AL-NAHRAIN UNIVERSITY
COLLEGE OF LAW
ISSN:3006- 0605 DOI:10.58255

الاساس القانوني لاجتهاد المحاكم بمبدأ التعويض لمرة واحدة – دراسة تحليلية وتطبيقية

The legal basis for the courts' interpretation of the principle of one-time compensation - an analytical study

م.د.ريام عباس علي
Lecturer. Dr. Riyam Abbas Ali
riamabbas.inj@atu.edu.iq
جامعة الفرات الاوسط /المعهد التقني النجف
Al-Furat Al-Awsat University /Najaf Technical Institute

This work is licensed under a
Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

الملخص يعتمد هذا البحث على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية واستقرار اتجاهات المحاكم في تطبيق مبدأ التعويض لمرة واحدة مع التركيز على الاجتهادات القضائية التي ارست هذا الاتجاه خصوصا في حال ظهور اضرار لاحقة وغير متوقعة حيث ان المراد من هذا البحث هو تكييف الاطار القانوني لمبدأ التعويض وتحديد نطاق سريان المبدأ بما يسمح بتحقيق التوازن بين استقرار الاحكام وتمكين المتضرر من الحصول على تعويض العادل.

الكلمات المفتاحية : الاجتهاد القضائي ، التعويض لمرة واحدة ، الغموض ، النص التشريعي ، المحاكم

Abstract This research is based on analyzing the legal texts related to civil liability and the stability of the courts' trends in applying the principle of one-time compensation, with a focus on the judicial rulings that established this trend, especially in the event of the emergence of subsequent and unexpected damages, as the purpose of this research is to adapt the legal framework for the principle of compensation and determine the scope of the principle's application in a way that allows for achieving a balance between the stability of the rulings and enabling the injured party to obtain Fair compensation.

Keywords: judicial reasoning, one-time compensation, ambiguity, legislative text, courts

المقدمة

اولاً– موضوع البحث واهميته لقد شغل التعويض مكاناً متميزاً في دراسة القانون المدني منذ زمن طويل، ولا زال لغاية الان يشكل محوراً للأبحاث القانونية دون توقف، ويعود سبب ذلك للأهمية الكبرى لجزيئات التعويض والتصاقه بالحياة العملية، بينما لم يحظ التعويض لمرة واحدة بدراسة مخصصة له، كونه من المبادئ الحديثة التي قررتها محكمة التمييز الاتحادية الموقرة. فالتعويض هو وسيلة القضاء لإزالة الضرر او التخفيف من وطأته وهو الجزاء المدني الذي يترتب على تحقق المسؤولية المدنية ويعد الاداة التي تعمل على تصحيح ما اختل من توازن في المصالح وما اهدر من حقوق نتيجة وقوع الضرر، ويعرف بأنه جبر الضرر الناجم من اخلال الاشخاص.

وانفرد قانون وزارة الكهرباء رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٧ بالإشارة الى التعويض لمرة واحدة في حالات محددة نصت عليها المادة ١٢ منه، الا ان القضاء مد نطاق تطبيق هذا المبدأ ليشمل اي عقار تضع الدولة يدها عليه لأغراض المنفعة العامة وتقيم عليه مشروعاً غير قابل للإزالة إذ يكون لصاحبه الحق في تعويض يمنح له لمرة واحدة فقط عن فوات منفعة هذا العقار، ولعدم اتباع الادارة للإجراءات القانونية في استملاك هذا العقار.

ان مبدأ التعويض لمرة واحدة يأخذ حيزاً كبيراً ومهما من احكام القضاء العراقي؛ بسبب كثرة حالات وضع اليد على العقارات وبالأخص من قبل الجهات التابعة للدولة.

ثانيا – اشكالية البحث لكون مبدأ التعويض لمرة واحدة من المبادئ الحديثة التي قررتها محكمة التمييز الاتحادية الموقرة، ويعد صورة جديدة من صور التعويض، لذا تتفرع عن اشكالية البحث في بيان ما مفهوم التعويض لمرة واحدة؟ وما مدى مشروعية اجتهاد المحاكم بتقرير مبدأ التعويض لمرة واحدة؟ وهل يعد توسعاً في تطبيق نص المادة ١٢ من قانون وزارة الكهرباء وما مدى مشروعية اجتهاد محكمة التمييز بالخصوص بتقرير مبدأ التعويض لمرة واحدة؟

ثالثا– منهجية البحث ان المنهج الذي سنتبعه في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي التطبيقي للوقوف على تحليل نصوص القانون المدني العراقي ونصوص قانون التنظيم القضائي و نص المادة ١٢ من قانون وزارة الكهرباء وكذلك سنتبع المنهج التطبيقي في اختيار نماذج من قرارات القضاء العراقي ايمانا من الباحث لما تحققه من اثراء لموضوع البحث .

رابعا– خطة البحث لغرض الاحاطة بموضوع البحث تناول الباحث موضوع الدراسة في ثلاثة مطالب وقسمنا كل مطلب الى فروع ووفقا للتقسيم التالي :– المطلب الاول : **مبدأ التعويض لمرة واحدة في اجتهادات المحاكم**

الفرع الاول : موقف الفقه من الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص التشريعي

الفرع الثاني : **موقف القضاء العراقي في حالة غياب التشريع.**

المطلب الثاني : الاجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريعي

الفرع الاول: موقف الفقه من الاجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريعي

الفرع الثاني : الاجتهاد القضائي في حالة غموض التشريع

المطلب الثالث : الاجتهاد القضائي في حالة تعارض النصوص

الفرع الاول: موقف الفقه من الاجتهاد القضائي في حالة تعارض النصوص

الفرع الثاني : موقف القضاء في حالة تعارض النصوص

المطلب الاول

مبدأ التعويض لمرة واحدة في اجتهادات المحاكم

الاجتهاد القضائي[١] ضرورة علمية وعملية تقضيها طبيعة النصوص التشريعية، ولكون النصوص التشريعية تضع قواعد عامة مجردة قد لا تستوعب كل الوقائع التي تكون معروضة على القاضي الامر الذي يستوجب معه استخلاص الحكم القضائي من تلك النصوص، وعلى اي حال فان القاضي ملزم بالحكم ولا يجوز له ان يمتنع عنه بحجة غموض النص او فقدانه والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق، ولهذه الضرورة ارتأينا بحث مدى مشروعية مبدأ التعويض لمرة واحدة ضمن هذا المبحث ووفقا للصور التي ينهض فيها الاجتهاد القضائي بغية ايجاد المسوغ القانوني لتقرير هذا المبدأ ومد نطاقه لغير الحالات المنصوص عليها في المادة ١٢ من قانون وزارة الكهرباء ، وللغرض المنشود سنبين في الفرع الاول ، موقف الفقه من الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص التشريعي ، وسنتناول موقف القضاء في حال غياب التشريع في الفرع الثاني .

الفرع الاول

موقف الفقه من الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص التشريعي

ان غاية المدعي في دعواه هو الحصول على حكم قضائي، وان اساس اصدار القاضي للحكم القضائي يستند الى النص التشريعي في الدرجة الاساس، الا ان هذا النص لا يكون دائما متيسراً لذا كان وجوبا عليه ان يحكم وفق المصادر الاخرى الذي يستسقي منها حكمه وهي العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية وقواعد العدالة والاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية[٢]. وان مبنى ما تقدم هو الاجتهاد القضائي، وان للفقه والقضاء موقف في الاجتهاد عند غياب النص التشريعي لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الاول موقف الفقه، وسنخصص الفرع الثاني لموقف القضاء العراقي في حالة غياب التشريع حيث تعد حالة غياب النص التشريعي من الامور المسلم بها في القانون بشكل عام، والقانون المدني بشكل خاص، فقاضي الموضوع قد لا يجد امامه نصاً تشريعيا يكيف على ضوئه الواقعة المعروضة امامه، فيكون والحالة هذه امام ما يعرف بحالة غياب النص او النقص التشريعي او سكوت القانون. ويطرح الفقه تعاريف عديدة لحالة غياب النص، اذ عرفها القاضي ضياء شيت خطاب بانها "عدم وجود حكم في التشريع يتناول النزاع المعروض على القاضي"[٣]. كما عرفها الدكتور عبد الحي حجازي بانها "الحالة التي لا يجد فيها القاضي في نصوص القانون المكتوب نصا ليطيقه على النزاع المعروض عليه"[٤]. فوفقا لهذا التعريف فان التشريع يغفل بعض التفصيلات والجزئيات وليس النص بأكمله الذي يحتاجه القاضي.

---

(١) الاجتهاد لغة : مصدر اجتهد، واصله جَهَدَ – مأخوذ من الجهد وهو الطاقة، والاجتهاد والتجاهد : بذل الوسع والمجهود. ينظر : ابن منظور، لسان العرب، مادة جهد، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٨، ص١١٥٢.

(٢) ينظر : المادة ١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) ينظر : ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤ ص ٧٠.

(٤) ينظر : عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، الكويت، ص ٥٣٧.

ويفرق فقهاء القانون بين حالة غياب النص التشريعي ومسألة التفسير، فالحالة الاولى تعني انعدام القاعدة القانونية مما يظهر معها مشكلة ايجاد القاعدة القانونية التي تحكم النزاع، بخلاف مسألة التفسير اذ توجد القاعدة القانونية غير انه يشوبها الغموض الامر الذي يوجب توضيح ذلك الغموض[١].

