سلطة المحكمة والخصوم في رد الدعوى المدنية " دراسة مقارنة "

الاستاذ الدكتور رضا حسين كند مكار

جامعة قم الحكومية – جمهورية الاسلامية الايرانية

رشا عبدالنبي محمد العقابى

جامعة قم الحكومية – جمهورية الاسلامية الايرانية

The power of the court and the litigants to dismiss the civil lawsuit " Comparative study "

الكلمات الافتتاحية :
سلطة ، المحكمة ، الخصوم ، رد الدعوى ، الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة
Keywords :
Authority, the court, litigants, refusal of the lawsuit, civil lawsuit, a comparative study

Abstract: There is no doubt that the subject judge, while examining the civil case, will face several defenses, whether those raised by the litigants or raised by himself, because the defenses are those procedural means that the legislator made available to the opponent to respond to his opponent's requests, whether they were related to litigation procedures or not. Directed to the subject of the claimed right or related to the case, and that the judge, with his discretionary power, enables him to settle these disputes in order to reach the settlement of the case in the midst of this midst of procedural rights, as he must have the necessary powers that enable him to reach the actual truth. The discretionary power of the judge is considered one of the features of the modern state based on the principle of separation between the three powers, and after drawing lessons from human experiences, which showed the urgent need for the independence of the judiciary, and then strengthening this independence by granting the judge a positive role in resolving judicial disputes after the judiciary became required by the people, so This research aims at a comprehensive presentation of this power exercised by the judge before whom the facts of the case are presented, leading to the final outcome of issuing the correct judicial ruling after following a series of procedures, considering the judicial ruling as one of the means adopted by the legislator to achieve the function of the judiciary in protecting the law and protecting rights and centers In order for the judge to be able to reach a fair judicial ruling,

which requires granting him a discretionary power over the facts presented to him, this power requires strengthening it with the legal elements and bases derived from the state constitution and the rest of the laws that follow it, such as the Civil Procedure Law, the Evidence Law, and the Judicial Organization Law, because without these ingredients, no The judge can show his ability to understand, deduce and analyze by collecting all the facts of the case presented before him before pronouncing the judgment.and

الملخص

مما لاشك فيه إن قاضي الموضوع وهو ينظر في الدعوى المدنية سوف يواجه عدة دفوع سواء تلك التي يثيرها الخصوم أم التي يثيرها هو من تلقاء نفسه ذلك أن الدفوع هي تلك الوسائل الاجرائية التي أتاحها المشرع إلى الخصم للرد على طلبات خصمه سواء أكانت متعلقة بإجراءات التقاضي أم كانت موجهة لموضوع الحق المدعى به أم متعلقة بالدعوى وأن القاضي بما يملكه من سلطة تقديرية تمكنه من فض هذه النزاعات وصولا الى حسم الدعوى وسط هذا الخضم من الحقوق الاجرائية إذ لا بد أن يتمتع بالصلاحيات اللازمة التي تمكنه من الوصول إلى الحقيقة الواقعية . وتعتبر سلطة القاضي التقديرية من سمات الدولة الحديثة القائمة على مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث . وبعد استخلاص العبر من تجارب الانسان والتي اظهرت الحاجة الماسة لاستقلال القضاء ثم تعزيز هذا الاستقلال بمنح القاضي دورا ايجابيا في فض المنازعات القضائية بعد ان اصبح القضاء مطلوب من قبل الناس . لذلك يهدف هذا البحث الى عرض شامل لهذه السلطة التي تمارس من قبل القاضي الذي تعرض أمامه وقائع الدعوى وصولا للمحصلة النهائية المتمثلة بإصدار الحكم القضائي السليم بعد اتباع سلسلة من الاجراءات باعتبار الحكم القضائي يعد وسيلة من الوسائل التي اعتمدها المشرع لتحقيق وظيفة القضاء في حماية القانون وحماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد ومن اجل ان يتمكن القاضي من الوصول الى الحكم القضائي العادل الامر الذي يتطلب منحه سلطة تقديرية للوقائع المعروضة أمامه وهذه السلطة تتطلب تعزيزها بالمقومات والاسس القانونية المستمدة من دستور الدولة وبقية القوانين التي تليه كقانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات وقانون التنظيم القضائي لأنه بدون هذه المقومات لا يمكن للقاضي اظهار قدرته على الفهم والاستنباط والتحليل بتجميع كل وقائع الدعوى المعروضة أمامه قبل النطق بالحكم .

المقدمة

المقدمة : حينما يشرع المشرع القواعد الموضوعية فأنه يهدف الى تحقيق النظام في المجتمع من أجل استقراره بعيدا عن شريعة الغاب هذا النظام يتحقق تلقائيا عن طريق الاحترام التلقائي من جانب الافراد لأوامر القانون ونواهيه ، ومع ذلك قد يختل التوازن في النظام القانوني القائم نتيجة مخالفة الافراد للقانون مما يتطلب الأمر اجبار الأفراد على احترام هذا القانون بعيدا عن فكرة القصاص الخاص الفردي نظرا لتنظيم الدولة لمرفق القضاء مما يعني ضرورة اللجوء لهذه المراكز لحسم أي خلاف لتحديد المراكز القانونية النهائية للمتنازعين حيث أن تحديد هذه المراكزيتم عن طريق اعمال القاضي للقانون على الوقائع المعروضة أمامه ، ولا يمكن للقاضي أن يلعب دورا ايجابيا في فض النزاع القائم الا بمنحه سلطة التقدير التي يستمد قوتها من القوانين السارية المفعول .

Introduction: When the legislator legislates the objective rules, he aims to achieve order in the society in order to stabilize it away from the law of the jungle. This order is achieved automatically through the automatic respect on the part of individuals for the orders and prohibitions of the law. However, the balance in the existing legal system may be disturbed as a result of individuals violating the law, which requires Forcing individuals to respect this law away from the idea of individual private retribution due to the state's organization of the judiciary facility, which means the need to resort to these centers to resolve any dispute to determine the final legal centers for the disputants, as the determination of these centers is done through the judge's work of the law on the facts presented to him, and the judge cannot It plays a positive role in resolving the existing dispute except by granting it the power of discretion that derives its strength from the laws in force.

أهمية البحث :- تناولت الدراسة سلطة المحكمة والخصوم في رد الدعوى من خلال تقدير الدفوع التي توجب رد الدعوى شكلا او موضوعا وحقيقة الدور الايجابي للقاضي تجاهها بعد أن كان التصور السائد أن القاضي ليس له أية دور في هذا المجال .

منهجية البحث :- سنحاول في هذه الدراسة إجراء مقارنة بينها من خلال المقارنة بين نصوص قانون المرافعات المدنية وعدد من القوانين المقارنة وبشكل خاص قانون المرافعات المصري وقانون المرافعات المدنية اللبناني في اثناء تقدير النصوص الذات العلاقة بالقوانين المذكورة وغيرها من القوانين مستعينا بالتطبيقات القضائية في هذا المجال للخروج بتصور يؤدي إلى استقرار في الموضوعات التي تطرحها الدراسة .

مشكلة البحث :- عالجت هذه الدراسة أوجه القصور في سلطة المحكمة في رد الدعوى شكلا او موضوعا من خلال تقدير الدفوع التي توجب ردها وكذلك ما للخصوم من سلطة في طلب رد الدعوى من خلال ابداء الدفوع الموضوعية والشكلية ، وأوجه الفراغ التشريعي ومحاولة وضع الحلول والبحث عن الادوات التي تمكن القاضي من السيطرة المبكرة على الخصومة المدنية ومعالجة الاسباب التي تؤدي الى تعطيل الخصومة أو البطء في سيرها والمضي نحو الفصل فيها .

خطة البحث :- سنتناول دراسة هذا المبحث في مطلبين: المطلب الاول نبين فيه السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في رد الدعوى شكلا وموضوعا والمطلب الثاني نبين فيه سلطة الخصوم في رد الدعوى شكلا وموضوعا وذلك على الشكل التالي .

المطلب الأول: سلطة المحكمة التقديرية : سنتناول هذا المطلب تعريف السلطة التقديرية للمحكمة ومفهوم السلطة التقديرية وماهية السلطة التقديرية للمحكمة ومن ثم ما للمحكمة من سلطة تقديرية تجاه الدفوع الموضوعية والشكلية .

الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للمحكمة : تعريف السلطة لغة : من سلط يسلط سلاطة والسلاطة القهر والحدة والتسليط إطلاق اللسان ، وقد سلطه اللّه فتسلط والاسم سلطة والسلطة التسليط والسيطرة [١] ، إما كلمة (التقدير) فتعني من قدر يقدر تقديرا وقوله تعالى (إن اللّه على كل شيء قديرا) سورة البقرة الآية (٢٠) ، من القدرة والمقدار بالقوة وقدر كل شيء مقياسه أو قاسه والتقدير أيضا يعني العلم والحكمة ، وبذلك نجد السلطة التقديرية هي ولاية القاضي في التدبير والقياس . أما في الاصطلاح فتعني حالة ذهنية نابعة من ضمير القاضي وتفكيره المنطقي الذي يكشف عن الحقيقة في اثناء وقائع الدعوى وادلتها المقدمة أمام المحكمة وذلك بناء على الجزم واليقين وعلى ما يقتنع به دون إلزام من أي جهة لغرض الوصول الى الحكم المناسب [٢] ، وتعرف السلطة التقديرية بأنها منح القاضي القوة والصلاحية حتى يتمكن من استعمالها على الوجه الصحيح ، بحيث تكون أحكامه الصادرة في الدعوى لها من الحجية والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستغلة . كما يمكن تعريفها بأنها ماهي الا النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر انها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون . لهذا يمارس القاضي سلطة تقديرية في تقدير طرق الإثبات بغية تكوين قناعته القضائية ومن ثم إصدار الحكم القضائي في القضية المطروحة ، والاقتناع اتجاه نفسي لشخص ولكنه يختلف عن مجرد الاعتقاد الشخصي الذي يقوم على المشاعر والانطباعات العابرة ،فالاقتناع يبدأ من مقدمات موضوعية يفترض بحثها وتمحيصها وتقديرها لاستخلاص نتائجها المنطقية . ومن هنا يتضح لنا من خلال تعريف السلطة التقديرية للمحكمة بأنها تتضمن عنصرين : أولهما العنصر الشخصي وهو (القاضي) ، إما العنصر الثاني فهو العنصر الموضوعي (القانون) وهذه بمجموعها تساعد القاضي في أن يستخدم سلطته استخداما صحيحا تتفق مع الغرض الذي من أجله منح المشرع هذه السلطة للقاضي وصولا إلى العدالة المنشودة [٣].

السلطة التقديرية للمحكمة في الشريعة الإسلامية : لا يخرج معنى السلطة عن معنى القوة والتسلط في تنفيذ الأحكام ، كما على ذلك قوله تعالى " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدون في انفسهم حرجا مما قضت ويسلموا تسليما " سورة النساء.

في حين أن مصطلح التقدير يقصد به وجهان الأول (محمود) : ويعني التفكير في الأمر بحسب نظر العقل ، وإما الثاني (مذموم) : ويكون بما يهواه البشر ويتمناه[٤]

وفي أثناء تعريف مصطلح السلطة التقديرية نخلص الى تعريف لمفهوم السلطة التقديرية إذ هي (إمكانية ذهنية أو عقلية يمنحها المشرع للقاضي من أجل مواكبة الواقع المتحرك أمام ثبات النص القانوني)[٥] .

