلى طلب من الخصم ، فانه لا يستفيد من هذا الحكم ، إلا في الحالات التي لا يتم فيها الحكم بالغرامة لمصلحة الخزانة العامة وحدها وإنما لمصلحة الخصم الآخر ، كما تقضي به المادة (٣٩٧) من قانون المرافعات المصري ، لان الحكم بالغرامة يمكن أن يمنح كله أو بعضه للمدعي عليه في دعوى استرداد المنقولات المحجوزة ، ويتخذ في هذا صفة التعويض<sup>(١)</sup> .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ خالف هذه القاعدة وأجاز للمحكمة في المادة (١٧٠) منه أن تحكم على المتعسف بالغرامة بناء على طلب المضرور .

رابعا : الإغفاء من الحكم بالغرامة عن التعسف : تتوقف سلطة المحكمة في الإغفاء من الغرامة على كون الغرامة جوازيه أم وجوبية ، ففي حالات الغرامة الجوازية فان الحكم بالغرامة يخضع لسلطة المحكمة التقديرية ، ويكون لها بهذه السلطة الحكم بالغرامة أو الإغفاء منها ، حتى لو انتهت في حكمها أن الإجراء كان تسويقيا أو تعسفيا ، لكنها إذا قضت بالغرامة فانه يجب عليها تسببب حكمها في هذا الخصوص<sup>(٢)</sup> .

لكن في حالات الغرامة الوجوبية فانه يتعين على المحكمة الحكم بالغرامة ، متى تحققت الواقعة التي يجعل القانون منها سببا للحكم بها ، وبناء على ذلك فان المحكمة لا يكون لها سلطة الإغفاء من الحكم بالغرامة إذا حكمت برد طلب إعادة المحاكمة<sup>(٣)</sup> ، أو الحكم بصحة المحرر<sup>(٤)</sup> ، أو الحكم بسقوط حق مدعي التزوير

(1) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٤٥٤ .

(2) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر نفسه ، ص ٤٥٥ .

(3) تنظر : المادة (٢٠٠) من قانون المرافعات العراقي ، والمادة (٢٤٦) من قانون المرافعات المصري .

(4) تنظر : المادة (٥١) من قانون الإثبات العراقي ، والمادة (٤٣) من قانون الإثبات المصري .

في ادعائه أو برفضه<sup>(١)</sup> ، فإذا لم تتحقق أي من هذه الوقائع فإنه لا يجوز للمحكمة الحكم بالغرامة ، كالتنازل عن الطعن بالتزوير أو ترك الخصومة فيه أو انتهاء إجراءات الادعاء بالتزوير بسبب تنازل المدعى عليه فيها عن التمسك بالورقة أو بجزء منها ، أو عند تنازل مدعي التزوير عن دعوى التزوير من تلقاء نفسه قبل صدور حكم في الدعوى ، أو الحكم بعدم قبول دعوى التزوير<sup>(٢)</sup> ، أو عند رجوع المنكر عن إنكاره<sup>(٣)</sup> ، وقد تتحقق الواقعة التي توجب الحكم بالغرامة ، ومع ذلك ، فإنه يكون للمحكمة الإغفاء منها إذا سمحت لها النصوص بذلك ، فقد أجازت المادة (٩٣/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي للمحكمة إعفاء الشاهد الذي تخلف عن الحضور من الحكم بالغرامة إذا أبدى عذراً مشروعاً ، كما أجازت المادة (٩٩) من قانون المرافعات المصري للمحكمة إقالة الخصم الذي تخلف عن إيداع المستندات أو القيام بالإجراء الذي كلفته به من الحكم بالغرامة إذا أبدى عذراً مقبولاً .

وعلى الرغم من الاهتمام التشريعي السابق من المشرع لحمل الخصوم على الجدية ومحاربة التعسف ، فإن قيمة الغرامة المنصوص عليها لا تحقق أي ردع للمتعسف خاصة مع ضخامة قيمة الدعاوى ، وانعدام جدوى توقيعها من المحكمة ، بل بات الخصم يتعمد الإساءة في المجال الإجرائي وعدم عنايته بالجزاء لضآلته .

لذا فمن الأجدر – لتعميم الفائدة من نظام الغرامة لمحاربة التعسف – ضرورة ربط قيمة الغرامة بنسبة من النزاع وإعطاء المحكمة سلطة تقديرية في القضاء بالغرامة في هذه الحالة .

والغرامة التي توقع بسبب التعسف في استعمال إجراءات التقاضي وفقاً للحالات السابقة ، لا تعتبر تعويضاً أو حقاً مالياً للمضرورين من السلوك التعسفي بل أنها جزاء مدني يحصل لمصلحة الخزانة العامة عن طريق المحكمة التي أصدرت الحكم ، وهي من العقوبات التعزيرية التي تجيزها الشريعة الإسلامية<sup>(٤)</sup> .

(١) تنظر : المادة (٣٧) من قانون الإثبات العراقي ، والمادة (٥٦) من قانون الإثبات المصري .

(٢) تنظر : المادة (٣٨) من قانون الإثبات العراقي .

(٣) تنظر : المادة (٥٢) من قانون الإثبات العراقي .

(٤) ينظر: د. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ج ٢ ، بلا سنة نشر ، ص ٦٩٠ .

## الفرع الثاني

### الحكم بالتعويض كوسيلة لعلاج ما ينجم عن التعسف

الحكم بالتعويض يجسد الغاية التي تسعى المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي إلى إدراكها ، وهي جبر الأضرار التي أصابت الضحية ، ولكن ذلك يحتاج إلى توافر أركان المسؤولية ، وإذا كانت بعض التشريعات قد أجازت الحكم بالتعويض عند التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، إلا أنها لم تهتم بتنظيم العديد من جوانبه ، لذا تخضع مسألة التعويض لحكم القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، وإن كان الحكم بالتعويض عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي يختلف في بعض جوانبه عن نظم المسؤولية الأخرى .

إن الحكم بالتعويض عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي يقتضي تحديد هذا المبدأ ومداه وكيفية تقديره وطرق اقتضائه وتحديد الاختصاص فيه وكيفية المطالبة به وانقضاء دعوى التعويض بالتقادم ، وعلى النحو الآتي :-

أولاً : مبدأ الحكم بالتعويض عن التعسف : مبدأ الحكم بالتعويض عن إساءة استعمال الحق الإجرائي من المبادئ المستقرة ، إذ اتخذت الكثير من التشريعات موقفا صريحا من الحكم بالتعويضات في حالة الاستعمال التعسفي للحق الإجرائي ، إذ قضت المادة (١٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بالحكم بالتعويضات في حالة استعمال الطلب أو الدفع أو الدفاع بصورة تعسفية ، كما



أجازت المادة (٢٨٩) من قانون المرافعات الليبي الحكم بالتعويضات أو التضمينات في مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما المكيدة<sup>(١)</sup> . ولقد تبنى المشرع المصري في قانون المرافعات قاعدة الحكم بالتعويضات عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، وقيد الحكم بالتعويضات في حدود النفقات الناشئة عن الدعوى أو الدفاع التي قصد به الكيد ، وهو ما نصت عليه المادة (١٨٨) ، والتعويض في هذه الحالة لا يقتصر على المصروفات إنما يكون على أساس ما وقع على الخصم من أضرار<sup>(٢)</sup> ، كما أجاز الحكم بالتعويضات دون قيود في عدد من الحالات منها نص المادة (٤/٢٣٥) المتعلقة بالحكم بالتعويضات إذا تبين للمحكمة أن الاستئناف أريد به الكيد ، وهو نفس ما نصت عليه المادة (٢٧٠) من القانون ذاته بالنسبة إلى الطعن بالنقض الكيدي ، وقد أجاز الحكم بالتعويضات دون قيود بناء على واقعة الخسارة في عدد آخر من الحالات<sup>(٣)</sup> .

