الفسخ الجزئي للحكم المدني (دراسة مقارنة)

Partial annulment of a civil judgment (A comparative study)

أ.م.د. زياد محمد شحاذة الحريثي

كلية الحقوق – جامعة الموصل

alhrretey@uomosul.edu.iq

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٦/٢/١٥ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٦/٤/٢٨

الملخص:

الفسخ الجزئي هو القرار الذي تصدره محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنائية عندما يطعن امامها بالحكم الصادر من محكمة البداءة بدرجة أولى، يتناول هذا الفسخ جزء من الحكم المدني الذي خالف القانون أو ان اكمال النواقص فيه وإصلاح الخطأ أدى الى تغير نتيجة الحكم، بالتالي تتصدى محكمة الاستئناف للدعوى ولا تعيدها الى محكمة البداءة هذا الفسخ يؤدي اثار منها اثار قارة وأخرى متعدية، الاثار القاصرة التي تقتصر على الفترة الحكمية المفسوخة حيث تفقد هذه الفقرة وجودها القانوني كما تفقد قوتها التنفيذية وحجية الأمر القضى به، أما الآثار المتعدية للفسخ الجزئي فتشمل في تصدي محكمة الاستئناف لموضوع الدعوى والاثر الثاني تقوم بإلغاء جميع الآثار التي وقعت قبل الاستئناف اذ ما فسخ الحكم.

الكلمات المفتاحية: الفسخ الجزئي، الحكم المدني، الفسخ، قانون المرافعات، القانون المدني.

Abstract:

Annulment is the dispute that is involved in the court on our behalf when the ruling from the court of first instance is appealed before it. This annulment takes away part of the civil ruling that violated the law or the shortcomings in it were completed by the old excuse to change the outcome of the ruling. Then a court addresses the case and its effect does not reach the annulment court. Annulment leads to effects, including permanent effects and others that are transitive, minor effects that settled on the period of the annulled ruling where this paragraph failed. There is evidence, as well as its adequacy and the validity of the judicial order, the effects of the transitive effects, the partial philosopher, so they include in the court's response to participating in the issue of each and the second alternative effect: cancel all effects. The positive evidence did not invalidate the ruling.

Keywords: Partial rescission, civil judgment, rescission, procedural law, civil law

المقدمة

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعد:

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث: أوجد المشرع العراقي طرق الطعن في الاحكام باعتبارها حقوقاً إجرائية من صميم النظام العام، لا يمنعه الا نص صريح في القانون، على اعتبار ان القضاة بشر يجوز في حقهم الخطأ والنسيان والسهو، وهم كسائر البشر في كل مكان وزمان ويضاف الى ذلك أن المتقاضي مرتاب بطبيعته من كل الاحكام التي يصدرها القضاء هذه، وحتى يطمئن الخصوم في الدعوى على حقوقهم، قرر المشرعون في سائر الدول المتمدنة مبدأ الطعن في الاحكام التي تصدر من القضاء امام محكمة اعلى درجة لتدارك ما قد علق بتلك الاحكام من خطأ ونواقص للقيام بإكمالها واصلاحها، لذلك أجاز المشرع لمحكمة الاستئناف عندما تمارس وظيفتها يصفها الاستئنافية الحق في مراجعة الاحكام التي تصدر من محاكم البداءة وتكون تلك الاحكام خاضعة للطعن استئنافاً، ولها في سبيل ذلك فسخ الحكم البدائي ليس فقط كلياً وانما لها فسخة جزئياً اذا وجدت أن بعض فقرات هذا الحكم من مخالفة للقانون أو ان ما قامت به من اكمال وإصلاح قد اثر في نتيجة الحكم، فهي تعيد الحال الى ما كان عليه بقرارها المتمثل بالفسخ الجزئي وتصدر في سبيل ذلك حكماً جديداً لهذا الفسخ اثار قاصرة على الحكم المفسوخ وأخرى متعدية.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع: الأسباب التي دعتنا الى اختيار هذا الموضوع هي:

١. ان المشرع العراقي أجاز لمحكمة الاستئناف فسخ الحكم البدائي جزئياً الا انه لم يضع أسس وضوابط لإمكانية هذا النوع من الفسخ وهذا يعد قصوراً تشريعياً.

٢. لم يبين المشرع العراقي الاثار التي تترتب على فسخ الحكم البدائي جزئياً، خصوصاً فيما يتعلق بإجراءات التنفيذ التي تمت قبل وقوع الاستئناف ومصير الإجراءات التي لم يطالها الإلغاء بسبب الفسخ، رغم ان المشرع أشار الى ذلك الا انه يتعلق بالفسخ الكلي اما الفسخ الجزئي فله خصوصية يستوجب النص عليه.

٣. بيان مدى جدوى إبقاء الفسخ الجزئي للحكم البدائي الذي تتخذه محكمة الاستئناف وبين ما يدعو الى الغاءه بحجة انه يؤدي الى إطالة امد النزاع مما يتسبب في البطء في التقاضي وتأخير حسم الدعوى.

ثالثاً: تساؤلات البحث: نحاول من خلال هذا البحث ان نجيب على التساؤلات الآتية:

١. هل كان تنظيم المشرع العراقي للفسخ الجزئي تنظيماً كافياً يتناسب مع أهميته؟

٢. هل وضع المشرع العراقي ضوابط وشروط لا بد من توافرها لكي تستطيع محكمة الاستئناف الاستناد عليها في اتخاذ قرار الفسخ الجزئي؟

٣. ما مصير أجزاء الحكم التي لم يتناولها الفسخ سواء من حيث قوتها التنفيذية أو من حيث حجية الأمر المقضي به؟

٤. هل إعادة الحال الى ما كان عليه بسبب الفسخ الجزئي ممكن دائماً؟

٥. ماذا لو تعلق الفسخ الجزئي بالفقرات الحكمية المشمولة بالنفاذ المسجل الذي استمر تنفيذه؟

رابعاً: منهجية البحث: سنعتمد في اعداد البحث على المنهج التحليلي للنصوص القانونية والآراء الفقهية ذات العلاقة بالموضوع وترجيح الآراء السديدة منها مع بيان أسباب الترجيح، ثم اننا سنعتمد على المنهج القانوني المقارن الذي اعتادت عليه اغلب الدراسات البحثية القانونية من خلال مقارنة النصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م المعدل مع بعض القوانين العربية وهي قانون المرافعات الحديثة والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م وكذلك قانون أصول المحاكمات المدنية للبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣م.

خامساً: هيكلية البحث: تضمنت هيكلية البحث:

المقدمة.

المبحث الأول/ مفهوم الفسخ الجزئي.

المطلب الأول/ تعريف الفسخ الجزئي.

المطلب الثاني/ خصائص الفسخ الجزئي وشروحه.

المبحث الثاني/ أسباب الفسخ الجزئي.

المطلب الأول/ تأثير نتيجة الحكم بسبب اكمال النقص وإصلاح الحكماً فيه.

المطلب الثاني/ مخالفة المحكمة للقانون.

المبحث الثالث/ اثار الفسخ الجزئي.

المطلب الأول/ الاثار القاصرة على الجزء المفسوخ من الحكم.

المطلب الثاني/ الاثار المتعدية للحكم المفسوخ جزئياً.