الفرع الثاني : مفهوم السلطة التقديرية للمحكمة : ان دراسة مفهوم السلطة التقديرية للقاضي تهتم في المقام الاول ببيان كيف يسلك القاضي عند إصداره للحكم القضائي ، وكيف يوجه الواقع المجرد بهدف اعادة مطابقته للقانون جبرا بعد ما حدث من خلل في تطبيق القواعد القانونية ثم كيف يقدر القاضي هذه الوقائع ، وما هو مقدار التقدير الموضوعي في العمل القضائي . من هنا نستطيع القول ان مفهوم السلطة التقديرية ينحصر ابتداء في النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي ، لأن النزاع حينما يعرض عليه فأنه يخضع لقواعد قانونية من الممكن أن يختار منها ما هو ضمن حدود سلطته التقديرية ، ويقوم بإنزال حكمه على الوقائع المقدمة من قبل الخصوم بعد اضفاء الاوصاف القانونية عليها من خلال تحديد المصلحة المستهدفة بالحماية من القاعدة القانونية ، ويتعين على القاضي ان يبذل نشاطا ذهنيا لفهم هذه المصلحة والتي قد تكون عامة أو خاصة ، ويتم التقدير الشخصي للقاضي على عنصرين هما الواقع والقانون . فالقاضي يقوم بتكوين قناعته بتفكير منطقي لإيجاد رابطة عقلية بين وقائع معلومة وأخرى غير معلومة [٦] ، في حين يقيم رأي أخر القناعة القضائية على ضمير القاضي ووجدانه ، والضمير هو ضوء داخلي ينعكس على كل وقائع الحياة فضمير القاضي يحاول تقدير الأدلة ووزن الوقائع ليستلهم[٧] ، الحقيقة وعملية تقدير الأدلة مبنية على قناعة القاضي التي هي نشاط عقلي ولم يتدخل المشرع في كيفية ممارسة القاضي لهذه القناعة وكيفية تكوينها ، ولم يرسم كيفية التفكير أو تشكيل معادلاته الذهنية في مجال تقدير الادلة ليصل من خلالها الى الحقيقة وإنما وضع ضوابط محدده وحدد نتائج تترتب فور قيام مقدماتها[٨] ، لذلك فأن من صفات التفكير القضائي السليم أن يكون التفكير واضحا وحاسما ، أما التفكير المنظم فهو أن يكون القاضي ذا عقل مرتب وان يحذر من التفكير المضطرب الذي يجعله يتحول من مشكلة الدعوى الى مشكلة أخرى قبل أن يقوم بحل المشكلة الأولى وقاضي الموضوع هو وحده صاحب الحق في تقدير ما يقدم اليه في الدعوى من أدلة لكي لا يبنى حكمه الا على الدليل الذي يطمئن اليه وجدانه وشعوره[٩] ، وتقدير الأدلة ووزنها مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة عليه من محكمة التمييز او محكمة النقض متى كان سائغا يؤدي الى النتيجة التي انتهى

اليها[١٠] ، ان الهدف الأساسي للإثبات القضائي هو حماية الحقوق ، وضمان حسن تمتع أصحابها بمزاياه في أطار المصلحة الاجتماعية للحق المحمي قانونا لهذا فأن المدعي عندما يطالب بحماية حق او مركز قانوني فأن ذلك يستلزم بالضرورة وجود قاعدة قانونية تعترف بهذا الحق أو المركز القانوني وتحميه وهذا ما يطلق عليه عنصر القانون ، وثبوت وقائع معينة تنطبق عليها القاعدة القانونية المجردة . ويكون تقدير القاضي واضحا اذا احيل الى قاعدة مكتوبة أما اذا أحيل نشاط القاضي الذهني الى موجه عام أو قواعد العدالة أو مبادئ القانون الطبيعي فأن سلطة القاضي يتسع مداها إذ أن القانون يحدد حمايته لملحة شخصية خاصة ويترك للقاضي مهمة تحديد الاثر القانوني المترتب على هذه الحماية ، كمسألة تقدير الرهبة المتولدة عن الاكراه والدافعة للتعاقد والقاضي بما له من سلطة تقدير شخصي هو الذي يستخلص من الوقائع المطروحة عليه تقدير درجة الاكراه ومدى تأثيره مسترشدا في ذلك بالمعيار الذاتي حيث ينبغي ان يراعي في تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الاكراه [١١] . ويبدو أن التقدير الشخصي في حدود عنصر القانون لا يتعلق بالضرورة بطريقة فهم القاضي لنشأة القاعدة القانونية والنظريات العامة المجردة التي استندت اليها، بل أن قيام القاضي بتفسير القاعدة القانونية والعمل على تطبيقها بصياغة الحكم القضائي في حالة محددة ، يهدف الى تحديد المصلحة المستهدفة بالحماية من تشريع القاعدة القانونية ، حيث يكون القاضي حرا في تكوين قناعته المستمدة من نشاطه الذهني المتميز ، فلا يلزم أن يكون الدليل الذي يستند اليه القاضي صريحا ومباشرا في الدلالة على ما يستخلصه القاضي من حكم ، بل له أن يرتكز في تكوين قناعته على الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى واستظهار الحقائق القانونية المتصلة بها وإرجاع ذلك الى ما يستخلصه من تجميع العناصر المطروحة بطرق الاستنتاج والاستقراء وكافة المكنات العقلية ، فلا يعيب الحكم استناد القاضي فيه على دليل غير مباشر[١٢] ، كما ويرتبط التقدير الشخصي للقاضي بتقديره لأدلة الاثبات ، فهو نشاط ذهني يقوم به القاضي لمعرفة مقدرة دليل ما على اثبات واقعة أخرى ، أي استنبطا واقعة أو نتيجة غير ثابتة من واقعة

ثابتة. أن تقدير أدلة الاثبات على النحو المتقدم يعد عملية ذهنية تعقب اثبات وجودها وهي تعتمد على مجمل وقائع الدعوى وظروف اطرافها الشخصية [١٣] ، وهي ليست ثابتة دائما للقاضي ، اذ أن من الادلة ما يقتصر دور القاضي على التحقق من وجودها ولا يكون أمامه إلا اعمال الأثر الذي حدده المشرع لها وتتوقف فاعلية ذلك على ما يمنحه المشرع للقاضي من صلاحية تقدير شخصية لأدلة الاثبات فبينما يمنح المشرع القاضي قسطا من الحرية لتكوين عقيدته تظهر سلطته في تقدير ادلة الاثبات [١٤] ، وأما فهم الواقعة فأنه يعني سلطة القاضي في كشف المعنى الحقيقي لعناصر الواقعة الثابتة لديه فهو نشاط ذهني يقوم به القاضي اعتمادا على معطيات غير قابلة للحصر ، فقد يعتمد القاضي في ذلك على فهم القواعد اللغوية ذاتها كما قد يعتمد على مقارنة العناصر الثابتة لديه ببعضها والفهم على هذا النحو قد يرد على اساس الادعاء ذاته كما قد يرد على ادلة الاثبات [١٥] . اذن خلاصة القول سلطة القاضي التقديرية تعني امتلاك القاضي سلطة تقديرية واسعة في تمحيص الأدلة المعروضة عليه في الدعوى ووزنها من حيث قيمتها القانونية في الاثبات ، وله أن لا يتقيد بالأخذ بهذا الدليل دون ذلك وله ان يطرح الدليل الذي لا يتمخض عنه قناعته الكافية وان ينبذه ، وله ان يهدر الشهادة ويأخذ القرينة وان يهمل اقرار المدعى عليه اذا كان هناك ما يكذبه و يد حضه ومن الطبيعي القول بأن موقف القاضي في اعتماد الأدلة أو إهدارها أو ترجيح بعضها على البعض الآخر لا يكون جزافا واعتباطا ، وإنما يتوجب أن يكون مؤسسا على أسباب قانونية مقبولة وأن تدرج هذه الأسباب في صلب القرار أو الحكم الذي يصدره القاضي . **الفرع الثالث : ماهية السلطة التقديرية للمحكمة :** ينظم القانون علاقات الافراد فيما بينهم ولذلك يفترض وضع قواعد قانونية مجردة تحدد المبادئ العامة التي تقوم عليها هذه العلاقة وهي ضرورة تفرضها حاجة المجتمع الى حد معقول من الاستقرار العادل والذي لا يدرك بمجرد وجود القواعد العامة المنظمة لسلوك الافراد ومراكزهم القانونية ، بل يتوقف على مدى فعالية القواعد القانونية في الواقع الاجتماعي[١٦] ، ويتأسس على ذلك أن وجود القاعدة القانونية لا يؤدي الى معالجة الظاهرة التي وضعت القاعدة من اجلها وتحقيق مقتضيات الحماية اللازمة من تشريعها وانما لابد من فاعلية

حقيقية تعاصر وجودها كقاعدة قانونية وتتمثل هذه الفاعلية بإقامة الدعوى لأن القاضي لا يستطيع لأن ممارسة عمله القانوني بدون الوقائع المطروح عليه من قبل الخصوم وإلا خرج عن نطاق الوظيفة القضائية الى نطاق عمل الافتاء أو التفسير المجرد للقانون على فروض نظرية وغير واقعية[١٧] ويحقق القضاء حماية النظام القانوني ضد حالة عدم الفاعلية بحدود العارض الذي سببها بقصد التصدي له دون محاولة تحديد مسبباته إلا بالقدر اللازم لتحديد التدبير الملائم لمواجهته بموجب ما تخوله له هذه الولاية من سلطة تطبيق القانون وعليه يمكن القول ان ولاية القضاء هي الاساس في نشأة السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي وبغض النظر عن طبيعة النزاع الذي يتصدى للفصل فيه حيث يعد نشاط القاضي جزءا لا يتجزأ من القرار الذي يصدره للفصل في موضوع النزاع والذي يشكل بناء فكريا متميزا يستند على المنطق الذي يعصم الانسان من الخطأ في التفكير والاستدلال والاستنتاج [١٨] ، اذ ينبغي على القاضي تقدير الوقائع واختيار المؤثر في النتيجة منها، ومن ثم محاولة البحث عن القاعدة القانونية الملائمة للتطبيق للوصول الى الحد المقبول لملائمة القانون للواقع مستعينا بعدة أسس منها المنطق القانوني بوصفه معيارا عاما لتطبيق المنهج القانوني على حالات معينة[١٩] ، وكذلك المنطق القضائي المتعلق بفحص وقائع النزاع المختلفة واختيار المنتج منها بعد تحليل العناصر الاولية الداخلة في تكوينها وكشف ما احاطت بها من ظروف ومن ثم اختيار نص القانون الواجب التطبيق وترتيب اثره[٢٠] ، وقد يصاحب المنطق القضائي استدلال قياسي وفي سياق هذا المعنى تكون القاعدة القانونية هي المقدمة الكبرى في القياس ومجموعة الوقائع المعروضة تعد المقدمة الصغرى فيه اما الحكم القضائي فيكون هو النتيجة المنطقية لهذا القياس [٢١] ، ولكن صلاحية اصدار الحكم القضائي المستندة لسلطة القاضي التقديرية باختيار وجهة نظر مقبولة بعد استفراغ تفكيره الذهني بمجمل الوقائع التي أثيرت في النزاع قد تصطدم بمحل التفكير كونه شكل واقعا بحتا أو كان قاعدة قانونية فالقاضي في الدعوى المدنية يلتزم بمعرفة عنصر القانون والعلم به واعماله على الواقع بإصدار قرارا مسبب من الناحية الواقعية والقانونية ويستند على الوقائع المطروحة على القاضي

بطريقة قانونية . اما فهم الوقائع فأنه سلطة القاضي في كشف المعنى الحقيقي لعناصر الوقائع الثابتة لديه وهو نشاط ذهني يقوم به القاضي اعتمادا على معطيات غير قابلة للحصر فقد يعتمد القاضي في ذلك على فهم القواعد اللغوية ذاتها كما قد يعتمد على مقارنة العناصر الثابتة لديه ببعضها والفهم على هذا النحو قد يرد على اساس الادعاء ذاته كما يرد على ادلة الاثبات [٢٢]. ويلتزم القاضي بمعرفة العرف كمعرفته بالتشريع ويستطيع اثارته من تلقاء نفسه ولا يعد تدخلا منه في ميدان الواقع [٢٣] ويجب عليه تطبيقه حتى اذا لم يتمسك به الخصوم او لم يحاولوا إقامة الدليل على محتواه [٢٤] ، ولكن من الصعوبات العملية تعترض الفكرة المتقدمة لاختلاف الاساس الفني لتكوين العرف عن تكوين التشريع فإذا كان القاضي لا يعذر بجهل القانون فأنه يعذر بالعرف لتفصيلاته وجزئياته الكثيرة ويستطيع ان يطلب من يحتج به من الخصوم ان يقيم الدليل على وجوده واثباته بكل وسائل الاثبات [٢٥]. ويرى بعض الفقه [٢٦] ، ان السلطة التقديرية للقاض تجد اساسها الشكلي في جميع الحالات التي يخول المشرع للقاضي حرية التقدير سواء عند مباشرته النشاط الاجرائي أو عند اقتناعه بالواقع أو تقديره للحكم وفي مثل هذه الحالات تجد سلطة القاضي التقديرية اساسها في تنازل المشرع عن ارادته في التحديد وترك القاضي ليقوم بذلك بدلا عنه . ويلاحظ الباحث بخصوص الرأي المتقدم أن الموضوع لا يتعلق بتنازل المشرع عن ارادته في التحديد وترك القاضي ليقوم بذلك بدلا عنه وإنما الامر يتأسس على الفرق بين الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية من جانب وما يربط بينهما من جانب آخر وهو عنصر الواقع ، لأن هناك جدلا واضحا يقوم على اساس مرن وغير ثابت يجمع بين القاعدة القانونية وبين الدعوى المدنية يتمثل بعنصر الواقع لأن القاعدة القانونية بأصل تشريعها عبارة عن وقائع تصورها المشرع لضرورتها وأراد حكمها بهذه القاعدة ، واكتسبت بمجرد صدورها على شكل تشريع بصفات خاصة تتمثل بالعمومية والتجريد والالتزام وانفصلت عن الواقع العادي ولكن هذه القاعدة القانونية بوصفها المتقدم تعود لحكم الواقع المقدم من قبل الخصم مرة أخرى في الدعوى المدنية .

