



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

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

المخلص

يحقق ويحمي قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 ما تنظمه القوانين الموضوعية من حقوق ومراكز قانونية، ومنها قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 من خلال اجراءات الدعوى المدنية.

لكن بعض الدعاوى الشرعية تحمل طبيعة خاصة استدعت تفريداً تنظيمياً اجرائياً يلانمها من التنظيم العام للدعاوى المدنية، ومن بينها الشرعية الاخرى. الامر الذي رعاه وتولاه القضاء بأهمية وحرص الى مستواً أثار جملة من التساؤلات والاستشكالات القانونية الاجرائية تمتد من أصله الفني، ودواعيه، الى مفارقاته القانونية. حاول البحث الاجابة عنها وتقييمها ومعالجة اهمها.

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

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

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

ABSTRACT

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

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

المقدمة:

ينظم قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969، آليات تحصيل وحماية الحقوق والمراكز القانونية، تلك المنشأة بنصوص القوانين الموضوعية. فالحقوق الشرعية الناشئة عن واقعة الزواج والوفاء المرتبطة بها ينظمها قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959، موضوعيا، وقانون المرافعات المدنية اجرائيا. لكن، لخصوصية بعض منها، نراها لا توفر التطبيق الاجرائي العام المنصوص عليه قانونا، حتى انها تدعى بتسمية خاصة تميزها لها عن باقي الدعاوى، اذ يطلق عليها "دعاوى الحل والحرمة". وهي تسمية تطبيقية، ابتدعها القضاء العراقي لينظم لها آليات عمل خاصة بها لا تتماثل مع غيرها من الدعاوى. حتى كان مرجعيتها الاجرائية عرقية اكثر منها قانونية! وعلى ذلك تراها مختلفة عن الدعاوى التي يجري العمل عليها في محاكم الاحوال الشخصية، للتفارق الاجرائي بينهما. فالأخيرة تُنَبَّع فيها بدقة الاحكام المقررة في المرجع الاجرائي.

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

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

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

المبحث الاول / تحديد الطبيعة الخاصة لدعاوى الحل والحرمة

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

المطلب الاول / تأصيل دعاوى الحل والحرمة

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

تصبح معالجة الطبيعة الخاصة لهذه الدعاوى للوقوف على ضابطها تستلزم بيان نظام الحسبة، المنسوب ابتداءه الى الدولة العربية الاسلامية الحاكمة بالمرجعية الدينية صدقاً او ادعاءً، واسس له الفقه الاسلامي في حينها. فيعرف بعض الفقه الاسلامي¹، الحسبة على انها: "أمر بالمعروف اذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر اذا ظهر فعله". ويعرفها بعض آخر²، بانها: "الامور التي لا بد من اقامتها وحفظها والاهتمام بأمرها والشرع لا يرضى بتركها واهمالها". فيما يرى غيرهم³، فيها: "بالنظام رقابة على سير الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بطريقة تجعلها في اطار قواعد الشرع الاسلامي وفي نظام المصلحة العامة للمجتمع". مسنداً للمصادر الشرعية، واهمها القرآن الكريم بآيات عدة، منها: "وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ"⁴. و "وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ"⁵.

لكننا، ومن وجهة نظر تأصيلية، نرى ان العراقيين القدماء كانوا قد شرعوا من القوانين ما ينظم مختلف شؤون حياتهم، مثل قانون اورنمو وقوانين حمورابي وغيرها⁶. كما أوجد العرب قبل الاسلام نظاماً رقابياً على التجارة والعمل في اسواقهم واكلوا مهمة متابعته لرجال منهم⁷. الا ان نظام الحسبة وغيره من النظم الرقابية لم تكن موجودة في عصر الرسالة⁸، ولا في عصر الخلفاء الراشدين⁹، ولم تتبلور في العصر الاموي رغم اسناد مهمة الاشراف على الاسواق ومعاقبة المخالفين فيها للقضاة¹⁰. انما ظهرت وظيفة الحسبة بصيغتها الرسمية في العصر العباسي ما بعد سنة 140 هجرية تقريباً¹¹، و مرت بمرحلة تطويرية حتى وصلت الى صيغتها الاسلامية النهائية¹². الامر الذي لا يمكننا من الجزم بان ما قام به النبي الكريم (ص) من دعوته الناس والتجار منهم للمعروف والخير ومعاتبتهم على خلافه، وما كان من الخلفاء من بعده من رقابة ومتابعة للأسواق وامرهم بالمعروف، كان القصد منه تطبيق نظام الحسبة، انما كان منهم ذلك على سبيل تنفيذ المسؤولية الدينية والقيادية في الحفاظ على مصالح الناس¹³.

لننتب من ان نظرية الحسبة هي حصيلة اجتهادات الفقهاء فقها، والولاة تطبيقاً، وليس في القرآن الكريم من نص عليها، ولا في سنة النبي ﷺ أحكام تفصيلية لها. حتى ان مصطلح (الحسبة) عند الفقهاء لم يعرف بمفهوم محدد منفصل عن احتساب سائر أعمال البر عند الله تعالى. وكان قد تبلور مفهوم الحسبة في عصر الخلافة العباسية وما تلاه، فعرفت كأحد المؤسسات الرقابية النشطة في ايجاد التوازن بين الدين والدولة ومحاولة المحافظة عليه. ليوكلت تنظيم الحسبة كنظام اداري، ما عاصره من بناء فكري وحضاري للمجتمع الإسلامي المترامي الاطراف حينذاك. ولتتكون منه نظرية دينية اجتماعية ثقافية، وادارية اقتصادية وسياسية. بني لها منهاج الكبري فيه تتبع المنكرات منعاً، والصغرى تحري المعروف أمراً، وفق قواعد مرسومة سياسياً للشرع الإسلامي؛ ناظر في أمور الناس بإجراء ما قرر في الادارة العليا والنهي عما يخالفها، تنفيذاً للشرع وحماية لمصالح الجماعة¹⁴. وعلى الرغم من عناية الحسبة كعمل اداري ابتداءً بالجوانب الاقتصادية، لكنها تدرجت تطوراً لتضم اصعدة اخرى، والديني اولها باعتباره مرتكز الدولة الاساس على مختلف مراحلها، وانطلاق بنائها الحكومية منه¹⁵. ومن هنا ألفت مؤسسة الحسبة بظلاله على النشاطات المجتمعية، وليصبح المحتسب الرقيب الاول والمباشر على الافعال بقياس تطابقها من تنافياها مع ما مضت عليه الشريعة الاسلامية¹⁶. لا بتمام التوجه لتحقيق مبادئ الشريعة¹⁷، انما وفق ما تراه سلطات الدولة ومذاهبها¹⁸. ولعل ما يهمننا ان نعلم ان من الامور التي دخلت تحت واجبات المحتسب الدينية انكاره عقود الزواج المحرمة¹⁹.

بيد ان مؤسسة الحسبة التي ظهرت في القرن الثاني الهجري قد أفلت في القرن الثالث عشر للهجرة²⁰. حيث الغي التزامها في مصر مثلاً سنة 1819، لتدخل مظاهرها في وظائف اخرى في تنظيم الدولة²¹. وان وجودها قد تقلص ليبقى في بعض الدول في نطاق المعاملات المدنية على مسائل الاحوال الشخصية كونها محكومة بقواعد الشريعة الاسلامية بشكل صريح²²، برؤية من الرقابة على السلوك الانساني الذي يشكل تهديداً لقيم المجتمع²³. وعلى ما تقدم، فإن دعوى الحسبة هي "دعوى الامر بالمعروف اذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر اذا ظهر فعله"²⁴، ترفع بحق لله تعالى منفرداً او غالباً على حق العبد عند الاشتراك²⁵. وحق الله عند الاصوليين هو "ما عظم خطره وقوي نفعه للناس بعامة"، وما نسبته الى الله الا تعظيماً لأهميته²⁶.

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

من التصديق. لذا فان الحكم على قاعدة ما بخصوص تعلقها بالنظام العام من عدمه يعد من مسائل القانون فيخضع لرقابة محكمة التمييز²⁷.

وان كان "النظام العام" هو الأسس العليا التي يقوم عليها ببناء وهيئة المجتمع من جوانبه المختلفة²⁸، فانه قانونا يتمثل بأحكام اصطلاح المجتمع -شعب الدولة- على وجوب احترامها وتنفيذها لتنظيم حياة افراده المشتركة²⁹. احكام تسن بقوانين تنصف بالقابلية على التغيير والتطوير، لحاكمية الزمن تطورا، ورؤى ذلك المجتمع تغيرا. ولكون الاخلال بهذه الاحكام يضر بالصالح العام وقد يؤدي الى فوات الغاية من التنظيم المجتمعي، صيغت بقواعد قانونية أمرة، لئلا يخالفها الافراد او يتنازلوا عن تطبيقها او يتفقوا على خلافها. ومنها القواعد المتعلقة بتنظيم الاسرة من زواج او طلاق او نحوهما³⁰.

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

أما إجرائيا فالنظام العام راعاه المشرع من خلال نصوص إجرائية أمرة لا مجال لاجتهاد المحكمة في تقدير حكمها³². ومنها مراعاته للطبيعة الخاصة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية اذ نظمها بقواعد اجرائية مزروجة بموضوعية محل دعاواها والقرارات المتعلقة بها³³.

