بسم الله الرحمن الرحيم
توازي وتعادل الأشكال
المقدمة

لعل من المناسب، ان نشير، إلى ان فكرة توازي وتعادل الأشكال القانونية، يعني ان الشكل او الاجراء الذي ينتهي به تصرف او مركز قانوني يجب ان يكون بقوة التصرف او المركز القانوني الذي أنشأه ,كمبدأ عام ,الا انه لا يمنع من ان يكون اقوى منه, وان ذات الإجراءات التي اعتمدت في انشائه ,تعتمد في انهائه.

وأهميته تكمن في انه محاولة لرصد تقنيات الصياغة التشريعية الداخلية والتي تكشف أيضا عن البنى التحتية للنص القانوني كما تنبثق أهميته من اعتماد المشرع العراقي على هذه الفكرة في مواضع عديدة مع غياب البيان والتحديد لها، ولعل مما يعزز هذه الأهمية هو غياب الدراسات المتخصصة التي تتوفر على استجلائها وبيان مفهومها وتطبيقاتها، على الرغم من انتشارها على مساحة واسعة ، مما ينمُّ عن قدرتها على تفسير مجموعة واسعة من الأنظمة الفقهية والقانونية، فضلاً عما يتسم به هذا الموضوع من غموض وعدم تنظير.

يهدف هذا البحث إلى بلورة حقيقة فكرة توازي وتعادل الأشكال بصورة تحدد مفهومه وتؤطر أبعاد فكرته وتحدد طبيعته وأبرز تطبيقاته وفق ما يتحصل لنا من عملية تسليط الضوء على موقف القانون العراقي، وقد سعى البحث الى محاولة صياغة هذه الفكرة، ولربما نقنع بان تكون صياغةً أولية لها، أو لبعض جوانبها.

اعتمد البحث، القانون العراقي محلا للدراسة مع الإشارة إلى القوانين المدنية المقارنة عند الاقتضاء، بقدر ما تسلط هذه المقارنة من ضوءٍ على موضوع البحث. كما اعتمد البحث المنهج العلمي القائم على الاستقراء والتحليل منهجاً له إلى جانب المقارنة.

دراسة موضوعة البحث ستكون بمقدمة ومبحثين، نخصص المبحث الاول لدراسة مفهوم توازي وتعادل الأشكال وبمطلبين نخصص المطلب الاول للمقصود منها في حين المطلب الثاني سيكون مخصصا لتأصيل فكرة توازي وتعادل الأشكال، اما المبحث الثاني فسيكون لدراسة تطبيقاتٍ لها في نطاق القانون الخاص وبمطلبين الاول لتطبيق موضوعي والثاني لتطبيق إجرائي، واذا انتهينا من ذلك اجملنا اهم نتائج ومستخلصات البحث في خاتمة .

فتوازي وتعادل الأشكال، وبعيدا عن الخوض (, في كونها مبدا ام قاعدة ام أصلا تشريعيا ام كونيا[1]), هي من الأفكار المستقرة في نطاق القانون العام، واستخدامها والرجوع اليها مستفيض في هذا الصدد. الا انه لا توجد بحوث ولا دراسات بشأنها في القانون الخاص.

---

[1] انظر التوازي والتعادل كفكرة في نصوص القران الكريم الآيات التالية ,على سبيل لمثال (له ملك السموات والارض يحيى ويميت وهو على كل شئ قدير . هو الأول والآخر والظاهر والباطن وهو بكل شئ عليم)الايتان ٢و ٣ من سورة الحديد .و قوله تعالى (وانه هو اضحك وابكى .وانه هو أمات واحيا)الايتان ٤٣و٤٤ من سورة النجم , وقوله تعالى في سورة طه (قال رب لم حشرتني اعمى وقد كنت بصيرا .قال كذلك اتتك اياتنا فنسيتها وكذلك اليوم تنسى)الايتان ١٢٥و١٢٦.وقوله تعالى في سورة الجاثية الاية ٣٤ (وقيل اليوم ننسكم كما نسيتم لقاء يومكم هذا ....)

ولها تطبيقات تتواجد في نطاق القانون الخاص, وهذه التطبيقات تختلف باختلاف مكانها وموضع استخدامها دون الاشارة الى الفكرة بالذات او تسميتها, وان كنت شخصيا , ممن لا يؤمن بتقسيم القانون الى قانون خاص وقانون عام , بل, من المؤمنين بوحدة القانون المرتبطة أصلا بوحدة المشرع ووحدة مصادره المادية واصوله الفكرية والواقعية التي تنتج القانون , واعتقد انه اذا كان صحيحا لأغراض منهجية وتعليمية ولأغراض تَمكُن الطالب من مادته الدراسية في نطاق الدراسة الاولية ان نقدم له القانون على شكلٍ تجزيئي او تفكيكي فانه ليس صحيحا ان يتبعَ ذات النهج في الإطار البحثي العلمي والتأصيلي للقانون , وهناك من الفقهاء ممن دعي الى عدم المغالاةِ بالتفرقة المصطنعة ما بين القانون العام والخاص وانه من الضروري السعي الى خلق مناسبات التجسير بينهما١.

واعتقدُ جازما, ان مما يتناقض مع حقيقة العلم وطبيعة دوره ان تقوده سلفا قوالبٌ واطرٌ جاهزة تُفقِدُه حيويته وسعيه المستمر للتكامل وسعيه المستمر للتنازل عن كل ما لا يمت للعلم بصلة , فمن المنطقي والطبيعي ان يقود العلمُ البحثَ لكن من غير الطبيعي ولا المنطقي ان يقود البحثُ العلمَ. ومن هنا أجد ان الاستعانة باتجاهات ودراسات القانون العام حول هذه الفكرة،مما يستقيم مع منهج العلم ويتفق مع القول بوحدة القانون . وقد يعترض،البعض علينا ,قائلا ما السبب في استعارة الفكرة من القانون العام اذا كان لها تطبيقات في القانون الخاص ,اقول اعترف بوجود تطبيقات لها في القانون الخاص ,الا انه لا توجد دراسات فيه تولت دراسة الفكرة وحاولت تحديد مفهومها ,ومن هنا تأتي استعانتنا ببعض ما كتب في القانون العام لغرض تلمس وتحديد الإطار العام للفكرة .

المبحث الاول
مفهوم توازي وتعادل الأشكال

القانون نظام محكوم بجملة من الضوابط العقلية والعملية والمنطقية ,وقد يُفصِح المشرعُ عنها وقد لا يفصح عنها , فمن هذه الاعتبارات المنطقية والتي هي في حقيقتها ضوابطُ تعتَمدُ من قبل المشرع لتحديد مواقفه وضبط توجهاته , والتي يمكن تَلَمُسها من خلال الوقوف على حركة المشرع ونصوصه ما يمكن ان يطلق عليه توازي وتعادل الأشكال.

المطلب الأول
المقصود بتوازي وتعادل الأشكال

تحديد المقصود بتوازي وتعادل الاشكال, يلزم منا ان نحدد مقصوده في القانون العام في القانون الاداري على وجه التحديد في فرع اول ومقصده في القانون الخاص في فرع ثان.

الفرع الاول_ المقصود به نطاق القانون الاداري

تحظى قاعدة توازي وتعادل الأشكال بأهمية لا تنكر في نطاق القانون العام , وقد عبر عنها على سبيل المثال , المفكر الفرنسي جان جاك روسو بقوله "اذا كان صحيحا ما يقال انه مما

١-العميد ليون دكي –دروس في القانون العام –منشورات مركز البحوث القانونية –بغداد – ١٩٨١- اذ يذكر على الصفحة الخامسة عشر ما نصه "يجب الاحتراس من خطا شائع عموما , مضمونه اقامة فاصل مطلق بين القانون العام والخاص .ليس من شك في وجوب التمييز بين هذين الفرعين للقانون , الا انه يتعين عدم اقامة نوع من السور غير القابل للاقتحام بينهما ....."

يتناقض مع طبيعة الأشياء أن يفرض مجتمع ما على نفسه قوانين لا يمكن إلغاؤها او تعديلها فليس مما يخالف الطبيعة ولا مما يتناقض مع المنطق ان تتقيد الأمة حين تريد إلغاء او تعديل قوانينها بالإجراءات والأشكال التي أصدرتها"[١]

ولا يعتبر توازي وتعادل الأشكال مبدءا من المبادئ القانون العامة , وبالتالي لا تتمتع بما تتمتع به المبادئ القانونية العامة من ميزات لكنه يبقى قاعدة قانونية راسخة ما لم يرد نص يحول دون ذلك [٢].

ويدرس الفقه الإداري قاعدة تقابل الشكليات , في نطاق دراسته للقرار المضاد او القرار المعاكس ,

وقاعدة تقابل الشكليات برزت في بادئ الامر , في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في اواخر القرن التاسع عشر في العام ١٨٧٩ وقد تداولها فيما بعد الفقه الفرنسي على انها مسلمة ,ومؤداها ان الغاء او تعديل القرار الإداري يكون بقرار اداري صادر من نفس جهة القرار الاول وباتباع ذات الإجراءات التي اتبعت في اصدار القرار الاول[٣].

ويجمع الفقه الفرنسي على ان توازي الأشكال تحتوي شقين الاول تقابل الاختصاصات والثاني تقابل الإجراءات,فالقاعدة الأولى تقابل الاختصاصات تعني ان السلطة المختصة باصدار قانون ما او امر ما تكون هي الجهة المختصة باصدار قرار الغائه او تعديله , وانها قاعدة مطلقة ومفترضة لا يجوز الاتفاق على خلافها , الا انه يمكن الخروج عليها بنص خاص [٤], بمعنى انه يشترط ان تكون السلطة المختصة بإصدار القرار المضاد هي نفس السلطة المختصة التي اصدرت القرار الاول . واعتقد البعض ان هذه القاعدة هي واحدة من اكبر القواعد غير المكتوبة [٥] ,في حين انتقدها البعض الآخر معتقدا ان تقابل الشكليات يجب ان يقدر بالنظر الى طبيعة القرار واضاف الى ان الاسباب التي حدت بالمشرع الى النص على اتباع اجراءات معينه تبدو واجبة الإتباع ايضا عند اصدار قرار مضاد للقرار الاول ,وانها أي تقابل الشكليات لا تطبق بصفة تلقائية ,بمعنى ان الاختصاص لا ينعقد للسلطة التي اصدرت القرار الاول ,ولكن للسلطة وقت اصدار القرار المضاد اذا كان التنظيم القانوني الذي اناط بالجهة الاولى اصدار القرار الاول قد تغيرت ومنحت السلطة الى جهة اخرى[٦].

اما فيما يتعلق بالشق الثاني ونعني تقابل الإجراءات فيراد منها ان الإجراءات المتبعة في الغاء قرار اداري هي ذاتها التي اتبعت في اصدار القرار الاول [٧] هذا ما قرره جانب من الفقه العربي ايضا بقوله " توازي وتعادل الأشكال معناه اذا قرر المشرع شكلا معينا يجب ان يصدر القرار بناءا عليه فانه يجب اتباع ذات الشكل عند الغاء الادارة لهذا القرار او عند سحبه "[٨].

---

[١]-نقلا عن صادق محمد علي حسين الحسيني –القرار الإداري المضاد–رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل -٢٠٠٤-ص٥٨.

[٢]د يوسف سعد الخوري –القانون الإداري ج ١ بلا مكان نشر -١٩٩٨-ص٢٤٥.

[٣]-د حسني درويش -حدود سلطة الادارة في الغاء القرار الإداري-بحث منشور في مجلة العلوم الادارية –تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الادارية –السنة ٢٣-العدد الاول – يونية ١٩٨٢.ص١٤٨..

[٤]-د حسني درويش –المصدر اعلاه نفسه .

[٥]-لوبادير –القانون الاداري –ج٢ -١٩٦٣-ص٢٣٢-نقلا عن د حسني درويش .

[٦]الفقيه أساك رسالته _الاجراء الاداري غير القضائي –تولوز-١٩٦٦طبعة ١٩٦٨-ص٣٨٥.

[٧] صادق محمد علي حسن الحسيني _المصدر السابق _ ص ٧٠.

[٨]د احمد عبد الرحمن شرف الدين و محمد رفعت عبد الوهاب القضاء الاداري __جامعة صنعاء – كلية الشريعة والقانون _١٤١٢هـ _ ١٩٩١ _بلا مكان نشر _ص ٥٤٢. وانظر كذلك د .

والفقه الفرنسي يرى ان تقابل الإجراءات غير واجب التطبيق في جميع الحالات وفي هذا الصدد يقرر الفقيه باسيه انه ليس "ضروريا ان يتطلب في إلغاء القرار إتباع ذات الإجراءات التي سبق وان اتخذ القرار الأول في ضوئها " وفي هذا الصدد ايضا قرر مجلس الدولة الفرنسي بان السلطة المختصة بإصدار قرار ما, هي ذاتها المختصة بإصدار قرار إلغائه دون ان تكون مجبرة على اتباع ذات الإجراءات التي اتبعت في إصدار القرارالأول١.

ونطاق هذه القاعدة بشقيها توازي الاختصاصات وتوازي الأشكال هو القرارات الإدارية الفردية دون التنظيمية . وذلك لان القرارات التنظيمية لا تولد حقوقا ذاتية ومن ثم لا تكون مصدرا لاكتساب الحقوق٢,ويستبعد من نطاقها اذا كان تطبيقها لا يمثل ضمانة حقيقة للافراد , وكذلك اذا كان تطبيقها يودي الى نتائج غير منطقية ,او اذا كان تطبيقها يودي الى الإضرار بقواعد الاختصاص او المصلحة العمة وكذا يستبعد تطبيقها في الظروف الاستثنائية وكذلك في حالة عدم النص عليها قانونا ٣ .

الفرع الثاني

المقصود بتوازي وتعادل الاشكال في القانون الخاص

يراد من توازي وتعادل الأشكال ان النماذج والاشكال اللازمة لنشأة او تكوين مركز قانوني ما هي ذاتها التي تشترط في الانهاء او الانقضاء من جانب ومن جانب اخر تكون بذات القوة ,فعلى سبيل المثال ,قد يصدر تشريع ما, فالتشريع يبقى نافذا وساريا ما لم يلغ بتشريع لاحق مساوٍ له في القوة ,او يفوقه, ومن ذات الجهة او من جهة اعلى منها , ولا يجوز إلغاؤه بتشريع اقل منه درجة او بمصدر آخر سوى التشريع , وذات الامر فيما يتعلق بالقرار القضائي فهو يظل نافذا ساريا لا يلغى الا بقرار قضائي من نفس المحكمة في أحوال , او من محكمة اعلى منها , في أحوالٍ أخر , وذات الأمر يمكن تقريره اذا ما ابرم تصرف او انشأ مركز قانوني ما , من قبل جهة مختصة فانه لا يلغى او يعدل الا بذات الإجراءات ومن قبل ذات الجهة, فالعقد لا ينهض الا بإرادتين ولا ينهى اختياريا الا بأرادتين ,وما أُثبت بدليل كتابي لايجوز اثبات خلافه الا بدليل كتابي ,هذا إجمالا , ما يطلق عليه توازي وتعادل الأشكال.مع الاشارة الى ان التوازي يشير الى توازي الإجراءات وتقابلها اما التعادل فهو يشير الى تعادل وقوة الجهة التي تقر التصرف مع تلك التي تلغية او التي تنشئ مع تلك التي تنهي .

فمن يملك الإنشاء, يملك الإنهاء ,ومن يملك الإيجاد يملك العدم وان إجراءات الإيجاد يقابلها وبنفس المستوى إجراءات الإنهاء, وغالبا ما تتشاكل الإجراءات, بمعنى ان الإجراءات والأشكال المتبعة في والمقتضية لإلغاء او إنهاء مركز ما او نظام قانوني ما فهي ذاتها المتبعة في الإنشاء ان لم تكن الأشد منها..

سامي جمال الدين –اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة القضائية _منشاة المعارف –الإسكندرية _٢٠٠٣-ص ٢٩٠.

١-ا موسى شحادة –اهمية القواعد الشكلية والاجرائية في اعداد القرارات الإدارية الفردية –مجلة أبحاث اليرموك- سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية –مجلة علمية تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة اليرموك =المجلد السابع عشر ,العدد الثالث ,ايلول ,٢٠٠١-ص٤٤٩.

٢-صادق محمد علي حسن الحسيني _المصدر السابق -٦٩

٣-صادق محمد علي حسن الحسيني –المصدر نفسه –ص٧٠-٧١.

