

العبء الإجرائي في التقاضي المدني (دراسة تحليلية مقارنة)

Procedural burden in civil litigation (comparative analytical study)

م.م. حيدر صلاح كاطع

كلية القانون – جامعة القادسية

haider.gatea@qu.edu.iq

أ. اسعد فاضل منديل

كلية القانون – جامعة القادسية

Assad.aljiashi@qu.edu.iq

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٣/١٣

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٤/١١/١٠

الملخص:

يشتدُّ الجدلُ بين الحين والآخر ويحتدمُ الخلافُ أحياناً آخر حول التمييز بين الحقوق والواجبات والأعباء الإجرائية؛ إلى الحد الذي لا يقوى فيه الفقه أحياناً على التمييز بينهما، لشدة العلاقة الوثيقة بينهما، فالواجب والعبء يتراوحيان في منطقة الخصومة، تارةً ينقلب الواجب عبئاً، وتارةً يصير العبء واجباً، ولا يخفى على أحد أن ذلك له أثر بيّن على سير الخصومة وتحقيق العدالة. وعلى هذا الأساس، فإنَّ وضع الحد الفاصل بين المفاهيم القانونية ومعرفة أثره الحقيقي على الخصومة هو أبرز ما حاولت هذه الورقة البحثية تحقيقه.

الكلمات المفتاحية: الواجب الإجرائي، الحق الإجرائي، الخصومة، الأعباء الإجرائية، الوساطة الإجرائية.

Abstract:

The debate intensifies from time to time and the disagreement sometimes escalates over the distinction between rights, duties and procedural burdens; to the extent that jurisprudence is sometimes unable to distinguish between them, due to the strong relationship between them. The duty and the burden fluctuate in the area of litigation, sometimes the duty turns into a burden, and sometimes the burden becomes a duty, and it is no secret to anyone that this has a clear impact on the course of the litigation and the achievement of justice. On this basis, setting the dividing line between legal concepts and knowing its real impact on the litigation is the most prominent thing that this research paper has tried to achieve.

Keywords: procedural duty, procedural right, litigation, procedural burdens, procedural mediation.

المقدمة

أولاً: جوهر فكرة البحث: تحتلُّ الأعباء الإجرائية مساحة من الجدل والأخذ والرد؛ وفي الوقت الذي يتعذر فيه وضع معيار فاصل بين الحقوق والواجبات والأعباء الإجرائية تبرز الحاجة إلى وضع معيار يضع الحدود الفاصلة بينها بشكل واضح لا يعتريه قصور، وأمام سكوت المشرع عن بيان تلك الأعباء دعت الحاجة إلى خوض غمار هذه الرحلة البحثية، فهذه الأعباء لا يُنكر دورها في تسيير الخصومة



وضبطها منذ لحظة رفع الدعوى ولحين البت فيها من خلال صدور الحكم القضائي فيها، وإذا كانت كذلك فهي شبيهة بالواجب الإجرائي الذي ينظم سير الخصومة هو الآخر، ثمَّ أنَّ العبء الإجرائي يحتلُّ مكاناً واضحاً في العديد من النصوص القانونية ليس فقط على صعيد القوانين الإجرائية بل يتعدَّها إلى القوانين الموضوعية كذلك، فلا موطن محدد يئمُّه.

وجوهر هذه الورقة البحثية ينصبُّ على التعرُّض على جانبٍ منسي من جوانب قانون المرافعات المدنية وهو الأعباء الإجرائية؛ التي مازالت الرؤية بصدد أحكامها القانونية ضبابية وبحاجة إلى استكمال؛ ومهما يكن من أمر فإنَّ العبء الإجرائي موضوع له أهميته على صعيد الفقه والقضاء، وعلى صعيد القانون والاتفاق.

ثانياً: أهمية البحث: تأتي أهمية البحث من الدور الذي يلعبه العبء الإجرائي في تغيير مسارات الدعوى؛ فهذا العبء قادرٌ على القفز من خانة إلى خانة أكثر إلزامية فيُصير من واجب لا قانوني إلى واجب قانوني ملزم، ومؤثر في سير الخصومة، لهذا جاء هذا البحث لبيان النقاط التي سكت عنها الفقه أو تطرَّق لها بغير تفصيل وتوضيح.

فالعبء الإجرائي حاضرٌ في نطاق القانون الخاص؛ سواءً في القانون المدني وقانون التجارة وغيرها من القوانين، الموضوعية والإجرائية، وإذا كان العبء الإجرائي للوهلة الأولى يتحمَّل به أطراف الخصومة فإنَّ القاضي ومن في حكمه هو الآخر يؤثر ويتأثر بهذا العبء، حتى يستحيل إلى التأثير حتى في نتيجة الدعوى، ثمَّ أنَّ تعدد المصادر التي تستقي منها الأعباء الإجرائية تجعلُ لها خصوصية معينة تتمتُّ بضرورة معاملتها وفقاً للقانون الذي يحتضنها أو حتى وفقاً للاتفاق إنَّ كان مصدرُ العبء الإجرائي وليد اتفاق الأطراف كما في الوساطة والتوفيق وغيرها من الطرق البديلة عن القضاء والتي تستخدم كوسائل لحلِّ المنازعات في إطار القانون الخاص تحديداً.

ثالثاً: إشكالية البحث: تتضح إشكالية البحث من خلال المرونة التي يتمتَّع بها العبء الإجرائي فإذا كان الإجماعُ منعقداً أنَّ العبء الإجرائي لا أثر قانوني يترتَّب على القيام أو عدم القيام به، فإنَّ ثمة مواضع يقفز بها العبء الإجرائي من حيث الإلزام، ومن حيث الوظيفة، ليرتَّب عليه ما يُمكن أن يترتَّب على مخالفة الواجبات الإجرائية من أثر، وهذا بحد ذاته إشكالية كبيرة؛ ثمَّ أنَّ الإرادة قد تلعب دوراً في جعل الواجب عبئاً والعبء واجباً، وما يترتَّب على هذا العملية من أثر، علاوةً على هذا فإنَّ قلب العبء الإجرائي من جانب لجانبٍ آخر أمرٌ وارد وعليه آثار، لهذا جاءت هذه الورقة البحثية لتتناول بالمعالجة ما يترتب على كل هذه المسائل من آثار حددها القانون أم نظمته الإرادة بلحاظ أنَّ الخصومة ملك الخصوم وما القاضي بصدها إلا طرف محايد.

رابعاً: الأسئلة البحثية: سؤالنا البحثي المركزي يتمثَّل بما يلي: ما هو أثر القيام أو عدم القيام بالعبء الإجرائي من جانب شخوص وأطراف الدعوى على الخصومة القضائية؟ وتترشَّح عن هذا السؤال المركزي العام طائفةٌ من التساؤلات الفرعية؛ من أهمها ما يلي:

١. ما المقصود بالعبء الإجرائي؟ وما هي خصائصه؟
٢. ما هي الطبيعة القانونية للعبء الإجرائي؛ هل هو حق أم رخصة أم مكنة؟
٣. بِمَ يتميّز العبء الإجرائي من غيره من المفاهيم القانوني؟
٤. ما هي مظاهر العبء الإجرائي في التقاضي المدني؟ هل هي قانونية فقط أم قانونية واتفاقية أم قانونية واتفاقية وعرفية كذلك؟
٥. هل تتماثل أم تتمايز الأعباء الإجرائية المفروضة على الخصوم أو القضاة ومَنْ في حكمهم؟
٦. هل تقتصر الأعباء الإجرائية على التقاضي العام أم تتسحب على التقاضي الخاص؟

خامساً: نطاق البحث: سنحاول في هذا البحث أن نقصر بحث العبء الإجرائي في نطاق القانون الإجرائي وعلى رأسها قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وقانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، مع الإشارة الطفيفة إلى القانون الموضوعي لاسيما القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وقانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

سادساً: منهج البحث: اعتمدنا في بحثنا هذا المنهج التحليلي الوصفي من خلال تسليط الضوء على أهم الأعباء الإجرائية الواردة في القوانين الإجرائية والقوانين الموضوعية والمتعلقة بجنبة إجرائية، وذلك بالدرجة الأولى، وعمدنا إلى الإشارة الطفيفة للقوانين العربية على أساس اعتماد المنهج المقارن، ولكن بدرجة ثانوية، متى كانت هذه القوانين لها موقف أكثر تميّزاً من القانون العراقي بصدد موضوع البحث، لاسيما القانون المصري ممثلاً بقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، والقانون الأردني ممثلاً بقانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦، ووجدنا حاجة للاستشهاد ببعض من مواقف الفقه الإسلامي في المواضيع التي لا تكتمل فكرتها إلا بالرجوع إلى هذا الفقه الجليل.

سابعاً: هيكلية البحث: ناقشنا فكرة موضوع بحثنا هذا بمبحثين؛ تسبقهما مقدمة وتعبهما خاتمة، تناولنا في المبحث الأول مفهوم العبء الإجرائي، وفي المبحث الثاني توقفنا مع مظاهر العبء الإجرائي في التقاضي المدني.

المبحث الأول: مفهوم العبء الإجرائي

إنَّ الحق قد يضيع على صاحبه لا لشيءٍ إلاَّ لأنَّ القانون قد ألقى العبء الإجرائي في دفته؛ ولهذا سُمي عبئاً على صاحبه لا مناص من إثباته؛ ولكن إذا لم يثبتته؛ فهل يسأل عن ذلك؟ سنحاول الإجابة عن هذا السؤال في هذا المبحث؛ عليه، ولغرض بيان مفهوم العبء الإجرائي بصورة وافية سنتناول في هذا المبحث تعريف العبء الإجرائي وذلك في المطلب الأول؛ ومن ثمَّ نُعرِّج على بيان ذاتية العبء الإجرائي وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.



المطلب الأول: تعريف العبء الإجرائي

إن بيان العبء الإجرائي من حيث الماهية يقتضي البحث في هذا المطلب عن معناه النصي أي التشريعي، ومعناه الفقهي، فضلاً عن إن الحديث عن الماهية يقتضي بالضرورة التوقف على أهم خصائصه. ولغرض بيان تعريف العبء الإجرائي بصورة بيّنة؛ سنقسّم هذا المطلب على فرعين؛ نتناول في أولهما معنى العبء الإجرائي وفي ثانيهما نتوقف مع خصائص العبء الإجرائي.

الفرع الأول: معنى العبء الإجرائي

ولغرض بيان معنى العبء^١ الإجرائي^٢ سنقسّم هذا الفرع على نقاط؛ وكما يلي:

أولاً: المعنى النصي: إذا ما أردنا أن نبيّن التعريف التشريعي لمصطلح "العبء الإجرائي" فإنه من المتعذر أن نجد هذا التعريف في جميع القوانين الإجرائية^٣؛ وذلك لأنّ المشرع ينأى بنفسه عن وضع التعاريف للمصطلحات القانونية ويترك إيراد وبيان التعريف بالمصطلحات المذكورة للفقهاء والقضاء فهو بها احوط؛ نظراً لقدرتهما الفائقة على تطويع تكلم المفاهيم بما يتفق وآداب كل جيل^٤.

ثانياً: التعريف الفقهي: وقبيل الخوض في التعريف الفقهي نرى المسائل الآتية:

١. **نبذة تعريفية:** يعتبر مفهوم العبء الإجرائي مبدأً أساسياً في النظام القانوني ويلعب دوراً حاسماً في تحديد نتيجة الدعوى؛ ويشير إلى التزام الطرف بتقديم أدلة كافية لدعم دعواه^٥. وبعبارة أخرى، يقع العبء الإجرائي على عاتق الطرف الذي يقدم الأدلة، ويجب عليه إقناع المحكمة أو هيئة المحلفين بصحة حجته؛ يعد فهم العبء الإجرائي أمراً ضرورياً لكل من المهنيين القانونيين والأفراد المشاركين في النزاعات القانونية، حيث يمكن أن يؤثر بشكل كبير على نتيجة الدعوى^٦.

ففي القضايا المدنية، يكون العبء الإجرائي بشكل عام أقل منه في القضايا المنظورة أمام محاكم الجنایات؛ ويتحمل المدعي، رافع الدعوى، عبء إثبات قضيته على ميزان الاحتمالات؛ وهذا يعني أنه يجب على المدعي تقديم أدلة من المرجح أن تُعصّد ادعاءاته؛ على سبيل المثال، في قضية الإصابة الشخصية، يجب على المدعي أن يثبت أنه من المرجح أن يكون إهمال المدعى عليه هو الذي تسبب في إصابته^٧.