ولقد أجاز المشرع الفرنسي الحكم بالتعويضات صراحة عند التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، وهو ما نصت عليه المادة (١/٣٢) من قانون المرافعات بتقريرها حق المضرور في المطالبة بالتعويضات أن كان لها وجه والتي تترتب على استعمال الحق في الالتجاء للقضاء بطريقة تعسفية أو تسويقية ، كما أجاز الحكم بالتعويضات في عدد آخر من نصوص قانون المرافعات الفرنسي كالمادتين (١١٨ ، ١٢٣) اللتين تعالجان مسألة الامتناع عن إثارة الدفوع في وقت مبكر وإثارتهما في وقت متأخر بقصد التسويق ، والمادة (٥٦٠) الخاصة بالتعسف في استعمال الحق في الحضور ، والمادتين (٥٩٩ ، ٥٨١) الخاصتين بالتعسف في استعمال طرق الطعن ، والمادة (٦٢٨) الخاصة بمعالجة التعويض عن النقص

(١) نقلا عن : د. إبراهيم أمين النفياري ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٧٤

(٢) ينظر: د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ ، د. عبد المنعم الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٠ .

(٣) تنتظر : المادة (٢٤٦) التي تجيز الحكم بالتعويضات عند رفض التماس إعادة النظر ، والمادة (١٢٢) عند رفض طلب الضمان ، والمادة (٣٢٤) عند إلغاء الحجز التحفظي لانعدام أساسه ، والمادة (٣٩٧) في حالة خسارة دعوى الاسترداد ، والمادة (٤٩٩) في حالة الحكم بعدم جواز دعوى المخاصمة .

التعسفي ، وقد اتجه في عدد آخر من الحالات إلى ترتيب الحكم بالتعويضات على واقعة الخسارة<sup>(١)</sup> .

وعلى الرغم من خلو قانون المرافعات العراقي من نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي كما في القوانين آنفة الذكر ، فإنه أجاز الحكم بالتعويض عند الاستعمال التعسفي لبعض الإجراءات ، كما في المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات ، الخاصة بحق المحجوز عليه بالمطالبة بتعويض الضرر الذي لحقه من توقيع الحجز في حالة رفعه أو إبطاله ، والمادة (٢٩١) والخاصة بحق القاضي – المشكو منه – في التعويض عما لحقه من ضرر عندما تقرر المحكمة عدم قبول الشكوى أو عند عجز المشتكي عن إثبات ما نسبته إلى المشكو منه ، والمادة (٢/٢٥) من قانون الإثبات التي تجيز للمتضرر أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه في حالة الإنكار الكيدي للسند في نفس الدعوى أو في دعوى مستقلة<sup>(٢)</sup> .

ثانيا : مدى الحكم بالتعويض عن التعسف : من التشريعات من اتجه إلى تقييد التعويض عند التعسف في استعمال الحق الإجرائي بنفقات الخصومة ، ولقد تبنى هذا الاتجاه المشرع المصري في المادة (١٨٨) من قانون المرافعات التي تنص صراحة على تحديد التعويض بحدود النفقات ، بقولها : (( يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد )) ، ولقد تبنى هذا الاتجاه قانون المرافعات الليبي في المادة (٢٨٩) والتي تجيز الحكم بالتعويضات في مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما المكيدة . إلا أن هذا التقييد ليس مطلقا ويتضح ذلك من موقف القانون من المسؤولية في بعض الحالات الخاصة ، منها ما ورد في المادة (٤/٢٣٥) من قانون المرافعات المصري الخاصة بالاستئناف الكيدي ، والتي تنص على انه : (( ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد )) ، والمادة (٢/٢٧٠) من قانون المرافعات المصري ، التي تنص على انه : (( وإذا رأيت أن الطعن أريد

(١) تنظر : المادة (٣٥٣) في حالة رفض طلب الرد ، والمادة (٢/٦٠٨) في حالة خسارة دعوى الاسترداد ، والمادة (٢٩٥) في حالة الإنكار في المحررات ، والمادة (٣٠٥) في حالة الطعن بالتزوير .

Jean Vincent et Serge Guinchard , op. cit, p.1046,1047 , Pierre Julien et Natalie Fricero , droit judiciaire prive , L.g.d.j.1999.p.21.

(2) تنظر كذلك : المواد ( ٣٧ ، ٥١ ) من قانون الإثبات العراقي .

به الكيد لها أن تحكم بالتعويض للمدعى عليه في الطعن (( ، ويبدو أن العلة في ذلك التقيد والإطلاق أن المشرع المصري أراد أن يتخذ موقف الحيطة في هذا الشأن ، فلم يشأ إطلاق الحكم بالتعويضات إلى المدى الذي يسمح بالحكم بكل الأضرار التي تنشأ عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، كما لم يشأ قصر التعويض على مصاريف الخصومة وحدها ، وإنما اتخذ موقفا وسطا بين هذا وذاك (١)

ويسلم الفقه (٢) بضرورة تجاوز المدى المحدود للتعويضات في قانون المرافعات ، إذ لم يجد مفرا من الالتجاء إلى المادتين (١٥١ ، ٢١٢) من القانون المدني المصري ، من أجل التعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي تنشأ عن الدعاوى الكيدية ، تطبيقا لحكم القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، لان المادة (١٨٨) من قانون المرافعات المصري تجيز للقضاء أن يقضي بالتعويضات التي لا تتضمنها مصاريف الخصومة في حالة الدعوى الكيدية ، أما ما عداها من الأضرار ، كالضرر الذي يصيب الخصم في ماله أو سمعته ، فإن التعويض يتم طبقا للقواعد العامة في المسؤولية .

وبناء على ذلك ، فإنه ينبغي عدم التقيد بالمدى المحدود للتعويض ، وإنما يشمل التعويض كل الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالمضرور وطبقا للقواعد العامة في التعويض ، ولا يوجد في القانون العراقي ما يدعو إلى الأخذ بخلافه .  
ثالثا : كيفية تقدير التعويض عن التعسف : يجري تحديد التعويض في المسائل غير التعاقدية بواسطة القاضي ، لكن قد يتولى القانون تقدير التعويض في بعض الحالات ، وسنعرض ذلك على النحو الآتي :-

التقدير القانوني للتعويض عن التعسف : قد يتولى القانون في بعض الحالات تقدير التعويض بشكل إجمالي كالفوائد القانونية التي تستحق لمجرد التأخير في الوفاء ،

(١) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٧٧ .