ويبدو أن انتفاء المشرع لوقائع بذاتها واعطائها صفة العمومية والتجريد والالزام يقابله تفويضه للقاضي الصلاحية التقديرية لمواجهة الحالات غير المتناهية للوقائع التي تثيرها الدعاوى امام المحاكم . أن التحليل المتقدم يحكم الكيفية التي يدار بها النزاع امام القضاء فعنصر الفرض يمثل وقائع النزاع وعنصر الحكم أو الالزام يؤدي الى حل النزاع القضائي ، أما القاعدة القانونية فتمثل الصلة المنطقية بين عنصر الفرض وعنصر الحكم[٢٧] . ويربط القاضي بين الوقائع المثارة بصورة تجعلها متكاملة وعاكسة للوضع الواقعي الذي شكل موضوع الدعوى حتى اذا اكتملت صورة هذا الوضع واصبح واقعا منتجا ذا أثر في تكوين قناعة القاضي بثبوت كل أو بعض الادعاءات عمد القاضي لتحويله الى وضع قانوني وإعطائه الوصف القانوني المناسب والمستمد من القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق عليه فالقاضي يحول الواقعة المادية الى مفهوم قانوني فيتداخلان بصورة تصبح معها الواقعة المادية كيانا للمفهوم القانوني الذي يشكل اساس الحكم القضائي ، لأن القانون لا ينتج أثرا بذاته وانما تظهر آثاره المباشرة وغير المباشرة ، ويبدو أن هناك ارتباط وثيق بين ارادة القانون وإرادة الواقعة يصل الى عدم امكانية الفصل بينهما فإرادة القانون لا يمكن البحث في مكنونها وأعمالها إلا أذا كان القاضي أمام أرادة الواقع وهو ينظر الدعوى فإرادة الواقعة هي التي تستجلب ارادة القانون. ويرى البعض من الفقه [٢٨] ان سلطة القاضي التقديرية يرد عليها قيد مستمد من الباعث النفسي أو من السبب النفسي في العمل القضائي والسبب عنصر طبيعي ومؤثر في الارادة الانسانية ، والعمل القضائي هو اعلان عن ارادتها لها قدر من السلطة التقديرية فأن الامر يقتضي الاعتداد فيه بالباعث الدافع ومراقبة الخرافه عن الغاية الموضوعية التي سببت إصدار

القرار القضائي لضمان عدم تجاوز حدود السلطة التقديرية . ان سلطة القاضي التقديرية واضحة في اطار عنصر الفرض ، لأن دوره يتمثل في اعطاء الوصف القانوني للواقعة المقدم من قبل الخصوم إلا أن دوره المتقدم يعتريه إشكاليات متعلقة بالأوصاف القانونية للواقع التي يقدمها الخصوم ووكلائهم فيصل القاضي على اختيار الاوصاف الأكثر انطباقا على عنصر الفرض في القاعدة القانونية ويعطيها التوصيف القانوني المناسب ، واذا لم يجد القاضي واقعا مقدما مناسبا تدخل لإعطاء الواقعة الوصف القانوني مستندا في ذلك الى النص أو المبدأ القانوني المستخلص من مجمل القانون الوضعي ، والقاضي في هذه الحالة حر في تكوين قناعته بالواقع المعروض عليه فيعتمد ما يكون معبرا عن الحقيقة التي يسعى لتأكيدها من خلال حكمه الفاصل في موضوع الدعوى ، ولكن حدود لسلطة القاضي في تقدير الواقعة من حيث عدم تشويه المضمون بحيث لا يعطيه معنى لا يحتمله في تفصيلاته وماهيته[٢٩] ، ويكون التقدير الذي يباشره القاضي من خلال السلطة التقديرية موضوعيا حينما يتعلق بالتزام تحمل به المدين استنادا لمصدر من مصادر الالتزام ولكن يؤخذ القاضي بنظر الاعتبار بعض العناصر المادية لدى تحديد مضمون الالتزام الذي طرأ عليه الاخلال . ويثير القاضي من تلقاء نفسه وسائل القانون البحت مهما كان الاساس القانوني الذي قدمه الخصوم [٣٠] ويواجه القاضي بما له من سلطة تقديرية حالة تقديم الخصوم لقواعد قانونية لا علاقة لها بوقائع النزاع او الاستناد الى نصوص غير واجبة التطبيق ومن الممكن حدوق حالات استناد الخصوم الى نص خاطئ او غير واجبي التطبيق او تكييف غير صحيح في حالة كون الخصوم يباشرون الاجراءات القضائية بأنفسهم دون توكيل المحامين ، ولكن يشترط لأثارة وسائل القانون البحت من

قبل القاضي وتطبيق النص الصحيح دون الاخذ بأوصاف الخصوم أن يقدم الخصوم الوقائع التي يستند اليها القاضي في الأخذ بالنص الواجب التطبيق بشكل بارز وان يكون مرتبطا بإجراء المواجهة بين الخصوم [٣١] ، وفي بعض الاحيان لا يستطيع القاضي استعمال صلاحيته التقديرية في تغيير الاساس القانوني الذي اتفق على تقديمه الخصوم صراحة اذا تعلق ذلك بحقوق يملكون حرية التصرف فيها ويستطيع الاطراف تقييد القاضي بالتكييف المقترح والنطاق القانوني الذي يحددون فيه النزاع القضائي ويرى البعض ان السماح للخصوم بمخالفة القانون من خلال المطالبة بتطبيق نصوص غير صحيحة أو الاتفاق صراحة على تكييف لا يطابق صحيح القانون يؤدي بالنتيجة الى تطبيق زائف للقانون ، لذلك فأن هذه السلطة الممنوحة للخصوم في هذا النص أهملت بمرور الوقت لعدم التطبيق كما أن للقاضي سلطة تقديرية في مجال تفسير حكم القاعدة القانونية لأن القانون يعتريه القصور في بعض الحالات عن مواجهة ظروف الواقعة المتجدد للحياة في المجتمع والأخذ بالاعتبار الحقائق المادية والفكرية السائدة فيه ويواجه القاضي الواقعة المتجددة بإيجاد الحلول المناسبة له عن طريق التفسير الواسع [٣٢]وبدون اعمال ما تقدم فأن ذلك يؤدي الى جمود القانون وتوحيد الحلول القضائية المتعلقة بتطبيقه حيث سيكون التفسير واحدا لذات الأثر الموجود في القاعدة القانونية لدى المحاكم ولذلك فأن الأمر المتقدم صعب التحقق من الناحية الواقعية حيث يختلف التفسير الذي يعطي لأثر حكم قاعدة قانونية معينة من حالة لأخرى ومن محكمة لأخرى استنادا للوقائع المثارة والتي تقدم بصورة مغايرة تماما من قبل الخصوم في كل دعوى جديدة حتى وان اتفقت مسمياتها وأسسها القانونية ولكن يبقى لمحاكم التمييز أو النقض الرقابة على

سلطة قاضي الموضوع في التفسير اذ ليس له أن يخرج في تفسيره للنصوص عن المعنى الظاهر لصياغتها واذا خالف ذلك فيجب عليه ان يبين في حكمه لم عدل عن المعنى الظاهر الى خلافه وكيف استنتج من الصياغة المعنى الذي أخذ به ورجح انطباقه على حيثيات النزاع بحيث يتضح أن القاضي قد اعتمد في تأويله لحكم القاعدة القانونية على اعتبارات معقولة يصح منها استخلاص ما استخلصه منها [٣٣] . ويبدو أن السلطة التقديرية لمحاكم الموضوع في نطاق تفسير أثر القاعدة القانونية واضحة على الرغم من رقابة محاكم التمييز او النقض ويبدو أن القاضي وأن كان حرا في التقدير إلا أنه ملزم بأثبات صحته من خلال تحديده لعنصر الواقع وعنصر القانون ولم أخذ بهذا الوجه دون سواه ، ومن ثم يمكن القول أن تقديره لا يخضع لرقابة محاكم الطعن بصورة مباشرة وانما يتم بصورة غير مباشرة من خلال مراقبة عنصر النشاط القضائي الواقعية والقانونية واخضاعها لضوابط التسبيب والذي يمثل قيدا قانونيا مهما لمراقبة القاضي للتحقق من صحة تقديره للوقائع والتدليل على أن رأيه استند لفحص جدي ودقيق لعناصر الدعوى وارتكز على مقدمات سليمة [٣٤] . الفرع الرابع: سلطة المحكمة تجاه الدفوع الموضوعية والشكلية : لا شك ان قاضي الموضوع عندما ينظر الدعوى المدنية سوف يواجه الدفوع سواء آثارها الخصوم ام آثارها هو من تلقاء نفسه ذلك أن الدفوع هي تلك الوسائل الإجرائية التي اتاحها المشرع إلى الخصم للرد على طلبات خصمه سواء أكانت متعلقة بإجراءات التقاضي ام كانت موجهة لموضوع الحق المدعى به أم متعلقة بالدعوى . ولكي يتمكن القاضي من حسم الدعوى وسط هذا الخضم من الحقوق الإجرائية إذ لا بد أن يتمتع بالصلاحيات اللازمة التي تمكنه من الوصول إلى الحقيقة الواقعية ذلك أن

الدفوع تعد من أهم الوسائل التي تؤثر على تغيير مجرى الدعوى لغرض الوصول الى الحكم القضائي الحاسم للدعوى ، لاسيما أن حركة الحياة اليومية للمجتمع المتمثلة في نشاط أفراده تفضي الى تشابك وتعارض في المصالح مما يقتضي اخضاع هذا النشاط لقواعد اجتماعية ملزمة تحكمه ، إلا أن الأمر لا يؤخذ على اطلاقه لأن هذا الأمر يتعلق بحق شخصي يختلف ويتنوع بحسب المراكز القانونية للأشخاص والظروف السائدة في المجتمع ، الأمر الذي يصعب معه على المشرع الإحاطة بكل جوانبه من حيث تحديد عناصره وبيان شروط قيامه وإذ أنه مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته فأنه يظل عاجزا عن إيجاد حلول لكافة النازعات المعروضة على القضاء مما يجب على المشرع أن يخول القاضي سلطة تقديرية بوصفه طرفا محايدا . ولهذا يتوجب علينا أن نتعرف على مدى هذه السلطة تجاه الدفوع بكل حالاتها والتي تعد من أهم العقبات التي تواجه الخصوم وموكليهم ومدى قدرة محكمة الموضوع للتصدي لها ذلك أن اغلب الدفوع تقدم أمام المحكمة التي تجري مواجهة الخصوم أمامها بشكل مباشر سواء أكانت تلك المحكمة من محاكم الدرجة الاولى او الثانية وأن هذه الدفوع متنوعة ومتعددة فقد تكون شكلية أو موضوعية ومتعلقة بحق اقامة الدعوى ومنها ما يكون متعلقا بالنظام العام بحيث يمكن الدفع بها من قبل الخصوم او المحكمة وفي أية مرحلة من مراحل الدعوى ، وقد لا تتعلق بالنظام العام بحيث ينحصر ابداؤها على الخصوم دون ان تتدخل المحكمة في إثارتها من تلقاء نفسها ويمكن القول ان السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع تتسع ويضيق نطاقها حسب نوع الدفوع فسلطة المحكمة تتسع بالنسبة للدفوع المتعلقة

بالنظام العام في حين تضيق سلطة المحكمة تجاه الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام .

اولا : سلطة المحكمة تجاه الدفوع الموضوعية : يتأسس التقدير الموضوعي للمحكمة في رد الدعوى على افتراض ذو وجهين الأول يتعلق بوجود قاعدة قانونية ، والثاني يتعلق بوجود دفع مقدم من قبل أحد الخصوم والادعاء بأنه صالح لتطبيق القاعدة القانونية عليه ، حيث يتعين على القاضي أن يتجرد في بحثه للواقعة المثارة عن الظروف الداخلية الخاصة والتي تكون محل التقدير القضائي لا يمكن استبعادها تماما سبق وأن قلنا بأن الدفوع الموضوعية هي وسائل دفاع توجه الى ذات الحق المدعى به يرمي بها الخصم تفادي الحكم للمدعي بمطالبه دون أن يقصد الحصول على مزية خاصة ، فهي توجه إلى ذات الحق بإنكاره أو انقضائه . ويتميز الدفع الموضوعي عن غيره من أنواع الدفوع الأخرى بأنه ينصب إلى ذات الحق المدعى به وأن الحكم الصادر بقبوله يترتب عليه رفض الطلب الموضوعي الذي تتضمنه عريضة الدعوى ، ويجوز حجية الأمر المقضي فيه فلا يجوز تجديد الخصومة بخصوص الدفوع الموضوعية ، ويجوز التقدم بها في أية حالة تكون عليها الدعوى ، ولا يعد تنازلا عن الدفع الموضوعي تقديم دفع اخر عليه . ويتحدد موضوع الدعوى بوقائعها وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها كما نص المشرع العراقي على ذلك [٣٥] ، وبوقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها في ظل قانون المرافعات المصري [٣٦] وبالادعاءات الواردة في طلبات المدعي والمدعى عليه في ظل قانون المرافعات الفرنسي [٣٧] . ولهذا لا يتصور حصر الدفوع الموضوعية كما قلنا سابقا ، والسبب في ذلك يكمن أنها ترتبط بالحق والقواعد الموضوعية المنظمة للحقوق التي لم ترد على سبيل الحصر ، كما أن المشرع العراقي [٣٨] والمشرع المصري [٣٩] ، لم يتطرقا إلى الدفوع الموضوعية كونها تستمد وجودها من كافة القوانين الموضوعية كالقانون المدني [٤٠] والقانون التجاري ، وتحدد سلطة القاضي بالنشاط الذي يقوم به بالنظر لما طرحه الخصوم من واقعة في الدعوى واستخلاص المنتج منها ، بهدف تطبيق حكم القانون عليه ، كما يستطيع القاضي التمسك بالبيانات المعدة لإجراء الاثبات والتحقيق في الوقائع المقدمة حتى اذا لم يثر أحد الخصوم هذه البيانات أو لم يستند اليها لتأسيس الادعاءات ودون أن يقوم القاضي بالطلب من الخصوم ضرورة تفسير هذه الوقائع [٤١] ، ويحق للقاضي دعوة الخصوم لتقديم تفسيراتهم وايضاحاتهم حول واقعة يرى انها ضرورية لحل النزاع ويباشر

القاضي هذه السلطة اذا تبين له ان الواقعة المثارة من قبل الخصوم في القضية مبهمة وغير واضحة ، فيحق له الزامهم بتقديم ايضاحات مكملة ليصل بذلك الى حقيقة الواقعة بالوقائع التي يستند اليها في حسم النزاع ، الا انه لا يعني ذلك إلزام الخصوم بتقديم وقائع جديدة بل يقتصر الامر على حدود التوضيح للوقائع المقدمة فقط [٤٢] ، ومن ثم يجري القاضي تكيفه لهذه الوقائع . والقاضي الذي سيجري هذا التكييف يصادفه قدر من الصعوبات في صدد تكييفه للواقعة المعروضة أمامه ، والسبب في ذلك يرجع الى القصور التشريعي في وضع ضوابط أو معايير محددة لتيسير عملية التفرقة بين المسائل الموضوعية والإجرائية [٤٣] إلا أن محكمة الموضوع يمكن لها أن تستنتج ذلك من خلال فهم مجموع الوقائع المقدمة إليها من الخصوم وتكييفها على ضوئها ، ولا يعد تدخلا في الواقع استبعادها لبعض عناصر الواقعة أو افتراض وجودها لأن الأخيرة عندما تحدد الواقعة المنتج لا تقوم بذلك بشكل تحكمي ، وإنما تستند بذلك إلى دليل قانوني يستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون ، فضلا عن ذلك يمكن للمحكمة أن تعتد بوقائع في الدعوى حتى إذا لم يثيرها الخصوم ولم يتمسكوا بها بصفة خاصة لتأييد ما يدعونه [٤٤] حيث أن تكييف القاضي لوقائع الدعوى هو وصفها بالوصف الذي نص عليه القانون فالقاضي يتوخى معاني القانون ، من خلال فهم الوقائع في أو الدعوى فيرد هذا الى حكم القانون ، فتكييف القاضي لأي تصرف قانوني أو واقعة قانونية هو إعطاء الوصف القانوني لذلك التصرف أو لتلك الواقعة ، وتكييف القاضي لوقائع الدعوى ماهي الا عملية قانونية يقوم بها القاضي دون ان يكون مقيدا بتكييف المدعي للدعوى او تكييف المدعي عليه لها بل على القاضي ان يصل الى حقيقة النزاع ثم يكيفها التكييف القانوني السليم ، فعلى سبيل المثال لا الحصر اذا كانت واقعة الدعوى عقد معترف به بين شخصين هنا مجرد ثبوت العقد لا يكفي بل يجب معرفة نوع العقد هل هو عقد بيع ام عقد ايجار او غير ذلك من العقود التي منحها القانون اسما خاصا (العقود المسماة) وهذا هو التكييف القانوني ، بل الأمر يتعدى عند تكييف العقد معرفة حقيقة الواقعة والنوايا المشتركة عند التعاقد دون الاعتداد بالألفاظ التي صيغت فيها تلك العقود لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمعاني [٤٥] .

وازاء هذا التشدد في القوة الملزمة للعقد وضرورة احترام ارادة المتعاقدين فأن المشرع قد اوجد مخرجا لذلك وأعطى للقاضي سلطة التدخل في تعديل نطاق العقد عندما يكون تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد أطرافه لحصول حوادث استثنائية تجعل التنفيذ مرهقا وليس مستحيلا وذلك عن طريق تطبيق شروط نظرية الظروف الطارئة بما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه " اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين " .

فيتميز دور القاضي بضرورة الفصل في النزاع بين فرقاء على حق يدعيه طرف وينكره الطرف لآخر كي لا تتأبد الخصومات ويستقر التعامل وذلك بإصدار الحكم الذي يراه مناسبا وفق ما آلت اليه من معلومات ووفق الأدلة المقدمة ، وأن الأدلة هي التي توضح للقاضي معالم الدعوى وهي نقاط الارتكاز التي يستند اليها في الحكم الذي سيصدره فعلى قوة هذه الأدلة وترجيح بعضها على الآخر يصدر الحكم في موضوع الدعوى . ويقوم القاضي بدراسة الواقع المتنازع عليه من قبل الخصوم استنادا للرأي القضائي الأول الذي كونه من التقدير السابق للنص القانوني المحتمل التطبيق فإذا وجد أن المصلحة في عنصر الواقع المتنازع عليه متطابقة مع المصلحة التي تحميها القاعدة القانونية ، أصدر قراره بحكم الواقع المتنازع عليه بأثر القاعدة القانونية وفصل في موضوع الدعوى ، والدفع الموضوعي الذي يتمسك به المدعى عليه يكون حسب الصور الاتية :-

١-إنكار المدعى عليه للوقائع المدعى بها تجاهه أو إنكار الآثار القانونية التي ينسبها المدعى لها ، وهذه الصور السلبية لإبداء الدفع كإنكار التوقيع على العقد أو السند إذ يقع على المدعي إثبات ما يدعيه من وقائع استنادا إلى القاعدة " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" وحسب الواقعة المطروحة من المدعي

، ويقع عبء تقدير ذلك على القاضي ذلك أننا أمام دفع موضوعي يترتب على بحثه ضرورة التصدي للمراكز الموضوعية للخصوم ويترتب على الفصل فيه إيجابا أو سلبا التأثير في الحق المدعى به[٤٦].

٢-تأكيد المدعى عليه للواقعة المانعة كأن يتمسك المدعى عليه بصورية العقد الذي يرتكز إليه المدعي في دعواه .

٣-قد يتمسك المدعى عليه بواقعة منهية للحق المدعى به ، كأن يتمسك المدعى عليه ببطلان العقد .

وهنا تقوم المحكمة ببحث المراكز القانونية وتتحقق بصفة مجردة من القواعد الموضوعية التي تنطبق على الوقائع المعروضة عليها ، للتثبت من أن الواقعة المانعة أو المنهية التي يتمسك بها الخصم تؤثر على الواقعة المدعاة أم لا وبعد التأكد من ذلك يتم أعمال التقدير استنادا إلى القاعدة القانونية التي تنطبق على الواقعة التي تمسك بها الخصم من خلال القانون الموضوعي فإن لم يوجد عندئذ يتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم الدفوع الموضوعية في القانون المدني وعلى ضوء تلك القاعدة ينتهي الى قبول الدفع أو عدم قبوله [٤٧] .

ويكون للقاضي مطلق الحرية في تكوين قناعته والاخذ بما يطمأن اليه من اجل اثبات واقعة او نفيها طالما أن ما توصل اليه وبنى قناعته عليه له أصل ثابت في أوراق ضبط الجلسات ويستند الى منطق صحيح وثابت بخصوص ما رتبه من احكام .

وقد اختلف الفقه حول مدى تعلق الدفوع الموضوعية بالنظام العام وبالتالي إمكانية القاضي إثارتها من تلقاء نفسه :

فجانب من الفقه ذهب [٤٨] بأنه لا يجوز للقاضي إثارة الدفع الموضوعي من تلقاء نفسه بحجة أنه لا يجوز له الحكم للمدعي بشيء دون تقديم طلب بذلك ومن ثم فأن القاضي عليه ألا يثير دفعا موضوعيا للمدعى عليه من تلقاء نفسه إذ أن الدعوى المدنية تحمي حقوقا خاصة فلا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه . بينما يرى جانب آخر[٤٩] من الفقه بأن الدفوع الموضوعية وإن كان الأصل فيها عدم تعلقها بالنظام العام إذ اغلبها يتعلق بالمصالح الخاصة ولصاحبها أن يتمسك بها أو أن يسقط حقه في ذلك عند عدم التمسك بها ولكن يمكن للمحكمة إثارتها والقضاء فيها من تلقاء ومن ثم الفصل فيها دون أن تكون بذلك قد خالفت قاعدة قانونية من القواعد التي تحكم قيامها بأداء وظيفتها . ويترتب على ذلك إمكانية إثارة هذه الدفوع أمام محكمة النقض إذا تعلقت بالنظام العام وذلك عندما يكون أساسها الواقعي قد طرح أمام محكمة الموضوع وكان محلا للجدل بين الخصوم . أن الاتجاه الأخير جدير بالتأييد لأن الدعوى المدنية وأن كانت تحمي حقوقا خاصة إلا أنه حينما يتعلق الدفع بالحل والحرمة كما لو كانت الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية ولم يثير المدعى عليه الدفع الموضوعي عندئذ تثيره المحكمة من تلقاء نفسها كذلك يمكن للمدعى عليه إثارته أمام محكمة التمييز . وفكرة هذا الفقه [٥٠] أن قيام القاضي بإثارة الدفوع الموضوعية من تلقاء نفسه ودون طلب من الخصوم وفي الأحوال التي لا يتعلق فيها الدفع بالنظام العام ترتبط بمدى سلطة القاضي في الخصومة المدنية . وبذلك نخلص بالقول أن للمحكمة إثارة الدفع الموضوعي من تلقاء نفسها إذا تعلق بالنظام العام من دون أن يكون هناك مخالفة لما يسمى (بمبدأ حياد القاضي) والذي يقصد به أن القاضي يقتصر دوره على تفحص ما يدلي به الخصوم من وقائع الدعوى . وامتناعه عند تأسيس حكمه على