كذلك يفرق الفقه القانوني بين حالة غياب النص التشريعي الواجب تطبيقه على الواقعة المعروضة امام القضاء، فيكون التشريع ناقصاً، وبين حالة وجود النصوص وتعارض بعضها مع البعض اذ يعد التشريع من هذه الحالة غير متجانس، لذا ذهب الفقهاء لتوضيح ذلك الفرق بالقول بان التشريع غير المتجانس يتحقق عندما يشتمل التشريع على ما يزيد عن الحاجة ويتم معالجة ذلك بالتعديل، اما النقص التشريعي فانه يتحقق عند خلو التشريع مما كان يتعين ان يشتمل عليه ويتم معالجة ذلك بالتكميل[٢].

وثمة رأيان بصدد غياب النص التشريعي، الرأي الاول ينكر وجود مثل هذه الحالة، والرأي الثاني يقول بوجودها، اما الراي الاول من الفقهاء فهم من نادوا بنظرية كمال التشريع كالفقيه الالماني بيسيلير، و كلسن، و وانصار مدرسة الشرح على المتون اذ يرون بان التشريع كامل لا نقص فيه وهذا ما قال به ايضاً الفقيه الفرنسي بلوندو. وقد هجرت نظرية كمال التشريع من قبل معظم الفقهاء، كون المشرع لا يمكن له توقع المسائل والفروض كافة التي تقع في الحياة؛ ولان القانون ليس له نهاية الا اذا قيل ان العالم قد وصل في تطوره مرحلة معينة يكون عند اذ قد بلغ الكمال فيركد ولا يتطور بعد ذلك· اما الراي الاخر الذي يقر بوجود النقص بالتشريع فيكاد يكون محل اجماع من الفقه اذ نادى به الفقيه الفرنسي جيني و بورتاليه و كولان و كابيتان وغيرهم، ووفق هذا الراي فان التشريعات ليس فقط لا تستطيع ان تحكم كل الحالات اللامتناهية من الوقائع بل يجب الا تحاول ذلك[٣].

وفي الشريعة الاسلامية يروى عن رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) انه لما بعث معاذ بن جبل قاضيا على اليمن سأله الرسول (ص): بم تقضي يا معاذ ؟ قال بكتاب الله، قال فان لم تجد، فقال بسنة رسول الله، فقال فان لم تجد، قال أجتهد رأيي ولا آلو، فقال رسول الله (ص) الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يحبه و يرضاه[٤].

ان فقهاء القانون يردون حالة غياب النص التشريعي الى عدة اسباب منها الخطأ في الصياغة التشريعية، اذ يحدد فقهاء القانون للصياغة التشريعية طريقين، الاول هو طريقة الصياغة الجامدة، التي تكون تعابير المشرع فيها لا تقبل التغيير، فالحكم القانوني يرد كاملا في النص ولا يفسح مجالا لسلطة القاضي التقديرية، ومثال ذلك النصوص

---

(١)محمد احمد رمضان،دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، دراسة مقارنة،رسالة ماجستير،جامعة بغداد – كلية القانون، ١٩٨٥، ص٥٤.

(٢) ينظر : زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، ٢٠٢٠، ص ٤١ و ٤٢.

(٣)دعبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد العدد١، ١٩٣٦، ص٣. نقلا عن : محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، ١٩٨٥ ، ص ٦٠ – ٦٤.

(٤) ينظر : ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ط ١، مطبعة الساعدة، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢٠٢.

القانونية التي تحدد سن التمييز و كمال الاهلية، اما الطريقة الاخرى فهي طريقة الصياغة المرنة، التي تكون تعابير المشرع فيها قابلة للتغيير، ويفسح فيها المشرع للقاضي استعمال السلطة التقديرية لتقدير حكم كل واقعة وحسب متغيراتها، ومثالها عدم تحديد المشرع العراقي المقصود بالنظام العام، وهذا ما يسميه الفقهاء بالنقص العمدي في التشريع[١]. وقد اشار الفقهاء بحل هذه الحالة للقضاء بتكميل غياب النص، كم وضعوا للمشرع ثلاثة عناصر تراعى عند صياغة النصوص لغرض معالجة حالة غياب النص التشريعي وهي :

١- استعمال المصطلحات الحقيقية لا المجازية، والصريح لا الكنائي، وما يفهم المراد منه بعبارة النص دون اشارته.

٢- دلالة الالفاظ على معانيها ومفاهيمها وذلك بالابتعاد عن الابهام والغموض على نحو يسهم في فهم القواعد القانونية عند تطبيقها.

٣- انسجام عبارات النص ومدلولاته مع غاية النص التي شرع من اجلها[٢].

الفرع الثاني

موقف القضاء العراقي في حالة غياب التشريع.

يتفرع غياب النص التشريعي الى حالتين ، وهما حالة انعدام النص التشريعي الذي يعالج واقعة ما معروضة امام القاضي وتسمى بـ (القصور الحقيقي)، وحالة (القصور الايديولوجي او القصور المزيف) وكذلك تسمى بالقصور الانتقادي كون القاضي ينتقد القواعد القانونية القائمة بسبب عدم انسجامها مع مستجدات الواقع او لقصور غايتها او كونها غير جيدة، لذلك يفضل تجاهلها بقاعدة اخرى جديدة[٣]، مثال ذلك نص المادة الاولى من قانون التنظيم القضائي التي تضمنت اهداف النظام وايديولوجيته وقت تشريع القانون والتي تعد سارية لغاية الان، مما يستلزم معالجتها من قبل القضاء لحين تعديلها من قبل المشرع[٤]. ومن امثلة القصور المزيف هو اتجاه القضاء الفرنسي بالالتفاف حول القانون المدني الفرنسي حيث كانت نص المادة ١٣٨٢ منه تقيم مسؤولية الشخص عن افعاله الشخصية على اساس الخطأ الثابت، ومن ثم جعل المسؤولية تقام على اساس خطأ مفترض غير قابل لأثبات العكس (مبدأ تحمل التبعة)، وذلك تأثرا بالواقع ونتيجة لحرمان عدد كبير من العمال من الحصول على التعويض للصعوبة التي يواجهونها في اثبات الخطأ الذي يرتكبه صاحب العمل[٥].

---

(١)ابراهيم حميد محسن الزبيدي، الفراغ التشريعي في احكام الضرائب في العراق،اطروحة دكتوراه،جامعة بغداد–كلية القانون،٢٠٠٧،ص٤٨

(٢) ينظر : د. حميد سلطان و د. محمود ابراهيم الهيتي، الاجتهاد ودوره في سد الفراغ التشريعي، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد الثامن والسبعين، ٢٠١٧، ص ٥٩٤. ز ص ٤٤

(٣) ينظر : زينة عبد الحكيم عبد الرضا، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٤) ينظر : نصت المادة (١) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ على (يهدف قانون التنظيم القضائي الى : اولا – تنظيم القضاء بما يحقق العدل بروح تستوعب طبيعة التحولات الاجتماعية والاقتصادية في مرحلة البناء الاشتراكي في القطر. ثانيا – اعداد قضاء قادر على استيعاب التشريعات والقرارات الثورية وتطبيق القوانين بروح الثورية وبذهنية تتفق مع الاهداف الاشتراكية.)

(٥) ينظر : د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص القانونية، مطبعة وزارة الاوقاف، بغداد، ١٩٨١، ص١٦٥.

ان التشريعات كافة غير كاملة كونها من صنع الانسان، فالعقل البشري مهما بلغ من الفطنة والذكاء يبقى عاجزاً عن شمول وتوقع الوقائع والمسائل كافة وليس باستطاعته توقع المستقبل، لذا فالقاضي قد يواجه مسائل حديثة تغيب معها القاعدة القانونية التي تعالجها وهو على الرغم من ذلك ملزم بالفصل فيها فينهض في هذا الصدد الاجتهاد القضائي[١].

ان القاضي قد يواجه – كما بينا – مسائل جديدة ليست هناك نصوص تعالجها وهو ملزم قانونا بالفصل فيها، وعليه سد النقص بالتشريع ولا ينتظر المشرع ان يفعل ذلك، وما نص التشريع على الزام القاضي بالفصل بالدعاوى المنظورة حتى وان كان التشريع ساكتا الا دليل على تقرير الاجتهاد القضائي، ويتعين على القضاء ايجاد الحل بالاستناد الى التشريع نفسه وعلى روحه و تصور المحكمة ومفهومها عن العدالة والضرورات لأجل استخراج مبادئ عامة – ومنها تقرير مبدأ التعويض لمرة واحدة التي اسسته على وفق مبررات واقامته على شروط محددة تم ايرادها في المبحث الاول من بحثنا هذا – ويكون موقف المشرع ازاء هذا الاجتهاد اما بتضمينها بنصوص قانونية او بنقض تلك المبادئ او تأييدها ضمنا بالتزام الصمت اتجاهها [٢].

ان المشرع العراقي قد اعترف صراحة او ضمنا بحالة غياب النص التشريعي، ومن ذلك نص المادة ١ من القانون المدني[٣]، والتي استندت اليها الكثير من القرارات القضائية، كالاجتهاد الذي يقوم به قاضي محكمة الموضوع هو عند حالة ترك القانون المدني امر تنظيم مسألة ما الى قانون خاص، كما في المادة ٤٠ منه والخاصة بكيفية اكتساب وتغيير الالقاب، و المادة ٥٠ الخاصة بموضوع انشاء الجمعيات، فعند عدم تشريع القانون الخاص او الغائه فمن واجب المحكمة هنا ان تحكم وفقاً للمصادر الاخرى وحسب تسلسلها في المادة ١ من القانون المدني، ومن بين النصوص التي صرحت بحالة غياب النص التشريعي هي النصوص التي تخول القاضي السلطة التقديرية باللجوء الى العرف ومبادئ العدالة، ومنها المادتين ٢/٨٦ و ٢/١٥٠ من القانون المدني، فضلا عن ذلك فان القاضي العراقي ملزم بالحكم استنادا الى المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية والا عد ممتنعاً عن احقاق الحق مما يدل على ان المشرع العراقي فتح باب الاجتهاد امام القاضي العراقي ايماناً منه بوجود حالة غياب النص التشريعي[٤].