(٢) ينظر : د. عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ، ج ١ ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، ١٩٢١ ، ص ٣٢١ ، د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، المصدر السابق ، ص ١٦٥ ، صلاح الدين عبد الوهاب ، الدعاوى الكيدية ، مجلة المحاماة ، السنة ٣٤ ، العدد ٦ ، فبراير ، ١٩٥٤ ، ص ٩١٨ ، منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني :

دون حاجة إلى إثبات الضرر الناشئ عن التأخير ، بحيث يفترض تحققه بمجرد التأخير نتيجة للحرمان من الدين ، وقد تناولت بعض القواعد الإجرائية تحديد التعويض في بعض الحالات في صورة الحكم بالمصاريف ، فالمادة (١٦٦) من قانون المرافعات العراقي<sup>(١)</sup> تحمل الخاسر مصاريف الدعوى وهي النفقات اللازمة قانوناً لرفع الدعوى وسيرها حتى صدور الحكم ، سواء أكانت خسارته ترجع إلى الحكم في موضوع الدعوى أم كانت خسارته إجرائية ، وبناء على ذلك فإن القانون يحدد نطاق التعويض في حالات الخسارة بالنفقات اللازمة قانوناً لسير الدعوى حتى الحكم فيها.

كذلك فإنه في الحالات التي تتحقق فيها مسؤولية المحكوم له عن المصاريف ، طبقاً للمادة (١٦٦) من القانون أعلاه<sup>(٢)</sup> ، إذا كان الحق مسلماً به من المحكوم عليه ، أو إذا كان المحكوم له قد تسبب في إنفاق مصاريف لا فائدة فيها ، أو كان قد ترك خصمه على جهل بما كان في يده من المستندات القاطعة في الدعوى أو بمضمون تلك المستندات ، فإن التعويض يشمل ذلك القدر من النفقات اللازمة قانوناً لإجراءات الدعوى ، فضلاً عن جواز الحكم بالتعويضات التكميلية بناء على طلب المضرور ، شرط إثبات ما أصابه من أضرار تجاوز نطاق الحكم بالمصاريف<sup>(٣)</sup>.  
التقدير القضائي للتعويض عن التعسف : يجري تقدير التعويض قضائياً في غير الحالات التي ينص فيها القانون على قدر التعويض الذي يتحمله الخصم ، وإن مدى التعويض الذي لحق المضرور يقدره القاضي مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير<sup>(٤)</sup>.  
وطبقاً للمادة (١/٢٠٧) من القانون المدني العراقي ، التي تقضي بأنه : (( تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع )) ، وطبقاً للمادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي ، التي تنص على أنه : (( يتناول حق التعويض

(1) تنظر : المادة (١٨٤) من قانون المرافعات المصري .

(2) تنظر : المادة (١٨٥) من قانون المرافعات المصري .

(3) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٨١ .

(4) تنظر : المادة (٢٠٨) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٧٠) من القانون المدني

المصري .

الضرر الأدبي كذلك ..... ، ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي))<sup>(١)</sup> .  
 وبناء على ذلك فإن تقدير التعويض القضائي يعتمد على معيار الضرر المباشر ، وهو الضرر الذي يترتب مباشرة على الفعل المؤاخذ عليه<sup>(٢)</sup> ، ولهذا فإن نطاق التعويض يقدر بمقدار الضرر المباشر سواء أكان هذا الضرر ماديا أم أدبيا متوقعا أم غير متوقع حالا أو مستقبلا مادام محققا ويشمل الضرر المباشر الخسارة التي لحقت المضرور وما فاتته من كسب نتيجة الطلبات والدفع الكيدية<sup>(٣)</sup> .  
 رابعا : طرق التعويض عن التعسف : تقضي المادة (١/٢٠٩) من القانون المدني العراقي بأنه : (( تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف ... ))<sup>(٤)</sup> ، وعليه فإن التعويض إما أن يكون عينيا أو تعويضا بمقابل ، بقصد إزالة أثار الضرر إذا كان ممكنا أو التخفيف من أثره :-

التعويض العيني عن التعسف : ويجري إصلاح الضرر في هذا النوع من التعويض عن طريق إعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوعه ، بإجبار المدين على الوفاء بعين ما التزم به ، وهذا النوع من التعويض يتحقق في المسؤولية التعاقدية ، ولكنه يمكن أن يتحقق أيضا في نطاق العمل غير المشروع ، كالزام من اتلف سيارة بإصلاحها ، أو هدم حائطا بني بغير وجه حق ، ويشترط في هذا النوع من التعويض أن يكون ممكنا وان لا يكون مرهقا للمدين<sup>(٥)</sup> .  
 ولقد أجاز الفقه<sup>(٦)</sup> هذا النوع من التعويض عند الاستعمال التعسفي للحقوق ، فإذا كان التعويض النقدي يتفق مع كل الحقوق ، ويقدم ترضية تعيد التوازن للحقوق

(١) ينظر : المادة (٢٢٢) من القانون المدني المصري .

(٢) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٢٧٠ .

(٣) ينظر : حسين وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، المصدر السابق ، ص ٤٢٠ .

(٤) ينظر : المادة (١٧١) من القانون المدني المصري .

(٥) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص ١٣٥٢ ، حسين وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، المصدر السابق ، ص ٥٢٧ ، د. احمد سلامة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص ٣٠٦ .

(٦) ينظر د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٨٣ .

التي اضر بها التعسف ، فان التعويض العيني يكون مشروعاً وملائماً إذا كان ممكناً ، لان الجزاءات التي تنشأ عن التعسف لا تختلف عن الجزاءات التي تنشأ عن الأعمال غير المشروعة ، وفي نطاق الحقوق الإجرائية فان الحكم بعدم قبول الدعوى أو الدفاع أو الطعن أو نشر حكم الإدانة أو شطب العبارات الجارحة قد يشكل تعويضاً عينياً كافياً .

إلا انه يجب عدم إطلاق هذا الحكم ، لأنه يجب التمييز بين الجزاءات التي تشكل في حد ذاتها تعويضاً عينياً كافياً ، وبين الجزاءات التي لا تكفي وحدها وإنما تكون مصحوبة بتعويض نقدي ، ويرجع السبب في ذلك ، إلى الطابع الضار للحقوق الإجرائية باعتبارها من حقوق الأضرار ، بحيث يترتب على استعمالها أضراراً لا يمكن تجنبها كنفقات الإجراءات وبعض الأضرار الأدبية .

فما يفرض على الخصم من جزاءات أثناء سير الإجراءات ولا يترتب عليها انقضاء الخصومة ، كسقوط الحق في الدفع التي لا تبدى في الترتيب المطلوب ، أو رفض طلبات الخصم المتعلقة بإجراءات الإثبات أو منع الخصم من استعمال حقه في توجيه اليمين أو منع الخصم من الاسترسال في المرافعة ، أو وقف تنفيذ الحكم بمعرفة المحكمة التي رفع إليها الطعن ، قد تشكل تعويضاً عينياً كافياً ولا تكون مصحوبة بجزاءات مالية ، أما الجزاءات التي يترتب عليها انقضاء الخصومة كالحكم بعدم قبول الدعوى أو الطعن ، فانه يكون مصحوباً بالحكم بالمصاريف كتعويض قانوني عن بعض نفقات الخصومة<sup>(١)</sup> .

التعويض بمقابل عن التعسف : يشكل التعويض بمقابل الصورة الغالبة للتعويض عن طريق الحكم بمبلغ من النقود مقابل الأضرار التي أصابت المضرور ، وقد يختلف شكل التعويض في هذه الصورة ، فقد يكون إيراد مرتب للعامل الذي كان ضحية لحادث أقعده عن العمل<sup>(٢)</sup> ، ولهذا فان المادة (٢/٢٠٩) من القانون المدني العراقي تقضي ، بما يأتي : (( ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه وان تحكم بأداء أمر معين ... ))<sup>(٣)</sup> .