التقارب اللفظي فحسب وليس اكثر من ذلك يدعوني تجنبا للاختلاط ان اميز, هنا, ما بين موضوعة البحث (تعادل وتوازي الأشكال) وبين ما يسمى ب (مبدأ تكافؤ الأشكال القانونية) بكلمة موجزة ,وهو يعني انه في حالة نقصان بيان ما من البيانات في ورقة من اوراق الدعوى فان هذا النقص سيكون من الممكن ان يكمل ليس فقط من بيان مماثل للبيان الناقص بل من أي بيان ولو لم يكن مماثلا ما دام يحقق الغاية التي ارادها المشرع من ذلك البيان الناقص .وهذا المبدا لا ينطبق على الشكل في نطاق العمل الاجرائي , فحسب ,بل يحكم الشكل في القانون الحديث في سائر فروع القانون , ويشترط لاعمال هذا المبدا توفر شرطين مجتمعين هما ان يوجد مرادف للبيان الناقص وان يكون البيان المرادف موجود في نفس الورقة او في ورقة اخرى معلنة مع الورقة المعيبة[1] .

المطلب الثاني
تأصيل توازي وتعادل الأشكال

محاولة تاصيل موضوعة البحث تدعونا الى ان اخصص الفرع الاول لملامحها المتصورة في حين الفرع الثاني ساكرسه لبيان الدور الذي تظطلع به.

الفرع الاول
الملامح العامة لفكرة توازي وتعادل الأشكال

اولا:

التوازي والتعادل مثلما يعتمد في إنشاء العقود والمراكز القانونية فهو يعتمد أيضا في انهاء هذه العقود والمراكز القانونية ايضا ,فالعقد الملزم للجانبين لا ينهض الا بإرادتين فهو لا ينقض ايضا ,حسب الأصل الا بارادتين مالم تتحقق حالة من حالات الفسخ الصريح او الضمني او الانفساخ للعقد أي ان العقد لايجوز تعديله او فسخه الا بالتراضي او التقاضي وقد نصت المادة (١٨٥)مدني عراقي على ان "للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده" والإقالة اصطلاحا تعني اتفاق المتعاقدين على إنهاء عقد تم بينهما ,ولما كانت الاقالة عقد , فهي لاتنعقد الا اذا توافرت لها اركان كل عقد من محل وسبب وتراضي ,ولايشترط لوقوع الاقالة ان تتم بمشتقات لفظ (اقال) ,فتقع بكل لفظ يتم به المعنى المقصود وتتحقق بالتعاطي مع ضرورة اتحاد المجلس"[2].

ويشترط لتحقق الإقالة ان تتوفر شروط أشارت اليها المادة (١٨٢) مدني عراقي والتي نصت على ما يلي "١_يلزم ان يكون المعقود عليه قائما وموجودا في يد العاقد وقت الإقالة.٢_ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائما وموجودا في يد المشتري ,ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن .اما هلاك الثمن فلا يكون مانعا من صحة الإقالة."[3] ويظهر ان الإقالة لا تصح الا اذا كان المعقود عليه موجودا في يد العاقد ,وان الهلاك الكلي سواء اكان حقيقة ام حكما مانع للإقالة لعدم وجود المعقود عليه ولتعذر تسليمه ,اما الهلاك الجزئي فلا يمنع من تحققها في الجزء الباقي . اما حكم الإقالة فهو التزام كل طرف بان

---

[1]- د فتحي والي –نظرية البطلان في قانون المرافعات _قام بتحديثها د احمد ماهر زغلول –ط ٢ -دار الطباعة الحديثة -١٩٩٧-ص١٩٠ وما بعدها .

[2]-ولمزيد من التفصيل في موضوع إقالة العقد انظر بحث الدكتور عزيز كاظم جبر الخفاجي - إقالة العقود المدنية بين الشريعة والقانون –توزيع المكتبة القانونية –بغداد شارع المتنبي -٢٠٠٦.

[3]- انظر المادة (١٤٧) مدني مصري و (١٤٨) مدني سوري و (٢٤٥) موجبات وعقود لبناني و (٢١١) مدني يمني و(٢٤٢) مدني اردني . مع الاشارة الى ان بعض العقود تنتهي بوفاة احد الطرفين انظر عقد الوكالة مثلا.

يعيد للآخر ماكان قد تسلمه , ومع الإشارة ان التصرفات الواقعة ما بين لحظة انعقاد التصرف الأصلي الى لحظة إقالته تكون نافذة بحق المتعاقد الآخر والغير ما لم يكن قد ترتب على التصرف انتقال لحق الملكية او أي حق عيني اخر الى الغير ,فان هذا سيكون مانعا من الإقالة لعدم وجود المعقود عليه . ويتضح ان طرفي العقد لا يستطيعان إلغاء او إنهاء البنيان القانوني لمؤسسة العقد ما لم يتفقا على ذلك ,أي ان ما اشترط وجوده لانعقاد التصرف يكون مشترطا لإلغائه.

ثانيا: الإجراءات والأشكال اللازمة لنشأة العقود والمراكز تلزم ,أيضا, فيما يدخل على العقد من تعديلاتاوإضافات[1] ,مما يعني ان التعديلات او الإضافات لا تأخذ حكم العقد مالم تتبع ذات الإجراءات التي اتبعت في نشأة العقد وذات الشكل المفروض قانونا وقد نصت المادة (٩٠)من القانون المدني العراقي التي على ما يلي "١-اذا فرض القانون شكلا معينا للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص على خلاف ذلك .٢-ويجب استيفاء هذا الشكل ايضا فيما يدخل على العقد من تعديل ". فالإجراءات والأشكال اللازمة لانعقاد عقد ما فهي ذاتها التي تعتمد عند اجراء أي تعديل لهذا العقد ,ويظهر التوازي واضحا ما بين إجراءات الانعقاد وإجراءات التعديل .

وبذات الاتجاه ايضا نص المادة (٨٧٧)مدني عراقي التي نصت على ما يلي "اذا ابرم العقد _عقد المقاولة _باجرة حددت جزافا على اساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ,فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الاجرة حتى لو حدث في التصميم تعديل او إضافة, الا ان يكون ذلك راجعا الى خطا من رب العمل او يكون مأذونا منه وقد اتفق مع المقاول على اجرته .ويجب ان يحصل هذا الاتفاق كتابة .الا اذا كان العقد الاصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة". فالاتفاق على تعديل الاجرة التي يستحقها المقاول يجب ان يتخذ ذات الشكل الذي اتخذه العقد الاصلي بينهما ,فعندما يكون هذا العقد شكليا في الانعقاد سواء اكانت هذه الشكلية رسمية ام عادية فيلزم ان يكون تعديل هذا العقد شكليا ايضا , وعندما يكون العقد الأصلي شفاهيا سيكون كافيا لوقوع التعديل ان يكون شفاها ايضا . بمعنى ان لم يتحقق التوازي فسيكون البطلان جزاء لهذ التخلف.

ثالثا:

وكذلك ذات الامر يتحقق _اي التوازي والتعادل _ما بين الإجراءات المتبعة لنشأة عقد ما وتلك المتعلقة بالاتفاق الابتدائي المتضمن وعدا بإبرام هذا العقد, وتقضي القواعد العامة بان الوعد بإبرام عقد معين يعتبر عقدا في ذاته ينشئ التزاما في ذمة الواعد بإبرام العقد[2] .

---

[1] -انظر المادة(٥٠٧)مدني مصري, و(٤٧٥) مدني سوري , (٤١٨) مدني جزائري والتي تقابل المادة (٦٢٨)مدني عراقي (الملغاة)والتي كانت تنص على ما يلي "يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا,وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات اذا لم يكن له نفس الشكل الذي افرغ فيه ذلك العقد " الغي الفصل الثالث من الباب الاول من الكتاب الثاني من القانون المدني العراقي والذي كان يتضمن النصوص من (٦٢٦-٦٨٣)مدني عراقي ومن ضمنها النص موضع النقاش بموجب المادة (٢١٥) من قانون الشركات الملغى رقم (٣٦لسنة ١٩٨٣)المنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم (٢٩٣٥)لعام ١٩٨٣.

[2] --انظر المادة (٩١)مدني عراقي التي نصت على ما يلي "١- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها .٢-فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته ايضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعدا بابرام هذا العقد ." وبذات المعنى انظر المادة (١/١٠١) مدني مصري و (١٠٥) مدني اردني , والمادة (١٠٢) مدني سوري و المادة(٧١) مدني جزائري.

وبقدر تعلق الأمر بموضوع البحث نقول ان الوعد هو عقد يلتزم بمقتضاه الواعد بإبرام عقد معين بعد اتفاقهما على المسائل الجوهرية اذا اظهر الموعود رغبته بذلك في مدة معينة . وحيث ان الرضائية هي الأصل في العقود فان الوعد في الأصل رضائي ايضا ,فعقد البيع اذا كان رضائيا ,كما هو عليه في الغالب, يكون عقد الوعد به رضائيا , لا يشترط لانعقاده شكل خاص ,اما اذا كان عقد الوعد بالبيع واردا على عقار او حق عيني عقاري اصلي فانه يشترط لانعقاد العقد أي عقد الوعد بالبيع استيفاء الشكلية القانونية المتمثلة بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة[1].

وذات الامر يمكن تقريره بالنسبة لأي عقد وعد بالتصرف العقاري سواء كان من شانه انشاء حق من الحقوق العينية الاصلية او التبعية او نقلها او زوالها او تغييرها .فعندما يكون انعقاد التصرف شكليا بمعنى يلزم لانعقاده توفر الشكل القانوني , فهذا الشكل عينه يكون مشترطا لانعقاد الوعد به .

وتقضي المادة (١٠٢) مدني مصري بانه "اذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ,وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضي به مقام العقد ". ومثل هذا النص لا يوجد في التقنين المدني العراقي ,الا ان جانبا لايرى فيه الا تطبيقا للقواعد العامة [2]. ويظهر التوازي واضحا مابين اجرءات انعقاد التصرف وما بين اجرءات انعقاد الوعد به[3].

رابعا: والتعادل والتوازي في الأشكال مثلما يشمل الكيانات والعقود الأصلية فهو يشمل الكيانات والعقود التابعة , وبناء على ما تقدم فان الشكلية اذا ما كانت مشترطة في عقد بيع العقار فانه من باب التوازي والتعادل بين الأشكال المرعية اشتراطها في عقد التوكيل بالبيع . فالوكالة عقد به يقيم شخص مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ,والأصل , في الوكالة بموجب أحكام القانون المدني العراقي هي عقد رضائي ,الا ان المشرع قد يفرض,احيانا , في الوكالة شكلية[4] لاعتبارات عدة ,لانخوض فيها الان .

فغالب موقف المشرعين العرب يذهب الى تقرير هذا التوازي والتعادل مابين العقود الاصلية والعقود التابعة اذ قرر المشرع اللبناني في المادة (٧٧٥)قانون الموجبات والعقود اللبناني ما يلي "لا يجوز اعطاء الوكالة الا بالصيغة القانونية للعمل الذي يكون موضوع التوكيل ,مالم يكن

---

[1]-انظر المادة ١,٢/٣ من قانون السجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ذي الرقم ١٩٩٥في ١٩٧١/٥/١٠.وانظر ايضا المادة (٥٠٨) مدني عراقي .

[2]محمد طه البشير ود غني حسون طه ,الحقوق العينية ,ج٢ قامت بطبعه جامعة بغداد كلية القانون ص ٤١٠

[3]- انظر المادة,٥١١ موجبات وعقود لبناني نصت على ان" لايصح الوعد بالهبة الا اذا كان خطيا ولايصح الوعد بهبة عقار او حق عقاري الا بقيده في السجل العقاري " .وما قضت به المادة (٤٩٠) مدني مصري و(٤٥٨)مدني سوري اللتان نصتا على "الوعد بالهبة لا ينعقد الا اذا كان بورقة رسمية" وذات الموقف فيما يتعلق بالمشرع التونسي انظر الفصل ٥٨١ مجلة العقود والالتزامات التونسية .

[4]-انظر المادة (٥١) مرافعات مدنية التي نصت على ما يلي "في اليوم المحدد للمرافعة على المحكمة ان تحقق من اتمام التبليغات وصفات الخصوم.ويحضر الخصوم بانفسهم او بمن يوكلونه من المحامين ..... ويكون ذلك بوكالة مصدقة من الكاتب العدل او المحكمة المنظورة امامها الدعوى.....". واشتراط الشكلية في الوكالة مشترطة ايضا بموجن قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣ انظر المادة (١٩٧,٢٠١) منه .

هناك ثمة نص قانوني مخالف)[1]. حيث تكرس المادة المذكورة "دور الشكل في مرحلة انشاء العقد والوكالة يجب ان تتم بنفس الصيغة القانونية للعمل ,موضوع الوكالة ,فاذا كان العمل القانوني موضوع الوكالة يستلزم استيفاء بعض الشكليات, فيجب اجراء العقد بالشكل المطلوب لقيام ذلك العقد (موضوع الوكالة)"[2] ,ويقرر الفقه والاجتهاد الفرنسي ان اللجوء الى اعتماد الشكلية في الوكالة"في اغلب الأحيان يكون بموجب مبدأ التوازي في الأشكال .ان الوضع موجود وبالتالي تفرض الرسمية لاثبات التوكيل عندما يعطى من اجل عمل قانوني له هو نفسه طابع رسمي , وان عقد الوكالة يخضع هو نفسه لشروط الشكل والاثبات المتعلقة بالعقد المعد للابرام نفسه"[3] . ويعتبر الفقه الفرنسي ما يطلق عليه الشكلية المقتبسة استثناء يرد على مبدا الرضائية في انعقاد العقود وان هذا الاستثناء تبرره فكرة التوازي والتعادل ما بين الاشكال التي عممها الاجتهاد الفرنسي [4].

ومع ذلك فان بعض التقنينات العربية قد اتجهت الى عدم تقرير التوازي في هذا الموضع , اذ نصت مجلة الالتزامات والعقود التونسية في الفصل (١١١٣)انه "يجوز التوكيل بصيغة غير الصيغة الواجبة قانونا في العقد المقصود منه التوكيل " وكذلك القانون المدني الكويتي لعام ١٩٨٠ في المادة (٥٥) انه "لا يلزم ان يكون سند النيابة في الشكل الذي يتطلبه القانون لابرام التصرف الذي يتم عن طريقها , ما لم يقض القانون بخلاف ذلك ." ومع ذلك فهو جعل من التوازي استثناء يتمثل بنص القانون القاضي خلاف الاصل[5].

ومثلما راينا التوازي ما بين العقود الاصلية والعقود التابعة فان التقابل والتوازي يشترط ايضا تحققه في الشروط التي تعدل نطاق او مضمون العقد لا تلك التي تضاف اليه فيما يعد شروطا تكميلية او تفصيلية[6].

---

[1] وذات الموقف انظر المادة(٧٠٠) مدني مصري والمادة (٦٦٦)مدني سوري اللتين نصتا "يجب ان يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " والمادة(٥٧٢)جزائري و المادة (٧٧٥) موجبات وعقود لبناني – ويذكر ان المشرع العراقي والاردني لم يذكرا نصا مقابلا لهذه النصوص الا ان ذات الامر يمكن تقريره تعويلا على القواعد العامة و ما تذهب اليه القوانين الخاصة كقانون التسجيل العقاري في العراق مثلا .(مراجعة للتسجيل)

[2] -د محمد علي عبده – دور الشكل في العقود – ط ١ –منشورات زين الحقوقية –بيروت –لبنان ٢٠٠٧-ص٦١.

[3] -المطول في القانون المدني – العقود الرئيسة الخاصة المجلد الثاني الموسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ص ٤٢ و ١١٠٦ وبذات المعنى انظر نقض مدني فرنسي ٧ شباط ١٩٥٤ دالوز ١ ,٤٩ والذي قرر " التوكيل يجب ان يشارك في توثيق العقد نفسه ... ذلك بان هذين العقدين يشكلان كلا غير قابل للانقسام ويخصصان للشروط نفسها . مشار اليه في غستان .

[4] بينابنت _ المصدر السابق ص ٤٧٨, وانظر قرارات محكمة النقض الفرنسية الاتية: قرار الغرفة المنية الثانية ١٩ تموز ١٩٩٥ النشرة المدنية ١١١ _ رقم ٢٠٣.وقرار الغرفة المدنية الاولى نقض ١٧ ايار ١٩٩٣ النشرة المدنية رقم(١)١٧٦ومحكمة الاستئناف باريس ١٦ ايار ١٩٦٤ مصنف الاجتهاد الدوري (الاسبوع القانوني),١٩٦٤ ١١و ١٣٨٨٨.

[5] _ لمزيد من التفصيل انظر د جاسم لفته العبودي –النيابة عن الغير في التصرف القانوني _ رسالته لنيل درجة الدكتوراه _ مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد ١٩٩١ _ ص ٥٨ و ٩٥ .

[6] -السنهوري الوسيط في شرح القانون المني الجديد, ج١ في مصادر الالتزام ص١٤٤ النسخة . ,وانظر المادة ١٩٣,١٩٧ من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

ومثلما يتحقق التوازي والتعادل في الطلبات الاصلية فهو يتحقق في الطلبات الطارئة, اذ تختص نفس المحكمة التي قضت في الدعوى بالنظر في الدعاوى المتعلقة بمصاريف الدعوى المذكورة واجور المحاماة [١].