وقائع لم يثرها الخصوم حيث أن قواعد العدالة تفرض على القاضي أن يتعرض للنزاع بأكمله سواء في وجهة الإيجابي المتمثل في الطلب القضائي أو في وجهة السلبي المتمثل في الدفع الموضوعي ، فيكون للقاضي بناء على ذلك أن يثير من تلقاء نفسه الدفع الموضوعي إذا تبين له ذلك من الوقائع المعروضة عليه [٥١] ، فيحق له دعوة الخصوم لتقديم تفسيراتهم وايضاحاتهم حول واقعة يرى أنها ضرورية لحل النزاع[٥٢] ، ويباشر القاضي هذه السلطة اذا تبين له الزامهم بتقديم إيضاحات مكملة ليصل بذلك الى حقيقة الواقعة بمجمل الوقائع التي يستند اليها في حسم النزاع ولا يعني ما تقدم الزام الخصوم بتقديم وقائع جديدة بل يقتصر الامر على حدود

التوضيح للوقائع المقدمة فقط ، فيحدد القاضي بما له من سلطة تقدير الواقعة المنتجة في الدعوى ولا يقوم بذلك بشكل تحكمي وانما بالاستناد الى قواعد الاثبات التي تستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون . نستخلص من كل ذلك أن واجب المحكمة وأساس عملها هو حسم الدعاوى وانهاء النزاع المعروض أمامها بإصدار حكمة حاسم ينهي جميع الطلبات والدفوع المقدمة من قبل الخصوم والفصل في جميع جهات الدعوى بعد الاطلاع على كافة وقائعها ، ولا يجوز للمحكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقضه وإلا عد القاضي ممتنعا عن إحقاق الحق ويعد أيضا التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعا عن إحقاق الحق [٥٣] ، وبذلك على القاضي أن يفصل في النزاع بحكم حاسم نهائي للدعاوى وكذلك عليه أن يقرر الفصل في كافة الادعاءات والدفوع والطلبات التي يتقدم بها الخصوم اثناء سير المرافعة [٥٤].

ثانيا : سلطة المحكمة تجاه الدفوع الشكلية : لا شك أن التساؤل عن إمكانية قيام القاضي من تلقاء نفسه بإثارة الدفوع التي تؤدي الى رد الدعوى شكلا يدخلنا في مجال دراسة دور القاضي في الخصومة المدنية بوجه عام ، هذا الدور الذي يختلف باختلاف الفلسفة التي يقوم بها النظام القضائي في أي مكان وفي أي زمان . أن المبدأ التقليدي السائد في قانون المرافعات هو أن الخصومة ملك للخصوم ومعنى ذلك أن الخصوم هم الذين يملكون البدء بالمطالبة القضائية ، والسير في اجراءاتها أو تركها وإنهاء النزاع والخصوم هم الذين يحددون موضوع ادعاءاتهم وأسبابها عن طريق ما يطرحونه من طلبات ودفوع أمام المحكمة ، ويقدمون الأدلة ، في حين يقتصر دور القاضي على مراعاة إعمال قواعد القانون الوضعي والإجرائي على النزاع المطروح أمامه والفصل فيما يقدمه الخصوم من طلبات ، ومن هنا قيل أن دور القاضي في الخصومة المدنية هو دور سلبي وأن المبدأ بالنسبة للقاضي هو حياده [٥٥] .

فالأصل حياد القاضي فكما لا يمكنه أن يحكم للمدعي بأكثر مما طلبه فليس له أيضا أن يثير الدفوع من تلقاء ذاته إلا ما تعلق منها بالنظام العام وفي الحالات الأخرى التي يخوله فيها القانون إثارتها .

على أن الفكر القانوني لم يقف جامدا إزاء هذه النظرة لسلطة الخصوم ودور القاضي فلم يعد موقف القاضي سلبيا كالآله الميكانيكية التي تقدم إليها مواد القضية ليستخرج منها بعد ذلك حكما ، وإنما يجب الاعتراف له بدور إيجابي من منطلق النظر الى طبيعة الخصومة المدنية وطبيعتها ، فالخصومة وإن كانت أداة لحماية المصلحة الخاصة إلا أنها في ذات الوقت وسيلة لأداء وظيفة عامة هي وظيفة القضاء . فالاتجاه الحديث في الفقه والقضاء والتشريع يرى أن القضاء وظيفة عامة وبالتالي لا يمكن أن يترك شأنها لهوى الأفراد وبالتالي فقد أتخذ مبدأ حياد القاضي شكلا جديدا له فاعلية وحيوية جديدة فحياد القاضي لا يتنافى مع سلوكه الإيجابي في توجيه سير الخصومة [٥٦] . فالقوانين الحديثة تختلف في

تحديدها لنطاق دور القاضي في الخصومة المدنية ، فالقاعدة لدى هذا الفقه أن القاضي يقتصر بحثه في الدعوى على المسائل التي تنازع فيها الخصوم أو تلك المتعلقة بالنظام العام [٥٧] وهذا ما نص عليه قانون المرافعات المدنية العراقي وأغلب التشريعات محل المقارنة [٥٨] . فالأصل في الدفوع أنها مسألة اجرائية يمكن لصاحبها إثارتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي ، إلا أن ترك الأمر لرغبات الخصوم قد يضر بسير الخصومة والنظام العام ، عليه فأن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في إثارة الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام من تلقاء نفسه دون أن يمس ذلك بحياده [٥٩] ، ومثال على ذلك أن مدد الطعن من النظام العام وهي مواعيد سقوط ، فقبول الاستئناف شكلا مرهون بتقديمه خلال المدة وهو أمر يتصدى له القاضي من تلقاء نفسه وقبل أي شيء ، ومن الوضح أن المعيار في منح القاضي صلاحية إثارة هذا النوع من الدفوع من تلقاء نفسه هو مدى تعلقها بالنظام العام فمتى كان الدفع منصبا على اجراء متعلق بالنظام العام ، منح القاضي السلطة في إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى من تلقاء نفسه ودون أن يتمسك الخصوم ، أما اذا لم يكن متعلقا بالنظام ولم يتمسك به الخصوم ، فإن ذلك يعد تنازلا منهم عن التمسك به، ومن ثم لا يملك القاضي أثارته من تلقاء نفسه ، كذلك يجب على القاضي في حالة وجود نص على تعلق مسألة أو دفع ما بالنظام العام ، تقدير تعلق تلك المسألة بالنظام العام من عدمه ، ومن ثم إثارة تلك المسألة من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك بها الخصوم [٦٠]. كما ان جمهور الفقهاء مستقر على أنه في الأحوال التي يتعلق فيها الدفع بالنظام العام للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه حتى ولو أمتنع الخصوم عن التمسك به

، فتمارس محكمة الموضوع اختصاصها في نظر الدفوع التي تقدم إمامها للمحافظة على وحدة التشريع وتحقيق المساواة أمام القانون .

أن قانون المرافعات المدنية العراقي كان واضحا كل الوضوح في معالجة مسألة توجه الخصومة أو عدم توجهها فالزم المحكمة في التحري عنها والتثبت من وجودها فهي تمنح القاضي سلطة تجنب مناقشة موضوع الدعوى وتفادي السير في إجراءات مهددة بخطر الزال او الرد او البطلان مما يفض في نهاية الامر الى ضياع جهد المحكمة في إجراءات لا فائدة منها لذا يكون من المصلحة العامة أن تحكم المحكمة برد الدعوى دون الدخول في أساسها متى ما وجدت أن الخصومة غير متوجه فيها . وقد نصت المادة (٨٠) اذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في اساسها ، يقابلها المادة (١١٥) من قانون المرافعات المصري والتي نصت على أنه (الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ، وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى المدعي قائم على أساس ،اجلت الدعوى لإعلان ذي الصفة ويجوز لها في هذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة لا تتجاوز خمسون جنيها) . وفي قرار لمحكمة النقض المصرية " لما كان الوزير هو صاحب الصفة في تمثيل وزارته فإنه لا يترتب على محكمة الاستئناف عدم استجابتها لطلب فتح باب المرافعة لإدخال هيئة الأوقاف خصما في الدعوى بعد استخلاصها السائغ بأن هيئة الأوقاف طبقا لقانون إنشائها إنما تتولى إدارة الأوقاف والقيام على شؤونها نيابة عن وزارة الأوقاف وأن اختصام الأصل جائز وصحيح ولا محل من بعد لاختصام النائب " . فإذا لم تتحقق المحكمة من صفات الخصوم فإن حكمها قد يتعرض للرد إذا ما طعن فيه وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف بغداد

الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية[١١] بأن " على المحكمة أن تتحقق من صفات الخصوم ولما كانت المحكمة قد ذهبت خلاف ذلك مما اخل بصحة حكمها المميز، لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمة البداءة للتحقق من صفات الخصوم " .

وهناك رأي آخر يتجه الى أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام على اعتبار أن النظام العام لا يعنيه مادام من الثابت وجود حق وحدوث اعتداء على هذا الحق أن يدافع عنه صاحبه أو سواه كما أنه قد يحدث أن تكون هناك وكالة بين المدعى وصاحب الحق الحقيقي أو أن يقوم المدعى بالدعوى على سبيل الفضالة .

ومع ذلك نجد أن الدفع بانتفاء الصفة يتعلق بالنظام العام لأن الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذي يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به في مواجهته على اعتبار أنه لم يكن طرفا في الخصومة التي صدر فيها ، هذا إذا لم ترفع الخصومة باسمه أو يتنصل مما قام به من تولى السير في الخصومة فتبطل ويبطل الحكم الصادر فيها .

اما قانون المرافعات المصري فلم ينص على حكم يلزم المحكمة من التحقق من صفات الخصوم في الدعوى إلا أن ذلك لا يعني أن المحكمة لا تتحقق من صفات الخصوم ومما يدل على ذلك أن القانون أجاز للمحكمة أن تمنح الخصوم إجلا لتصحيح الخصومة [١٢] ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الشأن قرار محكمة النقض جاء فيه أنه " وأن كان يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم قبول الدعوى إذا لم يكن المدعي صاحب صفة في رفعها ألا أنه متى اكتسب المدعي هذه الصفة أثناء نظر الدعوى مراعيا المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في القانون فإن العيب الذي شاب صفته عند رفعها يكون قد زال وتصبح الخصومة بعد زوال

العيب منتجة لآثارها منذ بدايتها ولا تكون للمدعى عليه مصلحة في التمسك بهذا الدفع " .

أما قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فإنه لم يلزم المحكمة بوجوب التحقق من صفات الخصوم وإنما يلزم المحكمة بوجوب الفصل في الدفوع المتعلقة بالنظام العام فإن انتفائها يوجب على المحكمة أن تحكم برد الدعوى [٦٣]. فالدعوى بطلب ازالة شيوع عقار إذا لم ترفع من قبل شريك أو اكثر أو من يمثله ترد من جهة الخصومة ولا تبحث المحكمة في الدعوى المنظورة ، وقد اعتبر المشرع العراقي شرط الصفة (الخصومة) من قبيل المسائل المتعلقة بالنظام العام واوجب على المحكمة رد الدعوى دون الدخول في أساسها إذا كانت الخصومة غير متوجهة . ان نص القانون الاردني جدير بالتأييد ، إذ أن الدفع إذا كان متعلقا بالنظام العام ويترتب على قبوله رد الدعوى يكون لازما على المحكمة أن تفصل فيه قبل الدخول في موضوع الدعوى ، ونحن نجد في هذا الصدد ان على المحكمة ان تفصل في الدفوع التي يترتب على قبولها رد الدعوى قبل الدخول في موضوعها لأن ذلك يريح المحكمة من الخوض في موضوع الدعوى التي ترد بسبب الدفع وبالتالي يكون تعرض المحكمة لموضوع الدعوى بلا فائدة طالما أن مصير الدعوى هو الرد قبل الفصل في موضوعها ، ونحن بدورنا نؤيد ما جاء به القانون الأردني وترى ضرورة أن يتبنى المشرع العراقي الوجه الايجابي الذي نص عليه القانون الأردني في هذا الخصوص . كما أوجب المشرع اللبناني في المادة ٦٤ أ.م .م . على المحكمة أن تثير الدفوع المتعلقة به من تلقاء ذاتها كالدفع بانتفاء الصفة ففي هذه الحالة تكون المحكمة ملزمة بإثارته ، فعلى القاضي أن يتأكد مما إذا كان الخصوم يملكون

الصفة للمخاصمة في الدعوى فإذا ما وجد صفتهم متخلفة أثارها من تلقاء ذاته دون أن ينتظر تمسك الخصوم بها لتعلقها بالنظام العام [١٤] .