يمكن أن توفر دراسات الحالة رؤى قيمة حول كيفية عمل العبء الإجرائي في سيناريوهات الحياة الواقعية أحد الأمثلة على ذلك هو O. J. محاكمة سيمبسون؛ كان عبء الإثبات على عاتق الادعاء ليثبت بما لا يدع مجالاً للشك أن سيمبسون مذنب بقتل زوجته السابقة وصديقته؛ على الرغم من الأدلة الجوهرية ضده، بما في ذلك الحمض النووي والأدلة الظرفية، تمكن الدفاع من التشكيك في قضية الادعاء، وتمت تبرئة سيمبسون في النهاية^٨.

٢. **تعريف الفقه:** ويُعرّف الفقه العبء الإجرائي على أنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثاراً معينة"^٩، ولم يُبين هذا التعريف ماهية العبء بنحو دقيق؛ فقد اكتفى فقط ببيان التزام المدعي بإقامة الدليل طبقاً للأطر المنصوص عليها تشريعياً في القوانين المرعية^{١٠}.

وخير مَنْ عرّف العبء الإجرائي من يراه على أنه: "واجب عام" يعني أي واجب بمعناه العام؛ يفرضه القانون الموضوعي أو الإجرائي على أشخاص الخصومة^{١١} القضائية؛ سواءً أكان من فئة الخصوم الأصليين؛ أو من فئة الخصوم المتدخلين؛ كالأشخاص الثالثة، أو من فئة المكلفين بحسم الخصومة كالقضاء أو المحكمين أو بالتوفيق بين أطرافها كالوسطاء، ولا يترتب على الإخلال بها جزاء قانوني محدد ومباشر كواجب تبادل أدوار تحمّل عبء الإثبات وواجب حضور جلسات المرافعة ونحوها^{١٢}. وإذ أننا نؤيد ما ورد في التعريف من أفكار فإنّه من الواجب تبين مفردات التعريف الذي يؤخذ عليه إسهابه في الشرح وهذا لا يتفق ومعنى "التعريف" الذي هو بيان ماهية، وعليه:

أ. **العبء الإجرائي واجب^{١٣} عام**: يقصد بالواجب الإجرائي العام: "عبارة عن سلوك يفرضه القانون على الخصم من أجل اعتبارات عدة؛ منها حسن سير مرفق القضاء أو مراعاةً لحق الخصم الآخر، أو الإسراع بالفصل في القضايا"^{١٤}، وهذا التعريف يفرد نطاقه ليشمل جميع الواجبات الإجرائية العامة المنصوص عليها في القانون الموضوعي، والقانون الإجرائي، وهو يشمل جميع الواجبات المقررة لمصلحة الخصوم أو للمصلحة العامة، غير أنّ هذا التعريف عجز عن بيان الأثر المترتب على مخالفة الواجب الإجرائي؛ وهو ما نريدّه الآن؛ لكون العبء الإجرائي لا أثر قانوني على مخالفته، بالمعنى العام لهذا المفهوم - كما سنرى في حينه.

ب. **العبء الإجرائي يفرض قانوناً على أشخاص الخصومة القضائية وأطرافها قاطبةً**: فهو يسري على المدعي، والمدعى عليه، والمتدخل في الدعوى، والمكلف بالبت فيها بالمعنى الواسع؛ ومما تجدر الإشارة إليه أن الفقه الإجرائي يُميز بين أشخاص الخصومة وأطرافها؛ فيعدّ طرفاً في الخصومة طبقاً للرأس الراجح ذلك الذي يُقدّم طلباً قضائياً بإسمه أو من قُدّم في مواجهته طلباً للحصول على حماية القضاء بشأن حق له، في حين لا يُشترط تقديم طلبات قضائية من أشخاص الخصومة أو إليهم؛ كالقاضي والمعاون القضائي، والمُبلّغ القضائي والخبير والشاهد والوكيل بالخصومة فهؤلاء لا يُعدون أشخاصاً في الخصومة^{١٥}. ولا أهمية لهذا التمييز فكلّ عليه مجموعة من الأعباء الإجرائية.

ج. **العبء الإجرائي مجرد من الأثر القانوني**: لا أثر جزائي يترتب على مخالفة العبء الإجرائي بصريح النصّ القانوني بيد أن ذلك لا يمنع من إيراد لوائح تنظيمية تفرض الجزاء الإداري على من يخالف لتلك الأعباء الموصلة إلى حُسن السير في الدعوى.

الفرع الثاني: خصائص العبء الإجرائي

إذا ما أُريد الحديث عن خصائص العبء الإجرائي اتكالا على التعريف الذي وضعناه في الفرع السابق فإنّه من الأنسب منهجياً توزيع الحديث على الفقرات الآتية:

أولاً: الأعباء الإجرائية ذات مصادر متعددة: مصدر الأعباء الإجرائية غير منحصر في القانون الإجرائي فحسب؛ بل نجد لهذه الأعباء طائفة من القوانين التي تكوّن مصادراً لها؛ سواءً أكانت قوانين إجرائية أم قوانين موضوعية بلحاظ أن العبء الإجرائي هو الواجب القانوني بمعناه العام. ويرى الفقه أنّ مصدر الأعباء أو الواجبات القضائية عموماً يعود إلى فكرة العقد القضائي^{١٦}؛ الذي ينعقد في الحين الذي

يرتضي فيه أطراف هذا العقد وهم الخصوم تطبيق أحكام القانون على نزعهم من قبل القاضي، ويرجع أصل هذه الفكرة إلى القانون الروماني، وإلى إجراءات الإشهاد على الخصومة حيث كان يتعين على أطراف الخصومة حضورهم في حضرة القاضي لإتمام بعض الشكليات التي تُشكّل طقوس دعاوى القانون؛ ويتم الاستشهاد بالحاضرين على اتفاق الأطراف على تحكيم القاضي في مُنازعتهم؛ واستناداً لهذا الرأي فإنَّ العقد القضائي يفرضُ على الخصوم مجموعة من الواجبات والأعباء الإجرائية^{١٧}.

والسؤال الذي يجبُ أن يُثار في مثل هذه الأحوال؛ هل يتصور أن يكون مصدر الأعباء الإجرائية غير قانوني؟ وبعبارةٍ أخرى، هل يمكن أن تتعدد مصادر الأعباء الإجرائية لتكون ذات مصدر قانوني وافتقاري أو حتى عرفي؟

الإجابة بالإثبات؛ فبعضُ من الأعباء الإجرائية ذات مصدر قانوني، وبعضها يتخذ مظهراً افتقارياً كما هو الحال في التوفيق كبديل عن القضاء في تسوية المنازعات التي تنشأ بين طرفين بمناسبة تعاقدية - مثلما سنرى - علاوةً على هذا فإنَّ بعضاً من الأعباء الإجرائية ذات مصدر عرفي ومثال ذلك في مجال الوساطة كطريق بديل عن القضاء لحلِّ المنازعات ولا أدلُّ على ذلك من نص المادة (٤/٦) من قواعد الأونسيترال النموذجية لسنة ٢٠٠٢ والتي جُوزت للمُوقِّق في أية مرحلة من مراحل إجراءات التوفيق اقتراحات لتسوية المنازعات، وهذا التجويز عرفي المنشأ، فالأصل أن المُوقِّق لا يقدِّم مقترحات بخلاف الوسيط الذي يتعين عليه تقديمها معتمداً في هذا على العُرف الشامل^{١٨}.

ثانياً: لا جزاء قانوني مباشر يترتب على القيام أو الامتناع عن القيام بالأعباء الإجرائية: إنَّ العبء مركز يفرض فيه القانون على الشخص القيام بعمل معين لمصلحته الذاتية ولا يترتب على مخالفته جزاءً إجرائيًّا؛ وإنما تؤدي هذه المخالفة إلى فوات المصلحة التي يستهدفها العمل^{١٩}.

إنَّ عدم ترتيب أثر على القيام أو عدم القيام بالأعباء الإجرائية صحيح أنَّه لا ينطوي عليه أثر إجرائي، ولكن هذه الأعباء قادرة على التحوُّل إلى واجبات إجرائية، وهذه الأخيرة قادرة على التحوُّل إلى خطأ تقصيري يُثير مسؤولية الشخص أو الطرف في الخصومة، فكيف يستحيل هذا العبء إلى خطأ تقصيري؟

إنَّ الإجابة عن هذا السؤال تقتضي البحث في القوانين الإجرائية؛ ومن بينها قانون الوساطة الأردني النافذ؛ فهذا القانون يمنع الوسيط من الإفشاء بالأسرار من قبل الوسيط لأحد أطراف المنازعة ويعدُّه عملاً غير مشروع يوجب المساءلة القانونية^{٢٠}؛ في حين أنَّ قواعد الأونسيترال النموذجي لا تعدُّها كذلك؛ فلا يتحوُّل هذا العبء إلى واجبٍ إجرائيٍّ إلا إذا اشترط مُقدِّم المعلومات إبقائها طي الكتمان؛ ففتحول مكنة العبء^{٢١} هذه إلى وظيفة العمل الإجرائي^{٢٢}؛ فيرتقي هذا العبء منزلةً أعلى وهي رتبة الواجب الإجرائي، فكلُّ ما يُرتبه القانون الدولي أو الداخلي - سواءً بسواءٍ - على أطراف الخصومة القضائية في الوساطة يُعدُّ من قبيل الأعباء الإجرائية، إلا إن كان الإخلال بها ينضوي تحت خانة القانون الجزائي، أو تحت خانة الأعمال غير المشروعة قانوناً، فيستحيل إلى التزامٍ مدنيٍّ يستوجب التعويض، فهنا يطفو العبء الإجرائي على سطح الواجبات الإجرائية فيخلع رداءه ويرتدي عباءة الواجبات الإجرائية

المُلزمة ذات الأثر، بل ينتهي إلى عدّه خطأً تقصيراً فيما لو أدّى إلى إحداث ضرر فلا مناص من نشوء المسؤولية التقصيرية التي لا تنقطع إلى بتوافر ما يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر قانوناً^{٢٣}.

ثالثاً: لا مائز بين الأعباء الإجرائية ذات الصبغة الموضوعية والأعباء الإجرائية ذات الصبغة الإجرائية: لا تمييز بصدد الأعباء الإجرائية المفروضة طبقاً للأحكام الموضوعية في القانون الموضوعي والأحكام الإجرائية المنصوص عليها في القوانين الإجرائية؛ ويرى الفقه أنّ التفرقة بين المسائل الإجرائية والمسائل الموضوعية ليست بالأمر الهين؛ فلم يلق هذا الأمر عناية فقهاء قانون المرافعات؛ ويعود السبب إلى غلبة الصفة الشكلية في هذا القانون الذي ينأى عن بيان مثل هذه الأمور على العكس في القوانين الموضوعية، كالقانون المدني والتجاري^{٢٤}، على الرغم من أنّ طائفة من القوانين قد انتهت إلى تمكين القاضي من تحديد المشكلة فيما لو كانت تنضوي تحت خانة المسائل الموضوعية أم المسائل الإجرائية^{٢٥}.

المطلب الثاني: ذاتية العبء الإجرائي

إنّ العبء الإجرائي لا يُمكن أن يكون مجرداً من الوصف القانوني السليم، لهذا لا بد وأن يتصف بصفة من خلالها يستطيع الخصم في الدعوى، أو القاضي أو من في حكمه أن يقوم بإعماله أو تركه، وفقاً للوصف الذي يتم إسباغه عليه، وإذا ما تمّ تحديد هذا الوصف على نحوٍ دقيق فقد يتمّ تقريبه من نظام أو مفهوم قانوني يشبهه، الأمر الذي يقتضي تمييزه بوضوح بعد أن تمّ تحديد وصفه السليم قانوناً. ويمكن تناول ذاتية العبء الإجرائي من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين؛ نبحث في الفرع الأوّل منهما الطبيعة القانونية للعبء الإجرائي؛ وفي الثاني نتوقّف مع تمييزه مما يشته به من مفاهيم قانونية.