الخاتمة.

المبحث الأول: مفهوم الفسخ الجزئي

يعد الطعن بطريق الاستئناف من اهم طريق الطعن العادية[١]، لأنه يمنع الطاعن فرصة للطعن بالأحكام المدنية امام المحكمة المختصة بنظر الطعن بوصفها محكمة مختصة بتدقيق الاحكام، حيث تملك هذه المحكمة سلطة تصحيح الأخطاء واكمال نقص في الحكم البدائي المطعون فيه استئنافاً، وتتخذ في ضوء ذلك قراراها أما بتأييد الحكم أو فسخه كلاً أو جزءاً حسب الأحوال[٢].

لذلك فان مفهوم الفسخ الجزئي كأحد القرارات التي تتخذها محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية يستلزم بيان تعريفه واهم الخصائص التي يتميز به وشروطه، لذلك سنقوم بعرض هذا المبحث وافقاً للتقسيم الآتي:

المطلب الأول/ تعريف الفسخ الجزئي.

المطلب الثاني/ خصائص الفسخ الجزئي وشروطه.

المطلب الأول: تعريف الفسخ الجزئي

لكي تكون الصورة واضحة عن تعريف الفسخ الجزئي فان الامر يستلزم منا بيان تعريفه في اللغة العربية وفي الاصطلاح:

أولاً: مدلول الفسخ الجزئي في اللغة العربية: ان مصطلح الفسخ الجزئي مركب من كلمتين لذا سنعرف كل كلمة من هذا المصطلح على حدة، فالفسخ في اللغة اروية به معانٍ عديدة ودلالات يجمعها قائم مشترك وهو التغيير والازالة والتفريق، فالفسخ يعني فسخ الشيء يفسخه فسخاً فانفسخ[٣]، ويعني الازالة فيقال الفسخ زوال المفصل عن موضعه، وانفسخ الشيء أي انتقض وبطل وزال[٤]، ويأتي بمعنى فرق أي ضعف وجهل والاشياء فرقها فيقال الفسخ الضعيف والجهل والطرح والتفريق[٥].

اما مصطلح الجزئي فهو من جزء والجزء يأتي بمعنى البعض وجمعها أجزاء، ويأتي الجزء بمعنى النصيب[٦]، كما في قوله تعالى: "**بخ بم به تج تح** "[٧] أي بمعنى نصيب.

ثانياً: مدلول الفسخ الجزئي في الاصطلاح: ان بيان مدلول الفسخ الجزئي في الاصطلاح يستلزم منا ان نبين مدلوله في الاصطلاح التشريعي ومن ثم بيان هذا المدلول في الاصطلاح الفقهي القانوني وعلى النحو الآتي:

١. **المدلول التشريعي لمصطلح الفسخ الجزئي:** على الرغم من تنظيم المشرع العراقي للفسخ بصورة عامة او الجزئي بصورة خاصة[٨] وكذلك التشريعات المقارنة الا انه لم يتطرق لتعريف هذا النوع من الفسخ، إدراكا منها ان مهمة ايراد التعاريف للمصطلح والمفاهيم القانونية تقع على عاتق الفقه، ولصعوبة إعطاء تعريف جامع مانع من ناحية أخرى.

وقيل أن نبني المدلول الفقهي لمصطلح الفسخ الجزئي تثير التساؤل عن استخدام المشرع العراقي خصوصاً لمصطلح الفسخ بدلاً من مصطلح اخر كالتعديل أو الابطال أو النقض، خصوصاً وأن الذي دفعنا لإثارة مثل هذا التساؤل هو أن مصطلح الفسخ استخدمه المشرع العراقي كاحد الأحوال التي ترزل بها الرابطة العقدية في حال عدم تنفيذ الطرف الاخر ما عليه من التزام في العقود الملزمة للجانبين[٩].

من خلال مراجعة النصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي حاولنا ان نجد إجابة لهذا التساؤل وهو أولاً: ان المشرع العراقي استخدم مصطلح الفسخ للدلالة عن إزالة الحكم كليا او الفقرة الحكمية أن كان الفسخ جزئياً، ثانياً: بالرجوع الى نص المادة (١٦٠/ ٣) من قانون المرافعات اتضح لنا ان المشرع لم يستخدم التعديل أو الابطال بدلاً عن الفسخ لان التعديل والابطال خاص بمحاكم الدرجة الأولى التي اصدر الحكم المستأنف في حين استخدم النقض والفسخ حسب الأحوال بالنسبة لمحاكم الدرجة الأعلى (اثبات) التي تنظر الحكم عند الطعن به، ثالثاً: ان محكمة الاستئناف تمارس دوريات نص عليه المشرع دور استئنافي لها في هذا الدور فسخ الحكم عند توافر أسبابه ودور تمييزي ولها فهذا الدور نقض الحكم لذلك لم يستخدم المشرع مصطلح النقض واكتفى به بالنسبة لمحكمة الاستئناف.

٢. المدلول الفقهي القانوني للفسخ الجزئي: في ظل التعريف التشريعي كان ولا بد أن يجد الفقه الاجرائي نصيباً في ايراد التعريف ولكن قبل ان نشرع في ايراد بعض تلك التعاريف نبين ان جميع ما قيل من تعاريف فإنها وان اختلفت في الالفاظ الا انها لا تختلف من حيث المضمون، لذلك عرف الفسخ الجزئي بأنه "هو ابطال محكمة الدرجة الثانية حكماً ابتدائياً مستأنفاً امامها وقد تبطله كلياً أو جزئياً فاذا لم يعطل الا بعضه بقي البعض الاخر قائماً وقابلاً للتنفيذ"[١٠].

وهناك من عرف الفسخ الجزئي بأنه "الفسخ الذي يلغي أوجه الحكم البدائي المطعون فيه والذي يكون منفصلاً عن الأوجه الأخرى"[١١]. وعرف بأنه الفسخ الذي يكون عندما ينص حكم الفسخ على الغاء جزء أو أكثر أو فقرة أو أكثر من الفقرات التي تكون منها منطوق الحكم المطعون فيه أما بناء على طلب الطاعن أو من المحكمة العليا تلقاء نفسها اذا اثارت سبب من الأسباب المتعلقة بالنظام العام[١٢].

نستطيع من خلال ما تقدم من تعاريف أن نعرف الفسخ الجزئي بأنه القرار الذي تتخذه محكمة الاستئناف عندما تنظر في الحكم البدائي المطعون فيه استئناف متى ما وجدت ان الأخطاء والنواقص التي قامت بتلافيها ذات تأثير في نتيجة الحكم أو انها وجدت ان الحكم في ذاته مخالف للقانون وتعليق هذا الفسخ بفقرة حكمية من فقرات الحكم وليس كلها.

المطلب الثاني: خصائص الفسخ الجزئي وشروطهُ

هناك مجموعة من الخصائص يتميز بها الفسخ الجزئي هذه الخصائص يمكن ان تميزه عن غيره، والتي من خلالها يمكن ان يستشف مجموعة من الشروط الواجب توافرها لكي تكون امام فسخاً جزئياً، اما عن ابرز الخصائص فهي:

أولاً: من حيث النطاق: يتحدد الفسخ الجزئي للحكم المدني من حيث الموضوع بالجزئية أو الفقرة الحكمية المطلوب فسخها في الحكم البدائي المتعدد الجزيئات أو الفقرات، وبهذا تلغى الفقرة الحكمية وتبقى أجزاء الحكم سالمة وتحوز قوة الشيء المقضي فيه[١٣].

ثانياً: من حيث سلطة المحكمة: ابتداءاً من الإشارة الى ان النسخ الجزئي من خصائصه انه المسائل التي تدخل حصراً في صلاحيات محكمة الاستئناف دون غيرها من المحاكم فان كانت تملك بقية المحاكم ابطال أو تعديل أو نقض فإنها لا تملك صلاحية الفسخ فهو خاص بمحكمة الاستئناف حصراً[١٤]، لذلك يمنح الفسخ الجزئي محكمة الاستئناف صلاحية التصدي للموضوع وإصدار حكماً جديداً دون إعادة الدعوى لمحكمة البداءة[١٥].

ثالثاً: من حيث عدم النسبية الفسخ الجزئي من حيث الأشخاص: القاعدة العامة في الطعن هي اعمال مبدأ النسبة[١٦]، التي جاءت بها الفقرة الأولى من المادة (١٧٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ[١٧] والتي نصت: "لا يستفيد من الطعن الا من رفعه ولا يمتع به الا على من رفع عليه" وعلى هذا المبدأ استثناءات ذكرتها ذات المادة في فقرات أخرى فيها ما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر "ومع ذلك يستفيد من تعديل الحكم بسبب الطعن فيه من تكون له مصلحة مستمدة من

حقوق من جرى بتعديل الحكم لصالحه"، لذلك فان فسخ الحكم البدائي جزئياً يستفاد منه جميع الاشخاص المحكوم عليهم حتى لو قام بالطعن به احدهم ولهذا يعمل في الفسخ الجزئي دائماً بالاستثناء وهي خاصية يمتاز بها الفسخ الجزئي للحكم المدني والعلة في ذلك هي أن المصلحة التي اشارت اليها الفقرة الثانية سالفة الذكر تكون دائماً مفترضة، كذلك هناك مصلحة أخرى وهي مصلحة القانون بان تكون الاحكام القضائية الصادرة من مختلف المحاكم صحيحة وموافقة للقانون دون أخطاء ونواقص والا يكون فيها من مخالفة للقانون وهذه المصلحة مماسة يستفيد منها من قام بالطعن ومن لم يقم بذلك[١٨].

رابعاً: من حيث الأثر: يتميز الفسخ الجزئي بأنه يعيد الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم البدائي المفسوخ وهذه الا عادة لا تحتاج الى حكم وانما اثر يترتب بقوة القانون وهذه الخاصية أشار اليها المرع العراقي بصورة غير مباشرة من خلال الغاء إجراءات التنفيذ التي تمتد قبل وقوع الاستئناف[١٩].

في ضوء ما تقدم من خصائص يمكن لنا ان نستشف شروط يلزم توافرها لكي تكون امام فسخاً جزئياً وهي:

١. لا بد ان يطعن في الحكم الصادر من محكمة البداءة بدرجة أولى[٢٠]، امام محكمة الاستئناف، بصفتها الاستئنافية وان كانت تمارس الدور الرقابي على تلك المحاكم الا انها لا تتدخل من تلقاء نفسها فتقرر فسخ الحكم البدائي الا بناءاً على طلب متمثل بالطعن، استناداً للقاعدة التي تقضي بان القضاء المدني قضاء مطلوب[٢١].

٢. ان تكون النواقص والاخطاء التي حاولت محكمة الاستئناف تلافيها بالإكمال والتصحيح ذات تأثير في نتيجة الحكم[٢٢]، أو ان يكون الحكم الذي صدر من محكمة البداءة فيه مخالفة للقانون[٢٣].

٣. ان ينصب الفسخ الجزئي على الحكم المنهي للخصومة المنظورة امام محكمة البداءة[٢٤]، بالتالي اذا اقتضت المحكمة الاير ذكرها في بعض الطلبات واجلت الطلبات الأخرى فان هذا الحكم لا يقبل الطعن فيه استقلالاً[٢٥].

٤. لا بد لإمكانية الفسخ الجزئي ان يتضمن الحكم مجموعة من الفقرات، قابلة للتجزئة عن بقية فقرات الحكم، هذه الفقرة اما انها كانت مخالفة للقانون واما انها تأثرت بنتيجة قيام محكمة الاستئناف بإكمال النقص فيها أو تصحيح الخطأ الوارد فيها[٢٦].

المبحث الثاني: اسباب الفسخ الجزئي

يُعد السبب المكنة التي يمكن من خلالها ان يمارس القضاء الصلاحيات المخولة قانوناً، لذلك تراقب محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية ومن خلال الطعون التي يتعرض عليها بالاعتماد على وجود أسباب نص عليها القانون[٢٧]، الاخلالات التي تمس الجوانب القانونية في الاحكام القضائية الصادرة من محكمة البداءة، لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث ان نقف على اهم الأسباب التي يمكن ان تستند عليها محكمة الاستئناف في اتخذا قرار الفسخ الجزئي للحكم المدني ونعرضها على النحو التالي:

المطلب الأول: تأثر نتيجة الحكم بسبب اكمال النقص وإصلاح الخطأ فيه.

المطلب الثاني: مخالفة الحكم للقانون.

المطلب الأول: تأثر نتيجة الحكم بسبب اكمال النقص وإصلاح الخطأ فيه

أجاز المشرع العراقي[٤] لمحكمة الاستئناف اكمال وصلاح النواقص والاخطاء التي تعتري الحكم البدائي من الناحية الشكلية والموضوعية، ولا بد من الإشارة الى ان قيام محكمة الاستئناف بذلك يقيد بوجوب سبق النظر في الموضوع ابتداءاً من محكمة البداءة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في احدى قراراتها والذي جاء فيه "أن حكم المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية الذي يجيز لمحكمة الاستئناف اكمال نواقص الحكم البدائي في الموضوع يشترط سبق النظر من محكمة البداءة فيه ولا يجيز لمحكمة الاستئناف أن تنظر الموضوع أولاً"[٢٨]، وبهذا فان اتجاه محكمة التمييز هذا قد إضافة شرطاً جديداً الى شروط التي جاءت بها المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية، ونحن نرى عدم حاجة هذا الشرط، أولاً لأنه شرط بديهي فلا حاجة لذكرهُ، ثانياً ان محكمة الاستئناف عندما تقوم بدورها في اكمال النقص وإصلاح الأخطاء انما تقوم بدور نص عليه المشرع بالإضافة الى ان قيامها بهذا الدور تكون محكمة طعن أو ليس محكمة موضوع، فمن البديهي ان يكون قد سبق وان تم نظر الدعوى وصدر فيها حكم من قبل محكمة البداءة.

اما شأن موقف القوانين المقارنة من اصلاح الحكم البدائي من قبل محكمة الاستئناف نجد ان تلك القوانين قد ظلت من النقص على تلك الصلاحية باستثناء القانون الأردني[٢٩]، الذي انفرد عن بقية تلك القوانين بإعطاء محكمة الاستئناف هذا الحق في تلاقي بعض النواقص بالاصطلاح[٣٠]، وهذا الموقف يحسب للمشرع الأردني فهو بهذا الدور كما فعل المشرع العراقي قد فعل الدور الإيجابي للقاضي في رقابة الاحكام القضائية من قبل المحاكم التي تمارس هذا الدور عن طريق الطعن امامها ولهذا من اثر فاعل في دقة الاحكام الصادرة وصحتها تحقيقاً للعدالة التي يريدها الجميع حكام ومحكومين، كما ان قيام هذه المحكمة بذلك انما فيه اختصار للوقت والجهد والنفقات وبذلك يتحقق القضاء العاجل، وكذلك تحقيق العبء عن كاهل محكمة التمييز.

وحتى يكون اكمال النقص وإصلاح الخطأ سبباً في قيام محكمة الاستئناف في فسخ الحكم البدائي لا بد ان يؤثر ذلك الإصلاح في نتيجة الحكم، ومن هنا نتسأل ما هي نتيجة الحكم التي يمكن ان تتأثر كلها أو جزء منها بالإصلاح والاكمال؟

من اجل الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه الى اتجاهين الأول يرى ان نتيجة الحكم تعني المنطوق، والمنطوق هو ذلك الجزء من الحكم الذي اتخذته المحكمة وهو الجزء الأهم في الحكم الذي يفصل في نقاط النزاع[٣١].

وقد جرى القضاء العراقي على اطلاق مصطلح (الفقرة الحكمية)[٣٢] على منطوق الحكم، هذا المنطوق هو الذي يمثل نتيجة الحكم فيحين ذهب اتجاه اخر الى القول ان نتيجة الحكم هي الحقيقة القضائية التي تضمنت لدى القاضي واقتنع بها ومن خلالها تستطيع المحكمة (محكمة الطعن) مراقبة النتيجة وصحتها التي خلص اليها القاضي في حكمه وضمنها منطوقه عن طريق عملية تسبب القرار

وترصد للمحكمة الأخطاء التي وقعوا فيها قضاة محكمة الموضوع ولهذا تعد نتيجة الحكم جزء من المنطوق وليس منطوق الحكم كله[١]. ونحن نؤيد هذا الاتجاه على اعتبار ان منطوق الحكم يبنى على النتائج المرتبة ترتيباً منطقياً تعطي مسار قانون سليم فقد تكون النتيجة شيء ومنطوق الحكم يعطي شيء آخر وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه "التناقض بين الاحكام التي تستوجب التصحيح هو التناقض في نتيجة الاحكام وفي الفقرة الحكمية أي (منطوق الحكم)"[٣٣].

وحتى تستطيع محكمة الاستئناف ان تقسم الحكم جزئياً لا بد أن يكون التأثير في احدى النتائج التي بني عليها الحكم دون غيرها وهذا يعني لا بد ان يكون الحكم مبنى على عدة نتائج تأثر بعضها دون البعض الاخر نتيجة الاكمال والإصلاح التي قامت به محكمة الاستئناف.

المطلب الثاني: مخالفة الحكم للقانون

من الأسباب الأخرى التي تدعو الى فسخ الحكم المدني جزئياً من قبل محكمة الاستئناف مخالفة الحكم للقانون[٣٤]، ومن هنا نطرح التساؤل بمن المقصود بمخالفة القانون الذي يوجب الفسخ الجزئي؟ للإجابة على هذا التساؤل نجد ان الفقه الاجرائي قد عرف عيب مخالفة القانون كلٌ ينظر الى التعريف من الزاوية التي يراها، لذا من عرفه بانه عدم التزام المحكمة بأحكام القانون عند التصدي للنزاع فيجب ان يوجد نص قانوني تخضع له واقعة النزاع لا تلتزم به المحكمة عند الفصل فيه وتهدر مقتضياته[٣٥]، وهناك من عرفه أيضا بأنه عدم تطبيق لنص التطبيق خلافاً للخطأ في تطبيق القانون الذي هو اعمال نص على حالة لا تنطبق عليها[٣٦]، وعرف أيضاً بأنه الحالة التي يكون فيها منطوق الحكم غير ملائم بالنظر للوقائع والقاعدة القانونية المطبقة عليها[٣٧].

يتضح مما تقدم ان مخالفة القانون تكون عندما يؤكد القاضي وجود قاعدة قانونية لا وجود لها أو ينكر وجودها[٣٨] سواء اكانت القاعدة من القواعد الموضوعية أم الاجرائية[٣٩] وقد يغفل القاضي نصاً قانونياً وهذا يعد اساساً للمخالفة لكون القاضي ينبغي أن يكون عالماً بالقانون ويعل به لذا فان مخالفة القانون تعني بعبارة ادق انها الحل الخاطئ لمسألة أو نقطة قانونية معينة[٤٠].

فالقاضي عليه ان لا يبتكر حلولاً لما يعرض عليه من منازعات بل يجب عليه ان يبحث في القانون عن الحلول وخالف القانون بإهمال نصوصه وعدم العمل بها يعد ذلك خطأً جسيماً بتوافر الركن المادي فيه وهو العمل (السلبي) بامتناعه عن تنفيذ القانون الذي يجب عليه ان يكون اول من يعلم به ويعمل به[٤١].

ولذلك فقد تلجأ المحكمة في بعض الأحيان الى تجاهل فقرة من فقرات الحكم أو القرار للنص الواجب التطبيق على النزاع وعدم تطبيقهُ عليه مما يجعل تلك الفقرة معرضة للفسخ الجزئي أو قد يعتمد على مقتضيات إضافية غير واردة في النص القانوني المطلق على الواقعة إن شائبه الخطأ في تطبيق القانون انما تتحقق عنه ما يحدد المشرع نظاماً معيناً لسريان النقص القانوني فتتجاوزه المحكمة عند تطبيق النص على واقعه النزاع وهي بذلك تخضع لرقابة محكمة الاستئناف باعتبار ان هذا التجاوز من مسائل القانون[٤٢].

ولا تختلف التشريعات المقارنة موقفها حيال الخطأ في تطبيق القانون ومخالفته فهي متفقة بصدد ذلك على انه وجه الطعن بالاستئناف الذي يخولها فسخ الحكم[٤٣].

ولا بد ان نقف قليلاً عند موقف المشرع العراقي فهي تتعلق بمخالفة القانون التي توجب فسخ الحكم جزئياً، حيث جاز فيها سبب مخالفة القانون وهو ذاته السبب الذي يطعن به فتمييزاً امام محكمة التمييز[٤٤]، وهذا يعني أن الحكم البدائي يستأنف امام محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنائية وتتميز امام محكمة التمييز وهذه احدى الضمانات القضائية التي اوجدها المشرع لعدالة الاحكام وصحتها.

بالرجوع الى موقف المشرع العراقي على وجه التحديد نص الفقرة الرابعة من المادة (١٩٣) من قانون المرافعات نجد ان المشرع أشار الى الفسخ الجزئي للحكم البدائي للأسباب المتقدم ذكرها، ولكن ما يلاحظ على موقف المشرع العراقي انه لم يشر الى ضرورة أن يكون الحكم المستأنف متضمناً عدة فقرات خالف بعضها القانون أو تأثرت نتيجة اكمال النقص او اصلاح الخطأ فيها لذلك ندعو المشرع العراقي الى إضافة فقرة خامسة الى نص المادة (١٩٣) مرافعات وتقترح ان تكون كذلك "للمحكمة فسخ الحكم البدائي جزئياً اذا اشتمل الحكم على عدة فقرات وكان في بعضها احد الأسباب التي ذكرت في الفقرة رابعاً من هذه المادة".

المبحث الثالث: اثار الفسخ الجزئي

يترتب على قرار محكمة الاستئناف لفسخ الحكم جزئياً مجموعة من الاثار منها ما يقتصر على الجزء المفسوخ، والبعض الآخر يعتبر اثار متعدية، ولكن اجل الوقف على تلك الاثار فاننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث على النحو الآتي:

المطلب الأول: الآثار القاصرة على الجزء المفسوخ من الحكم.

المطلب الثاني: الآثار المتعدية للحكم المفسوخ جزئياً.

المطلب الأول: الآثار القاصرة على الجزء المفسوخ من الحكم

يتحدد الفسخ الجزئي للحكم المدني البدائي في بعض أجزاء الحكم دون البعض الاخر، لذا فان القاعدة العامة من هذا النوع من الفسخ لا يتناول من الحكم المطعون فيه استئنافياً متى ما كان متعدد الأجزاء سوى الجزء الذي تغيرت نتيجتهُ بسبب اكمال وإصلاح ما اعتراه من أخطاء ونواقص أو كان هذا الجزء فيه مخالفة للقانون[٤٥]، وفي هذا تأكيداً من محكمة التمييز ان تعدد أجزاء الحكم تجعل النقض يقتصر على الجزء الذي قام به سبب النقض دون الأجزاء الأخرى، حيث صار في قرار لها "نقض جزء من الحكم يقتصر على هذا الجزء وحده"[٤٦] وقضت محكمة النقض المصرية ايضاً "ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة ان النقض لا يتناول من الحكم الا ما تناولته أسباب النقض المقبولة"[٤٧].

لذلك فان اهم اثر يترتب على فسخ الحكم البدائي جزئياً هو فسخ تلك الفقرة التي هي محل الطعن واعتبار ١لك الجزء كان لم يكن وتزول معه كافة الآثار القانونية المترتبة عليه[٤٨]، ويتبع ذلك زوال حجية الأمر المقضي به عن ذلك الجزء المفسوخ[٤٩].

في موضوع الدعوى الذي سبق عرضه وفصل فيه من محكمة الموضوع[٥٠]، مما يعني ان الطعن بالاستئناف يكون عاملاً للآثر الناقل للطعن[٥١]، وهذا ما أكدته محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه "..... لمحكمة الاستئناف انتخاب خبراء جدد اذا لم تقتنع بتقرير الخبراء المنتخبين من قبل محكمة البداءة ولمحكمة الاستئناف سلطة بحث النزاع من جيد لان الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل حكم البداءة"[٥٢].

يتضح لنا مما تقدم ان شروط تصدي محكمة الاستئناف للدعوى وإصدار حكم فيها يستلزم توافر شرطين وهما:

١. ان يكون الحكم المطعون به استئنافاً قد فسخ جزئياً لتغير نتيجة الحكم البدائي بسبب قيام محكم الاستئناف اكمال وإصلاح ما يعتريه من أخطاء ونواقص.

٢. لا يشترط ان يكون موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه لان محكمة الاستئناف ملزمة بإصدار الحكم في الدعوى وعدم اعادتها الى محكمة البداءة اذا تحقق الشرط الأول.

اما عن موقف التشريعات المقارنة بشأن تصدي محكمة الاستئناف للموضوع نجد انها تباين في موقفها، فمنها ما جاء مطابقاً لموقف المشرع العراقي ومنها ما الغى حق التصدي بأكمله في جميع الحالات كما فعل المشرع[٥٣].

المطلب الثاني: الآثار المتعدية للحكم المفسوخ جزئياً

لا يقتصر فسخ الحكم البدائي جزئياً على الفقرة أو الجزء الحكمي المفسوخ وانما لهذا الفسخ آثار متعدية، نحاول أن نسلط الضوء عليها من خلال هذا المطلب، والذي سنقوم بتقسيمه وعرضه على النحو الآتي:

الفرع الأول/ اصدار محكمة الاستئناف حكماً جديداً بدلاً من الحكم المفسوخ.

الفرع الثاني/ الغاء إجراءات التنفيذ بالنسبة للحكم المفسوخ.

الفرع الأول: اصدار محكمة الاستئناف حكماً جديداً بديلاً من الحكم المفسوخ

اذ ما قررت محكمة الاستئناف المطعون امامها بالحكم البدائي فسخه جزئياً نتيجة تحقق سبب الفسخ ومقوماته، توجب عليها أن تصدر حكماً جديداً بدلاً من الحكم المفسوخ، وبهذا لا يعيد الدعوى الى محكمة البداءة[٥٤].

لا بد ان نشير ابتداء أن قيام محكمة الاستئناف بإصدار حكماً جديداً بدلاً من الحكم المفسوخ جزئياً مرتبط بقرار المحكمة المذكورة بالفسخ فان لم تعتمد ذلك لا تملك حق في اصدار هذا الحكم وبهذا لا تملك المحكمة من ذلك سلط التقدير، ومن ثم لا تقوم محكمة الاستئناف بإعادة الدعوى الى محكمة البداءة[٢].

ات قيام محكمة الاستئناف بإصدار حكماً جديداً، انما يعني ذلك تصدير محكمة الاستئناف للموضوع، وهذا يعني قيام محكمة الاستئناف بالحكم المصري[٥٥]، إذ تقرر محكمة النقض المصري في العديد من احكامها ان الحق في التصدي لا يمكن تحويله لمحكمة الاستئناف حتى يكون بناء على اتفاق

صريح أو الضمني للأطراف والمحكمة في ذلك في أن مثل هذا الاتفاق يشكل اعتداء على مبدأ التقاضي على درجتين وهذا المبدأ متعلق بالنظام العام[٥٦].

في حين نجد ان موقف المشرع الأردني قد أشار الى المبدأ والاستثناء فالمبدأ أن لمحكمة الاستئناف ان تتصدى للموضوع اذ ما قررت فسخ الحكم البدائي والاستثناء ان الدعوى تعاد الى محكمة البداءة اذا تعلق الفسخ برد الدعوى لعدم الاختصاص اذ لكون القضية مقضية أو لمرور الزمان أو لعدم الخصومة أو لاي سبب شكلي يوجب على محكمة الاستئناف ان تقرر إعادة الدعوى الى محكمة الدرجة الأولى للنظر في الموضوع[٥٧].

من خلال استعراض موقف القوانين المقارنة نجد ان موقف المشرع العراقي يمتاز بالدقة وكان اكثر توفيقاً من بقية التشريعات المقارنة فإعطاء محكمة الاستئناف الحق في التصدي للموضوع على اطلاقه انما يحقق السرعة في حسم الدعاوى ومع ما تقرر به ان كان الفسخ جزئياً بدلاً من ان تعيد الدعوى برمتها الى محكمة البداءة للنظر فيها.

الفرع الثاني: الغاء إجراءات التنفيذ بالنسبة للحكم المفسوخ

من الآثار المتعدية للفسخ الجزئي للحكم البدائي الغاء إجراءات التنفيذ التي تمت قبل وقوع الاستئناف، ان تحقق هذا الأثر انما يستلزم توافر مجموعة من الشروط التي يمكن استنباطها من المادة (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي وهي:

١. لا بد ان يكون الحكم مفسوخاً بتنبيه الاستئناف، ولا بد من الإشارة الى ان المشرع العراقي في نص الفقرة الثانية من المادة (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية قد اطلق الفسخ حيث جاء في النص عبارة (إذا فسخ الحكم) ولم يحدد نوع الفسخ كلياً كان ام جزئياً وهذا الاطلاق يعني ان إجراءات التنفيذ تلغى سواء كان الفسخ كلياً أم جزئياً.

٢. أن يكون الحكم البدائي قد نفذ قبل الطعن به عن طريق الاستئناف لأن الطعن بالاستئناف يؤخر التنفيذ فيوقفه اذا بدأ ويمنع تنفيذه اذا لم يبدأ، ويستثنى من ذلك شمول الحكم بالنفاذ المعجل ما لم يلغى قرار الشمول الصادر بذلك.

اذا تحقق هذان الشرطان فان إجراءات التنفيذ تلغى التي تمت قبل وقوع الاستئناف[٥٨]، وبتحليل نص المادة (١٩٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي نجد ان إجراءات التنفيذ التي تلغى فقط التي تمت قبل وقوع الاستئناف، اما التي تمت بعد الاستئناف شمولها بالنفاذ المعجل فلا تلغى طالما قرار الصادر بالنفاذ المعجل لم يلغى، وطالما بقيت مستمرة بالتنفيذ، وهذا يعني أن الإجراءات التي يطالها الإلغاء هي التي نفذت بالفعل قبل وقوع الاستئناف حتى لو كان سبب تنفيذها شمولها بالنفاذ المعجل[٥٩].

ولم ينص المشرع العراقي في قانون المرافعات النافذ مصير الإجراءات التي لم يطالها الفسخ، ولكن نص على ذلك في قانون التنفيذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠م وعلى وجه التحديد في نص الفقرة الثانية من المادة (٥١) منه حيث جاء في نصها "٢- اذا عدل أو فسخ أو نقض حكم من الحكم المنفذة فيقتصر التنفيذ على الجزء المكتب درجة الثبات وتعاد الحالة بالنسبة للحكم الاخر الى ما كانت عليه قبل التنفيذ".

لذلك ندعو المشرع العراقي تضمن هذا النص في قانون المرافعات المدنية طالما تناول إجراءات التنفيذ وإمكانية الغاءها لكي تكون الصورة واضحة في هذا القانون، مع إضافة مصطلح "اذا كان ذلك ممكناً" الى هذه المادة، استناداً للقواعد العامة في الفسخ وما يترتب عليه من آثار[٦٠]، ومن ثم هناك حالات يستحيل معها ارجاع الحال الى ما كان عليه فيتم اللجوء الى وسائل أخرى.

اما عن موقف القوانين المقارنة فلم تشير الى مثل هذا الأثر[٦١]، وانما اجمع الفقه الاجرائي على ترتب تلك الاثار على صدور الاحكام القضائية باختلاف أنواعها[٦٢].

الخاتمة

في ختام بحثنا الموسم بـ (الفسخ الجزئي للحكم المدني/ دراسة تحليلية مقارنة) فإننا توصلنا الى حملة من الاستنتاجات والتوصيات التي نأمل ان تؤخذ بعين الاعتبار ونعرض على النحو الآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١. ان الفسخ الجزئي للحكم ذات نطاق محدود، فهو من ناحية ينحصر بالأحكام التي تصدر من محكمة البداءة بدرجة أولى، ومن ناحية أخرى هو قرار خاص بمحكمة الاستئناف دون غيرها من تشكيلات المحاكم.

٢. توصلنا الى ان الفسخ الجزئي للحكم قرار تتخذه محكمة الاستئناف عندما تنظر الطعون المقدمة اليها ويكون ذلك بصفتها الاستئنافية.

٣. ليس لمحكمة الاستئناف ان تقرر الفسخ الجزئي الا اذا تحققت مقوماته وشروطه وهو قيام سبب من أسباب الفسخ، وأن يكون الحكم مشتملاً على عدة أجزاء غير مرتبطة مع بعضها (أي قابلة للتجزئة) اذ مبنية احدها على الأخرى.

٤. تبين لنا من خلال البحث ان هناك ارتباط اجرائي ما بين اصدار محكمة الاستئناف حكماً جديداً وبين قرار الفسخ الجزئي، فان لم يتحقق هذا الارتباط فلا يمكن لمحكمة الاستئناف ان تصدر حكماً جديداً.

٥. اتضح لنا من خلال البحث ان الغاء إجراءات التنفيذ بسبب الفسخ يشمل فقط الإجراءات التي تمت قبل وقوع الفسخ اما بعده لا تلغى حتى لو تعلق الفسخ بتلك الإجراءات لشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

ثانياً: التوصيات:

ندعو المشرع العراقي ان يولي الفسخ الجزئي للحكم أهمية تناسب مع أهمية هذا النوع من الفسخ بالإضافة تدارك النقصُ التشريعي الذي يعتري التنظيم القانوني لهُ، ومن اجل هذا فاننا توصلنا الى مجموعة من الاقتراحات نعرضها على النحو الآتي:

١. الاقتراح الأول: "لمحكمة الاستئناف فسخ الحكم جزئياً إذا اشتمل الحكم البدائي على عدة أجزاء وجاء بعضها مخالفاً للقانون أو ان اكمال النقص فيها أو اصلاح الخطأ قد أثر في نتيجة الحكم".

٢. الاقتراح الثاني: "اذا كان الحكم لم يفسخ الا في جزء منه فقط، بقي نافذاً فيما يتعلق بالاجزاء الأخرى ما لم تكن مرتبة على الجزء المفسوخ".

٣. الاقتراح الثالث: "يفقد الجزء المفسوخ من الحكم حجية الأمر المقضي به وتبقى بقية الأجزاء محتفظة بحجيتها".

٤. الاقتراح الرابع: "اذا وقع الفسخ الجزئي يلغى إجراءات التنفيذ التي وقعت قبل الفسخ" وبهذا الاقتراح سوف تلغى جميع إجراءات التنفيذ سواء التي وقعت قبل الاستئناف أو وقعت بعده واستمر التنفيذ بسبب الشمول بقرار النفاذ المعجل، بالتالي الإجراءات تلغى بالفسخ الجزئي.

٥. الاقتراح الخامس: ندعو فيه المشرع تبني نص الفقرة الثانية من المادة (٥١) من قانون التنفيذ العراقي النافذ والنص عليها في قانون المرافعات بالشكل الآتي: "اذا علد أو فسخ أو نقض قسم من الحكم المنفذ، فيقتصر التنفيذ على الجزء الذي ابدته المحكمة، وتعاد الحالة بالنسبة للقسم الأخر الى ما كانت عليه قبل التنفيذ ان محكمنا".

الهوامش:

(١) قسم الفقه الاجرائي طرق الطعن الى طرق طعن عادية وهي الاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف وطرق طعن غير عادية وهي المادة الحاكمة او التميز وتصحيح القرار التمييز واعتراض الغير ووضع من اجل ذلك فارق بين تلك الطرق وهو ان طرق الطعن العادية يمكن سلوكها دون التقيد بسبب محدد في حين هناك وردت على سبيل الحصر نص عليها القانون من توافرها لسلوك طرق الطعن غير العادية، لمزيد من التفصيل عن ذلك ينظر: د. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٢م، ص٣٦٨؛ د. أدم رهيب النداوي، قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٨م، ص٢٧٩.

(٢) المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م المعدل، المادة (١٨٨/ ٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م، أما بقية القوانين المقارنة فقد جاءت خالية من الإشارة الى ذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، وكذلك قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ .

(٣) الامام محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج ١١، ط ٤، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٥م، ص١٨٠.

(٤) إبراهيم انيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله احمد، المعجم الوسيط، ج ١، دون دار ومكان نشر، دون سنة نشر، ص٧٢١.

(٥) محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ط ٧، مؤسسة الرسالة للطباعة، بيروت، ٢٠٠٣م، ص٢٥٧.

(٦) محب الدين ابي الفضل السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ١٩٩٤م، ص١٢٦.

(٧) سورة الحجر، الآية (٤٤).

(٨) المواد (٩٢) (١٦٠) (١٩٣ – ١٩٤) من قانون المرافعات العراقي، المادة (٦٦٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، المادة (١٨٨/ ٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية.

(٩) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوضبير في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٠٨٠م، ص٢٠٣.

(١٠) د. بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات – القانون الخاص، ط ١، دار وائل، عمان الأردن، ٢٠٠٨م، ص١٦٨.

(١١) اور طلبة، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص٨٤٧.

(١٢) احمد محمد عابدين، الوسيط في طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، دون سنة نشر، ص٣٧٠.

(١٣) هادي كلبي، النقض الجزئي للقرار القضائي، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، الإصدار ١٤، ص٤٨.

(١٤) المادة (١٦٠ ، ٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(١٥) المادة (١٩٣/ ٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(١٦) لمزيد عن هذا المبدأ ينظر: د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٠م، ص٢٥٧؛ د. عبد التواب مبارك، الوجيز في أصول القضاء المدني، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص٣١٦.

(١٧) تقابلها المادة (٢١٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادة (٦٢٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية، المادة (١٧٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

(١٨) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠م، ص٣١٨.

(١٩) المادة (١٩٤/ ٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢٠) حدد المشرع العراقي النوعي لمحكمة البداءة والتي يصدر احكامها فيها بدرجة أولى قابلة للاستئناف وهي كافة الدعاوى التي تزيد فيها على حين الغاء دعاوى الإفلاس ودعاوى تصفية الشركات وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٢١) انطلاقاً من استقرار الحقوق والمراكز القانونية، ومبدأ سلطان الإرادة وسيادة الخصومة على الخصومة المدنية فهم اسياد حقوقهم الموضوعية، فان القضاء لا يباشر وظيفته بإزالة التجهيل القانوني الا بناءاً على طلب من قامت به الحاجة الى حماية القضاء لحقوقه والطعن يكون بطلب، لذا فان اثارة الطعن من قبل المحكمة من تلقاء نفسها يجعل من القضاء حكماً وقاضياً في الوقت نفسه وهذا يشكل اخلال لمبدأ الحياد وهذا هو الأساس الذي تستند اليه قاعدة (القضاء المدني هو قضاء مطلوب)، لمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي يجوز حجية الأمر المقضي وضابط حجيتها، دار أبو المجد، القاهرة، ١٩٩٩م، ص٣٠؛ د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨م، ص١٣؛ د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م، ص٩٤٧.

([٢٢]) الفترة الرابعة من المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية العراقية.

([٢٣]) كما لو قام القاضي بإصدار الحكم رغم تحقق فيه حالة من الحالات التي تستلزم تنبيه وصوتا عن نظر الدعوى ومع ذلك صدر حكماً فيها، المادة (٩١) من قانون المرافعات المدنية العراقي، المادة (١٢٠) من قانون أصول المحاكمات اللبنانية، المادة (١٣٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية.

([٢٤]) الحكم المنهجي للخصومة هو الحكم الذي يصدر من قبل المحكمة المختصة سواء كان حضورياً ام غيابياً وفقاً للإجراءات التي نص عليها القانون وبإصداره تستنفذ المحكمة ولايتها على القضية الا اذ جددت لها الولاية بعد الطعن في الحكم وإعادة القضية اليها، لمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد أبو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات المدنية، ط ٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص٢٧٣.

([٢٥]) د. منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧م، ص٢٩٣.

([٢٦]) الفقرة الرابعة من المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([٢٧]) المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([٢٨]) قرار محكمة التمييز المرقم (٥/ هيئة عامة) ٩٧١ في ١٩٧١/١٠/٢٣م، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الأولى، ١٩٧١م، ص١١٦.

([٢٩]) المادة (١٨٨/ ٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

([٣٠]) د. سعيد عبد الكريم مبارك، التنظيم القضائي واصول المحاكمات المدنية في التشريع الأردني، ط ١، جامعة اليرموك الأردنية، الأردن، ١٩٩٦م, ص٢٣٥.

([٣١]) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤م، ص١٠١.

([٣٢]) الانصاري حسن النيداني، النظام القانوني للخصومة امام محكمة الإحالة بعد النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص٦١؛ هادي الكعبي، وعلي فيصل نوري، تسبيب الاحكام المدنية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٦، الإصدار الثاني، دون عدد وسنة نشر، ص١٤٣.

([٣٣]) قرار محكمة التمييز في ١٩٩٦/١١/١م قرار رقم ١١١/٢٨٢٦ حقوقية ١٩٩٥م، أشار اليه: علي غسان احمد، تسبيب الاحكام المدنية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٢، العدد الأول، السنة ٢٠١٠م، ص٢٧٨.

([٣٤]) المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([٣٥]) أنور طلبة، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص٣٧.

([٣٦]) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص٨٢٧.

([٣٧]) د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط ١، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٦م، ص٦٤٢.

([٣٨]) ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢م، ص٣٧٥.

([٣٩]) محمد المنجي، موسوعة الدعاوى العملية، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص١٤.

(٤٠) عبد المنعم حسيني، طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٧م، ص٦٠٠.

(٤١) يوسف محمد المصاروة، تسبيب الاحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م، ص٢٠٦.

(٤٢) الانصاري حسن النيداني، العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص٣٦٧.

(٤٣) المادة (٦٦٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، المادة (١٨٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، وتجدر الإشارة الى ان المشرع المصري أشار في المادة (٢٢١) مرافعات عندما تكون هناك مخالفة لقواعد الاختصاص أو بطلان الإجراءات اثرت في الحكم ولم يشر الى مخالفة القانون ككل كما فعلت بقية التشريعات.

(٤٤) المادة (٢٠٣) مرافعات مدنية عراقي.

(٤٥) المادة (١٩٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٤٦) قرار محكمة التمييز في ١٩٧٧/٤/١٦م طعن رقم ٤٨/ هيأة عامة أولى، ١٩٧٧م، منشور في مجلة الاحكام العدلية، العدد الثاني،

(٤٧) نقض ١٩٩٧/١٢/٢٢م، أشار اليه: أحمد حليجي، موسوعة النقض الدستورية العليا، ط ١، ج ١، بلا دار ومكان نشر، ٢٠٠٤م، ص٨٣٠.

(٤٨) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م، ص٨٣٠.

(٤٩) سعيد احمد شعلة، قضاء النقض في المرافعات، نشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص١٦٠.

(٥٠) د. نبيل اسماعيل عمر، النظرية العامة للطعن بالنقض، المصدر السابق، ص٤٤٦.

(٥١) وهذا اعلى خلاف الطعن بالتمييز فلا يأخذ بالأثر الناقل للدعوى امام الطعن بالتالي فان الذي يطرح امام محكمة التمييز هو الحكم القضائي المطعون فيه للنظر لبيان مدى موافقة للقانون وفي الحدود التي رسمها طالب التمييز في الأسباب التي ادلى بها، اما الطعن الاستئناف فانه يطرح النزاع بعناصره الواقعة والقانونية وهذا هو الأثر الناقل، لمزيد من التفصيل ينظر: د. فكري عبد الحميد أبو صيام، الأسباب الجديدة في النقض المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص٤١.

(٥٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٦/ مدنية أولى/ ٨١ في ١٩٨١/٦/١٥م، منشور في مجلة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر، ١٩٨١م، ص٧١.

(٥٣) المادة (٦٦٤) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية.

(٥٤) تشير الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي النافذ الى "..... وتمشياً مع وجهة نظر القانون في منع تردد الدعوى بين محاكم البداءة على انها فقد اوجب التشريع الجديد على محكمة الاستئناف اذا فسخت حكم محكمة البداءة ان تتصدى للفصل في الدعوى وتصدر حكماً جديداً دون اعادتها لمحكمة البداءة حتى في الحالات التي لم تعالج فيها محكمة البداءة أساس الدعوى باعتبار ان محكمة الاستئناف تكمل وتستدرك ما فات محكمة البداءة".

(٥٥) د. نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف واجزائه في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠م، ص١٧٥.

([٥٦]) قرار محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٥٩/١/٢٥م، مشار اليه عند: نبيل إسماعيل عمر، المصدر نفسه، ص١٧٦.

([٥٧]) المادة (١٨٨/ ٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية.

([٥٨]) المادة (١٩٤/ ٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([٥٩]) مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م وتطبيقاته العملية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٨م، ص٢٦٦.

([٦٠]) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج ٣، تنفيض الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١م، ص١٦٠.

([٦١]) المواد (١٧٦ – ١٩٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، المواد (٦٣٨ – ٦٦٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية، المواد (٢١٩ – ٢٤٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

([٦٢]) د. وجدي راغب، النظرية العامة، المصدر السابق، ص٢٢٨؛ د. فتحي والي، المصدر السابق، ص١٦٧؛ د. محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م، دار وائل، عمان – الأردن، ٢٠٠٢م، ص٣٧٧؛ د. عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، دراسة مقارنة، ط ١، مجد للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠م، ص٤٣٠.

قائمة المصادر

أولاً: معاجم اللغة العربية:

١) إبراهيم انيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف الله احمد، المعجم الوسيط، ج ١، دون دار ومكان نشر، دون سنة نشر.

٢) محب الدين ابي الفضل السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ١٩٩٤م.

٣) محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ط ٧، مؤسسة الرسالة للطباعة، بيروت، ٢٠٠٣م.

٤) الامام محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج ١، ط ٤، دار صادر، بيروت – لبنان، ٢٠٠٥م.

ثانياً: الكتب القانونية:

١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨م.

٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م.

٣) د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضابط حجيتها، دار أبو المجد، القاهرة، ١٩٩٩م.

٤) د. أحمد محمد عابدين، الوسيط في طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية والشرعية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، دون سنة نشر.
٥) د. أحمد مليجي، موسوعة النقض الدستورية العليا، ط ١، ج ١، بلا دار نشر ومكان نشر، ٢٠٠٤م.
٦) د. أحمد هندي، أسباب الحكم المرتبطة بالمنطوق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
٧) د. ادم وهيب النداوي، قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٨م.
٨) د. الانصاري حسن النيداني، النظام القانوني للخصومة امام محكمة الإحالة بعد النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
٩) د. أنور طلبة، الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
١٠) د. بشار عدنان ملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، ط ١، دار وائل، عمان – الأردن، ٢٠٠٨م.
١١) د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٢م.
١٢) د. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
١٣) د. سعيد مبارك، التنظيم القضائي في أصول المحاكمات المدنية في التشريع الأردني، ط ١، جامعة اليرموك الأردنية، الأردن، ١٩٩٦م.
١٤) ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث للدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤م.
١٥) د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٣م.
١٦) د. ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، جامعة الدول العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.
١٧) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٠م.
١٨) د. عبد الباسط جمعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠م.
١٩) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج ٣، تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٧١م.
٢٠) د. عبد التواب مبارك، الوجيز في أصول القضاء المدني، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٢١) د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م، دار العاتك لصناعة الكتب، مصر، ٢٠٠٩م.
٢٢) ج. عبد المنعم حسني، طرق الطعن في الاحكام المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

٢٣) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠م.

٢٤) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م.

٢٥) د. فكري عبد الحميد أبو صيام، الأسباب الجديدة في النقض المدني، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.

٢٦) د. نبيل إسماعيل عمر، الطعن بالاستئناف واجزائه في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠م.

٢٧) د. محمد المنجي، موسوعة الدعاوى العملية، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

٢٨) د. محمود الكيلاني، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م، دار وائل، عمان، الأردن، ٢٠٠٢م.

٢٩) كدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م وتطبيقاته العملية، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٨م.

٣٠) د. منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧م.

٣١) د. نبيل إسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م.

٣٢) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٩م.

٣٣) د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، ط ١، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٦م.

٣٤) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر، القاهرة، ١٩٨٧م.

٣٥) د. يوسف محمد المصاورة، تسبيب الاحكام وفقا لقانون أصول المحاكمات المدنية، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م.

ثالثاً: البحوث المنشورة:

١) علي غسان أحمد، تسبيب الاحكام المدنية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ١٢، العدد الأول، ٢٠١٠م.

٢) د. هادي الكعبي، علي فيصل نوري، تسبيب الاحكام المدنية، بحث منشور في مجلة الحقوق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٦، الإصدار الثاني، دون عدد، وسنة نشر.

٣) د. هادي الكعبي، النقض الجزئي للقرار القضائي، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، الإصدار الرابع، دون سنة نشر.

رابعاً: مجموعة الاحكام العدلية: مجموعة الاحكام العدلية التي يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل العراقية:

١) العدد الثاني، السنة السادسة.

٢) العدد الأول والثاني والرابع، السنة السابعة والثامنة.

خامساً: القوانين:

١) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل.

٢) قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م المعدل.

٣) قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م المعدل.

٤) قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٥) سنة ١٩٨٠م المعدل.

٥) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م.

٦) قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨م.

٧) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣م.