ويذهب الاتجاه التقليدي في فقه القانون الإجرائي أن الخصومة ملك للخصوم وهم احرار في ادارتها كيفما شاءوا وهم يقومون بجميع الاجراءات وهم من يسيرون الخصومة ويحددون نطاقها وموضوعها ومحلها وسببها وتنصرف آثارها إليهم دون سواها والأحكام التي تصدر أنما هي أداة لحماية مصالحهم فللخصوم القابلية على تقييم مصلحتهم من إقامة الدعوى الحرية الكاملة في الاستمرار بالسير فيها أو تركها وهذا الرأي يخالف احكام قوانين المرافعات ولهذا نحن لا نتفق معه جملة وتفصيلا لما له من تقليل من هيبة القضاء واضفاء الدور السلبي للقاضي وحجب والغاء سلطة المحكمة في توجيه الإجراءات فالمحكمة تتخذ الكثير من الاجراءات في الخصومة المدنية وتقوم بالعديد من الاعمال بما يملك قاضي المحكمة من صلاحيات مفوضة لأمره بواسطة التشريعات فله سلطة واسعة بفحص وقائع النزاع واستخلاص المنتج واستبعاد غير المنتج ويخرج بنتيجة الفحص الى التكييف القانوني السليم للواقعة المنظورة وله ايقاع النصوص التشريعية بما يتلائم مع الوقائع المعروضة أمامه وأعمال حكم القواعد القانونية وصولا إلى الحكم العادل الذي يتوافق مع ماهية الخصومة ، وهناك من يرى إلى جانب ما أسلفناه أن تقام الدعوى المدنية يتحقق بقوة القانون وليس للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه . إن استخلاص توافر الصفة هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى الذي يستقل به قاضي الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب تكفي لحمله فالمحكمة هي من تقرر توفر الصفة من عدمه في كل فريق من فرقاء النزاع وقبل البحث في الطلبات

المقدمة من كل منهم وبالتالي فإن البت بتوفر الصفة هو من صلب اختصاص المحكمة ولا يعتبر الفصل به فصلا بما هو غير مطلوب أو بأكثر مما هو مطلوب . كما أن المحكمة ملزمة بالتحقق من اهلية الخصوم حتى ولو لم يرد دفع بعدم صحتها ، حيث يشترط لصحة الدعوى وقبولها أهلية الطرفين فيها للمرافعة أي ان يكون المدعي ذا أهلية للادعاء وان يكون المدعى عليه ذا اهلية لرفع الدعوى عليه وكذلك الشخص الثالث [١٥].

كما يجب ان يكون طلب الدعي منصبا على حق يقرره القانون فإذا خلت الدعوى من ذلك تكون واجبة الرد من هذه الجهة [١١]كذلك سبق صدور حكم في موضوع الدعوى فقد نصت المادة (١٠٥) من قانون الإثبات حيث جاء في هذه المادة " الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا" فلا يجوز للمحكمة أن تفصل في نزاع سبق وأن تم الفصل فيه ، حيث لا يجوز رفع الدعوى إلا مرة واحدة ، فإذا اقيمت الدعوى مجددا بشأن ذات الحق كان للطرف الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل [١٧].

كما إن للمحكمة سلطة الحكم بإنهاء الخصومة من الدعوى المدنية فبمجرد انقضاء المدد القانونية التي حددتها النصوص الوارد في قوانين المرافعات المدنية التي سبق الاشارة إليها يتحقق ذلك التقادم أي بمعنى لمجرد انقضاء الأجل يصبح من حق الخصم المستفيد منه ومن هذه اللحظة تترتب جميع الآثار القانونية لسقوط الدعوى بالتقادم دونما حاجة إلى إصدار حكم قضائي بمضمونه ولا إلى تمسك الخصم به ولكن صدور الحكم بمضمونه ولا إلى تمسك الخصم به ولكن صدور الحكم بمضمونه يضفي فائدة عملية يستفاد منها الخصم الذي وجد

السقوط لمصلحته إن إعطاء المحكمة سلطة الحكم بإنهاء الخصومة في الدعوى المدنية بمضي المدة القانونية ومن تلقاء نفسها مرده إلى دوافع عملية ، لذا وجب على القاضي أن يجتهد ويبذل ما بوسعه من جهد في تفسير النصوص وينقب عن أغراض المشرع في وضع تلك المواد القانونية والحكمة من ورائها وأن يستنتج استنتاجا منطقيا ولو أدى ذلك إلى استعانته بالمصادر الأخرى عدا التشريع [١٨]فالقضاء ساحة لإحقاق الحق ولما كان المشرع العراقي قد أوجب مراعاة الخصومة من الناحية الموضوعية كونها من النظام العام وتتعلق بحق القانون وأن المحكمة تقضي برد الدعوى عند عدم توجه الخصومة إلا أن القضاء استقر على التسامح في الاخطاء والنواقص التي ترد على عريضة الدعوى من ناحية الخصومة وعدها من الاخطاء المغتفره التي يمكن اصلاحها ، فالخطأ الوارد في مثل هذه الحالة لا يبرر رد الدعوى وإنما بالإمكان معالجته بمنح المدعي مهلة لإصلاحه وأن امتنع فإن المحكمة تحكم برد الدعوى من جهة الخصومة طبقا لما أشارت إليه المادة ١/٥٠ مرافعات كما أن نواقص الخصومة لا يبرر رد الدعوى فعلى المحكمة إكمال هذا النقص بإدخال من تصح خصومته إلى جانب من أقيمت عليه الدعوى استنادا للمادة (٦٩) مرافعات [١٩]. ولما كانت المحكمة ذات سلطة واسعة في الناحية الموضوعية للخصومة فمن باب أولى ليس هناك من مانع أن تقضي بالتقادم بمضي المدة من تلقاء نفسها استنادا للنصوص التي أوردناها سابقا لذا لا نرى من قيود قانونية تقيد القاضي بعدم الأخذ بمثل هذا النظام وأن لم ينص عليه صراحة في قوانين المرافعات المدنية . وبذلك المحكمة تفصل في كافة أمور الدفوع القضائية من خلال تطبيق القاعدة القانونية الموضوعية أو الاجرائية فلا شك في أن للمحكمة سلطة في تقدير هذه الوسيلة من وسائل

الدفاع وعليه سوف نتكلم في هذا البحث عن سلطة المحكمة تجاه الدفوع الموضوعية وكذلك سلطة المحكمة تجاه الدفوع الشكلية .

وبالنسبة للدفع برد الدعوى شكلا فلا يمكن تقرير حكم عام يسري بشأنها فثمة حالات يتعين فيها على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها برد الدعوى ، وثمة حالات يتعين فيها التمسك بالدفع حتى تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى ويتعين البحث في موضوع كل دفع على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التي دعت إلى تقريره والتساؤل في كل حالة ، عما إذا كان الدفع متعلقا بمصلحة المدعى عليه أو مقررا فضلا عن ذلك لصالح المجتمع ذاته فإذا ما تعقلت بالنظام العام [٧٠].

حيث نصت المواد (٣، ٤، ٥،٦) من قانون المرافعات المدنية على الشروط الواجب توفرها في كل دعوى ترفع امام القضاء ويمكن ان يطلق عليها شروط قبول الدعوى ويتعين على المحكمة ان تتثبت من هذه الشروط في الجلسة الاولى وتتأكد من توافرها جميعا في الدعوى وذلك قبل ان تخوض في موضوعها فإذا تخلف شرط أو اكثر في الدعوى المنظورة وجب على المحكمة ردها شكلا [٧١] ، فإذا تقدم الخصم بدفع لرد الدعوى قبل الانتقال إلى موضوعها لتخلف الصفة فإن القاضي سيتناول بالبحث صحة هذا الدفع طالما طرح عليه [٧٢] بل أكثر من ذلك يملك القاضي ومن تلقاء نفسه البحث في توافر صفات الخصوم والتحري لإصدار القرار المناصب وهذا ما نص عليه قانون المرافعات المدنية العراقي [٧٣] ، فهو من الدفوع التي تتصل بالنظام العام وذلك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى أن تتحقق من صفات الخصوم وتتحقق من وكالة من ينوب عنهم فعليها ومن تلقاء نفسها ان تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحة في الدعوى .

المطلب الثاني : سلطة الخصوم اتجاه الدفوع الموضوعية والشكلية : الفرع الاول : سلطة الخصوم تجاه الدفوع الموضوعية يعتبر الدفع برد الدعوى من حقوق الدفاع الاساسية للخصم ، حيث أن الاصل أن القانون ينظم الدفوع باعتبارها وسيلة لرد المدعى عليه لدعوى خصمه وتمكنيه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها ، فهي الأداة المقابلة للدعوى في يد المدعى عليه ، ومع ذلك فإن المدعي يحق له تقديم دفوعه للرد على الطلبات العارضة للمدعى عليه سواء من ناحية موضوعها أو إجراءاتها ، وهو ما يعد دفعا بالمعنى الواسع [٧٤]. والدفوع الموضوعية هي التي يلجأ اليها المدعي ليثبت أن دعوى خصمه على غير اساس قانوني وهي الدفوع التي تتعلق بأساس الدعوى والتي تعرض الى ذات الحق المدعى به ، والامثلة عليها كثيرة منها دعوى الدين فأن المدعى عليه يدفع الدعوى بانقضاء الدين بالوفاء او الابراء او بالمقاصة ، والدفع بسقوط الحق في الشفعة وغير ذلك من الدفوع الموضوعية التي لا حصر لها والتي هي من موضوعات القانون المدني او القانون التجاري وذلك لأن المدعى عليه يستهدف منها نفي هذه الحقوق وهذه الدفوع تخضع للشروط التي تخضع لها الدعوى من حيث توافر المصلحة والاهلية [٧٥].

أن المدعى عليه يرمي من الدفع الموضوعي إلى تفادي الحكم للمدعى بمطلوبة دون ان يقصد الحصول منها على ميزة خاصة ، ففي دعوى التعويض مثلا إذا دفع المدعى عليه بتقادم الدعوى فهو يبدي دفعا موضوعيا ، أما إذا طالب المدعي بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعي يكون قد تقدم بطلب عارض .

ويجوز للخصم ابداء الدفوع الموضوعية في أي دور من أدوار المرافعة سواء تم ذلك امام محكمة الدرجة الاولى كالبداءة مثلا أو محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ولا يجوز أحداث دفع جديد أو أيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزا ، واذا أخذت المحكمة بالدفع الموضوعي فأنها تقرر رد دعوى المدعي فإذا اكتسب الدرجة القطعية أي درجة البتات فأنه هنا لا يجوز إقامة دعوى ثانية بنفس الموضوع بسبب سبق الفصل في الدعوى . يتحدد دور الخصوم بالتزام

قانوني يتمثل بتقديم الواقعة موضوع الدعوى وتوضيحها للمحكمة واثبات الوقائع المنتجة بالأدلة التي نص عليها القانون ويتوجب على القاضي الأخذ بعناصر الإثبات التي قدمت له وفقا للقانون ويمتنع عليه أن يشكل قناعته استناد لمعلوماته الشخصية التي تحصل عليها من وقائع النزاع المطروحة عليه خارج نطاق الدعوى [٧٦].

ويقع عبء اثبات الواقعة على الخصوم دون ان يكلفوا بإثبات القانون طبقا للقاعدة التقليدية (القاضي يعلم بالقانون) ، ولا يكلف الخصوم بالإثبات إذا وجدت قرينة قانونية لصالحهم وقد ينقلب عبء الإثبات لوجود قرينة حالة وقد يؤدي استخدام فكرة الافتراض الى ادخال او استبعاد عنصر واقعي من الوقائع المطروحة في النزاع ، ويتوصل القاضي الى صحة إثبات الواقعة بجهد عقلي كبير للوصول الى الحقيقة وترتيب الأثر المناسب على وجوده .