(١) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٨٤ .

(٢) ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٣٥٥ ، حسين وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، المصدر السابق ، ص ٥٣٠ .

(٣) تنظر : المادة (٢/١٧١) من القانون المدني المصري .

لكن هذا النوع من التعويض قد لا يكون الجزاء الوحيد الذي يتحمله الخصم عند الاستعمال التعسفي للحقوق الإجرائية ، فقد يكون مصحوباً بجزاء آخر كالغرامة ، وقد يكون التعويض بمقابل في صورة غير مالية ، كالأمر بنشر الحكم على نفقة المحكوم عليه أو التنويه في الحكم بان ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراءً من أجل تعويض المضرور عن الضرر الأدبي<sup>(١)</sup> .

خامساً : الاختصاص بالتعويض عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي : يختلف تحديد الاختصاص بطلب التعويض من تشريع إلى آخر فمن التشريعات من اتخذ موقفاً محدداً من الاختصاص بطلب التعويض ، ومنها من كان تدخله قاصراً في هذا المجال وهو ما فتح الباب أمام اجتهاد الفقه لتحديده :-

التحديد الصريح للاختصاص بالتعويض عن التعسف : اتجه المشرع الكويتي في قانون المرافعات المدنية والتجارية المرقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ، إلى تبني فكرة الاختصاص التبعي للمحاكم ، عن طريق إعطاء الاختصاص بطلب التعويض عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي إلى المحكمة الأصلية التي نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدي ، وقد ورد هذا الحكم في المادة (١٢٢) التي تقضي بأنه : (( إذا قصد من الدعوى أو الدفاع فيها الكيد جاز الحكم بالتعويض على من قصد ذلك ، وتختص بنظر هذا الطلب المحكمة التي نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدي ويرفع إليها بطلب عارض أو بدعوى أصلية )) ، وذلك لأن هذه المحكمة قد عايشت الظروف التي أحاطت بالدعوى أو الدفاع الذي ترتب عليه التعويض ، تكون اقدر من غيرها على البت فيما انطوت عليه الدعوى أو الدفاع الكيدي<sup>(٢)</sup> .

والاختصاص التبعي للمحكمة بطلب التعويض من النوع المطلق ، الذي يخول المحكمة التي تنظر الدعوى أو الدفاع الكيدي الاختصاص بطلب التعويض الذي يقدمه أي من الخصوم في صورة طلب عارض - دعوى حادثة - أثناء الدعوى ، أو في صورة دعوى أصلية ترفع بعد صدور الحكم ، ولا يقتصر هذا الاختصاص على محاكم الدرجة الأولى ، وإنما يمتد إلى طلبات التعويض أمام محكمة الطعن ، التي تختص وحدها بطلبات التعويض عن الإجراءات الكيدية التي تم أمامها ، وقد ورد هذا الحكم في المادة (١٣٥) من قانون المرافعات الكويتي ، التي تقضي بأنه : (( يجوز للطاعن أو المطعون ضده أن يطلب من المحكمة التي تنظر الطعن الحكم

(١) ينظر : د. احمد سلامة ، مصادر الالتزام ، المصدر السابق ، ص ٣٠٦ .

(٢) ينظر : د. وجدي راغب فهمي ود. عزمي عبد الفتاح ، مبادئ القضاء المدني الكويتي ،

ط ١ ، مؤسسة دار الكتاب ، الكويت ، ١٩٨٤ ، ص ١٣٨ .

له بالتعويضات إذا كان الطعن أو طريق السلوك فيه قد قصد به الكيد )) ، ولا وجود لهذا الحكم في القانون العراقي إذ انه يفوت على الخصم درجة من درجات التقاضي إلا إذا كانت الدعوى صالحة للفصل فيها .

ولا تؤثر قيمة التعويض المطلوب في اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى أو الدفاع الكيدي ، لأنها تظل مختصة بطلب التعويض عن الإجراءات الكيدية ، ولو تجاوزت قيمة الطلب نصاب اختصاصها الأصلي ، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٣٠) من قانون المرافعات الكويتي صراحة ، بقولها : (( إذا كان موضوع الطلب العارض تعويضاً عن رفع الدعوى الأصلية أو طريق السلوك فيها ، اختصت المحكمة الجزئية أياً كان مقدار التعويض المطلوب )) ، ولا يختلف الحل إذا كان مقدار التعويض اقل من نصاب المحكمة <sup>(١)</sup> .

التحديد غير الصريح للاختصاص بالتعويض عن التعسف : لم يتخذ القانون العراقي - لخلوه من نظرية عامة تعالج التعسف في استعمال الحق الإجرائي - والمصري والفرنسي موقفاً محدداً من مسألة الاختصاص بطلب التعويض عن الإجراءات التعسفية ، وهو ما أثار الخلاف في الرأي ، ويمكن حصر هذا الخلاف في اتجاهين :-

إخضاع الاختصاص بالتعويض عن التعسف لحكم القواعد العامة : إذ يذهب أنصار هذا الاتجاه <sup>(٢)</sup> إلى أن تحديد الاختصاص في طلب التعويض عن الإجراءات التعسفية يخضع لحكم القواعد العامة في تحديد الاختصاص النوعي والمحلي أو المكاني ، ذلك أن القواعد التي تنظم هذا الموضوع لا تحدد الاختصاص بطلب التعويض ، وإنما تخول الخصم رخصة طلب التعويض بطلب فرعي من المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية لتفصل له فيه مع الفصل في الدعوى الأصلية ومصروفاتها بما تقدره من تعويض عن الدعوى أو الدفاع الكيدي الذي ابدى فيها ، والخصم بالخيار إن شاء لجأ إلى الطريق الفرعي ، وإن تراخى في طلب التعويض أثناء نظر الدعوى الأصلية ، فله إقامة دعوى أصلية بطلب التعويض عن الدعوى أو الدفاع الكيدي متبعاً في تحديد الاختصاص لحكم القواعد العامة في الاختصاص النوعي والمحلي أو المكاني .

(1) ينظر : د. وجدي راغب فهمي ، ود. عزمي عبد الفتاح ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ .

(2) ينظر : محمد العشماوي ، ود. عبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ، المطبعة النموذجية ، القاهرة ، ج ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٧٠٩ ، صلاح الدين عبد الوهاب ، المصدر السابق ، ص ٩١٨ .



إخضاع الاختصاص بالتعويض عن التعسف للمحكمة الأصلية : يرى أنصار هذا الاتجاه<sup>(١)</sup> بان القواعد التي تنظم هذه المسألة تحدد الاختصاص بطلب التعويض ، إذ يكون الاختصاص للمحكمة التي قضت في الدعوى الأصلية ، لان هذه المحكمة وحدها هي المختصة بالفصل في مصاريف الدعوى التي تنظرها القضائية منها وغير القضائية ، وان لهذه المحكمة سلطة الفصل في التعويضات بما لها من ولاية تكميلية شأنها في ذلك شأن الاختصاص في تفسير الأحكام ، فهذه المحكمة اقدر من أية محكمة أخرى على تقدير ما ينشأ عنها من مصاريف وتعويضات ، سواء أكانت التعويضات عن ضرر مادي أم أدبي حتى لو كانت محكمة الاستئناف ، دون حاجة إلى الرجوع إلى القواعد العامة ، فحسن سير العدالة يقتضي أن لا تتشغل بنظر دعوى التعويض محكمة أخرى ، لان ذلك يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد في سبيل فهم الموضوع من جديد والمشاكل الناشئة بمناسبةه .