ان القاضي يسعى لتنسيق احكامه مع بعضها لكي تكون متماشية مع بعضها في تناسق منطقي بحيث لا يجتهد و يصدر حكمه بالنسبة لقضية على شكل معين ثم يصدر حكما في قضية مماثلة على خلاف اجتهاده، وبهذا

---

(١) ينظر : د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، ط ١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٦، ص٢١.

(٢) ينظر : ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٣)اذ تنص المادة ١من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على(١–تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. ٢– فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.٣– وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)

(٤) ينظر : عمار حسين علي المرسومي، دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد – كلية القانون، ٢٠١٩، ص ١٠٣.

العمل المنسق المتمثل في الوصول الى حلول صحيحة للقضايا غير المنصوص عليها يشارك القاضي في تطوير القانون. وهذا الاجتهاد اذا صدر من محكمة التمييز الاتحادية الموقرة يكون سابقة قضائية تتبعها المحاكم الاخرى في القضايا المماثلة ويكون ملزماً لها من ناحية ادبية، اذ ان الاستمرارية على نسق واحد هي شرط من شروط العدالة[١].

ومن امثلة الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص التشريعي هو الحكم في دعوى عدم المطالبة عندما يتقدم المدعي للقضاء طالبا الحكم بالزام المدعى عليه بعدم مطالبته بتسديد مبلغ معين، فقد جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٣٤٨٨/ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٣: (... أن المدعى عليه (المميز) / إضافة لوظيفته استند في مطالبته للمدعي (المميز عليه) بالمبلغ الوارد في الإنذار المرقم (١٧٩٢ في ٢٠٢٢/١٠/٢٠) كاتب عدل كرادة مريم الى قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم (٦٧/اتحادية / ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٥/١٦) والذي قضى بعدم صحة عضوية المميز عليه في مجلس النواب وبطلانها وإذ أن قرارات المحكمة الاتحادية العليا تسري من تاريخ صدورها وليس بأثر رجعي وإذ أن المدعي انتهت عضويته في مجلس النواب من تاريخ صدور قرار المحكمة الاتحادية وقبل ذلك كانت عضويته صحيحة ما دام لم يلحقها الإبطال او الإلغاء والثابت بأنه لم يتسلم أي مبالغ عن رواتبه أو أي حقوق أخرى بعد صدور قرار المحكمة الاتحادية لا سيما وأن القرار لم يتضمن إلزام المدعي / المميز عليه بأن يعيد لمجلس النواب المبالغ التي كان قد تسلمها عن حقوقه أثناء عضويته مما يجعل دعوى المدعي بمنع مطالبة المدعى عليه له بالمبالغ الواردة بالإنذار المشار اليه في أعلاه لها سند من القانون ويقتضي إجابتها وهذا ما أنتهى اليه الحكم المميز لذا واستناداً للمادتين (٢١٠/٢ و ٢١٨) مرافعات مدنية قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية...)[٢].

وتعد الاحكام في دعاوى طلب اجراء المحاسبة بين الشركاء في عقد مشروع تجاري، ودعاوى المشاهدة، والاعالة من اجتهادات القضاء بغياب النص التشريع[٣]. اما مبدأ التعويض لمرة واحدة فيمكن رده الى حالة الاجتهاد عند غياب النص التشريعي على الرغم من ان قرارات القضاء تستند في اسبابها القانونية الى نص المادة ١٠٥٠ من القانون المدني العراقي الا انها لم تتطرق لطريقة تقدير التعويض واليته وذاتيته وحتى المعايير التي يقوم عليها، ليقوم القضاء بالاجتهاد وتقرير المبدأ مدار البحث، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على (... ان المدعى عليه اضافة لوظيفته / المميز استقطع جزءاً من العقار بمساحة ٩٥ م٢ وضمه للشارع العام بدون سلوك

---

(١) ينظر : د. صالح محسوب، فن القضاء، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٢، ص ٦٤ و ٦٥.

(٢) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٣٤٨٨/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١٠/٩ منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى https://iraqcas.e-sjc-services.iq اخر زيارة بتاريخ ٢١/ ٢٠٢٥/٤ الساعة ١١:٠٠ صباحا. وبذات مضمون القرار انفا قررت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بموجب قراراتها بالعدد ١٢٣٣/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/٢٦ غير منشور. و ٣١٤/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٦ غير منشور.

(٣) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٢٦٨٥/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٩/١٩ و ٩٣٥/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٠ المنشورين على موقع مجلس القضاء الاعلى https://iraqcas.e-sjc-services.iq تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢٥/٤/٢٥ الساعة ٩:٣٠ صباحاً .

الطريق القانوني باستملاكه ولأنه لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدما (المادة ١٠٥٠ من القانون المدني) ولتقرير الخبراء التسعة بتقدير التعويض لمرة واحدة وفق ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة والذي جاء مناسبا وصالحاً للأخذ به سبباً للحكم...)[١].

وبهذا وباجتهاد حديث من محكمة التمييز الاتحادية وبموجب قرارها بالعدد ٣/الهيئة الموسعة المدنية /في ٢٠٢٤/١/١٧ قد ضيق من نطاق المبدأ باجتهاد قضائيا دون نصا قانونيا وفسر التعويض لمرة واحدة هو تعويض لمالك العقار او لصاحب حق التصرف مقابل وضع اليد من قبل دوائر الدولة على العقار او جزء منه دون اتباع الالية القانونية المرسومة بقانون الاستملاك كاستثناء من الاصل العام بوجوب دفع اجر المثل لصاحب العقار واعدته استثناءا لا يجوز التوسع به والقياس عليه مسببة المبدأ بانها قد اخذت به فيما يتعلق بمشاريع الماء والكهرباء والمجاري يرتبط بطبيعة الوجود المادي لمعدات وادوات عمل هذه المشاريع كونها لا تقتصر على بقعة جغرافية محددة يمكن استملاكها بل تمتد هذه المواد والمعدات لسلسة مترابطة وتخترق مئات الكيلومترات في انحاء البلاد شمالا وجنوبا وشرقا وغربا وبمساحات صغيرة في اغلب الاحيان مما يتعذر استملاكها من الناحية المادية وجعلها وحدة عقارية مستقلة اما غير ذلك فبإمكانية استملاك الجزء المتجاوز عليه لذا فان لمالك العقار يستحق اجر المثل وليس التعويض لمرة واحدة طالما المساحة محددة ويمكن جعلها وحدة عقارية مستقلة.

المطلب الثاني

الاجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريعي

من الطبيعي ان يعتري النصوص القانونية الغموض طالما انها نتيجة لجهد بشري، والاخير غير منزه من القصور والعجز في تحقيق الاهداف المقصودة منه، مما يبرز معه دور القضاء في الاجتهاد وصولا للحكم العادل، وان للفقه والقضاء موقف في هذا الاجتهاد عند غموض النص التشريعي لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الاول موقف الفقه منه، ونخصص الفرع الثاني للاجتهاد القضائي في حالة غموض التشريع.

الفرع الاول

موقف الفقه من الاجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريعي

يعد النص التشريعي من ابرز مصادر القانون واهمها في النظم القانونية التي تأخذ بمبدأ (التشريع المكتوب) ومنها النظام القانوني العراقي، فالتشريع هو القاعدة القانونية المكتوبة التي تصدرها السلطة المختصة في الدولة، والقاضي يقوم باستنباط الاحكام من هذا التشريع، وحيث ان هذه النصوص التشريعية قد لا تكون جميعها واضحة الامر الذي يؤدي الى اختلاف الآراء بشأنها مما يستدعي ايضاحها عن طريق تفسيرها، ويرتبط تفسير القانون بالنص الغامض، بحيث متى كان النص واضحا جلى المعنى وجب تطبيقه بشكل مباشر دون حاجة الى تفسيره، اعمالا

(١) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٥٧١٨/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٢ في ٢٠٢٣/٢/٢٧، غير منشور.

لنظرية النص الواضح[١]، ويذهب رأي في الفقه الفرنسي الى القول "حين يكون التشريع واضحا عندها يجب اتباعه، وحين يكون غامضا يجب تعميق النظر في نصوصه، واذا لم يكن هناك تشريع يجب الرجوع الى العرف والعدالة، والعدالة هي الرجوع الى القانون الطبيعي عند سكوت التشريعات او غموضها"[٢]. ويرد فقهاء القانون اسباب الغموض في النصوص التشريعية الى ثلاثة اسباب، اولهما عدم احكام فن الصياغة التشريعية، وثانيها طبيعة الموضوع الذي يتناوله النص بالحكم، وثالثها لغة التشريع ذاتها. لذا سيتم توضيح هذه الاسباب في ثلاثة فقرات وكما هو ات :

اولا : الغموض الناتج عن فن الصياغة التشريعية الصياغة التشريعية هي المعطيات والحقائق التي تفرض نفسها على صاحب التشريع الوضعي عند صياغته للقواعد القانونية بشكل مكتوب و ميسور التطبيق على الوقائع التي تعرض على القاضي، وان من ابرز صفات فن الصياغة التشريعية ما يلي :

أ- ان تكون العبارات مصاغة بصورة دقيقة وتقرر حلولاً ثابتة غير متغيرة.

ب- ان تكون الصياغة شاملة بحيث تنظم العلاقات القانونية الحالية والتي ستقع في المستقبل.

ت-ان تكون الصياغة القانونية سهلة التطور في المراد منها [٣].