بيد ان المتتبع يجد ان فقهاء الشريعة لم يتفقوا على حصر لدعاوى الحسبة، لذا تراهم يضربون لها امثلة. وتلك الامثلة لم تكن بدورها موضعا لاتفاقهم، لاختلافهم في تحديد الحقوق التي يغلب فيها حق الله، والتي لا تقبل التنازل. فهي حقوق مردها لفكرة النظام العام، فيستدق تحديدها. وهكذا يصعب حصر دعاوى الحسبة، تبعا لصعوبة تحديد ما يقع تحت فكرة النظام العام³⁴. وهو ما كان ايضا من القضاء، وقبله القانون الاجرائي، بعدم بيانه لما قصد من دعاوى الحل والحرمة تعدادا، ولا وضع لها معيارا للتعرف عليها وتحديد لها لتمييزها بنظامها الاجرائي الخاص. الا اذا اعتبرنا تمييز المادة (309)، المشار اليه آنفا، لدعاوى "فسخ عقد الزواج والتفريق والطلاق" (بخاصية (التمييز التلقائي)، وبدلالة الاسباب الموجبة هو تعدادا ومعيارا لتحديد أي من الدعاوى الشرعية تقع في دائرة الحل والحرمة الاجرائية، مع ان الواقع القضائي يتجاوزها لدعاوى اخرى، مثل اثبات النسب³⁵. ولم اصل في البحث لتأكيد على ارجاع القضاء ذلك للفقهاء الاسلامي انطلاقا من مرجعية قانون الاحوال الشخصية ومواضيعه له³⁶، على الرغم من ان الفقهاء الشرعي هو الآخر -كما مر بنا- لم تتفق كلمته على تحديدها لتباين تحديد كل فريق منه للمواضيع التي يغلب فيها حق الله على حق العبد. لذا صار لزاما علينا بيان دور التكليف القضائي الاجرائي في تحديد أي من الدعاوى الشرعية داخلية في تنظيم دعاوى الحل والحرمة، وهو ما سيكون في المطلب القادم.

المطلب الثاني / دور التكليف الاجرائي في تحديد دعاوى الحل والحرمة

يسعى الخصوم الى القضاء للفصل فيما تنازعوا فيه من حقوقهم الموضوعية ولإسباغ حمايته عليها من خلال آلية إجرائية وفرها لهم القانون هي الدعوى³⁷. منطلقين من حق الاول (المدعي) في سماع دعواه، وحق خصمه (المدعى عليه) في المنازعة فيما وجه اليه وضد حقوقه من ادعاء. ففي النزاع الواقع بينهم على حق قانوني موضوعي، يحيلهم القانون لممارسة حقهم الاجرائي في الدعوى لفضله، فالدعوى حق وموضوعها حق آخر وبينهما استقلال³⁸. فالأخير مصدره القانون الموضوعي، بينما الاول مصدره القانون الاجرائي³⁹. وقد عرفها قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل بانها: "طلب شخص حقه من آخر امام القضاء"⁴⁰، وإشترط لقبولها شروطا من اهلية اطرافها وصفتهم وخصومتهم وقيامها على مصلحة يقرها القانون⁴¹. وقد استقر الفقه على ان الدعوى حقا لا واجبا لأطرافها⁴²، فللمدعي الحق في اقامتها او عدمه، ومنه يكون له الحق بالتنازل عنها⁴³.

لذا كان لأطرافها الخصوم السيادة في الدعوى من ناحية رسم وجودها القانوني، فمنهم يتعين موضوعها، الذي يتوجب عليهم بعد ذلك إثباته، و بإرادتهم وعلى أساسها يتم بنائها الواقعي وتوجيهها⁴⁴. فالإرادة هنا وسيلة (فنية)

تحرك الاجرائي من القانون لتؤسس لبنان الواقعة القانونية محل الادعاء ونواتجها محل الطلب، باستدعاء الفكرة القانونية الموضوعية⁴⁵.

والقاضي المدني ملزم بالحكم في اطار ما يطلبه الخصوم، لا بأكثر منه، ولا بغيره⁴⁶، ويعطي المشرع لصاحب الحق، الحق في ادارة دعواه وطلباته فيها أكثر من خيار⁴⁷. لأن موضوع الدعوى هو ما مطلوب من القاضي الحكم به؛ وهو ما يستهدفه الخصم من ادعائه قضائيا⁴⁸. فالوقائع يترجمها المدعي قضاءً إدعاء بحق أو مركز قانوني، طالبا الاعتراف به وحمائته. وليقع به على القاضي، بذلك الادعاء، عبء البحث عن القواعد القانونية الاجرائية الملائمة لتطبيقها للوصول لهذه الغاية⁴⁹، بل أن القاضي ملزم بالعلم بتفسيرها والآليات المتعلقة باجرائها⁵⁰.

وإن المشرع في وضعه إجراءات الدعوى المدنية كان رامياً لتحقيق المصلحة، بعدل سريع وغير مرهق، بأوامره ورخصه ونواهيه، كما يثبت لمستقر النصوص القانونية الإجرائية. وتطبيق تلك النواظم انما يكون بالأخذ بظاهر النص مع عدم الابتعاد عن روحه ومدلولاته وبما لا يخل فيه مقصود النص، والفرض الاساس بشأنه ان لا تناقض بين ظاهر الحكم القانوني الاجرائي وباطنه⁵¹. ولضمان ذلك، أنشئ المشرع محكمة التمييز لتدقق في الاحكام القضائية لمراقبة تطبيقها للقانون⁵².

بيد انه، وكما هو معروف فإن المشرع الاجرائي لم يراعي في سنه لقواعده الإجرائية المصلحة العامة فحسب، وإنما راعى مصالح خاصة للخصوم في نواح متعددة، منها ما يكون احتراماً لإراداتهم واتفاقاتهم، أو لجانبهم الإنساني⁵³. وان كان قد جعل إنفاذ هذه المقاصد سلطة تقديرية بيد القاضي المختص، لكنه وضعها تحت مراقبة محكمة التمييز، باعتبارها من مسائل القانون⁵⁴.

ويوجب المشرع العراقي سريان "النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها"⁵⁵، بخصوص موضوع الدعوى، من خلال تكييفه بالنسبة للنصوص القانونية. والوجوب بمطلقه هنا يتعلق بالأكيد- بالقواعد الأمرة، اذ انه ليس كذلك في القواعد المكملة، ففيها يكون وجوب تطبيقها مرتبط بإرادة الخصوم، فلا تطبق عندما يتفق الخصوم على مخالفتها أو على خلاف أحكامها؛ لأنها قواعد لا تتعلق بالنظام العام، إنما شرعت لتفسير واكمال إرادة الأطراف⁵⁶. وقواعد قانون المرافعات المدنية من الاولى بالمجمل، لذا تراه اشار في المادة (203) الى ذلك من خلال طرحه للخصوم امكانية الطعن في حكم المحكمة بطريق التمييز اذا بني على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه⁵⁷.

بيد ان اهمية التكييف القانوني تفرض على المشرع إيراد نص يوجب على محكمة الموضوع تطبيق النص القانوني الملائم على الواقعة القانونية في الدعوى بشكل صريح⁵⁸. وهو تصور يؤيده القضاء العراقي الذي يوجب على محكمة الموضوع إعمال النص التشريعي الملائم على واقع النزاع المعروض أمامها⁵⁹.

الامر الذي يحتاج من المحكمة إلى فهم للنص الاجرائي ومن ثم إعمال قواعده القانونية في تحقيقاتها لما بين يديها من دعوى، فأينما تعثرت المحكمة في آلية التكييف الاجرائي الموافق للقانون، خرجت الدعوى عن خارطة مسارها السليم⁶⁰. فإنقطاع الصلة القانونية بين النص الاجرائي وما تجر به المحكمة في الدعوى المنظورة من قبلها سيوقعها في حالة تكييف خاطئ. إذ يتعين عليها وصف النزاع المرفوع أمامها وصفا يُمكنها من تطبيق القواعد القانونية عليه، الموضوعية منها والاجرائية. والقانون يوسع سلطة القاضي في ذلك⁶¹، ولكنه يحاكم نواتجها الحكمية⁶².

وإذا كان التكييف (الموضوعي) يتضمن إعمال القاضي لذهنه لحل مسائل الدعوى، من خلال ما يقوم به من تقديرات منطقية في اطار القواعد التشريعية الموضوعية، فان التكييف (الاجرائي) عادة ما يتم بجهد عقلي ومعرفي أقل، بسبب من جمع القواعد الاجرائية في قانون المرافعات، ووضوحها وبساطة عمقها المنطقي وتوجه المشرع فيها لبيان فرضها وحكمها الاصيل والاحتياط عند لزومه⁶³، بل وغايتها احيانا⁶⁴. فلا يبقى على القاضي فيه الا وضع خطة من اجراءات تقضي به الى تقعيد الحق محل النزاع قواعده القانونية السليمة وتلبية طلبات الخصوم الموافقة ما تقرره النصوص الاجرائية. وليس في ذلك -على ما يبدو- سعة من اجتهاد، لكون القواعد الاجرائية أمرة ومن النظام العام في جلها.

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

لإعمال القانون⁶⁵. إلا أنه في التكييف الاجرائي سهولة وبيان عنه في الموضوعي، ومن التطبيق العملي في سوح القضاء دليل على ذلك، إذ يُرى فيها أن الخطأ في الموضوعي أكثر منه في الاجرائي احصائياً.

ومنه يتضح أن التكييف القضائي الاجرائي يتطلب أن تتوفر في الدعوى وقائع تتوافر فيها خصائص اجرائية، وأن ينص قانون المرافعات على اتباع حكم اجرائي محدد على كل من تلك الوقائع لإندراجها بمميزاتها تحت أحد الأوصاف التي ينظمها القانون ويرتب عليها أثراً. ليكون تطبيق النص الذي قرره المشرع الاجرائي على الواقعة المعروضة لرأي القاضي؛ مزج بين عمل المشرع وعمل القاضي، وانزالاً للقانون الاجرائي للعمل القضائي ليحقق الغاية من تشريعه⁶⁶.

فالتكييف الاجرائي عمل قضائي مضمونه إعطاء وقائع الدعوى وصفها القانوني الاجرائي بتحديد طبيعتها القانونية، فبقدر ما يكون الحكم الاجرائي مسبباً بقدر ما تسهل معرفة تكييف الدعوى الذي وقع عليه اختيار القاضي ومدى توافقه مع القانون، وبالتالي صحته. وعليه فإن التسبب يكون كاشفاً عن التكييف ومتضمناً له، ومن هنا كان الارتباط وثيقاً بينهما⁶⁷.