وإذا كان القانون لم يتخذ موقفا صريحا من مسألة الاختصاص بطلب التعويض عن الإجراءات الكيدية ، فان ذلك لا يعني انه ترك المسألة لحكم القواعد العامة في الاختصاص ، وإنما يجب تأمل خطة المشرع في القواعد المتعلقة بهذا الموضوع ، التي تفصح عن قصده في الخروج على حكم القواعد العامة في الاختصاص ، وتبني فكرة الاختصاص التبعي في طلب التعويض عن الإجراءات الكيدية ، وهذا النوع من الاختصاص يجعل من المحكمة التي باشرت الإجراءات تختص وحدها دون غيرها بطلب التعويض عنها ، ولا يجوز لغيرها من المحاكم نظر دعوى التعويض<sup>(٢)</sup> .

وبناء على ذلك ، فان ما ذهب إليه الاتجاه الأول لا يتفق مع الروح العامة لقانون المرافعات ، التي تقضي بإسناد الحكم في المسائل المتفرعة عن الدعوى الأصلية إلى المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية ، على اعتبار أنها اقدر من غيرها على الفصل في هذه المسائل سواء قدم لها هذا الطلب في صورة طلب عارض أو دعوى أصلية ، كما أن هذا الحل يحول دون تناقض الأحكام ، ويتفق مع مبدأ الاقتصاد في الإجراءات والنفقات<sup>(٣)</sup> .

(1) ينظر : د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، المصدر السابق ، ص ١٦٦ .

(2) ينظر : د. وجدي راغب فهمي ود. عزمي عبد الفتاح ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ .

(3) ينظر : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٩١ .

سادسا : المطالبة بالتعويض عن التعسف : يتوقف الحكم بالتعويض عن إساءة استعمال الحق الإجرائي على مبادرة من الخصم المضرور لان المحكمة لا تلتزم بالحكم بالتعويضات من تلقاء نفسها ، سواء كان ذلك بدعوى أصلية أو كان ذلك عن طريق إبداء دعوى حادثة أثناء نظر الدعوى الأصلية المطروحة على المحكمة ، ويتصور ذلك من المدعي ومن المدعى عليه ، كما يكون ذلك أيضا عن طريق الدفع<sup>(١)</sup> .

ومن هذه الزاوية ، فان الحكم بالتعويض يختلف عن الحكم بالمصاريف لان القاضي يلتزم قانونا بالحكم على الخاسر بالمصاريف طبقا للمادة (١٦٦) من قانون المرافعات العراقي<sup>(٢)</sup> ، ولهذا فان ما يصيب الخصم من أضرار تجاوز نطاق الحكم بالمصاريف ، لا يكون للقاضي أن يفصل فيها ما لم تكن موضوعا لطلب خاص يقدم إليه بشأنها ، وهذا الطلب قد يكون في صورة الدعوى الأصلية أو في صورة الطلب العارض أي دعوى حادثة الذي يتم طرحه على المحكمة المختصة بنظره :-

الدعوى الأصلية : أن دعوى التعويض عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي لا تحتاج لشكلية محددة لرفعها ، إذ يجوز إبدؤها كدعوى تعويض أصلية ترفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات<sup>(٣)</sup> . إلا أن التشريعات اختلفت في موقفها بشأن إجازة الالتجاء إلى الدعوى الأصلية من اجل المطالبة بالتعويض الناشئة عن الإجراءات الكيدية ، فمنها من أجاز ذلك كقانون المرافعات الكويتي في المادة (٢/١٢٢) منه ، التي تقضي بأنه : (( وتختص بنظر هذا الطلب المحكمة التي نظرت الدعوى أو الدفاع الكيدي ويرفع إليها بطلب عارض أو بدعوى أصلية ))<sup>(٤)</sup> .

(١) ينظر : د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ ، د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٢٩٥ .

(2) تنظر : المادة (١٨٤) من قانون المرافعات المصري .

(٣) ينظر : د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، المصدر السابق ، ص ١٥٧ .

(4) ينظر : د. وجدي راغب فهمي ود. عزمي عبد الفتاح ، المصدر السابق ، ص ١٣٨ .

ومنها من لزم الصمت في هذا المجال تاركا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء ، كالقانون المصري والفرنسي والعراقي ، فقد ذهب الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> إلى القول ، بان الدعوى الأصلية بطلب التعويض عن الإجراءات الكيدية تكون مقبولة من الناحية النظرية ، إلا أن الالتجاء إلى هذا الطريق نادر الحدوث ، على العكس من طلب التعويض عن إجراءات التنفيذ الجبري ، فان هذا الطريق يتم الالتجاء إليه بشكل متكرر ، ولقد أجازت محكمة النقض الفرنسية اللجوء إلى هذه الوسيلة بطلب التعويض ، بقولها : (( المدعي الذي ترك دعواه ، يمكن أن يسبب مع ذلك ضررا للمدعى عليه ، الذي لا يكون لديه طريق آخر غير الدعوى الأصلية ))<sup>(٢)</sup> .

ولقد أجاز الفقه المصري الالتجاء إلى الدعوى الأصلية بطلب التعويض الناشئة عن الدعوى أو الدفاع الكيدي<sup>(٣)</sup> ، لان انقضاء الإجراءات القضائية دون أن يكون الخصم قد بادر إلى طلب التعويض لا يؤدي إلى حرمانه من حقه في المطالبة بها بدعوى أصلية ، ولا يوجد في قانون المرافعات العراقي ما يحول دون ذلك ، مما يعني جواز اللجوء إلى هذه الوسيلة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي .

الطلب العارض (الدعوى الحادثة) : والى جانب الحق العام في رفع دعوى أصلية للتعويض عن إساءة استعمال إجراءات التقاضي ، فانه يجوز قبول طلب التعويض عن إساءة استعمال إجراءات التقاضي كطلب عارض سواء من المدعي أو المدعي عليه ، إذ أن طلب التعسف في استعمال إجراءات التقاضي يجوز قبوله أمام المحكمة التي تم أمامها الإجراء التعسفي ، وهذا الطلب قد يقدم أمام محاكم الدرجة الأولى أو أمام محاكم الطعن بحسب موقف التشريعات من مسألة المطالبة بالتعويض عن الإجراءات التعسفية :-

الطلب العارض أمام محاكم الدرجة الأولى : أجاز القانون الكويتي صراحة اللجوء إلى الطلب العارض للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الإجراءات الكيدية ، وذلك في المادة (٢/١٢٢) من قانون المرافعات الكويتي ، كما أجاز قانون

(1) Jaques Mesnard , L'abus du droit en matiere de droit judiciaire prive ,These Paris , 1952 , p. 167.

(2) Cass. Civ . 28 October 1947 , Gaz. Pal. 1947.2.277.

نقلا عن : د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، المصدر السابق ، ص ٣٩٥ .