ويقع على الخصوم عبء تقديم الوقائع النافعة والتي تصلح كأساس لما قدموه من ادعاءات ، ويقصد بالادعاءات الطلبات المقدمة من المدعي ودفوع المدعى عليه ويقصد بالوقائع التي تصلح كأساس للادعاء تلك التي تقدم من قبل الخصوم مجردة عن التكييف او الاستناد لنصوص القانون . ولا يقتصر دور الخصوم على تقديم الوقائع بل يمكن تحديد البعض منها والتركيز عليها دون الاخرى بوصفها وقائع مناسبة تتعلق بالإثبات وقد يكون من بينها وقائع منتجة ترتبط مباشرة بالإثبات [٧٧]. والدفع الموضوعي هو أحد صور الإجابة عن الدعوى فالمدعي عليه حين يسأل عن الحق المدعى به عليه قد يكون جوابه بالإقرار او الإنكار أو بتوجيه دفع موضوعي للدعوى ويمكن أن يكون في الدعوى الواحدة اكثر من دفع موضوعي فمثلا إذا رفع الزوج دعوى على زوجته يطالبها بالدخول في طاعته ، فللزوجة أن

تدفع هذه الدعوى بأكثر من دفع موضوعي منها أن الزوج لا يحسن معاشرتها ويضربها بغير وجه حق ومنها أن الزوج لم يدفع مهرها المعجل ، ومنها أن المدعي قد بت طلاقها وأبانها من عصمته وعقد نكاحه ، إلى غير ذلك من الدفوع الموضوعية التي إذا ثبت أي منها حكم برد دعوى المدعي . ان الغاية من تقديم الدفع الموضوعي هو عدم تمكين المدعي من الحصول على الحق الذي يدعيه أو بيان عدم أحقيته بالحق الذي سبق وأن حصل عليه لكون ان الدفوع الموضوعية مجرد وسائل دفاع يرمي بها المدعى عليه على تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه دون ان يقصد الحصول منها على شيء معين ، ومثال ذلك أن يدعي شخصا بانه اقرض شخصا اخر مئة الف دينار فيدفع المدعى عليه هذه الدعوى بأنه قد اعطى المدعي قبل اسبوعين مئة الف دينار إيفاء للقرض ، فإذا انكر المدعي هذا الدفع وتمكن المدعى عليه من اثباته وطلب الحكم بموجبه ورد الدعوى حكم القاضي برد دعوى المدعي من النقود فيدفعه بأنه سبق وان سدد له المبلغ المطالب به .

الفرع الثاني : سلطة الخصوم في ابداء الدفع بعدم توجه الخصومة

يعتبر الدفع من حقوق الدفاع الاساسية للخصم حيث أن الأصل أن القانون ينظم الدفوع باعتبارها وسيلة لرد المدعى عليه على دعوى خصمه وتمكينه من الاعتراض عليها أو على إجراءاتها فهي الاداة المقابلة للدعوى في يد المدعى عليه ومع ذلك فإن المدعي يحق له تقديم دفوعه للرد على الطلبات العارضة للمدعى عليه سواء من ناحية موضوعها أو اجراءاتها وهو ما يعد دفعا بالمعنى الواسع [٧٨]. والدفع بعدم توجه الخصومة لكي يحقق هدفه ينبغي أن يبدي قبل الكلام في الموضوع ، لأنه قد يريح المحكمة من فحص موضوع الدعوى إذا ما تمت الإجابة

على هذا الدفع وبالتالي رد الدعوى بناء عليه وتجنب مناقشة موضوع الدعوى [٧٩] كما أن إثارة الدفع بعدم توجه الخصومة قبل الكلام في الموضوع يضع حدا للمنازعات أمام القضاء والتخلص منها قبل البحث في الموضوع [٨٠] ، ولكن قانون المرافعات المدنية والتشريعات محل المقارنة ولاعتبار أهم من وظيفة الدفع بعدم توجه الخصومة وهو حق الدفاع ، أجازت للخصم إبداء الدفع بعدم القبول في أية حالة تكون عليها الدعوى فهذا الحق يوجب تمكين الخصم من إثارة كل ما يتعلق بوجود الحق في الدعوى في أية حالة كانت عليها الدعوى .

فبالنسبة لقانون المرافعات المدنية العراقي فقد أجاز للخصم إبداء الدفع بعدم توجه الخصومة في أية حال تكون عليها الدعوى [٨١] ، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة التمييز[٨٢] ، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز . وكذلك قانون المرافعات المصري ، حيث أجاز للخصم إبداء الدفع بانتفاء الصفة في أية حالة تكون عليها الدعوى [٨٣]، ولكن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني نص على أن جميع الدفوع المتعلقة بالنظام العام من الجائز إبداؤها في أية مرحلة من مراحل الدعوى من دون تمييز بين أنواع الدفوع ، سواء أكانت موضوعية أو شكلية أو دفوع بعدم القبول [٨٤]. أما بالنسبة لقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني [٨٥] ، فأنه ينص على أنه " يجوز الإدلاء بدفوع عدم القبول في أية حالة كانت عليها المحكمة " . نلاحظ مما سبق أن قانون المرافعات المدنية العراقي وأغلب التشريعات محل المقارنة متفقة على أنه من الجائز إبداء الدفع بعدم توجه الخصومة في أية مرحلة من مراحل الدعوى .

إن السبب وراء جواز إبداء الدفع بعدم توجه الخصومة تعلقه بالمصلحة العامة ، فيجوز للخصم إبدائه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز ، مثال ذلك الدفع بعدم توجه الخصومة وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز في العراق [٨٦] بقولها إن " الدفع بعدم توجه الخصومة يمكن إبداؤه أمام محكمة التمييز ، لأن الخصومة من النظام العام وإن على المحكمة أن تقضي برد الدعوى قبل الدخول في موضوعها " .

أما قضاء محكمة النقض المصرية [٨٧] فهو مستقر على " أن الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة يجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض ولو لم يسبق أثارته أمام محكمة الاستئناف أو محكمة الموضوع ". مما سبق يتبين لنا أن الدفع بعدم القبول من الجائز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى ، بل أكثر من ذلك إذا كان الدفع يتعلق بالنظام العام ، حيث يجوز إبداؤه أمام محكمة التمييز، أما كيفية إبداء الدفع بعدم القبول فللخصم أن يبديه شفاها في محضر الجلسة في مواجهة الخصم ، أو كتابة في طلب ليتقدم به الخصم للرد على دعوى خصمه [٨٨] .

الخاتمة:

نخلص من خلال ما تقدم إلى الاستنتاجات نطرح على وفقها التوصيات التي توصلنا إليها على النحو الآتي :-

النتائج:

١-لقد توصلنا بأن سلطة محكمة الموضوع تعني نطاق حرية المحكمة في التعامل مع الادعاءات التي يثيرها الخصوم عند نظر الدعوى المدنية في المجال

الرحب الذي يحق للقاضي أن يتخذ قراره تجاهه سواء أثير الدفع من قبل الخصم ام في حالة اثارته من قبل المحكمة من ذاتها وبخلاف ذلك ستكون سلطة القاضي مقيدة بالقانون أي قانونية .

٢-كما اتضح لنا بأن المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية قد تماشى مع الفكر القانوني الحديث في منح محكمة الموضوع سلطة تقديرية ودورا ايجابيا ملحوظا تجاه بعض انواع الدفوع التي توجب رد الدعوى وفي كافة مراحل الدعوى لغرض تلافي حالات الارتباك والتخبط في سلبية دور القاضي ووقوفه موقف المتفرج .

٣-نجد أن المشرعين قد منحوا محكمة الموضوع سلطة تكييف الدفوع المقدمة من قبل الخصوم وتحديد طبيعتها ومدى تعلقها بالنظام العام كما منحها أثارة الدفوع الموجبة لرد الدعوى وخولها سلطة الفصل فيها على استقلالها أو ضمها للموضوع وتقدير ما يعد كلاما في الموضوع حيث يسقط الحق في التمسك بالدفع الذي لا يتصل بالنظام العام في حين ان للخصوم اثارة جميع الدفوع التي توجب رد دعوى سواء الشكلية والموضوعية .

التوصيات :

نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي من الصيغة الاتية (١- إذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولومن تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها ٢- للخصم أن يبدي هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى) .وذلك إلى الصيغة التالية (الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها وإذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم

قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على اساس أجلت الدعوى لتبليغ ذي الصفة) وان السبب في ذلك يعود أن المشرع العراقي يكون في النص المذكور أنفا قد خلط بين الصفة والخصومة في الدعوى ولكل منها مفهومه المختلف عن الاخر ومن جهة أخرى لا بد من التمييز بين انتفاء الصفة وشروط الدعوى الأخرى فالصفة يمكن تصحيحها بعد قيام الدعوى خلال مدة تعينها المحكمة .

المصادر :-

١-ابن منظور محمد بن مكرم لسان العرب ، ج ١ ، ط١ ، بيروت .

٢-يحياوي صليحة ورجه بوفا دوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ص ٢٠ .

٣-نجاة كريم جابر ، السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات المتعلقة بالأشخاص ذات العنصر الاجنبي ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، ص ١٨ .

٤-د. عز الدين عبدالسلام ، قواعد الأحكام في مصالح الانام ، ط٢، دار المعارف ، بيروت ، ص٥.

٥- د. خير الدين الامين ، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، المجلد ، ١٥، العدد ٢، ٢٠٠٨ .

٦-د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية.

٧-د. فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، دراسة مقارنة ، مطبعة الشرطة ، ١٩٩٢ .

٨-الاستاذ ضياء شيت خطاب ، التفكير القضائي ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين ، العدد١ ، ١٩٨١ .

٩-انور طلبة ، مجموعة المبادئ القانونية التي اقرتها محكمة النقض، ج١ ، الاسكندرية ، دار نشر الثقافة ، ١٩٩٨ .

١٠- د. توفيق حسن فرج ، الاصول العامة للقانون ، الدار المصرية للطباعة ، بيروت ، ١٩٧٣.

١١- د. فتحي محمد انور ، الادلة الكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية ، ط٢ ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ .

١٢- د. نبيل اسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩.

١٣- د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٧ .

١٤- د. عبد محمد القصاص ، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، ط٢ ،

١٥- د. وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ .

١٦- أ . د روبرت ألكسي ، فلسفة القانون ، مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .

١٧- د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٥ .

١٨- د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، ط١ مؤسسة بحسون ، بيروت ، ١٩٩٢.

١٩- د. محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٢.

٢٠- د. عبد محمد القصاص ، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، ط٢.

٢١- د. احمد السيد الصاوى ، نطاق رقابة محكمة النقض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

٢٢- د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ .

٢٣- د. عبدالمنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ١٩٦٠ .

٢٤- د. حاتم حسن موسى ، سلطة القاضي الجنائي ، منشاة المعارف ،٢٠٠٢ .

٢٥- د. ادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ .

٢٦- القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية ، بغداد ، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠٩.

٢٧- د. حسين عبدالهادي ، شرح قانون الإثبات ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٦.

٢٨- د. محمد خليل ابو بكر ، دفع عدم القبول ونظامه الاجرائي ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ .

٢٩- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ج١ .

٣٠- د. نبيل اسماعيل عمر ، الدفع بعد القبول ونظامه القانوني ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨١.

٣١- د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، ط٣، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .

٣٢- د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣.

٣٣- حبيب عبيد العماري ، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع دراسة مقارنة .

٣٤- د. فتحي والي ، مبادئ القضاء المدني ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ج٢ ، ١٩٤٦ .

٣٥- د. ابراهيم سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج١ ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤.

٣٦- د. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .

٣٧- د. منصور حسين ، ود. هادي حسين الكعبي ، الاثر الاجرائي بين الواقع والقانون لتحديد وصف محكمة التمييز (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، ٢٠١٢ .

٣٨- د . آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٨ .

٣٩- د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، الطعن في الاحكام بالتمييز ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٢ ، مصدر سابق ، ص ١٠٥، ومحمد العشماوي و د. عبدالوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات ، ٢٠٠٦ .