فلا بد للقاضي أن يبين سنداته القانونية الكافية التي كانت الباعث الدافع لحكمه فقاده اليه. فإذا كان التسبب نتائج بنيت على مقدمات، وجب مطابقة جانب الدعوى الاجرائي لمرجعيتها القانونية، لتأتي تلك النتائج صحيحة. وذلك واجب اجرائي يلتزم به القاضي ناظر الدعوى، وبه بيان فهمه للواقع وأدلته القانونية الموضوعية والاجرائية⁶⁸. وفي سبيل ذلك على القاضي بيان أسباب ردوده على الطلبات والدفع التي كانت من الخصوم، ليفهم الخصوم علة ما انتهت اليه دعوتهم من حكم. ولتتمكن جهة الطعن من فرض رقابتها عليه، ليُعد الحكم المجرد من أسبابه القانونية أو مسبب بعبارات لا سند لها من القانون، منطوياً على خطأ يتعلق بنشاط القاضي الاجرائي. مما يفقده مقومات قبوله القانوني كحكم قضائي، فيكون معيباً أو باطلاً⁶⁹. وأن رقابة محكمة التمييز على تسبب الحكم القضائي هي رقابة على منهج مُصدره في الاقتناع الذي انتهى به إلى الحكم الذي أصدره، ذلك الاقتناع الذي يجب أن تتكون فيه عقيدة القاضي من وحي النصوص القانونية لا من مصدر آخر⁷⁰.

في حين أن الباحث في الاحكام القضائية الصادرة في دعاوى الحل والحرمة يجد أن التسبب الاجرائي فيها لا يتعدى عبارة (كون الدعوى من دعاوى الحل والحرمة) أو نحوها⁷¹، بلا استناد إلى نص اجرائي اباح للقاضي على الأقل، أن لم نقل أمره، أن يخالف الكثير من نصوصه الأخرى المتعلقة بما مر ذكره وسيمر من اجراءات لازمة الاتيان على الشكل والحكم الذي رسمته تلك النصوص. وهو في هذا يخالف التكييف والتسبب القانونيين المطلوبين على وجه الالتزام والصحة، ليأتي بتكييف ليس ذي صفة قانونية، وبتسبب معدوم أو غير كاف أن ننزلنا. وبه ننعي على الفكرة الاجرائية في دعاوى الحل والحرمة، بأنها تخالف قانون المرافعات المدنية بلا عذر منه، فالعذر من خارجه غير مقبول كون أهم نصوصه وقواعده من النظام العام، أو أنها بأسباب تفريد في نظامها الاجرائي فيها اخذ ورد قانوني، نورد أهم محطاتها في الآتي:

المطلب الثالث / قصور مبررات التفريد الاجرائي لدعاوى الحل والحرمة

يتعلق قسم من دعاوى الاحوال الشخصية بالحل والحرمة، وهو ما يفرضي لتعلقها بالنظام العام، وتُراعى لذلك. فرغم أن جل الاجراءات التي يتطلبها قانون المرافعات في الدعاوى المدنية من النظام العام أيضاً، لكن مراعاة الحل والحرمة أولى من مراعاة الشكلية التي يوجبها القانون الاجرائي⁷²، كما يرى القضاء العراقي، إذ قررت محكمة التمييز الاتحادية⁷³، بأنه: "يحق لأي من اطراف الدعوى أو عضو الادعاء العام الطعن تمييزاً في الحكم في الدعاوى التي تتعلق بالحل والحرمة حتى لو انقضت مدد الطعن القانونية لان حتمية الطعن خلال هذه المدد واعتبارها من النظام العام لا يكون لها أي حضور وتنحي جانباً عندما تتعارض مع الدعاوى التي تتعلق بالحل والحرمة كون نظام الحل والحرمة أعلى منزلة واقدس مكانة من فكرة النظام العام ... ولهذا فإن مشرع قانون المرافعات قد احتاط لذلك واعطى حيزاً للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة وقد تجسد ذلك في نص المادة (299) من قانون المرافعات المدنية التي نصت (تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية) فان لم يوجد نص تطبيق احكام المرافعات المبينة بهذا القانون بما يتلائم مع طبيعة الدعوى الشرعية". وكذلك تأكيده في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية على طبيعة الدعوى الشرعية والتي اعتبرها ذات طبيعة خاصة تتصل اتصالاً مباشراً بمفهوم الحل والحرمة فلا تكون والحالة هذه حقاً خالصاً لأصحابها..".

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

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

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

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

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

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

الامر الذي يثبت ان القضاء في احتجابه بنص المادة (299) في مخالفة القانون في اجراءات دعاوى الحل والحرمة، قد حمل النص اكثر مما يحتمل، بل وتجنى عليه، وخالفه والقانون برمته. فالنص اولا؛ لم يفرد لدعوى الحل والحرمة تنظيما خاصا بها، انما نظم القانون بالكتاب الرابع منه اجراءات الدعاوى الشرعية بلا تمييز بينها، باستثناء التمييز التلقائي للأحكام الصادرة في دعاوى فسخ عقد الزواج والتفريق والطلاق وعدم تنفيذها قبل ذلك، المقرر في المادة (309) ⁷⁶. وبه لا يعود للدعاء بانها نظمت بالمادة المذكورة من اساس. وثانيا؛ ان نص المادة المذكورة يبين انه ما لم تخطه النصوص الخاصة بالدعاوى الشرعية من تنظيم يرجع فيه الى التنظيم الاجرائي العام للدعاوى المدنية، بقيد ملائمتها لطبيعة تلك الدعاوى. وهو ما يعني انه في دعاوى الحل والحرمة لابد من اعمال التنظيم القانوني الاجرائي العام لعدم تنظيم جل اجراءاتها في النصوص الخاصة المشار اليها. وبالتالي يكون القضاء بعيد عن، ومخالف لهذا النص عند تطبيقه اجراءات لم توردها نصوص قانون المرافعات، او تطبيقه ما يخالفها تماما. وثالثا؛ لا عذر في مخالفة القضاء للتنظيم الاجرائي العام المنصوص عليه في القانون فيما يتبعه من اجراءات دعاوى الحل والحرمة، بما جاء في ذيل المادة (299) بمراعاة طبيعة الدعاوى الشرعية عند التطبيق القانوني الاجرائي العام. لان النص لم يجز اخراج دعاوى الحل والحرمة من التنظيم العام للدعاوى المدنية، بدليل عدم نصه الصريح على ذلك، انما سمح للقضاء بالتطبيق (الخاص) لتلك القواعد استرشادا من طبيعة دعاوى الحل والحرمة، فالزم باختيار ما يناسب طبيعتها منه لا من خارجه. ليكون قد قرر ابقاء قواعدها الاجرائية من ضمن القواعد العامة، وليصبح الخروج عليها ممنوعا، وفيه لا يجوز الاجتهاد لامرية نصوصه وتعلقها بالنظام العام. وعدم بيان المشرع الاجرائي للطبيعة المرعية للدعاوى الشرعية، رغم تأشيرنا لخطئه انطلاقا من الدقة والتحديد التفصيلي المفترض في القانون الاجرائي، لا يبيح للقضاء خلق تنظيم اجرائي مخالفا لما شرع والزم لنوع من دعاوى بدعوى تعلقها بنظام الحل والحرم الشرعي. وتلك حجة لم يقل بها القانون الاجرائي ولم يشفعها بخاص من تنظيم، مكتفيا بالعام منه.

وما تقدم ينزع صفة "الموافقة للقانون" من الاجراءات القضائية المتبعة تطبيقيا في دعاوى الحل والحرمة. الامر الذي يدخل تلك الاجراءات في حكم الفقرات (1 و3 و5) من المادة (203) على الاقل ⁷⁷، باعتبارها تنطوي على مخالفة للقانون، ومؤثرة سلبا في صحة ما أسس عليها من احكام قضائية، التي تأتي بسببها غير جامعة للشروط القانونية من تكييف وتسبيب سليمين، ومتضمنة؛ اغفالا للفصل في جهات في الدعوى، او قضاء بأكثر مما طلبه الخصوم او بغيره ⁷⁸، ان هم طلبوا التنازل عن الدعوى او ابطالها. لتسمي بها محكمة التمييز ملزمة بنقض الاحكام الصادرة في دعاوى الحل والحرمة لتوفرها على الاسباب الواردة في المادة (3/210)، والمادة (211) التي تشدد في النقص ⁷⁹. كما تدخل تلك الاحكام القضائية تحت حكم المادة (3/212) ⁸⁰، التي تخص مخالفة الحكم للإجراءات وتلزم، فضلا عن نقضه، محكمة الطعن بإعادة الدعوى الى محكمتها مرة إياها بإعادة نظر الدعوى، منطلقة من النقطة التي وقعت فيها المخالفة الاجرائية لتلغيها وما بعدها من اجراءات ترتبت عليها.

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

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

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

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

المبحث الثاني / احكام دعوى الحل والحرمة الاجرائية

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

المطلب الاول/ حضور الخصوم وغيابهم في دعوى الحل والحرمة

يعتبر حضور الخصوم في جلسات الدعوى هو فاتحة عملية لإعمال حقهم في الدفاع عن حقوقهم فيها. وحق الدفاع حق شرعي دستوري مقدس⁸⁴، ولا بد من إتاحة الفرصة كاملة لتطبيقه، وذلك ما يبدأ بحضور الخصم المرافعة في دعواه لوقوفه على ما قد يتخذ فيها، وبالذات ما كان ضده، ليتمكن من ابداء دفاعه عن حقوقه واثباتها بكل حرية وسعة قانونية اجرائية.

لكن لا بد من ملاحظة ان دفاع الخصم عن حقه حق خالص له محترم لا يجبر عليه ان لم يرد استعماله⁸⁵. وبقائه في دائرة الحقوق يحيطه بفضاء من الحرية المناسبة ويترك زمامه في يد صاحبه، الطرف في الدعوى. وهو ما يتنافى مع الاجبار والقسر عليه، بل وعلى مدى نجاحه فيه يأتي الحكم في الدعوى.

وعلى تلك القاعدة أسس قانون المرافعات المدنية نظريته للمرافعة، اذ الزم بتأمين حضور الخصم في الدعوى بضرورة اتصال علمه الوافي بالدعوى موضوعاً واشخاصاً واثباتاً ومكاناً وزماناً، من خلال الأمر بتبليغه المؤثر بمعلومات وآليات قانونية دقيقة، توصل له العلم الدقيق الفاتح لعمله بالدفاع عن حقوقه التي تطالها الدعوى⁸⁶. كما نظم اليات هذا الحضور بنصوص قانونية ملزمة⁸⁷، على المحكمة مراعاتها والا شاب عملها البطلان وعدم النفاذ، متعلقة بتهيئة المكان والاجواء المناسبين لحضوره الايجابي في الدعوى وتمكينه من وسائل دفاعه عن حقه الكبيرة، والكثيرة⁸⁸.