(3) ينظر : محمد العشماوي ، ود. عبد الوهاب العشماوي ، المصدر السابق ، ج ٢ ، هامش

٤ ، ص ٧٠٩ ، صلاح الدين عبد الوهاب ، المصدر السابق ، ص ٩١٨ .

المرافعات المصري تقديم الطلب العارض بالتعويضات الناشئة عن الإجراءات الكيدية ، فقد أجازت المادة (١/١٢٥) منه تقديم الطلب العارض ، بقولها : (( للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة طلب الحكم له بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها )) ، وأجازت المادة (١٢٤) منه للمدعي تقديم الطلب العارض بشأن الإجراءات الكيدية ، لان الحالات التي وردت بها لم ترد على سبيل الحصر ، كما ويمكن الاستناد إلى الفقرة الثانية منها والتي تجيز تقديم الطلبات الإضافية التي تكون مترتبة على الطلب الأصلي أو متصلة به اتصالاً لا يقبل التجزئة ، وهو كل طلب يوجب حسن سير العدالة أن يعرض على المحكمة نفسها للفصل فيه مع الطلب الأصلي<sup>(١)</sup> ، كما أجازت المادة (١٩٨) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يلي : (( ١. ... ٢. طلب الحكم بالتعويض عن ضرر لحقه من الدعوى أو من إجراء فيها )) ، ولا يوجد في قانون المرافعات العراقي ما يمنع اللجوء إلى الطلب العارض – الدعوى الحادثة – للمطالبة بالتعويض عن الإضرار الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، على ان تتوافر شروطها .

ويستند اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية بالطلب العارض الخاص بالتعويض ، إلى أن هذه المحكمة اقدر من غيرها على تقدير الأضرار التي أصابت الخصم من الإجراء الذي تم اتخاذه أمامها<sup>(٢)</sup> ، وهو الأساس ذاته الذي يجعل المحكمة التي نظرت الدعوى الأصلية ، مختصة بدعوى التعويض التي ترفع في صورة دعوى أصلية .

الطلب العارض أمام محاكم الطعن : وجدير بالذكر أن المشرع المصري في قانون المرافعات ، يردفه في ذلك المشرع الفرنسي في القانون نفسه ، قد أجازا تقديم الطلب العارض أمام محكمة الطعن التي تمت أمامها إساءة استعمال حق الطعن ، سواء أكانت محكمة استئناف أم نقض ، ولا وجود لمثل هذا الحكم في القانون العراقي ، وهو ما سنبينه على النحو الآتي : -

محكمة الاستئناف محكمة تعويض عن التعسف : وفقاً لنص المادة (٢٣٥) من قانون المرافعات المصري والمادة (٥٥٩) من قانون المرافعات الفرنسي ، فإنه

(1) ينظر : د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ ، ص٦١٦ .

(2) ينظر : د. وجدي راغب فهمي ، المصدر السابق ، ص٣٨٧ .

يحق لمحكمة الاستئناف أن تحكم بالتعويض إذا تبين لها أن الطعن أريد به الكيد ، فيكون للمضروب من التعسف أن يطلب من محكمة الاستئناف التعويض عن الإجراءات التعسفية التي سلكها الخصم في رفع الاستئناف ، ولا يتعلق التعويض بالأضرار التي لحقت المحكوم عليه من تنفيذ حكم صادر من محاكم الدرجة الأولى معجلاً أو من الحجز الكيدي<sup>(١)</sup> ، ونظر طلب التعويض في هذه الحالة ليس استثناء على مبدأ التقاضي على درجتين ، إذ هو تصور بديهي فهو طلب عارض نتج عن خصومة الاستئناف ولا علاقة له بالنزاع أمام محكمة الدرجة الأولى ، ويكون للمضروب الحق في رفع دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عن التعسف<sup>(٢)</sup> .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم يأخذ بمثل هذا الحكم ، إذ لا يجوز طبقاً لقانون المرافعات العراقي رفع دعوى مبتدأة أمام محكمة الاستئناف لان ذلك سوف يحرم الخصم الآخر من درجة من درجات التقاضي ، لذا من الأفضل النص على إجازة رفع دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التعسف في استعمال حق الطعن أمام محاكم الدرجة الأولى .

محكمة النقض (التمييز) محكمة تعويض عن التعسف : رخص كل من المشرع المصري والفرنسي للخصم أن يطالب بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن سلوك حق الطعن بالنقض بطريقة تعسفية أمام محكمة النقض وفقاً لنص المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات المصري والمادة (٦٢٨) من قانون المرافعات الفرنسي ، وفي هذه الحالة تنظر محكمة النقض طلب التعويض كمحكمة موضوع ، ويشمل

(١) ينظر : د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ ، د. فتحي إسماعيل والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ١٩٧٥ ، ص ٧٣٩ ، المستشار ، عز الدين الدناصوري والمستشار ، حامد عكاز ، المصدر السابق ، ص ٢٨٥ ، عكس هذا : الدكتور : عيد القصاص ، المسؤولية عن التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ١١٧ .

Jean Vincent et Serge Guinchard , op. cit, p.1046,1047

(٢) ينظر : د. فتحي إسماعيل والي ، الوسيط في القضاء المدني ، المصدر السابق ، ص ٧٣٩ .

التعويض النفقات الفعلية وما أصاب الخصم أدبيا ، وانه إذا تعدد المتعسفون فيجوز إلزامهم متضامنين عن الأضرار عن الإجراءات الكيدية<sup>(١)</sup> .

وطلب التعويض عن الطعن الكيدي أمام محكمة النقض يقصر دورها في هذه الحالة على الإجراءات الكيدية للطعن بالنقض ، فلا يجوز رفع دعوى تعويض ابتداءً أمام محكمة النقض عن الإجراءات الكيدية أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الاستئناف أو عن إجراءات التنفيذ الكيدية ، إذ يكون ذلك وفقاً للقواعد العامة ، والرخصة السابقة بإجازة نظر محكمة النقض بالتعويض عن إجراءات الطعن الكيدية لا تمنع الخصم من طلب التعويض بدعوى أصلية .

ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم يأخذ بمثل هذا الحكم أيضا ، إذ لا يجوز طبقاً لقانون المرافعات العراقي رفع دعوى مبتدأة أمام محكمة التمييز لأنها محكمة رقابة وليست محكمة موضوع استناداً إلى نص المادة (٢١٤) من قانون المرافعات العراقي ، ولأن طلب التعويض أمام محكمة التمييز سوف يحرم الخصم الآخر من درجتين من درجات التقاضي مما يخل بحق الدفاع المقدس وحق المواجهة بين الخصوم الذي يترتب على عدم مراعاته بطلان الأحكام ، لذا من الأفضل النص على إجازة رفع دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التعسف في استعمال حق الطعن أمام محاكم الدرجة الأولى .

سابعاً : تقادم دعوى التعويض عن التعسف : وفقاً للقواعد العامة تسقط الدعوى بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بالضرر والشخص الذي أحدثه ، وبالنظر لعدم وجود نص يتعلق بتقادم المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية ، فاننا ندعو الى ايراد نص مماثل في قانون المرافعات .

## الخاتمة

(١) ينظر : د. نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٤٣٥ وما بعدها .

Pierre Julien et Natalie Fricero , op.cit.p.21.