تمثل الصياغة القانونية، الجانب الفني من السياسة التشريعية للدولة، والتي تعنى بوضع انسب ادوات التقنية التشريعية ؛ لأجل احتواء الوقائع، او الحقائق الاجتماعية، والتي تعد حاجات ضرورية للمجتمع ، والشعب ككل، لا غنى لاحد عنها، والتي لا يمكن للمشرع ان يغض الطرف عنها عند صياغة النص التشريعي، على نحو يتمكن فيه المفسرون، او الفقهاء، او القضاة، من معرفة القصد القانوني للمشرع من وراء صياغته للنصوص التشريعية[٤]. ومع ذلك قد تودي الصياغة الجامدة الى هدر نية المشرع الحقيقية وتطور القواعد القانونية بسبب تلك الصرامة والجزم، وعلى عكس ذلك فان مرونة النصوص التشريعية قد تفضي الى التضحية بالانسجام القانوني والثبات، لذا يشكل تفسير القاعدة القانونية، باعتباره اليه من الاليات التي يسهم من خلالها القضاء في تطوير القانون، الجانب المهم من عمل القضاء، لأنه يرتبط بتطبيق القاعدة القانونية بخلاف تكملة التشريع التي ترتبط اساساً بملء الفراغ التشريعي في حالة غياب النص[٥].

لا يخلو اي قانون من صياغة مرنة فهي ضرورة لتقديم مختلف الحلول ومن خلالها تتوسع سلطة القاضي في تطبيق النص التشريعي، ومن امثلة ذلك نص المادة ١/٨١ من القانون المدني العراقي التي نصت على: (لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة الى بيان يعتبر قبولا) ففي هذا النص تتوسع سلطة القاضي لتقدير

---

(١)عباس قاسم مهدي الداقوقي،الاجتهاد القضائي(مفهومه-حالاته-نطاقه)،ط١،المركز القومي للإصدارات القانونية،القاهرة،٢٠١٥،ص١٣٥

(٢) ينظر : عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٥٥١.

(٣) ينظر : زينة عبد الحكيم عبد الرضا، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٤) ينظر : ثامر عبد الجبار السعيدي، الصياغة القانونية لنصوص التشريع، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٩.، ص٣٥ و ٣٦.

(٥) ينظر : عباس قاسم مهدي الداقوقي، مصدر سابق، ص ١٤٠.

فيما هو في معرض حاجة الى البيان من عدمه، وكذلك المادة ١٢٥ من ذات القانون التي حددت الحالات التي من خلالها يستغل احد المتعاقدين المتعاقد الاخر مع منح القاضي السلطة في تقدير حدوث الاستغلال[١].

ثانيا : الغموض الذي تقتضيه طبيعة الموضوع قد يعالج المشرع مواضيع ويتحاشى ذكر التفاصيل الدقيقة فيها تحسبا لوقائع مستقبلية لا ترد في خلد المشرع حين وضع النص التشريعي، وقد يضع النص بصيغة مبهمة لأسباب قد تكون اجتماعية او سياسية ويترك للقاضي استخلاص المعنى المقصود منها.

ومن الامثلة على ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣١ من القانون المدني العراقي الخاصة بالمسؤولية عن الآلات حيث ان المشرع توقع ان تكون هناك الات اخرى غير الميكانيكية – الات مبتكرة – فقرر عليها ذات المسؤولية وترك للقاضي دور الاجتهاد في ضم ما يستجد من الآلات لحكم هذه المادة.

وذهب الفقهاء الى القول بان غموض النصوص قد يكون متعمداً لتمريرها بصورة سريعة من السلطة التشريعية لتخرج الى حيز النفاذ، فمن المعروف ان النصوص التي ترد بلغة واضحة وسهلة تطول المناقشة فيها حيث ان كل عضو من اعضاء السلطة التشريعية بإمكانه ملاحظة ثغرات تلك النصوص، في حين قد تنجو النصوص ذات اللغة المبهمة والغامضة من هذه المشكلة، كون ان بعضهم يمتنع عن المناقشة حتى لا يتهم بعدم الدراية والجهل، مما يؤدي الى سرعة خروج التشريع الى حيز الوجود[٢].

واشارت المحكمة الاوروبية الى ان التجربة تبين استحالة تحقيق الدقة المطلقة في صياغة القوانين، ولا سيما في المجالات التي تتغير بياناتها وفقا لتطور مفاهيم المجتمع[٣].

ثالثا : الغموض الناتج عن القصور في اللغة والتعبير ويقصد به احتمال النص اكثر من معنى بسبب الفاظه وعباراته والذي يتطلب معه الاجتهاد القضائي للوقوف على مراد النص، اذ ان اللغة في احيان كثيرة تكون قاصرة في نقل الافكار اما بسبب المكنة اللغوية لواضع النص، او ان اللغة ذاتها لا تسع التطورات السريعة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية والعلمية وما تبرزه الحداثة من مصطلحات جديدة، وكذلك يرد الغموض الى القصور في التعبير فقد يأتي الغموض من اسلوب النص نفسه، فيأتي بخلاف الاسلوب السلس، اذ يأتي بأسلوب معقد التركيب والألفاظ فيصعب تصور المراد منه دون مراجعة قواميس اللغة والمصطلحات وربط الكلمات والجمل فيه، اضافة الى ذلك فان الغموض في النص التشريعي وبمفهومه الواسع لا يشمل الغموض من حيث الالفاظ فقط، اي الجانب اللغوي، بل يشمل ايضا حالة التنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان، حيث يعد تحديد اثر القانون في الزمان من اعقد المشاكل التي تثور بصدد تطبيقه ويرجع ذلك بوجه خاص الى ان الوقائع او التصرفات القانونية لا

---

(١) ينظر : د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢، ص ٢٨٥.

(٢) ينظر : زينة عبد الحكيم عبد الرضا، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٣) ينظر : د. مازن ليلو راضي، الامن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الاداري، المجلة السياسية والدولية، الجامعة المستنصرية – كلية العلوم السياسية ، العدد ٤١، ٢٠١٩، ص ١٤٧.

تتم وتنتهي اثارها في لحظة واحدة وانما قد تستمر اثارها مدة من الزمن، فتكون تلك الاثار المستمرة محل تنازع بين قانونين القانون القديم الذي نشأ التصرف في ظله والقانون الجديد الذي استمرت اثار التصرف في ظله[١].

ومن امثلة الغموض الناتج من حالة التنازع بين النصوص التشريعية من حيث الزمان ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بانه: (... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بانه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات التفصيلية الواردة فيه لان دعوى المدعي قد انصبت على طلب ابطال كافة التصرفات القانونية الجارية على العقار المرقم... والذي سبق وان قام مورث المدعى عليها الثانية ببيعه الى مورثة بقية المدعى عليهم المتوفية ... ودعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني لان الثابت من اضبارة العقار اعلاه وتقرير الخبير المختص بحركة القيود العقارية بأن مورث المدعي ... عن طريق ابنته المتوفية ... وهي والدة والد المدعي ... المتوفي سنه ٢٠٠٢ يملك سهام في العقار اعلاه وقام بإفراغ جميع هذه السهام الى مورثه قسم من المدعى عليهم ... عن طريق الوكيل الدوري ... بموجب الوكالة الدورية بالعدد ٤١٤/١٩٥٢ في ١٩٥٢/٢/٨ المصدقة من كاتب عدل الديوانية وقد سجلت معاملة الافراغ بالقيد المرقم ٨/كانون الثاني/ ١٩٦١ مجلد ٥٦ دائمي واكتسب هذا التسجيل شكله النهائي ولان المدعي يطعن بصحة هذا القيد العقاري ويحتج بذلك على وفاة مورثه سنه ١٩٥٤ ووقت التصرف اعلاه كان متوفياً وهذا القول مردود قانوناً لان معاملة افراغ سهام مورثه بموجب الوكالة قد تمت وقت سريان نظام الطابو رقم ٦٤ لسنه ١٩٥٩ بموجب المادة (١٧) منه وقد نصت صراحة اذا توفى الموكل قبل انتهاء معاملة التسجيل وكان تعلق بالوكالة حق للغير جاز للوكيل الاستمرار في ممارسة اعمال الوكالة مما يكون القيد العقاري الذي بموجبه الت سهام مورث المدعي الى مورثة المدعى عليهم قد تم وفقاً لأحكام القانون اما نعي المميز / المدعي بأن المادة (١٧) قد تم تعديلها سنه ١٩٦٥ فهذا التعديل لا يسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة له مما تكون دعوى المدعي واجبه الرد للأسباب التي ساقتها محكمة الاستئناف من جهة الموضوع وليس من جهة الخصومة كما ذهب اليه الحكم البدائي لذا فأن ما قضى به الحكم المميز من تأييد الحكم البدائي من حيث النتيجة قد جاء تطبيقاً سليماً لحكم القانون ويكون الحكم المميز حرياً بالتصديق...)[٢].

الفرع الثاني

الاجتهاد القضائي في حالة غموض التشريع

يكون النص التشريعي غامضاً كما لو كان المشرع قد قصر عن التعبير عن القاعدة القانونية المقصودة من النص، او ان تكون (كلمة) قد ادخلت في النص سهواً اثناء العملية التشريعية وبذلك غيرت المعنى المقصود منه، وعندئذ يعمل القاضي على توضيح وتحديد القاعدة القانونية التي يقوم عليها هذا النص ليسترشد به عند تطبيقه على القضية المعروض عليه، وعندئذ يبرز دور القاضي بل يكون مجبراً في ايضاح هذه القاعدة بعملية الاجتهاد

(١) ينظر : عباس قاسم مهدي الداقوقي، مصدر سابق. ص ١٠٠ – ١٠٨.