بل وامر بانتظار ما يكون لحضوره من نتائج ايجابية، للحكم في الدعوى على ضوء من نجاحها في مهمتها⁸⁹، وابقى الفرصة متاحة له بحضور مناقشة حقه من جديد حتى بعد الحكم في الدعوى التي لم يتاح له حضور جلساتها، ولو كان مختاراً غيابه ذاك⁹⁰.

كل ذلك في إطار من حرية الحضور فلا يؤخذ على عدمه، لا دليلاً ضده، ولا حكماً عليه. فالدفاع عن الحق حق ومقدمات ممارسته حرية، بالحضور وغيره. وتلك وجهة نظر القانون بلا خلاف⁹¹. لكن قضاؤنا حول هذه الحرية إلى الزام. ولم يترك لطرف دعوى الحل والحرم إمكانية التمتع بها كما يتاح له في باقي دعاواه، حتى أن محكمة التمييز الاتحادية نقضت حكماً، معتبرةً إياه "غير صحيح ذلك أن الطلاق جرى بغياب الزوجة"⁹². إذ أجبره على الحضور ولو باستخدام بعض الوسائل القسرية المستعملة في دعاوى الجزاء لتستمتع لأقواله، باعتباره جزء من عملية الإثبات المتعلقة بموضوع الدعوى، مستعيناً – أي القضاء – بما توفره المادة (17/أ) من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل للمحكمة من مكنة اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة.

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

فحضور الخصم محل حرص القضاء في هذا النوع من الدعاوى كما مر بنا، ونرى أنه يمتد لاستماع وتدوين أقواله فيما ينسب إليه من قول أو فعل في محل النزاع. الأمر الذي تقره محكمة التمييز الاتحادية بحكمها في دعوى طلاق الزوج فيها مودع بالسجن لحكمه بالمؤبد، الذي نقض القرار المطعون فيه "لأن محكمة الموضوع أرسلت ورقة تبليغ المدعى عليه إلى إدارة السجن لغرض تبليغه إلا أنها لم تطلب تأمين أحضاره أمامها بغية الاستماع إلى أقواله بصدد الدعوى لتعلقها بالحل والحرمة وجواز مخاصمته فيها"⁹³، بحيث أن امتناعه عن الإدلاء به يسمح للمحكمة في استخدام القسوة والعقوبة ضده لانتزاع القول منه. الأمر الذي قد يصل إليه من حبس ذلك الطرف، وعلى العكس منه أمر صدقه في القول الذي لا نرى إمكانية تحصيله، ليتم اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى غير الإقرار لإثباته.

ففي دعوى تصديق الطلاق الخارجي، إذا تصادق الزوجان على حالة الزوجة (الصحية) النسائية، حكمت المحكمة بوقوع طلاقهما من عدمه بناء على بيانهم ذلك. أما إذا لم يصادق الزوج على إقرار الزوجة عن حالتها تلك، بادعائه عدم صدقها، اعتبرته المحكمة عاجزاً عن إثبات ادعائه، فمنحته حق تحليفها اليمين الحاسمة. فيما يمكن لها الاستعانة بالخبرة الطبية في إثبات ما اختلفوا فيه. لكن اتجاه المحكمة للإثبات باليمين الحاسمة هذا يفتح المجال أمام اللجوء لذات الوسيلة بغياب الزوجة بإصدار القرار معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض، قياساً على حالة الحكم على المدين الغائب وعجز الدائن الحاضر عن الإثبات. فكلاهما الدائن والزوجة عاجزين عن إثبات مديونية أو طهارة الطرف الأخرى، على التوالي. وكلا الحاليين محدد بالإثبات باليمين، باعتبار غياب باقي الأدلة، جزئياً في حالة الدائن لعدم الدليل الكتابي الوحيد الممكن إثبات المديونية به، وكلياً في حالة الزوج باعتبار طهارة المرأة ليلاققتها للطلاق حالة جسدية داخلية فيها، لا دليل عليها من غير الزوجة ذاتها.

كما يمكن إقامة هذه الدعوى من زوج على زوجته المتوفية، أو من ورثتها ضده، أو من ورثة أي منهما على الآخر إذا توفيا، لدواعي متعلقة بالمزاحمة في الميراث. وتلك أحوال ليست الزوجة فيها على قيد الحياة لإجبارها على الحضور وسؤالها عن حالتها النسائية لتقرير وقوع طلاقها من عدمه، أفلا تحكم المحكمة بالطلاق. وحيث أنها ستحكم باعتبار أن عدم حكمها امتناع عن احقاق الحق وتعطيل لمصالح الناس وكلا الحاليين غير مقبول قانوناً، وحيث أن حكم الأمثال فيما يجوز ولا يجوز واحد، فإن المحكمة يمكنها أن تحكم بالطلاق بغياب الزوجة وبلا اضطرار لإجبارها على الحضور واللجوء معها في سبيل ذلك للقسوة، وفي الأحوال أعمار لا حصر لها. فلم يلجأ القضاء لمخالفة قاعدة حرية الحضور أن كان بإمكانه الوصول إلى حكمه في موضوع الدعوى بوسائل الإثبات القانونية الأخرى غير مضطراً لإقرار الخصم ليصدر حكمه له أو عليه، ولأخير اللجوء لطرق تصحيح الأحكام بالطعن فيه إن رآه لم يلبي حقوقه. وتلك مكنة ثبتت للقاضي من خلال النص الاجرائي في المادة (299)، التي وجهت بالبحث عن الإجراء القانوني الملائم لطبيعة الدعوى الشرعية واتباعه.

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

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

المطلب الثاني / الانهاء المبتر لدعوى الحل والحرمة

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

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

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

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

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

وفي سبيل انهاء الدعوى تحكم المواد (56 و 88 و 90) بإمكانية انهاءها بتنازل المدعي عنها او ابطاله لعريضتها التي حركتها ابتداء، بل انها لم تقف باهتمام عند اسباب ذلك لدى المدعي. والابطال قد يرد بطلب من المدعي او المدعي عليه في حالة خاصة، او كلاهما، او قد يرد بحكم القانون جزاء لبعض الحالات⁹⁴. وان كان معنى الابطال النزول عن الخصومة القائمة، لكن للمدعي ان يحتفظ في حق المطالبة بأصل الحق المدعى به، بحيث يجوز له تجديدها⁹⁵، ما لم يكن حقه في ذلك قد سقط لأسباب اخرى، أو تقادم فإنقضى⁹⁶. فقد يتجه المدعي من طلبه بإبطال دعواه لعدم الحاجة او عدم التفرغ والاستعداد او انتهاء سببها أو من اعتبارات عائلية أو إنسانية تمنعها او تمنع استمرارها⁹⁷. والاثار ذاته يترتب على الابطال بحكم القانون⁹⁸.

لكن هذا الحق في الابطال، ورغم تقريره بالقانون، ممنوع بحالات نص عليها القانون، من توقيت طلبه قياساً لحالة الدعوى فرفض اجابته عندما تكون المحكمة قد تهيأت للحكم في الدعوى⁹⁹، وهو ما يكون اذا استمعت المحكمة لما لدى الخصوم من أقوال وإستكملت تحقيقاتها في موضوع الدعوى وفي الأدلة المقدمة بحيث أصبحت صالحة للحكم فيها¹⁰⁰.

وممنوع لحماية المدعى عليه من ضرر قد يلحقه من طلب الإبطال حين تكون رعاية مصلحته أولى من رعاية مصلحة المدعى في ذلك الطلب، وهو ما يبرز عند ابداء الاول دفعا من شأنه ان يؤدي لرد دعوى الثاني¹⁰¹.
ويمنع حق الإبطال من قبل القضاء في دعاوى الحل والحرمة، فلا تستجيب فيها المحكمة لطلب الإبطال، على الرغم من أن حق المدعى بإبطال دعواه قرره القانون¹⁰². لنلاحظ ان القضاء يخالف بصراحة هذا الحق القانوني الاصل والتقرير، في دعاوى الحل والحرمة فلا ينهاها بطلب التنازل او الإبطال الصادر من محررها القانوني - المدعي- بعدم رغبته في الاستمرار بها لأي سبب تَكُون لديه. ولا يسمح بإنهائها إنهاءً مبسراً¹⁰³، ويصر على الوصول بها الى حكم فاصل في موضوعها، استجابة منه لتعلقه بنظام الحلال والحرام الشرعيين - الذي يُراعى- ذي الاحكام الواضحة في شأن ما يثار من نزاعات على المراكز الشرعية لأطرافها. وهذا النظام لا يقبل التعطيل، لاهتمام وحرص الشارع المقدس عليه، فالمراكز الشرعية لأطراف الدعوى يجب ان تكون قاطعة في وجودها في (جهة) الحلال او (جهة) الحرام، فلا موضع لها بينهما. ولا يقبل الرأي المتعدد بينهما، او عدم الوقوف على اي منهما. وليتبع القضاء هذا الحرص، فيحكم في الدعوى على اطرافها وفقا لذلك. فقد قضت به محكمة التمييز الاتحادية¹⁰⁴، بقولها انه: "أن دعوى الطلاق غير قابلة للإبطال لكونها من دعاوى الحسبة لتعلقها بالحل والحرمة وإن طلب الطرفان إبطالها. فكان على المحكمة الاستمرار بنظر الدعوى وإصدار الحكم المقتضي فيها على ضوء ما ثبت لها شرعاً وقانوناً".