خامسا: كذلك يمكننا التقرير ان الأشكال القانونية الواجب توفرها في التصرفات الواردة على الحقوق العينية الاصلية او المتفرعة منها اذا كانت واردة على عقار فمن باب التوازي والتعادل اشتراطها في الحقوق العينية التبعية والتكاليف والاعباء التي ترد على العقار. حيث ان العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد الا اذا روعيت الشكلية القانونية [٢] وذات الامر يقرر فيما يتعلق بالتصرفات المقررة لحق عيني تبعي كحق الرهن التأميني والحيازي والامتياز وحيث لا ينعقد الرهن التأميني الابتسجيله[٣] واذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط لتمامه ان يسجل في الدائرة المختصة [٤].

سادسا :يمكننا تصور التوازي والتعادل وسيلة لانعقاد الملك "فالبيع مبادلة مال بمال"[٥], وهذا ما يدعونا الى القول ان التوزاي ما بين الالتزامات او ما يطلق عليه بالارتباط هو السبب في الالتزامات العقدية وتخلفه يبيح لاحد اطرافه طلب فسخه واعتباره مفسوخا حسب الاحوال [٦].ومثلما كان التوازي والتعادل وسيلة لانعقاد التصرفات والملك فهو وسيلة لانقضاء الالتزامات كما هو الحاصل في المقاصة ٧. ويظهر التوازي والتعادل واضحا فيما يلزم في المقاصة من ضرورة تقابل الدينين واتحادهما وتعادلهما جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا.

---

[١]- انظر بهذا الخصوص المادة (٦٧)مرافعات مدنية عراقي التي نصت "تعتبرمن الدعاوى الحادثة ما يقدمه المدعي تكملة للدعوى الاصلية او ما يكون مترتبا عليها متصلا بها بصلة لا تقبل التجزئة بحيث يكون الحكم الذي يقرر لاحدهما من شانه ان يوثر في الحكم الذي يجب ان يقرر للاخر" والمادة (٦٨) مرافعات مدنية التي نصت للمدعي ان يقدم من الطلبات المتقابلة ما يتضمن المقاصة او أي طلب اخر يكون متصلا بصلة لا تقبل التجزئة وانظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز المرقم ٩٨٠ /شرعية /١٩٧٢ في ١٩٧٢/٧/٤ ابراهيم المشاهدي المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز /قسم المرافعات المدنية ,مطبعة الجاحظ ,بغداد ,١٩٩٠ ,ص٣١.

[٢]_انظر المادة (٢/١١٢٦) مدني عراقي وبذات المضمون المادة (٥٠٨) مدني والمادة (٣) تسجيل عقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

[٣]-انظر المادة (١٢٨٦) مدني عراقي والمادة (١٣٢٤) مدني اردني . وانظر المادة (١٠٣١) مدني مصري في باب الرهن الرسمي (التأميني) والتي نصت على ما يلي : (لا ينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية) , في حين نصت المادة (١١١٤) من ذا القانون في باب الرهن الحيازي العقاري ما يلي :(يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة ان يقيد عقد الرهن , وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي .)

[٤]-انظر المادة (١٣٢٤)مدني عراقي وانظر المادتين ١١٣١ و١١١٤مصري .

[٥]-انظر المادة ٥٠٦ مدني عراقي .

[٦]- انظر المادة (١٧٧) مدني عراقي والتي نصت على ما يلي (١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه في العقد جاز للعاقد الاخر بعد اعذاره ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى .....) وبذات الفكرة انظر المادة(١٧٨و ١٧٩ و١٨٠) من القانون المدني العراقي .

[٧]-انظر المادة (٤٠٨)مدني عراق التي نصت ان المقاصة هي "اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص ".

سابعا – ان الأشكال اللازمة لإثبات انعقاد التصرفات تكون هي ذاتها المعتمدة لاثبات تعديل او انهاء او انقضاء تلكم التصرفات ,فعندما يشترط القانون دليلا معينا لاثبات تصرف ما , ولنفترض ان يكون دليلا كتابيا كما لوكانت قيمة التصرف تزيد على خمسة الاف دينار,فان الدفوع التي تتعلق بوجود التصرف او انقضائه يجب ان تكون بدليل كتابي ايضا ومن باب توازي وتعادل الاشكال.بل, ان المشرع يشترط ان تكون الادلة بقوة واحدة ان لن تكن اقوى , فاذا كان الدليل المشترط لاثبات التصرف دليلا كتابيا رسميا فلا يجوز ان يكون دليل اثبات خلافه الا كتابيا رسميا ومعه لايقبل الاثبات في مثل هذه الحالة_ حسب الاصل _ بشهادة الشهود او القرائن او بدليل كتابي عادي , لكن هذالا يمنع من ان يكون الدليل المقدم أقوى من الدليل المشترط , فعندما يشترط القانون البينة الشخصية دليلا لاثبات تصرف لا تزيد قيمته عن خمسة الاف دينار مثلا , فليس هناك ما يمنع من ان يتم اثبات خلافه بدليل كتابي عادي او رسمي.

الفرع الثاني

دور توازي وتعادل الأشكال

اولا_ظهرت في تاريخ الفقه فيما يتعلق بتحديد اساس قوة العرف اتجاهات عدة .اولى[1] الاتجاهات يرى ان مبعث القوة الملزمة للعرف يتمثل بارادة المشرع الضمنية ,من خلال قيام الدولة على كفالة احترامها بقوتها المادية ,أي ان العرف يجد قوته الملزمة في رضا المشرع عنه ,فيكون العرف تعبيرا ضمنيا عن ارادة المشرع مثلما كان التشريع تعبيرا صريحا عن تلكم الارادة .وقد انتقد هذا الاتجاه ,وفي مقدمة الانتقادات ان هذا الاتجاه يجعل من القانون ومن ثم العرف تبعا لمشيئة الدولة وإرادتها[2] .وهذا ما لا يقول به احد في الوقت الحاضر ,فالقانون اقدم وجودا من الدولة ولاتملك الدولة في جميع الاحيان القدرة المطلقة على البت بوجود القاعدة القانونية من عدمها ,ففي احيان كثيرة تكون الدولة اوالسلطة التشريعية فيها مجبرة على الاعتراف بالقواعد القانونية الموجودة والتي أقرتها الجماعة .

اما الاتجاه الثاني فيذهب الى تأسيس القوة الملزمة للعرف على ما تسميه (ضمير الجماعة) اذ يتخذ هذا الاتجاه من المذهب التاريخي للقانون القائل بان القانون ينشا ويتطور حتميا وآليا وحسبما تفرزه حياة الجماعة وبتأثير عوامل عدة ,ما يجعل العرف وسيلة التعبير المباشرة عن ارادة الجماعة ,في حين كان التشريع ,لدى هذا الاتجاه وسيلة التعبير غير المباشرة عن ارادة الجماعة . وهذا الاتجاه منتقد ايضا ,ويمكن ان يوجه اليه من النقد ما كان قد وجه للمذهب التاريخي ,ولعل في مقدمتها واهمها انه مذهب غالى كثيرا في نفي وجود القانون الطبيعي من اساسه اولا , وانكاره كل دورللنشاط العقلي والفكري للانسان في نشأة القانون وتطويره وانه قصر دور التشريع على التسجيل الآلي للأحـــداث دون رسمها وتوجيهها [3].

اما الاتجاه الثالث فيذهب الى تأسيس

---

[1]-د حسن كيرة –المدخل إلى القانون-منشأة المعارف- بالاسكندرية - نظرية القانون –ط٤ - ١٩٧١. ص٢٨٤.

[2]- انظر في تفصيل الانتقادات الموجه لهذا الاتجاه : د حسن كيرة – المصدر السابق. ص ٩٢.

[3]-د سليمان مرقس –المدخل للعلوم القانونية –القسم الاول –في القانون –ط٣ دار النشر للجامعات المصرية –القاهرة -١٩٥٧-ص٣٨٠.

القوة الملزمة للعرف على احكام القضاء,أي ان العرف لاينشا من تلقاء ذاته وانما يتحقق له الإلزام من خلال تطبيق القضاء له[1] ,وبدوره هذا الاتجاه منتقد حيث ان المشاهد ان القواعد القانونية العرفية توجد قبل تطبيق القضاء لها.
وأخيرا اتجاه يرى ان ارادة المشرع الصريحة هي التي تفسر القوة الملزمة للعرف وكذلك تحدد دوره فيما اذا كان دورا اصليا ام احتياطيا .من ذلك المادة الأولى من التقنين المدني العراقي ومثيلاتها من التقنينات الاخرى .ننتهي الى المشرع عند اعتماده لقاعدة توزاي وتعادل الأشكال في نطاق التشريع فان ذلك يعكس تبني المشرع الاتجاه الذي يقول ان القوة الملزمة للعرف تاتي من احالة المشرع الى قواعده .

ثانيا :
اعتماد المشرع لقاعدة التوازي والتعادل مثلما عكس ايمان المشرع بان القوة الملزمة للعرف تاتي من الإحالة الصريحة والمباشرة للعرف فهي ترصد من باب آخر ايمان المشرع بتدرج التشريع وجموده .ويقصد بتدرج التشريع انه يوجد في نطاق النظام القانوني ثلاثة انواع من التشريع تتدرج من الأعلى الى الأدنى ومن الأسمى الى الأقل سموا وعلوا ,وهذا التدرج يكون شكليا وموضوعيا على حد سواء ,بدءا من التشريع الدستوري بوصفه اعلى واسمى التشريعات ويليه قوة وسموا التشريع العادي ويليهما سموا وقوة التشريع الفرعي وينبني على هذا التدرج مطابقة وموائمة التشريع الاقل مرتبة للتشريع الاعلى مرتبة فضلا عن ضرورة اقرار الرقابة على دستورية القوانين[2] .والتدرج ظاهرة لا تحكم التشريع فحسب بل تحكم القانون فمثلما يتدرج التشريع حسب نوعه ,فمصادر القانون تتدرج كذلك من التشريع الى العرف ومنه الى مبادئ الشريعة الإسلامية.الا ان التدرج يتوقف عند قواعد العدالة[3] بسبب ان الأخيرة ليست قواعد بالمعنى الاصطلاحي الدقيق وانما هي شعور يقره العقل المجرد المحايد يملأ النفس مما يدفعها الى الإنصاف والمساواة ,فهي التي تلهم المشرع والقاضي الحكم العادل.وهكذا يظهر لنا بوضوح انه لا الغاء او تعديل لقاعدة دستورية بقاعدة تشريعية عادية ولا الأخيرة بقاعدة من التشريع الفرعي.ولا يمكن إلغاء قاعدة عرفية مكملة لقاعدة عرفية امرة ,وفيما يتعلق بمبادئ الشريعة الإسلامية لا يجوز الغاء مبدءا ثبت بالكتاب بآخر ثبت بالإجماع او القياس مثلا.... وذات الامر يمكن ان نقرره من الناحية النظرية بشان قواعد العدالة وان كان يستعصي تصور ذلك من الناحية العملية .

ثالثا: اعتماد المشرع لقاعدة التوازي والتعادل مثلما عكس ايمان المشرع بان القوة الملزمة للعرف تأتي من الإحالة الصريحة والمباشرة للعرف وعكس لنا إيمانه بتدرج التشريع والقانون فهي ترصد من باب آخر ايمان المشرع بجموده التشريع.ونكتفي هنا بالقول ان المقصود بجمود التشريع هو تعذر الغائه او تعديلة الا بذات اجراءات سنه او اشد او اعقد منها وبالتأكيد لا يرتبط بفكرة جمود التشريع استحالة تعديله فلا منكر من المفكرين على حتمية تعديل وإلغاء التشريع لكن وفق الضوابط التي يرسمها القانون لذلك وبما يمكّن التشريع من تحقيق اهدافه المنشودة وحتى لا يتحول الى وسيلة يحمي الطغاة انفسهم بها في سعيهم الدؤوب للاستئثار بما ليس لهم .

---

[1] _ د سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون-الناشر منشاة المعارف بالاسكندرية- القاهرة – ١٩٧٣.- ص٤٥٣.

[2] -د حسن كيرة –المصدر السابق –ص ٢٤٧-٢٤٨ .

[3] -عبد الباقي البكري -المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية –- ج١- مطبعة الاداب – النجف الاشرف ١٣٩٢ه-١٩٧٢م-ص ٤٣٠..

رابعا :
تبني المشرع لتوازي وتعادل الأشكال ,وعلى اقل تقدير في نطاق التشريع ,يعكس ايمان المشرع بقدرة التشريع على النهوض بمهمة صنع المجتمعات وتطويرها ,وذلك لما يتمتع من سرعة في السن والتعديل ووضعه من سلطة مختصة يساعد على ان يكون وسيلة مهمة من وسائل إصلاح المجتمعات ودفعها نحو التطور ,فضلا عن ايمان المشرع بقدرته على مواكبة المستجدات التي تطرأ في حياة الجماعة وقدرته على تقديم الحلول الناجعة وهذا الايمان من المشرع بقدر التشريع على تلبية الاهداف التقريرية والتقويمية يقابله شك يصل الى درجات متقدمة احيانا بقدرة العرف على ذلك ,وكل هذا يمكن استنتاجه من رفض المشرع ان يتم الغاء التشريع بقاعدة اقل مرتبة منه .

خامسا:
التوازي والتعادل ضمانة مهمة من ضمانات التقاضي واستقرار المراكز والأوضاع القانونية وهذا سيظهر لنا واضحا عند دراسة التطبيقات في نطاق القانون الاجرائي .
سادسا: اعتماد المشرع لتوازي وتعادل الاشكال يعكس ايمانه باهمية وخطورة التصرفات القانونية التي يحتم تواجده فيها كما هو الحال في التصرفات العقارية تصرفا او وعدا وكذلك الوكالة في التصرفات,لان مثل هذه التوجهات تنطوي على قدر كبير من الحيطة الكامنة في الاجراءات المعتمدة وتنبه المتصرف الى خطورة اعماله القانونية وتدعوه الى مزيد من التروي والتبصر بنتائج الامور,وهذا واضح من شدة الجزاء الذي يقرره في حال عدم اعتمادها.

المبحث الثاني

تطبيقات الفكرة في نطاق القانون الخاص

للتعادل والتوازي تطبيقات عدة في نطاق القانون الخاص فقد تكون في نطاق القانون الموضوعي اولا وقد يكون في نطاق القانون الإجرائي ثانيا وهذا ما سنحاول القاء الضوء عليه تلمسا للفكرة وتوضيحا لها .
فالتوازي قد يكون على نطاق الاختصاص او(الصلاحيات) مرة, وقد يكون على نطاق الاجراءات او (الشكل)في المرة الثانية وقد ياتي التوازي على نطاق المضمون او (الحجية) في مرة ثالثة .
ومن الضروري ان نقدم عرضا نبين فيه الاختصاص اولا ,وبشكل مختصر, وفي سياق الحديث عن الاختصاص نتحدث عن الاهلية في نطاق التصرف القانوني لانها تقوم بذات ما يقوم به الاختصاص في نطاق العمل الإجرائي ولكل الموضوعين اهميته في فكرة توازي وتعادل الاشكال ومن هنا يظهر الارتباط مابين العمل الإجرائي والتصرف القانوني[1] .وعلى هذا يلزمنا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتحدث في المطلب الاول عن كل من (الاختصاص والاهلية).اما المطلب الثاني فسيكون لتطبيقات منتقاة على الصعيد الموضوعي والاجرائي وبفرعين حيث نخصص فرعا لكل منهما

المطلب الاول

سنقسم هذا المطلب الى فرعين الاول لدراسة الاختصاص والثاني لدراسة الاهلية .

الفرع الاول

[1]-مع الاشارة الى وجود فوارق عديدة بين العمل الاجرائي والتصرف القانوني ونحيل القارئ الكريم في ذلك الى د فتحي والي_المصدر السابق ...ص٨٦ وما بعدها .

الاختصاص

فيما يتعلق بمفهوم الاختصاص نقول ان المحاكم المدنية صاحبة الولاية العامة في المنازعات أي ان اختصاصها يشمل كل المنازعات والوقائع التي تحدث ما لم يخرجه القانون من صلاحيتها او يدخلها في اختصاص محكمة أخرى اما الاختصاص فهو "أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون"[1], وكما معلوم ينقسم اختصاص المحاكم الى اختصاص محلي ودولي ولخروج الثاني عن نطاق دراستنا نكتفي بالاشارة اليه[2] ,على ان نتحدد بدراستنا بالاول ونعني به الاختصاص المحلي للمحاكم العراقية ومعه يقسم هذا الاختصاص الى اختصاص ولائي (وظيفي) اولا والى اختصاص نوعي ثانيا والى اختصاص مكاني ثالثا.