بعد الانتهاء من البحث في موضوع المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ، فاننا سنعرض في الخاتمة أهم ما تم التوصل إليه من النتائج وما ندعو إليه من المقترحات ، وعرض ذلك سيتم على النحو الآتي :-

#### أولاً : النتائج

بعد ان تناولت الدراسة المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية ، من حيث مدى المسؤولية عن التعسف وأركان المسؤولية وإثباتها وأثارها الوقائية والعلاجية فقد انتهينا إلى مجموعة من النتائج :- أن القاعدة في القانون الحديث تقضي بانه لا حصانة من المسؤولية من استعمال الحق أيا كان هذا الحق ، على انه لا يترتب على الاستعمال المشروع للحق أية مسؤولية ولو تترتب على ذلك ضرر للغير .

انه لا مسؤولية على الإخفاق في استعمال الحق الإجرائي سوى في الالتزام بدفع المصاريف وفقاً لقواعد العامة في قانون المرافعات ، وأن المسؤولية في حالة الإخفاق أو الفشل لا تتحقق إلا في حالة التعسف في استعمال الحق .

إن الحق الإجرائي من حقوق الإضرار التي يترتب على استعمالها العادي والمألوف أضرار تصيب الغير ، وانه لا حصانه من المسؤولية عند التعسف في استعماله .

تقوم المسؤولية عن التعسف على أركان تتمثل في الانحراف عن غاية الحق ورجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً وعلاقة سببية بينهما ، وانه يتعين على قاضي الموضوع عند استخلاصه للتعسف من واقع الدعوى وملايساتها أن يبين العناصر التي يقوم عليها الانحراف أو التعسف وإلا تعرض حكم المحكمة للنقض من قبل محكمة الطعن .

أن الضرر ركن من أركان المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق ، وان المصلحة وحدها كمعيار للتعسف لا تكفي لقيام المسؤولية عن السلوك التعسفي ، فيجب أن يتجاوز الضرر مجموعة المصالح المألوفة لصاحب الحق ، وان يكون ضرراً راجحاً .

يخضع إثبات التعسف لحكم القواعد العامة في الإثبات من أن البيئة على المدعي ، وبكل طرق الإثبات الجائزة قانوناً ، وان إثبات المعايير المادية أسهل من إثبات المعايير النفسية أو الشخصية ، مع إمكانية الاعتماد على القرائن الموضوعية لإثبات المعايير الشخصية ، مع إمكانية دفع المسؤولية بإثبات العكس وفقاً لأحكام القواعد العامة في الإثبات .

انه على الرغم من ضعف الجزاءات عن الانحراف في استعمال الحقوق الإجرائية ، فان تطبيق نظرية التعسف من شأنها تفعيل الدور الايجابي للقاضي في الدعوى المدنية .

يترتب على إعمال نظرية التعسف بروز الدور الوقائي والعلاجي الذي تمارسه في نطاق الحقوق .

إن للدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق وسائل تثار إما من قبل المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ، والتي تمارس دورها في منع وقوع العمل التعسفي أو توقي العمل التعسفي قبل وقوعه .

يتجسد الدور العلاجي لنظرية التعسف بالحكم بالغرامة على المتعسف والذي توقعه المحكمة من تلقاء نفسها دون توقف على طلب من احد ، وتختلف سلطة المحكمة في الحكم بها من عدمه بحسب كونها وجوبية أم جوازية ، والحكم بالتعويض الذي يكون بناء على طلب ممن وقع ضحية للتعسف والذي يكون إما بدعوى أصلية أو بطلب عارض أمام المحكمة التي تنظر الدعوى التي تم فيها التعسف .

ثانيا : التوصيات

في ضوء دراسة المسؤولية المدنية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ، وبناء على ما تم التوصل إليه من نتائج ، فاننا ندعو المشرع العراقي في قانون المرافعات إلى الأخذ بالتوصيات والمقترحات الآتية :-

نأمل المشرع العراقي وضع نص عام ينظم نظرية التعسف في قانون المرافعات يتفق مع طبيعة قواعده .

ضرورة تفعيل الجزاءات عن الانحراف والتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، وعناية القضاة بدعوى التعويض عن التعسف .

ربط الغرامات ومقدار التعويض عن التعسف في إجراءات التقاضي بنسبة تقدر من قيمة النزاع ، مع إجازة النص على عقوبة الحبس لردع المتعسفين .

نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالنصوص الآتية لتكون بمثابة نظرية عامة تحكم التعسف في استعمال الحق الإجرائي في الدعوى المدنية على أن توضع ضمن الأحكام العامة لقانون المرافعات :

(( يتقيد استعمال الحق الإجرائي بعدم التعسف في استعماله وإلا قضت المحكمة بعدم قبوله وعرض المخالف نفسه للحكم عليه بالغرامة ودون الإخلال بالتعويض إن كان له مقتضى )) .

(( يتحقق التعسف في استعمال الحق الإجرائي إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة أو كانت غير متوافرة أصلاً )) .



(( إذا تبين للمحكمة التعسف في استعمال حقاً من الحقوق الإجرائية ، فعليها أن تحكم على المتعسف بغرامة لا تقل عن خمسة بالمائة ولا تزيد على عشرة بالمائة من قيمة الدعوى دون الإخلال بحق المضرور بالتعويض عن الإضرار المادية والأدبية التي لحقت من جراء ذلك الاستعمال )) .

(( تختص المحكمة التي قضت في أساس الدعوى بنظر دعوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن إساءة استعمال الحقوق الإجرائية ويستثنى من ذلك محاكم الجنايات والجنح والاستئناف والتمييز )) .

وبالنظر لعدم وجود نص يتعلق بتقادم المسؤولية الناجمة عن التعسف ، نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالنص الآتي : (( لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن التعسف في استعمال الحق أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ، ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع السلوك التعسفي )) .

## المصادر

### أولاً : الكتب القانونية

١. د. إبراهيم أمين النفاوي ، التعسف في التقاضي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
٢. د. إبراهيم النفاوي ، انعكاسات القواعد الإجرائية على أدلة العدالة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
٣. د. إبراهيم أمين النفاوي ، مسؤولية الخصم عن الإجراءات ، دراسة مقارنة في قانون المرافعات ، الطبعة الأولى ، مصر ، ١٩٩١ .
٤. د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، الجزء الأول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ .
٥. د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج ٢ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ .
٦. د. احمد إبراهيم عبد التواب ، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥-٢٠٠٦ .
٧. اجياد ثامر نايف الدليمي ، أحكام التنازل وإبطال عريضة الدعوى المدنية وأثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٥ .
٨. اجياد ثامر نايف الدليمي ، أحكام وقف السير في الدعوى وأثاره القانونية ، دراسة مقارنة ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٥ .
٩. اجياد ثامر نايف ، الاعتراض على الحكم الغيابي ، دراسة تحليلية معززة بالتطبيقات القضائية ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠٧ .
١٠. د. احمد أبو الوفا ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، بلا دار نشر ، بيروت ، ١٩٨٧ .