(٢) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة ٣٤٧٨/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/٢٦، غير منشور. وبذات مضمون هذا القرار قضت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في قرارها بالعدد ٢٩٦٤/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨في ٢٠١٨/٧/٢٥، غير منشور.

القضائي[١]. وبهذا الصدد نصت المادة ٥ من القانون المدني العراقي على: (لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان)، اذ ان القاضي وهو ينظر النزاع المعروض عليه قد يرى ان النصوص القانونية لا تنسجم مع ظروف المجتمع السائدة، ففي مثل هذه الحالة يكون باستطاعته ان يلجأ الى حلول متنوعة كأن يتعمق في معنى النص الجوهري القائم، وفي حال تعذر ادراكه لقصد المشرع فانه ينتقل الى مبادئ القانون العامة وروح الشريعة التي استمد القانون منها احكامه بصورة عامة، او من خلال الاستعانة بالمبادئ المستقرة في الضمير القانوني الانساني، او ما استقرت عليه اراء الفقهاء بالتأمل في روح النظام القانوني، وفي كل ذلك فان القاضي عند تقديره للحلول بصدد الحالة المعروضة عليه ملزم بالبقاء في غايات ونطاق المبادئ التي يقوم عليها نظام القانون فلا يأتي بحلول غريبة او شاذة عن مجتمعه فلا بد من الالتزام بالنظام العام والآداب العامة السائدة في المجتمع[٢].

ولما كان كل عمل من اعمال الارادة الانسانية موجه نحو غاية، وان العمل نفسه ليس هو الغرض او الغاية التي يقصد اليها الفاعل، وانما هو الوسيلة للوصول الى تلك الغاية.

فكذلك هو القانون يسعى الى تحقيق غاية معينة، لكن قلما يذكر المشرع في قانونه الغاية التي يقصدها من وراء ذلك النص، ويدق الامر اكثر اذا ما استعمل المشرع صياغات غامضة.

ومن ثم يتعين على القاضي ان يتحقق في كل قضية تعرض عليه عما اذا كان المعنى الحرفي الذي يستخلصه من احكام القانون يمكنه من الوصول لهذه الغاية، فان لم يكن الامر كذلك فعلى القاضي ان يرفض الاخذ بالتطبيق الالي للقانون، وعليه ان يستشف ما وراء النص القانوني للوصول الى ما يتفق مع الغاية الاساسية لذلك القانون؛ لان القاضي ملزم بتحقيق العدالة الحقيقية الصحيحة[٣].

ولما كانت احدى اهم وظائف اي نظام قانوني، هي السعي الى ضمان قبوله في المجتمع. وهذا جزء من عمل ومهمة القضاة. فانه وتحقيقا لهذه الوظيفة لا يسمح للقاضي ان يعيد صياغة التشريع او ان يغير عباراته لكي يصحح خطأ المشرع بعد ان يكون الفرد قد عدمل او امتنع عن عمل في ضوء نصوص التشريع النافذ، فتلك ليست مهمة القاضي بل مهمته الفصل في النزاع وفقا للقانون وبثلاث خطوات هي : اولاً– العثور على القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها، وثانيا – تفسير تلك القاعدة، وثالثاً – تطبيقها على النزاع المرفوع امامه، وليس للقاضي تفسير التشريع فقط وانما هو ملزم بذلك ولا يقتصر الزامه على تحديد القواعد ذات الصلة بالنزاع وانما يتعين عليه ان يقوم بتطبيقها عليه، فضلاً عن حالة غموض النص فانه في كل مرة يصبح فيها النص غامضا، تبرز الحاجة الى تفسير هذا النص، لا بطريقة التفسير الجامد (الالي) الذي يعرف بانه التفسير الحرفي للنصوص مهما كانت النتائج منافية للعقل، بل بطريقة التفسير الفعال (الديناميكي) الذي يفسر فيه النص من خلال المصالح المشتركة او العدالة وفي

---

(١) ينظر : د. صالح محسوب، فن القضاء، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٢، ص ٦٣.

(٢) ينظر : د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص٦٥.

(٣) ينظر : د. صالح محسوب، مصدر سابق، ص٧٠ – ٧٣ .

ضوء الهدف العام المرسوم من قبل التشريع ككل، وان ينزل حكم القانون على العلاقة القانونية بوضوح رؤية يقرب فيها الحقيقية القضائية من الحقيقية الواقعية[١].

ولكي يكون القاضي موكبا لمستجدات العصر ينبغي عليه تفسير النص تفسيرا منسجما مع الحاجات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع والتي تكون متغيرة من عصر الى اخر، ولا سيما بان اغلب القوانين قديمة التشريع، مما يقتضي الامر معه تفسيرها تفسيرا متطورا ينسجم وروح العصر، ولا ينبغي ان ينعزل القضاء عن حركة المجتمع المتطور وعلى القاضي ان يراعي ذلك كما لو عهد اليه ان يكون مشرعا فيقوم باستخلاص المعنى من دلالة اللفظ[٢].

وفي معرض موقف القضاء من الاجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريع ما قضت به محكمة التمييز الموقرة بهيئتها العامة بما يلي (وحيث ان الذي تراه الهيئة العامة هو ان ما قررته المادة ٨٧٨ مدني هو تطبيق في عقد المقاولة لنظرية الظروف الطارئة التي تقرر مبدؤها في المادة ٢/١٤٦ مدني، فشروط تطبيق الظروف الطارئة في عقد المقاولة هي نفس شروط تطبيقها في مبدئها العام وهذه الشروط : ١- ان يكون العقد متراخيا. ٢-... ولما كان مفهوم الشرط الاول هو ان تفصل فترة من الزمن بين ابرام عقد المقاولة وتنفيذه وينبني على هذا ان انطباق نظرية الظروف الطارئة يمتنع اذا كان المقاول قد نفذ التزامه لان النظرية ترد على التزام لم يتم تنفيذه. فيستند اليها المقاول لرفع الارهاق الذي يحل به من جراء الحادث الطارئ وتنفيذ المقاول التزامه خير دليل على ان ما يترتب على الحادث الطارئ من ارتفاع الاسعار لم يكن مرهقا...)[٣].

وقد دعا قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ الى الاخذ بالتفسير المتطور للتشريع[٤]، وبخصوص هذا الموضوع فقد نصت المادة ٤٨ من القانون انفا على: (تجري المضاهاة على الاوراق التي اتفق عليها، والا فتجري على الخط او الامضاء او بصمة الابهام الموضوعة على سندات رسمية...) ولم توضح المادة حالة اجراء مضاهاة امضاء (مدعى تزويره) مثبت على سند رسمي تأييد صحته مع امضاء على سندات رسمية اخرى مقدمة كمقياس للمطابقة، حيث قررت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة: (... ان التمسك بتزوير التوقيع المنسوب لمورث طرفي الدعوى في الوكالة التي بموجبها تم نقل ملكية العقار موضوع الدعوى الى المدعى عليهم عن طريق معاملة الهبة غير المشروطة لا يمكن اثبات التزوير عن طريق المضاهاة ويقتصر اثبات ذلك عن طريق الاستكتاب فقط من قبل خبراء الادلة الجنائية ولاستحالة ذلك لوفاة الموكل / (ط. م. أ) ولان دائرة الكاتب العدل قد ايدت صحة صدور

---

(١) ينظر : محمد احمد رمضان، مصدر سابق، ص ٨٣ و ٨٤.

(٢) ينظر : ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ١٢٠ و ١٢١.

(٣) ينظر : قرار محكمة التمييز بالعدد ٤٩٥/هيئة عامة/١٩٧٨ في ١٩٧٨/٥/١٩. نقلا عن : ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٧٦. اذ تنص المادة ٨٧٨ من القانون المدني العراقي على (ليس للمقاول اذا ارتفعت اسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة ان يستند الى ذلك ليطلب زيادة في الاجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كلمن رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الاجرة او فسخ العقد).

(٤) ينظر : نصت المادة ٣ من قانون الاثبات (الزام القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه).

الوكالة وانها اصولية وازاء هذا لا يمكن مطلقاً البت بموضوع صحة التوقيع في الوكالة و كونه يعود لمورث طرفي الدعوى من عدمه عن طريق اجراء عملية المضاهاة لتواقيعه في الوكالة مع التواقع الاخرى المتخذة مقياساً للتطبيق الموجودة في اوليات معاملات اخرى وذلك لفقدان ضابط الترجيح باعتماد هذا التوقيع المنسوب للمتوفي يعود له سواء في الوكالة ام في المعاملات المتخذة مقياساً للتطبيق طالما ثبت بأن التواقيع فيها في سندات رسمية وأيدت الجهات المختصة صحة صدورها ولان الطريق الوحيد ببيان صحة السندات الرسمية عند الطعن بها عن طريق التزوير هو اجراء الاستكتاب أو المضاهاة من قبل خبراء الادلة الجنائية وهذا ما لا يمكن الاعتماد عليه في دعوى المدعيتين ولان الاصل في سندات التسجيل العقاري وما مثبت في سجلاتها هو الصحة ومن يتمسك بخلاف ذلك عليه عبء الاثبات لان الاصل في الصفات العارضة العدم ولان الاصل بقاء ما كان على ملكان وبهذا تكون دعوى المدعيتين واجبة الرد من هذه الجهة...)[١].