ومن جهة أخرى، فانه ينبغي على ملكية الدعوى لأطرافها، السماح القانوني للخصوم بإنهاء دعواهم او تركها في اي مرحلة كانت. ويتأكد بترتيب القانون لهذا الترك من سقوط الحق في الاستمرار بنظر الدعوى، لتنتهي إنهاءً مبسراً بالإبطال بحكم القانون¹⁰⁵.
اي ان القانون هنا يؤيد، ان لم نقل يشجع على، إنهاء الدعوى وديا او بالاتفاق بين الخصوم كونه الحل الاكثر مرغوبة واستقرارية مجتمعية. فترك الدعوى للمراجعة قرار بيد اطرافها تماما، والقضاء فيه مراقب او مؤقت، سلبي، لا راي له ولا حكم الا ما كان من التثبت من توفر الحال الموصوف في القانون.
ليكون للخصوم الحرية التامة في ايقاف القضاء عن نظر الدعوى والاتجاه الى وسيلة اخرى لحل نزاعهم. وأدلة ذلك، اعتبار المشرع مجرد غيابهم عن اي من جلسات مراجعتها تعبيرا عن هذا التوجه، وفي المدة المتروكة للمراجعة حث عليه مفصح عنه بالتوقيت المُتَّبَع بالإبطال. فضلا عن منع المحكمة من اتخاذ اي اجراء خلال فترة غياب الطرفين تحت طائلة البطلان. والترك تعبيرا عن التزام المشرع بفكرة ملكية الدعوى لأطرافها، ومسايرة لقاعدة المطلوبة في القضاء المدني حيث ترك امر استئناف نظر الدعوى مرهون بطلب اي من اطرافها بعد الغياب والترك¹⁰⁶.

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

وبنفس التوجه، ولعله من باب أولى، وقريب من فكرة ترك الدعوى للمراجعة، ترد فكرة عدم السير في الدعوى وتعطيل كافة إجراءاتها لمدة زمنية معينة قانونا في حال تحقق سببا من اسباب محددة قانونا، لكن باستمرار حالة قيام الدعوى بالرغم من وقفها انتاج آثارها القانونية، بما يدعى اصطلاحا "وقف الدعوى". وهو ما يكون اتفاقا او قضائيا او قانونيا، تبعا لمصدر انشائه¹⁰⁷. فالأول مصدره اتفاق الخصوم على وقف دعواهم¹⁰⁸، والثاني يكون بناء على رؤية وقرار محكمة الموضوع¹⁰⁹، وإما الثالث فمصدره نص القانون في حالات حددها¹¹⁰.
فالوقف الاتفاقي¹¹¹، وهو محل المنع في هذه الدعاوى من بين انواع الوقف التي نص عليها القانون، واشرنا اليها، هو الوقف الحاصل بناء على اتفاق الخصوم، وهذا ما أجازته الفقرة الأولى من المادة (82) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ للخصوم بنصها على انه: "يجوز وقف الدعوى اذا اتفق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ اقرار المحكمة لاتفاقهم".

ولعل ما دعى المشرع الى إجازة هذا النوع من الوقف هو انه من المحتمل أن تقوم مفاوضات خارج المحكمة بين الخصوم لغرض إنهاء النزاع القضائي بصورة ودية¹¹²، قد يعرقلها استمرار المحكمة في نظر الدعوى، ولا

يلبي حاجتها من الوقت تكرر التأجيل الذي لا يوافقهم عليه القاضي. وذلك بالجوء الى الصلح أو الى التحكيم أو انهاء الخلاف رضاء¹¹³.

وبالرغم من وجوب إقرار المحكمة لاتفاق الخصوم على الوقف بناء على إن الدعوى لا تزال ملكاً لأطرافها، لكن عرض الخصوم لاتفاقهم على المحكمة لتقره كما يتطلب القانون منظور فيه واجبها بالتحقق ومراقبة صحته، فليس لها رفضه¹¹⁴، كما تفعل في دعاوى الحل والحرمة، فترفضه وبالأثر نتائج من (ابطال بحكم القانون) بانقضاء المدة القانونية لعودة الخصوم لاستئناف نظرها¹¹⁵، تغليباً للمصلحة العامة في تنظيم مرفق القضاء، لكن القانون حفظ لطرفيها مصالحهم فيها، بان مكن المدعي من تجديدها¹¹⁶. وهو ما يُرد عليه وعلى منع ترك الخصوم الدعوى للمراجعة بما رددنا على منع غياب الطرف في هكذا دعوى

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

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

إذ يمارسه القاضي ابتداءً على النصوص التشريعية التي يزعم تطبيقها عند غموضها أو إبهامها أو اعتراضها النقص أو التعارض مع غيرها، فالنص القانوني الواضح لا مجال للاجتهاد في تفسيره لان "لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص"¹²⁰. وقد يمارسه القاضي عند استنباط الحكم الواجب تطبيقه حيث لا نص تشريعي يوفره، فلا يجوز للقاضي أن يدعي جهله بنص من نصوص القانون أو انعدامه فلا يحكم، ذاك لأن القانون يحمله في ذلك "التزاماً بتحقيق نتيجة"، صريحه البحث عن حكم، ومضمونه المعرفة المطلقة بأحكام القانون¹²¹. وذلك تماهياً مع التزامه الاجرائي بإبداء رأيه بتعيين النص الحكمي في المنازعة المنظورة، وإلا عد ممتنعاً عن احقاق الحق¹²². مع الإشارة الى انه، ينبغي على القاضي عند اعمال ذهنه في ملائمة الاحكام للدعوى التي ينظرها ان يستلهم روح نظام مجتمعه القانوني والغايات الاجتماعية السامية، لا مستنداً لمعتقداته الفكرية أو معتقداته الخاصة¹²³.

وعلى كلا المستويين القانونيين؛ الموضوعي منه والاجرائي، فالاجتهاد القضائي يضيف على القانون حيويته، ويعطيه مدياته العملية، اذ يبعث اجتهاد القاضي في النص القانوني القديم روحاً جديدة، تمد في صلاحيته مما يمكنه من حكم حالات متطورة عما قُئن اصلاً لها. مما يتعين على القاضي ان يتبع "التفسير المتطور للقانون" من خلال تأسيسه على "الحكمة من التشريع" تمهيداً لاجتهاده المفضي لتطبيق الحكم القانوني على الواقعة المنظورة¹²⁴. فالقاضي بتكليفه الوظيفي يتحسس البيئة المجتمعية، وتتضح له معالم تطورها من التبدل في قضاياها ونزاعاتها، فيتلمس احتياجها للتجديد القانوني، الامر الذي يضع على عاتقه ومؤسسته القضائية واجبين جُذ خطيرين. اولهما، ان يتقيد بالقانون بوظيفته في بسط القانون على ما ينشأ في المجتمع من نزاعات، لكن بما يخلق منه كياناً حياً ينظم البيئة الواقعية، ويضيف عليه من روح العصر¹²⁵، وهو ما يوفره اجتهاد القاضي من وحي استناده على التفسير القضائي المتطور للنص التشريعي، وعلى ذلك يجب ان تدور احكام القضاء رأياً وتطبيقاً¹²⁶. وثانيهما، ان ينهض العمل القضائي والقائمين عليه بمهمة التقييم الدوري العلمي لواقع تطبيق القواعد القانونية وما يكتنفه من صعاب وثغرات وما يعترضه من حاجة للتعديل أو التبدل من خلال جهة يخلقها مجلس القضاء الاعلى من قضائه الخبراء المواكبين والمراقبين لتفاصيل عملية تطبيق القوانين، تتولي اعداد تقارير مفصلة ودقيقة لهذا التقييم تتضمن اقتراحات بالتعديلات التشريعية المطلوبة، تتواصل بها مع الجهة التشريعية للخروج منها بقوانين تلائم حال البيئة الاجتماعية اكثر من المعمول به. لتأخذ الاجتهادات القضائية

حقها من التطبيق الموسع بتحولها لنصوص قانونية، فالأمن القضائي مهما اجتهد به، لا يمكنه ان يغطي المساحة التي يغطيها الامن القانوني. ومن تجربة محكمة النقض الفرنسية لهم رائد وقوة، عليهم السعي لاستلهاها¹²⁷. بيد ان للتفسير القضائي للنص القانوني المفضي للاجتهاد حدوداً، فضلاً عن الضوابط. فلا يصح ان يتعداها القاضي مجتهداً، لئلا يتخطى الحد الفاصل بين الاجتهاد القضائي والعمل التشريعي. الامر الذي يجد له مانعاً من مبدأ "الفصل بين السلطات" فلا تعد بينهما في الاختصاص، وسن القواعد القانونية من إختصاص السلطة التشريعية، فيما يكون إختصاص السلطة القضائية تطبيقها¹²⁸. فالقاضي مجتهد في تفسير النص القانوني لاستنطاقه بحكم واجب التقرير، وليس خالفاً لقاعدة قانونية، فهذه ليست من مهامه. وإن خلق، فهي لا تكون تلك القاعدة المكونة للقانون، فالعموم والتجريد صفتي الاخيرة لا توفرها الاولى، على الاقل. فقد خلقت الاولى لتحكم نزاعاً معيناً، فيما الثانية لتحكم نزاعات لا حصر لها ما إنطبق عليها فرضها، فيطبق عليها حكم القاعدة القانونية¹²⁹. فإن أخطأ القاضي فيما سن، حكماً بني على تفسير فاجتهاد غير موفقين، كان حكمه موجباً للنقض¹³⁰، فيما اذا أخطأ المشرع فيما سن، قانوناً بني على تصور ورؤية غير ناضجين، كان قانونه واجب التطبيق مادام قد صدر فنفذ.

وبينما تعد مهمة مراقبة حسن تطبيق القانون بتنفيذ نصوصه على ما يعرض من دعاوى في المحاكم او بعد تفسيرها والاجتهاد في اذا اقتضي الحال، من اهم وظائف محكمة التمييز الاتحادية التي اناطها بها القانون. فلقد انشأت لتسهر على تفسير وتطبيق المحاكم لقواعد القانون بسلامة، متصدية لمخالفتها¹³¹، بما هيأ لها المشرع من اسلحة النقض او الامر بما يناسب حال الحكم الذي ينظره، وانفذ قراراتها بالحجية والقرينة القاطعة على صحتها، على تفصيل في ذلك¹³². الا اننا نجد ما يتعارض مع ذلك في دعاوى الحل والحرمة، حتى كان منها ما نرى فيه خروج على الزامات قانون المرافعات الاجرائية، مبني على تفسير المادة (299) منه بتأسيس على "عبارات" مشرعه التي ساقها في الاسباب الموجبة للقانون، فاجتهدت في خلق قواعد اجرائية غير ما نص عليه القانون. حتى ان محكمة التمييز الاتحادية قد حكمت في قرار لها، مرت الاشارة اليه، بأن: "مشرع قانون المرافعات قد احتاط لذلك واعطى حيزاً للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة وقد تجسد ذلك في نص المادة (299) من قانون المرافعات المدنية"، في معرض شرعنتها لما نظمت من الاجراءات لدعاوى الحل والحرمة.