١١. د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ط ٥ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ .
١٢. د. احمد أبو الوفا ، نظرية الدفع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٩ .
١٣. د. احمد السيد صاوي ، الوجيز في التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
١٤. د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
١٥. د. احمد سلامة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
١٦. د. احمد صدقي محمود ، القضاء باليمين الحاسمة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ .
١٧. د. احمد قطب عباس ، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
١٨. د. ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات العراقي ، ط ١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٨٤ .
١٩. د. أسامة احمد شوقي المليجي ، استقلال خصومة العرض الحقيقي والإيداع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر .
٢٠. د. أسامة احمد شوقي المليجي ، الإجراءات المدنية للتنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
٢١. إسماعيل العمري ، الحق ونظرية التعسف في استعماله ، ط ١ ، مطبعة الزهراء الحديثة ، الموصل ، ١٩٨٤ .

٢٢. أمين دواس رجا رشيد ، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ١٩٩١ .
٢٣. د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني ، بلا دار نشر ، بيروت ، ١٩٨٦ .
٢٤. د. أيمن سعد سليم ، ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
٢٥. د. جلال علي العدوي ود. رمضان أبو سعود ومحمد حسن قاسم ، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ .
٢٦. د. جلال علي العدوي ، د. عصام أنور سليم ، في المراكز القانونية ، نظرية الحق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
٢٧. د. حسن كيره ، أصول القانون ، ط ٢ ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٥٩ - ١٩٦٠ .
٢٨. د. حسين وعبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية ، ط ٢ ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
٢٩. د. رمزي سيف ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦١ .
٣٠. د. السيد عبد العال تمام ، كفالة حق التقاضي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .
٣١. د. سيد احمد محمود ، أصول التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٣٢. د. سيد احمد محمود ، الغش الإجرائي في التقاضي والتنفيذ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ .

- ٣٣.د. عاشور مبروك ، الجديد في الإعلان القضائي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
- ٣٤.د. عباس زبون عبيد العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، ط٢ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ .
- ٣٥.د. عباس زبون عبيد العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ٢٠٠٠ .
- ٣٦.د. عبد الحكم فوده ، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية ، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية ، المينا ، ١٩٩٥ .
- ٣٧.د. عبد الحكيم عكاشة ، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٥ .
- ٣٨.د. عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر ، ج١ ، مطبعة الاعتماد ، مصر ، ١٩٢١ .
- ٣٩.د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٣ .
- ٤٠.د. عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٤٩ .
- ٤١.د. عبد الودود يحيى ، النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
- ٤٢.د. عدلي أمير خالد ، تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٢ .
- ٤٣.المستشار : عز الدين الدناصوري والمستشار حامد عكاز ، التعليق على قانون المرافعات ، ج١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
- ٤٤.د. عزمي عبد الفتاح عطية ، نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .

- ٤٥.د. عيد القصاص ، المسؤولية عن التنفيذ الجبري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ٤٦.د. فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون ، مطبعة جامعة دمشق ، ط ١ ، ١٩٦٧ .
- ٤٧.د. فتحي إسماعيل والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ١٩٧٥ .
- ٤٨.د. محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليميني والفقهاء الإسلاميين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- ٤٩.د. محمد سعيد عبد الرحمن ، الحكم القضائي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ٥٠.د. محمد عبد الظاهر حسين ، المسؤولية المدنية للمحامي اتجاه العميل ، القاهرة ، ١٩٩٠ .
- ٥١.محمد العشماوي ، ود. عبد الوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن ، المطبعة النموذجية ، القاهرة ، ج ٢ ، ١٩٥٨ .
- ٥٢.المرحوم محمد قدرى باشا ، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المطبعة الأميرية الكبرى ، ١٣٠٨ هـ .
- ٥٣.د. مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ج ٢ ، بلا سنة نشر .
- ٥٤.المستشار مصطفى مجدي هرجه ، أحكام التقاضي الكيدي ، إساءة استعمال حق التقاضي ، دار محمود للطباعة والنشر ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
- ٥٥.د. نبيل إسماعيل عمر ، الدفع بعدم القبول ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ .

- ٥٦.د. نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤ .
- ٥٧.د. نبيل إسماعيل عمر ، الطعن بالاستئناف وإجراءاته ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٠ .
- ٥٨.د. نبيل إسماعيل عمر ، الوسيط في الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ .
- ٥٩.د. نجيب احمد عبد الله ثابت الجبلي ، التعسف في استعمال الحق الإجرائي ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
- ٦٠.د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
- ٦١.د. وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
- ٦٢.د. وجدي راغب فهمي ود. عزمي عبد الفتاح ، مبادئ القضاء المدني الكويتي ، ط ١ ، مؤسسة دار الكتاب ، الكويت ، ١٩٨٤ .

#### ثانيا : الرسائل العلمية

١. علي عبيد عويد الحديدي ، التعسف في استعمال الحق الاجرائي في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٧ .
٢. وائل مؤيد جلال الدين الجليلي ، إجراءات الإثبات المدني ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٦ .

#### ثالثا : البحوث القانونية

١. القاضي رشيد عزو رشيد ، الجواز الشرعي ينافي الضمان ، بحث مقدم إلى مجلس القضاء الأعلى ، ٢٠٠٧ ، (غير منشور) .

٢. د. عبد الباسط جميعي ، الإساءة في المجال الإجرائي ، إساءة استعمال الحق في التقاضي والتنفيذ ، مجلة القانون والاقتصاد ، عدد خاص ، ١٩٨٣ .
٣. د. وجدي راغب ، دراسات في المركز القانوني للخصم أمام القضاء المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، العددان يناير وفبراير ، ١٩٧٦ .

#### رابعاً : مواقع الانترنت

١. صلاح الدين عبد الوهاب ، دعاوى الكيدية ، مجلة المحاماة ، السنة ٣٤ ، العدد ٦ ، فبراير ، ١٩٥٤ ، منشور على شبكة الانترنت على الموقع الالكتروني :

[www.smsma4law.com](http://www.smsma4law.com)

٢. موقع قاعدة تشريعات واجتهادات المحاكم المصرية :

[www.arablegalportal.org](http://www.arablegalportal.org)

#### خامساً : المجلات

١. مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل ، العدد الاول ، السنة الثانية ، بغداد ، ٢٠٠٠ .
٢. مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل ، العدد الرابع ، بغداد ، ٢٠٠١ .

#### سادساً : القوانين

١. القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢. قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
٣. قانون التنفيذ العراقي المرقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ .
٤. قانون الإثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل .
٥. قانون إيجار العقار العراقي المرقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠ .
٦. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .
٧. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل .
٨. قانون الإثبات المصري المرقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدل .



- ٩ . القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ ، ط ٢٠٠٥ .
- ١٠ . قانون المرافعات المدنية الفرنسية الصادر عام ١٩٧٥ .
- ١١ . قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ المعدل .
- ١٢ . قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ المعدل .
- ١٣ . قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي المرقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠ .
- ١٤ . قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢ .

#### سابعاً : المصادر الاجنبية

1. Jaques Mesnard , L,abus du dorit en matiere de dorit judiciaire prive ,These Paris , 1952 .
2. Jean Vincent et gunchard , procedure civile , 25 edition, Dalloz, Paris, 1999.
3. Jean Viatte , L,amende Civile pour abus du droit de plaider , gaz.1978.
4. Monique bandrac , les veirfications a operer , dalloz action .1998.
5. Pierre Julien et Natalie Fricero , droit judiciaire prive , L.g.d.j.1999.
6. Yvon Desdevises , L abus du dorit d'agit en justice avec success, Dalloz Sirey, 1979.