وما يراد من الاختصاص الولائي او الوظيفي هوان للقضاء "أهلية النظر والفصل في موضوعات معينة بحيث تستأثر هي بالحكم فيها دون غيرها من الهيئات القضائية أي انها تستقل بها استقلالا تاما "[3]وان المحاكم هي صاحبة الولاية العامة بالقضاء مالم يخرج القانون بعض المنازعات من ولايتها أي "نصيب او ولاية الهيئات القضائية المختلفة من سلطة وولاية القضاء في المنازعات "[4]وقد بينت المادة (٢٩)من قانون المرافعات المدنية النافذ ما يلي "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثني بنص خاص " وذات الامر تم تقريره في قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة١٩٧٩المادة (٣)[5] منه.

---

[1]-انظر المادة ٢٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغى رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ .ويذكر ان قانون ان قانون المرافعات المنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ المعدل لم يورد تعريفا للاختصاص .

[2]-يراد من الاختصاص الدولي للمحاكم "نصيب او سلطة الدولة في الفصل في المنازعات التي تحدث على إقليمها بين الأشخاص المقيمين فيها سواء كانوا مواطنين او اجانب او التي تتعلق بالاموال الموجودة على ارضها "د.عباس العبودي –المصدر السابق-ص٩٢ وما بعدها كما انه من الواضح ان قانون المرافعات المدنية النافذ لم يتطرق الى بيان الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية مما يعني انه اكتفى بما ورد من تحديد لهذا الاختصاص في مواضع اخرى من القانون كما في المادتين (١٤-١٥)من القانون المدني والمادة السادسة من قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية رقم (٣٠)لسنة ١٩٢٨المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٦٦٦ في ٥/٧/ ١٩٢٨ . وانظر لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع :الاستاذ عوني الفخري –الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في نطاق القانون الدولي الخاص –بحث منشور في مجلة العدالة وهي مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل –بغداد – العدد الاول السنة ١٩٩٩-ص ١٤ وما بعدها .

[3]-عبد الرحمن العلام –شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣لسنة ١٩٦٩ط ٢ -ج ١ مطبعة العاني –بغداد ١٩٩٦-ص٣٢١.

[4]-د عباس زبون العبودي –المصدر السابق –ص٩٧.

[5]-ورد في المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٧٤٦ في ١٢/١٧/ ١٩٧٩مايلي "تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية ,العامة والخاصة ,الا ما استثني منها بنص خاص ", ونسجل هنا ملاحظات يمكن سوقها في حق النصين, كل من نص قانون المرافعات ونص قانون التنظيم القضائي حيث لم يكن المشرع موفقا باستخدام عبارة (الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة) اذ كان بالإمكان الاكتفاء بعبارة (الأشخاص) وليس هناك من مبرر لهذا الترهل في الصياغة وعدم الاقتصاد والاعتدال في بناء النص التشريعي فالأشخاص مصطلح يغطي كل من الشخص الطبيعي والمعنوي وتأتي الحكومة في مقدمة الأشخاص المعنوية فضلا ان نص قانون المرافعات استخدم عبارة "المحاكم المدنية " وهي عبارة تثير لبسا او غموضا ظاهريا حول مدى

حيث يظهر من النصين انهما يقرران الولاية العامة للقضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاصة والعامة دون استثناء الا ما ورد نص خاص بشأنه١, والاختصاص الوظيفي للمحاكم يعد من النظام العام وعلى المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى وكذلك للخصوم الدفع به وفي اية مرحلة من مراحل التقاضي٢.

ويقصد بالاختصاص النوعي تحديد ولاية المحاكم في النظر في نوع معين من الدعاوي ٣ أي هو الاختصاص الذي بمقتضاه تحدد أصناف المحاكم ودرجاتها وولاية النظر في منازعات معينة, والقواعد الخاصة بهذا النوع من الاختصاص هي التي تحدد المنازعات التي تختص بها كل محكمة .

سريان ذلك للمحاكم الجزائية او غير المدنية وهو ما لا يريده المشرع من أصل تقريره للولاية العامة , في حين استخدم قانون التنظيم القضائي عبارة "ولاية القضاء " وهو ادق وأكثر تحقيقا للمطلوب . وهنا نقطة تقدم وتفوق لقانون التنظيم القضائي على قانون المرافعات من حيث الصياغة , إلا ان مما لا يمكن قبوله على النصين معا استخدامهما عبارة (خاص) للنص المُستثنى , فهو لا يكون إلا خاصا فلا حاجة للتنصيص معه.ويمكن ان نقترح صيغة جديدة للنصين تتمثل بالاتي (تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص إلا ما استثني منها بنص).

١ _وقد صدرت مجموعة كبيرة من القوانين والقرارات التشريعية التي تحجب سلطان القضاء تحد من ولايته العامة من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٩/ب من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٠٠ في ١٩٦٠/٦/٢,ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢٦ من قانون تنظيم التجارة الداخلية والخارجية رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ١٨٣٤ في ١٩٧٠/٢/٢٣ , وما نص عليه قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ع ١٨٨٤ في ٣٠ /١٩٧٠/٥ وقانون التعليم العالي وقانون الصحة ٨٩ لسنة ١٩٨١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ٢٨٤٥ في ١٩٨١/٨/١٧ ..... الان قانونا برقم (١٧)لسنة ٢٠٠٥ قد صدر من المشرع العراقي والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد(٤٠١١)_كانون الاول _٢٠٠٥_ السنة السابعة والأربعونالغى بمقتضاه كافة النصوص التشريعية اينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من قبل مجلس قيادة الثورة (المنحل)اعتبارا من ١٩٦٧/٧/١٧الى ٢٠٠٣/٤/٩ تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل ومعه لم يبق من استثناء يرد على صلاحية المحاكم للنظر في النزاعات الا تلك الاستثناءات التي وردت في كل من قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة التربية والضرائب وقرارات منع التجاوز على أراضي الدولة كما اقرتها المادة الثانية من القانون المذكور والحق يقال ان هذا الاستثناء الوارد في القانون (١٧)لسنة٢٠٠٥مخالف لأحكام الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ مع الاشارة ان هناك استثناءات ترد بموجب احكام القانون الدولي اوالاتفاقيات التي يكون العراق طرفا فيها وعلى سبيل المثال ما يتعلق باستثناء المتمتعين بالحصانة الدبلوماسية من ولاية المحاكم العراقية .

٢-انظر المادة (٧٧)من قانون المرافعات المدنية .وانظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز المرقم ١٢/حقوقية ثالثة /١٩٧٠ في ١٩٧٠/٣/١٢ والذي جاء فيه الآتي ".... قواعد الاختصاص من النظام العام وينبغي مراعاتها ولو لم يدفع بها الخصوم " وكذلك القرار ٢٥٣ /حقوقية ثالثة /١٩٦٩ في ١٩٧٠/١/٢١والذي جاء فيه ما يلي ".....ان قواعد الاختصاص هي من القواعد الامرة فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لتعلقها بالنظام العام "- ابراهيم المشاهدي - –ص٢١ وما بعدها.

٣- د ادم وهيب النداوي –المرافعات المدنية –المكتبة القانونية –بغداد ٢٠٠٦-ص٨٨.

وقد عين القانون هذا الاختصاص آخذا بنظر الاعتبار أمر التوزيع بين المحاكم المختلفة ,وهذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام , والاختصاص النوعي قد جعل في كل جهة قضائية طبقات متعددة كما اوجد في كل طبقة عددا من المحاكم وزع بينها المنازعات التي تدخل في اختصاص كل محكمة وقد راعى القانون في هذا التعدد المصلحة العامة من جانب والمصلحة الخاصة للخصوم فضلا عن ضمانات التقاضي ١.

اما الاختصاص المكاني٢ فهو صلاحية محكمة ما للنظر في دعوى معينة في حدود مكان ما , ويحدد هذا الاختصاص تبعا للتقسيمات الادارية ١.

١العلام –المصدر السابق – ص٤٠٧,ونشير ان المواد (٣١ -٣٢-٣٣)من قانون المرافعات بينت الاختصاص النوعي لمحكمة البداءة حيث نصت المادة (٣١)على ما يلي (تختص محكمة البداءة بدرجة أخيرة قابلة للتمييز بالنظر في الدعاوى الاتية

١-دعوى الدين والمنقول التي لاتزيد قيمتها على خمسمائة دينار.٢-دعوى إزالة الشيوع في العقار او في المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما .٣- تخلية المأجور مهما بلغ مقدار الأجرة .٤- دعوى الحيازة وطلب التعويض عنها اذ رفعت بالتبعية ولم تتجاوز قيمة التعويض خمسمائة دينار .٥-دعوى الأقساط المستحقة من الديون المقسطة على ان لا يزيد مقدرها على خمسمائة دينار, ... ٦-الدعاوى الأخرى التي تنص القوانين على اختصاص محكمة البداءة بها. في حين بينت المادة (٣٢)ان محكمة البداءة تختص بنظر كافة الدعاوى التي تزيد تزيد قيمتها على خمسمائة دينار والدعاوى التابعة لرسم مقطوع والدعاوى غير المقدرة القيمة ,وتختص كذلك بدعاوى الإفلاس والتصفية وما ينشا عنهما من دعاوى في حين بينت (المادة ٣٣)اختصاص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق .وتختص كذلك بنظر مواد الأحوال الشخصية لغير المسلمين وللأجانب الذين يطبق في أحوالهم الشخصية قانون مدني .... في حين بينت المادة (٣٤)منه الاختصاص النوعي لمحاكم الاستئناف المتمثل في الطعن استئنافا في الحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة أولى والمسائل الأخرى المبينة في القانون وكذلك في الطعن تمييزا في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة أخيرة كافة وفقا للقانون وكذلك القرارات الصادرة من محاكم البداءة المبينة في المادة (٢١٦) مرافعات في حين بينت المادة (٣٠٠) منه الصلاحيات النوعية لمحكمة الأحوال الشخصية في حين بينت المادة (٣٥) من قانون المرافعات الاختصاص النوعي لمحكمة التمييز المتمثل باختصاصها بالنظر تمييزا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة وفي الحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية وبالأمور الأخرى التي يحددها القانون مع الإشارة الى ان القانون يمنح محكمة التميز بالإضافة الى صلاحياتها الأصلية بوصفها محكمة نظر فهو يمنحها صلاحيات بوصفها محكمة موضوع انظر المادة (٢٠٩) مرافعات التي نصت على ما يلي (١-تنظر المحكمة المختصة بنظر الطعن في الطعن بإجراء التدقيق على أوراق الدعوى دون ان تجمع الطرفين ولها ان تتخذ أي إجراء يعينها على البت في القضية .٢-للمحكمة المختصة بنظر الطعن عند الاقتضاء ان تدعو الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي ترى لزوم الاستيضاح عنها .ولها ان تأذن بتقديم بيانات او لوائح جديدة.) ,اما المادة (٢) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ٩٩٢ في ٩/٦/ ١٩٣١ فقد بينت الاختصاص النوعي لمحكمة المواد الشخصية .

٢-(تقام الدعوى في محكمة محل العقار اذا تعلقت بحق عيني واذا تعددت العقارات جاز اقامة الدعوى في محل احدها) انظر المادة (٣٦)مرافعات (وتقام دعوى الدين او المنقول في محكمة موطن المدعي عليه او مركز معاملاته او المحل الذي نشا فيه الالتزام او محل التنفيذ او المحل الذي اختاره الطرفان لإقامة الدعوى .واذا تعدد المدعى عليهم واتحد الادعاء او كان مرتبطا تقام الدعوى في محل اقامة احدهم) انظر المادة (٣٧) مرافعات اما المسائل بالاشخاص المعنوية فتقام الدعاوى بالمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها الرئيس اما اذا كانت الدعوى ناشئة

الفرع الثاني
الأهلية

هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمله بالالتزامات وصلاحيته لصدور التصرفات القانونية منه.

معه يقسم الفقهاء الأهلية الى أهلية وجوب وأهلية اداء ويراد باهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له او عليه بمعنى صلاحيته لان يكتسب حقوقا وان يتحمل الالتزامات , وهي بهذا المعنى "وصف في الشخص الذي يأخذه القانون بعين الاعتبار والشخص الذي يأخذه القانون بنظر الاعتبار اما ان يكون طبيعيا او معنويا "[٢]. وتثبت هذه الاهلية للشخص الطبيعي بمجرد ولادته حيا وتستمر الى حين موته حقيقة او حكما[٣] بل تثبت للجنين وهو في بطن امه حتى قبل ولادته حيا استثناءا أهلية وجوب ناقصة_ بمعنى انها قاصرة على اثبات الحقوق له دون الزامه بأي التزام _تستقر بالولادة[٤] , واذا ولد حيا تستمر هذه الاهلية الى ما بعد موته وتسديد ديون التركة وتصفيتها والملاحظ ان هذه الاهلية هي الشخصية ذاتها ولا يتوقف ثبوتها على تمتع الشخص بالارادة من عدمها فهي تثبت للصغير وللمجنون على حد سواء وان كان للإرادة دور كبير في تمتع الشخص باهلية الاداء او بقسم منها ,فليس هناك من دور يذكر تلعبه الارادة في خصوص أهلية الوجوب[٥] ,ويظهر واضحا ان الشخصية القانونية ومن ثم أهلية الوجوب تثبت لكل انسان فجميع الناس متساوون في اكتسابها لكن هذا التساوي بين الناس في اكتسابها لا يعني تساويهم بالحقوق التي يكتسبونها او يتمتعون بها اصلا .فعلى سبيل المثال الحقوق التي يتمتع بها الوطني تختلف نطاقا ونوعا عن الحقوق التي يتمتع بها الاجنبي او المقيم وكذلك الحقوق التي يتمتع بها وارثان من مورث ما ,والحقوق التي يتمتع بها موظفان يعملان في نفس المرفق الاداري ,وكل ذلك اعتمادا على شروط اكتساب هذه الحقوق كما قلنا نطاقا ونوعا دون ان يمس ذلك من وجود الشخصية القانونية .

من نشاط او معاملة فرع الشخص المعنوي فيجوز إقامتها امام محكمة مركز الادارة التي يقع فيها هذ الفرع مع امكانية ان تقام امام محكمة الي يقع مركز ادارة الأصل او الموسسة الاصلية فيها .انظر المادة (٣٨) اما دعوى الافلاس والدعاوى الناشئه عنه فتقام امام محكمة المحل الذي اتخذه التاجر مركزا رئيسا لاعماله التجارية وعند اعتزاله او وفاته فتقام الدعوى امام المحكمة التي يتبع لها موطن المدعى عليه(٣٩) اما دعاوى مصاريف الدعاء و اتعاب المحاماة فتقام امام المحكمة التي فصلت في اساس الدعوى وان لم تكن تدخل في اختصاصها اصلاوذلك باستثناء محاكم الجنح والاستئناف والتمييز انظر المادة (٤٠)اما اذا لم يكن للمدعى عليه موطن في العراق فعندها تقام الدعوى امام محمة موطن المدعي واذا لم يكن للمدعي موطن اقيمت الدعوى امام محاكم مدينة بغداد انظر المادة (٤١)مرافعات .والاحكام المبسوطة اعلاه في المواد من (٣٦ الى ٤١) نفسها تراعى في طلبات الحجز الاحتياطي والتدابير والاجراءات المستعجلة .انظر المادة (٤٢)

١-انظر المادة (٤٣)من قانون المرافعات المدنية .

[٢]-د عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني –ج١ –في مصادر الالتزام –ط ٥ – مطبعة النديم بغداد -١٩٧٧-ص١١٤.

[٣]انظر المادة (١/٣٤) مدني عراقي التي نصت على "تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته ".

[٤]-انظر المادة (٢/٣٤)مدني عراقي .

[٥]-عبد الباقي البكري وزهير البشير – المدخل لدراسة القانون –مديرية دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة بغداد ١٩٨٩-ص ٢٨١ .

اما أهلية الاداء فهي صلاحية الشخص لقيامه بالتصرفات القانونية وفقا للقانون ,وعلى هذا بات واضحا, ان أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق والتحمل بالالتزامات ,اما أهلية الاداء فهي قدرة الشخص على استعمال هذه الحقوق ,ويمكن القول ان كل من يتمتع باهلية اداء يتمتع باهلية الوجوب ايضا[١] ,لكن ليس كل من يتمتع باهلية الوجوب يتمتع بالضرورة باهلية الاداء[٢] .فمن لا يتمتع باهلية الاداء لا يستطيع القيام بالتصرفات القانونية بل يحتاج إلى نائب اتفاقي او قضائي او قانوني يمارس الصلاحيات نيابة عنه .