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

والمشكل هنا هو، انه وعلى الرغم من صفة (الاستثناس) لأحكام القضاء في العراق، كما هو معلوم لعدم العمل فيه بنظام السوابق القضائية، ومع ان اجتهاد محكمة التمييز لا قوة الزامية له على غيرها من المحاكم¹³³، فيمكن لأي منها مخالفته إذا رأت صوابية ذلك، لكن الملحوظ ان تبنى محكمة التمييز الاتحادية رأياً او اتجاهاً معيناً، يتبعه التزاماً تطبيقياً به من قبل المحاكم المختصة، بتأثير من السلطة الرقابية والأعلوية القضائية للأولى على الاخيرة. وكأنها - اي المحاكم - تدرك أن مخالفة اجتهادات محكمة التمييز خصوصاً المستقرة منها، لا طائل منها لأن مصيرها النقض. او لأنها تشعر بالسطوة الادبية لمحكمة التمييز بخبرة قضاتها، او اجتماع الخبراء منهم فيها، فيصبح ما تصدره من احكام تحرص على استقرارها التطبيقي، مبادئ لا يصح مخالفتها، او انها تؤلف قواعد عمل تأخذ حكم القاعدة القانونية عملياً¹³⁴.

فان كانت "الأحكام القضائية هي عنوان الحقيقة"¹³⁵، في موضوع دعاوى الحل والحرمة، فهي ليست كذلك في اجراءاتها، ان امكننا القول. وهي ان كانت حجة فيما فصلت فيه، فقد فصلت بالية اجرائية مخالفة للقانون الملزوم¹³⁶. الامر الذي يستلزم عدول محكمة التمييز عما إستقر عليه قضاؤها بشأن تفريد اجراءات دعاوى الحل والحرمة عن اجراءات الدعاوى المدنية والشرعية الاخرى، لأسباب فنية قانونية، تتعلق بخطأ في التكيف الاجرائي لتلك الدعاوى ادى لاعتماد سياقات قضائية فيها غير مشرعة، نتيجة لوقوع الخطأ في تفسير وتطبيق القانون الاجرائي.

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

تماماً بتراجعها عن الاجتهاد الذي قررته وسارت عليه، والذي قد يكون ناتجاً بالأصل عن عدم وضوح موقف المشرع من تحديد طبيعة الدعاوى الشرعية التي تتصل بنظام الحل والحرمة، وإقرار اجتهاد قضائي مغاير، مضمونه إتباع الإجراءات المقررة قانوناً فيها. فضلاً عن انه "لا يُنكرُ تغيُّرُ الأحكام بتغيُّرِ الأزمان"، كما تقرر القاعدة الفقهية والقانونية المعروفة¹³⁷.

الخاتمة

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

اولاً : النتائج

- 1- لا توفر دعاوى الحل والحرمة التطبيق الاجرائي العام للدعاوى المدنية، ومنها الشرعية، المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية العراقي.
- 2- لم يورد قانون المرافعات المدنية في قواعده الاجرائية تنظيمًا خاصاً بدعاوى الحل والحرمة، ولك ينص عليها تعداداً او معياراً لتعيينها.
- 3- تتسق المخالفة الاجرائية لهذا النوع من الدعاوى مع تعلق موضوعاتها بنظامي الحسبة والحل والحرمة، كما يعنقد القضاء العراقي.
- 4- فقتضائنا يرى ان مراعاة الحل والحرمة في هذه الدعاوى اولى من مراعاة الشكلية التي يوجبها القانون الاجرائي.
- 5- يلزم القضاء اطراف الدعوى بالحضور ومتابعة دعواهم ولا يقبل انهاءها مبسراً.
- 6- لا يحكم القضاء في الدعوى بمصاريفها لانه يعتبر لا خاسر معين فيها من طرفيها، او كلاهما خاسر.
- 7- لا يلتزم القضاء اثناء الدعوى بالاحكام القانونية الاجرائية المتعلقة بالغياب والابطال والترك للمراجعة والوقف الاتفاقي.
- 8- ولا يلتزم القضاء بعد حسم الدعوى بحتمية مدد الطعن بحكمها ويسمح بتجاوزها، بل ويوسع من الجهات التي يحق لها ذلك ليضيف لطرفي الدعوى الادعاء العام.
- 9- ويقرر القضاء ان المشرع الاجرائي في المادة (299) من قانون المرافعات قد اعطاه حيزاً لممارسة وظيفته ودوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة.
- 10- غطت نصوص عقابية في قانوني العقوبات والاحوال الشخصية، الاحوال التي يخشى القضاء في حدوثها انتهاك لحقوق الله تعالى وضوابط الشرع الحنيف، الذي كان مبرره لمخالفة القانون الاجرائي والنظام العام في قواعده.

ثانياً: المقترحات

- 1- نقترح على مشرعنا الاجرائي الكريم ان يُعدل قانون المرافعات المدنية فيما يخص موضوعنا، بالاشارة الى ان القواعد التي قررنا للدعاوى الشرعية في الكتاب الرابع منه تنطبق على كل ما يكون منها بلا تمييز بينها، على الاقل في اسباب قانون التعديل الموجبة، وان يلغي ما سبب الاتجاه القضائي المخالف وموجباته، وهو النص في الاسباب الموجبة شارحاً موجبات المادة (299) بقولها: " وقد استهدف القانون بهذه العبارة ان يبرر ما للدعوى الشرعية من طبيعة خاصة يتصل بعضها بنظام الحسبة و بالحل والحرمة..". باعتبار ان الالزام والحكم يرد في نصوص القانون وقواعده لا في اسبابه الموجبة.
- 2- وان ننزلنا، وافترضنا رغبة المشرع في تنظيم خاص لدعاوى الحل والحرمة، فندعوه حين ذاك لتعديل قانون المرافعات بما ينص فيه على تنظيمها بتفريد مفصل في الاجراءات الملائمة لطبيعتها، وان يحدد الدعاوى او يضع معياراً لتحديدتها، ان رغب في تفريدها عن الدعاوى الشرعية الاخرى، كما فهم القضاء من نص المادة (299).



- 3- نقترح على قضائنا الحريص على تطبيق القانون العودة الى القراءة السليمة والمتطورة للقاعدة القانونية الاجرائية، وتراجع عن اجتهاده الاجرائي المعمول به في محاكمنا الشرعية بخصوص دعاوى الحل والحرمة، كما بينا في ثنايا البحث.
- 4- نتمنى على قضائنا المميز الالتزام في اجراءات دعاوى الحل والحرمة بحكم المادة (299) التي ألزمت باتباع اجراءات مختارة من الاجراءات المنصوص عليها قانونا، ملائمة لطبيعة الدعوى الشرعية.
- 5- نقترح على القضاء العراقي تطبيق الآليات المتبعة في محكمة النقض الفرنسية من التعاون مع اللجنة القانونية في مجلس النواب، باعداد تقارير سنوية عن صعوبات العمل القضائي، تتضمن مقترحاته المناسبة لتجاوزها واعداد مشاريع القوانين او تعديلاتها التي يرى ضرورتها لتصحيح المسار القانوني وتلائمه مع التغيرات المجتمعية. لتقرر ما خرجت به من اجراءات دعاوى الحل والحرمة عن نصوص القانون كمقترحات لتعديله، فاذا عدل اتبعته بلا معقب عليها فيه.

الهوامش والمصادر

- 1 ابو الحسن علي الماوردي، الاحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الفكر ، بيروت، 2002، ص 284.
- 2 محمد رضا الكلبيكاني، الدر المنضود في احكام الحدود، ج1، ط1، دار القرآن الكريم ، 1991، ص 240.
- 3 موسى اقبال، الحسبة المذهبية في المغرب العربي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1971، ص 20.
- 4 سورة الانفال / الاية 25.
- 5 سورة آل عمران / الاية 104.
- 6 و كذلك قانون لبت عشتار وقانون اشفونا، للمزيد انظر: فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص 91-109.
- 7 جواد علي، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، ج7، جامعة بغداد، بغداد، 1993، ص 371.
- 8 خليل ابراهيم السامرائي، المظاهر الحضارية للمدينة المنورة في عصر النبوة، ط1، مطبعة الزهراء، الموصل، 1984، ص 72.
- 9 رائد حمود الحصونة، الحسبة في الاسلام، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 71.
- 10 الشريف المرتضى، مسائل الناصريات، مؤسسة الهدى، قم، 1997، ص 178.
- 11 رائد حمود الحصونة، مصدر سابق ذكره ، ص 104.
- 12 نيقولا زيادة، الحسبة والمحتسب في الاسلام، المطبعة الكاثوليكية، 1963، ص 30.
- 13 رائد حمود الحصونة، مصدر سابق ذكره، ص 93.
- 14 أحمد بن مصطفى، مفتاح السعادة ومصباح السيادة، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1985، ص 393.
- 15 المصدر نفسه، ص 222.
- 16 ابي الحسن علي الماوردي، مصدر سابق ذكره ، ص 248.
- 17 عبد الرحمن بن نصر الشيزري، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، دار الثقافة، بيروت، 1981، ص 112.
- 18 رائد حمود الحصونة، مصدر سابق ذكره، ص 226.
- 19 ابي الحسن علي الماوردي، مصدر سابق ذكره، ص 253.
- 20 اسحق موسى الحسيني، نظام الحسبة في الاسلام، مقالة في المؤتمر الاول لمجمع البحوث الاسلامية، الازهر الشريف، القاهرة، اذار/ 1994، ص 331.
- 21 المصدر نفسه، ص 335.
- 22 فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، بند 35، ص 78.
- 23 ابراهيم امين النيفاري، اصول التقاضي واجراءاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 152.
- 24 حسن الليدي، دعاوى الحسبة، مركز الطباعة ، القاهرة، 1983، بند 41، ص 51.
- 25 عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، 1947، بند 354، ص 376.
- 26 عبد العزيز المراغي، اعلام الاسلام، دائرة المعارف الاسلامية، القاهرة، 1946، ص 32.