هذا ويتعين على القاضي وهو يجتهد في القضية المعروضة امامه ان يضع نصب عينيه الحفاظ على النظام العام و الآداب العامة كهدف اسمى يسعى الى تحقيقه. ولعل في حكم (Leroux) الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٢٠٠٠/٦/١٨ خير مثال في المحافظة على النظام العام، اذ كانت الاخيرة قد غيرت في قرارها هذا من توصيف عقد التأمين على الحياة من عقد احتمالي الى عقد توفير، وقد جوبه هذا القرار بالانتقاد من قبل شركات التأمين لما يلحقه بها من اضرار بصورة خاصة وبالاقتصاد الوطني الفرنسي بصورة عامة. الامر الذي دفع برئيس محكمة النقض الى اصدار قرار بإعادة توصيفه الى عقد احتمالي، وكان مبنى القرار قائماً على اعتبارات المخاطر التي تصيب موازنه الدولة الفرنسية والموارد المالية فيها وغيرها من الاسباب ذات المبنى الاقتصادي[٢]، ونلاحظ بان مبرر الاجتهاد في قرار محكمة النقض الفرنسية يقابل مبرر الاجتهاد في مبدأ التعويض لمرة واحدة اذ كلاهما يهدف للمحافظة على ميزانية الدولة ويجنبها الارهاق، اذ قررت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة: (... ان الاستمرار بفرض اجر المثل على وزارة التربية عن استغلال عقار المدعي مع تعذر ازالة التجاوز هو الاخر يؤدي الى الحاق الضرر بالمال العام وبناءً عليه لا يجوز للمدعي المطالبة باجر المثل في هذه الحالة ويقتصر حقه بالمطالبة بالتعويض لمرة واحدة عن العقار المتجاوز عليه لغرض بناء مدرسة...)[٣].

المطلب الثالث

الاجتهاد القضائي في حالة تعارض النصوص

ان النصوص القانونية قد تتعارض فيما بينها بصورة لا يمكن معها تطبيق جميع تلك النصوص دون حصول تعارض بينها. مما يتحتم على القضاء الاجتهاد لتطبيق احكام تلك النصوص من خلال الترجيح، وان للفقه والقضاء

---

(١) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٥٢٦١ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/١٧ غير منشور.

(٢) ينظر : د. حيدر فليح حسن، القيود الواردة على سلطة القاضي في الاجتهاد القضائي (فرنسا أنموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد السادس، العدد الاول، ٢٠٢١، ص ٢٩٩.

(٣) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١/٣٠ غير منشور.

موقف في هذا الاجتهاد عند تعارض النصوص التشريعية لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الاول موقف الفقه منه، ونخصص الثاني لموقف القضاء العراقي في حالة تعارض النصوص.

الفرع الاول

موقف الفقه من الاجتهاد القضائي في حالة تعارض النصوص

درج شراح القانون على تحديد حالات حصول التعارض بالنصوص الى ثلاث صور اولاها التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص، و التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عـام، و التعارض بين نصين احدهما مطلق والاخر مقيد، لذا سيتم بيان ذلك على ثلاث فقرات وكما هو ات :

اولا – التعارض بين نص قديم عام ونص حديث خاص ويحصل هذا التعارض بصدور نص تشريعي جديد متضمناً احكام خاصة تتعارض ونصوص تشريع قديم يتضمن احكام عامة، ويبقى معها النص القديم نافذا بعد صدور النص الحديث، وتنهض عندها قاعدة الخاص يقيد العام، ويعد معها الحكم في النص الجديد ناسخاً للحكم في النص التشريعي العام القديم[١]. ومن امثلة ذلك ما ورد في نص المادة ٩٣٠ / ٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص على: (ويشترط ان يكون الوكيل عاقلا مميزاً ولا يشترط ان يكون بالغا فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلا وان لم يكن مأذونا)، وهذه المادة تجيز معها توكيل من لم يكن كامل الاهلية متى كان عاقلا مميزا وايا كان التصرف الموكل اليه، وهذا يتعارض مع نص المادة ١٩٦ من قانون التسجيل العقاري والتي تنص: (يشترط ان يكون الموكل والوكيل كاملي الاهلية) ولحل هذا التعارض يتم اعمال النص انفا كونه نص خاص[٢].

ثانياً – التعارض بين نص قديم خاص ونص حديث عام ويحصل هذا التعارض عند وجود تشريع قديم يتضمن احكاماً خاصة ويصدر بعده تشريع جديد يتضمن احكاماً عامة تتعارض مع الاحكام الواردة في نصوص التشريع القديم، ففي مثل هذه الحالة تبقى احكام التشريع القديم الخاص كونه استثناء من القاعدة العامة ولاعتبار ان النص الخاص لا يلغى الا بنص خاص متعارض معه، مثال ذلك ان يصدر في العراق قانون مدني جديد يتضمن بوجه عام تنظيم عقد الايجار فانه لا يلغى بصدوره قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ لأنه متضمنً احكام خاصة وتعد استثناء من احكام القانون المدني[٣].

ثالثاً – التعارض بين نصين احدهما مطلق والاخر مقيد يشير فقهاء القانون على ان هذا النوع من التعارض لا يثير اشكالية مستعصية في نطاق القانون المدني، فالمادة ١٦٠ من القانون المدني العراقي عالجت هذه المسألـة والتي نصـت: (المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة)، فمن الأمثلة على هذه الحالة المقارنة بين ما جاء في نص المادة ١/٥٥٨ من القانون المدني العراقي والتي نصت بأنه: (اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى) وما جاء في المادة ٥٥٩ من ذات القانون التي نصت على

---

(١) ينظر : محمد شريف احمد، مصدر سابق، ص ٢٤٠.

(٢) ينظر : د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١، ص ٢٩١.

(٣) ينظر : زينة عبد الحكيم عبد الرضا، مصدر سابق، ص ٥٤.

انه: (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه....) فالحكم الأول يتعلق بالعيب القديم في حال وجوده سواء كان المشتري يعرف بهذا العيب ام يجهله اي حكم مطلق، في حين ان الحكم الثاني قيد ذلك الحكم بمعرفة العيب القديم من قبل المشتري[١].

الفرع الثاني

موقف القضاء في حالة تعارض النصوص

التعارض هو اختلاف نصين اختلافاً لا يلزم من صحة احدهما بطلان الاخر، ولا يلزم من بطلان احدهما صحة الاخر وذلك لإمكان اجتماعهما في مسألة واحدة وجواز ارتفاعهما معا في قضية واحدة، كما في التعارض الشكلي الموجود بين بعض النصوص فيجوز للقاضي ان يهمل كلاً من النصين ويعمل بثالث، لأنه لا يترتب أي استحالة منطقية لا على اجتماعهما ولا على ارتفاعهما بخلاف التناقض فان هذه الاستحالة واردة هنا، ويختلف التعارض عن التناقض من حيث الشروط والحكم[٢].

ان اعمال الفكر و الاجتهاد لحل حالة تعارض النصوص يحتاج معها للمنطق، لان الاخير وان كان لا يعلمنا التفكير، الا انه يرشدنا الى تصحيح التفكير وهو بوصفه العام الالة القانونية التي تعصم العقل من الخطأ ان تمت مراعاتها[٣]، مما يعني ان المنطق وقواعده لا بد وان تبقى ملازمة للاجتهاد القضائي. ويرى المختصين في القضاء والقانون بان المنطق القضائي هو اسلوب ذهني و عقلي يستعين به المجتهد في الاحكام للوصول الى الحقيقية الواقعية، وان لم يصل فالى الحقيقية القضائية[٤]. وادوات المنطق في الاجتهاد القضائي هي الاستقراء والاستنباط، والاستقراء سابق للاستنباط، اذ تلاحظ اولا الوقائع المطروحة المقام عليها الدليل ومن ثم الاستنباط كنتيجة من تلك الوقائع، لذلك فان المنطق القضائي هو اساس العمل في الاجتهاد القضائي وللوصول الى النتيجة السليمة [٥].

ومن امثلة الاجتهاد القضائي في حالة تعارض النصوص ما جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة على انه (... وقد طعن المدعى عليه وزير الزراعة اضافة لوظيفته بهذا الحكم تمييزاً امام هذه المحكمة. كما ان نائب المدعي العام هو الاخر قد طعن استئنافاً بالحكم البدائي امام محكمة الاستئناف في كركوك بصفتها الأصلية والتي اصدرت قرارها المميز برد اللائحة التمييزية شكلاً. وقدر تعلق الامر بالطعن الاستئنافي المقدم من قبل نائب المدعي تجد هذه المحكمة ان النقطة الواجبة الحل هي البت فيما اذا كان للادعاء العام حق الطعن استئنافاً بالحكم البدائي من عدمه ؟ و للإجابة على هذا الاستفهام لابد من تتبع واستعراض النصوص القانونية التي عالجت احكام الطعن بطريق الاستئناف وشروط قبوله في قانون المرافعات المدنية. وكذلك النصوص التي اعطت للادعاء العام حق الطعن

---

(١) ينظر : د. محمد شريف احمد، ، ص ٢٤٦.

(٢) للمزيد ينظر : د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦، ص ٣٨.

(٣) ينظر : محمد رضا المظفر، المنطق، منشورات مطبعة الحسام، بغداد، ١٩٨٢، ص ٤.

(٤) ينظر : د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٢٨٣

(٥) ينظر : محمد رضا المظفر، مصدر سابق، ص٢٩٥.