الفهرس

المستخلص :.....خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
Abstract:.....خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
المقدمة :..... ١٠٠٧
Introduction:..... ١٠٠٧
أهمية البحث :-..... ١٠٠٨
منهجية البحث :-..... ١٠٠٨
مشكلة البحث :-..... ١٠٠٨
خطة البحث :-..... ١٠٠٨
المطلب الأول: سلطة المحكمة التقديرية..... ١٠٠٩
الفرع الأول : تعريف السلطة التقديرية للمحكمة..... ١٠١٠
السلطة التقديرية للمحكمة في الشريعة الإسلامية ١٠١١
الفرع الثاني : مفهوم السلطة التقديرية للمحكمة..... ١٠١٢
الفرع الثالث : ماهية السلطة التقديرية للمحكمة..... ١٠١٤
الفرع الرابع: سلطة المحكمة تجاه الدفوع الموضوعية والشكلية..... ١٠٢٠
اولا : سلطة المحكمة تجاه الدفوع الموضوعية..... ١٠٢٣
ثانيا : سلطة المحكمة تجاه الدفوع الشكلية..... ١٠٢٩
المطلب الثاني : سلطة الخصوم اتجاه الدفوع الموضوعية والشكلية ١٠٣٨
الفرع الاول : سلطة الخصوم تجاه الدفوع الموضوعية..... ١٠٣٨

الفرع الثاني : سلطة الخصوم في ابداء الدفع بعدم توجه الخصومة..... ١٠٤٠
الخاتمة:..... ١٠٤٢
النتائج:..... ١٠٤٢
التوصيات :..... ١٠٤٣
المصادر :- ١٠٤٤

الهوامش

(١) ابن منظور محمد بن مكرم لسان العرب ، ج ١ ، ط١ ، بيروت ، ص ٩٥ .

(٢) يحياوي صليحة ورجه بوفا دوم السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ص ٢٠ .

(٣)نجاة كريم جابر ،السلطة التقديرية للقاضي في العلاقات المتعلقة بالأشخاص ذات العنصر الاجنبي ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، ص ١٨ .

(٤)د. عز الدين عبدالسلام ، قواعد الأحكام في مصالح الانام ، ط٢، دار المعارف ، بيروت ، ص٥.

(٥)د. خير الدين الامين ، سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل ، المجلد ، ١٥، العدد ٢، ٢٠٠٨ .

(٦)د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ص١١ .

(٧)د. فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، دراسة مقارنة ، مطبعة الشرطة ، ١٩٩٢ ، ص ٩٦ .

(٨)د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ص ٧٨ .

(٩)الاستاذ ضياء شيت خطاب ، التفكير القضائي ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين ، العدد١ ، ١٩٨١ ، ص ١٩ .

(١٠)نقض مصري ١٩٩٧/١١/١٧الطعن ٢٢٦ س ٤٨ قد نقلا عن انور طلبة ، مجموعة المبادئ القانونية التي اقرتها محكمة النقض، ج١ ، الاسكندرية ، دار نشر الثقافة ، ١٩٩٨ ، ص ٢٢٥ .

(١١)د. توفيق حسن فرج ، الاصول العامة للقانون ، الدار المصرية للطباعة ، بيروت ، ١٩٧٣ ، ص ٥١٩ .

(١٢)د. فتحي محمد انور ، الادلة الكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية ، ط٢ ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٦٠٨ .

(١٣)د. نبيل اسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ١٩٨٩، ص ٣١ .

(١٤)د. فتحي والي ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص ٥١٠ .

(١٥)د. عبد محمد القصاص ، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، ط٢ ، ص ٢٠٦ .

(١٦)د. وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤، ص ٩٣ .

(١٧)أ . د روبرت ألكسي ، فلسفة القانون ، مفهوم القانون ومفهوم سريان القانون ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦، ص ١٩ .

(١٨)د. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط١ ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٨٥ ، ص ٢٢٠ .

(١٩)انظر المادة (١) مدني عراقي والمادة (١) مدني مصري

(٢٠)د. مصطفى العوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، ط١ مؤسسة بحسون ، بيروت ، ١٩٩٢ ، ص ١٩.

(٢١)د. محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٢٢٠ .

(٢٢)د. عبد محمد القصاص ، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة ، ط٢،ص ٢٠٦ .

(٢٣)د. احمد السيد الصاوى ، نطاق رقابة محكمة النقض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٦٨ .

(٢٤)د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٣٦ .

(٢٥)د. عبدالمنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ، ص ١٩٦٠ ، ص ٣٢١ .

(٢٦)د. نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية ، ص ١٢١ .

(٢٧)د. محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة في التكييف ، ص ٢٥٨ .

(٢٨)د. نبيل اسماعيل عمر ، السلطة التقديرية ، ص ١٢٣- ١٢٤ .

(٢٩)د. حاتم حسن موسى ، سلطة القاضي الجنائي ، منشاة المعارف ، ص ١١٤ .

(٣٠)د. محمد محمود ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ .

(٣١)د. وجدي راغب فهمي ، مصدر سابق ، ص ٥٣١ .

(٣٢)د. عبد محمد القصاص ، الوسيط ، ص ١١٧٤ .

(٣٣)د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، الطعن في الاحكام بالتمييز ،دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٢ ، مصدر سابق ، ص ١٠٥، ومحمد العشماوي ود. عبدالوهاب العشماوي ، قواعد المرافعات ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٦٨ .

(٣٤)د. وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة في العمل القضائي ، دار المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ٥٢١ .

(٣٥)انظر المادة (٦/٤٦) مرافعات عراقي .

(٣٦)انظر المادة (٦/٦٣) مرافعات مصري .

(٣٧)انظر المادة (١/٤) من قانون المرافعات الفرنسي .

(٣٨)انظر المواد (٧٣ – ٨٠) باب الدفوع في قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٣٩)انظر المواد (١٠٨ – ١١٦) باب الدفوع في قانون المرافعات المصري .

(٤٠)انظر المادة (٤١٣) مدني عراقي تقابلها م / ٣٦٥ / ١ مدني مصري ، والمادة (٤٤٢) مدني عراقي تقابلها م / ٣٨٧ مدني مصري .

(٤١)انظر نص المادة (٨) مرافعات مدني فرنسي .

(٤٢)Jean Vincent et Serge Guin Chard .OP. Cit.P.521.

(٤٣)د. منصور حسين ، ود.هادي حسين الكعبي ، الاثر الاجرائي بين الواقع والقانون لتحديد وصف محكمة التمييز (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، ٢٠١٢ .

(٤٤)د. محمد محمود ابراهيم ، النظرية العامة للتكيف القانوني في الدعوى ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٣٩٦

(٤٥)الاستاذ ضياء شيت خطاب ، سلطة القاضي في تكييف وقائع الدعوى المدنية ، مجلة القضاء ، نقابة المحامين العراقيين ، الاعداد ١،٢،٣،٤، لسنة ١٩٨٢ ، ص ١٥ .

(٤٦)د . آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٨ ، ص ٢١٩ .

(٤٧)د. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ، ص ٣٤٣ .

(٤٨)د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، ص ٢٢٠ .

(٤٩)د. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديد ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٣٤٣ .

(٥٠)د. فتحي والي القضاء المدني اللبناني ، ص ٦٨٧ .

(٥١)د. ابراهيم سعد ، القانون القضائي الخاص ، ص ٦٤٢ .

(٥٢)انظر المادة (٨) مرافعات فرنسي .

(٥٣)انظر المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٥٤)عبد الرحمن العلام ، مرجع سابق ، ص ٣١١.

(٥٥)د. وجدي راغب ، مبادئ ، ص ٣٠ .

(٥٦)د. نبيل اسماعيل عمر ،الدفع بعد القبول ونظامه القانوني ، ط١ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،ص ٤١ .

(٥٧)د. وجدي راغب فهمي ، مبادئ القضاء ، المرجع السابق ، ص ٤١٦ .

(٥٨)انظر المادة (١/١٨٠) مرافعات عراقي، المادة (١١٥) مرافعات مصري ، المادة (١/١١١) اصول محاكمات مدنية أردني .

(٥٩)د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة السنهوري ، بغداد ، ص ٢٨١.

(٦٠)حبيب عبيد العماري ، السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع تجاه الدفوع دراسة مقارنة

(٦١)قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية رقم ١٥٨/ تمييزية ، في ١٣/ ٤/ ٢٠٠٩ غير منشور .

(٦٢)د . ادم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ١١ .

(٦٣)انظر المادة (٢/١١١) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني .

(٦٤)انظر المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، يقابله المادة (١١٥) من قانون المرافعات المصري ، يقابله المادة (٦٤) من القانون اللبناني .

(٦٥)عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ج١،٢ ، ص ٤٨ .

(٦٦)قرار محكمة التمييز / عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج١ ، ١٩٧٠ ، ص ٤٢ ؟

(٦٧)انظر المادة (١٠٥) من قانون الأثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، والمادة (٣/٢٠٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(٦٨)د. حسين عبدالهادي ، شرح قانون الإثبات ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٦ ، ص ١٥ وما بعدها .

(٦٩)قرار محكمة التمييز الإتحادية ١٣٧٧/ مدنية / ٢٠٠٦ في ٢٢/ ٨/ ٢٠٠٦.

(٧٠)د. ادم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مطبعة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ٢٨١ .

(٧١)القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص ١١ .

(٧٢)د. محمد خليل ابوبكر ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

(٧٣)انظر المادة (١/٥١) من قانون المرافعات المدنية العراقي " في اليوم المحدد للمرافعة يجب على المحكمة أن تتحقق من إتمام التبليغات وصفات الخصوم " .

(٧٤)د. احمد هندي ، نظرية الدفوع ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٠٥ .

(٧٥)احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ .

(٧٦)د. وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص ٤١٧ .

(٧٧)د. حلمي الحجار ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، ص ٧٩ .

(٧٨)د. وجدي راغب، مبادئ القضاء مرجع سابق ، ص ٤١٢ .

(٧٩)محمد خليل ابو بكر ، دفوع عدم القبول ونظامها الإجرائي ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص ٩٤ .

(٨٠)د. اجياد ثامر الدليمي ، ابطال عريضة الدعوى للاهمال بالواجبات الإجرائية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، الامارات ، ٢٠١٢ ، ص ٩٥ .

(٨١)نصت المادة (٢٠٩/ ٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أن " لا يجوز إحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزا ، باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى ".

(٨٢)قررت محكمة التمييز العراقية على أنه " لا يجوز ايراد دفوع جديدة في محكمة التمييز لم يسبق الدفع بها لدى المحكمة المختصة باستثناء الخصومة وسبق الفصل في الدعوى " القرار رقم ١١٤٦/ صلحية / ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٧/٦ ، قضاء محكمة التمييز العراق ، المكتب الفني ، وزارة العدل العراقية ، المجلد الخامس ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ١٩٧٠، ص ١٥٠ .كذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٩٠٩/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/٤ علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية .

(٨٣)ينظر المادة (١١٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

(٨٤)ينظر المادة (١/١١١) من قانون اصول المحاكمات المدنية الأردني .

(٨٥)ينظر المادة (٦٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

(٨٦)قرار محكمة التمييز رقم ١٩٦٢/ صلحية /٦٤ في ١٩٦٤/١٢/١٤ ، قضاء محكمة تمييز العراق / الجلد الثالث / ص٣٠١ ، وبنفس المعنى : القرار رقم ٨٢٨/ حقوقية رابعة/٩٧٠ في ١٩٧٠/٧/٩ ، النشرة القضائية / السنة الثانية ، العدد الاول ،ص ١٠٥ ،١٩٧١ ،ص ١٣٤ ، القرار رقم ٣٣٤/ متقول٨٤/٨٥ في ٢٣/ ٢/ ١٩٧٠ ، النشرة القضائية

، وزارة العدل العراقية السنة الثانية ، العدد الرابع ، ١٩٧١، ص ١٣٤ ، قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٦٦٦/ مدنية ، في ٢٠٠٨/٧/٢٧ غير منشور .

(٨٧)نقض مدني رقم ٥٨٧٠ سنة ٦٦ ق ، في ١٩٩٧/٦/١٢ / المكتب الفني ٤٨- ج٢ – ص ١٨٧٩، احمد محمد عبدالصادق ، مرجع سابق ، ج١ ، ص ٤١ .

(٨٨)محمد خليل ابوبكر ، مرجع سابق ، ص ٩٥ .