- 27 عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، بند 52، ص 72.
- 28 أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الإدارية، ط1، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1404 هـ، ص 330.
- 29 فؤاد عبد المنعم، نظام الحكم في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1411 هـ، ص 11.
- 30 فالمشرع حين ينظم موضوعاً معيناً فإنه يضع قواعده على أساس من رعاية مصالح خاصة أو عامة. فما كان منها مقرر لمصالح الأفراد فلهم التنازل عنه، وهي ما تكون قواعد مكملة. أما ما كان مقصود به تحقيق مصلحة عامة لا تهم الأفراد بقدر ما تهم المشرع، لا يكون من حق الأفراد التنازل عنها، لتعلقها بفكرة التنظيم العام ويأبى المشرع مخالفة الأفراد لها أو الاتفاق على خلافها، فهي الزامية وجازمة، لذا يقال عنها قاعدة أمرية. وللمزيد انظر: محمود السيد عمر التحيوي، دعوى الحسبة، ط1، ملحق الفكر، القاهرة، 2001، ص 41-42.
- 31 راجع: القرار رقم 2017/147، نوع: احوال شخصية، في 2017/8/23
- 32 منها اشتراط المشرع الصفة لمن يباشر الدعوى، واختصاص المحكمة الوظيفي والنوعي والقيمي ومثيلاتها، مراعاة للنظام العام، باعتبارها ما وضعت في تقدير المشرع إلا رعاية لمصلحة عامة وهي حسن سير القضاء وسلامة أدائه لوظيفته.
- 33 حيث خصص لها الكتاب الرابع من القانون، وخصها بتنظيم منفرد في المواد (300-310)، ونص المادة (299) يؤكد ذلك.
- 34 حسن الليدي، مصدر سابق، بند 97 وما يليه، ص 132 وما بعدها.
- 35 حيث نص قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 147 / 2017 في 2017/8/23، المشار اليه سابقاً، على ان: "... ولغرض معالجة ما جاء بالحكم القضائي الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في النجف الاشرف ووضع الحلول الناجحة التي تضمن تطبيق احكام الشرع والقانون للحالة الشخصية للبنت المدعوة (م ص) والبت بموضوع نسبها الى أحد الابوين الواردين في الحكيم المتناقضين يقتضي الطعن بحكم محكمة الاحوال الشخصية في النجف الاشرف وذلك بالاستناد الى مفهوم الحل والحرمة الوارد بقانون المرافعات المدنية والمقيد لمدد الطعن القانونية"
- 36 انظر المادة (1) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، التي تحيل ما لم ينص عليه القانون الى مبادئ وفقه وقضاء الشريعة الاسلامية.
- 37 اجياد ثامر الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل ، 2001، ص 1.
- 38 JEAN VINCENT et SERGE GUINCHARD: Procédure civile, 24 éd, édition Dalloz, Paris, 1999. P. 119.
- 39 وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 103.
- 40 انظر المادة (2) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
- 41 انظر المواد (3-6) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
- 42 فتحي والي، مصدر سابق ذكره، ص 47.
- 43 المصدر نفسه، ص 54.
- 44 انظر د. هشام علي صادق ، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص ٢٢ .
- 45 كما يرى جانب من الفقه الإجرائي، وللمزيد انظر: وجدي راغب فهمي ، مبادئ الخصومة المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٦٥ . نقلاً عن : محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني في الدعوى، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص ٢٤٦
- 46 حسن حنتوش رشيد ، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية – دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٦ .
- 47 انظر مثلاً: المادة (44) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على ان: "١- كل دعوى يجب ان تقام بعريضة. 2- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بحق عيني على عدة عقارات اذا اتحد السبب والخصوم. 3- يجوز الادعاء بعريضة واحدة بعدة حقوق شخصية وعينية منقولة. 4- يجوز ان تتضمن العريضة الطلبات المكملية



- للدعوى او المترتبة عليها او المتفرعة عنها. 5- اذا تعدد المدعون وكان في ادعائهم اشتراك او ارتباط جاز لهم اقامة الدعوى بعريضة واحدة. 6- اذا تعدد المدعى عليهم واتحد سبب الادعاء او كان الادعاء مرتبطاً جاز اقامة الدعوى عليهم بعريضة واحدة". وعلى ذات النهج سارت نصوص اخرى كال مواد (3 و 46 و ٤٤/٢) و(٢/٢٤٨) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل. .
- 48 إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج ١، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٣، ص ٥٦٢
- 49 ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973، ص ٥٠ .
- 50 وهو نص وروح نص المادة (٣) إثبات عراقي والمادة (٣٠) مرافعات عراقي. وللتوسع انظر: منصور حاتم محسن وهادي حسين الكعبي ، مصدر سابق ، ص ١٤ .
- 51 محمد فتحي رزق الله، المقاصد الاجرائية: دراسة فلسفية في قانون المرافعات المصري، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والثلاثون، الجزء الاول، 2019، ص 1257.
- 52 فتحي والي، مصدر سابق ذكره ، ص ٣٠٧.
- 53 مثل: حق الخصوم في طلب جعل المرافعة سرية مراعاة لحرمة الأسرة (المادة 61)، وحق الخصم في طلب رد القاضي عن نظر الدعوى (المواد 93 و 95 و 96). وحقهم في طلبات فردية او جماعية اتفاقية (المواد 56 و 62 و 82 و 88 و غيرها).
- 54 راجع المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي.
- 55 انظر: نص المادة (١/١) من القانون المدني العراقي .
- 56 هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص ٢٧.
- 57 تنص المادة (203) من قانون المرافعات على انه تنص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية على الاحوال التي تبرر الطعن تمييزاً بالحكم القضائي ومنها: "1- اذا كان الحكم قد بني على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله"
- 58 حامد شاكر محمود، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، المجلد (2)، العدد (31)، 2017، ص 8.
- 59 راجع: قرار محكمة التمييز الاتحادية العدد: ٤١٠ / الهيئة الموسعة المدنية الثانية في ٢٠١٤/٥/١٩ والذي يقضي بأنه : (... وتجد هذه الهيئة أن موضوع الدعوى لا ينضوي تحت أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ والذي تنحصر تطبيقاته على التعهدات الجارية على بيع العقارات التي تقوم بين الأشخاص الطبيعية ولا تسري على عقود بيع عقارات الدولة والأشخاص المعنوية الأخرى المحددة في المادة (٤٧) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي تسري عليها أحكام القواعد العامة في القانون المدني ويكون اختصاص نظر الطعن التمييزي في مثل تلك الدعوى ضمن نطاق المسؤولية التعاقدية في القواعد العامة عند الإخلال بالالتزام الذي يكون أحد طرفيه الدولة أو شخص معنوي آخر لمحكمة التمييز الاتحادية وليس من اختصاص محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية) .
- 60 حسن حنتوش رشيد و حبيب عبيد مرزة، التكليف الخاطئ للدعوى (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017، ص 281.
- 61 تقرر المادة الاولى من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل، احد اهداف القانون بنصها على: "توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة".
- 62 تنص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية على الاحوال التي تبرر الطعن تمييزاً بالحكم القضائي ومنها: "5- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري.
- و يعتبر الخطأ جوهرياً اذا اخطأ الحكم في فهم الوقائع او اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى او فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى باكثر مما طلبوه او قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى او على خلاف دلالة الاوراق والسندات المقدمة من الخصوم او كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض او كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية".
- 63 مثالها المواد (2/14 و 18) من قانون المرافعات المدنية النافذ.