الفرع الأوّل: الطبيعة القانونية للعبء الإجرائي

إنّ الطبيعة^(٢٦) القانونية لسُلطة^(٢٧) من يقع عليه العبء الإجرائي من أشخاص أو أطراف الخصومة القضائية بمعناه العام؛ حيث سنقفّ هنا على الفكرة التي ترى أنّه في مقدور الشخص أو الطرف في الخصومة القضائية الذي لا يأبه القانون بتصرفه في كسر العبء الإجرائي وعدم القيام بما ينبغي عليه من أعباء إجرائية بصدد الدعوى محل النظر أمام القضاء.

وهذا ما يقود إلى سؤال يتمثل بمدى عدّ ذلك بمثابة الحق، أم أنّه رخصة، أم أنّه مكنة؟ ولأجل بيان حقيقة كل رأي من تلك الآراء سنتوقّف مع مناقشتها ليتبين لدينا الرأي الراجح.

أ. إنّ قيام أو عدم قيام الشخص أو الطرف في الدعوى بما ينبغي عليه من أعباء إجرائية هو حقّ له^(٢٨): ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأنّ هذا التجويز الفقهي لا يُعدّ إلّا حقاً لأشخاص الخصومة أو أطرافها، بدليل أنّ صاحب هذا الحقّ يستأثر بما يتضمّن التجويز وهو تمكين صاحبه من إعمال التجويز الفقهي وعدم القيام بالعبء من غير أن يترتب أثر على ذلك^(٢٩). ولكن هذا التجويز القانوني لا يُعدّ من قبيل الحق الشخصي^(٣٠)، ولا الحق العيني^(٣١)؛ لأنّ التجويز هنا هو تمكين أو إمكان يستعمله الشخص أو الطرف في الخصومة القضائية لتحقيق مصلحته التي قد يجدّ نفسها في تلك الغضون أن عدم قيامه بالعبء يصبّ في مصلحته، وإن وردت آراء مخالفة لهذا القول فهي غير مقبولة^(٣٢). ولهذه الأسباب لا



يُعدُّ هذا التجويز حقاً لهذا الشخص منحه إليه شخصٌ آخر من شخوص الخصومة القضائية؛ ولا يُمكن اعتباره حقاً منحه إليه القانون كذلك.

ب. التجويز الفقهي هو رخصة^(٣٣): أي بمعنى القدرة الواقعية التي يكون في مقدور الشخص استعمالها والتي تُخصص في الوقت نفسه من أجل استعمال حق من الحقوق العامة أو حرية من الحريات العامة لكل فرد في المجتمع^(٣٤)، وهي على النقيض من الحق ذلك أن الحق يتطلب وجود رابطة قانونية تجعل أحد الأطراف في مركز أقوى من غيره استناداً إلى فكرة الاستثناء في حين يتساوى الأفراد في المراكز القانونية من حيث السلطات في الرخصة. وتسمح الرخصة للمتعاقد أو أي شخص من شخوص الخصومة القضائية بأن يعدل مركزه القانوني وفقاً لما يتناغم مع مصلحته وفي حدود تلك المصلحة، فهي ميزة قانونية له أن يستعملها وفقاً لمحض إرادته^(٣٥). بمعنى أن الرخصة لا تُعدُّ هي الحق، بل أن انبرام العقد يولد في أنواع فلسفية تخوياً يُشكل عنصرين هما الاقتضاء والتسلط على سبيل الإنفراد كرخصة عدم القيام أو القيام بما يجب على الشخص أو الطرف في الخصومة القضائية بما يجب القيام به من أعباء إجرائية، أي أن الحق هو الأصل والرخصة إن هي إلا طارئة^(٣٦).

وفي الفقه الإسلامي مثلاً لا يُمكن اعتبار هذا التجويز من الرخص ذلك أن الرخصة هي مرحلة تسبق الحق؛ ولقد عرّفها القرافي بما يدلُّ على أنها تجعل الإنسان مالكاً لأن يملك^(٣٧)، مثلاً وضع اليد على المال، فالإنسان مُرخص له بالوضع من عدمه.

ولا يُجاري اعتبار هذا التجويز رخصة لأن تسليمنا بذلك ينتهي إلى نتيجة خطيرة، ذلك أن الرخصة طالما أنها إباحة فيكون في مقدور الشخص أو الطرف في الخصومة القضائية عدم القيام بأي عبء يفرضه القانون عليه؛ ولما كان العبء الإجرائي أوسع نطاقاً من الواجب الإجرائي فقد يكون الأخير في صورة عبء ويرتب القاضي أو الاتفاق عليه أثر ومع هذا لا يقوم به فيجد نفسه في خانة المساءلة القضائية.

ج. أن التجويز الفقهي بقيام أو عدم قيام شخص أو طرف الخصومة القضائية بما يجب عليه القيام به إنما هو مكنة^(٣٨) حيث تُعدُّ الخيارات التي تُدرج في العقود سواءً من خلال اتفاق طرفي العقد على ذلك كما لو اتفقوا على أن بعضاً من الأعباء القضائية غير ذات أثر اتفاقياً فيما بينهم؛ واحدة من أبرز التطبيقات القانونية على المكنة التي تُنتهي مراكز قانونية قائمة أو تُنشئ مراكز قانونية جديدة^(٣٩).

وهذه المكنة ممنوحة للمتعاقد بحكم القانون ومقتضى هذه المكنة تمكين الشخص من إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني مُعين بمحض إرادته، وبالتالي يكون في مقدور الشخص أو الطرف في الخصومة القضائية القدرة على هدر بعض الأعباء القضائية ولا يُسأل عن ذلك طالما أن القانون لم يربط أثراً على مخالفتها؛ مما يعني أن له المكنة في القيام بها من عدمه. والمكنة لا تُمنح صاحبها التسلط على شيء كما في الحق العيني، وتُمنح هذه المكنة لمن حدده العاقد بموجب قانون العقد لا إلى الكافة كما في الرخصة. بل هي حق إرادي محض محله لا ينشأ إلا لحظة استعماله أي "عند وجود الحق نفسه تحت شكل مركز قانوني مستقل"^(٤٠). وهذا الاتجاه الذي نتبناه وهو الاتجاه الراجح^(٤١).

الفرع الثاني: تمييز العبء الإجرائي مما يشته به من مفاهيم قانونية

وسنحاول في هذا الفرع تمييز العبء الإجرائي مما يشته به من مفاهيم قانونية؛ وذلك من خلال تقسيم هذا الفرع على نقاط خمسة؛ نتناول في الأولى منها تمييز العبء الإجرائي من الواجب الإجرائي؛ وفي الثانية نتوقف مع الحق الإجرائي وكما هو آت:

أولاً: تمييزه من الواجب الإجرائي: يقصد بالواجب الإجرائي: "سلوك يقع على عاتق الخصم للمحافظة على مصلحته الخاصة والمصلحة العامة ويترتب على عدم تنفيذها أو الإخلال بها جزء إجرائي يفرضه القانون"^{٢٢}، إنَّ الواجب القانوني يلتقي مع العبء الإجرائي في المصدرية؛ فكما أنَّ الواجب الإجرائي واجب عام، يجدُّ أساسه في القانون الموضوعي والقانون الإجرائي على حدٍ سواء، فإنَّ العبء الإجرائي كذلك - كما سبق التفصيل في ذلك - ولهذا فإنَّ الأثر المترتب على مخالفة هذه الحقوق يتقرر بنصوص القانون هو الآخر، وهذه الأخيرة هي التي تختلف عن أثر مخالفة العبء الإجرائي، فلا قانون يحكمها.

ثمَّ أنَّ الغاية من فرض الواجبات الإجرائية إنما هي لتحقيق الحماية القضائية للحقوق الإجرائية؛ حيث أنَّها عبارة عن وسائل إجرائية لإعمال هذه الحماية، والتمتع بها من لدن أصحابها، وبهذا يتلاقى كلُّ من الواجب الإجرائي والعبء الإجرائي في أنَّهما ليسا غاية في ذاتهما، بل ما هما إلا وسائل وسبل إجرائية لإضفاء الحماية القضائية للحقوق الموضوعية، ولكن حدة الواجب الإجرائي تتفوق على الأعباء من حيث اقترانها بأثر قانوني.

ومع هذا فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتحوَّل الواجبات الإجرائية إلى أعباء إجرائية؛ لاسيما في مجال "الأعباء الاتفاقية والعرفية" في مجال الوساطة أو التوفيق كطريق بديل لحلِّ المنازعات منها^{٢٣}:

١. **عملٌ غير مشروع:** كما لو تواطى الوسيط أو الموقِّق مع الخصوم فيمكن هنا أن يُسأل عن العبء الإجرائي كواجب إجرائي أمام المحكمة التي تنتظر في النزاع، لاسيما لو رفع التقرير إلى الأخيرة فلأنَّه ملزم برفعه فهو واجبٌ عليه، فلو رفعه بناءً على تواطؤ بينه وبين أحد الخصوم، سيسأل عنهما معاً في هذه الحالة.

٢. **الإصرار على مخالفة قواعد الوساطة التي نظمها القانون الأجنبي عند الإحالة عليه:** فلو تأخَّر الوسيط في تحديد ميعاد اجتماع الخصوم، أو حدده في مكانٍ وهمي، أو تغيب عمداً عن الحضور في أغلب جلسات المفاوضات أو إذا أسهم في تأزيم الخلاف وتفاقمه بين أطراف الخصومة، هنا يُستبعد تقريره ويُسأل عن ذلك على أساس الجزاء المفروض على الواجبات الإجرائية.

٣. **يتحوَّل العبء الإجرائي المفروض على الخصوم إلى واجب إجرائي بسبب اتفاقي؛** فلو اتفق المتعاقدان في اللجوء إلى أعمال الوساطة وإمهال الوسيط مدة (٣) أشهر - على الأقل - لإنجاز مهامه، فهذا عبءٌ إجرائي عزَّزه شرطُ اتفاقي (تعاقدي)، فأصعده إلى مرتبة الواجب الإجرائي، فيما لو تمسَّك الخصوم به أمام المحكمة التي تنتظر في موضوع النزاع، والأعباء الإجرائية التي تُحوَّلها الشروط التعاقدية إلى واجبات إجرائية يجب النظر إليها بعين الشك والريب؛ وذلك لأنَّ الأصل هو اللجوء إلى القضاء وما أعمال المفاوضات والوساطة إلا من قبيل الاستثناء على هذا الأصل، وعلى هذا الأساس فإنَّ المبالغة بتعطيل اللجوء إلى القضاء بدعوى احترام الاتفاقات أو التفاهات الثنائية بين الخصوم، ينتهي إلى انتهاك حق الإنسان في اللجوء إلى القضاء



لسماع دعواه والفصل في النزاع مع خصومه الآخرين، لهذا من واجب القضاء تقييد هذه الاتفاقات بما يجعلها منسجمة مع القواعد الدستورية التي تضمن للخصوم كافة حق اللجوء إلى القضاء ٤٤.

ثانياً: تمييزه من الحق الإجرائي: الحق الإجرائي تسمية جديدة نسبياً غير تشريعية ولا قضائية بل هي صنعة الفقه الإجرائي؛ حيث لم يكن مصطلح الحق الإجرائي معروفاً قديماً ضمن التقسيمات الجارية من قبل رجالات الفقه المدني قديماً، ربما يعود السبب إلى ندرة اهتمام الفقه بالجوانب الإجرائية للحق في قبالة تضخم الاهتمام بالجوانب الموضوعية؛ فضلاً عن عدم إيمانهم الكبير بعدم وجود شيء تحت مسمى حق إجرائي؛ ولكن من حيث لا يشعرون فهم اهتموا بالحق من زاوية إجرائية عندما أقرروا بأن الحماية القضائية للحق عنصراً من عناصر الحق؛ وهذه الحماية القضائية تتجسد في صورة دعوى؛ والدعوى تخلت إلى الحق الموضوعي وجعلت فيه جنبه إجرائية لا تُتكر^{٤٥}.