وأهلية الأداء ترتبط بالتمييز وهي تدور وجودا وعدما ونقصا واكتمالا , مع التمييز ويرتبط التمييز بالسن وعلى هذا قد تكون أهلية اداء كاملة اذ كان التمييز كاملا كما في البالغ سن الرشد ببلوغ السن حقيقة او بافتراض القانون [٣] وهنا له حق القيام بكل التصرفات القانونية, وتكون ناقصة اذ كان التمييز ناقصا وهنا له القيام ببعض التصرفات القانونية دون بعض[٤] , وقد يكون التمييز معدوما فتكون أهلية الاداء ,معها , معدومة ايضا[٥] كما في الصغير والمجنون والمعتوه [٦].

المطلب الثاني

لهذه الفكرة في نطاق القانون الخاص تطبيقات على الصعيد الموضوعي واخرى على الصعيد الاجرائي ,وسيكون المطلب الاول لدراستها على الصعيد الموضوعي في حين المطلب الثاني سيكون لدراستها على الصعيد الاجرائي.

المطلب الاول

تطبيقات الفكرة في نطاق القانون الموضوعي

اولى الحالات التي تواجهنا من حالات التوازي والتعادل في القانون المدني هي نص المادة الثانية من القانون المدني المصري التي تنص على ما يلي ((لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء او يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ,او ينظم من جديد الموضوع الذي سبق ان قرر قواعده ذلك التشريع))[٧].

---

[١]-عبد الباقي البكري-مصدر سابق – ص٢٩٤.

[٢]-انظر المادة (٩٣) التي نصت على "كل شخص أهل للتعاقد مالم يقر القانون عدم أهليته او يحد منها ".

[٣]- انظر المادة (١٠٦)مدني "سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة " وانظر فيما يتعلق افتراض القانون المادة (٣/أ) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم ٢٧٧٢ لسنة ١٩٨٠ والتي جاء فيها (.....ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية .).

[٤]-انظر المادة (١/٩٧) مدني والتي جاء فيها "يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفعا محضا وان لم ياذن به الولي ولم يجزه ,ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او أجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجو زفيها لهذا التصرف ابتداء.)

[٥]_انظر المادة (٩٦) مدني والتي نصت على ما يلي "تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان اذن له وليه).

[٦]-انظر المادة (٩٤) مدني .

[٧]-انظر بذات المعنى القانون المدني السوري _المادة (٢)منه وانظر المادة (ثانيا من القانون المدني الجزائري)التي نصت على ما يلي "لا يسري القانون الا على ما يقع في المستقبل ولا

تنتهي حياة (التشريع) السليم ام المعيب بطريقين هما الإلغاء او الإبطال,فالالغاء هو نسخ التشريع او ازالة قوته عن طريق تشريع لاحق له يساويه او يفوقه قوته,والإلغاء يزيل اثر التشريع للمستقبل ,في الغالب ,فقط , اما الآثار التي تحققت في الماضي فلا يمس بها .فالالغاء عمل تشريعي يصدر من السلطة التشريعية او ممن يملكها.

اما الابطال فهو انهاء العمل (بالتشريع) الذي يكون معيبا في تكوينه من حيث السلطة او الإجراءات,كما هو الحال في تشريعات السلطة الفعلية التي تصدر في عقب الثورات او الانقلابات والتي تحكم لفترة الا انها تفشل في الاستمرار في الحكم, والابطال يتقرر بقرار من القضاء فهو لا يحتاج الى مشرع لإعدام او انهاء (التشريع)وان كان هذا لا يمنع المشرع من ان يصدر قانونا بذلك والحقيقة ان التشريع الذي يصدرا خلافا للقانون هو ليس تشريع في حقيقته ,وان سمى بذلك تجوزا, ,والاثر المترتب على الابطال انهاء او اعدام التشريع المعيب في تكوينه فيما يتعلق بكل من الماضي والمستقبل على حد سواء. ولا يمكن الاحتجاج ان الابطال نقض لاعتماد التوازي في التشريع لان التشريع المبطل هو "تشريع" غير صحيح اصلا. ومعه لا يكون ابطال القانون المعيب من القضاء خروجا على التوازي والتعادل ,لانه كما قلنا هو ليس قانونا في حقيقته.ونحن لا ننكر امكانية ان يقر المشرع احيانا انهاء او الغاء بعض الاشكال او المراكز القانونية خلافا لفكرة التوزاي والتعادل بناء على مستلزمات او مقتضيات منها ما هو دستوري او اداري او ترجيحا للاهم على المهم ,احيانا ,كما يجيز عدد من المشرعين الغاء التشريع المخالف لاحكام الدستور من قبل المحكمة الدستورية ,وقد يعتقد ان هذا خروج على التوازي والتعادل ,ورغم ذلك فان هذا لا يخل بمصداقية الفكرة بحد ذاتها. فهو تشريع مخالف للادستور اصلا.

والالغاء نوعان اشارت اليهما نص المادة الثانية من القانون المدني المصري وقريناتها هما الالغاء الصريح والالغاء الضمني ويراد من الأول صدور قاعدة أو قواعد قانونية جديدة تعبر او تفصح بشكل صريح عن نسخ أو إلغاء قاعدة أو قواعد قانونية قديمة , وقد يتحقق بمضي الفترة الزمنية المقترنة بالقانون لتطبيقه.

اما المقصود بالالغاء الضمني هو ذلك الإلغاء الذي لا يصرح به وانما يستنبط او يستكشف من استحالة الجمع ما بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة وهو يتحقق في صورتين أولاها تعارض النص الجديد مع النص القديم وثانيها هو ان ينظم المشرع موضوعا سبق وان نظمه سابقا .وفيما يتعلق بالتعارض مابين النص الجديد والقديم يترتب عليه نسخ النص الجديد للقديم اذا كان النصان متحدا الصفة,كما لو كان النصان عامين او خاصين . لكن الامر يختلف اذا ما كانت صفتا النص متباينة فاذا كان القديم خاصا والجديد عاما فان ذلك سوف لا يودي الى تعارض او استحالة تطبيق النصين بل الى تقيد نطاق تطبيقهما فالنص الخاص سواء كان قديما او حديثا سيقيد نطاق القاعدة العامة١ .

يكون له اثر رجعي .**ولا يجوز إلغاء قانون الا بقانون** لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء وقد يكون الالغاء ضمنيا ..... ويذكر ان المشرع العراقي في القانون المدني لم يورد نصا مقابلا للنصوص العربية المذكورة وان اقر بامكانية تغيير الاحكام عندما نص في المادة (٥) "لاينكر تغير الاحكام بتغير الازمان ".

[١]-سمير عبد السيد تناغو- المصدر السابق - ص٤١٥.

وانظر د حسن كيرة – المصدر السابق _ ص ٣٣٢ وما بعدها .

وقد بينت المادة الثانية من القانون المدني المصري بوضوح قاعدة توازي وتعادل الأشكال عندما نصت على (لا يجوز الغاء نص تشريعي الا بتشريع لاحق),

اما السلطة المختصة بالالغاء فهي السلطة المختصة بسن التشريع بغض النظر من ان صلاحيتها في وضع التشريع هي صلاحية أصلية او استثنائية. ومعه يمكننا ان نقرر ان التشريع لا يمكن ان يلغى الا بتشريع يساويه او يفوقه قوة,وبناء على قاعدة تتدرج التشريع التي من نتائجها القول بتوازي وتعادل الأشكال ,فان التشريع الأساسي لا يلغ ولا يعدل الا بتشريع أساسي والتشريع العادي لا يلغ او يعدل الا بتشريع اساسي او عادي والتشريع الفرعي لا يلغ الا بتشريع اساسي او عادي او فرعي بعبارة اخرى لا يجوز الغاء النص الدستوري بنص تشريعي عادي ولا النص التشريعي العادي بنص تشريعي فرعي .اي يجوز الغاء التشريع الاقل مرتبة بالتشريع الاعلى مرتبة وليس العكس .

ونناقش ,هنا ,سؤالا ,مطروحا من الفقه ,مفاده هل يستطيع العرف الغاء او تعديل التشريع ؟

بيانا اقول مصطلح العرف يستخدم ويراد منه معنيان الاول هو المصدر الرسمي للقاعدة القانونية والثاني هو القاعدة القانونية في حد ذاتها,فهو بالمعنى الاول يعرف بانه اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم حياتهم بحيث تنشا منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها ,اما المعنى الثاني للعرف فيراد منه تلك القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على إتباعها وساد الاعتقاد بالزامها .وللعرف ركنان ركن مادي يتمثل بالاعتياد والاطراد على على سلوك ما وركن معنوي وهو الشعور بان هذا السلوك ملزم .[1]

ومن الجدير بالاشارة انه يمكن إجمال مواقف التشريعات من العرف ودوره في الحياة القانونية الى اتجاهات ثلاث فالبعض منها يجعل الغلبة في الصراع الدائر بين العرف والتشريع الى العرف كما في الشريعة الانجلوسكسونية التي يشغل التشريع فيها مكانا ثانويا ومنها من ينزلهما منزلة سواء كما في القانون الالماني ومنها ,وهو الاكثر والاغلب بين المشرعين بشكل يصعب احصائه يجعل العرف في مكان يلي التشريع [2].

وفيما يتعلق بقدرة العرف على الغاء النص التشريعي يستحسن ان يكون الكلام حسب اقسام التشريع وكالاتي :

١-التشريع الدستوري

اثار هذا الموضوع مناقشات محتدمة وطويلة في القانون العام اذ يذهب الفقه الدستوري في هذا المجال الى رأيين : الاول و يمثله المعتدلون في الاتجاه الشكلي حيث يرفضون الإقرار بقوة العرف المعدل على مخالفة الدستور المدون ومرد ذلك انهم يرون أساس العرف يرجع الى الإرادة المفترضة للمشرع ,ومعه لا يمكن التسليم بقدرة الارادة المفترضة على إلغاء او نسخ الدستور المدون الذي عبر فيه المشرع عن ارادته الصريحة .اما الرأي الثاني ويمثله انصار الاتجاه الموضوعي ,فالعرف لديهم يجد اساسه وقوته في ضمير وارادة الجماعة ,ومعه يسلمون بقدرة العرف على مخالفة الدستور المدون[3] . ونشيرهنا الى ان التوازي وتعادل الأشكال مثلما

---

[1]-عبد الباقي البكري –المصدر السابق ٣٨٠ وما بعدها .

[2]د سليمان مرقس –ا المصدر السابق ص٢٤٨-ص٢٤٩.

[3]-د اسماعيل مرزة –القانون الدستوري –دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الاخرى – ط٣ –العراق بغداد –دار الملاك للفنون والاداب والنشر -٢٠٠٤-ص١٠٤..وانظر الى تفصيل اراء الفقه الغربي وبقية مواقف الفقه العربي في هذا الشان .كذلك د سعد علوش – دراسات في العرف الدستوري بلا دار نشر –وهو كتاب مطبوع على نفقة جامعة النهرين ١٩٩٩.

يرتبط بتدرج التشريع اولا فهويقترن بالدساتير الجامدة ثانيا ,فالدساتير الجامدة تتبنى بشكل تلقائي ,مباشر او غير مباشر , لتوازي وتعادل الأشكال ,بل اننا نستطيع القول ان التوازي والتعادل من وسائل تحقيق هدف المشرع بجمود الدستور اولا والتشريع ثانيا ,أي ان المشرع عندما يومن بجمود التشريع فهو سيتحرك لتحقيقه من خلال آليات الصياغة القانونية ومنها وفي مقدمتها توازي وتعادل الأشكال,وبكل الاحوال لا يعني جمود التشريع استحالة تغييره او تعديله ,فلا احد ينكر حتمية التغير للتشريع او لبعض احكامه ,بل المقصود من ذلك صعوبة تغييره الا بإتباع إجراءات محددة سلفا , في حين ان الدساتير المرنة لاتتبنى توازي وتعادل الأشكال لان هناك تنافٍ منطقي بين توجهات كل منهما .

اما اذا اردنا الوقوف على موقف المشرع العراقي في دستور عام ٢٠٠٥ من هذا الموضوع .فسنكتشف ان المشرع العراقي عضد اراء الفقه ممثلة بالاتجاه الشكلي الذي لا يعترف للعرف بقدرة على تعديل النصوص الدستورية[١] .

٢ في نطاق التشريع العادي

اجاز جانب العمل بمقتضى عرف مخالف للتشريع[٢],في حين ذهب جانب اخر الى عدم قدرة العرف على مخالفة او الغاء التشريع الا في حدود ضيقة يبرز فيها دور العرف التجاري[٣]ويكاد يكون الاتجاه الثاني هو الاتجاه السائد وعليه وله الإسناد والتأييد من غالبية المشرعين [٤] الذين

---

[١]-بين الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٣/اولا يعد هذا الدستور القانون الأسمى والأعلى في العراق ويكون ملزما في انحائه كافة ,وبدون استثناء .ثانيا /لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ,ويعد باطلا كل نص يرد في دساتير الأقاليم , او أي نص قانوني اخر يتعارض معه.) ويظهر واضحا ان المشرع الدستوري قرر هنا مبدا علو وسمو التشريع الدستوري مما يعني ان هذا الدستور يسمو ويعلو على سواه موضوعيا وشكليا ,ولا مجال للقول معه بقدرة التشريع على تعديل او نسخ احكامه فضلا عن العرف .ولم يكتفي المشرع العراقي الدستوري بذلك وان كان هذا النص بحد ذاته كافيا لحسم الخلاف وبيان موقف المشرع العراقي ,لكنه قطع اشواطا متقدمة في بيان رايه اذ بين انه دستور جامد اذ فرض حظرا موضوعيا وزمنيا للتعديل وبكل الأحوال فهو قد فرض ضرورة توفر إجراءات السن في تحقق إجراءات التعديل مما يدفعنا للقول ودون تردد ان المشرع العراقي اخذ بتعادل وتوازي الأشكال فيما يتعلق بتعديل احكام الدستور انظر المادة (١٢٦/ثانيا فيما يتعلق الحظر الزمني والموضوعي فيما يتعلق بالمبادئ الأساسية الواردة في الباب الاول والحقوق والحريات الواردة في الباب الثاني من الدستور,وانظر الفقرة ثالثا من ذات المادة فيما يتعلق فيما يتعلق بإجراءات تعديل بقية النصوص اذ بينت عدم جواز تعديل المواد الاخرى غير المنصوص عليها في البند (ثانيا)من هذه المادة الا بعد موافقة ثلثي اعضاء مجلس النواب عليه ,وموافقة الشعب بالاستفتاء العام ومصادقة رئيس الجمهورية خلال سبعة ايام .

[٢]انظر بيدان وجوسران نقلا عن سليمان مرقس –المصدر السابق ص٢٥٤.

[٣]-بلانيول وجيني اشار لهما عبد الباقي البكري –المصدر السابق –ص ٤١٦. ولم نشا ان نتطرق لا الى حجج المويدين ولا المعارضين لان ذلك يخرج البحث عن إطاره المرسوم له, وللمراجعة انظر –د سليمان مرقس –المصدر السابق –ص ٢٥٤ وما بعدها ,وعبد الباقي البكري –المصر السابق –ص ٤١٦ و سمير تناغوا –المصدر السابق –ص ٤٧٠ وما بعدها و د سعد علوش المصدر السابق .

[٤]- انظر المادة الاولى مدني عراقي , والثانية مدني مصري وسوري وجزائري ومادة اولى واردني ويمني ...وكذلك عراقي ويذكر ان المشرع العراقي لم يورد نصا يقابل نص المادة الثانية مصري وسوري الا ان جانب من الفقه العراقي يذهب ان عدم ورود هذا النص لا يعني ان المشرع اراد ان يقرر حكما مختلفا فعلى حد زعمه ان ما قررته المادة الثانية مصري هو حكم

نصوا في صدر تقنيناتهم على تقدم التشريع على العرف واعتبار العرف مصدرا احتياطيا يصار اليه عند غياب النص التشريعي .ويذكر انه في اطار هذا الاتجاه فالعرف المدني لا يملك القدرة على مخالفة او الغاء النص التشريعي الآمر ,كما ان العرف التجاري في نفس الوقت لا يملك القدرة على مخالفة او إلغاء نص آمر بغض النظر عن طبيعته سواء اكان تجاريا١ كان ام مدنيا ولعله من نافلة القول ان العرف التجاري يملك القدرة على مخالفة او تجاوز القواعد التشريعية المدنية او التجارية المكملة او المفسرة بشروط , لكنه بكل الأحوال لا يملك القدرة على إلغائها٢.

الا انه على الرغم من ذلك فالفقه يستثني من ذلك لوائح الضبط الاداري التي من المفروض انها تنظم حالات كثيرة الوقوع واذا لم تطبق نسيها الناس فمن العدل اعتبار عدم استعمالها الغاءا لها لكن هذا لايمنع الادارة إعادة اصدارها مستقبلا عند الحاجة اليها٣.