بالأحكام والقرارات الصادرة بالدعوى المدنية. ومن خلال قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ فان المادة ٥/الفقرة ثالثاً والفقرة سادساً منحت للادعاء العام الحق بالطعن بالأحكام والقرارات القضائية فأما الفقرة ثالثاً فأنها عالجت الطعن بالأحكام والقرارات من قبل الادعاء العام في الدعوى الجزائية فقط ولا تشمل الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة البداءة في الدعوى المدنية. أما الفقرة سادساً فقد جاء فيها (يتولى الادعاء العام المهام الآتية سادساً: الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو متعلقة بحقوق مدنية ناشئة للدولة عن دعاوى جزائية وبيان اقوله ومطالعاته ومراجعة طرق الطعن في القرارات والاحكام الصادرة في تلك الدعاوى ومتابعتها) وهذا النص القانوني هو الركيزة الاساسية لحق الادعاء العام بالطعن بالأحكام والقرارات القضائية الصادرة بالدعوى المدنية ومن تحليل هذا النص القانوني فانه وان منح للادعاء العام حق الطعن بالأحكام والقرارات بطرق الطعن المحددة قانوناً. الا ان ممارسة هذا الحق يجب ان لا يتعارض مع طبيعة بعض الطعون ومنها الطعن بطريق الاستئناف ولأن النص اعلاه لم يذكر طعناً بعينه من طرق الطعن والكشف عن مضمون ما جاء بالفقرة سادساً ومعناها الحقيقي لابد من التطرق الى ماهية الطعن بطريق الاستئناف والذي يعتبر من طرق الطعن العادية في الدعوى المدنية الهدف منه اعادة طرح الموضوع الذي فصل فيه الحكم البدائي من جديد وعلى هذا نصت المادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية (يجوز للخصوم الطعن بطريق الاستئناف في احكام محاكم البداءة الصادرة بدرجة اولى.. الخ) ومن الاستهلال الذي اورده المشرع العراقي في هذا النص فانه للخصم وحده فقط حق الطعن استئنافاً بالحكم البدائي واطراف الخصومة المدنية هم المدعي والمدعى عليه والشخص الثالث الذي تدخل في الدعوى المدنية بصفة خصم ويترتب على ذلك نتائج عديدة منها بأن الحكم البدائي تكون حجيته قاصرة على الخصومة ولا يمتد أثره الى الهيئة وكذلك لا يجوز سلوك طرق الطعن بالحكم الا من خسر دعواه وذلك استناداً لصراحة نص المادة ١٦٩ من قانون المرافعات المدنية ولان المسلم به بان الادعاء العام عند ممارسته للمهام المنصوص عليها في قانون الادعاء العام ومنها حضوره في الدعوى المدنية لا يعتبر خصماً فيها وانما دوره يتعلق بمراقبة المشروعية ومن تطبيق احكام القانون من المحكمة التي تنظر الدعوى المدنية وان حصل أن صدر الحكم البدائي خلافاً لطلبات فلا يعتبر خاسراً للدعوى لذا من الواضح ان قصد المشرع العراقي في الفقرة سادساً من المادة ٥ من قانون الادعاء العام بمنحه حق الطعن هو الطعن بطريق التمييز وتصحيح القرار التمييزي فقط وعلى هذا الاساس فأن المشرع العراقي في قانون الادعاء العام تبنى منهجياً وطريقاً وسطاً في موضوع منح الادعاء العام حق الطعن بالأحكام والقرارات القضائية الصادرة في الدعوى المدنية فهو لم يوصد باب الطعن بالأحكام والقرارات القضائية الصادرة في الدعوى المدنية فهو لم يوصد الباب امامه ولم يمنعه من الطعن مطلقاً بالأحكام والقرارات المدنية بل بالعكس فأنه اكد على دور الادعاء العام في الدعوى المدنية وحضوره فيها وتقديم طلباته ومنحه حق الطعن تمييزاً بالحكم النهائي الصادر في الدعوى المدنية بل ذهب اكثر من ذلك في المادة ٧ من قانون الادعاء العام والتي بموجبها يحق لرئيس الادعاء العام حق الطعن لمصلحة القانون اذا كان الحكم الصادر بالدعوى المدنية قد اكتسب الدرجة القطعية بفوات المدة القانونية او تم رد الطعن من الناحية الشكلية اذا شكل الحكم خرقاً واضحاً للقانون يترتب عليه الحاق ضرراً بأموال الدولة ومصالحها او بالنظام العام وفي ذات الوقت

فان المشرع العراقي قيد حق الادعاء العام بالطعن فقط بطريق التمييز او التصحيح دون بقية الطعون الاخرى وذلك لاعتبارات تتعلق بطبيعة تلك الطعون وخصوصيتها ومنها طريق الطعن بطريق الاستئناف والذي منحه القانون خصوصية تتعلق بالإجراءات وشروط العقاد الخصومة في الدعوى الاستئنافية التي تنحصر بالخصوم ذاتهم في الدعوى البدائية ولأن الطعن الاستئنافي على الحكم الصادر من محكمة بداءة كركوك لم يقدم من قبل الخصوم في الدعوى البدائية بل تم تقديمه من قبل نائب المدعي العام والذي ليس خصماً في الدعوى البدائية ولم يخسر أي شيء في الحكم الذي طعن به استئنافاً مما يكون هذا الطعن واجب الرد شكلاً من جهة الخصومة. وهذا ما قضى به الحكم الاستئنافي المميز والذي جاء متفقاً واحكام القانون...)[١].

من المعروف انه لا يوجد في التشريع العراقي قاعدة قانونية تلزم القاضي بالتقييد بالقرارات السابقة، فكل محكمة غير ملزمة بقراراتها او بقرارات غيرها من المحاكم وان علت، عدا ما نصت عليه المادة ٢١٥ من قانون المرافعات المدنية التي جاء فيها (١- اذا كان الحكم المميز صادر من محكمة شرعية او صلحيه يكون قرار محكمة التمييز واجب الاتباع مطلقا. ٢- اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة الاستئناف 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. ٣- اذا اصرت محكمة الاستئناف او محكمة البداءة على حكمها بعد اعادة الدعوى اليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز وجب نظر الطعن الثاني امام الهيئة العامة لمحكمة التمييز.)، لكن الواقع هو ان استقرار القضاء على رأي ثابت في فهم النصوص القانونية وفي تطبيقها يعد من مقتضيات سلامة التعامل في مجال العلاقات القانونية[٢].

ان القضاء لا يتمتع بحرية مطلقة في خلق مفاهيم قانونية جديدة (مستحدثة) من شأنها تغيير النظام القانوني القائم ونقض الاساس التي بني عليها، لما لذلك من مخالفة صريحة لمبدأ الفصل بين السلطات، وان الانقلاب على المفاهيم القانونية القائمة تواجه بردود فعل قوية، وما عودة محكمة النقض الفرنسية الى فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية في قضية (Frank) بعد ان اجتهدت وجعلته يقوم على فكرة المخاطر، خير مثال على ذلك[٣]. ومن خلال قرارات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة العديدة المقررة لمبدأ التعويض لمرة واحدة يلحظ عدم خلقها لمفهوم جديد من شانه تغيير النظام العام اذ ان اساس مبدأ التعويض لمرة واحدة هو ذاته اساس التعويض في المسائل الاخرى.

نلخص مما تقدم ان الاجتهاد القضائي من واجبات وصميم العمل القضائي. وتعد محكمة التمييز الهيئة القضائية العليا التي لها سلطة ممارسة الرقابة القضائية على جميع المحاكم، ومن الناحية العملية فان ما تقرره من مبادئ – ومنها مبدأ التعويض لمرة واحدة – تنزل عند المتقاضين ولدى المحاكم الاخرى منزلة القانون في الاعتبار،

---

(١) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة ٣٤٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/١٤ منشور على= =الموقع الالكتروني https://iraqcas.e-sjc-services.iq تاريخ اخر زيارة في ٢٠٢٥/٤/٢٥ الساعة ٦:٠٠ مساءً.

(٢) ينظر : محمد احمد رمضان، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

(٣) ينظر : د. حيدر فليح حسن، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

فتتبعه جميع المحاكم وتسعى ان تأتي احكامه مطابقة لما استقرت عليه حتى لا تتعرض احكامها للنقض ؛ وذلك لأمرين : اولهما ان محكمة التمييز لا تصدر قراراً الا بعد طول بحث وتدقيق ودراسة وفي كل مرة تثار فيها مسألة معينة وتنقض كل حكم يخالف وجهة نظرها، وهذا ما يضفي على رأيها قوة الالزام فتتبعه المحاكم كافة وبذلك يكتب لهذا القضاء الثبات، والامر الثاني يعود لتشكيلة محكمة التمييز من نخبة القضاة الذين لهم علم بالقانون وخبرة واسعة مما يجعل قراراتهم تكتسب التقدير العظيم لقضاة المحاكم الاخرى.

وبهذا فان مبدأ التعويض لمرة واحدة من اجتهادات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة المستقرة التي نسبناها الى حالة القصور الحقيقي في النص التشريعي، ولا يعد من قبيل التوسع في تطبيق المادة ١٢ من قانون وزارة الكهرباء رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٧ كون تسبيب الاحكام الواردة في هذا الشأن مستندةٌ للمادة ١٠٥٠ من القانون المدني وليس الى قانون وزارة الكهرباء سالف الذكر، ويضاف الى ان الاستقرار على هذا المبدأ يحقق توحيد الاجراءات والعمل القضائي في المحاكم، كما يحقق الاطمئنان في نفوس المتقاضين ويخلق ثقة لدى دفاع الاطراف بسبب استقرار العمل القضائي وهو ما يعطي انطباعاً ايجابياً فهو يحقق الامن القانوني.

الخاتمة /في ختام هذه الدراسة الموسومة ب **(الاساس القانوني لاجتهاد المحاكم بمبدأ التعويض لمرة واحدة – دراسة تحليلية)** نود ان نذكر أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل اليها وكالاتي :

اولا: النتائج

١- مبدأ التعويض لمرة واحدة هو من نتاجات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة الحديثة، وهو صورة من صور التعويض التي انفرد العراق بها، كونه غير معروف في باقي الدول.