وعُرف بالعديد من التعريفات؛ بلحاظ النظرة إليه من الاتجاهات الفقهية من نظر له إلى أنه ذلك الحق المتعلق بالعمل الإجرائي وإجراءات رفع الدعوى أمام القضاء فرأى أنه: التعبير الذي يقصد به الحقوق التي يُنظمها القانون الإجرائي العام الذي يُنظم مجموعة من القواعد المتعلقة بإجراءات التقاضي في المسائل المدنية والجنائية والإدارية التي يقوم بها الخصوم والقضاة ومعاونيهم وكل من له مصلحة في الدعوى في سبيل السير في إجراءاتها والقيام بها حتى انتهائها^{٤٦}، وبهذا يتضح المائز بين العبء الإجرائي والحق الإجرائي؛ فالعلاقة بين الحق الإجرائي والعبء الإجرائي علاقة عموم وخصوص؛ بمعنى أن العبء الإجرائي هو حق؛ وليس حق شخصي أو عيني؛ بل هو حق خاص بإجراءات رفع الدعوى؛ ولكن هذا الحق لا يشمل كل صور شخوص الدعوى القضائية بل نجد أن هذا التعريف قد حجّم من الفئات التي يثبت لها الحق في استعمال الحق الإجرائي؛ وهؤلاء هم الخصوم، والقضاء وكل ذي مصلحة في السير فيها؛ ولكن لا تشمل من يدخل في الدعوى ولا مصلحة له فيها - كما في التدخل الوجوبي في الدعوى القضائية.

ولهذا نجد من الفقهاء من ذهب إلى عدّ الحق الإجرائي سلطة؛ كالحق في الدعوى الذي عُرف على أنه السلطة التي منحها المشرع للفرد لغرض الطلب من القاضي الفصل فيما يدعيه وإلا عدّ القاضي منكرًا للعدالة^{٤٧}؛ وهنا يتضح الفارق بين الحق الإجرائي كسلطة وبين العبء الإجرائي؛ ففضلاً تقتضي القيام بدور إيجابي وهو الطلب بالفصل بالدعوى القضائية والمقدم من قبل "فرد" في الدعوى؛ فإن الحق الإجرائي كسلطة أضيق نطاقاً من العبء الإجرائي الذي قد لا يقوم به شخص من شخوص الدعوى القضائية أو كما يُسميه التعريف المذكور فرد؛ بل يُمكن أن يقوم به أي طرف من أطراف الدعوى كالتقاضي نفسه؛ أو المُحكّم أو الوسيط.

وهناك من يرى النقاء العبء الإجرائي والحق الإجرائي بالطبيعة القانونية حيث يرى أن كلاهما من قبيل الممكنة^{٤٨}، فكلاهما يُمنح لتحقيق مصلحة ذاتية؛ ولا يترتب على الإخلال بالحق الإجرائي في بعض مواطنه أثر إجرائي؛ كما هو الحال في العبء الإجرائي؛ فالجانب الذي لا يترتب عليه أثر بتقديرنا من الحقوق الإجرائية هي التي تلتقي مع العبء الإجرائي؛ دون غيرها^{٤٩}.

المبحث الثاني: مظاهر العبء الإجرائي في التقاضي المدني

لا يمكن أن يتخذ العبء الإجرائي مظهراً واحداً أو حتى شكلاً واحداً، بل له الكثير من الأشكال والكثير من المظاهر، وهذا إن دلَّ على شيءٍ فإنه يدلُّ على عظيم دوره في الخصومة القضائية، فهو يُثقل كاهل الخصم، ويتحمَّل به القاضي ومَن في حكمه أحياناً، بل هو يتوزَّع في القوانين كافة، بل ويشمل الأعراف كذلك.

ولغرض بيان مظاهر العبء الإجرائي في التقاضي المدني سننقسمُ هذا المبحث على مطلبين؛ نبحثُ في المطلب الأوَّل منهما الأعباء الإجرائية المُلقاة على عاتق الخصوم، ونُخصِّصُ ثانيهما لبحث الأعباء الإجرائية المُلقاة على عاتق القاضي.

المطلب الأوَّل: الأعباء الإجرائية المُلقاة على عاتق الخصوم

بدءاً فإنَّ على كل من المدعي والمدعى عليه مجموعة من الأعباء والواجبات ولهم مجموعة من المكنات أو الحقوق؛ فالعبء لا يكون على الخصم في مواجهة الخصم الآخر^{٥٠}؛ بل على عاتق كل منهما في مواجهة السلطة القضائية، ولو أهمل الخصم ذلك؛ في إطار الأعباء الإجرائية فلا أثر قانوني يترتب على عاتق أيٍّ منهما.

وعلى هذا الأساس؛ سننقسمُ هذا المطلب على فرعين؛ نتناولُ في أولهما الأعباء الإجرائية في القانون الإجرائي، ونُخصِّصُ ثانيهما لبيان الأعباء الإجرائية في القانون الموضوعي.

الفرع الأوَّل: الأعباء الإجرائية في القانون الإجرائي

إنَّ بيان الأعباء الإجرائية في مجال القانون الإجرائي تحتاجُ الكثير من البحث والتفصيل، لهذا لا مناص من ضرورة التمثيل لا الحصر لتلك الأعباء؛ وإذا ما أُريد بيان تلك الأعباء فإنَّ الأنسب تقسيمها على فقرات وكما يلي:

أولاً: تكاليف التقاضي: إنَّ المدعي إن كان غير قادر على أداء التكاليف المالية المترتبة على إقامة الدعوى وغيرها من المصاريف الضرورية للتقاضي فإنَّ ذلك يُعدُّ من الأعباء المفروضة على المدعي، وإنَّ عدم قدرة المدعي على تهيئة رسوم ومصاريف الدعوى لا يقود في نهاية المطاف إلى سقوط حقه أو ردِّ الدعوى من قبل المحكمة لعدم ملاءته المالية بل يُصار إلى تطبيق أحكام المعونة القضائية^{٥١}، والقول بخلاف ذلك يُمكن المدعي من الطعن بقرار القاضي بردِّ الدعوى - مثلاً - ويحقُّ له النعي على القرار المذكور إخلاله بحق التقاضي وإرهاقه بقيود لا يقتضيها تنظيمه، فضلاً على هذا نجد أنَّ القاضي - لو فعلَ هذا - قد افتتت على مبدأ سيادة القانون؛ والذي يُعدُّ في الوقت نفسه عدواناً على حق التقاضي وجزاءً على ممارسة حق التقاضي؛ ويكونُ سبباً في عزوفهم عن أخذ حقوقهم بالتقاضي^{٥٢}، بل يُخالف في هذا مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء التي تمنع تقاضي رسوم من المتقاضين؛ وتجعلُ رزق القضاة على بيت مال المسلمين.



ثانياً: انتقال القاضي للمعاينة^{٥٣}: يتحمل المدعي عبء تكاليف انتقال المحكمة أو أحد أعضائها أو القاضي المنفرد لغرض استكمال يقينها القانوني بصدد الدعوى المعروضة عليها؛ كما لو كان يجب على المدعي إبرام عقد نقل مع سيارة أجرة (TAXI) لهذا الغرض، ولا شك أنّ هذا الأمر يُكلّفه أعباء مالية قد لا يقوى عليها، كما لو كانت المحكمة مُشكّلة من هيئة، من عدة قضاة، فضلاً عن كوادرات الحماية المُخصصة لهم، مما يُثقل كاهل المدعي ويُحمّله ما لا طاقة له، لهذا فمن الجائز قانوناً الامتناع عن دفعها، ولا يؤدي ذلك إلى ردّ دعواه أو سقوط الحق في الدعوى، ثمّ أن الانتقال للمعاينة من الأمور الجوازية للمحكمة، ولها القيام به من تلقاء نفسها وعلى نفقتها^{٥٤}.

ثانياً: عدم حتمية الحضور أمام القضاء المدني: يرى جانباً في فقه القانون الإجرائي أنّ حضور الخصوم أطراف الدعوى المدنية مجرد عبء إجرائي يقع على عاتقهم؛ وأنّ القانون إنّما يُقرر هذا العبء رعاية لمصلحتهم؛ وتمكيناً لهم من ممارسة حقوق الدفاع، وكل ما يترتّب على غيابهم عن حضور الجلسة المحددة لنظر الدعوى هو فوات فرصتهم في الدفاع عن أنفسهم، ورعاية مصالحهم.

ولكن القضاء يرفض هذا الرأي ويعتبر حضور الخصوم جلسات المحكمة واجباً إجرائياً، وليس عبئاً إجرائياً، فالقضاء المصري مثلاً يقرر - حتى ولو تصالح الخصوم أطراف الدعوى المدنية - ولم يحضرا جلسات المحكمة فإنّ رسم الدعوى يستحق ولكن تسامحاً من المشرّع يلزم الخصم بدفع ربع رسم الدعوى القضائية بل كله وفقاً لفلسفة المشرّع المصري في قانون المرافعات المدنية والتجارية النافذ^{٥٥}.

وهذا الرأي الذي يرى أنّ حضور الخصوم جلسات المحكمة عبء إجرائي دون أن يترتّب على الإهمال فيه أثر إجرائي؛ يستقيم والنظرة القديمة للخصومة المدنية على أنّها تنظيمياً يهدف إلى حماية الحقوق الخاصة للخصوم، ويتفق مع مبدأ الخصومة^{٥٦} ملك الخصوم، ولا يستقيم مع التطور الذي لحق بالتشريعات الحديثة التي عمّلت على تلافي المساوئ التي ترتبت على الأخذ بالمبدأ المذكور؛ ولهذا رتب القانون أثراً على عدم الحضور في جلسات الدعوى المدنية^{٥٧}.

الفرع الثاني: الأعباء الإجرائية في القانون الموضوعي

ويمكن بيان الأعباء الإجرائية في القانون الموضوعي، كقانون الأحوال الشخصية، القانون المدني والقانون التجاري من خلال التقسيم الآتي:

أولاً: في قانون الأحوال الشخصية: ويمكن التمثيل للأعباء الإجرائية في إطار قوانين الأسرة من خلال النحو الآتي:

١. **عبء إثبات المهر:** على الزوجة إن ادعت أنّ ثمة زيادة على المهر أنّ تُثبت هذه الزيادة؛ فهنا يقع العبء الإجرائي عليها، وهي إن رامت الحصول على هذه الزيادة فالبينة عليها، ولكن إن فشلت في هذا فمن الأفضل عدم رفع الدعوى، لأنّ مصيرها الرد؛ وهذا لا يعتبر جزءاً إجرائياً من الأساس لأنّ الدعوى لم تُقبل لفقدان شرط من شروط رفعها^{٥٨}، وعلى المحكمة أن تُكلّف المدعية بإثبات مقدار ما تدعيه من الزيادة قبل سماع شهود الزوج الذي يدعي تسمية مهر أقل كبيّنة مُعاكسة^{٥٩}. وفي بعض الأحيان حتى لو لم تستطع المدعية

إثبات هذه الزيادة؛ فالعبء الإيجابي لا يؤدي إلى سقوط حقها في الزيادة فيما لو لم تستطع على إثباته؛ بل أن القانون ٦٠ والشريعة الإسلامية ٦١ يعتد بالظاهر ومتى ما حازت هذا الظاهر فيجب أن تكون دعوتها مُجابهة.

٢. **عبء إثبات غصب أثاث الزوجية:** بقدرة القانون؛ يصبح المدعي عليه هو المُتحمّل بعبء الإثبات؛ فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق بأن الزوجة (المدعية) إذا ادعت أن زوجها المدعي عليه قد غصب أثاث الزوجية عندما تركت دار الزوجية، فإن الزوج هو المكلف بإثبات أنها قد أخذت معها أثاث الزوجية عند خروجها من دار الزوجية؛ عملاً بحكم المادتين (٢/٧) و(٨) من قانون الإثبات العراقي النافذ ٦٢، ومن هذه وتلك يتضح أن العبء الإيجابي يُمكن أن ينتقل من المدعي إلى المدعي عليه خلافاً للقاعدة العامة في الإثبات القاضية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

٣. **عبء إثبات النفقة:** وللمحكوم له بالنفقة حتى يستحق النفقة أن يُثبت حالة الفقر؛ لأن الأصل في الإنسان الفقر؛ وعلى هذا يبقى الحكم في أدراج المحكمة حتى يتم إثبات حالة الفقر إن لم يتم إثباتها ابتداءً، فهذا العبء الإيجابي لا يؤثر في الحكم من حيث إصداره، ولكنه يؤثر على استحصال المبلغ المحكوم به ٦٣.

٤. **عبء إثبات الطلاق:** فمن الأعباء الإجرائية وجوب إثبات الضرر الواقع على الزوجة عندما يتزوج الزوج عليها بامرأة أخرى حتى يتحقق الضرر الموجب للتفريق بينها وبين زوجها، فلو لم تستطع الإثبات لا يُلزمها القانون بجزء، لأن العبء الإيجابي هنا مقرر لمصلحتها ٦٤. والشيء نفسه فيما لو أراد الزوج التفريق بسبب عدم بكاره الزوجة؛ فعليه العبء الإيجابي بالإثبات ٦٥.

ثانياً: في مجال القانون المدني: فعلى سبيل المثال لو أراد المشتري الادعاء أمام القضاء بأن المبيع به عيب خفي؛ فعليه الإثبات حتى يتسنى قبول دعواه، فهذا العبء يتوقف عليه مصير الدعوى من حيث القبول والرد بل ومن حيث وجود العيب من عدمه؛ ولكن القانون لا يُجبره على الإثبات، فلو لم يثبت ذلك فلا داعي من رفع الدعوى أصلاً لأن مصيرها محتوم بالرد.

وكذلك الحال بالنسبة إلى السبب الأجنبي؛ فلو أثبت المدعي وجود الضرر بإقامة البينة عليه، يكون قد حقق متطلبات القانون الرامية إلى اشتراط الإثبات غير أن انقطاع علاقة السببية بالسبب الأجنبي يحول دون قبولها؛ فمع كونه قد أثبت هذا العبء غير أن القانون تسامح مع محدث الضرر فقرر عدم مسؤوليته عما أصابه ٦٦.

ثالثاً: في القانون التجاري: فعلى سبيل المثال في عقود CIF^{٦٧} نجد أن اتفاقية روتردام قد ألقت العبء الإيجابي على من يدعي إعفائه من المسؤولية، حيث يتعين عليه إثبات ذلك شرط أن تكون مسؤولية الشاحن الذي يدعي إعفاء نفسه كلياً أو جزئياً من المسؤولية أي أن تكون المسؤولية على أساس الخطأ، وعلى هذا إذا كانت مسؤولية الشاحن قائمة على الحالات التي تكون فيها مسؤوليته مشددة لا يستطيع الادعاء بإعفاء نفسه من المسؤولية كما هو عليه الحال بخصوص مسؤولية الشاحن في المادة (٢/٣١) والمادة (٣٢) من قواعد روتردام لسنة ٢٠٠٨. ونفس الشيء بالنسبة إلى عبء إثبات صفة التاجر في سوح المحاكم^{٦٨}، وعبء إثبات احتراف الزوجة الأجنبية للتجارة^{٦٩}.



المطلب الثاني: الأعباء الإجرائية الملقاة على عاتق القاضي

ولغرض بيان الأعباء الإجرائية الملقاة على عاتق القاضي؛ فإنَّ الأمر يستلزم تقسيم هذا المطلب على فرعين؛ نُخصِّصُ أولهما لبيان الأعباء المُتعلِّقة بالقاضي نفسه ومَن في حكمه، وفي الثاني نتوقفُ مع الأعباء المُتعلِّقة بالدعوى.

الفرع الأوَّل: الأعباء الإجرائية المُتعلِّقة بالقاضي نفسه ومن في حكمه

وإذا ما أُريد بيان الأعباء الإجرائية المتعلقة بالقاضي نفسه ومَن في حكمه؛ فإنَّ الأنسب توزيع الحديث على فقرات؛ وكما هو آتٍ:

أولاً: في مجال التقاضي العام: يجب على القاضي ما يلي:

١. دراسة إضبارة الدعوى: من الأعباء الملقاة على عاتق القاضي أن يقوم بدراسة إضبارة الدعوى في موعد سابق على جلسة التدقيق ليقرر في الجلسة الحالية اتخاذ ما يراه مناسباً من قرارات تمهيدية تأتي سابقة على صدور الحكم في موضوع الدعوى؛ وهذا واجبٌ عامٌ من واجباته، فإذا لم يقدِّم القاضي بدراسة القضية قبل موعد المرافعة المخصصة (وهذا عرفٌ من أعراف القضاء العراقي) - بتعبير الفقه - قام بتأجيلها مرة ثانية لنفس الغرض، وهو غرض التدقيق، سواء أكان هنالك واقعة قد استجدت لغرض التدقيق أم لمجرد إهماله في قيامه بتدقيق الإضبارة في الجلسة السابقة التي نساها أو نسي القيام بما يجب عليه وفقاً للعبء الإجرائي المفروض عليه، وهو بِكُلِّ تأكيدٍ معدوم الأثر القانوني المباشر^{٧٠}.

وذهب اتجاهٌ في الفقه الإجرائي يناقض ما ذهب إليه الاتجاه الأول؛ فيرى أنَّ الالتزام بتسبيب العمل القضائي تسبباً كافياً ومنطقياً من شأنه أن يدفع القاضي إلى الاعتناء بحكمه وتدقيق رأيه التدقيق القانوني الكافي؛ وأن يُحسِّن دراسة الدعوى بما تتضمنه من وقائع ومستندات وأدلة ثبوت، لكيلا يكون حكمه غير مقنع للخصوم ومَن يطلع عليه، وحتى يكون بمركز قوة أمام المحاكم العليا عند الطعن به، وهو ما يستحيل في نهاية المطاف إلى تقوية الحكم القضائي ويزحزح عنه الأخطاء^{٧١}.

٢. عدم حضور القاضي في اليوم المخصص للمرافعة: لم ينصَّ القانون على أثر يترتب فيما لو لم يحضر القاضي إلى جلسة المرافعة في اليوم المخصص للنظر فيها من قبله، ولاحظنا فراغاً تشريعياً في مسألة تعيُّب أحد أعضاء الهيئة القضائية أو القاضي المنفرد عن جلسة المرافعة؛ ولاسيما جلسة النطق بالحكم، فلم نجدُ بصددها حلولاً إجرائياً على عكس بعض القوانين العربية التي قدّمت حلولاً بديلة عند عدم حضور أحد أعضاء الهيئة القضائية سواءً قبل انعقاد الجلسة أو أثناء المفاوضة أو عند النطق بالحكم، وذلك بأن مكنَّت تقادياً لعدم انعقاد الجلسة على مستوى محاكم الـبداءة من تعويض رئيس المحكمة بقاضٍ، وكذلك على مستوى محاكم الاستئناف بأن مكنَّت من تعويض الرئيس بمُستشار وتعويض المُستشارين بقاضيين اثنين من الصنف الأوَّل^{٧٢}، وكما أنَّه عند تعذُّر حضور

أحد القضاة لمانع شرعي بجلسة النطق بالحكم فإنه يقع النطق بالحكم بمحضر القاضيين الباقيين، أمّا إذا لم يمضِ القاضي المتغيّب قرار الحكم أو كان السبب المانع يتعلّق بزوال صفته فإنه يتعيّن إعادة الترافع في الدعوى ٧٣.

ثانياً: في مجال القضاء الخاص وبالنسبة إلى الوساطة^{٧٤} الإجرائية: ابتداءً إذا عُين الوسيط أو المحكّم أو الموقّق للفصل في منازعة بين طرفين فإنّ الواجب عليهم إيجاد حلّ للمنازعة وإنّ تعذّر عليهم ذلك؛ فلا يُمكن مساءلتهم عن هذا الأمر، وهذا الأمر ينطبق عليه الوصف الذي يسري على الأعباء الإجرائية؛ وهو انعدام الأثر.

عليه؛ إذا اتفق الخصوم عند إبرامهم اتفاقاً تجارياً أو اتفاقاً ناقلاً لملكية مواد معينة، أو منشئاً لالتزامات فيما بينهم، على وضع شروط مسبقة بشأن اللجوء إلى الوساطة ومدتها، وشخص الوسيط ومهامه، والأثر المترتب على عدم اللجوء إليها، فكيف يُمكن تصور الطبيعة القانونية للأثار المترتبة على هذه الوساطة اتفاقية المصدر فهل تعد هذه الشروط واجبات عامة أم أعباء إجرائية على عاتقهم أم هي التزامات شخصية تُعامل كمعاملة أية التزام مالي آخر في ذمتهم؟

تجيب المادة (١٣) من قانون الأونسيترال النموذجي للوساطة التجارية الدولية لعام ٢٠٠٢ على هذا السؤال بنصّها: "حيثما يكون الطرفان قد اتفقا على التوفيق، وتعهدا صراحةً بأن لا يستهلا في غضون مدة زمنية معينة، أو إلى حين وقوع حدث معين، اللجوء إلى إجراءات تحكيمية أو قضائية فيما يتعلّق بنزاع مالي أو مستقبلي، فإنّ هيئة التحكيم أو المحكمة تأخذ ذلك بنظر الاعتبار، وتمثّل لأحكامه، إلا بالقدر الذي يراه أحد الطرفين ضرورياً للمحافظة على حقوقه. ولا يُعد الاتفاق على ذلك في حد ذاته عدولاً عن اتفاق التوفيق أو (الوساطة) أو إنهاءً لإجراءاتها فيما بينهم"، فالشروط الواردة في اتفاق التوفيق أو الوساطة لا تخضع لمبدأ سلطان الإرادة على الدوام، ولا يمكن استبعاد آثارها دائماً، فهي وإن كانت تبدو وسطاً بين الاتفاق بمظهره الخارجي، وبين الأعباء المكونة لها بدهاءة إلا أنّ لها طبيعة قانونية واحدة وهي الطبيعة الاتفاقية؛ مالم يُخالف هذا الاتفاق أحكام النظام العام، ولكن فيما لو قُدر وجاء الحرمان بقصد الوصول إلى نتيجة مُحتملة من اللجوء إلى التحكيم فيكون هذا الشرط صحيحاً ومعتبراً إذا كان محدداً بمدة، وبالنتيجة لذلك فإنّ المحكمة أو هيئة التحكيم لا تسمع الدعوى المرفوعة إليها إن كان بين الخصوم اتفاق يتضمّن اللجوء إلى الوساطة إذا كانت محددة بمدة^{٧٥}.

ومن الأعباء الإجرائية التي تفرض على المتنازعين في مجال الوساطة؛ عبء الاتفاق على تحديد إجراءات التوفيق، وعبء إجراءات الاتصالات والمداولات بين الأطراف المتنازعة، وعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالمعلومات المتبادلة بين الخصوم، وهذه الأعباء مرنة من حيث التحوّل من خانة الأعباء الإجرائية إلى الواجبات الإجرائية، والعكس صحيح، كإفشاء السرّ المتعلّق بالمعلومات المتبادلة بين الخصوم يتحوّل من عبء إجرائي إلى وجب إجرائي^{٧٦}.



الفرع الثاني: الأعباء الإجرائية المتعلقة بالدعوى

وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية العراقية^{٧٧} فإن طلب الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي يُقدّم إلى محكمة التمييز التي تُعدّ محكمة قانون لا محكمة واقع، وهي أعلى سلطة قضائية في الجمهورية^{٧٨} وتمارس اختصاص الرقابة على جميع المحاكم والنظر في الطعون التي تقع على قرارات محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية؛ كما أنّ محكمة التمييز تنظر بدعوى محكمة البداية بدرجة أولى دون استئنافها وأحكام محاكم الأحوال الشخصية وأحكام محاكم العمل والشكوى من القضاة وقضايا أخرى تنص عليها القوانين الخاصة.

وبالتالي فإنّ القرارات التي تصدر عن محكمة التمييز باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل أو إلى محكمة الموضوع التي أصدرت القرار وهنا يؤشّر من قبل القاضي للرسم، ومن ثمّ على قلم المحكمة إرسال الطعن وأوراقه وملف الدعوى أو إضارة الدعوى إلى محكمة الطعن خلال اليوم التالي على الأقل، وهذا هو موقف التشريع المصري^{٧٩}، أمّا المُشرّع العراقي فقد أشار إلى نفس الإجراء ولكنه أغفل النصّ على الجزاء الذي يقع على المحكمة فيما لو أغفلت تحديد مدة لغرض الإرسال أو لم تُرسل إلى محكمة الطعن، وهذا يعني أنّ هذا الإجراء لا يُعدّ واجباً قضائياً بل هو عبء إجرائي مُجرّد من الأثر^{٨٠}.

ونعتقد أنّ ذلك يصبّ في خانة المرونة الإجرائية؛ فقد يُحيل القانون إلى قانون آخر لتسري أحكامه على وقائعه، ويراد بالمرونة الإجرائية انطلاق فلسفة القانون الإجرائي من فكرة مؤداها أنّ هذا القانون إنّما هو قانونٌ وسيلي؛ يعمل على معالجة ما يعترض التطبيق التلقائي لقواعد القوانين الموضوعية من عوائق؛ وتذليل هذه العوائق بأيسر الطرُق من خلال منهج إجرائي يسير، ولقد وُلدَ من رحم هذه الفكرة العديد من المبادئ الإجرائية التي رسمت طريقها في قوانين المرافعات؛ منها وسيليه الأشكال^{٨١}.

نعتمد أنّ المرونة الإجرائية هي السبب البين للرؤية التي تعتقد أنّ العبء الإجرائي مُجرّد من الأثر القانوني فيما لو تمّت مخالفته؛ طالما أنّه يحقق مصالح أطراف أو أشخاص التقاضي، فضلاً عن هذا فإنّ بعض المواطن كان المُشرّع فيها مرناً لدرجة تمكينه أطراف الدعوى بإثبات دعواهم بكافة طرُق الإثبات- لاسيما في الوقائع المادية.

الخاتمة

وفي نهاية بحثنا هذا نودّ أن نورد جملةً من المقترحات والنتائج، وذلك على فقرتين مستقلتين؛ نُخصّص الأولى منهما لبيان النتائج، وفي الثانية نتناول المقترحات، وكما يلي:

أولاً: النتائج: ويمكن إجمالها كما يلي:

١. لا يختصّ العبء الإجرائي بخصم دون الآخر، ولا بقانون دون الآخر، بل هو عبء عامّ يتناول جميع أشخاص الخصومة، ويستقي أحكامه من أكثر من قانون، موضوعي وإجرائي، بل وله أكثر من مصدر قانوني واتفاقي وعرفي.

٢. لاحظنا أنّ العبء الإجرائي لا أثر قانوني أو جزاء قانوني يترتب على من يقوم أو يمتنع عن القيام به، ولكن لو تمّ الاتفاق على القيام به من قبل الوسيط وأخلّ الأخير مثلاً بهذا العبء فهو يرتقي إلى مرتبة أعلى، وهي مرتبة الواجب الإجرائي، وفي هذه الحالة يُسأل، وقد يرتقي إلى مرتبة أعلى وهي مرتبة الخطأ التقصيري الذي لا ينتفي إلا بقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.
٣. إنّ العبء الإجرائي من حيث الأصل وصفه القانوني المناسب هو مكنة؛ وهي دون الحق وفوق الرخصة، وهذا تبرير عدم ترتب أثر قانوني على مخالفته على نحو عام.
٤. لاحظنا تحوّل العبء الإجرائي إلى واجب إجرائي، متى ما توافرت شروط معينة، وتصحّ هذه الفرضية في التقاضي الخاص أكثر منها في التقاضي العام.
٥. لاحظنا علاقة العموم والخصوص بين الواجب الإجرائي والحق الإجرائي حيث يُعدّ العبء الإجرائي هو الأكثر عمومية منهما، وبالتالي فإنّ الأخير يستوعب "عموم استغراقي" الواجب والحق، فبعضاً من الأعباء هي واجبات إجرائية بمعناها العام، والأخيرة قد تتحوّل أعباء بالاتفاق أو الأعراف.
٦. وللعبء الإجرائي في مجال التقاضي المدني بشقيه العام والخاص مظاهرٌ منها مُلقاة على عاتق الخصوم، ومنها ما هو ملقى على عاتق القاضي، وبمختلف القوانين الموضوعية والإجرائية، منها مثلاً انتقال القاضي للمعاينة فمصاريق الانتقال تقع على عاتق المدعي بدرجة أساس. وكذلك عبء قراءة إضارة الدعوى الملقى على عاتق القاضي، وغيرها.
- ثانياً: المقترحات:** ويمكن إجمالها كما يلي:

١. نقترح النصّ صراحة على الأعباء والواجبات الإجرائية في متن أي من القوانين الإجرائية وليكن بالصيغة الآتية: "لا يجوز مخالفة أي من الواجبات والأعباء الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون أو في أي قانون آخر بمناسبة إجراءات الدعوى القضائية ويلزم المخالف بدفع غرامة إجرائية تحددها المحكمة".
٢. نقترح وضع معيار تشريعي فاصل بين العبء الإجرائي والواجب الإجرائي يحسم موضوع الجدل الذي يرافق المفهومين ما إن تم ذكرهما. وليصاغ مثلاً كما يلي: "العبرة في التمييز بين الواجب والعبء في مجال الإجراءات القضائية هو المصلحة الذاتية، فلو تعلّق أيٌّ منهما بالمصلحة الذاتية للخصوم فإنّه عبء إجرائي ويتبع بشأنه أولاً ما هو متفق عليه بين الخصوم، وعند عدم وجود الاتفاق يتبع العرف القضائي وإلا فيجب اتباع ما يقرره المشرّع أو القاضي عند عدم النص".



- (^١) العبء لغة: الثقل والحمل، من أي شيء كان. لاحظ: أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر، تهذيب اللغة، ج ٢، ط ١، تحقيق: د. أحمد عبدالرحمن مخيمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٤٢٦.
- (^٢) الإجراء في اللغة: التدبير والمعاملة، يقال: "دائرة الإجراء" في لغة المحاكم أي دائرة التنفيذ التي تختص بتنفيذ الأحكام الصالحة للتنفيذ، أي الأحكام القضائية الباتة. لاحظ: مسعود جبران، معجم الرائد، ط ٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٩٢، ص ٢٢.
- (^٣) كقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، وقانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠، وقانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١. والقانون الإجرائي نجد صورته العامة أو أن الشريعة العامة للإجراءات في القوانين العراقية نجدها في القانون المذكور؛ ولهذا القول أساس من التشريع؛ لاحظ في هذا: المادة (٢/رابعاً/ب) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل، والمادة (١٩) والمادة (٨١) من قانون مجلس الشورى في إقليم كردستان- العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨، والمادتان (١٨٦ و ١٩٠/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
- (^٤) حيدر صلاح كاطع، فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون/ جامعة القادسية، ٢٠٢٣، ص ٢٦. الهامش رقم (٨).
- (^٥) لاحظ في هذا المعنى: د. محمد وحيد دحام، الإثبات بشهادة الشهود، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥، ص ١١١.
- (^٦) لاحظ: د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية (دراسة مقارنة)، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ٧٦.
- (^٧) لاحظ في هذا المعنى: إدوارد غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١، ص ٣١٢ والتي تليها.
- (^٨) راجع في حيثيات الدعوى: Jeffrey Toobin, the people v. o. j. simpson, 1ed, random house, u. k., 2016.
- (^٩) لاحظ: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، ط ٣، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١، ص ١٣.
- (^{١٠}) حصر المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ أدلة الإثبات ورتبها من الأقوى إلى الأضعف فابتدأ بالدليل الكتابي وانتهى بالمعينة.
- (^{١١}) يقصد بالخصومة: "مجموع الاعمال الإجرائية الصادرة من الخصوم والقاضي وأعوانه والغير والتي تكون وسطاً إجرائياً يكون بمثابة الإطار العام يحيا بداخله مشروع القرار القضائي والذي يسمى حكماً والذي سوف يصدر في نهاية الخصومة منهيماً إياها". لاحظ: د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات المدنية، ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٣٥١.
- (^{١٢}) أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الالتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزاعات المدنية والتجارية، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص ١٨٧ والتي تليها.

(^{١٣}) قيلت العديد من التعاريف في تعريف الواجب فقهاً وأعجبني ما أورده د. محمد سليمان الأحمد فيؤيد من يعرف الواجب على أنه: "حالة خضوع يوجد فيها شخص ملتزم بمسلك معين فرضه القانون عليه. لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧، ص٥٧٦. وهو ينقله عن: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام طبقاً للقانون الكويتي، ج١، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢، ص٤٢. ولقد عرفه مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٥ في المادة (١٠٩) على أنه: "سلوك يحتمه القانون تحقيقاً لمصلحة اجتماعية".

(^{١٤}) د. إبياد ثامر نايف الدليمي، الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية (دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص٤٦.

(^{١٥}) ديمن يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكالياتها في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص٣٧.

(^{١٦}) د. علاء زكي مرسي، سلطات النيابة العامة ومأموري الضبط القضائي في قانون الإجراءات الجنائية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤، ص١٨٢.

(^{١٧}) علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار البشائر الإسلامية، من دون مكان نشر، ٢٠٠٢، ص٢٨.

(^{١٨}) والشيء نفسه يُقال بالنسبة إلى المُحكّم فهو في موضع تقاضي خاص، ويلتزم بالعديد من الالتزامات أو الواجبات الإجرائية منها مبدأ حياد المحكم، فعملية اختيار المحكم من العمليات المهمة جداً والتي تسبق البدء بإجراءات التحكيم، لأنّ المحكم إن هو إلا العامل الأساس للسير في إجراءات المرافعة التحكيمية بين الخصوم، ويقصد به: "الشخص الذي اتفق الخصوم على إحالة النزاع القائم بينهم إليه للفصل به دون المحكمة المختصة". لاحظ: أ. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٠٨. ويقصد بحياد المحكم عدم انحيازه إلى أحد أطراف النزاع أو وقوفه ضد أحدهم لأسباب خاصة أو شخصية. لاحظ: أ. أسعد فاضل منديل، حيدر صلاح كاطع، الجوانب القانونية لمبدأ حياد المحكم (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١١)، عدد خاص بوقائع المؤتمر الدولي السابع للقضايا القانونية، للفترة (٢٢ و٢٣/١٢/٢٠٢٢)، ص٨٨.

(^{١٩}) لاحظ في هذا المعنى: د. محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون القضاء المدني، نشر خاص، مصر ١٩٨١، ص٢٠.

(^{٢٠}) لاحظ المادة (٨) من قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦.

(^{٢١}) لقد توصلنا إلى عدّ العبء مكنة بعد الخلو من كتابة المبحث الأول من هذا المطلب.

(^{٢٢}) يقصد بالعمل الاجرائي: "الأعمال التي يرتب القانون عليها مباشرة إنشاء أو تطوير أو تعديل أو إنهاء للخصومة كرابطة قانونية". لاحظ: د. محمد يحيى احمد عطية، د. إبراهيم حمدان احمد محمد، مقتضيات صحة العمل الاجرائي في القانون المصري والاماراتي وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية وأحكام المحاكم العليا (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة المجلة القانونية، المجلد (١٥)، العدد (٥)، ٢٠٢٣، ص١١٦١.

(^{٢٣}) لاحظ المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي النافذ.



(^{٢٤}) د. جمال أحمد هيكل، الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤، ص ٨٨.

(^{٢٥}) لاحظ: تشريع القانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢ الذي جاء في المادة (٢/١٥٩) منه ما يلي: "القانون الروماني هو الذي حدد أيضاً ما إذا كان مشكلة معينة من القانون الإجرائي أم من القانون الموضوعي".

(^{٢٦}) الطبيعة القانونية تعني: "اخضاع الواقعة لتنظيم قانوني معين". يُنظر: عواد حسين ياسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩، ص ٨٦.

(^{٢٧}) هناك من يقدّمها سلطنة أي أعمال القدرة. يُنظر: د. باسم علوان العقابي، ماهر محسن عبود الخيكاني، نطاق خيار التأخير (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد (٣٥)، من دون مجلد، ٢٠١٧، ص ٩٢٠.

(^{٢٨}) عرّف الحق بأنه: "استثثار بشيء أو بقيمة استثثاراً يحميها القانون". يُنظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، من دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، من دون سنة نشر، ص ١٧٤. هذا وبرزت عدة نظريات تولّت تعريف الحق ولا يسع المقام لذكرها. يُنظر بشأنها: د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، ج ٢، نظرية الحق، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ١٢ وما بعدها. وبصدد موقف الفقه الإسلامي، يُنظر: د. محمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، من دون طبعة، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠، ص ١١٠. أبو العباس احمد بن محمد بن عمر، حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي، تحقيق وضبط: خالد عبد الغني محفوظ، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٧.

(^{٢٩}) عبد الله عبد الله محمد العلفي، احكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/ كلية الحقوق، ١٩٨٨، ص ٢٩. د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون (المدخل إلى القانون - نظرية الالتزامات)، من دون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص ١٢٢.

(^{٣٠}) يُعرّف الحق الشخصي بأنه: "رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يلتزم المدين بمقتضاها أن يعطي الدائن شيئاً أو يقوم له بعمل أو يمتنع عن عمل من أجله". يُنظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ج ١، ط ٦، تنقيح: د. حبيب إبراهيم الخليلي، من دون دار نشر، مصر، ١٩٨٧، ص ٥٨٥، هامش رقم (٤٠). مصطفى احمد الزرقا، محاضرات في القانون المدني السوري، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٤، ص ١٨. كما عرفته المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٨) من القانون المدني الأردني، ولم يُعرف تشريعياً من قبل التقنين المدني الفرنسي والمصري.

(^{٣١}) يُعرّف الحق العيني بأنه: "الحق الذي يرد على شيء مادي ويخوّل صاحبه سلطة مباشرة على هذا الشيء تسمح له بالاستثثار بقيمة مالية فيه". يُنظر: د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥، ص ٣٩٠.

(^{٣٢}) كالحنفية الذين يقرون بشخصية هذا التجويز. يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢٦٨. ومنهم من يرى اقتراب التجويز الفقهي من الحق العيني من حيث كونه يرد على محل العقد. يُنظر: عبد الله عبد الله محمد العلفي، المصدر السابق، ص ٣١.

(٣٣) الرخصة هي "مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة". يُنظر: د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ١، ط ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧، ص ٩. وتسمى "إجازة القانون". يُنظر: محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية (النظرية العامة للإباحة واستعمال الحق)، من دون طبعة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٦٢، ص ٥٨.

(٣٤) عبد الرحمن نور الدين أدهم، الخيارات الارادية في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢٠، ص ٢٤.

(٣٥) ويمثلون لذلك بالرخصة الممنوحة للموصى له فله رفضها أو قبولها. يُنظر: د. عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، من دون طبعة، مطبعة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٨١، ص ٢٢.

(٣٦) د. درع حماد الدليمي، انتهاء العقد غير المحدد المدة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠١٢، ص ٧.

(٣٧) شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي القرافي، الفروق ادرار الشروق على انواع الفروق لابن الشاط وتهديب الفروق للمكي، ج ٣، تحقيق: خليل المنصور، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٣٨.

(٣٨) وتعرف بأنها: "قدرة الشخص بناءً على مركز قانوني خاص على أن يحدث بإرادته وحدها أثراً قانونياً. يُنظر: ثارم محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، من دون طبعة، مطابع شتات ودار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ١٠٠. ويسمى الفقه القانوني "منزلة وسطى بين الحق والرخصة"، ينظر: د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، من دون طبعة، جامعة الامارات العربية المتحدة/ كلية الشريعة والقانون، الامارات، ١٩٨٨، ص ١٣٠. وهناك من يسميها حق إرادي محض وينكر عليها اسم المنزلة الوسطى. يُنظر: نور إياد حسن عبد الصاحب، انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد /كلية القانون، ٢٠١٩، ص ٢١. وهي تسمية وإن صحَّت إلا أنها لا تُعتبر تسمية متميزة عن المكنة، هذا وأنَّ الحق الارادي المحض في الفقه الفرنسي يسمى الحق الإرادي الحكري ويتبع موضوع الالتزام التخيري (خيار التعيين). يُنظر:

Pascale Lecocq, Chronique de jurisprudence en droit des biens, Anthemis, Paris, 2008, P.356.

(٣٩) ثارم محمد صالح سعيد، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٤٠) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة (دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، بحث منشور في مجلة جامعة الكويت، المجلد (١٢)، العدد (٢)، ١٩٨٨، ص ٦٠. تجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي يتم التمييز بين الحرية، والرخصة، والحق والأولى تعني من ملك أن يملك أي من ملك أن يتزوج، والثانية من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك، كحيازة الغنيمة بالنسبة إلى المجاهدين، والأخير هو من جرى له الملك كمن إشتري أرضاً. يُنظر: أبو العباس احمد بن يحيى الوئشيري التلمساني، عدة البروق في جمع ما في المذهب من المجموع والفروق في مذهب الامام مالك، تحقيق: احمد فريد المزدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٣٣٤.

(٤١) ثارم محمد صالح سعيد، مصدر سابق، ص ٨٨.



- (٤٢) د. عمار سعدون المشهداني، واجبات الخصم الإجرائية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١)، العدد (٣٩)، ٢٠٠٩، ص ٣٠.
- (٤٣) د. أكرم فاضل سعيد قصير، مصدر سابق، ص ٢٠٠ وما يليها.
- (٤٤) لاحظ المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- (٤٥) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج ٢، نظرية الحق، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٩، ص ١٠٩ وما يليها.
- (٤٦) لاحظ وبنفس المعنى: د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠١، ص ٥١٣. د. علي الحديدي، التنازل عن الأعمال والحقوق الإجرائية أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٧.
- (٤٧) د. فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٢)، العدد (٢٥)، ٢٠٠٥، ص ١٩٨.
- (٤٨) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٣، ص ٢١.
- (٤٩) يُذكر أنّ الشريعة الإسلامية السمحاء قد تطرقت بوضوح شديد لحقوق وواجبات الخصوم تجاه بعضهم البعض. للاحظ في ذلك: أ. أسعد فاضل منديل الجياشي، حق الخصومة في فكر السجاد (دراسة مقارنة بالمضامين والمفاهيم القانونية لرسالة الحقوق، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم الإنسانية، المجلد (٢٠)، العدد (١)، ٢٠١٧، ص ٧٢٥-٧٣٥.
- (٥٠) د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤، ص ٤٣ وما يليها.
- (٥١) كقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، وقانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥، وقانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١.
- (٥٢) ولهذا برزت دعوات لدى الفقه القانوني تدعو إلى إرساء معالم قاعدة تحمل كل طرف تكاليف التقاضي بالنسبة لما يُخصّه، ويترتب على هذا أنّ الدائن يدرس الوضع جيداً قبل أن يُقدم على رفع الدعوى ضد المدين بسبب إخلاله بالعقد وسوف يقبل ما يعرضه المدين عليه من تعويض في مقابل التحلل من التزاماته، إذا يقمّ الدائن ما يأخذه كتعويض وما يدفعه في عملية التقاضي، وعندئذٍ فإنّ نظام تكاليف التقاضي الموجود في القانون الأمريكي يجعل الدائن يُفضّل قبول التعويض على إقامة الدعوى في أغلب الأحيان، وهذا ما تقوله نظرية الإخلال الفعال بالعقد. لاحظ: د. علي حسين منهل، نظرية الإخلال الفعال في العقد (دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون)، ط ١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠، ص ٣٧٤.
- (٥٣) لاحظ المادة (١٥) من قانون الإثبات العراقي النافذ، والمادة (١٣٣) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨، والمادة (١٥٤) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١.
- (٥٤) د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ١٩٨٢، ص ١٣.
- (٥٥) ولأن كان من المقرر طبقاً للمادتين (٢٠/ مكرر) من قانون الرسوم القضائية رقم (٩٠) لسنة ١٩٤٤ المعدل بالقانون رقم (٦٦) لسنة ١٩٦٤، ٧١ من قانون المرافعات أنه إذا تصالح الخصوم في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وقبل بدء المرافعة ولو لم يحضرا المحكمة فلا يستحق عليها إلا ربع الرسم إلا أنه لما كان الشارع طبقاً للمادة (١٠٣) من قانون المرافعات

رسم طريقاً معيناً لحصول تصالح الخصوم بأن يلحق ما اتفقوا عليه كتابة بمحضر الجلسة ويثبت محتواه فيه وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة التي أصدرت الحكم في الدعوى الصادر فيها محل الاعتراض - فصلت في موضوع الخصومة والتفتت عن إلحاق محضر الصلح الذي قدم إليها بمحضر الجلسة واعتبرته ورقة من أوراق الدعوى فيستحق الرسم كاملاً". لاحظ: الطعن رقم (١٦٧٠ لسنة ٥٨ ق/ جلسة ١٩/٢/١٩٩٢)، نقلاً عن: د. محمد عزمي البكري، التعليق على قوانين الرسوم القضائية طبقاً لأحدث التعديلات، ط٧، دار محمود، مصر، ٢٠١٩، ص ٢٠١ وما يليها.

(٥٦) ومقتضى هذا أن القاضي يبقى مجرد دور محايد يتقيد بالدعوى كما رسمها له الخصوم، فلا يملك أن يقدم دليلاً أم أن يغير في الوقائع أو يعدل في أسبابها وليس له سلطة في توجيه الخصوم ولا يستطيع إلا أن يحكم في حدود ما طلبه الخصوم. لاحظ: د. طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ٢٠١٤، ص ٢٤.

(٥٧) لاحظ المادة (٣/٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي، والمادة (٢/٥٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادة (٤٦٨) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة ١٩٧٥.

(٥٨) لاحظ المادة (٥ / ٤٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ.

(٥٩) د. محمود شمس، مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية والسورية، ج٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩، ص ١٤٠٥ وما يليها.

(٦٠) نصت المادة (١٤٧) من القانون المدني على أنه: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر. ٢- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين".

(٦١) لاحظ آراء الفقه الإسلامي: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣، ص ٢٩٥. أبو النجا سالم بن محمد عز الدين ابن محمد المصري السنهوري، تيسير الملك الجليل لجمع الشروح وحواشي خليل، ج٤، تحقيق: عبد المحسن العتال، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٩، ص ٢٨٠. محمد بن الحسن الطوسي، كتاب المبسوط في فقه الإمامية، منشورات محمد باقر، إيران، ١٨٥٥، ص ٣٥٦ (مخطوطة).

(٦٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٢٤ م ٨٤/٨٣/٢ في ١٨/١٠/١٩٨٣، مجلة الأحكام العدلية، الأعداد (١ و٤) لسنة ١٩٨٣، ص ٧٣. نقلاً عن: د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، ٢٠١٤، ص ٧١.

(٦٣) وهذا نتيجة ميل الفقه والتشريع للمرأة فعند الخلاف العبرة بقولها. لاحظ: د. عبد الغفور محمد إسماعيل البياتي، القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨، ص ١٥٢.

(٦٤) لاحظ: الطعن رقم (٤١٨) لسنة (٧٤) قضائية، جلسة ٢٧/٥/٢٠٠٦، نقلاً عن: محمود ربيع خاطر، عادل شريف، الصيغ القانونية للدعوى والعقود، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨، ص ٣٧٩.

(٦٥) د. صلاح حمدي، د. لييب حليم، البيان في شرح قانون الإثبات، دار الأدباء، من دون مكان نشر، ١٩٨٠، ص ٣٠.



(١٦) مع هذا فإن بعض الأعباء الموضوعية يترتب عليها أثر قانوني، وهي تلك الأعباء المفروضة بمناسبة قاعدة قانونية موضوعية منصوص عليها في القانون المدني من ذلك مثلاً: الأعباء الناجمة عن حق المسيل (المادة ١٠٥٣ مدني عراقي)، وأعباء حق المرور (المادة ١٠٥٩ مدني عراقي)، وأعباء حق الارتفاق (١٢٧٦ و ١٢٧٨ و ١٢٧٩ مدني عراقي).

(١٧) ويقصد بها: "البيع التي يتفق فيها البائع (الشاحن) على تسليم بضاعة للمشتري في ميناء القيام؛ أي ميناء الشحن الذي تشحن منه البضاعة ومؤدى التسليم في ميناء القيام أن تكون تبعة هلاك البضائع أثناء النقل البحري على عاتق المشتري، إذ أن ملكية البضاعة تنتقل إلى المشتري في ميناء القيام". لاحظ: فيصل اخليف يوسف الطراونة، مسألة المسؤولية نتيجة للشاحنات الخطرة بموجب عقود CIF، ط١، دار الخليج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٢٢، ص ١٦.

(١٨) لاحظ المادة (٧) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ. والمادة (١٠) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل

(١٩) لاحظ المادة (١٤) من قانون التجارة المصري.

(٢٠) د. أكرم فاضل سعيد قصير، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٢١) علي شمران حميد الشمري، تسبيب الأعمال القضائية في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٥، ص ٥٥.

(٢٢) راجع الفصل (١٢١/٢ و ٣) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

(٢٣) راجع الفصل (٤١/٣) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.

(٢٤) يقصد بها: "احدى الوسائل البديلة لحل النزاعات ذات طبيعة رضائية يختار الأطراف بموجبها طوعاً اللجوء إليها بهدف حلّ نزاعهم دون اللجوء إلى القضاء العام وذلك من خلال اشراك طرف ثالث محايد من أصحاب الخبرة والكفاءة يسمى الوسيط الذي يتدخل بناء على إرادة الأطراف...". لاحظ: د. علي محمود رشدان، الوساطة لتسوية المنازعات بين النظرية والتطبيق، دار اليازوري العلمية، الأردن، ٢٠١٢، ص ٤٦.

(٢٥) د. أكرم فاضل سعيد قصير، مصدر سابق، ص ١٩٢-١٩٣.

(٢٦) لاحظ المادة (٨) من قانون الوساطة الأردني. وفي هذا المجال من المفيد الإشارة إلى أنّ العبء الإجرائي قد ينتقل من طرف لطرف آخر في المناسبة نفسها؛ فالأصل أن جميع الاعمال التي يقوم بها التاجر يفترض فيها أنها مرتبطة بالنشاط التجاري الأصلي وكلّ من يدعي بخلاف الأصل أن يأتي بالحجة، فلا يُطلب من التاجر إثبات هذا الارتباط بين النشاطات، بل ينقلب عبء الإثبات الإجرائي على عاتق الطرف المقابل لإثبات أنّ هذا العمل مخصص لغير النشاط التجاري. لاحظ: د. علي كحلون، الأصل التجاري، ط١، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٤، ص ١١٧.

(٢٧) لاحظ المواد (٢٠٥-٢٠٧-٢٢٢) من القانون المذكور.

(٢٨) لاحظ المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

(٢٩) لاحظ المادة (٢٥٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ.

(^{٨٠}) وإن كان من الممكن مساءلة موظفي المحكمة من الكتبة وغيرهم إن صدر منهم تقصير في إرسال الإضارة طبقاً لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل. لاحظ للمزيد: حسن منديل عبد الله السرياوي، الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعي، مصر، ٢٠١٩، ص ٢١٢ وما يليها.

(^{٨١}) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط ٣، دار الطباعة الحديثة، مصر، ص ٣٤٢.

المصادر

أولاً: المعاجم:

(١) أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر، تهذيب اللغة، ج ٢، ط ١، تحقيق: د. أحمد عبدالرحمن مخيمر، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٧.

(٢) مسعود جبران، معجم الرائد، ط ٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٩٢.

ثانياً: مراجع الفقه الإسلامي:

(١) محمد بن الحسن الطوسي، كتاب المبسوط في فقه الامامية، منشورات محمد باقر، إيران، ١٨٥٥، ص ٣٥٦ (مخطوطة).

(٢) أبو العباس احمد بن محمد بن عمر، حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي، تحقيق وضبط: خالد عبد الغني محفوظ، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣.

(٣) أبو العباس احمد بن يحيى الونشيري التلمساني، عدة البروق في جمع ما في المذهب من المجموع والفروق في مذهب الامام مالك، تحقيق: احمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥.

(٤) أبو النجا سالم بن محمد عز الدين ابن محمد المصري السنهوري، تيسير الملك الجليل لجمع الشروح وحواشي خليل، ج ٤، تحقيق: عبد المحسن العتال، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٩.

(٥) د. عبد الغفور محمد إسماعيل البياتي، القواعد الفقهية في الأحوال الشخصية، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٨.

(٦) زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج ٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

(٧) شهاب الدين احمد بن ادريس المالكي القرافي، الفروق ادرار الشروق على انواء الفروق لابن الشاط وتهذيب الفروق للمكي، ج ٣، تحقيق: خليل المنصور، من دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٩.

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٥، تحقيق: علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠.



ثالثاً: المصادر القانونية:

- ١) إدوارد غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١.
- ٢) أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- ٣) حسن منديل عبد الله السريايوي، الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي (دراسة مقارنة)، دار التعليم الجامعي، مصر، ٢٠١٩.
- ٤) د. محمود محمد هاشم، اعتبار الخصومة كأن لم تكن في قانون القضاء المدني، نشر خاص، مصر ١٩٨١.
- ٥) د. إحياد ثامر نايف الدليمي، الأساس القانوني لجزاء إبطال عريضة الدعوى المدنية (دراسة تأصيلية تحليلية تطبيقية مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.
- ٦) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، من دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، من دون سنة نشر.
- ٧) د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ١٩٨٢.
- ٨) د. جمال أحمد هيكل، الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤.
- ٩) د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الإثبات الموضوعية (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
- ١٠) د. رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، من دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٥.
- ١١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ج١، ط٦، تنقيح: د. حبيب إبراهيم الخليلي، من دون دار نشر، مصر، ١٩٨٧.
- ١٢) د. صلاح حمدي، د. لبيب حلیم، البيان في شرح قانون الإثبات، دار الأدباء، من دون مكان نشر، ١٩٨٠. فيصل اخليف يوسف الطراونة، مسألة المسؤولية نتيجة للشاحنات الخطرة بموجب عقود CIF، ط١، دار الخليج للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٢٢.
- ١٣) د. طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، ٢٠١٤.
- ١٤) د. طلعت يوسف خاطر، نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٤.
- ١٥) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، ج٢، نظرية الحق، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٩.
- ١٦) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام طبقاً للقانون الكويتي، ج١، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢.

- ١٧) د. عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، من دون طبعة، مطبعة عبدالله وهبة، مصر، ١٩٨١.
- ١٨) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، ط٣، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٨١.
- ١٩) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧.
- ٢٠) د. علاء زكي مرسي، سلطات النيابة العامة وأموري الضبط القضائي في قانون الإجراءات الجنائية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٤.
- ٢١) د. علي الحديدي، التنازل عن الأعمال والحقوق الإجرائية أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٣.
- ٢٢) د. علي حسين منهل، نظرية الإخلال الفعّال في العقد (دراسة مقارنة في ضوء التحليل الاقتصادي للقانون)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٠.
- ٢٣) د. علي كحلون، الأصل التجاري، ط١، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٤.
- ٢٤) د. علي محمود رشدان، الوساطة لتسوية المنازعات بين النظرية والتطبيق، دار اليازوري العلمية، الأردن، ٢٠١٢.
- ٢٥) د. فتحي والي، أحمد ماهر زغلول، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٣، دار الطباعة الحديثة، مصر.
- ٢٦) د. فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٣.
- ٢٧) د. محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، ج٢، نظرية الحق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
- ٢٨) د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
- ٢٩) د. محمد فاروق النبهان، الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، من دون طبعة، دار الفكر، دمشق، ١٩٧٠.
- ٣٠) د. محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، من دون طبعة، جامعة الامارات العربية المتحدة/ كلية الشريعة والقانون، الامارات، ١٩٨٨.
- ٣١) د. محمد وحيد دحام، الإثبات بشهادة الشهود، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، ٢٠١٥.
- ٣٢) د. محمود شمس، مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية والسورية، ج٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩.
- ٣٣) د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسين منصور، مبادئ القانون (المدخل إلى القانون - نظرية الالتزامات)، من دون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥.
- ٣٤) د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المحاكمات المدنية، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- ٣٥) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠١.



- ٣٦) ديمن يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكالياتها في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.
- ٣٧) علي شمران حميد الشمري، تسبب الأعمال القضائية في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٥.
- ٣٨) علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني)، دار البشائر الإسلامية، من دون مكان نشر، ٢٠٠٢.
- ٣٩) عواد حسين ياسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩.
- ٤٠) محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية (النظرية العامة للإباحة واستعمال الحق)، من دون طبعة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٦٢.
- ٤١) مصطفى احمد الزرقا، محاضرات في القانون المدني السوري، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٤.

- ٤٢) نازم محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، من دون طبعة، مطابع شتات ودار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

رابعاً: الرسائل والأطاريح الجامعية:

- ١) حيدر صلاح كاطع، فسخ العقد من غير المتعاقدين (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون/جامعة القادسية، ٢٠٢٣.
- ٢) عبد الرحمن نور الدين أدهم، الخيارات الارادية في القانون المدني العراقي، رسالة ماجستير، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠٢٠.
- ٣) عبد الله عبد الله محمد العلفي، احكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس/كلية الحقوق، ١٩٨٨.
- ٤) نور إياد حسن عبد الصاحب، انتقال الحق في الخيارات إلى الخلف (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة بغداد /كلية القانون، ٢٠١٩.

خامساً: البحوث:

- ١) أ. أسعد فاضل منديل الجياشي، حق الخصومة في فكر السجاد (دراسة مقارنة بالمضامين والمفاهيم القانونية لرسالة الحقوق، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم الإنسانية، المجلد (٢٠)، العدد (١)، ٢٠١٧.
- ٢) أ. أسعد فاضل منديل، حيدر صلاح كاطع، الجوانب القانونية لمبدأ حياد المحكم (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (١١)، عدد خاص بوقائع المؤتمر الدولي السابع للقضايا القانونية، للفترة (٢٢ و٢٣/١٢/٢٠٢٢).
- ٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة (دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، بحث منشور في مجلة جامعة الكويت، المجلد (١٢)، العدد (٢)، ١٩٨٨.

- (٤) د. باسم علوان العقابيّ، ماهر محسن عبود الخيكاني، نطاق خيار التأخير (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)، بحث منشور في مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية، العدد (٣٥)، من دون مجلد، ٢٠١٧.
- (٥) د. درع حماد الدليمي، انتهاء العقد غير المحدد المدة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، من دون مجلد، العدد (٥)، ٢٠١٢.
- (٦) د. عمار سعدون المشهداني، واجبات الخصم الإجرائية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١)، العدد (٣٩)، ٢٠٠٩.
- (٧) د. فارس علي عمر، سقوط الحق في مباشرة الإجراء القضائي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٢)، العدد (٢٥)، ٢٠٠٥.
- (٨) د. محمد يحيى احمد عطية، د. إبراهيم حمدان احمد محمد، مقتضيات صحة العمل الاجرائي في القانون المصري والاماراتي وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية وأحكام المحاكم العليا (دراسة تحليلية مقارنة)، بحث منشور في مجلة المجلة القانونية، المجلد (١٥)، العدد (٥)، ٢٠٢٣.
- سادساً: القرارات القضائية:

- (١) قرار محكمة تمييز العراق رقم (٢٤) م ٨٤/٨٣/٢ في ١٨/١٠/١٩٨٣، مجلة الأحكام العدلية، الاعداد (٤١) لسنة ١٩٨٣، ص ٧٣. نقلاً عن: د. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، شرح قواعد الاثبات الموضوعية (دراسة مقارنة)، ط ١، مكتبة القانون والاقتصاد، السعودية، ٢٠١٤.
- (٢) الطعن رقم (١٦٧٠ لسنة ٥٨ ق/ جلسة ١٩/٢/١٩٩٢)، نقلاً عن: د. محمد عزمي البكري، التعليق على قوانين الرسوم القضائية طبقاً لأحدث التعديلات، ط ٧، دار محمود، مصر، ٢٠١٩.
- (٣) الطعن رقم (٤١٨) لسنة (٧٤) قضائية، جلسة ٢٧/٥/٢٠٠٦، نقلاً عن: محمود ربيع خاطر، عادل شريف، الصيغ القانونية للدعاوى والعقود، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨.

سابعاً: القوانين:

- (١) تشريع القانون الدولي الخاص الروماني لعام ١٩٩٢.
- (٢) دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
- (٣) قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
- (٤) قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.
- (٥) قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
- (٦) قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة ١٩٧٥.
- (٧) قانون البيئات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١.
- (٨) قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ.



- ٩) قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدل.
- ١٠) قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١.
- ١١) قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.
- ١٢) قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠.
- ١٣) قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨١.
- ١٤) قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥.
- ١٥) قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ١٦) قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الأردني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦.
- ١٧) قانون مجلس الدولة العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- ١٨) مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية.
- ١٩) مجلس الشورى في إقليم كردستان - العراق رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٨.
- ٢٠) مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٥.

ثامناً: المصادر الفرنسية:

- 1) Jeffrey Toobin, the people v. o. j. simpson, 1ed, random house, u. k., 2016.
- 2) Pascale Lecocq, Chronique de jurisprudence en droit des biens, Anthemis, Paris, 2008.