ننتهي الى عدم قدرة العرف مدنيا كان ام تجاريا على مخالفة او الغاء نص تشريعي آمر سواء كان الاخير مدنيا كان ام تجاريا, وعلى قدرة العرف على مخالفة او تجاوز نص تشريعي مكمل لكن بشروط ,وبكل الأحوال لا يملك صلاحية الغائه .

المطلب الثاني

تطبيقات الفكرة في نطاق القانون الاجرائي

التوازي والتعادل في نطاق العمل الإجرائي
نحاول القاء الضوء على التوازي والتعادل في نطاق العمل الاجرائي ,فنقول الدعوى _وفقا لتعريف القانون العراقي _ طلب الشخص لحقه من القضاء قبال الآخر٤ويشترط في الخصم ان يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه وان يكون محكوما او ملزما بشئ على تقدير

القواعد العامة لا حاجة الى ايراده انظر عبد الباقي البكري _المصدر السابق – ص ٤١٨ ,وهو رأي محل نظر من قبلنا لان غياب هذا النص عيب لازم التدارك بل نعتقد ان وجود هذا النص او عدمه يعكس فلسفة واضحة عند المشرع تفيد عدم إمكانية العرف على التقدم او مخالفة او الغاء التشريع ووجوده يحسم الخلاف القائم في الفقه وهذا ما يبرر موقف المشرع العراقي انه اقدم الى تقرير قاعدة تقابل وتوازي والأشكال في دستور ٢٠٠٥المادة (١٣٠)التي نصت على ما يلي ""**تبقى التشريعات النافذة معمولا بها ,ما لم تلغ او تعدل ,وفقا لاحكام هذا القانون** " فيما يتعلق بالتشريع العادي بعد ان قررها فيما يتعلق بالتشريع الدستوري.

١-انظر د توفيق حسن فرج–المدخل لدراسة العلوم القانونية – ط ٢ مكتبة مكاوي –بيروت - ١٩٧٥-ص٢٦٤. حيث يجيز للعرف التجاري ان يخالف النص المدني حتى لو كان آمرا ولا يرى ان الأمر يتعلق باهدار مبدأ تدرج التشريع وتقدمه على العرف بل الامر يتعلق نطاق تطبيق كل منهما .

٢-انظر في شروط تغليب العرف على القاعدة التشريعية المكملة ,عبد الباقي البكري –المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية –المصدر السابق – ص ٤٢٥.

٣-بلانيول نقلا عن سليمان مرقس المصدر السابق – ص ٢٥٧ .

٤-المادة (٢)من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني حيث عرفت الدعوى " هي الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بان يتقدم به الى القضاء للحكم له بموضوعه ".ولمزيد من التفصيل حول التعريفات المقدمة من الفقه انظر د ادم وهيب النداوي _المصدر السابق - ص١٠٥ – ص١١٦.

ثبوت الدعوى ١ ويشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة الا ان المصلحة المحتملة تكفي اساسا لقيام الدعوى اذا كان هناك ما يتخوف منه الحاق الضرر بذوي الشأن وكذلك يجوز الادعاء بالحقوق المؤجلة على ان يراعى الاجل عند الحكم٢ ,وكل دعوى تقام بعريضة ويجب ان تشتمل عريضة الدعوى على البيانات التالية اسم المحكمة التي تقام امامها الدعوى وتاريخ الادعاء واسم كل من كل من المدعي والمدعى عليه وألقابهم ومهنهم ومحال اقاماتهم ,والمحل المختار للتبليغ وبيان موضوع الدعوى ووقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي او المدعيين وأسانيدهم وتوقيع المدعي او وكيله٣ .

حيث يؤشر عليها القاضي بالتسجيل ويأمر باستيفاء الرسم ويحدد موعدا لنظر الدعوى بعد ان يستوفي المعاون القضائي الرسوم القضائية ويسجلها في نفس اليوم بالسجل الخاص وفقا لأسبقية تقديمها ,وتعتبر الدعوى مقامة من تاريخ دفع الرسم او تاريخ القاضي بالإعفاء من الرسوم القضائية او تأجيلها ,وتبلغ عريضة الدعوى ومستمسكاتها ولوائحها بواسطة المحكمة الى الخصم٤.ومن باب التوازي والتعادل فذات البيانات المشترطة في الدعوى تكون مشترطة في الدفوع المقدمة لرد الدعوى٥ وكذلك تكون مشترطة في الدعوى الحادثة٦ .

فالدفع هو ما يجيب به المدعى عليه عن الدعوى ويبنى عليه طلب رد الدعوى ,والدفع ,بمعناه العام كل وسيلة يلجأ اليها المدعى عليه للرد على منازعة خصمه,وتقسم الدفوع الى دفوع موضوعية ودفوع شكلية ,فالدفع الموضوعي كل دفع يتعلق بالحق الذي تنظمه القوانين الموضوعية كما لو نازع المدعى عليه في صحة الالتزام او مداه او بقائه او كما لو انكر وجود الحق أصلا او دفع بانقضائه او عدم مسؤوليته الا عن جزء من الحق , وهذه الدفوع ,على خلاف الشكلية , لا يلتزم بها ترتيبا معينا سوى ما تفرضه مصلحة المدعى عليه بتقديم الدفوع الاقوى على الدفوع الاقل قوة, وعدم تقديمه للدفوع الموضوعية امام محكمة الدرجة الأولى لا يمنعه من تقديمها امام محكمة الدرجة الثانية.

اما المقصود بالدفوع الشكلية فهي تلك الدفوع التي يقدمها المدعى عليه من غير ان يتعرض لأصل الحق المدعى به كما في الدفوع المتعلقة بعريضة الدعوى او الاختصاص او اجراءات المحكمة٧.

١- المادة (٤)من قانون المرافعات المدنية العراقي.

٢-المادة (٦)من قانون المرافعات المدنية العراقي.والمادة (٩) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

٣- المادتان (٤٤و٤٦)من قانون المرافعات المدنية العراقي.وانظر المادة (٦٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

٤- المادتان "٤٨,٤٩" مرافعات .

٥_انظر المادة (٨) من قانون المرافعات المدنية والتي نصت على ما يلي "١- الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلا او بعضا .٢-يراعى في الدفع ما يراعى في الدعوى من احكام ....". وانظر المادة (١٠٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وما بعدها. والمادة (٥٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

٦-وهذا ما قضت به المادة "٧٠"من قانون المرافعات والتي جاء في فقرتها الاولى مايلي (تقدم الدعوى الحادثة الى ما قبل ختام المرافعة بعريضة ....." واكدته المادة "٦٦"يجوز احداث دعوى جديدة عند نظر الدعوى ."..... ". وانظر المادة (١٢٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وما بعدها. والمادة (٢٩) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني

٧-عبد الرحمن العلام – المصدر السابق ج١ ص١١٤ وما بعدها .

ويلزم ان يراعى في الدفع ما يراعى في الدعوى من احكام ويلزم ان تتوفر فيه ما تتوفر في الدعوى من شروط ومستلزمات من مثل الاهلية والصفة والخصومة, لانه لا يمكن تصور قبول دفع ممن لا اهلية له او ممن لاصفة له في التقاضي او قبول دفع لا تترتب عليه مصلحة [١].

واذا كان المدعي يملك حق اقامة الدعوى بارادته وحده فهو يملك من باب التوازي والتعادل وضع حد لسيرها وحده(٢) لكن ليس دائما فهناك احوال لا يستقل المدعي فيها بوضع حد لدعواه بل يشاركه في ذلك المدعى عليه او المحكمة(٣) وهذا خروج على فكرة توازي وتعادل الأشكال تبرره طبيعه العمل الاجرائي وبناء على مبررات النظام العام واستقرار المعاملات فيما يتعلق بالمحكمة ولاعتبارات مؤداها افتراض المشرع ان المدعي في حالة عدم الحضور يكون قد تنازل عن دعواه فيعطي الحق لخصمة بإبطالها.فنقول تتبع نصوص قانون المرافعات تشير الى ان المشرع العراقي طبق التوازي والتعادل لكن مرة في حدود الاجراءات والاختصاص ومرة في حدود الاجراءات دون الاختصاص.وهذا ما سنتكلم فيه تباعا

اولا التوازي في نطاق الاجراءات والاختصاص.

ويتحقق في كل من الاعتراض على الحكم الغيابي واعتراض الغير الأصليوإعادة المحاكمة وتصحيح القرار التميزي والتظلم من بعض القرارات[٤].

---

[١]- المصدر نفسه ص١٢٢.
[٢]- المادة (١/٨٨)من قانون المرافعات المدنية العراقي.
[٣]-الماد (١/٥٤ /٣و ٥٦)من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[٤]- سنكتفي طلبا للاختصار , فيما يتعلق بتصحيح القرار التمييزي والتظلم بالإشارة الى النص القانوني الخاص بهما دون توليهما بالشرح والنقاش . فيما يتعلق بتصحيح القرار التميزي فقد نصت المادة (٢١٩) مرافعات على ما يلي : "أ- لا يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز وقرارات محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية الا عن طريق طلب تصحيح القرار امام المحكمة التي اصدرت القرار المطلوب تصحيحه . ولا يقبل هذا الطعن الا بالنسبة للقرارات المصدقة للحكم والقرارات الصادرة من محكمة التمييز بنقضه اذا فصلت في الدعوى موضوع الطعن طبقا لما مبين في المادة ٢١٤من هذا القانون وذلك عندما يتوفر سبب من الاسباب الاتية: ١- اذا كان طالب التصحيح قد اورد فيما قدمه لمحكمة التمييز سببا من الاسباب القانونية التي تودي الى نقض الحكم واغفلت المحكمة تدقيقه والبت فيه في القرار التمييزي ٢-, واذا كان القرار التمييزي قد خالف نصا صريحا في القانون ٣- واذا كان القرار التمييزي يناقض بعضه بعضا او يناقض قرارا سابقا لمحكمة التمييز صادرا في نفس الدعوى دون ان يتغير الخصوم فيها ذاتا او صفة" وقد ذكرت المادة ٢٢٢ مرافعات ما يلي " يقدم طلب التصحيح بعريضة الى المحكمة التي اصدرت القرار المطعون فيه يبين فيها الأسباب القانونية التي يستند الطالب اليها وتبلغ صورة منها الى الخصم الاخر .....". وترى واضحا ان التوازي يتحقق هنا بشقيه الاختصاص والإجراءات على حد سواء.
اما فيما يتعلق بالتظلم , نشير الى ان المادة (١٥٣) مرافعات نصت على ما يلي : "١_ لمن يصدر الامر ضده وللطالب عند رفض الطلب ان يتظلم لدى المحكمة التي اصدرت ه خلال ثلاثة ايام من تاريخ اصدار الامر او من تاريخ تبليغه وذلك بتكليف الخصم الحضور امام المحكمة بطريق الاستعجال.٢_يجوز رفع التظلم تبعا للدعوى الاصلية في اية حالة تكون عليها

والحكم الصادر من محكمة مختصة مشكلة وفقا للقانون وفي اطار الاجراءات التي رسمها القانون يتمتع بحجية الامر المقضي فيه ولا يمكن الغائه او تعديله الا وفقا للطرق المحددة قانونا, أي ان التوازي يكون مشترطا في الغالب في مثل هذه الاحكام , فليس لمن صدر الحكم ضده ان يقيم الدعوى بتعديله بل له الطعن فيه بالطرق القانونية [١].ومعه فان الحكم الذي يصدر من محكمة غير مختصة وخلافا للاجراءات المحددة قانونا فان التوازي لا يكون معتبرا فيه , فمثل هذا القرار يعد معدوما ومعه لاتشترط الضوابط القانونية للنيل منه فهو عدم, فمن باب اولى لايشترط فيه التوازي[٢].

١-الاعتراض على الحكم الغيابي

وذات الإجراءات المشترطة عند اقامة الدعوى تكون مشترطة عند الاعتراض على الحكم الغيابي وذات الجهة المختصة بنظر الدعوى تكون مختصة بنظر الاعتراض الواقع على الحكم الغيابي فطريق الاعتراض٣على الحكم الغيابي بوصفه طريقا من طرق الطعن العادية بالأحكام , يشترط فيه ان يكون الاعتراض على الحكم الغيابي (بعريضة تشتمل على أسباب الاعتراض وتقدم العريضة الى المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي) فذات البيانات المشترطة لإقامة الدعوى وأمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم تكون مشترطة في الاعتراض على الحكم الغيابي من باب التوازي والتعادل بين الأشكال, فالاعتراض ينظر من نفس المحكمة التي اصدرت الحكم المعترض عليه وليس بالضرورة ان ينظر من نفس القاضي,وهو لا يرفع الى محكمة اعلى من المحكمة التي اصدرت الحكم, وكذلك لا يرفع الى محكمة من نفس درجة المحكمة التي اصدرت الحكم الغيابي المعترض عليه , وذلك لقاعدة عدم تسليط قضاء على اخر مع اتحاد درجتهما[٤].

وقد يوجد نقص في البيانات المشترطة قانونا ,فعندما يكون النقص في البيانات الاعتيادية , فمثل هذا النقص لا يؤدي الى رد عريضة الدعوى وانما يطلب من المعترض اصلاح هذا النقص خلال مدة مناسبة وبخلافه تبطل العريضة بقرار من المحكمة[٥] ,اما اذا كان النقص يتعلق باسباب الاعتراض فتقوم المحكمة برد هذ االاعتراض شكلا [٦].

ولو اثناء المرافعة بالجلسة .٣_وتفصل المحكمة في التظلم على وجه الاستعجال بتأييد الامر او الغائه او تعديله ويكون قرارها قابلا للتمييز .".

[١]-انظر قرار محكمة التميز ١٩٢/مدنية ثالثة /١٩٧٥في ١٩٧٥/٨/١٠- المشاهدي – المصدر السابق – ص ٢٢٢

[٢]انظر قرار محكمة التميز ١٠٨/موسعه اولى /١٩٨٤ في ١٩٨٥/٥/٢٩والذي جاء فيه (القرار الصادر من محكمة غير مختصة ,يعتبر معدوما .فلا يترتب عليه اثر قانوني ولا تلحقه الحصانة ولا يزول عيبه بفوات مدد الطعن - المشاهدي – المصدر السابق – ص ٢٢٣.

[٣]انظر المادة (١٨٤)مرافعات التي نصت على "يجري على الدعوى الاعتراضية ما يجري من القواعد على القضايا المنظور وجاها سواء فيما يتعلق بالإجراءات وبالأحكام ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".

[٤]_ د ادم النداوي –المصدر السابق –ص٣٨٣ ود عباس زبون – المصدر السابق ص ؟؟؟؟؟ .

[٥] انظر المادة "٥٠ " مرافعات .

[٦] انظر المادة "١٧٩" مرافعات .

ويظهران التوازي في حالة الاعتراض على الحكم الغيابي يتحقق بشقية الاختصاص[1] والإجراءات[2] على حد سواء ويجري على الدعوى الاعتراضية ما يجري من القواعد على القضايا المنظورة وجاها سواء فيما يتعلق بالإجراءات وبالاحكام مالم ينص القانون على خلاف ذلك[3] .

٢ –اعادة المحاكمة

اعادة المحاكمة طريق غير عادي من طرق الطعن في الاحكام المدنية , يهدف الى اعادة النظر ومن قبل نفس المحكمة في الحكم المطعون الذي اصدرته , عندما يتوفر فيه احدى الاسباب الحصرية التي ذكرها المشرع ,حتى لو اكتسب الحكم درجة البتات وحاز قوة الامر المقضي فيه .

لم يعرّف المشرع العراقي في قانون المرافعات اعادة المحاكمة ولا غالبية المشرعين العرب,لكن انفرد المشرع اللبناني بتقديم تعريف له حيث ورد فيه ان "طلب اعادة المحاكمة طعن يرمي الى الرجوع عن حكم حاز الصفة القطعية كما تحددها المادة (٥٣٣)لاجل النظر في النزاع مجدا في الواقع والقانون "[4]. اما على الصعيد الفقهي فقد عرفه جانب بانه "طعن في حكم بات يتقدم به المحكوم عليه لاعادة النظر فيه في الاحوال المقررة في القانون "[5],في حين عرفه آخر بانه"طريق طعن غير عادي في الحكم النهائي يرفع الى نفس المحكمة التي اصدرته اذا شاب الحكم عيب من العيوب التي ذكرها القانون على سبيل الحصر"[6].

ويجوز الطعن باتباع هذا الطريق في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف[7] او محاكم البداءة بدرجة اخيرة[8] او محاكم الاحوال الشخصية[9] اذا وجد سبب من الاسباب القانونية ولو كان الحكم المطعون فيه قد حاز درجة البتات[10] . وهذا يعني ان الطعن بطريق اعادة المحاكمة يكون غير مقبول في الاحوال الاتية[11] :احكام محكمة البداءة بدرجة اولى[12] والاحكام الغيابية,واحكام القضاء المستعجل[13] والاحكام الصادرة بالطعن باعادة المحاكمة[1].