٢- الاساس القانوني للتعويض لمرة واحدة يرد الى نظرية جبر الضرر وليس الى العمل غير المشروع فالأضرار التي تخلفها الأنشطة الحكومية لا يمكن عدها من قبيل الاعمال غير المشروعة، كون وضع اليد على عقار الغير يستهدف المصلحة العامة من خلال تشغيل وتسيير المرفق العام للمواطنين كافة.

٣- ان المشرع العراقي قد اعترف صراحة او ضمنا بحالة غياب النص التشريعي، ومن ذلك نص المادة ١ من القانون المدني، لذا عد الاجتهاد القضائي من واجبات وصميم العمل القضائي لمعالجة هذه الحالة. وان محكمة التمييز الهيئة القضائية العليا التي لها سلطة ممارسة الرقابة القضائية على جميع المحاكم، وبالتالي فان ما تقرره من اجتهاد تنزل عند المتقاضين ولدى المحاكم الاخرى منزلة القانون في الاعتبار، فتتبعه جميع المحاكم وتسعى ان تأتي احكامها مطابقة لما استقرت عليه حتى لا تتعرض احكامها للنقض، وان مبدأ التعويض لمرة واحدة من اجتهادات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة المستقرة التي نسبناها الى حالة القصور الحقيقي في النص التشريعي، ولا يعد من قبيل التوسع في تطبيق المادة ١٢ من قانون وزارة الكهرباء رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٧ كون تسبيب الاحكام الواردة في هذا الشأن مستندةٌ للمادة ١٠٥٠ من القانون المدني وليس الى قانون وزارة الكهرباء سالف الذكر.

٤- ان التعويض لمرة واحدة يقدر أياً كان جنس العقار، ويأخذ بنظر الاعتبار عند التقدير جميع المواصفات التي يتسم بها ذلك العقار حالته، مساحته، درجة عمرانه، الاجور السائدة للعقارات المجاورة في المنطقة التي يقع فيها العقار.

ويتولى القاضي تحديد هذا التعويض مستعينا برأي أهل الخبرة كما أن التعويض يقدر بمقدار المساحة الذاهبة للمرفق العام لا على أساس مساحة العقار العمومية الا اذا كانت المساحة المتبقية من عموم مساحة العقار لا يمكن الاستفادة منها بسبب واقعة انشاء المرفق العام فأن التقدير يكون لعموم مساحة العقار، وان الاصل في تقدير التعويض هو التعويض العيني فان تعذر يصار الى التعويض النقدي، ويحدده القاضي وقدت تحمله. فذلك ما يقتضيه الغرض من التعويض.

٥- وباجتهاد حديث من محكمة التمييز الاتحادية وبموجب قرارها بالعدد ٣/الهيئة الموسعة المدنية /في ٢٠٢٤/١/١٧ قد ضيق من نطاق المبدأ باجتهاد قضائيا دون نصا قانونيا وفسر التعويض لمرة واحدة هو تعويض لمالك العقار او لصاحب حق التصرف مقابل وضع اليد من قبل دوائر الدولة على العقار او جزء منه دون اتباع الالية القانونية المرسومة بقانون الاستملاك كاستثناء من الاصل العام بوجوب دفع اجر المثل لصاحب العقار واعدته استثناءا لا يجوز التوسع به والقياس عليه مسببة المبدأ بانها قد اخذت به فيما يتعلق بمشاريع الماء والكهرباء والمجاري يرتبط بطبيعة الوجود المادي لمعدات وادوات عمل هذه المشاريع كونها لا تقتصر على بقعة جغرافية محددة يمكن استملاكها بل تمتد هذه المواد والمعدات لسلسة مترابطة وتخترق مئات الكيلومترات في انحاء البلاد شمالا وجنوبا وشرقا وغربا وبمساحات صغيرة في اغلب الاحيان مما يتعذر استملاكها من الناحية المادية وجعلها وحدة عقارية مستقلة اما غير ذلك فبإمكانية استملاك الجزء المتجاوز عليه لذا فان لمالك العقار يستحق اجر المثل وليس التعويض لمرة واحدة طالما المساحة محددة ويمكن جعلها وحدة عقارية مستقلة.

ثانيا : المقترحات

١- نرى أن تكون قواعد وأسس تقدير التعويض لمرة واحدة هي ذاتها قواعد واسس تقدير التعويض العادل في دعوى الاستملاك قدر الامكان، مع مراعاة بان التعويض لمرة واحدة يقتصر نطاقة بحدود فوات المنفعة، وان يكون تكليف المحكمة للخبراء القضائيين في تقدير التعويض هو (... كلفت المحكمة الخبير القضائي بتقدير التعويض الذي يستحقه المدعي عن فوات منفعة عقاره على أن يراعي مساحة العقار وجنسه وموقعه وما نشأ عليه من مشيدات أو محدثات وطريقة الاستعمال الفعلي له قبل انشاء المرفق العام عليه مستعيناً ببدلات العقارات المماثلة والمجاورة له حسب ما هو مشهور في السوق وما هو مقدر في دائرة الضريبة ودائرة التسجيل العقاري وذلك بتأريخ الكشف ونوهته المحكمة بان هذا التعويض هو لمرة واحدة يقدر للمدعي والذي سيراعى عند تقدير بدل استملاكه على أن لا يكون في كل الاحوال مغالى فيه أو يحقق كسباً غير مشروعاً للمدعي...).

٢- نرى ان تقرر المحكمة في حكمها النهائي الاشعار الى مديرية التسجيل العقاري لتأشير الحكم ومبلغ التعويض في سجل قيد العقار وفي حقل الملاحظات، تحقيقا لعلم من يتصرف اليه صاحب العقار.

٣- نوصي المشرع العراقي بإضافة فقرة الى المادة (٩)من قانون الاستملاك رقم١٢ لسنة١٩٨١تقرر لصاحب العقار(ممن حكم له بالتعويض لمرة واحدة)حق طلب الزام دوائر الدولة باستملاك العقار موضوع دعوى التعويض لمرة واحدة.

٤- نوصي المشرع العراقي بتعديل المادة ١٠٥٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لتكون وفق الصيغة الاتية " لا يجوز ان يحرم احد من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل او تعويضاً لمرة واحدة يدفع اليه مقدما .

المصادر والمراجع

اولا : مراجع اللغة

١- ابن منظور، لسان العرب، مادة جهد، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٨.

ثانيا :مراجع التفسير والفقه الاسلامي

٢- ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ط ١، مطبعة الساعدة، القاهرة، ١٩٥٥.
٣- د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه الاسلامي في نسيجه الجديد، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩١.

ثالثا :الكتب القانونية

١- د. احمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
٢- د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول القضائي، ط ١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٦.
٣- د. صالح محسوب، فن القضاء، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٢.
٤- د. صالح محسوب، فن القضاء، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٢.
٥- د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، ط٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.
٦- د. عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني، مجلة القانون والاقتصاد العدد الاول، ١٩٣٦.
٧- د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، الكويت.
٨- عباس قاسم مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي (مفهومه – حالاته – نطاقه)، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.
٩- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٢.
١٠- د. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص القانونية، مطبعة وزارة الاوقاف، بغداد، ١٩٨١.
١١- د. مصطفى الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦.
١٢- د.ثامر عبد الجبار السعيدي، الصياغة القانونية لنصوص التشريع، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٩.
١٣- ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي، الصياغة القانونية لنصوص التشريع،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،٢٠١٩
١٤- ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤ .

رابعا : الرسائل والاطاريح

١- ابراهيم حميد محسن الزبيدي، الفراغ التشريعي في احكام الضرائب في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد – كلية القانون.
٢- زينة عبد الحكيم عبد الرضا، الاجتهاد القضائي ودوره في تطوير قواعد القانون المدني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، ٢٠٢٠.
٣- عمار حسين علي المرسومي، دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية في العراق، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد – كلية القانون، ٢٠١٩.

٤- محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، ١٩٨٥.

٥- محمد احمد رمضان، دور القاضي في انشاء القاعدة القانونية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، ١٩٨٥ .

خامسا : المجلات العلمية

١- د. حميد سلطان و د. محمود ابراهيم الهيتي، الاجتهاد ودوره في سد الفراغ التشريعي، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، العدد الثامن والسبعين، ٢٠١٧.

٢- د. حيدر فليح حسن، القيود الواردة على سلطة القاضي في الاجتهاد القضائي (فرنسا أنموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجزائر، المجلد السادس، العدد الاول، ٢٠٢١.

٣- د. مازن ليلو راضي، الامن القضائي وعكس الاجتهاد في القضاء الاداري، المجلة السياسية والدولية، الجامعة المستنصرية – كلية العلوم السياسية ، العدد ٤١، ٢٠١٩.

سادسا : القرارات

١- قرار محكمة التمييز بالعدد ٤٩٥/هيئة عامة/١٩٧٨ في ١٩٧٨/٥/١٩.

٢- القرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٢٩٦٤/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/٢٥.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة ٣٤٣/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/١٤ .

٤- قرارمحكمة التمييز الاتحادية الموقرة بموجب بالعدد ١٢٣٣/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٤/٢٦ .

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٢٦٨٥/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٩/١٩.

٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٥٧١٨/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٢ في ٢٠٢٣/٢/٢٧.

٧- قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد ٣٤٨٨/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣/١٠/٩ .

سابعا : القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٣- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١

٤- قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

٥- قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .

٦- ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩.

٧- القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ .

٨- قانون وزارة الكهرباء رقم ٥٣ لسنة ٢٠١٧.

٩- قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧.

ثامنا : المواقع الالكترونية

١- موقع مجلس القضاء الاعلى https://iraqcas.e-sjc-services.iq.