- 64 مثالها المادة (2/21) من قانون المرافعات المدنية النافذ
- 65 عبد اللطيف القرني، تكييف الحكم القضائي، مقال منشور في جريدة الاقتصادية السعودية، في عدد 2015/4/15 متاح على موقع الجريدة الالكترونية: www.aleqt.com ، تاريخ الزيارة 2020/10/5.
- 66 انظر: الاسباب الموجبة للقانون التي تنص على: "ان الغاية الأساسية للقضاء هي ضمان الحماية القانونية للناس كافة على سواء بينهم في ذلك وإذا كان قانون المرافعات هو الذي ينظم طرق التقاضي فإنه يجب ان تكون الإجراءات التي رسمها قاصدة إلى تلك الغاية غير متعثرة. ولا يكفي ان تكون الاحكام عادلة بل يلزم إلى جانب ذلك ان تكون سريعة ناجزة قليلة الكلفة مستوفية للضمانات محكمة الإجراءات".
- 67 عبد اللطيف القرني، تسبيب الأحكام القضائية بين الواقع والمأمول، مقال منشور في جريدة الاقتصادية السعودية، في عدد 2015/4/5 متاح على موقع الجريدة الالكترونية: www.aleqt.com ، تاريخ الزيارة 2020/10/5.
- 68 تنص المادة (162) من قانون المرافعات على انه: "بعد النطق بالحكم ينظم في مدى خمسة عشر يوما اعلام تبين فيه المحكمة التي اصدرته ... والقرارات التي سبق صدورها فيها ومنطوق الحكم وما بني عليه من علل واسباب والمواد القانونية التي استند اليها".
- 69 انظر المواد (203 و 210 و 213 و 214) من قانون المرافعات المدنية العراقي.
- 70 تنص الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي على ان: "وقد ذهب القانون إلى التشدد في تسبيب الاحكام قبل إصدارها وقبل النطق بها... ، وان كَوْن الحكم دائما نتيجة أسباب واضحة محصورة ... فاذا لم تودع الأسباب قبل تلاوة الحكم ... فان معنى ذلك ان القاضي قد نطق بالحكم قبل ان يَدِير في أسبابه أو ان الهيئة قد أصدرت الحكم قبل ان تتفق عليه وتستقر عقيدتها على اساس معين فيه و كَوْن الحكم قد خلا من هذه الضمانة التي حُرص عليها الشارع محلا للبطلان".
- 71 لاحظ نصوص القرارات التمييزية المشار اليها في محالها من البحث.
- 72 ياسر محمد سعيد، اثر الحالات النفسية في قضايا الاحوال الشخصية، المركز العربي للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2018، ص 71.
- 73 القرار رقم 2017/147 ، نوع : احوال شخصية، في 2017/8/23
- 74 انظر: الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية.
- 75 وهو ما نظمه قانون الاحوال الشخصية، حيث قررت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها رقم 4323/الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2017 في "فان من حق الزوج طلب التفريق طبقا" لما نصت عليه المادتين الرابعون والثالثه والرابعون من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل رغم ان له حق الطلاق الا ان من حقه طلب التفريق كما ان مفهوم الخيانة الزوجية اوسع من زنا الزوجية".
- 76 تنص المادة (309) من قانون الاحوال الشخصية على ان: "1 - ... والاحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج أو التفريق أو الطلاق ... اذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي ارسال الاضبارة في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لاجراء التدقيقات التمييزية عليها. 2 - لا تنفذ الأحكام والحجج المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تصدق من محكمة التمييز".
- 77 تنص المادة مادة (203) من قانون المرافعات العراقي على انه: "للخصوم أن يطعنوا بتمييز، لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو البداية أو محاكم الاحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداية كافة، وذلك في الأحوال الآتية : 1 - إذا كان الحكم قد بنى على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله 3 - إذا وقع في الاجراءات الأصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم 5 - إذا وقع في الحكم خطأ جوهري ..."
- 78 انظر: القرار التمييزي ذي الرقم: 1433/عريضة الدعوى/2010.
- 79 تنص المادة (212) من قانون المرافعات على انه: "تنقض المحكمة المختصة بنظر الطعن الحكم المميز من تلقاء نفسها اذا وجدت فيه مخالفة صريحة للقانون ذات اثر بين على صحته وان كانت البيانات والاسباب التي قدمها المميز غير كافية لذلك".

- 80 تنص المادة (212) من قانون المرافعات على انه: "3.. - إذا كان النقص بسبب مخالفة الاجراءات يعاد نظر الدعوى من المحكمة التي اصدرت الحكم من النقطة التي وقع النقص من أجلها وتبقى الاجراءات السابقة على النقص معتبرة".
- 81 انظر: الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي.
- 82 القرار رقم 2017/147 ، نوع : احوال شخصية، في 2017/8/23
- 83 ياسر محمد سعيد، مصدر سابق ذكره، ص 70. وقد سبق ان اشرنا في البحث الى اننا لا نعتبر ما جاء في الاسباب الموجبة بعدم امكانية اطراف دعاوانا محل البحث ابطالها لانه لم يرد كاستثناء على حقهم فيه المنصوص عليه في المواد 56 و 88 من القانون.
- 84 حيث تنص المادة (19) من الدستور العراقي لسنة 2005 /، على ان: "ثالثا- التقاضي حق مصون ومكفول للجميع. رابعاً- حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة".
- 85 تعرف النظرية الحديثة - التي يترجمها الفقيه البلجيكي دابان - الحق بانه: "استثناء شخص بقيمة معينة او شيء معين عن طريق التسلط على تلك القيمة او هذا الشيء"، باعتبار ان الاستثناء والتسلط والحماية القانونية هي جوهر الحق عناصره، بالتالي فهو مكنة يمنحها القانون ويحميها، يستأثر بالتصرف به بلا مشاركة او تعرض من الغير. للمزيد انظر: محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002، ص134.
- 86 انظر : المواد (13-23) من قانون المرافعات المدنية، والخاصة بالتبليغات.
- 87 انظر: المادة (1/51) من قانون المرافعات المدنية، التي تلزم المحكمة بالتحقق من صحة التبليغ قبل البدء بالمرافعات في الدعوى.
- 88 انظر: المادتين (60 و 61) من قانون المرافعات المدنية،
- 89 انظر: المادة (156) من قانون المرافعات المدنية.
- 90 انظر: المادة (177) من قانون المرافعات المدنية.
- 91 انظر : المواد (54 و 55 و 56) من قانون المرافعات المدنية.
- 92 انظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم: 1097/الطلاق بغياب الزوجة /1981.
- 93 انظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم : 1794/الخصومة/2008.
- 94 انظر المواد (54 و 180 و 190) من قانون المرافعات المدنية العراقي.
- 95 عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969، ج4، ط2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009، ص404.
- 96 احمد أبو الوفا، إنقضاء الخصومة بغير حكم، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، 2015، ص65.
- 97 محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، مكتبة الاداب، القاهرة، 1958، ص439.
- 98 انظر المادة (82) من قانون المرافعات المدنية العراقي. كما تنص الاسباب الموجبة للقانون على انه: "وغنى عن البيان ان هذا الحكم يسري على جميع الحالات التي قرر القانون فيها ابطال عريضة الدعوى".
- 99 فقد نصت المادة (88) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: "1- للمدعي أن يطلب إبطال عريضة الدعوى، إلا إذا كانت قد تهيأت للحكم فيها".
- 100 مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وتطبيقاته العملية، ط1، بغداد، 2005، ص152.
- 101 تنص المادة (88) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه: "3- لايقبل من المدعي عليه أن يعترض على هذا الطلب إلا إذا كان قد دفع دعواه بدفع يؤدي الى ردها".
- 102 عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص290.
- 103 فقد قررت محكمة التمييز الاتحادية حتمية "اكمال خصومة ناقص الاهلية بنصب قيم عليه للاستمرار في إجراءات الدعوى" وعدم ردها، بحكمها ذي الرقم: 1175/ شخصية/ 1976 في 1976/8/10، نقله: ياسر محمد سعيد، مصدر سابق ذكره، ص72.
- 104 كما جاء في القرار التمييزي ذي العدد 1111/تصديق الطلاق/1980 المنشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى: www.hjc.iq . وكما يحكم القرار التمييزي ذي العدد 3814 /شرعية/ 1971 في



1972/3/26 والذي اشار اليه: ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الاحوال الشخصية، بغداد، 1990، ص79.

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

106 انظر المواد نفسها.

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

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

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

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

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

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

113 مدحت المحمود، مصدر سابق ذكره، ص137.

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

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

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

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

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

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

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

119 تنص المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على ان: "1-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. 3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. 120 وهو نص المادة (2) من القانون المدني العراقي، وهو يصرح بمطلق النص، لكنه لا يكون الا مع النص الواضح المفسر لذا كام هناك اتجاه يدعو الى تعديل هذه المادة من القانون المدني العراقي وإعادة صياغتها وفق الصيغة التالية: "لا مساع لاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة". انظر: عدنان ابراهيم عبد الجميلي، الاجتهاد في مورد النص، دراسة أصولية قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة لمجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2001، ص38.

- 121 محمد سعيد عبد الرحمن، القوة القاهرة في قانون المرافعات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2011، ص 104.
- 122 تنص المادة (30) من قانون المرافعات المدنية، على أنه: "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه، وإلا عد القاضي امتناعاً عن إحقاق الحق ويعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق".
- 123 ابراهيم شحاتة، في اجتهاد القاضي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، السنة (4)، يوليو سنة 1962، ص 416-420.
- 124 تنص المادة (3) من قانون الاثبات العراقي على ان من اهداف هذا القانون الآتي: "الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه". وان كانت هذه الفكرة منصوص عليها في قانون الاثبات الا انها غير مقتصرة في متطلباتها على نصوصه، بل هي متوفرة في غيره من القوانين ومنها قانون المرافعات. لكن السؤال هل في اقتطاع عدد من الدعوى من سياقها الاجرائي العام وتفريدها لشمولها المتصور بنظام قديم عافه تنظيم الدولة الحديثة ومجتمعها منذ عقود فضلاً عن مآخذة الاخرى.
- 125 عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، ص 154.
- 126 محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 131.
- 127 حامد شاكر محمود، مصدر سابق ذكره، ص 10 و 41.
- 128 محمد حسين منصور، المدخل الى القانون، القاعدة القانونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 240.
- 129 حامد شاكر محمود، مصدر سابق ذكره، ص 7 و 33.
- 130 عباس قاسم مهدي الداوقي، الاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2015، ص 196.
- 131 فتحي والي، مصدر سابق ذكره، ص 704 وما بعدهما.
- 132 والحجة هي نوع من الحماية العملية للحكم القضائي التي تظهر في افتراض كون الحكم عنوان للحقيقة بهدف التوفيق بين مصلحة الأفراد ومصلحة المجتمع، وقد شرعت كفالة لحسن سير العدالة، وضمان الاستقرار للحقوق. للمزيد انظر: فتحي والي، مصدر سابق ذكره، ص 160.
- 133 عدا قرار النقض الصادر من الهيئة العامة، كما نصت المادة (2/215) من قانون المرافعات بانه: "اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة استئناف او محكمة بداءة يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنه من اجراءات اصولية فقط، الا اذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة فانه يكون واجب الاتباع في جميع الاحوال".
- 134 محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1985، ص 335-349.
- 135 عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص 237. وتنص المادة (3/160) من قانون المرافعات المدنية العراقي، على ان: "الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من قبل المحكمة نفسها أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها وفق الطرق القانونية".
- 136 والتي يضاف فيها لما اشير اليه في ثنايا البحث، مسألة عدم التزام القضاء بحتمية مدد الطعن بخصوص احكام دعاوى الحل والحرمة ويسمح بتجاوزها، بل ويوسع من الجهات التي يحق لها ذلك ليضيف لطرفي الدعوى الادعاء العام. انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بأن: "المسائل المتعلقة بالحل والحرمة لا تنقيد بمدد الطعن" قرار رقم 5945/شخصية اولى/2007 في 2011/12/12 منشور.
- 137 تشكل هذه القاعدة نص المادة (5) من القانون المدني العراقي.