---

[1] _انظر المادة (١/١٧٨)مرافعات ".....وتقدم العريضة الى المحكمة التي اصدرت الحكم الغيابي ".

[2] _انظر المادة (١/١٧٨)مرافعات ".....يكون الاعتراض على الحكم بعريضة تشتمل على اسباب....."

[3] انظر المادة "١٨٤" مرافعات .

[4] انظر المادة ٦٨٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٨٣ لسنة ١٩٨٣.

[5] -د ادم وهيب النداوي –المصدر السابق – ص٣٩٨.

[6] -د احمد ابو الوفا _المرافعات المدنية والتجارية _ط ١٤ _منشاة المعارف – الاسكندرية - ١٩٨٦ _ص ٨٧٧.

[7] انظر المادة "٣٤" مرافعات و "١٨٥" فيما يتعلق بالأحكام التي يجوز استئنافها .

[8] - انظر المادة "٣١" مرافعات .

[9] - انظر المادة "٣٠٠" مرافعات .

[10] - من المادة ١٩٦ مرافعات .

[11] -لمزيد من التفصيل في هذه النقطة يراجع محمود فخر الدين عثمان مصطفى الجبوري –اعادة المحاكمة في ا لدعوى المدنية –رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة الموصل ٢٠٠٢ص ٢٤ وما بعدها .

[12] -انظر المادة"٣٢" فيما يتعلق بالأحكام التي تصدر من محكمة البداءة بدرجة اولى .والهامش ١ من ص ٢٣ من هذا البحث

[13] -انظر المادة "٢١٦" مرافعات .

اما اسباب الطعن بطريق اعادة المحاكمة فقد حددها القانون على سبيل الحصر وهي[٢]:
١-اذا وقع من الخصم الاخر غش في الدعوى كان من شانه التاثير في الحكم .
٢- اذا حصل بعد الحكم اقرار كتابي بتزوير الاوراق التي اسس عليها او قضى بتزويرها .
٣- اذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد وحكم عليه بشهادة الزور.
٤-اذا حصل طالب الاعادة بعد الحكم على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .

اما فيما يتعلق بالإجراءات والاختصاص, فان اعادة المحاكمة يعد دعوى مستقلة بذاتها لذا يشترط فيها ما يشترط في الدعوى الأصلية من شروط [٣],وحيث ان كل دعوى تقدم بعريضة وتشتمل على شروط وبيانات فلابد من ان يقدم طلب إعادة المحاكمة بعريضة تشتمل على اسم المحكمة واسم كل من طرفي الطعن وعناوينهم والمحل المختار للتبليغ بالنسبة لمقدم الطعن وكافة شروط الدعوى من اهلية وصفة وخصومة[٤] .كما يتبع في تسجيلها وتبليغها الى الخصم جميع الاجراءات الواجبة الإتباع بالنسبة لسائر العرائض[٥].اما من حيث الاختصاص فان المحكمة التي اصدرت القرار المطعون هي من تختص بنظر اعادة المحاكمة عند توفر اسبابها ويرجع ذلك الى نجوم اسباب جديدة فلا ضير من ترجع المحكمة فتنظر الدعوى مجددا مضافا لان المحكمة لا تعيد إصلاح الخطأ الذي وقعت فيه بل تعيد تقدير الوقائع والقانون في ضوء الأدلة الجديدة التي برزت في ساحة الخصوم. ولا يشترط ان ينظر طلب اعادة المحاكمة من القاضي او القضاة أنفسهم , بل من المحكمة نفسها, والقرار الذي يصدر من المحكمة سيكون اما رفض الطلب شكلا عند عدم توفر اسبابه[٦] او قبوله شكلا , وعندها سيكون لها ايقاف تنفيذ الحكم او الجزء الذي ورد عليه طلب الإعادة
ثم تصدر قرارا جديدا بتعديل الحكم السابق من الناحية التي أوجبت إعادة المحاكمة وتصدر حكما جديدا وفقا للقانون[٧] .ويظهر ان التوازي بشقيه من حيث الاجراءات والاختصاص يتحقق في الطعن باعادة المحاكمة.

٣_اعتراض الغير الأصلي :
ولم يكتف المشرع باعطاء الجهة التي اصدرت القرار نفسها صلاحية نقضه او تعديله كلا او جزءا كما رأينا في الاعتراض على الحكم الغيابي واعادة المحاكمة لاعتبارات تتعلق بضمانات التقاضي وسرعة الحسم في الخصومات بل استمر المشرع قدما في تمكين التوازي والتعادل بين الأشكال على نطاق الإجراءات والاختصاص في مجال القضاء العادي للأشخاص الذين لم يمثلوا في الدعوى , لكن القرار الصادر فيها قد مس مصالحهم , كما في اعتراض الغير, اذ اجاز الطعن في كل حكم صادر من البداءة او الاستئناف او محكمة الاحوال الشخصية ممن لم يكن خصما ولا ممثلا ولا شخصا ثالثا في الدعوى اللجوء الى طريق اعتراض الغير. ويكون الاعتراض امام نفس المحكمة التي اصدرت الحكم اذا كان الحكم الصادر ماسا بحقوقه ولو لم

---

[١]-انظر المادة "٢/٢٠٢"مرافعات .
[٢]-انظر المادة "١٩٦" مرافعات .
[٣]-محمود فخر الدين عثمان الجبوري – المصدر السابق- ص١٠٩.
[٤]-المادتان "٤٦, ٤٧" مرافعات .
[٥]- المادتان "٤٨,٤٩" مرافعات .
[٦]- المادة "٢٠٠"مرافعات .
[٧]-المادة :٢٠١ "مرافعات .

يكن قد اكتسب درجة البتات[1],والعلة التي يكون اعتراض الغير الاصلي امام نفس المحكمة هي ان هذه المحكمة "ادرى من غيرها بمضمون الدعوى وبقيمة الاعتراض وسبق وان اطلعت على وقائعها فهي تعطي للاعتراضمنزلته من الاعتبار او القبول او الرفض فضلا ان المحكمة اما ان تقرر تعديل الحكم او ابطاله او تاييده وهذا لا يكون من اختصاص اية محكمة اخرى غير التي اصدرت الحكم"[2],واعتراض الغير قد يكون اصليا وقد يكون طارئا ويكون الاعتراض الأصلي بدعوى[3] تقدم الى المحكمة التي أصدرت الحكم ما لم يكن ذات الحكم اصبح محلا لحكم صادر من محكمة اعلى[4] , وليس هناك ما يمنع من ان يقدم الى محكمة غيرها شريطة ان تكون مختصة نوعيا بنظره ما لم يكن نظر الحكم خارج اختصاصها المكاني[5] , واذا لم تعد المحكمة التي اصدرت الحكم مختصة بنظر موضوعه فيقدم اعتراض الغير على الحكم المذكور الى المحكمة التي حلّت محلها[6] في حين يقدم الاعتراض الطارئ من احد الطرفين بدعوى حادثة اثناء سير الدعوى[7] , وبناء على نتيجة الاعتراض فالمحكمة ستصدر قرارا اما بالتعديل او الابطال او التأييد[8] .ويظهر واضحا ان المشرع يكرس هنا قاعدة التوازي في الشكل من حيث الإجراءات والاختصاص فمن يملك حق اصدار القرار يملك حق العودة عنه وباتباع ذات الاجراءات التي اتبعت في اصدار الحكم المعترض اعتراض الغير عليه .

---

[1]-- المادة (٢٢٤)من قانون المرافعات المدنية العراقي.

[2]عبد الرحمن العلام – المصدر السابق ج ٤ – ص ٢٤٥.

[3]- انظر المادة (٢٢٥) مرافعات والتي جاء فيها ما يلي :"٢- يقدم الاعتراض الاصلي بدعوى ترفع الى المحكمة التي اصدرت الحكم .....٣- ويتبع في سير المرافعة والحكم فيها احكام القانون .".

[4]-انظر قرار محكمة التمييز ٣٧١/مدنية ثانية عقار /١٩٧٤ في ١٩٧٤/٥/٩ والذي جاء فيه (اذا كان الحكم البدائي المعترض عليه اعتراض الغير قد تايد من قبل محكمة الاستئناف فان الحكم الاستئنافي هو المعول في التنفيذ ويجب اقامة دعوى اعتراض الغير حول الحكم ألاستئنافي المؤيد للحكم البدائي في محكمة الاستئناف) – ابراهيم المشاهدي –المصدر السابق -ص٩٤.
وبذات المضمون قرارنفس المحكمة ١٣٥/هيئة عامة اولى /١٩٧٧ –المصدر نفسه –ص ٩٦.

[5]-انظر قرار محكمة التمييز ٤٦٨ /شرعية اولى /١٩٧٣في ١٤ /١٩٧٤/١ والذي جاء فيه (يجوز اقامة الدعوى بإسقاط النفقة الزوجية وان كان حكم النفقة صادرا من محكمة اخرى اذ لكل محكمة شرعية ان تفصل في موضوع النفقة الزوجية الا اذا كانت غير مختصة مكانيا ودفع المدعى عليه بذلك قبل االتعرض لموضوع الدعوى فتحيل الدعوى الى المحكمة المختصة)
المشاهدي – المصدر السابق –ص ٣٤.

[6]- قرارمحمكة التمييز ٤١٠/هيأة عامة /١٩٧٩في ١٩٧٩/٨/١٢- المشاهدي – المصدر السابق – ص٩٧.

[7]- المادة (٢٢٥)من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على ما يلي "يقدم الاعتراض الاصلي بدعوى ترفع الى المحكمة التي اصدرت الحكم ويوضح فيها السبب الذي من شانه تعديل الحكم المعترض عليه او ابطاله.ويتبع في سير المرافعة والحكم فيها احكام القانون ."وبذات المعنى المادة (٦٨٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

[8]- المادة (٢٢٩)من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت "اذا ثبت ان المعترض اعتراض الغير محق في اعتراضه عدلت المحكمة الحكم المعترض عليه في حدود حقوق المعترض دون الاجزاء الاخرى من الحكم .واذا كان الحكم لا يتناول الا حقوق المعترض ابطلته كله واذا اخفق المعترض في اعتراضه رد طلبه والزم بالمصاريف دون اخلال بحق خصمه في المطالبة بالتعويضات ".وانظر المادة (٦٨٥) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني .

بل وتشديدا من المشرع في الالتزام بالتوازي والتعادل نص في الفقرة الثالثة من ذات المادة انه اذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم موضوع الاعتراض الطارئ أعلى درجة وجب على المحكمة ان تنبه المعترض على اقامة دعوى اعتراض أصلي لدى المحكمة التي اصدرت الحكم المعترض عليه .

ثانيا – التوازي في حدود الإجراءات .

ويتحقق هذا التوازي في كل من الاستئناف والتميز .

١_ الاستئناف[١]:

فالاستئناف يهدف الى اعادة النظر في الحكم الصادر من محكمة البداءة لاحتمال وقوع الخطأ من القضاة ويساعد الخصوم على استدراك ما فاتهم من ادلة ودفوع.وهو يودي الى اعادة نظر وعرض الدعوى والنزاع مجددا امام محكمة اعلى[٢] , ويشترط في الاستئناف ما يشترط في الدعوى من اهلية وصفة ومصلحة[٣] ويكون الاستئناف بعريضة تقدم الى محكمة الاستئناف او المحكمة التي اصدرت الحكم ,فاذا قدمت العريضة محكمة الاستئناف مباشرة قامت بتسجيلها واستيفاء الرسم عليها وتحديد موعد لنظرها على ان تبلغ الطرفين بذلك ثم تبلغ المحكمة التي اصدرت الحكم بوقوع الاستئناف وضرورة ارسال اضبارة الدعوى ,اما اذا قدم الاستئناف الى المحكمة التي اصدرت الحكم فعليها ان تستوفي الرسم عنها وترسل الاضبارة الى محكمة الاستئناف مباشرة [٤],ويجب ان تشتمل العريضة الاستئنافية على بيان المحل الذي يختاره المستأنف لغرض التبليغ وعلى خلاصة الحكم المستأنف والمحكمة التي أصدرته وتاريخ صدوره وتبليغه وأسباب الاستئناف وطلبات المستأنف [٥].

وفي مرحلة الاستئناف يتحقق التوازي بالاجراءات فقط دون الاختصاص لاعتبارات تتعلق بفكرة الطعن ذاتها.

٢_التمييز

والتمييز طريق غير اعتيادي من طرق الطعن بالاحكام وبعض القرارات[6]والأحكام التي تقبل التمييز هي جميع الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف[1]او محاكم البداءة او محاكم الاحوال الشخصية[2] ,مضافا الى بعض القرارات وحسبما فصلته المادة (٢١٦) مرافعات .

---

[١]- انظر المادة (١٩٥)مرافعات التي نصت على"احكام هذا القانون المتعلقة بالدعوى والحكم وغيرها التي يجري العمل بها في محاكم البداءة تكون مرعية في محاكم الاستئناف ايضا".وانظر ايضا المادة "١/١٨٨و٢)مرافعات مدنية وانظر الهامش (١) من ص٢٣ من هذا البحث .

[٢]انظر في الاحكام التي تقبل الاستئناف المادتين " ٣٤ و ١٨٥ " مرافعات .

[٣]- د ادم وهيب النداوي –المصدر السابق –ص٣٩١, د عباس زبون – المصدر السابق ص ؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟

[٤]- انظر المادة ١٨٨ /١/ مرافعات .

[٥]_انظر المادة ١٨٨ /٢/ مرافعات.

[٦]-انظر المادة (٢١٦) مرافعات التي نصت على ما يلي "١- يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الاحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الاوامر على العرائض والقرارات الصادرة بابطال عريضة الدعوى او بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستاخرة حتى يفصل في موضوع اخر,والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطتين او برفض الاحالة لعدم الاختصاص القيمي او المكاني ,او قرار رد طلب

والخصوم في التمييز ومن باب التوازي هم نفس الخصوم[3] في الدعوى المنظورة أمام المحكمة التي اصدرت الحكم المطعون فيه,والشروط الواجب توفرها بهم ذا ت الشروط اللازم توفرها في اطراف الدعوى العادية حيث يلزم ان تتوفر في الطاعن شروط وهي ان تكون له صفة في الطعن[4] وان يكون له اهليه لرفع الطعن والمصلحة[5] وان لا يكون قد اسقط حقه في الطعن[6] اما الشروط الواجب توفرها في من يوجه اليه الطعن بالتمييز فهي الصفة والمصلحة وان لا يكون قد تنازل عن الحكم المطعون فيه[7].

اما فيما يتعلق بإجراءات التمييز فسبق وان ذكرنا ان التوازي يتحقق من حيث الاجراءات لا من حيث الاختصاص وكما نوهنا ان ذلك يتعلق باعتبارات تتعلق بفكرة الطعن ذاتها 'وفي هذا الخصوص ان المادة (٢٠٥) مرافعات بينت اجراءات التمييز والبيانات اللازم توفرها في العريضة التمييزية فنصت على ما يلي(١_يكون الطعن بطريق التمييز بعريضة تقدم الى المحكمة المختصة .....٢_يجب ان تشتمل العريضة على اسماء الخصوم وشهرتهم ومحل اقامتهم والمحل الذي يختاره لغرض التبليغ واسم المحكمة اتي اصدرت الحكم المميز وتاريخ تبليغ الحكم المذكور مع بيان اوجه مخالفته للقانون .) وتوقيع المميز او نائبه ,فها أنت ترى ان البيانات المشترطة في عريضة الدعوى تكون من باب التوازي مشترطة في العريضة التمييزية ,والتوازي نفسه يقرر وحدة الحكم ,فيما يتعلق بالاخطاء او النقص الحاصل في البيانات التي تشتمل عليها عريضة التمييز ,فعندما يترتب من ذلك جهالة الحكم الُممَيز او جهالة المُمِيز او المُمَيز عليه او المحل المختار للتبليغ فيكلف الُممِيز باصلاح ذلك النقص او الخطا خلال مدة

تصحيح الخطا المادي في الحكم او قبوله وقرار رفض طلب تعيين المحكميين وردهم وقرار تحديد اجور المحكمين . وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة ايام من اليوم التالي لتبليغ القرار او اعتباره مبلغا. ٢- يكون الطعن تمييزا في القرارات المذكورة في الفقرة (١) من هذه المادة ,لدى محكمة استئناف المنطقة , ان كانت صادرة من محكمة البداءة , ويكون الطعن لدى محكمة التمييز , ان كانت القرارات صادرة من محاكم الاحوال الشخصية , او محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية ويكون القرار الصادر بنتيجة الطعن واجب الاتباع .٣ – لايقبل تمييز الاوامر على العرائض الا بعد التظلم فيها امام من اصدرها طبقا لما هو مبين في المادة (١٥٣) من هذا القانون .".

[1]- انظر المادة (١٨٥) مرافعات .

[2]-انظر المادة (٢٠٣) مرافعات .

[3]انظر قرار محكمة التمييز ١٧٨/شرعية اولى في ١٩٧٤/٦/٦ "لا يقبل التمييز ال ممن كان خصما في الدعوى او نائبا عنه " المشاهدي – المصدر السابق – ١٥٦. وكذلك :قرارها ٥٣ مدنية ثانية عقار في ١٢ /٣/- ١٩٧٥- المصدر نفسه –ص ١٦٧.

[4]- انظر قرار محكمة التمييز ٤٦٧/حقوقية رابعة في ١٩٧٠/٢/١٥ "ترد عريضة التمييزية المقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها" المشاهدي – المصدر السابق – ص ١٦٣,وقرارها ٧٤٠ /مدنية ثانية /١٩٧٥ –المصدر نفسه ص ١٧٢.

[5]--انظر قرار محكمة التمييز ١٠٦/شخصية في ١٩٧٥/٢/١٢ "اذا اسقط المميز حقه في التمييز خلال المرافعة وصدر الحكم وجاها فلا يقبل التمييز المقدم من قبله ويتحمل رسومه " المشاهدي – المصدر السابق – ص ١٦٧.

[6]- انظر قرار محكمة التمييز ١١٦٤/موسعة اولى في ١٩٨٧/٨/٣٠ "الطعن في الاحكام لا يقبل الاممن خسر الدعوى " المشاهدي – المصدر السابق – ص ١٨١.

[7]- د عبد الرزاق عبد الوهاب –الطعن بالحكام تمييزا في قانون المرافعات المدنية –دار الحكمة- بغداد -١٩٩٠ص٢٤٠ وما بعدها.

مناسبة والا تبطل العريضة بقرار من المحكمة , وكل ذلك تطبيقا لحكم المادة (٥٠) مرافعات الخاصة بعريضة الدعوى العادية لا التمييزية ,لكن كما قلنا التوازي ما بين الدعويين رتب وحدة الحكم[1]. وقد قررت محكمة التمييز من باب التوازي ما بين عريضة الدعوى العادية[2] وما بين عريضة تقديم التمييز ان عدم التوقيع يجعلها باطلة على الرغم من عدم ذكر المشرع العراقي للتوقيع كبيان واجب التوفر في عريضة التمييز , كما يظهر من مراجعة المادة (٢٠٥) مرافعات التي تولت تحديد البيانات الواجب توفرها في عريضة التمييز[3], وكذلك فان الصفة[4] ومن باب التوازي تعتبر من البيانات الواجب توفرها في عريضة التمييز وان ما يشترط في العريضة العادية يشترط في عريضة التمييز من باب التوازي .

بل ان محكمة التمييز تتشدد في تحكيم فكرة توازي وتعادل الاشكال حتى عندما تمارس صلاحياتها القانونية التي قررها المشرع لها استثناءا كما في نص المادة (٢١٤)مرافعات مدنية[٥], مما يدفعها الى تقرير طريقة طعن تتعارض مع صريح النص ,حيث قررت "اذا فصلت محكمة التمييز في الدعوى وفقا للمادة(٢١٤)مرافعات فتعتبر قد فصلت فيها نيابة عن محكمة الموضوع وحلت محلها ويكون قرارها بحكم القرارات الصادرة من المحكمة الأصلية ولذلك يجوز تقديم اعتراض الغير على ذلك القرار وينظر فيه من قبل المحكمة الأصلية "[٦].

ولأهمية التوازي والتعادل ومستلزماته على نطاق الشكل او الاختصاص الموضوعي او الزمني في تحقيق الاثار القانونية والإجرائية يقرر المشرع رد الدعوى حكما في حالةعدم توفره[7].

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوعة البحث انتهينا الى جملة من النتائج اهمها ما يلي :

١_ ان للتوازي والتعادل تطبيقات عدة في القانون الخاص سواء في نطاق القانون الموضوعي او الإجرائي , وتوضيحا لذلك فقد درسنا كل من إلغاء التشريع باعتباره المثال

---

[١]- قرار محكمة التمييز المرقم ٣١٦ /هيأة عامة /٧٤ اولى في ١٩٧٤/١٢/١٤ مشار اليه في د عبد الرزاق عبد الوهاب – المصدر السابق – ص ٢٥٩.

[٢]-انظر المادة (٧/٤٧)مرافعات.

[٣]- قرار محكمة التمييز ١١٢١/صلحية /٦٨ في ١٩٦٨/٧/٢٣(العريضة التمييزية غير الموقعة من قبل المميز او وكيله تعتبر باطلة) المشاهدي – المصدر السابق – ١٥٦.

[٤]- [٤]- قرار محكمة التمييز ٤٦٧/حقوقية /٧٠ في ١٩٧٠/٥/٢٨(ترد العريضة التمييزية المقدمة ممن لا يملك الحق في تقديمها) المشاهدي – المصدر السابق – ١٥٦.

[٥]نصت المادة المذكورة على ما يلي "اذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم المميز لمخالفته للقانون او للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحا للفصل فيه وجب عليها ان تفصل فيه .ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع أقوالهما ان وجدت ضرورة لذلك .ويكون قرارها قابلا للطعن فيه بطريق تصحيح القرار في مدته القانونية لدى الهيئة العامة".

[٦]-قرار محكمة التمييز ٢١٦/هيئه عامة اولى /٧٢ في ١٩٧٢/٧/١٥ ,المشاهدي المصر السابق ص ٩٣.

[٧]-المادتان(١٧٩) مرافعات فيما يتعلق بالاعتراض على الحكم الغيابي و (١٨٩)مرافعات مدنية فيما يتعلق بالاستئناف .

الأوضح والأبرز لتوازي وتعادل الأشكال وتتبعنا الفكرة في نطاق العمل الإجرائي ايضا وحسبما مبسوط في ثنايا البحث .
٢-عدم قدرة العرف مدنيا كان او تجاريا على مخالفة او إلغاء نص تشريعي آمر ,مع الإقرار بقدرة العرف على مخالفة او تجاوز نص تشريعي مكمل بشروط ,وبكل الأحوال لايملك العرف قدرة على إلغاء هذا النص المكمل ,وفي نطاق العمل الإجرائي راينا ان الأشكال والنماذج المطلوبة لنشأة اجراء ما هي ذاتها المطلوبة في إلغائه ومن قبل ذا المحكمة التي أصدرته ,في اغلب الاحيان, كما في الاعتراض على الحكم الغيابي والاعتراض على الأوامر على العرائض واعتراض الغير الاصلي وتصحيح القرار التمييزي, وبإتباع ذات الإجراءات لكن امام جهة اعلى , كما في الاستئناف والتمييز, مما يعني توفر فكرة التوازي والتعادل بشقيها الإجراءات والاختصاص.
٣- قاعدة توازي وتعادل الأشكال من الأفكار التشريعية المستقرة في نطاق القانون .
٤- قاعدة التوازي تحتوي ثلاثة انواع من التوازي هي التوازي على نطاق كل من الاجراء والاختصاص والمضمون .
٥- انتهى البحث الى ان دور التوازي والتعادل يتمثل بما يلي:

أ-تبني المشرع لها يجلي اعتقاده بان القوة الملزمة للعرف تأتي من إحالة المشرع الصريحة الى نصوصه .
ب-ركون المشرع اليها يعكس إيمانه بتدرج التشريع أولا وجموده ثانيا .
ج- تعد قاعدة توازي وتعادل الأشكال ضمانة من ضمانات التقاضي وحسن استقرار المراكز والأوضاع القانونية .
د_ والتوازي نفسه يقرر وحدة الحكم ,كما في الاخطاء او النقص الحاصل في البيانات التي تشتمل عليها عريضة التمييز ,فعندما يترتب من ذلك جهالة الحكم المميز او جهالة المميز او المميز عليه او المحل المختار للتبليغ فيكلف المميز باصلاح ذلك النقص او الخطا خلال مدة مناسبة والا تبطل العريضة بقرار من المحكمة وكل ذلك تطبيقا لحكم المادة (٥٠) مرافعات الخاصة بعريضة الدعوى العادية لا التمييزية ,لكن كما قلنا التوازي ما بين الدعويين رتب وحدة الحكم.

٦- اما أهم ملامح موضوع البحث فقد ظهرت في البحث كما يلي :

أ-التوازي والتعادل في الأشكال مثلما يعتمد في إنشاء العقود والمراكز القانونية ,فهو يعتمد ايضا في انهاء هذه العقود وتلك المراكز القانونية .
ب-الأشكالوالإجراءات اللازمة لنشأة العقود والمراكز القانونية تلزم فيما يدخل على العقد من تعديلات او إضافات .
ج-الإجراءات والأشكال المتبعة في انشاء عقد ما هي ذاتها التي تتبع في الوعد بابرام ذلك العقد .
د_التعادل والتوازي مثلما يشمل الكيانات والعقود الاصلية فهو يشمل الكيانات والعقود التابعة .
هـ _ومثلما أمكننا تصور التوازي والتعادل وسيلة لانعقاد الملك يمكننا تصوره وسيله لانقضاء الالتزامات في حالة انهيار الارتباط القائم بين الالتزامات والذي تمثله فكرة التوازي والتعادل.

هذه محاولة لقراءة النصوص التشريعية تلمسا لعقلية المشرع الباطنية واستجلاءً لتوجهاته التي تحكم حركته من خلال ارجاع نصوصه الى بناها الداخلية وتأصيلها فكريا

ومعرفيا وصولا الى منظومة مفلسفة لحركة المشرع وبيان النسغ الداخلي الذي يحكم توجهاته .آمل ان اكون قد وفّقت الى بعض ما يجب والى فتح الباب أمام دراسات أخرى نقوم بها مستقبلا او زملاءٍ لنا ,فان كان ذلك , فبفضل من الله ورحمته ,وان لم يكن فبعجز مني ,وحسبي عند العجز جزاء العاجز الذي بذل في سبيل تحقيق مقصده وسعُه,والحمد لله أولاً وأخيرا.

الباحث

القران الكريم .

المصادر

-ابراهيم المشاهدي -المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز /قسم قانون المرافعات المدنية – مطبعة الجاحظ – بغداد -١٩٩٠.

-د ابراهيم نجيب سعد –القانون القضائي الخاص –منشاة لمعارف بالسكندرية -١٩٧٣.

د احمد عبد الرحمن شرف الدين و محمد رفعت عبد الوهاب القضاء الاداري __جامعة صنعاء – كلية الشريعة والقانون _١٤١٢هـ_١٩٩١ _بلا مكان نشر .

د ادم وهيب النداوي –المرافعات المدنية –المكتبة القانونية –بغداد ٢٠٠٦.

-أساك رسالته _الاجراء الاداري غير القضائي –تولوز-١٩٦٦طبعة ١٩٦٨.

د اسماعيل مرزة –القانون الدستوري –دراسة مقارنة للدستور الليبي ودساتير الدول العربية الاخرى – ط٣ –العراق بغداد –دار الملاك للفنون والاداب والنشر -٢٠٠٤.

د توفيق حسن فرج–المدخل لدراسة العلوم القانونية – ط ٢ مكتبة مكاوي –بيروت -١٩٧٥.

جمال مولود ذيبان –ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المنية –دار الشوون الثقافية العامة –بغداد ١٩٩٢.

د حسني درويش -حدود سلطة الادارة في الغاء القرار الإداري-بحث منشور في مجلة العلوم الادارية –تصدرها الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الادارية –السنة ٢٣-العدد الاول – يونية ١٩٨٢.

د سامي جمال الدين –اللوائح الادارية وضمانة الرقابة القضائية _منشاة المعارف –الإسكندرية _٢٠٠٣.

د سعد علوش – دراسات في العرف الدستوري بلا دار نشر –وهو كتاب مطبوع على نفقة جامعة النهرين ١٩٩٩.

د سمير عبد السيد تناغو النظرية العامة للقانون-الناشر منشاة المعارف بالإسكندرية- القاهرة – ١٩٧٣.

صادق محمد علي حسين الحسيني –القرار الإداري المضاد–رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل -٢٠٠٤.

عبد الباقي البكري -المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية –- ج١- مطبعة الآداب–النجف الأشرف ١٣٩٢ه-١٩٧٢م.

عبد الباقي البكري وزهير البشير – المدخل لدراسة القانون –مديرية دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة بغداد ١٩٨٩.

عبد الرحمن العلام –شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣لسنة ١٩٦٩ط ٢ -ج ١ مطبعة العاني –بغداد ١٩٩٦.

د عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني –ج١ –في مصادر الالتزام –ط ٥ – مطبعة النديم بغداد -١٩٧٧.

د عزيز كاظم جبر الخفاجي:إقالة العقود المدنية بين الشريعة والقانون –توزيع المكتبة القانونية – بغداد شارع المتنبي -٢٠٠٦.١

عوني الفخري –الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية في نطاق القانون الدولي الخاص –بحث منشور في مجلة العدالة وهي مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل –بغداد – العدد الاول السنة ١٩٩٩.
دفتحي والي _الوسيط في قانون القضاء المدني –القاهرة ١٩٨٤.
د فتحي والي –نظرية البطلان في قانون المرافعات _قام بتحديثها د احمد ماهر زغلول –ط ٢ - دار الطباعة الحديثة -١٩٩٧.
لوبادير –القانون الاداري –ج٢ -١٩٦٣-ص٢٣٢-نقلا عن د حسني درويش .
ليون دكي –دروس في القانون العام –منشورات مركز البحوث القانونية –بغداد – ١٩٨١.
د محمد علي ال ياسين –القانون الدستوري –المبادئ الدستورية العامة- ط ١ -المكتبة الحديثة للطباعة والنشر –بيروت – بلا تاريخ نشر –ص ١٠٠.
موسى شحادة –اهمية القواعد الشكلية والاجرائية في اعداد القرارات الادارية الفردية –مجلة ابحاث اليرموك- سلسلة العلوم الانسانية والاجتماعية –مجلة علمية تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة اليرموك =المجلد السابع عشر ,العدد الثالث ,ايلول ,٢٠٠١.
د وجدي راغب فهمي –الموجز في مبادئ القضاء المدني –ط١ –القاهرة -١٩٧٧.
د يوسف سعد ألخوري–القانون الإداري ج ١ بلا مكان نشر -١٩٩٨.

القوانين
اولا العراقية:

١. . القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، موسوعة التشريعات العقارية ، ج٣ ، مطبعة العاني – بغداد ، ١٩٨٦ .
٢. قانون الشركات الملغي رقم (٣٦لسنة ١٩٨٣)المنشور في جريدة الوقائع العراقية رقم (٢٩٣٥)لعام ١٩٨٣
٣. قانون المرافعات المدنية (العراقي) رقم (٨٠) لسنة ١٩٦٩.
٤. قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغى رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ .
٥. . قانون المرافعات المنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
٦. -قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٠٠ في ١٩٦٠/٦/٢.
٧. قانون تنظيم التجارة الداخلية والخارجية رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ١٨٣٤ في ١٩٧٠/٢/٢٣ .
٨. قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ع ١٨٨٤ في ٣٠ /٥/ ١٩٧٠.
٩. -قانون التعليم العالي
١٠. -قانون الصحة ٨٩ لسنة ١٩٨١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ٢٨٤٥ في ١٩٨١/٨/١٧.
١١. -قانون رقم (١٧)لسنة ٢٠٠٥المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد(٤٠١١)_كانون الاول _٢٠٠٥_ السنة السابعة.
١٢. قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المنشور في جريدة الوقائع العراقية .
١٣. قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية رقم (٣٠)لسنة ١٩٢٨المنشور في جريدة الوقائع قانون العراقية العدد ٦٦٦ في ١٩٢٨ /٧/٥.

١٤. -قانون رقم (١٧)لسنة ٢٠٠٥ المنشور في (جريدة الوقائع العراقية العدد(٤٠١١)_كانون الاول _٢٠٠٥_ السنة السابعة والأربعون) . الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.
١٥. قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ٩٩٢ في ٩/٦/ ١٩٣١.

ثانيا القوانين العربية:

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، إعداد المحامية أماني محمود سالم ، دار الفكر العربي ، خال من مكان وتاريخ النشر .
٢- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على ضوء اخر التعديلات والقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧,البدراوي للتوزيع – مطبعة الجيزة .
٣- قانون الموجبات والعقود اللبناني؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟.
٤- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣
٥- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ ، إعداد المكتب الفني في نقابة المحامين عمان ، ط ٣ ، مطبعة التوفيق – خال من مكان النشر ، ١٩٨٥م .
٦- قانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ ، إعداد وتنسيق ممدوح عطري ، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع – دمشق ، ١٩٩٢ .

٧- قانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ ، منشور على موقع مجلس النواب اليمني .

٨- القانون المدني الجزائري رقم ٧٥-٥٨ لعام ١٩٧٥منشورات وزارة العدل الجزائرية ١٩٩٦.

٩- مجلة العقود والالتزامات التونسية؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟؟