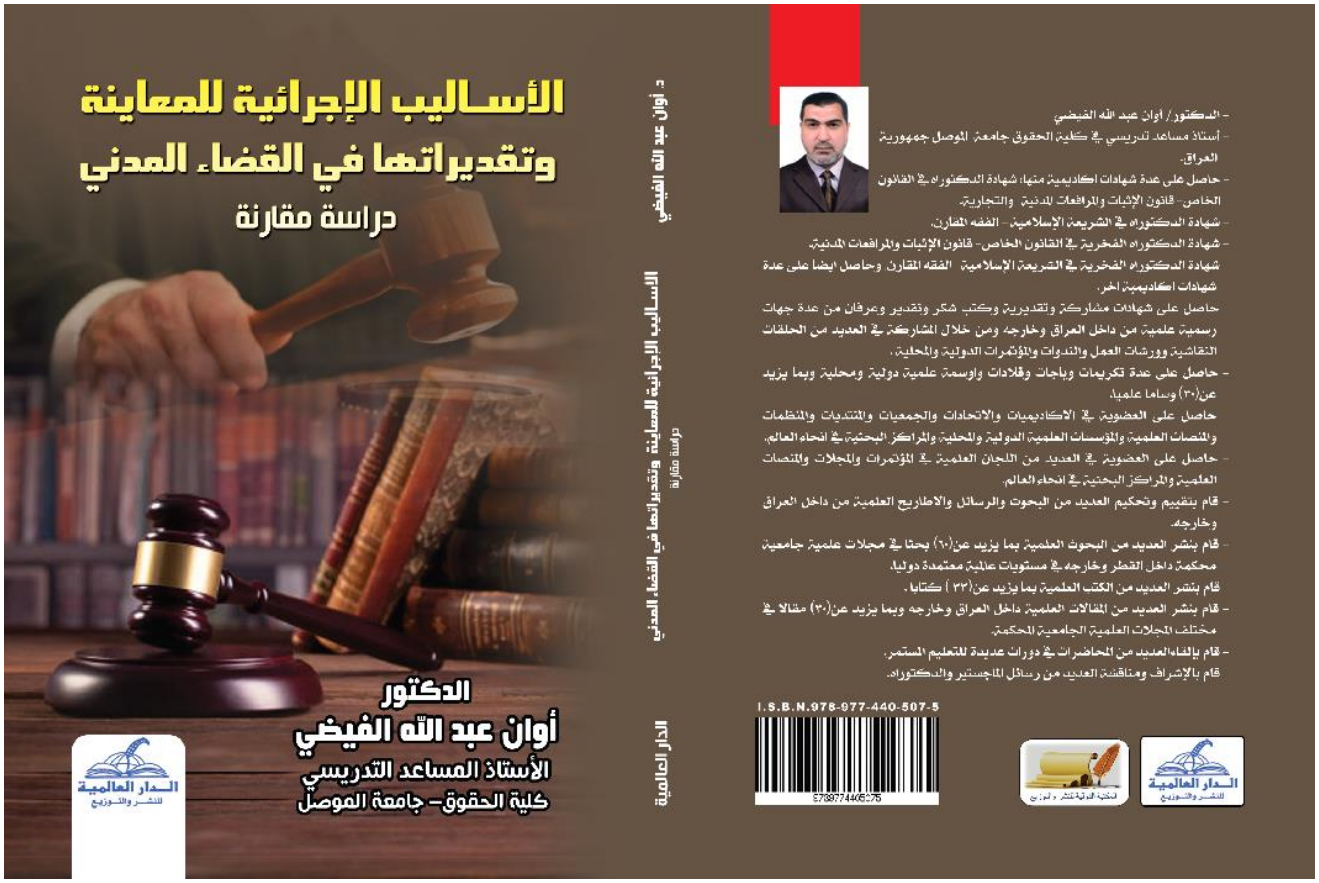

الأساليب الإجرائية للمعاينة
وتقديراتها في القضاء المدني
دراسة مقارنة
الدكتور
أوان عبد الله الفيضي
الأستاذ المساعد التدريسي
كلية الحقوق- جامعة الموصل
الدار العالمية
للنشر والتوزيع
د. أوان عبد الله الفيضي
الأساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني
دراسة مقارنة
الدار العالمية
- الدكتور/ أوان عبد الله الفيضي
- أستاذ مساعد تدريسي في كلية الحقوق جامعة الموصل جمهورية العراق.
- حاصل على عدة شهادات اكاديمية منها: شهادة الدكتوراه في القانون الخاص- قانون الإثبات والمرافعات المدنية والتجارية.
- شهادة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية- الفقه المقارن.
- شهادة الدكتوراه الفخرية في القانون الخاص- قانون الإثبات والمرافعات المدنية.
شهادة الدكتوراه الفخرية في الشريعة الإسلامية الفقه المقارن وحاصل ايضا على عدة شهادات اكاديمية اخر.
حاصل على شهادات مشاركة وتقديرية وكتب شكر وتقدير وعرفان من عدة جهات رسمية علمية من داخل العراق وخارجه ومن خلال المشاركة في العديد من الحلقات النقاشية وورشات العمل والندوات والمؤتمرات الدولية والمحلية.
- حاصل على عدة تكريمات وياجات وقلادات واوسمة علمية دولية ومحلية وبما يزيد عن(٢٠) وساما علميا.
حاصل على العضوية في الاكاديميات والاتحادات والجمعيات والمنتديات والمنظمات والمنصات العلمية والمؤسسات العلمية الدولية والمحلية والمراكز البحثية في انحاء العالم.
- حاصل على العضوية في العديد من اللجان العلمية في المؤتمرات والمجلات والمنصات العلمية والمراكز البحثية في انحاء العالم.
- قام بتقييم وتحكيم العديد من البحوث والرسائل والاطاريح العلمية من داخل العراق وخارجه.
- قام بنشر العديد من البحوث العلمية بما يزيد عن(٦٠) بحثا في مجلات علمية جامعية محكمة داخل القطر وخارجه في مستويات عالية معتمدة دوليا.
قام بنشر العديد من الكتب العلمية بما يزيد عن(٣٢) كتابا.
- قام بنشر العديد من المقالات العلمية داخل العراق وخارجه وبما يزيد عن(٣٠) مقالا في مختلف المجلات العلمية الجامعية المحكمة.
- قام بإلقاء العديد من المحاضرات في دورات عديدة للتعليم المستمر.
قام بالإشراف ومناقشة العديد من رسائل الماجستير والدكتوراه.
I.S.B.N.978-977-440-507-5
9789774405075
الدار العالمية
للنشر والتوزيع
المكتبة الوطنية للنشر والتوزيع

المقدمة

وتتضمن الآتي:-

أولا:- **المدخل التعريفي بموضوع البحث**.

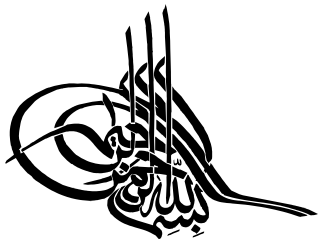
ثانيا:- **الأسباب الموجبة للبحث وأهميته**.

ثالثا:- **هدف البحث وتساؤلاته**.

رابعا:- **نطاق البحث**.

خامسا:- **صعوبات البحث**.

سادسا:- **منهجية البحث**.



المقدمة

(إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ وَنَعُوذُ بِهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَلاَ مُضِلَّ لَهُ وَمَنْ يُضْلِلْ –يضلله– فَلاَ هَادِىَ لَهُ ، وَأَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾ ﴾ سورة النساء / ١ ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾ سورة أل عمران / ١٠٢ ، ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾ ﴾ سورة الأحزاب/٧٠–٧١) (•) أما بعد :

فان اصدق الحديث كتاب الله تعالى وأحسن الهدي هدي محمد (ﷺ) ، وشر الأمور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة ، وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار .

أوصيكم إخوة الإيمان بتقوى الله تعالى وطاعته ، ولزوم عبادته، وكثرة مخافته ، فان التقوى شعار المؤمنين ، ودثار المتقين ، ووصية الله تعالى فيا وفيكم أجمعين .

الحمد لله الذي اعز المسلمين بالإسلام ونور قلوبهم بصدق العقيدة وخالص الإيمان ، علم عباده مما لا يعلمون ، وأفاض عليهم من أسرار حكمته من خزائن علمه المكنون، أحمده حمداً كثيرا طيبا مباركا يتقرب به المتقربون ، وأشهد أن لا إله إلا الله شهادةً تنفع قائلها يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، وأشهد أن سيدنا وقائدنا وقدوتنا حبيبنا وشفيعنا وخاتم

• الجدير بالذكر أن هذه تعد خطبة الحاجة التي علمها النبي محمد (ﷺ) لأصحابه ، وقد أخرجها الإمام أبو داود في سننه ، حيث حدثنا محمد بن كثير أنبأنا سفيان عن أبي إسحاق عن أبي عبيدة عن عبد الله بن مسعود في خطبة الحاجة في النكاح وغيره ،ح وحدثنا محمد بن سليمان الأنباري المعنى أخبرنا وكيع عن إسرائيل عن أبي إسحاق عن أبي الأحوص وأبي عبيدة عن عبد الله قال: (عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خُطْبَةَ الْحَاجَةِ أن الْحَمْدَ لِلَّهِ نَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ....)، ينظر: الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢–٢٧٥هـ)، كتاب السنن سنن أبي داود ، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠ م ، ص٣٦٠ (كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح، رقم الحديث ٢١١٨).

الأنبياء والمرسلين محمد (ﷺ) رسول الله ، إمام أنبيائه المنزل عليه هذا الشرع المبارك الطاهر والنور الباهي الباهر، اللهم صلي وسلم وزد وبارك وانعم على سيدنا محمد ، الذي قام بالدعوة إلى ربه وبلغ الناس ما نزل إليهم ، فأنار سبيل الرشاد وطمس معالم الضلال ، فأشرقت الأرض بالهدى المستقيم ودخل الناس في دين الله أفواجا يسترشدون برشده ويهتدون بهديه، وعلى اله وإخوته من الأنبياء والمرسلين صلوات ربي وسلامه عليه وعليهم أجمعين ، وعلى أصحابه الغر الميامين والتابعين ، الذين حملوا لواء الإسلام وحفظوا الشريعة والأحكام وجاهدوا في الله حق جهاده ، من العلماء الأعلام والمشايخ العاملين ما اقتفت أثارهم السادة الأجلة ، ومن سلك هذا المنهج السوي واستنار بهذا النور السني وتبع منهجهم وسار على نهجهم واهتدى بهديهم إلى يوم الدين ، وعلى جميع من سلف من علماء ألامه وفقهائها المجتهدين وعنا معهم يارب العالمين ، اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا يارب العالمين علماً ... وبعد .

بعون الله تعالى سوف اقسم مقدمة هذه الدراسة على الفقرات الآتية :

أولاً / المدخل التعريفي بموضوع البحث .

ثانياً / ألأسباب الموجبة للبحث وأهميته .

ثالثاً / هدف البحث وتساؤلاته .

رابعاً / نطاق البحث .

خامساً / صعوبات البحث .

سادساً / منهجية البحث .

سابعاً / خطة البحث .

أولاً / المدخل التعريفي بموضوع البحث:-

مما لا شك فيه أن المعاينة في مجال الإثبات عموماً والإثبات المدني خصوصاً تحتل أهمية كبيرة ، كونها تعد أحد أهم أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المادية ، إن لم تكن أهمها على الإطلاق، التي تهدف إلى إثبات حالة معينة وإظهار حقيقة النزاع في أقرب وقت وأيسر نفقة، وذلك من خلال تكوين المحكمة الاعتقاد الصحيح والمناسب عن حقيقة المنازعة، فهي تعد الدليل الوحيد الذي يتم بغير واسطة، وذلك عندما يكون القاضي اعتقاده بملامسته للواقعة ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته بنفسه مباشرةً، وهي بهذا تتميز من أدلة الإثبات الأُخرى التي تتم بالواسطة، عندما يتوصل القاضي إلى الإلمام بالوقائع عن طريق ما يستخلصه من الدعوى وظروفها وما يقدم من المستندات والأقوال.

وتمتاز المعاينة بأن لها طابع اجرائي ، فهي تعد إجراء قضائي واختياري من جانب المحكمة في مسار الدعوى المدنية، في ظل موقف إيجابي لقاضي الموضوع ليتمكن معه من الوصول إلى الحقيقة في النزاع المعروض عليه، وبما يكفل أقصى تقارب بين الحقيقتين القضائية والواقعية، فقد تتم بدعوى أصلية بطلب انتقال المحكمة والكشف أمام القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء، ولإسعاف الخصوم بقرارات سريعة حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس بأصل الحق تمهيداً لرفع دعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء مستقبلاً، وقد يتم اجراء المعاينة أيضاً بصفة فرعية بناءً على دعوى قائمة أصلاً أمام المحكمة ، فيجوز لها أن تقرر إجراء المعاينة في كل دعوى منظورة أمامها إذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك، ومتى رأت في هذا الإجراء مصلحة لتحقيق العدالة.

والمعاينة بوصفها إجراء قضائي للمحكمة تعد من قبيل التصرفات الإجرائية ، وليس عمل مادي إجرائي، وينطبق هذا على قرار إجرائها من قبل المحكمة أو الانتقال لإجرائها أو طلب إجرائها من الخصوم ، فالإرادة فيها تشغل مجالا واسعاً ومن ثم يحدد القانون أثارها كمبدأ عام ، وعلى عكس الأعمال المادية الإجرائية التي تنحصر فيها دور الإرادة ، فاذا كانت الإرادة سليمة للمعاينة تنشأ الإجراء القضائي صحيحا منتجا لأثاره، والإرادة لكي تنتج أثارها ويعتد بها شرعا وقانونا لابد أن يتم الإفصاح عنها، لان الإرادة مسالة كامنة في النفس ويجب التعبير عنها بأحد أشكال التعبير الصريح أو الضمني، فالإرادة المطلوبة في إجراء المعاينة خاصة هي الإرادة الظاهرة التي تظهر للوجود ويرتب عليها القانون أثرا إجرائيا، فلا يعتد بالإرادة الباطنة لان العلم مقصور فيها على صاحبها فقط، فتكون غير صالحة لإنتاج أي اثر قانوني .

والقاعدة بالنسبة لعيوب الإرادة انه لا يعتد بها إلا في التصرفات القانونية، ولكن يجوز التمسك بها أيضا لإبطال التصرفات الإجرائية كأجراء المعاينة، كما يجوز التمسك بها لإبطال القرارات القضائية في الحدود وبالطرق التي نظمها القانون للطعن في الأحكام، وبهذا يمكن تصور هذه العيوب وتأثيرها على القائم بالمعاينة ، ومن ثم تؤثر في صحة الإجراء القضائي ، فيجوز مثلا الطعن في القانون العراقي بطريقة إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة، ولو كان الحكم المطعون فيه قد حاز درجة الثبات، إذا ما وقع من الخصم غش في الدعوى ، كان من شانه التأثير في الحكم ، وهذا يعني تعيب في إرادة القاضي.

ولصحة الاجراء القضائي للمعاينة ينبغي ان تتوافر فيه مستلزمات موضوعية أخرى لصحة تلك الإجراءات وهي ضرورة وجود المحل ، وهو ما يرد عليه الإجراء القضائي، ومحلها عادة الواقعة المتنازع عليها، وهو أيضا مضمون الاجراء القضائي الذي يعد المحل عنصراً من عناصره، فإذا كان التلف مثلا الذي أصاب العقار تلفا كليا ، كالوجود الهيكلي المتبقي من الحريق، فيتوقف محل المعاينة على تحقق الغاية والهدف من إجراء المعاينة، فإذا أمكن تحقق الهدف والغاية فيكون عندئذ محل المعاينة موجوداً، أما إذا لم تتحقق الغاية والهدف من المعاينة كالتفحم الكلي ، فيعد محل المعاينة غير موجود حقيقةً بالرغم من وجوده الحكمي، وتصبح الإجراءات عندئذ عديمة الجدوى وباطلة لتخلف ركن من المستلزمات الموضوعية لصحة إلاجراء القضائي للمعاينة.

كما ويشكل السبب في إجراء المعاينة أيضا أهمية كبيرة ودوراً أساسيا فيه ، مادام أن الإجراء قد تم وفق ما يقرره القانون وبالشكل المحدد له، فالسبب في بعض الإجراءات القضائية له أهمية خاصة، كتلك الإجراءات القضائية التي يمكن عدها تصرفات إجرائية، لذا يجب أن نطبق عليها قواعد التصرف القانوني .

ولا يخفى أن للزمن أهمية بوصفه عنصراً في الإجراء القضائي في المعاينة، فهو وسيلة لضبط مسار الإجراء القضائي ومستلزماً شكليا مهماً لصحته ، فهو كظرف يلزم أن يتم فيه الإجراء، فأي تأخير في الدعوى قد يلحق ضرراً بالأطراف، لذا فمن الضروري مراعاة الزمن بشكل عام في الإجراء القضائي وفي إجراء المعاينة بشكل خاص.

والمحكمة في كل هذا يجوز لها ان تقوم بالاجراء القضائي للمعاينة في كل دعوى مرفوعة امامها، اذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك، فضلا عن امكانية اجرائها باساليب معينة وفقا للقانون ، وبناءً على دعوى موضوعها الاساسي اثبات حالة الشيء بالكشف لاسعاف الخصوم بقرارات سريعة حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس باصل الحق، تمهيدا لرفع دعوى اصلية تتعلق بالحق ، ولمنع ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء مستقبلاً ، وهي بهذا ترمي إلى الكشف كاجراء وقتي قبل رفع الدعوى الموضوعية، فهي اجراء تحفظي

يصور حالة مادية يتعذر اثباتها مستقبلا ، صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع ، او أن تتم أيضا بطلب الانتقال للمعاينة بصفة فرعية بناءً على دعوى قائمة اصلا، وقد تقوم المحكمة بكامل هيئتها او تندب احد اعضائها لاتمام الاجراء القضائي للمعاينة، وغالبا ما تتم المعاينة بمناسبة دعوى مرفوعة امام المحكمة ، سواء كانت بناء على طلب احد الخصوم، ام اذا ارتات المحكمة ذلك ، بصدد وقائع متنازع عليها محل المعاينة، أي ليس بدعوى مبتدأ اصلا باجراءات اصلية، فتتم المعاينة في الاصل في الجلسة اذا كان محل المعاينة شخصا او منقولا يمكن نقله الى الجلسة، وقد تتم المعاينة بالانتقال الى حيث المال محل المعاينة عقارا كان او منقولا اذا لم يمكن نقله الى داخل الجلسة وهذا الاستثناء هو الغالب الاعم .

كما يجوز للقضاء المستعجل ان يامر بندب طبيب لاثبات حالة حمل مستكن او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، اذا كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة، اما اذا كانت مرفوعة من قبل الزوج او ورثته بطلب اثبات حمل او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، واعترضت على ذلك وابدت امتناعها عن اجراء الكشف عليها، فان هذا الطلب يكون غير مقبول، اذ لا يجوز اكراه المراة على معاينة اخص جزء من جسدها، لان في ذلك مساساً بحريتها الشخصية وكرامتها، اما اذا لم تمانع الزوجة صراحة او ضمنا في اثبات الحالة، فيجوز اجراء الكشف عليها برضاها، على أن لا يكون ذلك فيه أي اهدار لكرامتها او الاعتداء على حريتها الشخصية، وذلك لان من شروط موضوع الكشف أو المعاينة ان لا يكون المحل شيئاً ممنوعاً في القانون او مخالفاً للنظام العام والاداب، او يمس حرية المدعى عليه او شخصيته .

فيجوز للمحكمة أن تقوم بإجراء المعاينة من تلقاء نفسها أو تندب لذلك احد قضاتها للمعاينة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تندب خبيراً للقيام بهذا بدلا منها، وإلا كان منها تفويضا إليه بسلطتها القضائية الذي يحرمه القانون ويأباه النظام العام، وان كان يجوز لها أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ، ولا يجوز أن يكون موضوع الخبرة إجراء تحقيق في الدعوى ، كإجراء تحقيق باستجواب الخصوم أو سماع الشهود أو المعاينة ، بل أن هذا التحقيق لا يمكن أن يعهد به القاضي إلى قاض أخر، إلا في الحالات التي يحددها القانون، أي إلا إذا أجازه القانون بنص صريح .

ولابد لاجراء المعاينة أن تتم بإتباع أصول معينة لأساليب إجرائها من صدور قرار من المحكمة إذا كانت ظروف الدعوى تتطلب ذلك، على أن يتضمن موعداً لإجرائها وتحديد القاضي الذي تندبهُ المحكمة ما لم تقرر إجراءها بكامل هيئتها، ثم دعوة الخصوم لحضور إجراءاتها على أن تبين لهم مكان الاجتماع واليوم والساعة اللذين سيتم فيهما، ويمكن للمحكمة سماع الشهود إذا رأت في أثناء المعاينة مصلحة من سماعهم في محل المعاينة ليرشدوا عن كيفية حدوث بعض

الوقائع، فضلاً عن تحرير محضر بالأعمال المتعلقة بالمعاينة وجميع ما اتصل بالنزاع منعكساً أو منطبقاً على محله.

ثانياً : الأسباب الموجبة للبحث وأهميته:-

لأجل هذا واستكمالاً لأهمية الموضوع الذي تجلت من خلال التساؤلات العديدة التي طرحت حوله في ساحة القضاء والقانون، إذ تحتل هذه الاساليب الاجرائية عموما وهذا الاجراء القضائي خصوصا أهمية خاصة جدا كون نطاق التعامل به يكاد يكون يومياً من قبل القضاة، لذا تكمن الأسباب الحقيقية وراء اختياره كموضوع للفلسفة والدراسة نظراً لحاجة القضاء بصفة عامة إلى البحوث العلمية المستمرة والمتصاعدة والمعمقة لتعايش الأحداث والتطورات العلمية، ولوضع الإجابات لكل ما يستجد من اجراءات ووسائل علمية لها علاقة بنظام الإثبات بالمعاينة وبالخبرة، هذه الوسيلة الاجرائية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بكل ما هو مستجد من التطورات العلمية المتصلة بنظام الإثبات.

كما أن الحاجة الشديدة لبيان وإظهار اساليب اجراء المعاينة خاصة في مثل هذا الزمان ليعلم الناس حكم الإسلام فيه ، وأن لكل حادثة مستجدة في النظام القضائي وغيره حكماً عادلاً، لعل ولاة الأمر أن يوجهوا أنظارهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية وأن يجعلوا القوانين مستمدة من أحكامها، فيحكمون شرع الله ويدعون ما سواه.

خصوصا ان الباحث يجمع في هذا السياق بين العلم الشرعي والقانوني، وبالتالي إبراز دور الشريعة الإسلامية بصورة أساسية وقوانين الإثبات المستمدة منها وغير المخالفة لها في مدى معالجتها لهذا الموضوع ، وبيان أوجه الالتقاء والاختلاف بين الجانبين، ومحاولة إبراز جوانب النقص والضعف التي تعتري القوانين في محاولة وإيجاد الحلول المناسبة لمعالجة هذا النقص والضعف، من اجل البحث العلمي وخدمة للفقه الإسلامي بما يرضي الله تعالى ، وخدمةً للإسلام والمسلمين وللعدالة والحق والعلم ، ومحاولة منا لجمع أطراف هذا الموضوع وفلسفته ، والعمل على جمع جزئياته وشتاته في عمل متواضع يسهل الوصول إليه في كل ما يتعلق به .

فضلاً عن المساهمة بإزالة الغموض وما شاب هذا الموضوع عموماً من التباس وإشكالات وما أثيرت حوله من شبهات بشأن ورود نصوص الخبرة ضمن اجراء المعاينة، ومدى صحة ذلك وعلاقة اجراء المعاينة بالكشف والخبرة، والحدود الفاصلة بينهم وسبب تداخلهم معاً، فضلاً عن الخلط الحاصل بينهم سواءً في التشريعات أم بالفقه أم بالقضاء وتمييزهم عن بعض المفاهيم الأُخر.

ويعد احد اهم اسباب اختيارنا هذا الموضوع للبحث والدراسة هو ما أثيرت حوله من شبهات بشأن ورود نصوص الخبرة ضمن اجراء المعاينة، ومدى صحة ذلك ، لانها تعد مشكلة حقيقية

بتقديرنا المتواضع ، وهي من ضمن مشكلات البحث الحالية، لعدم تمييز – لا اقول العوام بل اصحاب الاختصاص الدقيق– بين الخبرة في المعاينة ، وبين الخبرة كدليل اثبات ومدى الفرق بينهما ، بل أن من اصحاب الاختصاص الدقيق (واتحفظ بذكر اسمائهم) ذكر في السمنار على الملأ ، أن المشرع العراقي أخطأ بايراده مواد الخبرة في المعاينة ، وهي دلالة على ضحالة المعلومات الخاصة بهذا الموضوع ، لذا كانت الحاجة ماسة الى بحث وتوضيح هذا الموضوع للجميع ولاصحاب الاختصاص قبل العوام .

ثالثاً : هدف البحث وتساؤلاته :–

وبهذا تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال الإجابة عن تساؤلات تثار وتطرح بصورة مستمرة ودائمة من أهل القانون والقضاء عموماً، محاولة الإجابة على التساؤل المتعلق بالاساليب تلاجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني ؟ وبالطبع تندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي بالإجابة عنها نكون قد اجبنا على الإشكالية الرئيسية للدراسة : فما هو المقصود باجراء المعاينة ، وما هي خصائصها واجراءاتها، وما موقف الشريعة الإسلامية من الإثبات بالمعاينة ، وما موقف القوانين الوضعية منها ، وما المقصود مصطلحي المعاينة والكشف، وما هو اوجه الشبه والاختلاف بينهما ، وهل يقتصر إجراء الكشف على القضاء المستعجل او ممكن اجراء الكشف في القضاء العادي أيضا، وهل يمكن إجراء المعاينة قبل اقامة الدعوى ، او لا يمكن اجراءها الا أثناء نظر الدعوى ، وهل يمكن استخدام تعبير المعاينة في القضاء المستعجل ، ماهي الطبيعة القانونية للمعاينة القضائية بوصفها إحدى الاجراءات القضائية، وهل هي إجراء من اجراءات التقاضي في الدعوى المدنية ، وما هو الطابع الاجرائي للمعاينة ، وما هي مدى صحة تسمية الاجراء القضائي والعمل الاجرائي ، وماهو مدلول الإجراء القضائي، وما هي خصائصه، وما هي طبيعة للإجراء القضائي للمعاينة ، وهل يخضع لنظام التصرفات القانونية في ميدان القانون الخاص، ام ان هذه القواعد لا تنطبق عليه ، وما هي مستلزمات صحة الاجراء القضائي في المعاينة، وما هي المستلزمات الموضوعية لصحة الاجراء القضائي في المعاينة، وما هي الارادة المطلوبة في اجراء المعاينة خاصة ، هل هي الارادة الظاهرة التي تظهر للوجود ويرتب عليها القانون اثرا اجرائيا ام هي الارادة الباطنة، وهل اجراء المعاينة يعد تصرف اجرائي هادف ، وماذا يقصد بمحل الاجراء القضائي، وهل يشكل السبب في الاجراء القضائي للمعاينة أهمية كبيرة فيه، وما هي المستلزمات الشكلية لصحة الاجراء القضائي في المعاينة ، وهل عرفت القوانين القديمة الشكلية في الاجراء القضائي ، وماذا يقصد بالشكلية بوصفها ركناً من أركان الاجراء القضائي في المعاينة، وماذا يقصد بالشكلية بوصفها ظرفاً يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة، وما المقصود باجراء المعاينة القضائية بدعوى اصلية؟ وما

المقصود باجراء المعاينة القضائية بدعوى فرعية ؟ وما المقصود بالكشف المستعجل ؟ وهل عرف الفقه الاسلامي ذلك ،وما هي اساليب اجراء المعاينة ، وما هي دعوى اثبات الحالة ، وما هو موقف القوانين عموما منها، وما هو موقف القضاء ايضا ، وهل تعد هذه الدعوى من الدعاوى الوقتية والمستعجلة، وهل تخضع هذه الدعوى للقواعد العامة التي تخضع لها غيرها من الدعاوى المستعجلة ، وهل يختص القضاء المستعجل ايضا بالكشف على جسم انسان بمعرفة طبيب، أو أن يامر بندب طبيب لاثبات حالة حمل مستكن او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، وهل يجوز للقضاء المستعجل ان يكلف الخبير المنتدب في دعوى اثبات الحالة بسماع اقوال الاشخاص الذين اقتضت الحاجة سماعهم او الاستعانة باراء بعض الفنيين ، وهل يجوز للخبير إجراء معاينة ، وما هي اصول اجراء المعاينة القضائية ، وكيف يصدر قرار من المحكمة باجراءها، أوتحديد موعد إجراءها أو دعوة الخصوم لحضور اجراءاتها أو تنظيم محضر باجراءاتها أو استعانتها باهل الخبرة في اجراءها ، وما هو تقدير الإجراء القضائي للمعاينة ، وما هو تقدير نتيجة إجراء المعاينة، وهل للمحكمة بأن تأمر باجراء المعاينة ، وإذا ما طلب الخصوم إجراءها فهل المحكمة ملزمة بالإجابة لطلباتهم، وهل تتمتع المحكمة بسلطة عند مباشرتها لإجراءات الإثبات بالمعاينة، وهل هذه السلطات الممنوحة لها مطلقة أم أنها سلطته تحكمية أم سلطته مقيدة بالقانون ، وما هي سلطتها في تقدير اتخاذ قرار بإجراء المعاينة أو العدول عنها أو قرارها الصادر بندب خبير فيها، وما هي سلطتها في قرارها رفض الأخذ بنتيجة المعاينة ، وما هي سلطتها في تقديرها للدليل الناتج عنها، فضلا عن تساؤلات اخرى؟ .

رابعاً: نطاق البحث:-

انصب البحث على ألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني، ولكون المعاينة أحد أدلة الإثبات وحصرنا تلك الاساليب الاجرائية للمعاينة في الدعوى المدنية حصراً ، فخرجت عن الدراسة كل الاساليب الإجرائية للمعاينات وتقديراتها التي جاءت بها القوانين الأُخر، والتي لا تدخل ضمن الدعوى المدنية، إذ أن هناك أنواعاً عديدة من المعاينات في المسائل المدنية، ولها اساليب إجرائية واجراءات عديدة الا انها لا تحدث بموجب دعوى مدنية، ولا تحتل نفس أهمية المعاينة القضائية في الدعوى المدنية وتخرج عن نطاقها.

خامساً: صعوبات البحث :-

لقد واجه الباحث أثناء عمله في اعداد هذه الدراسة عن ألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني دراسة مقارنة عدة صعوبات يمكن ان نوجز اهمها على النحو الاتي :-

١. أن عدم بحث هذا الموضوع الفلسفي عن ألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها بحثاً كافياً دقيقاً متخصصاً يجمع شتات مسائله من بطون أُمهات الكتب يعد بحد ذاته صعوبة جمة ، فالموضوع لم يأخذ حقه من العناية والدراسة، فالدراسات التي تناولته تكاد تكون معدومة تماما ، ومن ثم افتقار المكتبة العربية بما فيها العراقية إلى دراسة علمية قانونية شاملة ومقارنة في هذا المجال ، وهي تعد من جملة الصعوبات العديدة التي تكتنف هكذا موضوع اختير من ضمن أبواب القضاء الذي يوصف بالصعب الممتنع، وليس بالسهل الممتنع، وهذه المحاولة قد تنير الطريق لمحاولات أُخر تأتي بعدها لعلها مجتمعةً تحقق ما نَصْبوا إليه وبما يرضي الله تعالى خدمةً للإسلام والمسلمين وللعدالة والحق والعلم.

٢. لا شك أن البحث حول موضوع معين كألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها لم تتطرق أحكامه في الفقه الاسلامي في باب معين ومحدد ، فيه من الصعوبة وبذل الجهد ما لا يخفى ، فألاحكام لم تأت جميعها تحت باب أو عنوان معين بل جاءت هذه الأحكام متفرقة ما بين الأسطر وتحت أبواب عدة ، بل أن بعض أحكام المعاينة لم يشر إليها إشارة واضحة مفصلة ، فمنها ما أشير إليه إشارة خفيفة جدا ، ومنها ما يقاس على غيره ، فكانت الحاجة إلى الوقوف على هذه الأحكام وجمعها وضبطها لجهل الكثيرين بما يتعلق بالمعاينة من أحكام ، فمن الضروري معرفة ما يتعلق باجراء المعاينة من أحكام لضبط تعاملاته وتصرفاته على الوجه الصحيح .

٣. تعدد أبعاد هذا الموضوع الفلسفي وعمقها ، فهو يدخل في مجال الاثبات والاجراءات القضائية وما يترتب على ذلك.

وبعون الله تعالى وتوفيقه فقد عمل الباحث على تذليل هذه الصعاب والتغلب عليها ، ويرجو من الله تعالى أن يكون قد وفق في ذلك فمن الله التوفيق والسداد.

سادساً: منهجية البحث:-

أما عن المنهج المتبع في هذه الدراسة فقد جاء بالصيغة الآتية :-

١- اعتمد الباحث على منهج التحليل والمقارنة، مستخدما المنهج التاريخي والوصفي، فقام بجمع المعلومات في هذا المجال ورصد تطورها التاريخي وإخضاعها للتحليل، وإجراء ما يلزم من مقارنات منبعها تعدد المجالات المعرفية التي تهتم بهذه القضية من الفقه المقارن والقانون والاجتماع .

٢- لقد اعتمد هذا البحث على دراسة آراء الفقهاء لذا اتبع الباحث الأسلوب الوصفي وتتبع آراء الفقهاء من المذاهب المختلفة مبتدأ بالمذاهب الأربعة ثم ما تيسر من مذاهب أخرى في المسائل ذات الصلة بهذا الموضوع أثناء جمع هذه الآراء من مصادرها الأصلية ، كما تم عرض آراء الفقهاء المختلفة وأدلتهم، ومناقشة هذه الآراء والأدلة، ودراستها دراسة موازنة ، وتقييم هذه الآراء وترجيح الرأي الأقوى حجة ، معتمدا على الدليل وربطه مع واقع الحياة، وما يطرأ فيها من قضايا متعلقة بالموضوع ، وقد تم الرجوع إلى أمهات الكتب المعتمدة من كتب التفسير والحديث وشرحه والفقه وأصوله ومعاجم اللغة العربية والتراجم .

٣- اعتمد الباحث أيضا على أسلوب المنهج المقارن ، فإلى جانب قانوني الإثبات والمرافعات المدنية العراقي، كانت هناك جملة قوانين على مدار البحث مختلفة الأحكام ، كقانوني الإثبات والمرافعات المدنية والتجارية المصري، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني، وقانوني البيّنات وأصول المرافعات المدنية والتجارية السوري، ونظام المرافعات الشرعية السعودي، وقانوني البينات وأصول المحاكمات المدنية الأردني، فضلاً عن قانون المرافعات الفرنسي في ضوء آخر التعديلات التي طرأت عليها، مع الاستئناس ببعض القوانين العربية والأجنبية الأُخر عندما تكون هناك ضرورة لذلك، كما حرصنا على ذكر موقف الفقه والقضاء في هذه التشريعات إن وجد لذلك سبيلاً، فضلاً عن الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي المبارك.

٤- وكذلك تم الاعتماد أيضاً على المنهج التحليلي الاستنباطي الوصفي الذي يقوم على تحليل نصوص القوانين والقرارات والآراء الفقهية ومناقشتها ، وترجيح السديد منها سواء بالفقه الإسلامي أم بالقوانين الوضعية، فضلاً عن اعتمادنا على المنهج التطبيقي، الذي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية التطبيقية الوثيقة بالموضوع للمحاكم العربية ، وبيان مدى مطابقة المواقف الثلاثة من عدمها.

سابعاً: خطة البحث :-

واستكمالا للموضوع وبغية تسليط الضوء عليه بأكمله لابد لنا من توضيح هيكليته ، فاقتضت دراسة الموضوع أن يأتي البحث باربعة فصول تسبقها مقدمة ، ويليها خاتمة الدراسة تتضمن النتائج والتوصيات ومن ثم فهرسة المصادر والمراجع ، وهي على بالترتيب على النحو الآتي : -

(الجزء الاول من الدراسة):- فقد جاءت المقدمة لتوضح:المدخل التعريفي بموضوع البحث ، والأسباب الموجبة له وأهميته وهدفه وتساؤلاته ونطاقه وصعوباته ومنهجيته وخطته.

وقد تناولنا في الفصل الأول / مفهوم المعاينة ، ضمن مبحثين:-

المبحث الاول : ماهية المعاينة .

المبحث الثاني : تمييز المعاينة مما يشتبه بها من أوضاع أخرى .

وجاء الفصل الثاني / المعاينة اجراء قضائي ، ليشتمل على مبحثين:-

المبحث الاول : الطابع الاجرائي للمعاينة.

المبحث الثاني : مستلزمات صحة الاجراء القضائي للمعاينة.

(الجزء الثاني من الدراسة):- فيما تضمن الفصل الثالث/ أساليب وأصول الاجراء القضائي للمعاينة،وذلك في مبحثين :-

المبحث الاول : أساليب الاجراء القضائي للمعاينة.

المبحث الثاني : أصول الاجراء القضائي للمعاينة.

ثم تناول الفصل الرابع / تقدير الاجراء القضائي للمعاينة، في مبحثين :-

المبحث الاول : تقدير اجراء المعاينة.

المبحث الثاني : تقدير نتيجة اجراء المعاينة.

ثم اختتمنا الدراسة بالخاتمة : التي تضمنت أهم النتائج التي توصلنا إليها ، والتوصيات والمقترحات، سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد انه ولي ذلك والقادر عليه ، انه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير، فان كنت قد وفقت للصواب فذلك فضل الله سبحانه وتعالى ، وان كان غير ذلك فأستغفر الله العظيم من الخطأ والزلل ، والحمد لله المثيب للمجتهدين في كل أحوالهم ، والله ولي التوفيق والهادي إلى سواء السبيل .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين دائما وأبدا ، وأفضل الصلاة وأتم السلام على رسول الله وسيد المرسلين وإمام المتقين وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا وحبيبنا وقدوتنا وقائدنا وفخرنا محمد(ﷺ) ، صلاة يتبعها روح وريحان ويعقبها مغفرة وغفران بعدد حروف القرآن ، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين آمين يارب العالمين .

الفصل الأول

مفهوم المعاينة

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين هما على النحو الآتي :

المبحث الأول/ ماهية المعاينة.

المبحث الثاني/ تمييز المعاينة مما

الفصل الأول

مفهوم المعاينة

عموما المعاينة تعني ما يراه الشخص بعينه فهي آتية من العين ، وهي عبارة عن المشاهدة بالعين المجردة بالفحص والاجتهاد في معرفته واكتشاف علته ، وإذا كان الفقه الإسلامي لم يفرد بابا خاصا عن الإثبات بالمعاينة بوصفها طريقا من طرق القضاء الإسلامي والإثبات الإسلامي ، ولم يتضمن قواعد منضبطة حولها ، خلافا لطرق الإثبات القضائية الأخرى المعروفة بالفقه الإسلامي ، إلا أنه أورد أدلة عديدة على مشروعية العمل بها ، وذلك في الأدلة الأصلية النقلية في كتاب الله تعالى ، والسنة النبوية ، لأن الإثبات بالمعاينة القضائية أمر لابد أن توجبه معرفة الحقيقة وصولا إلى العدل والحق ، وهو بهذا هدف كل قضاء عادل.

فهي إجراء قضائي تلجأ إليه المحكمة من اجل مشاهدتها للموضوع المتنازع فيه ، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة، وذلك للتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه ، واتخاذها سبباً لحكمها في الدعوى المدنية المنظورة ، ولهذا تتميز المعاينة القضائية بوصفها إحدى وسائل الإثبات المعهودة، التي تهدف إلى إثبات حالة معينة وإيضاح الحقيقة ، بمميزات وخصائص عديدة لأنها تعد دليل إثبات قانوني يتم بغير واسطة وغير ملزم للمحكمة ، فهي إجراء قضائي واختياري لها ، وقد تتم بدعوى أصلية أو بدعوى فرعية .

ومن الطبيعي أن يوجد تشابه في بعض الأحيان بين المعاينة وبين أوضاع قانونية أخرى ، فهي تشبه الخبرة ، لان كلاهما يتضمن إجراءات قانونية عديدة ينبغي إتمامها، فضلا عن أنهما من أدلة الإثبات، في حين تقترب المعاينة أيضا من الكشف بحيث يبدو أنهما شيئا واحدٌ في المسائل المدنية، والحقيقة أن الإثبات بالمعاينة تعني أن القاضي سوف يقف بنفسه على الوقائع المتنازع عليها ويشاهدها ليستخلص وجه الحق فيها، وهو في عمله هذا سوف يحكم بعلمه ومشاهدته وفهمه لها ، فيعد الإثبات عن طريقها ضربا من ضروب قضاء القاضي بعلمه ولكن المسموح به ، كما وتقترب المعاينة ايضا من الكشف الجنائي رغم وجود بعض الاختلافات الواضحة بينهما في العديد من الأمور.

لذا فان دراستنا تقتضي توضيح هذه الأمور تباعاً من خلال المباحث الآتية :-

المبحث الأول/ ماهية المعاينة .

المبحث الثاني/ تمييز المعاينة مما يشتبه بها من أوضاع أخرى .

المبحث الأول

ماهية المعاينة

مما لا شك فيه أن الكلام عن ماهية الشئ يستلزم بطبيعة الحال البحث في تعريفه ، ثم بيان مميزاته وخصائصه التي تميزه عن غيره ، لذا تقتضي دراسة ماهية المعاينة توضيح تعريفها ، وذلك ببان معناها اللغوي والاصطلاحي الشرعي والقانوني ، وكذلك بيان أهم خصائصها، ومن اجل الإحاطة بذلك ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول / تعريف المعاينة .

المطلب الثاني/ خصائص المعاينة .

المطلب الأول

تعريف المعاينة

بادئ ذي بدء لابد من بيان المقصود بالمعاينة القضائية لغة، إذ لا يستقيم الفهم والمعنى ما لم تتم الإحاطة بالتعريف اللغوي لها، ثم بيان معناها الاصطلاحي ، وذلك بالاحاطة بتعريفها الشرعي والقانوني ، وذلك ضمن الفروع الآتية:-

الفرع الأول/ تعريف المعاينة في المفهوم اللغوي .

الفرع الثاني/ تعريف المعاينة في المفهوم الشرعي .

الفرع الثالث/ تعريف المعاينة في المفهوم القانوني .

الفرع الأول

تعريف المعاينة في المفهوم اللغوي

مما لا شك فيه أن المقصود عادة بالمعاينة لغة تعني ما يراه الشخص بعينه، فيقال عند المعاصرين عاين الطبيب المريض معاينة ، إي فحصه واجتهد في معرفة علته ([1]) ، فالمعاينة اذن آتية من العين، والعين والياء والنون هما أصل واحد صحيح يدل على عضو به يبصر وينظر ثم يشتق منه ، والاصل في جميعه ما ذكرناه ([2]) .

فالعين ما يدرك اذن باحد الحواس الظاهرة ويسمى بالصورة ، ويقابله المعنى أي ما لا يمكن ادراكه بالحواس كالصداقة والعداوة، وكذلك فالعين ما قام بنفسه جوهراً كان او جنساً ، ويقابله المعنى وهو ما قام بالغير كالاعراض ([3]) ، فهي اذن حاسة للبصر والرؤية وهي مؤنثة ([4]) ، وتكون عادة للانسان وغيره من الحيوان، قال ابن السكيت : العين التي يبصر بها الناظر([5]) ، والجمع اعين وعيون واعيان، فيقال لقيته عين عنَّه، اذا رأيتهُ عياناً ولم يترك ([6])، وعينتُ فلاناً : اخبرته بمساوئه في وجهه، وعاينت الشئ عياناً، اذا رايتهُ بعينك ([7]) ، وفلان بعيني: أي احفظه واراعيه كقولك : هو بمرأى ومسمع، قال الله تعالى في محكم آياته : ﴿ ...فَإِنَّكَ بِأَعْيُنِنَا ... ﴾ ([8]) ، وقال جل وعلا أيضا :﴿ تَجْرِي بِأَعْيُنِنَا... ﴾ ([9]) ، وقال جل جلاله :﴿ وَاصْنَعِ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا... ﴾

([1]) ينظر : فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط٢٢، دار المشرق، بيروت، ١٩٧٨م، ص٥١٠.

([2]) ينظر : ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا (ت : ٣٩٥ هـ) ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، من دون سنة طبع، المجلد ٤، ج٤، ص١٩٩.

([3]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.جميل صليبا، المعجم الفلسفي بالفاظ العربية والفرنسية والانكليزية واللاتينية، ، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢م، ج٢، ص١١٤.

([4]) ينظر : العلامة الشيخ مجد الدين محمد الفيروز ابادي الشيرازي، القاموس المحيط، ،عالم الكتب، بيروت، من دون سنة طبع، ج٤، ص٢٥١.

([5]) ينظر: الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري الملقب بابن منظور(ت: ٧١١هـ) ، لسان العرب المحيط، قدمه له العلامة الشيخ عبد الله العلايلي ، إعداد وتصنيف يوسف خياط ، دار لسان العرب ، بيروت ، من دون سنة طبع ، المجلد٢، ص٩٤٦.

([6]) ينظر : العلامة الجوهري ، الصحاح في اللغة والعلوم ، تقديم العلامة الشيخ عبد الله العلايلي ، اعداد وتصنيف نديم مرعشلي واسامة مرعشلي ، دار الحضارة العربية ، بيروت ، من دون سنة طبع ، المجلد ٤ ، ص١٨٢.

([7]) للمزيد من التفصيل ينظر : اسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط٣، دار العلم للملايين، بيروت ، ١٩٨٤م ، ج٦ ، ص٢١٧٠ ومابعدها.

([8]) سورة الطور / ٤٨.

([9]) سورة القمر / ١٤.

([10]) ، أي بحيث نرى ونحفظ ، وفي قوله جل شأنه :﴿ ...وَلِتُصْنَعَ عَلَىٰ عَيْنِيٓ ﴿٣٩﴾ ﴾ ([11]) ، أي بحفظي، ومنه عين الله تعالى عليك ، أي كنت في حفظ الله تعالى ورعايته، قيل جعل ذلك حفظته وجنوده الذين يحفظونه ([12]) ، ويقال لا اطلب اثرا بعد عَيْنْ : أي بعد معاينه ([13]) ، وهو عبارة عن مثل يضرب لمن ترك شيئا يراه ثم تبع اثره بعد فوت عينه، كذلك يقال: صار خبر بعد عين ، أي بعد معاينة ([14]) ، وتقول لمن بعثته واستعجلته : بعين ما اريتَّك : أي كأني انظر اليك، وكان على القوم عيانه، اذا كان عياناً عليهم ، وتعينا عياناً ، يتعين لنا ، أي يتبصر ويتجسس ([15]) ، اذ قال تعالى :﴿ ...أَمْ لَهُمْ أَعْيُنٌ يُبْصِرُونَ بِهَآ ... ﴾ ([16]) .

وبهذا تعني المعاينة لغةً : النظر، فعاينه معاينة وعياناً : أي رآه بعينهِ، ولقيتُه عياناً ومعاينه، لم اشك في رؤيتي اياه ([17]) ، ورايت فلانا عياناً أي مواجهة ([18]) ، وهكذا فان المعاينة هي بالمحصلة عبارة عن المشاهدة بالعين المجردة إي بفحصه والاجتهاد في معرفته .

([10]) سورة هود / ٣٧.

([11]) سورة طه / ٣٩.

([12]) للمزيد من التفصيل ينظر : العلامة الراغب الاصفهاني (ت: ٤٢٥ هـ) ، مفردات الفاظ القرآن ، ط٢، تحقيق صفوان عدنان داودي، دار العلم دمشق، الدار الشامية بيروت، ١٤٢٣ ، ص٥٩٨.

([13]) ينظر : ابو عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي ، كتاب العين، تحقيق د. مهدي المخزومي ود.ابراهيم السامرائي ، سلسلة المعاجم والفهارس ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٨١م ، ج٢، ص٢٥٤.

([14]) ينظر : مجموعة من المؤلفين، المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٨، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت،٢٠٠٠م ، ص٥٤١.

([15]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام العلامة جار الله ابي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت: ٥٣٨هـ)، اسس البلاغة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٥م ، ص٤٤٣.

([16]) سورة الاعراف / ١٩٥.

([17]) ينظر : ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، اشراف عبد السلام هارون، المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، المكتبة العلمية، طهران ، من دون سنة طبع ، ج٢، ص٦٤٧.

([18]) ينظر : العلامة الشيخ احمد رضا، معجم متن اللغة موسوعة لغوية حديثة، دار مكتبة الحياة ، بيروت ، ١٩٦٠م ، المجلد ٤، ص٢٥٦

الفرع الثاني

تعريف المعاينة في المفهوم الشرعي

من اجل معرفة تعريف المعاينة شرعاً، لابد من معرفة مشروعيتها في كتاب الله تعالى، وفي السنه النبويه واحكام القضاة واقوال الفقهاء المسلمين، وهذا ما سنوضحه مفصلا وذلك حسب المقاصد الآتية :-

المقصد الاول/ الاستدلال على مشروعية المعاينة في كتاب الله تعالى.

المقصد الثاني / الاستدلال على مشروعية المعاينة في السنة النبوية .

المقصد الثالث/ الاستدلال على مشروعية المعاينة في احكام القضاة .

المقصد الرابع / الاستدلال على مشروعية المعاينة في اقوال الفقهاء المسلمين .

المقصد الاول

الاستدلال على مشروعية المعاينة في كتاب الله تعالى

لقد ورد في كتاب الله تعالى ما يدل على الأخذ بالمعاينة في آيات عديدة ، نذكر منها ما يأتي حسب التفصيل الآتي :-

اولا:- فقد جاء في محكم آياته وفي قوله تعالى:﴿ ...لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ... ﴾ ([19]) ، وقوله جل وعلا :﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ... ﴾ ([20]) ، ومن هاتين الايتين الكريمتين نستدل على انه يجوز للقاضي ان يقف بما عنده من علم عن طريق الرؤيا بالمعاينة والمشاهدة ، وجاء أيضا في قوله تعالى :﴿ وَجَاءُوا أَبَاهُمْ عِشَاءً يَبْكُونَ ﴿١٦﴾ قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ ﴿١٧﴾ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴿١٨﴾ ﴾ ([21]).

وقد جاء في تفسير الآية الكريمة انه " وجاءوا عشاءً ليكونوا اقدر على الاعتذار في الظلمة، ولذا قيل لا تطلب الحاجة بالليل فان الحياء في العينين، ولا تعتذر بالنهار من ذنب فتتلجلج في الاعتذار، قال علماؤنا هذه الاية دليل على ان بكاء المرء لايدل على صدق مقاله، لاحتمال ان يكون تصنعاً ... وقالوا يا ابانا ذهبنا نستبق فيه سبع مسائل : الاولى قال القشيري نستبق أي في الرمي او على الفرس او على الاقدام ... وتركنا يوسف عند متاعنا، أي عند ثيابنا واقمشتنا حارساً لها، وجاءوا على قميصه بدم كذب، فيه ثلاث مسائل، أي جاءوا على قميصه بدم مكذوب فيه، استدل الفقهاء بهذه الاية في اعمال الامارات في مسائل الفقه كالقسامة وغيرها، واجمعوا على ان يعقوب عليه السلام استدل على كذبهم بصحة القميص، وهكذا يجب على الناظر ان يلحظ الامارات والعلامات اذا تعارضت ... قال بل سولت لكم انفسكم امراً، فبكى يعقوب عند ذلك وقال اروني قميصه فاروه فشمه ثم جعل يقلبه فلا يرى فيه شقاً ولا تمزيقاً فقال صبرٌ جميل وهو الذي لا جزع فيه ولا شكوى، والله المستعان على احتمال ما تصفون من الكذب " ([22]) .

([19]) سورة النساء / ١٠٥.

([20]) سورة الاسراء / ٣٦.

([21]) سورة يوسف / ١٦ – ١٨.

([22]) ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي (ت:٦٧١هـ) ، تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن، تحقيق مصطفى البدري، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت ، ٢٠٠٠م ، المجلد ٥، ج٩، ص٩٦ ومابعدها.

ومن سياق الاية الكريمة يتضح لنا طريقة الاثبات بالمعاينة، اذ تعمدوا العودة الى ابيهم عشاءً ، فظلام الليل ستر لهم، لا يفضح ما قد يبدو على وجوههم من الكذب عند معاينه ابيهم لهم، ومشاهدته لهم بالعين المجردة ، لذا فقد وجدنا انهم دخلوا على ابيهم عشاءً ، أي في الظلام حتى لا يستطيع المشاهدة والمعاينة لهم ، واكتشاف كذبهم ، بقدرته العقلية والفكرية والاستنباطية، والاستدلال على الامارات الظاهرة على وجوههم ، كما انهم أيضا دخلوا على ابيهم يبكون، وشهدوا على مصرع يوسف (عليه السلام) فقدموا دليل الاثبات قميصه ملوثاً بدم شاة ، فعاينه النبي يعقوب(عليه السلام) ولكنه ابطلها بشيء اخر اقوى منها، وهو ان الذئب لو اكل يوسف لكان القميص ممزقاً، فقال النبي يعقوب (عليه السلام) " متى كان هذا الذئب حكيما ياكل يوسف ولا يخرق القميص! " ([٢٣]) .

وبهذا نستنتج أن هناك اولا محاولة من قبل اولاد النبي يعقوب (عليه السلام) تمنع من معاينتهم من قبل ابيهم، وذلك لانهم دخلوا على ابيهم ليلا ، حتى لا يستطيع المعاينة واكتشاف الكذب من وجوههم .

كما ونستنتج أيضا أن هناك معاينة جرت من قبل أبيهم النبي يعقوب (عليه السلام) للقميص وهو دليل مادي، إلا أنه أبطلها بقرينة عدم تمزق القميص، إذ أن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات، فهي إجراء قد يسفر ويتمخض عن دليل، وما قد يسفر عنه هذا الإجراء قد يعد قرينة ، إذ أن وظيفة المعاينة حقيقة هي في العمل على تكوين القناعة للقاضي في شأن موضوع النزاع ومراكز الخصوم ، فضلاً عن أن العنصر الثاني من عناصر القرينة القضائية وهو العنصر المادي هو واقعة ثابتة يختارها القاضي بحرية واسعة سواءً أكان عن طريق المعاينة أو بواسطة الاستعانة بالخبراء الذين يتفق عليهم الخصوم أو يتم تعيينهم من القاضي أو بأية طريقة أخرى من طرائق الإثبات كالكتابة أو الشهادة ([٢٤]) .

ثانيا: – كما ورد ما يدل على الاثبات بالمعاينة ما ورد في قوله تعالى: ﴿ وَٱسْتَبَقَا ٱلْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلْبَابِ ۚ قَالَتْ مَا جَزَآءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوٓءًا إِلَّآ أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٢٥﴾ قَالَ هِىَ رَٰوَدَتْنِى عَن نَّفْسِى ۚ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ ۖ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٢٨﴾ ﴾ ([٢٥]).

([٢٣]) ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن ،مرجع سابق، ص٩٩.

([٢٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: أ. د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٧م، ص٢٤٣.

([٢٥]) سورة يوسف / ٢٥– ٢٨.

فالشاهد في النزاع الذي دار بين زليخا والنبي يوسف (عليه السلام) راى ان يحكم على اساس المعاينة على الطبيعة لتحديد موقف كل من الطرفين، وهنا حدثت اول معاينة دل عليها القران الكريم، لمعرفة ما اذا كان يوسف (عليه السلام) معتدياً، فيصبح من الطبيعي ان يكون قميصه ممزقاً من الامام نتيجة مقاومة زليخا له، اما اذا كانت زليخا هي التي حاولت الاعتداء على يوسف (عليه السلام) وحاول هو الهرب منها، فيصبح من الطبيعي ان يكون قميصه ممزقاً من الخلف، وكانت نتيجة المعاينة ان قميص يوسف(عليه السلام) ممزق من الخلف، فتوصل بذلك الى تمييز الصادق منهما من الكاذب، وبهذا يتضح أنه اجتمع دليلان الأول هو المعاينة القضائية المادية للحادث والثاني هو الاستدلال بالقرينة.

واخيرا ومن خلال الايتين الكريمتين في الاستدلال على مشروعية المعاينة في كتاب الله تعالى ، ينبغي لنا أن نذكر انه اذا جدلا سأل سائل : هل يستطيع أن يحكم القاضي وهو أعمى غير بصير ، فالجواب يكون نعم يستطيع ، الا أنه من الأفضل أن يكون مبصرا ، حتى يعتمد على المشاهدة والمعاينة المجردة ، لذلك نرى أن من شروط اختيار القاضي أن يكون مبصرا سليم الحواس ، اذ أن المعاينة القضائية مهمة جدا بالنسبة لباقي طرق الاثبات، لانها تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات.

واذا سأل سائل آخر: هل أن القضاء هنا في الاية الكريمة هو الاثبات بالقرينة ، فيكون الجواب انه بدون المعاينة القضائية من قبل القاضي نفسه لا يمكن بتاتا أن يكون هناك اثبات بالقرينة القضائية ، وكما ذكرنا انفا من أن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات، فهي إجراء قد يسفر ويتمخض عن دليل ، وقد لا يتمخض عن دليل ، وذلك بواسطة تكوين القناعة للقاضي في شأن موضوع النزاع ومراكز الخصوم ، فطريقة الاثبات هي اصلا واساسا تتم بالمعاينة القضائية اولا واخيرا ، فمن ثم يحكم القاضي من خلال مشاهدته للواقعة ومعاينته لها وفحصه اياها يتم اكتشافه لعلتها بواسطة طريقة القرينة القضائية ، فهذه تعد اساسا طريقة من طرق للاثبات بالمعاينة القضائية – وليس بطريقة المعاينة المشاهدة المحضة بل بالمعاينة القضائية – وفي كل الاحوال فان القاضي يعتمد في عملية المعاينة على التحليل للامور والامارات ليعتمد على ذلك في قضاءه ، والاثبات بالمعاينة ياتي أولا بالمعاينة والمشاهدة لموقع النزاع ، ومن ثم يستخدم القاضي عقله وفكره بتحليلة للامور لتكوين القناعة في شأن موضوع النزاع ، فمن دون الاثبات بالمعاينة لا يمكن أن يكون هناك قرينة قضائية ، لأن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات فاجتمع هنا دليلان الأول : هو المعاينة القضائية المادية للحادث ، والثاني : هو الاستدلال بالقرينة القضائية ، الا انه يمكن في حالة واحدة فقط ان يكون هناك قرينة من دون طريقة الاثبات بالمعاينة القضائية، وذلك كما هو الحال في القرائن القانونية.

واذا سأل سائل آخر : هل أن الشهادة بالشهود تعتمد على المعاينة القضائية ؟ فالجواب يكون نعم تعتمد على المعاينة القضائية ، فمن خلال ملاحظة القاضي للشاهد وتكوين قناعته

بشهادته تتم من خلال المعاينة القضائية ، لأن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات فاجتمع دليلان الأول هو المعاينة القضائية المادية للحادث ، والثاني هو الاستدلال بالقرينة القضائية – وهو ما ذكرناه في المثال المذكور انفا بالنسبة للاية الكريمة السابقة من أن اخوة يوسف (عليه السلام) تعمدوا العودة الى ابيهم عشاءً ، فظلام الليل ستر لهم، لا يفضح ما قد يبدو على وجوههم من الكذب عند معاينه ابيهم لهم ، وتكوين عقيدته بعد ذلك من خلال اكتشاف امارات الكذب على وجوههم – فالمعاينة القضائية تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات، وهي إجراء قد يسفر ويتمخض عن دليل ، وما قد يسفر عنه هذا الإجراء قد يعد قرينة قضائية، إذ أن وظيفة المعاينة القضائية حقيقة هي في العمل على تكوين القناعة للقاضي في شأن موضوع النزاع ومراكز الخصوم .

المقصد الثاني

الاستدلال على مشروعية المعاينة في السنة النبوية

إن الإشارات التي وردت في السنة النبوية عديدة نذكر منها ما يأتي :-

١- عند بزوغ فجر الرسالة الاسلامية كان النبي (ﷺ) هو الذي يتولى القضاء بين المسلمين بنفسه، كما كان من طرق القضاء والاثبات التي يتبعها النبي (ﷺ) هي طريقة معاينة الشئ ومشاهدته بنفسه ، اذ ورد عن ابي هريرة (رضي الله عنه) (ان رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام ، فادخل يده فيها، فنالت اصابعه بللا، فقال : ما هذا ياصاحب الطعام ؟ قال : اصابته السماء يارسول الله ، قال: افلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟ من غشنا فليس مني) اخرجه الامام مسلم ([٢٦]).

وهكذا فقضاء الرسول (ﷺ) كان في السوق ولم يكن في مجلس القضاء، وقد عاين بنفسه صبرة طعام فوجد مظهرها من الاعلى غير مبلول، فاختبرها وفحصها الرسول (ﷺ) فوجد اسفلها مبلول، فقضى بناءً على مشاهدته للواقعه، وهذا بالطبع دليل على ان قضاء رسول الله (ﷺ) تم بناءً على طريقة الاثبات بالمعاينة القضائية .

٢ – كما ورد عن ابي سعيد الخدري(رضي الله عنه) انه قال : (سمعت رسول الله ﷺ يقول : من راى منكم منكرا فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه ، فان لم يستطع فبقلبه ، وذلك اضعف الايمان) اخرجه الامام مسلم ([٢٧]) .

فالقاضي هنا ايضا مدعو الى ان يغير ما راى من منكر حتى لا يعصى رسول الله (ﷺ)، لان قيام البينه قد لا تتحقق الا بعد حين ، فالقاضي عليه ان يقوم بالقسط ، وليس من القسط ان يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، اذ للقاضي ان يغير كل منكر علمه وشاهده معاينة ، سواءً بيده أم بلسانه وان يعطي كل ذي حق حقه ([٢٨]) .

٣- وقد ورد في حديث آخر عن رسول الله (ﷺ) فيما اخرجه الامام مسلم في صحيحه، في تداعي ابني عفراء قتل ابي جهل يوم بدر، إذ ورد عن عبد الرحمن بن عوف انه قال: (بينما انا

([٢٦]) الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤-٢٦١ه) ، صحيح مسلم ، تحقيق وتخريج أحمد زهوة وأحمد عناية، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٤م ، ص٦٤ (كتاب الايمان، باب قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا ، رقم الحديث ٢٨٤) .

([٢٧]) المرجع السابق، ص٤٩ (كتاب الايمان، باب كون النهي عن المنكر من الايمان ، رقم الحديث ١٧٧) .

([٢٨]) ينظر : د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القسم الخاص، ط٢، مكتبة العروبة، القاهرة، ١٩٦٤م، ج٢، ص٤٣٢.

واقف في الصف يوم بدر نظرت عن يميني وشمالي ، فاذا انا بين غلامين من الانصار ، حديثة اسنانهما ، تمنيت لو كنت بين اضلع منهما، فغمزني احدهما، فقال : يا عم هل تعرف ابا جهل ؟ قال : قلت: نعم ، وما حاجتك اليه ؟ يا أبن اخي ، قال : اخبرت انه يسب رسول الله ﷺ ، والذي نفسي بيده! لئن رأيته ، لايفارق سوادي سواده حتى يموت الأعجل منا ، قال : فتعجبت لذلك ، فغمزني الاخر، فقال مثلها ، قال: فلم انشب ان نظرت الى ابي جهل يزول في الناس، فقلت الا تريان؟ هذا صاحبكما الذي تسألان عنه ؟ قال : فابتدراه فضرباه بسيفيهما حتى قتلاه ثم انصرفا الى رسول الله ﷺ فاخبراه فقال ايكما قتله ؟ فقال كل واحد منهما : انا قتلت فقال : هل مسحتما سيفيكما ؟ قال : لا فنظر في السيفين فقال: كلاكما قتله ، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح – والرجلان : معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء –) اخرجه الامام مسلم ([٢٩]) .

فالرسول (ﷺ) بوصفه قاضياً فقد تداعى امامه مجاهدان يدعي كل واحد منهما انه هو الذي قتل ابا جهل، ولما لم يكن لاي منهما بينة على دعواه ، اختار الرسول (ﷺ) من بين الوقائع المحيطه بالدعوى، واقعة واحدة هي وجود اثار الدم في السيف ، حين قال ارينا سيفيكما، فلما عاين السيفين، نظر اليهما وقام بالمعاينة القضائية ، قال، هذا قتله وقضى له بسلبه، فاعتمد رسول الله (ﷺ) اولا واساساً على فحص ومعاينه الاثر الموجود بالسيف، لأن كلاً منهما عزم على قتل ابي جهل وحاول قتله ، وكان السلب فقط من نصيب معاذ بن عمرو بن الجموح ، لان ضربة سيفه هي التي اصابت في مقتل ابي جهل ([٣٠]) ، فكان الاستدلال من خلال المعاينة القضائية، وبهذا ترجيح قرينة أحد المتداعيين ضد الآخر .

٤- وقد جاء في الحديث النبوي الشريف المروي عن ام المؤمنين السيده عائشه (رضي الله عنها) انها قالت : (كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه قالت : فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخي ، قد عهد إلي فيه ، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فتساوقا إلى النبي ﷺ فقال سعد : يا رسول الله ، ابن أخي ، كان قد عهد إلي فيه ، فقال عبد بن زمعة : أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال النبي ﷺ : الولد للفراش وللعاهر

([٢٩]) الامام مسلم، مرجع سابق، ص٧٤٥ (كتاب الجهاد والسير، باب استحق القاتل سلب القتيل، رقم الحديث ٤٥٦٩) .

([٣٠]) في هذا المقام بين الائمة المالكية إنما اعطى السلب لاحدهما، لان الامام مخير في السلب يفعل فيه مايشاء، وقال الطحاوي السلب لايستحق بالقتل وانما يستحق بتعين الامام، وقد قضى النبي ﷺ بالسلب لمعاذ بن الجموح لانه اثخنهُ بالجراح فهو القاتل الفعلي، وللمزيد من التفصيل ينظر : د.احمد فتحي البهنسي، نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي، ط٢، الشركة العربية للطباعة والنشر، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص١٧٦.

الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ : احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله) أخرجه الشيخان ([31]) .

وفي هذا الشأن فقد قال الحافظ ابن عبد البر انه " ولما كان لعبد بن زمعة شريك فيما ادعاه وهو أخته سودة ولم يعلم منها في ذلك تصديق له ألزم رسول الله ﷺ عبد بن زمعة ما أقر به في نفسه ولم يجعل ذلك حجة على أخته إذ لم تصدقه ولم يجعله أخاها وأمرها بالحجاب منه قال وأما قوله ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة فمعناه هو لك يدك عليه لا انك تملكه ولكن تمنع بيدك عليه كل من سواك " ([32]) ، كما ذكر الإمام ابن القيم أن " هذا الحكم النبوي أصل في ثبوت النسب بالفراش " ([33]) .

([31]) الإمام أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري (١٩٤-٢٥٦ه) ، صحيح البخاري، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٤ م ، ص ٤٠٨ (كتاب البيوع ، باب تفسير المشبهات ، رقم الحديث ٢٠٥٣) ؛ وينظر : المرجع نفسه ، ص ٤٣٧ (كتاب البيوع ، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه ، رقم الحديث٢٢١٨) ؛ والمرجع نفسه ، ص٤٨١ (كتاب في الخصومات ، رقم الحديث ٢٤٢١) ؛ والمرجع نفسه ، ص ٥٠١ (كتاب العتق ، باب أم الولد ، رقم الحديث ٢٥٣٣) ؛ والمرجع نفسه ، ص ٥٥٨ (كتاب الوصايا ، باب قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي وما يجوز للوصي من الدعوى ، رقم الحديث ٢٧٤٥) ؛ والمرجع نفسه ، ص٨٦٦ (كتاب المغازي ، رقم الحديث ٤٣٠٣) ؛ والمرجع نفسه ، ص١٣٦٦ (كتاب الفرائض ، باب الولد للفراش حرة كانت أو امة ، رقم الحديث ٦٧٤٩) ؛ والمرجع نفسه ، ص ١٣٧٧(كتاب الحدود ، باب للعاهر الحجر ، رقم الحديث ٦٨١٧ و٦٨١٨) ؛ والمرجع نفسه ، ص ١٤٥٢ (كتاب الأحكام ، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه فان قضاء الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، رقم الحديث ٧١٨٢) ؛ كما وينظر : الامام مسلم ، مرجع سابق ، ص ٥٨٩ (كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم الحديث ٣٦١٣و٣٦١٤) ؛ والإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي(٢٠٩-٢٩٧ه) ، سنن الترمذي الجامع الصحيح ، حققه وأخرجه الشيخ خليل مأمون شيحه، ط١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢٣ه/ ٢٠٠٢م ، ص٤٨٨ (كتاب الرضاع ، باب ما جاء أن الولد للفراش ، رقم الحديث ١١٥٧) ؛ والإمام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب ابن علي بن سنان بن دينار النسائي (ت: ٣٠٣ه) ، سنن النسائي المجتبى، اعتنى به عبد الغني مستو، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٨م ، ص ٥٥٢ (كتاب الطلاق ، باب إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش ، رقم الحديث ٣٤٨٦و٣٤٨٧) ؛ الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥ه) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ١٤٢١ه /٢٠٠٠م ، ص٣٨٨ (كتاب الطلاق و باب الولد للفراش ، رقم الحديث ٢٢٧٠ و٢٢٧١) ؛ والإمام الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧- ٢٧٥ه)، سنن ابن ماجة، ضبط نصها احمد شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ٢٠٠٤ م ، ص٣٢٠ (كتاب النكاح ، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، رقم الحديث ٢٠٠٤) واللفظ للامام للبخاري .

([32]) أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر بن عاصم ألنمري القرطبي (ت٤٦٣هـ) ، التمهيد لما في المؤطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ،١٣٨٧هـ ، ج٨ ، ص ١٩٠ (باب الحديث الخامس والثلاثون).

([33]) الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١ه) ، زاد المعاد في هدى خير العباد، شرح وتعليق الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله والشيخ محمد حامد ألفقي رحمه الله ، ط١، دار

ويتضح لنا مما سبق أنه في هذه الدعوى التي اختصم فيها سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله (ﷺ) في ابن وليده زمعه، حيث قال سعد يارسول الله (ﷺ) ابن اخي عتبه بن ابي وقاص عهد اليّ انه ابنه انظر الى شبهه، وقال عبد بن زمعة هذا اخي يارسول الله (ﷺ)، ولد على فراش ابي، فنظر رسول الله (ﷺ) الى شبهه فراى شبهاً بيناً بعتبة ، فقال : هو لك ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ([٣٤]) ، وهنا كان قضاء رسول الله (ﷺ) بناءً على الاثبات بالمعاينة القضائية بمشاهدته للواقعة امام عينيه وحكمه لها فترجيح قرينة أحد المتداعيين ضد الآخر .

٥ – كما ورد في الحديث الصحيح المروي عن ام المؤمنين السيده عائشه (رضي الله عنها) قالت : (اصيب سعد يوم الخندق رماه رجل من قريش ، يقال له: ابن العرقة، رماه في الأكحل، فضرب عليه رسول الله ﷺ ، خيمة في المسجد ، يعوده من قريب ، فلما رجع رسول الله ﷺ من الخندق ، وضع السلاح ، فاغتسل ، فاتاه جبريل ، وهو ينفض رأسه من الغبار، فقال: وضعت السلاح ؟ والله ! ما وضعناه . اخرج اليهم ، فقال رسول الله ﷺ : فاين ؟ فاشار الى بني قريظة ، فقاتلهم رسول الله ﷺ ، فنزلوا على حكم رسول الله ﷺ ، فرد رسول الله ﷺ الحكم فيهم الى سعد ، قال: فإني احكم فيهم ان تقتل المقاتلة ، وان تسبى الذرية والنساء ، وتقسم اموالهم) اخرجه الامام مسلم ([٣٥]) .

وهكذا يتبين لنا من خلال ما ورد في الحديث الصحيح في قضية الاسرى من بني قريظة ، في انه لما حكم فيهم سعد ان تقتل المقاتلة وتسبي الذرية، فكان بعضهم يدعي عدم البلوغ فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزرهم ويعاينوهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره ([٣٦]) ، وبالتأكيد انصبت المعاينة القضائية هنا على معاينة الأشخاص .

ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٨ م ، المجلد ٣، ج٥ ، ص ٢٠٨ (فصل في حكمه (ﷺ) بالولد للفراش وان الأمة تكون فراشا وفيمن استلحق بعد موت أبيه) .

([٣٤]) ينظر: موسوعة جمال عبد الناصر، مطابع الأهرام ، القاهرة، ١٣٩٠هـ، ج٢ ، ص ١٦٩ ؛ محمد سلام مدكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م ، ص٩١.

([٣٥]) الامام مسلم، مرجع سابق، ص٧٥٣ (كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتل من نقض العهد، وجواز انزال اهل الحصن على حكم حاكم عدل، اهل للحكم ، رقم الحديث ٤٥٩٨) .

([٣٦]) ينظر: موسوعة جمال عبد الناصر، مرجع سابق، ص١٧٠.

المقصد الثالث

الاستدلال على مشروعية المعاينة في أحكام القضاة

لا شك في أن الاحكام القضائية الواردة على مشروعية المعاينة في احكام القضاء الاسلامي عديدة ، الا اننا نوجز منها ما ياتي:-

اولا: - غني عن البيان ان الرسول (ﷺ) مارس القضاء بنفسه ، وكذلك ولى غيره في عهده مهمة الفصل في بعض الخصومات " فقد ذكر ابو عمر بن عبد البر في الاستيعاب عن جارية بن ظفر ﷺ، ان داراً كانت بين اخوين فاقاما حضاراً ثم ملكا وترك كل واحد منهما عقاباً، فادعى

ورثة كل منهما ان الحضارة له دون الطرف الآخر، فاختصم الورثة الى النبي ﷺ فارسل حذيفه اليماني يقضي بينهما، فقضى بعائدية الجدار لمن وجد معاقد القمط، فاخبر النبي ﷺ فقال له احسنت او اصبت " ([٣٧]) .

والملاحظ على هذه الواقعة ان القاضي حذيفة اليماني (رضي الله عنه) قضي فيها بالرغم من عدم وجود دليل اثبات لكل من الطرفين ، اذ انه قضى بتقديرنا على اساس واقع الحال، وذلك بانتقالهم ومعاينة الجدار، فوجد معاقد القمط، وهي نوع من انواع الحبال تستخدم في البناء، حيث رأى من حالة معاقد القمط قرينة على سبق اليد، وهي تعد من قرائن الاحوال العرفية، إذ استقر العرف آنذاك على ان الحائط الذي تليه هذه المعاقد يعد دليلا على الملكية وعلى سبق وضع اليد ، فالمعاينة القضائية هنا جرت على أموال غير منقولة، وذلك بانتقال القاضي إلى المحل المتنازع عليه، وأجرى المعاينة القضائية واكتشف من بعد ذلك أن معاقد القمط قرينة على عائدية الجدار لصاحبه .

ثانيا: – ورد في اقضية الامام علي (رضي الله عنه) نظير هذه القضية وهي : " ان المضروب ادعى انه اخرس، وامر ان يخرج لسانه وينخس بابرة ويعاين ، فان خرج الدم احمر فهو صحيح اللسان، وان خرج اسود فهو اخرس فعلاً " ([٣٨]) ، ويشبه هذا أيضا ماذكره بعض القضاة ، من " ان زوجين ترافعا اليه وادعى كل واحد منهما ان الاخر يغوط عند الجماع وتناكرا فامر ان يطعم احدهما لفتاً والاخر قثاء فعلم صاحب العيب بذلك " ([٣٩]) ، من خلال الفحص والمعاينة القضائية .

ثالثا :– وقد جاء في الاثر أنه رفع الى بعض القضاة رجلا ضرب رجلا على هامته فادعى المضروب انه ازال بصره وشمه ، فامر ان يفحص ويعاين بان يرفع عينيه الى قرص الشمس، فان كان صحيحا لم تثبت عينه لها وينحدر منهما الدمع ، وأن يحرق قماش وتقدم الى انفه ، فان كان صحيح الشم بلغت الرائحة خيشومه ودمعت عيناه ([٤٠]) ، كما لا يخفى ايضا ان مجلس القضاء كان ينعقد في ايام الدولة العباسية في المسجد غالبا، وفي دار الامارة احيانا، وفي دار الخصوم احيانا اخرى ، وذلك اذا لزم معاينة المكان موضوع النزاع ([٤١]) ، وربما ذهب القاضي

([٣٧]) ابراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الاسلام وتاريخه ونظمه، مطبوعات مجمع البحوث الاسلامية الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، القاهرة، ١٩٧٥م ، ص٣٩.

([٣٨]) الامام ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ترتيب وتبويب صالح احمد الشامي، ط١، المكتب الاسلامي، بيروت، ٢٠٠٢ م ، ص٨٦ .

([٣٩]) المرجع السابق، ص ٨٤.

([٤٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مرجع سابق ، ص٨٦.

([٤١]) ينظر : د.عطية مشرفة، القضاء في الإسلام، ط٢، مطابع دار الغد، مصر، ١٩٦٦م ، ص١٥١.

بنفسه وانتقل اليه وحده وقضى بحسب ما يظهر له نتيجة الكشف والمعاينة وربما استعان بغيره ايضاً ([٤٢]) .

رابعا :- وقد ورد ايضا في كتاب الولاة وكتاب القضاة للكندي ، برواية محمد بن رمح ما نصه " قال كان بيني وبين جار لي مشاجرة في حائط فقالت لي امي : امضِ الى القاضي المفضل بن فضاله – في ولايته الثانية في خلافة هارون الرشيد تولى من سنة ١٧٤- ١٧٧ هـ – تسأله ان يأتي ينظر الى هذا الحائط ، فمضيت اليه واخبرته ، فقال اجلس لي بعد العصر حتى اوافيك ، فاتى فدخل الى دارنا فنظر الى الحائط ثم دخل الى دار جارنا فنظر اليه فقال : الحائط لجاركم وانصرف " ([٤٣]) .

خامسا : – كما جاء في الاثر أنه في بلاد الاندلس فقد روى الخشني في كتابه قضاة قرطبة في ترجمة الاسوار بن عقبة النصري قال" رايت للاسوار بن عقبة حكما خاصا به في حدود مقبرة الربض ومنتهى اقطارها وشهدت احمد بن بقي- وهو على القضاء يومئذ- قد ركب الى الموضع مع الفقهاء وذلك الحكم معه حتى امتحن الحدود واحتمل ما وجد في الحكم " ([٤٤]) .

المقصد الرابع

الاستدلال على مشروعية المعاينة في اقوال الفقهاء المسلمين

اما الاستدلال على مشروعية المعاينة في اقوال الفقهاء المسلمين فهي عديدة نذكر منها ما يأتي :-

١- فقد جاء فيما ذكره الائمة الحنفية انه " اذا وجد كناس في منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول هي لي وادعاها صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل، لان الواقع يشهد بذلك " ([٤٥]) ، كذلك فيما

([٤٢]) ينظر : ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، السلطة القضائية، ط١، دار النفائس، بيروت، ١٩٧٨م ، ص٥١٥.

([٤٣]) ابو عمر محمد بن يوسف الكندي، كتاب الولاة وكتاب القضاة ٣٥٠هـ، ص٣٨٧، وبه ذيل مأخوذ معظمه من كتاب رفع الاصر لابن حجر العسقلاني، بيروت، ١٩٠٨م، نقلا عن: د.عطية مشرفة، مرجع سابق، ص١٥١.

([٤٤]) كتاب قضاة قرطبة للخشني ص٧٥، نقلا عن: ظافر القاسمي، نظام الحكم، مرجع سابق، ص٥١٥.

([٤٥]) د. أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥م، ص١١٠.

ورد انه " اذا اختلف رب الدار والساقي في القربة ، فالشافعية والحنابلة يجعلونها للسقا، وان اختلفا في الجرار فيجعلونها لصاحب الدار اخذ بمعاينة ظاهر الحال " ([٤٦]) .

٢- وقد ذكر الامام ابن حزم الظاهري انه " واما نحن فنقول انه من البينة التي لا بينة أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه، فهو في جملة هذا الخبر، بل انه قدم علم القاضي على سائر ادلة الاثبات، فهو عنده اقوى البينات، اذ يقول وفرض على الحاكم ان يحكم بعلمه لانه يقين الحق ثم بالاقرار ثم بالبينة " ([٤٧]).

٣- وجاء أيضا عن الامام السرخسي انه قال: " اذا رأى القاضي وهو في مجلس القضاء او غيره رجلاً يزني او يسرق او يشرب الخمر ثم رفع اليه ، فله ان يقيم عليه الحد في القياس، لانه يتيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه، والعلم الذي استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذي يحصل له بمشاهدة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب " ([٤٨]) .

٤- وقد افاض في شرح ذلك الامام صاحب المبسوط فقال اذا " رجل قذف رجل امام القاضي فله ان يضربه الحد ، وان لم يشهد به غيره ، لان العلم الذي يقع له بمعاينة السبب فوق العلم الذي يثبت له بشهادة الشاهدين، وفي حد القذف مضى حق العبد فهو كالقصاص وسائر حقوق العباد فالقاضي يقضي في ذلك بعلمه .... في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ، له ان يقضي بعلمه ، لان علمه بمعاينة السبب لايختلف بعد ما قلد القضاء وقبله .... " ([٤٩]) .

([٤٦]) المرجع السابق، ص١٠٩.

([٤٧]) الامام محمد علي بن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى، بتصحيح محمد خليل حراس، مطبعة مصر، من دون سنة طبع، المجلد ٦، ج٩، ص٥٢٠.

([٤٨]) الامام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي، المبسوط ، ط٢،، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، من دون سنة طبع، المجلد٨، ج١٦، ص١٠٤(كتاب القاضي الى القاضي) .

([٤٩]) الامام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق ، المجلد ٥، ج٩، ص١٢٤ .

٥- اما صاحب البدائع فقد أبدع بحق إذ ذكر في هذا الخصوص ما نصه من " انه جاز له القضاء بالبينة فيجوز القضاء بعلمه بطريقة الاولى، وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة، وعلمه الحاصل بالمعاينة اقوى من علمه الحاصل بالشهادة، لان الحاصل بالشهادة علم غالب الراي واكثر الظن والحاصل بالحس والمشاهدة على القطع واليقين، فكان هذا اقوى والقضاء به اولى، الا انه لا يقضى به في الحدود الخالصة، لان الحدود يحتاط في درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، ولان الحجة في وضع الشيء هي البينة التي تتكلم بها " ([٥٠]) .

٦- وذكر الشيخ محمد الشربيني على متن المنهاج لابن زكريا النووي انه " لو عاين القاضي اللوث كان له اعتماده ولا يخرج على الخلاف في القضاء بالعلم " ([٥١]) .

٧- وجاء عن الامام الشوكاني ما نصه " انه يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه، لان شهادة الشاهدين او الشهود لا تبلغ الى مرتبة العلم الحاصل عن المشاهدة او مايجري مجراها، فان الحاكم بعلمه غير الحاكم الذي يستند الى شاهدين او يمين ...." ([٥٢]) .

وهكذا يتضح لنا مما سبق ان علم القاضي الحاصل بالمعاينة والمشاهدة اقوى بلا شك من علمه الحاصل بالشهادة، لان العلم الحاصل بالشهادة علم ظني، والعلم الحاصل بالإحساس والمشاهدة والمعاينة علم يقيني، وهو اقوى من العلم الظني وبهذا فالحكم به اولى.

وبهذا نخلص مما تقدم الى انه بالرغم من ورود ادلة عديدة على مشروعية العمل بالاثبات بالمعاينة من خلال استدلالنا عليها من الادلة الاصلية النقلية في كتاب الله والسنة النبوية، وكذلك من خلال الاستدلال عليها من احكام القضاة وعمل الصحابة واقوال الفقهاء، فان الحقيقة ان الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي لم تفرد بابا خاصا عن الاثبات بالمعاينة بوصفها طريقا من طرق القضاء الاسلامي، أي ان طرق القضاء والاثبات الاسلامي لم تتضمن قواعد منضبطة

([٥٠]) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، طبع مطبعة الجمالية، مصر، ١٩١٠م، ج٧، ص٧ (كتاب ادب القاضي) .

([٥١]) الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج على متن منهاج للامام ابي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (ت: ٦٧٦ هـ) ، ط٢، مطبعة البابي الحلبي واولاده، مصر، ١٩٥٨م، ج٤، ص٣٩١ ؛ وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان المقصود باللوث، هو القرينة الدالة الظاهرة على صدق المدعي، وقد اعتبرها الشارع الحكيم في اللقطة وفي النسب وفي استحقاق السلب اذا تداعى اثنان قتل الكافر وكان اثر الدم في سيف احدهما ادل منه في سيف الاخر، ومن ذلك ما يستعمل الان من البحث في الاثار التي تتخلف عن المجرم كاثر قدميه ويده أي بصماته ومايتركه من ملابس، وللمزيد من التفصيل ينظر : محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص٩١.

([٥٢]) الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار في شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار، دار الحديث، القاهرة، من دون سنة طبع، ج٨، ص٣١١.

حول المعاينة القضائية ، خلافا لطرق الاثبات الاخرى المعروفة بالفقه الاسلامي، كالبينة والاقرار واليمين، ومع ذلك فقد بينا من خلال البحث والتقصي والاستدلال والاستنباط والاستنتاج ان المعاينة بوصفها وسيلة ناجحة من وسائل التعرف على الحقيقة وكشفها، لم تكن غريبة عن القضاة المسلمين اذ تضمنت احكامهم تطبيقات عديدة لها .

وهكذا يتبين لنا ان الفقهاء المسلمين وان لم يحددوا تعريفاً خاصاً للمعاينة بوصفها دليلاً من أدلة الاثبات ويخصوها بدراسة مستقلة في مؤلفاتهم، فانهم قد اوردوا العديد من المسائل والتطبيقات التي اخذوا فيها بالمعاينة القضائية ، فالقرائن مثلا التي اجازوا الحكم بها يمكن ان تكون نتيجة الاثبات بالمعاينة القضائية، كذلك الحكم بعلم القاضي والحكم بالقيافة والقرعة والفراسة وغيرها، فضلا عن ان الاثبات بالمعاينة امر توجبه معرفة الحقيقة وصولا الى العدل والحق ، وهو هدف كل قضاء، فهي لا تعدو أن تكون مشاهدة القاضي سواءً في مجلس القضاء أم خارجه للمحل المتنازع عليه ، والذي قد يسفر عن دليل يساعده للوصول إلى الحكم العادل في شأن موضوع النزاع ([٥٣]).

الفرع الثالث

تعريف المعاينة في المفهوم القانوني

على الرغم من نص معظم القوانين على الاثبات بالمعاينة القضائية ، فانها لم تضع تعريفاً محدداً خاصاً بها، لان ذلك ليس من مهامها بل من اجتهاد الفقه ([٥٤]) ، إذ عرفها الاتجاه الغالب

([٥٣]) للمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ د.أوان عبد الله الفيضي ، المعاينة في نطاق الدعوى المدنية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلة فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل، ذو العقدة ١٤٢٤ هـ / كانون الاول ٢٠٠٣ م ، المجلد١ ، س٨، ع١٩، ص٤١.

([٥٤]) في هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان المادة / ١٦٠ من قانون الاثبات اليمني النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ المعدل نصت على انه " للمحكمة او من تندبه من قضاتها او من قضاة المحاكم الاخرى ان تجري معاينة بان تنظر في الاشياء التي تفيد في اثبات الدعوى، وتطلع عليها وتفحصها لكي تصل الى الحقيقة في شأنها ويجوز لها ان تستعين بخبير عدل او اكثر اثناء قيامها بالمعاينة " ، وبهذا فقد ذكرت المادة القانونية أنه، أولا:- للمحكمة ، وثانيا :- أو من تندبه من قضاتها ، ثالثا:- أو من قضاة المحاكم الاخرى، ان تجري المعاينة

منه المعاينة القضائية بانها عبارة عن : " انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع ، ايا كانت طبيعته سواء اكان عقارا ام منقولا وبصفة عامة كل مايقع عليه النزاع ، مما يظن ان تكون معاينته مجدية " ([٥٥]) ، كما عرفت المعاينة القضائية أيضا بانهاعبارة عن " مشاهدة المحكمة بنفسها محل النزاع للتحقق من صحة الاوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه " ([٥٦]) .

ويبدو لنا من ملاحظة التعريفين السابقين أن اصحاب التعريف الاول قد تأثروا بنصوص القوانين الوضعية، التي تنص على انها " انتقال المحكمة لمعاينة المتنازع فيه ... " ([٥٧]) ، ولكننا نرى انه قد لا تتطلب المعاينة مثل هذا الانتقال عادة ، ذلك انه اذا كان محل المعاينة شخصاً او منقولا، فيمكن معاينته في جلسة المحكمة ، اما اذا كان محل المعاينة عقارا او منقولا

القضائية ، وذلك بان تنظر في الاشياء التي تفيد في اثبات الدعوى، أي تشاهدها بنفسها وتعاينها وتفحصها ، وتطلع عليها وتفحصها لكي تصل الى الحقيقة في شأنها ، كما يجوز لها أيضا أن تستعين بخبير عدل او اكثر اثناء قيامها بالمعاينة القضائية .

([٥٥]) د. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢م ، ص١٨٦؛ د. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، مطابع الامل ، بيروت ، ١٩٨٥م ، ص٣٧٦ ؛ المستشار مصطفى مجدي هرجة ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٧م ، ج٢، ص٢٨١.

([٥٦]) د.سليمان مرقس، من طرق الاثبات، شهادة الشهود والقرائن والمعاينة والخبرة، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧٤م ، ج٣، ص٣٨٦ ؛ د.احمد مسلم، اصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والاحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م ، ص٦٢٩ ؛ د. مفلح القضاة، الاثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الاثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الامارات العربية المتحدة، طبع مطابع بن جسمال، دبي، من دون سنة طبع ، ص٣٩٧.

([٥٧]) تنظر: المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ ؛ والمادة / ١٣١ من قانون الاثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ؛ والمادة / ٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل ؛ على خلاف المادة / ١٣٤ من قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل ؛ والمادة / ١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١هـ المعدل والتي لم تنص على ذلك ؛ اما المقنن الاردني فقد نص في المادة / ٢-٦ من قانون البينات الاردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل على اعتبار أن المعاينة والخبرة وسيلة من وسائل الاثبات ، كما نصت المادة / ٧١ منه على انه تعتبر جزءاً من البينات والخبرة تجري وفقا للاحكام المنصوص عليها في قانون المحاكمات المدنية ؛ ولم ينظم احكامها في قانون البينات ، بل نظمها في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل ، تنظر : المادة / ٨٣- ١و ٢ منه ؛ كما تنظر : المادة / ١٧٩ من قانون المرافعات الفرنسي النافذ رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ المعدل ، ينظر:

Nouveau code de procedure civil textex ajourau Ier, October, 1986, litec, Paris.

يتعذر او يصعب احضاره امام المحكمة لمعاينته ، او كنا بصدد معاينة شخص حالت ظروف واعتبارات معينة من حضوره الى المحكمة لمعاينته فتتم المعاينة بانتقال المحكمة اليه ([٥٨]) .

الا ان الملاحظ في الغالب الاعم ان المعاينة القضائية تتطلب ذلك الانتقال، وعليه نجد ان القوانين المقارنة اخذت بذلك، ونتيجة لما سبق فاننا نرجح التعريف الثاني للمعاينة القضائية على التعريف الاول لها، اذ الاصح والاوفق ان يقال فيها بانها عملية مشاهدة المحكمة للموضوع المتنازع فيه متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة، فيكون هذا التعريف مطلقاً، والمطلق بالطبع يجري على اطلاقه، أي شملنا المعاينة القضائية التي تجري في جلسة المحكمة، وكذلك في الانتقال الى المحل المتنازع فيه.

وبهذا يمكننا ان نعرف وسيلة الإثبات المعاينة القضائية بانها : عبارة عن اجراء قضائي تلجأ اليه المحكمة من اجل مشاهدتها للموضوع المتنازع فيه متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة، وذلك للتحقق من صحة الاوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه واتخاذها سبباً لحكمها في الدعوى المدنية المنظورة ، ولها ان تستعين بخبير عدل او اكثر اثناء قيامها بالمعاينة ([٥٩]).

وعلى ذلك فانتقال المحكمة لرؤية حدود الارض أو العقار المتنازع عليه او أي منقول آخر، كالاطلاع على دفاتر أو مستندات وأوراق أو استلامها أو اخذ صورة منها، سيؤدي بالطبع الى توضيح الحقيقة للمحكمة وفهمها للدعوى المعروضة عليها، وبهذا يكون تعريفنا للمعاينة القضائية قد تميز عن باقي التعاريف بعدة خصائص نذكر منها ما يأتي ([٦٠]) :-

اولا:- فقد جمع تعريفا بين أن المعاينة تبدأ بإجراء قضائي تقوم به المحكمة من أجل مشاهدتها لموضوع النزاع، وبين إمكانية أن تتخذه سبباً لحكمها كدليل إثبات في الدعوى .

([٥٨]) يلاحظ في هذا المضمار أن المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي قد صرحت على كون المعاينة ممكنة ان تتم من دون انتقال المحكمة ، والتي نصت على انه " للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تندب لذلك احد قضاتها لمعاينته أو احضاره لديها في جلسة تعينها لذلك ، متى رات في هذا مصلحة لتحقيق العدالة " ، وبهذا نلاحظ من نص المادة انه قد جاء فيها ما نصه على انه ".. واحضارها لديها في جلسة تعينها لذلك.. " ، كذلك الحال بالنسبة إلى المادة / ٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة/ ١٣٤ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة / ٨٣-٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ، والمادة / ١٥٧ من قانون المرافعات الفرنسي، في حين لم يرد نص مماثل في قانون الاثبات المصري .

([٥٩]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر- الإمارات ، ٢٠١٢م، ص٨٧.

([٦٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: المرجع السابق، ص٨٧ .

ثانيا:- إن تعريفا جاء مطلقاً أي شملنا المعاينة القضائية التي تجري في جلسة المحكمة، وكذلك في الانتقال إلى المحل المتنازع فيه .

ثالثا:- إن تعريفا يعطي للمحكمة السلطة التقديرية في هذا الإجراء من عدمه ، وذلك متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة أو للتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه.

رابعا:- أن تعريفا المقترح حدد المعاينة القضائية التي نحن بصدد دراستها ، فالتعريف قيد بهذه المعاينة القضائية فقط ، وبالتالي يخرج من التعريف باقي المعاينات التي تجري خارج الدعوى المدنية المنظورة ، إذ أن هناك أنواعا أخرى من المعاينة في المسائل المدنية خاصة، التي لا تحدث بموجب دعوى مدنية، وهي بهذا تخرج خارج نطاق تعريفنا المقترح .

اذ ان مهام الطبيب العدلي مثلا اجراء الكشف والمعاينة موقعياً ([٦١]) ، وهي تعد معاينة ليست قضائية وهي بالتالي تعد خارج الدعوى المدنية ، كما أن الطبيب له معاينة المريض وفحصه والاجتهد في معرفة علته وتشخيص مرضه ، كما أن للمعاين المساح الكشف او مسح او تثبيت حدود العقار ([٦٢]) ، كما قد يراد بالكشف تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار([٦٣]) ، ويجوز في اثناء تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار الاستعانة بخبير او اكثر اذا دعت الحاجة الى ذلك ([٦٤]) ، وكل هذه المعاينات ليست معاينات قضائية بل هي معاينات مادية فنية بحتة تجري بالتأكيد خارج نطاق الدعوى المدنية ، لانها تعد أنواعا أخرى من المعاينة في المسائل المدنية خاصة ، التي لا تحدث بموجب دعوى مدنية، وهي بهذا تخرج خارج نطاق تعريفنا المقترح اعلاه .

وبهذا يكون تعريفنا المقترح للمعاينة القضائية هو الاوفق والاصح بالنسبة لباقي التعريفات .

([٦١]) للمزيد من التفصيل تنظر: المادة / ١٤- و ، من قانون الطب العدلي العراقي النافذ رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٧ المعدل في الباب الثالث ، وفي المادة / ١٤- و ، التي نصت على ان " من مهام الطبيب العدلي اجراء الكشف والمعاينة موقعياً عند الاقتضاء " .

([٦٢]) للمزيد من التفصيل تنظر: المادة / ٥٣ و٥٥ من قانون الرسوم العدلية العراقي النافذ رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل، اذ نصت المادة / ٥٣ منه على انه " يستوفى رسم مقطوع مقداره خمسة دنانير عن اجراء المعاملات الاتية : .. ثامناً : كشف او مسح او تثبيت حدود العقار .. " .

([٦٣]) للمزيد من التفصيل تنظر: المواد /٨٧ -٩٥ من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، اذ نص قانون التسجيل العقاري على الاجراءات الشكلية للتسجيل في السجل العقاري وفي القسم الثالث الكشف والاعمال الفنية وفي المادة / ٨٧ التي نصت على انه " يراد بالكشف لاغراض هذا القانون تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار " .

([٦٤]) للمزيد من التفصيل تنظر: المادة / ٨٩ من قانون التسجيل العقاري العراقي التي نصت على " جواز الاستعانة بخبير او اكثر اذا دعت الحاجة الى ذلك " ، كما نصت المادة /٩٠ منه أيضا على" تنظيم محضر للكشف يتضمن معلومات " .

المطلب الثاني

خصائص المعاينة

تتميز المعاينة القضائية عادة بوصفها احدى وسائل الاثبات المعهودة، التي تهدف الى اثبات حالة معينة وايضاح الحقيقة، بخصائص عديدة ومميزة، يمكننا تحديد اهمها وذلك عبر الفروع الآتية:-

الفرع الأول / المعاينة تعد دليل اثبات يتم بغير واسطة.

الفرع الثاني / المعاينة تعد اجراء قضائي للمحكمة.

الفرع الثالث / المعاينة تعد اجراء اختياري للمحكمة.

الفرع الرابع / المعاينة تعد دليل غير ملزم للمحكمة.
الفرع الخامس / المعاينة تعد دليل يتم في دعوى اصلية او فرعية .

الفرع الاول

المعاينة تعد دليل اثبات يتم بغير واسطة

تعد المعاينة من اهم ادلة الاثبات المباشرة في المسائل المادية، اذ انها وسيلة ناجحة للوقوف على حقيقة النزاع، من اجل اظهار الحقيقة في اقرب وقت وبأيسر نفقة، وذلك من خلال تكوين المحكمة الاعتقاد الصحيح عن حقيقة المنازعة.

والحقيقة أن الانسان البدائي لم يعرف بداية القانون ولا القضاء ولا نظم الاثبات السائدة حاليا وبالتسميات المعمول بها الآن، لان القوة كانت هي الوسيلة الوحيدة لفض النزاعات بينها، ثم ارتقت الجماعات الانسانية الاولى الى مرحلة اخرى أكثر تطوراً هي مرحلة التحكيم الذي يعد

اللبنة الاولى لنشوء المحاكم ، فظهرت ادلة اثبات أُخر بدائية من خلال ايراد صور أُخرى للتحكيم، فكان الاحتكام الى مهارة الخصمين الفنية التي تعد اولى صور التحكيم، والاحتكام الى المبارزة والمصارعة والنزال ، فكانت تعقد بين الخصوم مسابقات سواءً بالشعر ام بالغناء ام غيرهما، ويعد الفائز فيها هو صاحب الحق، فيثبت حقه بمعاينة الحكام لهذه المسابقات، وقد يتم اللجوء الى وسائل أُخر تعتمد على المصادفة البحتة في الامور، كمراقبة الحشرات او الطيور اثناء حركتها، اذ تتوقف النتيجة على الاحتكام الى مجرد العوارض الطبيعية او الى اصوات الطيور او سلوك بعض الحيوانات أو ان يعرض كل من الخصمين طعاماً معيناً في مكان معين يمتاز بكثرة الغربان، فمن اكلت الغربان طعامه اعتبر خاسراً لما يدعيه من حق ، بناءً على معاينة الحكام ومشاهدتهم لهذه الوقائع، في حين كانت قبائل أُخر تعمد على نظام المحنة ، كأن يطلب من المدعي والمدعي عليه اختيار احد الطبقين الذي يكون في احدهما طعام مسموم، ومن يختار الطبق المسموم يعد مدانا ويخسر حقه ، ومن ذلك ان يطالب المجني عليه من المتهم ان يصمد امام الرماح التي يقذفها عليه، فان لم تصبه الرماح اعلنت براءته على الملأ، وان اصابه أي منها حكم بادانته، ومنها ايضاً ان يلقى المتهم في النهر لاثبات براءته، او ان يمسك كل من الخصمين بشمعة في يده متساوية في الطول يتم ايقادها في وقت واحد ومعاينتها، فمن تنطفئ شمعته قبل شمعة خصمه يخسر دعواه، وهكذا لم يكن ظهور المعاينة القضائية وليد الصدفة، بل لقد عرفت الشرائع القديمة اساليب من الاثبات شبيهة بالمعاينة، سواءً المجتمعات الانسانية الاولى أو في التشريعات القديمة لوادي الرافدين، أم في القوانين الرومانية والاوربية القديمة، ام في النظام القضائي الاسلامي الفذ ([٦٥]) .

فطرق الاثبات عموماً هي عبارة عن وسائل مقبولة قانوناً، يلجأ اليها اطراف النزاع لاقناع القاضي بصحة الوقائع القانونية التي يدعونها ([٦٦]) ، اذ يقسم الفقهاء عموما ([٦٧]) ، هذه الطرق عادة الى تقسيمات متعددة، فمن حيث اتصال الدليل بالواقعة المراد اثباتها تنقسم الى طرق مباشرة، وهي التي تنصب مباشرة على الواقعة المنشئة للحق المدعى به، إذ يكوّن القاضي اعتقاده من ملامسته للوقائع ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته، لا مما يقدمه الخصوم من الاقوال والمستندات، وهذا شأن ادلة الاثبات كالكتابة والشهادة والمعاينة والخبرة، وهناك طرق غير مباشرة لا تنصب مباشرة على تلك الواقعة، وانما تنصب على واقعة أخرى بديلة غير الواقعة

([٦٥]) للمزيد من التفصيل حول التأصيل التاريخي للاثبات بالمعاينة ينظر: الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، ، دار الكتب القانونية، مرجع سابق، ص١٧ وما بعدها .

([٦٦]) ينظر : د.ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، بيت الحكمة، جامعة بغداد ، ١٩٩٠، ص٧١.

([٦٧]) ينظر: أ. د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، مرجع سابق ، ص٩٨ ؛ د. رضا المزغني، احكام الاثبات، مطابع معهد الادارة العامة، المملكة العربية السعودية ، ١٩٨٥م ، ص١٤٥ ومابعدها.

الاصلية مثل القرائن واليمين والاقرار، كما ان هناك ادلة معدة او مهيأة للاثبات، وادلة غير معدة او مهيأة للاثبات، وأدلة مطلقة وادلة مقيدة، وأدلة ملزمة وغير ملزمة للقاضي ([٦٨]) .

فضلا عن انه يمكننا في هذا الصدد ان نقسم ادلة الاثبات عموماً وفق المنظور الحالي الى ادلة بواسطة وادلة بغير واسطة وادلة مختلطة ، اذ يعد الاثبات بالمعاينة الدليل الوحيد الذي يتم عادة بغير واسطة، وذلك عندما يكون القاضي اعتقاده بملامسته للواقعة ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته بنفسه مباشرةً ، وهو يختلف عن الاثبات بالواسطة ، عندما يتوصل القاضي الى الالمام بالوقائع عن طريق ما يستخلصه من الدعوى وظروفها ، وما يقدم اليه من المستندات والاقوال، ويشمل هذا النوع من الاثبات الاقرار وتوجيه اليمين والقرائن .

اما النوع الثالث من ادلة الاثبات التي هي وسط بين الاثنين بواسطة وبغير الواسطة ، وهو ما نسميه بتقديرنا المتواضع بالاثبات بالادلة المختلطة بالواسطة وبغير الواسطة في آن واحد، وذلك عندما يعهد القاضي الى خبير بالفحص والمعاينة الفنية بدلاً من مباشرته بنفسه، لما لذلك الشخص من الدراية الفنية التي تجعل معونته للقاضي ضرورية ومفيدة للوقوف على الحقيقة ، فهذا النوع من الاثبات بالادلة يعتبر بغير الواسطة ، لان اعمال الخبير مقصود بها استكمال معلومات القاضي، وفي الوقت نفسه يعد اثباتاً بالواسطة لان القاضي يكون اعتقاده من مشاهدات شخص آخر يستعين به اثناء المعاينة وهو الخبير.

الفرع الثاني

المعاينة تعد اجراء قضائي للمحكمة

إن من الخصائص التي تمتاز بها المعاينة القضائية انها اجراء ذا صفة قضائية ، أي ان اللجوء الى المعاينة امر تقرره سلطة قضائية رسمية متخصصة، فيقرره القاضي المختص وحده ، اما بطلب من قبل الخصوم او بناءً على قرار يتخذه القاضي من تلقاء نفسه ، نظراً لحاجة الدعوى الى ذلك، كما انه اذا ما تطلب الامر الاستعانة بالخبراء في اثناء المعاينة نظراً لحاجة القاضي الى استشارة فنية او علمية او تقنية او حرفية ، فان القرار المتخذ بالاستعانة بالخبراء يعد ايضاً امراً تقرره سلطة قضائية بحتة ، أي القاضي المختص وحده ، نظراً لحاجة الدعوى الى رأي فني ومعاينة خاصة من قبل المعنيين .

([٦٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، ط٢، دار الانوار للطباعة، دمشق، ١٩٨٩م ، ج١، ص٨١ ومابعدها.

كما أنه من المعلوم ان الاجراء القضائي يعد عملاً قانونياً يرتب عليه القانون مباشرة اثراً اجرائيا معيناً ويكون جزءاً من الخصومة ([٦٩]) ، أي انه عبارة عن مسلك ايجابي سواءاً أكان من جانب الخصوم ام من جانب المحكمة في رفع الدعوى الى القضاء او المرافعة فيها او تحقيق المرافعة او الحكم فيها ([٧٠]) .

وبهذا تعد المعاينة اجراء قضائياً لانها مسلك ايجابي، فهي اما ان تكون عن طريق العبارة بالتعبير عنه بالكتابة ، كما هو الحال في اتخاذ قرار المعاينة من قبل المحكمة، او قد تكون عن طريق السلوك الفعلي على نمط واحد من قبل المحكمة كقرار انتقال المحكمة لاجراء المعاينة على الشيء المتنازع عليه، وبطبيعة الحال فان اتخاذ قرار المعاينة يكون جزءاً من الدعوى المدنية، أي ان هذه المعاينة بطبيعتها هي اجراء قضائي لانها تعد بالاساس جزءاً من مجموعة الاجراءات التي تتكون منها الخصومة.

وطبيعي فان الإجراء القضائي عموماً يرتب عليه القانون اثراً اجرائياً مباشراً في الخصومة ، ويتمثل هذا الاثر سواء ببدء الخصومة ورفع الدعوى او في المساهمة في سيرها او تعديلها او عرقلتها او انهائها او حتى التدخل والاختصام فيها بكل اشكال الدعوى الحادثة ، وتعد المعاينة اجراءً قضائياً من جانب المحكمة في مسار الدعوى المدنية في ظل موقف ايجابي من القاضي، ليتمكن من الوصول الى الحقيقة المتنازع عليها، ولا يحقق الوصول الى الحقيقة الواقعية الا من خلال هذه الوسيلة وهي اجراء المعاينة القضائية.

([٦٩]) ينظر : د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م ، ص٣٥٠.

([٧٠]) ينظر : د. أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ١٩٨٨م، ص١٢٩ ؛ د. أدم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، مطبعة التعليم العالي، جامعة بغداد، ١٩٨٨م، ص١٨.

الفرع الثالث

المعاينة تعد اجراء اختياري للمحكمة

الاصل أن المعاينة اجراء اختياري للمحكمة، أي ان المحكمة غير ملزمة باجابة طلبات الخصوم بطلب المعاينة، مادامت ترى في ادلة الدعوى المطروحة امامها من اقوال الخصوم وشهادات الشهود او المستندات الاخرى في الدعوى ما يمكنها من حسم النزاع من دون اللجوء الى المعاينة ، وتطبيقا لذلك فقد نصت المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي على انه " للمحكمة من تلقاء نفسها او بناءً على طلب الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه ..." ([٧١]) ، وطبيعي وكما هو واضح للاعيان ان صياغة المادة القانونية جاءت جوازية اختيارية للمحكمة في اجراء المعاينة من عدمها متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة.

([٧١]) تنظر: المادة /١٢٥ من قانون الإثبات العراقي ، والمواد التي تقابلها في القوانين المقارنة الأخرى المذكورة آنفاً.

فضلا عن ان للمحكمة حتى في حالة اجابتها لطلب الخصوم بالقيام بالمعاينة، ان ترجع عن قرارها هذا، اذا تبين لها فيما بعد ان ادلة الاثبات في الدعوى تكفي في تكوين رأيها لحسم النزاع ، وما ذلك في الواقع الا تطبيق للقواعد العامة ، متمثلاً في المادة / ١٧-٢ من قانون الاثبات العراقي والتي تقضي بان " للمحكمة ان تعدل عما امرت به من اجراءات الاثبات بشرط ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة " ، والتي تقابلها المادة / ٩ من قانون الاثبات المصري ، والمادة / ١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعي السعودي ، والمادة /١٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي، في حين لم يرد نص مماثل في قانون البينات السوري والاردني ([٧٢]) .

على ان تقدير ادلة الدعوى وان كانت من حق قاضي الموضوع ، الا انه لا يجوز للمحكمة ان ترفض طلب الخصوم بخصوص اجراء معين، ما لم يكن قرارها هذا قائما على اسباب مقنعة وكافية ، ومن ذلك فلا يجوز لها ان ترفض طلب احد الخصوم بالقيام بالمعاينة دون مبرر ظاهر مقبول، اذا كان ذلك هو الوسيلة الوحيدة في الاثبات التي هي حق لا يسوغ قانوناً حرمانه منها .

وفي هذا الصدد فقد قضت المحكمة العليا في دولة الامارات العربية المتحدة في قرار لها بانه " من المقرر ان محكمة الموضوع وان كانت تملك في الاصل عدم الاستجابة لاجراء أي تحقيق يطلبه الخصوم، الا ان شرط ذلك ان ترى بما لها من سلطة التقدير ان لا حاجة بها اليها، او انه غير مجد بالنظر الى ظروف الدعوى وما انطوت عليه من ادلة ووقائع، وان تبين في حكمها الاسباب التي ادت الى رفضها اتخاذ التحقيق سواء بسماع البينة... او ندب خبير او غيرها ... من الوسائل التي تطلبها الخصوم " ([٧٣]) .

([٧٢]) تنظر: المادة / ٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعي السعودي؛ والمادة /١٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٧٣]) قرار المحكمة العليا في دولة الامارات العربية المتحدة رقم/١١٢ في ١٩٨٤/٥/١٦، مجلة العدالة، وزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٤م ، س١١، ع٤١، ص٨٠.

الفرع الرابع

المعاينة تعد دليل غير ملزم للمحكمة

تعد المعاينة القضائية من ادلة الاثبات المباشرة ، وقد تكون في بعض الاحوال الدليل القاطع الذي لاغنى عنه في حسم النزاع اذا ما اقتنعت المحكمة بتقرير المعاينة، اما اذا لم تقتنع المحكمة بهذه المعاينة ، فيعد هذا التقرير غير ملزم لها بما ورد فيه من ملاحظات حول المعاينة ، لان المعاينة لم تسفر عن دليل مقنع لها، لذا فقد نصت المادة /١٣١ من قانون الاثبات العراقي على ان " للمحكمة ان تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها " ولم يرد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى .

فضلا عن ان التشريعات الوضعية عموما، قد منحت القاضي سلطة تقديرية في القيام بالمعاينة او عدمه، فضلاً عن حقه في العدول عن قرار القيام بالمعاينة، والحكمة التشريعية في ذلك ان القرارات المتعلقة باجراءات الاثبات تتفق كلها في طبيعتها، فهي لا تحسم النزاع ولا

تحدد مراكز الخصوم نهائيا في الدعوى ([٧٤]) ، لذا فاننا نعد نتيجة المعاينة بانها دليل غير ملزم للمحكمة، وبامكان القاضي عدم الأخذ بها اذا لم تؤد المعاينة الى تكوين قناعته بصدد النزاع، الا انه ملزم بتسبب قرار الرفض هذا.

الفرع الخامس

المعاينة تعد دليل يتم في دعوى اصلية او فرعية

تمتاز المعاينة بأنها قد تتم في دعوى أصلية بطلب انتقال المحكمة والكشف أمام القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء، ولإسعاف الخصوم بقرارات سريعة حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس بأصل الحق تمهيداً لرفع دعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء مستقبلاً، ولمنع ضياع الواقعة التي يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ، وقد تتم المعاينة أيضاً بصفة فرعية بناءً على دعوى قائمة أصلاً أمام المحكمة ، فيجوز لها أن تقرر إجراء المعاينة في كل دعوى منظورة أمامها إذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك، ومتى رأت في هذا الإجراء مصلحة لتحقيق العدالة.

([٧٤]) تنظر: المادة /١٧ من قانون الاثبات العراقي ، والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة الاخرى المذكور آنفاً.

اذ يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ، ان يطلب من القضاء المستعجل قبل اقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشان الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي او بواسطة خبير ، ويراعى في هذا الشان الاحكام المتعلقة بالخبرة والكشف، فتتم المعاينة بدعوى أصلية بطلب انتقال المحكمة والكشف أمام القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء ، وللمعاينة بصفة اصلية لمنع ضياع واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء، وينظم محضر بالكشف ويجب ان يشتمل تقرير الخبير على جميع المسائل التي اقتضاها اجراء الكشف وتثبيت الحالة وتحفظ صورة منه في قلم المحكمة ، ولكل من ذوي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه ، وفي حالة اقامة دعوى الموضوع يحكم على الطرف الذي يخسر الدعوى بنفقات الكشف والمعاينة ، ويصح لمحكمة الموضوع ان تتخذ من تقرير الكشف سببا لحكمها ([٧٥]) .

كما يمكن ان تتم المعاينة بدعوى فرعية ويقصد بالمعاينة بدعوى فرعية، أي ان تكون المعاينة في اثناء دعوى قائمة اصلا امام المحكمة، إذ يجوز للمحكمة في كل دعوى منظورة امامها ان تقرر اجراء المعاينة اذا كانت ظروف الدعوى تستدعيها، سواءً من تلقاء نفسها او بناءً على طلب الخصوم، وذلك بالانتقال إلى معاينة المتنازع فيه او ندب احد القضاة لهذه الغاية ، او احضار الشيء المتنازع عليه في جلسة تعينها المحكمة ، اذا كان نقله ممكنا ، ومتى رات في هذا الاجراء مصلحة لتحقيق العدالة ، استنادا إلى احكام المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي ([٧٦]) ، وغالبا ما تتم المعاينة بمناسبة دعوى مرفوعة امام المحكمة سواء كانت بناء على طلب احد الخصوم، ام اذا ارتات المحكمة ذلك بصدد وقائع متنازع عليها محل المعاينة، أي ليس بدعوى مبتدأ اصلا باجراءات اصلية، فتتم المعاينة في الاصل في الجلسة اذا كان محل المعاينة شخصا او منقولا يمكن نقله الى الجلسة، وقد تتم المعاينة بالانتقال الى حيث المال محل

([٧٥]) تنظر: المادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ؛ والمادة /١٣٣ و١٣٤من قانون الاثبات المصري ؛ والمواد / ٣١١ و ٣١٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ٧٨ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري النافذ رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ المعدل ؛ والمادة / ١١٦ و٢٣٤-١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ المادة /٣٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ؛ المادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٧٦]) تنظر : المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي، والمواد التي تقابلها في القوانين المقارنة الأخرى المذكورة آنفاً.

المعاينة عقارا كان او منقولا اذا لم يمكن نقله الى داخل الجلسة وهذا الاستثناء هو الغالب الاعم .([٧٧])

اما اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة، يتعذر على القاضي الالمام بها فله ان يستعين بخبير في اثنائها، اما اذا كان الامر بسيطا لا يحتاج الى كفاءات او معارف خاصة، فتقوم المحكمة بمعاينة الشيء المتنازع فيه بنفسها دون الاستعانة بخبير وهذا هو الاصل ، اما اذا احتاجت المعاينة إلى مثل هذه الامور من معارف فنية خاصة فانه يتعذر على المحكمة القيام بها، كما في حالة المعلومات الهندسية او الطبية او تقدير ريع بستان او تحقيق ضرر في بناء او في بضاعة او كتحليل مادة كيميائية او تقدير مدى اصابة انسان، فلابد في مثل هذه الحالات وامثالها من ان تستعين المحكمة بخبير، اذ اشارت الى ذلك المادة / ١٣٠ من قانون الاثبات العراقي والتي نصت على أنه " للمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوما للاستيضاح منه على الواقعة محل المعاينة وتتم دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة " ، والتي تقابلها المادة /١٣٢ من قانون الإثبات المصري ، والمادة /٣٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة /١٣٦ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة /٨٣-١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والمادة /٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي ([٧٨]) .

والملاحظ أنه قد انفرد القانون العراقي عن باقي القوانين المقارنة الاخرى بالنص صراحة على وجوب الاستعانة بالخبرة اثناء معاينة الاشخاص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة، إذ نصت المادة /١٢٦-ثانيا من قانون الاثبات العراقي على ان " ... ثانيا- على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصةً " .

كما اشترطت المادة /١٢٦ من قانون الاثبات العراقي، فضلا عن اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته، إنه اذا كان تقدير هذه المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة فعليها ان تستعين بخبير في ذلك، اذ نصت المادة /١٢٦ من قانون الاثبات العراقي على انه " ترد المعاينة على الاموال والاشخاص مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يلي : - اولا- ان معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل الاحتياط الواجب لضمان احترام

([٧٧]) ينظر: د. همام محمد محمود زهران و د. نبيل ابراهيم سعد، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠١ م ، ص٣٥٠.

([٧٨]) تنظر: المادة /١٣٢ من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة /٣٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٣٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /٨٣-١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ؛ والمادة /٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي.

الشخص المطلوب معاينته . ثانيا– على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصةً " .

ونستنتج مما تقدم ان القانون العراقي والقوانين المقارنة اجازت الاستعانة بالخبير في اثناء المعاينة، وعلى الرغم من تشابه نصوص القوانين ، فان القانون العراقي كان الافضل بالوضوح والشمول والصياغة الفنية.

المبحث الثاني

تمييز المعاينة مما يشتبه بها من أوضاع أخرى

من الطبيعي أن يوجد تشابه في بعض الأحيان والاحوال بين المعاينة القضائية وبين أوضاع قانونية أخرى ، كالخبرة والكشف وعلم القاضي، فضلا عن الكشف في المسائل الجنائية، فهي تشبه الخبرة في امور وتختلف عنها في امور اخرى، كما وتقترب أيضا من الكشف المدني بحيث يبدو أنهما شيئا واحدٌ ، مع وجود اختلاف بينهم ، ويعد الإثبات بالمعاينة ضربا من

ضروب قضاء القاضي بعلمه ولكن المسموح به ، في حين تقترب ايضا من الكشف الجنائي رغم وجود بعض الاختلافات الواضحة بينهما في العديد من الأمور.

لذا فان دراستنا تقتضي توضيح هذه الأمور تباعاً من خلال المطالب الآتية :-

المطلب الأول / تمييز المعاينة من الخبرة.

المطلب الثاني / تمييز المعاينة من الكشف المدني.

المطلب الثالث / تمييز المعاينة من علم القاضي الشخصي .

المطلب الرابع / تمييز المعاينة المدنية من الكشف الجنائي.

المطلب الأول

تمييز المعاينة من الخبرة

بادي ذي بدء فان الخبرة تعني " اجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق اهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها اموراً علمية او فنية لاتستطيع المحكمة الالمام بها " ([٧٩]).

([٧٩]) أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مرجع سابق، ص٢٧٨.

وعلى هذا فهي ليست لازمة في كل دعوى، بل ان مدى لزومها يتوقف على مقتضيات موضوع الدعوى، وحالة الشئ المراد الوصول الى حقيقته من اجل معرفة بعض اوضاعه المادية التي يقتضي لمعرفتها الاستعانة بارباب الاختصاص من الخبراء للبت فيها ([٨٠]).

وعلى الرغم من ان كلاً من المعاينة والخبرة يعدان من ادلة الاثبات المباشرة التي نصت عليها العديد من القوانين ([٨١]) ، وانهما امران متلازمان، أو من النادر أن تكون هناك معاينة قضائية ، دون ان تستعين المحكمة برأي خبير، وبهذا صرحت غالبية القوانين ([٨٢])، في حين وصفها بعض الفقهاء بانها من الاجراءات العامة الخادمة لمختلف ادلة الاثبات ([٨٣]) .

فضلا عن ان كلاً من الخبرة والمعاينة تتضمن اجراءات قانونية عديدة ينبغي اتمامها ، الا ان المعاينة تختلف عن الخبرة اساسا ، في عدة امور يمكننا ايجازها وذلك على النحو الاتي :-

١- لا شك أن المعاينة تعد وسيلة لجمع الادلة المادية لاثبات حالة معينة كإثبات الوجود المادي لحالة الاشياء والاشخاص، في حين ان الخبرة هي وسيلة للتقدير الفني للادلة المادية والمعنوية على حد سواء، فهي استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين قناعته عن الشيء المتنازع فيه، وتتضمن رأياً فنيا علميا شخصيا معللاً، فالاصل ان المعاينة تتم بمعرفة القاضي نفسه في المسائل البسيطة التي لا تحتاج الى كفاءات فنية خاصة، الا ان القانون اجاز للمحكمة ان تستعين بخبير اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة بها، على ان مهمة الخبير في هذه الحالة لا تعد من قبيل المعاينة او الاثبات المادي للادلة، لان ذلك يعتبر من

([٨٠]) ينظر : المحامي حسين المؤمن، نظرية الاثبات، القرائن وحجية الاحكام والكشف والمعاينة والخبرة، مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧م ، ج٤، ص٢٧٥.

([٨١]) تنظر : المادتان/ ١٢٥و ١٣٢ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادتان / ١٣١ و١٣٥ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادتان / ٣٠٨ و ٣١٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادتان / ١٣٤ و١٣٨ من قانون البينات السوري ؛ والمادتان / ١١٢ و ١٢٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ والمادة / ٧١ من قانون البينات الاردني؛ والمادتان / ٢٤٩ و٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٨٢]) تنظر : المادة /١٢٦ -٢ ، والمادة / ١٣٠ من قانون الاثبات العراقي ؛ والتي تطابقها المادة / ١٣٢ من قانون الاثبات المصري؛ والمادة / ٣٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ١٣٦ من قانون البينات السوري؛ والمادة / ١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ والمادتان / ٨٣ و ٨٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني؛ والمادة / ٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٨٣]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص٣٧٥ ؛ د.أحمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص٦٢٩ وما بعدها.

صلاحيات المحكمة وحدها ([٨٤])، فتبقى لها وظيفتها الاصلية وتحتفظ الخبرة بوظيفتها الاجرائية كاستشارة فنية لمساعدة القاضي في تكوين عقيدته ([٨٥]).

٢- كما تختلف المعاينة عن الخبرة في ان المحكمة تنظم محضراً بالمعاينة، تبين فيه جميع ملاحظاتها دون ان تثبت فيه انطباعها عن المعاينة او رأيها الخاص، في حين ان الخبير ملزم بتنظيم محضر يخضع إلى السلطة التقديرية للمحكمة، وتقرير يتضمن ما قام به من اعمال وما توصل اليه من نتائج، معللاً بالاسباب التي بنى رايه عليها مما نتج عن ابحاث وتجارب فنية او علمية.

٣- وأخيراً ينبغي الإشارة إلى أن الالتباس لا يحدث عادة في التمييز بين المعاينة والخبرة أساساً ، بل باستعانة المحكمة بالخبير أثناء المعاينة – وهي تعد احد الاسباب الرئيسية في اختيارنا هذا الموضوع للبحث والدراسة لانها تعد مشكلة حقيقية فهي من ضمن مشكلات البحث الحالية، لعدم تمييز لا اقول العوام بل اصحاب الاختصاص بين الخبرة في المعاينة ، وبين الخبرة كدليل اثبات ومدى الفرق بينهما ، بل أن من اصحاب الاختصاص الدقيق (واتحفظ بذكر اسمائهم) ما ذكر في السمنار على الملأ أن المشرع العراقي أخطأ بايراده مواد الخبرة في المعاينة ، وهي دلالة على ضحالة المعلومات الخاصة بهذا الموضوع ، لذا كانت الحاجة ماسة الى بحث وتوضيح هذا الموضوع للجميع ولاصحاب الاختصاص قبل العوام – إذ بتقديرنا قد تستعين المحكمة بخبير من أجل مساعدتها في بيان رأيه أو خبرته ، فيدرج في تقرير المعاينة الذي قد يتخذ سبباً للحكم، ولا يقوم الخبير بتحرير تقرير ومحضر بأعماله إذا ما كانت الحالة لا تستوجب ذلك ، فإذا ما استوجبت الحالة ذلك فيحرر الخبير عندئذٍ تقرير ومحضر بالخبرة ، وتطبق عليه بالطبع احكام الخبرة، وهنا يكمن بتقديرنا الحد الفاصل– وحل مشكلة البحث الحقيقية – في التمييز بين المعاينة والخبرة كدليلين متلازمين ، أما في حالة الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) ، فقد يقوم به القاضي أو قد يكلف الخبير فيقوم بعمل تقرير ومحضر تطبق عليه أحكام الخبرة ، وقد يتخذ سبباً للحكم، أو قد يقتصر الأمر على مجرد إعطاء رأي يدرج في محضر الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) الذي يقوم به القاضي ، وهنا أيضاً يكمن بتقديرنا الحد الفاصل– وحل مشكلة البحث الحقيقية – بين الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) وبين الخبرة.

المطلب الثاني

تمييز المعاينة من الكشف المدني

([٨٤]) ينظر: د.انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية، ط٣، ١٩٧٨م، ص٧٩١.

([٨٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : انس محمود الزرري، الخبرة في المسائل المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، شباط، ١٩٨٧م، ص٣٤.

تقترب المعاينة من الكشف بحيث يبدو انهما شيئٌ واحدٌ في المسائل المدنية([٨٦]) ، فيرد عادة مصطلح الكشف المستعجل في القضاء المستعجل خاصة في قانون المرافعات العراقي وقانون أصول المحاكمات الأردني وقانون المرافعات الفرنسي([٨٧])، بخلاف قانون الإثبات المصري وقانون أصول المحاكمات اللبناني وقانون المرافعات المدنية والتجارية السوري ونظام المرافعات الشرعية السعودي إذ يطلق عليها المعاينة ([٨٨])، ويقصد بها الكشف لتثبيت حالة الشيء، وتطبق عليها أحكام المعاينة ([٨٩]).

بينما أفرد قانون المرافعات العراقي أحكاماً خاصة بالكشف بالرغم من أنها تعد من صور المعاينة في الدعوى المدنية ([٩٠])، وبهذا يكون القانون العراقي بتقديرنا المتواضع ألاصح من حيث التسمية مما في القوانين المقارنة الأخرى التي لم تكن موفقة ابدا في استخدامها تعبير المعاينة في القضاء المستعجل ، والتي تقصد به الكشف لتثبيت الحالة، إذ بتقديرنا المتواضع انه لا يمكن إجراء المعاينة قبل إقامة الدعوى، أما أثناء نظر الدعوى فيمكن إجراء كشف لإظهار واقع الحال دون الدخول في التفاصيل أما إذا احتاج الأمر الدخول بالتفاصيل ، كان لابد للمحكمة من إجراء معاينة للتحقق من التفاصيل من أجل تثبيتها واتخاذها دليل إثبات– وهذه

([٨٦]) مما تجدر الاشارة اليه ان المقصود بالكشف في هذا الصدد، هو الكشف في الدعوى المدنية، سواءً قبل اقامة الدعوى المدنية او اثناءها، وبهذا ينبغي التنبيه على ان هناك انواعاً اخرى من الكشف في المسائل المدنية خاصة، التي لا تحدث بموجب دعوى مدنية، وهي بهذا خارج نطاق بحثنا، فمثلا الكشف الذي يجري لتثبيت حدود العقار من قبل التسجيل العقاري، حسب نص المادة / ٥٣ من قانون الرسوم العدلية العراقي على انه " يستوفى رسم مقطوع مقداره خمسة دنانير عن اجراء المعاملات الاتية : .. ثامناً : كشف او مسح او تثبيت حدود العقار ..." ، وتنظر: المادة /٥٥ منه ؛ كما نص قانون التسجيل العقاري العراقي على الاجراءات الشكلية للتسجيل في السجل العقاري وفي القسم الثالث الكشف والاعمال الفنية في المادة / ٨٧ على انه " يراد بالكشف لاغراض هذا القانون تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار" ، كما نصت المادة / ٨٩ منه على جواز الاستعانة بخبير او اكثر اذا دعت الحاجة الى ذلك، كما نصت المادة /٩٠ منه على تنظيم محضر للكشف يتضمن معلومات، وللمزيد من التفصيل تنظر : المواد / ٨٧–٩٥ قانون التسجيل العقاري العراقي ؛ كذلك ينبغي الاشارة الى نص قانون الطب العدلي العراقي في الباب الثالث وفي المادة / ١٤– و ، على ان من مهام الطبيب العدلي اجراء الكشف والمعاينة موقعياً عند الاقتضاء.

([٨٧]) تنظر: المادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي ؛ والمادة /٣٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٨٨]) تنظر: المادتان/١٣٣و١٣٤ من قانون الإثبات المصري والمادتان/٣١١و٣١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والمادة/٧٨ من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية السوري ؛ والمادتان/١١٦و٢٣٤–١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

([٨٩]) تنظر: المادة /١٣٤ من قانون الإثبات المصري.

([٩٠]) تنظر: المادة /١٤٤ من قانون المرافعات العراقي.

ايضا تعد من ضمن معضلات ومشكلات البحث الحالية التي لم يتطرق اليها احد قبلنا ، ولهذا يكون لنا سبق الفصل في هذا الموضوع –.

أما في القضاء العادي فهناك مصطلحي المعاينة والكشف، حيث لا يقتصر اجراء الكشف على القضاء المستعجل بل ممكن اجراء الكشف في القضاء العادي ايضاً، أما المعاينة فلا يمكن إجراؤها إلا أثناء نظر الدعوى فقط، لأنها مشاهدة وتفحص دقيق لكل التفاصيل من أجل تثبيتها واتخاذها دليلاً للإثبات وسبباً للحكم.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز العراق بما يأتي : "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن تقرير الخبراء الذي اعتمدته في رد دعوى المدعي لا يصلح أن يكون سبباً للحكم حيث لم يوضح مصدر المياه المسببة للضرر كما تضمن أن هناك شق في جدار المدعيين من جهة الغزلاني المطلوب رفعه والموجود في دار المدعي عليه ... وللأسباب المذكورة كان على المحكمة إجراء الكشف بمعرفة خبراء جدد متخصصين إذا رغب المدعين بذلك تنتخبهم المحكمة إذا لم يتفق الطرفان على انتخابهم وحيث أن المحكمة لم تلاحظ ما تقدم بيانه مما أخل بصحة حكمها... " ([٩١]).

كما جاء في قرار آخر لمحكمة بداءة الموصل أنه "... إضافة إلى ذلك تبين من الكشف الذي أجرته محكمة الموضوع على الدار التي تسكنها المدعية وبناتها وأبنها المتزوج مع زوجته وطفلته أن عدد غرف الدار ومشتملاتها كافية وتتناسب مع عدد أفراد العائلة المذكورة وهي لا تضيق بساكنيها وحيث أن زواج أحد الأولاد لوحده لا يعد سبباً من أسباب الضرورة الملجئة... " ([٩٢]).

وبهذا يبدو لنا أن هناك اختلافاً بين مصطلحي الكشف والمعاينة سواءً في القضاء العادي أم المستعجل ، فلو رجعنا الى المدلول اللغوي للكشف لفهم معناه الصحيح ، لوجدنا ان الكشف من كشف الشيء من باب ضرب، فانكشف وتكشف ، ويقال لو تكاشفتم ما تدافنتم ، أي لو انكشف

([٩١]) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢١٥٦/ م٢/ ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/١٩ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا السياق قضت هذه المحكمة أيضاً بان " ... الكشف المستعجل لا يصلح وحده سنداً للحكم ، اذ لابد للمحكمة من اجراء كشف اثناء المرافعة ... " ، قرار محكمة تمييز العراق رقم/ ١٤٧٨/ حقوقية / ٦٣ في ١٩٦٣/٩/٢٥، نقلاً عن: ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية ، مطبعة الجاحظ ، بغداد، ١٩٩٠م ، ص٣٣٦.

([٩٢]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٢٠٠١/١٨٣١ في ٢٠٠٢/٥/١٦ (قرار غير منشور) ؛ وعلى المنوال نفسه جاء في قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في ٢٠٠٥/١١/٥ بأنه " ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن محكمة البداءة أجرت الكشف على العقار موضوع الدعوى بالاستعانة بأحد الخبراء الفنيين وقدم مرتسم ... " ، نقلاً عن : مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، حزيران، ٢٠٠٦م ، المجلد ٨، س١١، ع /٢٨، ص٣٤٧ ؛ وينظر: أيضاً في السياق نفسه قرارها رقم ٤٤٢/ ت. ب/٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١١/٢٣ (قرار غير منشور) .

عيب بعضكم لبعض ([٩٣]) ، وكشف كشفا وكاشفه ، وكشف عن الشيء اطلعه عليه واظهره له ورفع عنه مايواريه او يغطيه، فيقال كشف الله تعالى غمه ، أي ازاله وانكشف وتكشف الشيء ، أي اظهره ، ومنه الاستكشاف لما يكشف من الامور الطبيعية والصناعية ([٩٤]) .

فالكشف يعني رفع الغشاوة عن الشيء واظهاره على حقيقته، دون محاولة الخوض بالتفاصيل ، لأنه إظهار الأمر الظاهر أو الخفي وتثبيت حاله فقط ، ويقوم به القاضي اذا ما كان الامر يحتاج الى اظهار حقيقة الشيء ورفع الغشاوة عنه، وغالبا مايرافق القاضي خبير في عملية الكشف يعمل تحت اشراف القاضي ورقابته، أو قد يقوم بالكشف الخبير بنفسه، واضبارة الكشف قد تعد مستقبلاً دليلاَ للإثبات أيضاً ، ويعد الكشف مجرد تثبيت واقع الحال من قبل القاضي أو الخبير سواءً بالقضاء المستعجل أم العادي ، وهو بتقديرنا المتواضع يعد من جملة الوسائل المهيأة للإثبات هذا بالنسبة إلى الكشف المستعجل ، لأن صاحب الشأن أعدها مقدماً لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع إذا ما اقتنعت به محكمة الموضوع ، بخلاف الكشف في أثناء الدعوى فيعد من الوسائل غير المهيأة أي غير المعدة للإثبات بل تتهيأ وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته ، في حين أن المعاينة والخبرة يعدان دليلان للإثبات ومن جملة طرائق الإثبات التي لا تتهيأ إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء، فضلاً عن أن اضبارة الكشف مستقبلاً قد تعد من أدلة الإثبات الرسمية ، لأنها تؤدي إلى إعفاء المدعي من عبء الإثبات، فالكشف لا يعدو أن يكون إجراءً قضائياً أيضاً تقوم به المحكمة، ويمكن أن يندرج تحت الأدلة الكتابية الرسمية .

أما المعاينة فهي ما يراه القاضي بعينه ([٩٥]) ، وهي تجري من قبل القاضي وحده، واذا ما اقتضت الامور الاستعانة بخبير عينت المحكمة خبيراً للاستعانة به في اثناء المعاينة ([٩٦]) ، فاجراء المعاينة برأينا المتواضع مقتصر على القاضي وحده، وتجري في أثناء نظر الدعوى فقط، لأن المعاينة دليل إثبات وممكن أن يكون تقرير المعاينة سبباً للحكم، لذا بتقديرنا المتواضع لا

([٩٣]) ينظر : محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (ت: ٦٦٦هـ)، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨١م ، ص٥٧٢.

([٩٤]) ينظر : فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص٦٤٤.

([٩٥]) ينظر : فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص٥١٠.

([٩٦]) تنظر : المادتان/ ١٢٦ و١٣٠ من قانون الاثبات العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة الاخرى المذكورة آنفاً.

يستطيع الخبير اجراء المعاينة بدلاً من القاضي اطلاقاً، ولكن تستطيع المحكمة أن تستعين بخبير في أثناء المعاينة ، ويدرج رأيه في تقرير المعاينة الذي قد يعد سبباً للحكم، وإذا ما اقتضى الموضوع أن يحرر الخبير تقرير ومحضر بالخبرة فتطبق عليه احكام الخبرة عندئذ.

أما في حالة الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) فقد يقوم به القاضي أو يكلف الخبير فيقوم بعمل تقرير ومحضر تطبق عليه أحكام الخبرة وقد يتخذ سبباً للحكم، أو قد يقتصر الأمر على مجرد إعطاء رأي يدرج في محضر الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) الذي يقوم به القاضي، وهنا يكمن بتقديرنا المتواضع التمييز بين الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) وبين الخبرة.

وللزيادة في التوضيح نستشهد بالتطبيق العملي الاتي لقرار صادر من محكمة تمييز العراق اذ ورد في حيثياته انه " لدى التدقيق والمداولة تبين ان القرار المميز غير صحيح، وذلك لان سبب الخلاف بين طالب الكشف المستعجل (المميز عليه) والمطلوب الكشف ضده (المميز) ينصب على نسبة مزج الرمل بالاسمنت واستعمال المزيج في البناء، وحيث ان الوقوف على هذه النسبة ومدى موافقتها لشروط التعهد يوجب اجراء تحليل فني من جهة مختصة تعين هذه النسبة، لا مجرد مشاهدة عيانية يجريها الخبراء، ولما كانت المحكمة قد اعتدت في قرارها على رأي الخبراء الذين اكتفوا بالنظر المجرد وقدروا صلاحية المواد دون اجراء التحليل، لذا قرر نقض القرار المميز واعادة الاضبارة الى محكمتها لاجراء التحليل وفق ماتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٠/٩/ ١٩٦٨ " ([٩٧]) .

وبهذا يتضح لنا مما سبق أن الخلاف كان على نسبة مزج الرمل بالاسمنت، فلا يعتمد عند الكشف على مجرد مشاهدة الخبراء، بل يجب اجراء تحليل فني من جهة مختصة، أي كشف للموضوع الخفي وليس مشاهدة لما يراه بعينه، لان الكشف يعني اظهار الشيء المخفي، وقد يتم من قبل القاضي اذا كان الامر واضحا لديه أو قد يتم من قبل الخبير وحده او قد يستعين القاضي بخبراء من اجل معرفة تصدع الجدار مثلا، وقد يحتاج الامر الى هدم جزء منه او حفر اساسات او تحليل فني كما في القرار المذكور آنفا من اجل كشف الشيء المخفي من الموضوع واظهاره ، ثم تتم بعد عملية الكشف وإقامة الدعوى ، اجراء المعاينة أي مشاهدة القاضي بعينه

([٩٧]) قرار محكمة تميز العراق رقم/ ٨٣ / مستعجلة / ١٩٦٨ في ١٠/٩/١٩٦٨، المنشور في قضاء محكمة تمييز العراق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨م ، دار الحرية للطباعة مطبعة الحكومة ، بغداد ، ١٩٧١م ، المجلد ٥ ، ص١٥٤.

لكل التفاصيل من أجل تثبيتها بتقرير المعاينة، او معاينة فنية من قبل الخبير اذا ما كان الامر يتطلب معرفة علمية او فنية.

فالكشف اذن ممكن ان يجري على اشياء عديدة ولمناسبات عدة، فمثلا ممكن ان يجري الكشف لغرض تقدير التعويض ، كما نصت على ذلك المادة /١٣ من قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل والتي نصت على انه " اولاً : تجري المحكمة الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التي تشكل من قاضي المحكمة وعضويه : ... رابعا : تسترشد الهيئة في التقرير بالاسس والقواعد الواردة في هذا القانون للتوصل الى التعويض العادل بتاريخ الكشف والتقدير، وللهيئة الاستعانة بالخبراء ان دعت الحاجة الى ذلك وفي حالة اعادة الكشف والتقدير فيتخذ تاريخ الكشف الاول اساسا للتقدير " ([٩٨]) .

ويتضح لنا من نص المادة اعلاه انه بالامكان ان تكون هناك عملية كشف اثناء نظر الدعوى وليست مقتصرة فقط على القضاء المستعجل مع جواز الاستعانة باهل الخبرة في ذلك الكشف، كذلك ينبغي الاشارة الى ان هناك حالات اخرى من الكشف توجب الاستعانة باهل الخبرة، حيث تلزم المحكمة الاستعانة بالخبراء اثناء الكشف وذلك طبقا لاحكام المادة / ١٨ من قانون الاستملاك العراقي التي نصت على انه " اولاً : اذا كان العقار المطلوب استملاكه من الاراضي وطلب المستملك وضع يده عليه فورا، فتقرر المحكمة الموافقة على ذلك اذا تأيد لها وجود اسباب مبررة، على ان تقوم بتثبيت حالته الراهنة بصورة مستعجلة. ثانيا : اذا ظهر للمحكمة عند الكشف وجود منشأة او مغروسات او مزروعات في الارض المطلوب استملاكها، فعليها ان تستعين باهل الخبرة لوصفها وصفا دقيقا شاملا وتنظيم مخططات لها تمكن من معرفة مشتملاتها واخذ صور فوتوغرافية لها اذا استوجب الامر ذلك " .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بأنه "... ولدى عطف النظر إلى الحكم المميز وجد أنه صحيحاً وموافقاً لأحكام قانون الاستملاك، كما أن التعويض المقدر من قبل الخبراء الذين استعانت بهم هيئة التقدير والمقدم إلى المحكمة بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٦ جاء معتدلاً وموافقاً لأحكام الفقرة (رابعاً) من المادة /١٣ من قانون الاستملاك لأن الخبراء راعوا في تقديرهم تاريخ طلب الاستملاك في ٢٠٠٥/١٢/٥ لذا تقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعنين التمييزيين وصدر القرار بالاتفاق في ٢/جماد الأول/١٤٢٧هـ والموافق ٢٠٠٦/٥/٢٩م " ([٩٩]) .

([٩٨]) تنظر: المادة /١٣ من قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل .

([٩٩]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم/ ١٩٢و١٩٤/ ت. ب /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٩ (قرار غير منشور) ؛ وعلى النهج نفسه قضت المحكمة ذاتها في قرارها رقم / ٥٦٤ و٥٧٤/ ت. ب /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٢/١٨ (قرار غير منشور) .

كما قضت بهذا الصدد أيضا محكمة بداءة الموصل أنه " ... والكشف الجاري من قبل هذه المحكمة بالمحضر المؤرخ ٢٠٠٧/٢/١١ بصحبة الخبير القضائي الذي قدم تقريره المؤرخ ٢٠٠٧/٢/١٢ الذي بين فيه أن المشيدات عبارة عن دار سكن مبني على الطراز الغربي من طابقين مكتمل البناء وينطبق عليه وصف المشيدات السكنية ، وحيث ثبت المحكمة البيع والنكول وإحداث المشيدات السكنية على العقار من دون معارضة تحريرية من المدعي عليه ولتوفرت شروط التمليك ولما تقدم من الأسباب وبالطلب ، حكمت المحكمة بتمليك المدعي ... " (١٠٠).

وبهذا يتضح لنا مما سبق ومن نص المادة اعلاه وقرار المحكمة، ان الكشف قد تقوم به المحكمة في القضاء العادي كما في القضاء المستعجل ، وذلك في حالة اتضاح حقيقة الشيء بسهولة، اما اذا كان الكشف عن امور يصعب عليها اظهار حقيقة الشيء المخفي فيجب عليها الاستعانة باهل الخبرة كما في حالة وجود منشأة او مغروسات او مزروعات في الارض المطلوب استملاكها.

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد، ان المادة المذكورة آنفاً تفتح المجال للاستعانة ايضا بوسائل التقدم العلمي الحديثة في عمليتي الكشف أو المعاينة والخبرة، وذلك بالاستعانة بالصور الفوتوغرافية وغيرها اذا استوجب الامر ذلك.

وأخيراً يتضح لنا مما سبق مدى صحة تسمية قانون المرافعات العراقي مصطلح الكشف في القضاء المستعجل وتمييزه بين الكشف والمعاينة، حيث انفرد عن القوانين المقارنة الأخر التي لم تكن موفقة باستخدامها مصطلح المعاينة في القضاء المستعجل ، والتي تقصد به الكشف لتثبيت الحالة، حيث لا يمكن بتقديرنا المتواضع إجراء المعاينة قبل إقامة الدعوى لأن المعاينة دليل إثبات، أما أثناء إقامة الدعوى فمن الممكن إجراء كشف عند الحاجة لإظهار واقع الحال دون الدخول بالتفاصيل، أما إذا احتاجت المحكمة للتأكد من صحة الوقائع ، فتقوم بالمعاينة والفحص وتثبيت ذلك في تقرير المعاينة الذي يعد دليل إثبات وسبباً للحكم، ونعتقد أنه كان ينبغي على

---

(١٠٠) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٢٠٠٦/٦١٠٤ في ٢٠٠٧/٢/١٨ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا الخصوص جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق أنه "... يضاف إلى ذلك أن الكشف الذي أجرته المحكمة بمعرفة الخبير المساح جاء غامضاً وغير حاسم برأي يقطع النزاع مما يدل على أن الخبير نفسه لم يكن قد أفهم بموضوع النزاع لذلك قرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى... " ، قرار محكمة تمييز العراق رقم/ ٣٤١/ حقوقية غير المنقول /١٩٦٨ في ١٩٦٨/٦/١٧، نقلاً عن : قضاء محكمة تمييز العراق، مرجع سابق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨م ، المجلد ٥، ص١٣٧.

التشريعات أن تذكر المصطلحين الانتقال للكشف أو المعاينة أثناء نظر الدعوى، حتى يظهر الفرق بينهما واضحاً، ويزيل الاشكالات حولهما .

المطلب الثالث

تمييز المعاينة من علم القاضي الشخصي

إن المقصود بعلم القاضي هو العلم الشخصي بالواقعة او المسألة الحاصلة خارج مجلس القضاء أو في مجلس القضاء ولكن في غير الدعوى التي تجري المرافعة فيها([١٠١]).

والحقيقة ان الاثبات بالمعاينة التي تتم بمجلس القضاء او بانتقال القاضي لمشاهدة عين المتنازع عليه كالعقار او المنقول، يعني ان القاضي سوف يقف بنفسه على الوقائع المتنازع عليها ويشاهدها ويستخلص وجه الحق فيها، لذا فهي تعد بحق من طرق الاثبات المباشرة

([١٠١]) ينظر : المحامي حسين المؤمن، حكم الحاكم بعلمه في الشريعة والقانون، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية ، ١٩٧٦م ، س٣١، ع٣، ص١١٣.

لاتصالها المباشر بالواقعة محل الاثبات، وهو في عمله هذا سوف يحكم بعلمه ومشاهدته وفهمه لها حيث يعد بتقديرنا المتواضع الاثبات عن طريق المعاينة ضربا من ضروب قضاء القاضي بعلمه ولكن المسموح به ([١٠٢]) .

فاذا كانت القاعدة العامة تقضي بعدم جواز القضاء بعلم القاضي الشخصي، الا ان هذه القاعدة لا تنطبق الا على علم القاضي السابق على وقائع النزاع، اما علمه الذي اشتقه من وقائع التداعي وما حصل عليه من فهم فيها فهو امر جائز القضاء به ([١٠٣]) ، وهو يعد بحق من طرق الاثبات المباشرة لاتصالها المباشر بالواقعة محل الاثبات، وهو في عمله هذا سوف يحكم بعلمه ومشاهدته وفهمه ومعاينته لها حيث يعتبر الاثبات عن طريق المعاينة ، وهذا يعد بتقديرنا المتواضع استثناءً على اصل القاعدة التي لا تجيز للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي، فقد نصت المادة / ٨ من قانون الاثبات العراقي على انه " ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة... " ، وتطابقها المادة /١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /٢ من قانون البينات السوري، والمادة /٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، والمادتان/٦و٧ من قانون المرافعات الفرنسي، في حين لم يرد نص مماثل في القانون المصري والسعودي ([١٠٤]).

ونلاحظ في هذا المجال التقاء أحكام القوانين الوضعية مع الفقه الاسلامي المبارك، في مسألة عدم جواز القضاء بعلم القاضي الشخصي، والسبب في هذا المنع يرجع الى الخوف من قضاة السوء، فعلى الرغم مما عرف عن الاوائل من السلف الصالح من صلاح وتقوى، وما عرف عن نظام القضاء في الاسلام من تشدد في الصفات التي يجب ان تتوافر في متقلد القضاء، فإن منع القضاة من الحكم بعلمهم الشخصي كانت نتيجة طبيعية لمنع حياد القاضي، لأن من أبرز المظاهر الموضوعية لمبدأ حياد القاضي هو منع القاضي من الحكم بعلمه

([١٠٢]) ينظر : د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي ، القاهرة، من دون سنة طبع ، ج٢، ص٣٢٢.

([١٠٣]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.احمد عبد المنعم البهي، مرجع سابق، ص١٢٥.

([١٠٤]) تنظر : المادة / ٨ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٢ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني؛ والمادتان/٦و٧ من قانون المرافعات الفرنسي .

الشخصي ([١٠٥]) ، ومن ثم فهو النتيجة الطبيعية المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم اليهم في الدعوى .

فمن المبادئ المقررة قانوناً أن القاضي لا يمكنه أن يعزز قناعته في النزاع المطروح عليه ويسند قضاءه فيه إلى وقائع حصل عليها بغير الطريقة التي عينها ورسمها القانون ، إذ أن دور القاضي هو تطبيق القواعد القانونية على الوقائع التي يتكفل طرفا النزاع بتقديم الأدلة على صحتها ، وإن حكم القاضي يصدر استناداً إلى ما يعرضه الخصوم من أدلة وما أضيف إلى إضبارة الدعوى من أوراق ومستندات اطلع عليها جميع الخصوم وفسح المجال لهم بمناقشتها علناً ، لأن ذلك من بديهيات حق الدفاع وحق مناقشة ما قدم من أدلة .

وبهذا فليس للقاضي أن يكون اعتقاده إلا بطرق الاثبات المحددة قانوناً ، ولا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي استناداً للنصوص القانونية المشار اليها آنفاً ، وبالطبع فإن المقصود من هذا المنع هنا ليس هو علم القاضي بالقانون فذاك مفروض فيه ، بل الواجب عليه أن يطبق القانون وأن يستعين بمراجعة نصوص القانون وأسبابه الموجبة ومذكراتها الايضاحية وآراء الفقهاء إن صعب عليه فهمها ، إلا أن اعتماده في النهاية إنما يكون على فهمه الشخصي لحكم القانون ، ويبني على ذلك أنه يخضع في هذا الفهم لرقابة محكمة التمييز، غير أن هناك حالة واحدة أجازت فيها التشريعات عموماً للقاضي أن يحكم بعلمه متجاوزاً بها هذه القاعدة ، فضلاً عن الاستثناءات المنصوص عليها قانوناً ، وذلك في المادة /٨ من قانون الاثبات العراقي وهي فيما إذا أخل شخص سواءً من الخصوم ام من غيرهم بنظام الجلسات ([١٠٦]) ، إلا أنه نرى أن هذه الحالة كما يبدو لنا لا تعد استثناءً حقيقياً لقاعدة حظر القاضي من الحكم بعلمه الشخصي ، ذاك أن العلم الذي يستند إليه القاضي في هذه الحالة لم يحصل عليه خارج مجلس القضاء وإنما هو في ذات المجلس وفي الدعوى التي تجري المرافعة فيها وهو قضاء بالمعاينة القضائية وبالوقائع الماثلة أمامه .

وبهذا يتضح لنا اخيرا مدى التشابه بين مسألة علم القاضي والمعاينة، في ان كليهما يحصل فيها القاضي على المعلومات التي تفيد الفصل في النزاع المعروض عليه، كما ان العلم فيهما متحقق تماماً ، لان علم القاضي يحدث عندما يدرك القاضي واقعة حدثت على مرأى ومسمع منه، والامر كذلك بالنسبة إلى المعاينة ، وذلك عندما يطلع القاضي على المحل المتنازع عليه ويقف على معالمه فيتأكد ويتحقق من كل ما يجري، فضلا عن انه في علم القاضي والمعاينة

([١٠٥]) للمزيد من التفضيل ينظر : د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر الامارات ، ٢٠١٢م ، ص٦١ ومابعدها.

([١٠٦]) تنظر : المادة / ٦٣ من قانون المرافعات العراقي، والمادة / ٥ من قانون الاثبات العراقي .

يقف فيهما القاضي مباشرةً على الواقعة المتنازع عليها دون ان يصل ذلك العلم الى القاضي بطريقة اخرى غير المشاهدة والمعاينة .

وعلى الرغم من التشابه بين علم القاضي والمعاينة ، فان هناك اختلافاً بينهما في عدة جوانب، فعلم القاضي الشخصي بالواقعة محل النزاع يحصل عليه القاضي بصفته الشخصية خارج نطاق وظيفته او بصفته قاضي ولكن في غير الدعوى المنظورة ، فلا تعد بهذا من ادلة الاثبات ، بل نصت عليه التشريعات عموماً وأجمع الفقه على عدم جواز حكم القاضي بعلمه، في حين ان المعاينة تعد من ادلة الاثبات المباشرة والفعالة في الاثبات، يكلف القاضي واجب المشاهدة ومعاينة الوقائع والتحري عنها في سبيل استجلاء الحقيقة.

المطلب الرابع

تمييز المعاينة المدنية من الكشف الجنائي

مما لاشك فيه ان هناك تشابهاً كبيراً بين المعاينة والكشف الجنائي، وبالرغم من ذلك فهناك بعض الاختلافات الواضحة بينهما في العديد من الامور، اذ تطلق كلمة كشف على المعاينة في

المسائل الجنائية، التي تعني مشاهدة المكان الذي وقعت فيه الجريمة وحالة المجني عليه وحالة المتهم اذا كان مقبوضا عليه ووصف كل ذلك بصورة دقيقة وشاملة ([١٠٧]).

ولا يكون الكشف كاملاً مالم يكن صورة طبق الاصل لمكان الحادث كما تركه الجاني وكما يراه القاضي والمحقق، لان الغاية الاساسية منه ليست مجرد استنتاج المحقق فقط ، بل تمكين الاتهام والدفاع والقضاء وكل ذي شأن في الدعوى من تصور حقيقة محل الحادثة ([١٠٨]).

في حين اننا نلاحظ ان هناك عدم تطابق بين مصطلحي الكشف والمعاينة في المسائل المدنية، اذ لكل منهما معناه الخاص المستقل عن الآخر كما بينا ذلك سابقاً .

فالكشف في المسائل الجنائية يعد من اهم الاجراءات التحقيقية فهو يعبر عن واقع الحادثة تعبيرا شاملا وصادقا ودقيقا، فيكون لدى قاضي التحقيق او الادعاء العام او المحقق صورة واضحة عن مكان الجريمة واثباتها او نفيها وكيفية ارتكابها ومن يتصل بها من اثار تفصح عن الجاني او الجناة ، وهو بهذا المعنى يعطي صورة متكاملة عن الواقعة منذ بدايتها حتى نهايتها ([١٠٩])، وبهذا تشابه المعاينة المدنية، فيما عدا ان القاضي هو الذي يقوم بنفسه باجراء المعاينة في المسائل المدنية حصرا، وقد يستعين بخبير اثناءها اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة، فقد أجازت القوانين عموما للمحكمة المدنية او الجنائية أن تستعين بخبير أو أكثر في المسائل التي تحتاج الى رأي ، وأن تقدر أجوره بلا مغالاة، أما مصاريف الانتقال هذه فتتحملها خزينة الدولة، ولا يفرض شيء منها على ذوي العلاقة في المعاينة الجنائية حسب قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ([١١٠]) ، بخلاف ما عليه الحال في المعاينة المدنية التي يتحملها الطرف الذي يخسر الدعوى.

كما يجوز ان يكون دليل المعاينة الجنائية من جملة الادلة التي تستند اليها المحكمة في حكمها([١١١]) ، وكذلك الحال بالنسبة إلى المعاينة المدنية فيمكن للمحكمة ان تتخذ منها سببا

([١٠٧]) ينظر: د. سلطان الشاوي، اصول التحقيق الاجرامي، شركة اياد للطباعة الفنية، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣م ، ص٥١.

([١٠٨]) ينظر : د.احمد فؤاد عبد المجيد، التحقيق الجنائي، القسم العلمي، القاهرة، ١٩٣٩ م ، ص١٠٨ ؛ د. محمود حسن، التحقيق الجنائي العلمي والفني، ط١، القاهرة، ١٩١٣م ، ص٦٧ ؛ د. احسان الناصري ، اصول التحقيق الجنائي، بغداد، ١٩٤١م ، ص٦٩.

([١٠٩]) ينظر : د. محمود انور عكاشة، المبادئ الاساسية في التحقيق الجنائي العلمي، القاهرة ، ١٩٦٩م ، ص٧١.

([١١٠]) تنظر : المادتان / ١٦٥ و١٦٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

([١١١]) تنظر : المادة / ٢١٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

لحكمها ([١١٢])، فضلاً عن أن هناك قواعد عامة في الكشف الجنائي يجب ان يتبعها المحقق عند القيام باجرائه كالاسراع في الكشف، ولايتم ذلك الا اذا انتقل بسرعة الى محل الحادث، لمنع أي تغيير قد يحصل فيه ([١١٣])، حيث يقوم بالوصف الدقيق الشامل سواءً بالكتابة ام باستخدام التقنيات الحديثة كالآت التصوير الشمسي او بالرسم الهندسي وغير ذلك، من اجل ان يصل الى الاستنتاج والاستدلال وهي تشبه بعض اجراءات المعاينة المدنية.

كذلك يجب عند الانتقال للكشف الجنائي ان يدون المحقق ساعة وصوله واسماء الاشخاص الذين بصحبته، ويبدأ بوصف المكان من الخارج ، وذلك ببيان موقع المكان وحدوده وما يحيط به من طرق واسوار وحدائق ومنازل، ويستطيع ان يسترشد عند الضرورة بمن في المنزل من اصحابه وخدمه اذا احتاج اليهم لاكمال معلوماته فيستفسر منهم، ومن ثم يكتب وصفا كاملا لكل مايعثر عليه حول المداخل الاعتيادية لمكان الحادث ([١١٤])، كما عليه ان يثبت أيضا حالة الاشخاص والاماكن في محل الحادثة وكل ما يفيد الكشف عنها ، كمعاينة الاثار المادية والمحافظة عليها ، كآثار الاقدام وبصمات الاصابع والخدوش والثقوب أو الحفر الحاصلة في الجدران أو السقوف أو الارض، كما يستطيع أن يستمع الى اقوال من كان حاضراً ، وله أيضا سماع الشهود وكل من له علاقة بالحادث ، وكل من يرى لزوما للاستيضاح منه وينظم محضرا ومرتسما بذلك ([١١٥])، واذا راى أن عدم مغادرة الحاضرين لمكان الحادث مما يساعد على القاء الضوء على الحادثة ، فله ان يمنع مغادرتهم مكان الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تنظيم محضر بذلك، ولنفس الغرض له أيضا ان يحضر في الحال كل شخص يمكن أن يحصل منه ايضاحات بشانها، واذا لم يمتثل احد لذلك الامر فعليه ان يدون ذلك في المحضر([١١٦])، وهو بهذا يشابه بعض اجراءات المعاينة في المسائل المدنية أيضا.

هذا فضلا عن ضرورة تحرير محضر بالكشف او المعاينة، سواء في المسائل المدنية ام الجنائية لان تحريره بعدئذ يؤدي الى نسيان او اهمال اثبات الاشياء او امور لها علاقة بالجريمة

([١١٢]) تنظر : المادة / ١٣١ من قانون الاثبات العراقي.

([١١٣]) تنظر : المواد / ٤٣ و٤٤ و ٤٩ و ٥٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

([١١٤]) ينظر : د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص٥٧.

([١١٥]) تنظر : المادة / ٤٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

([١١٦]) تنظر : المادة / ٢٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

او بالفاعل حتى ولو كانت تافهة خصوصا في المسائل الجنائية، اذ ان ذكرها قد يكون له عظيم الاهمية في التحقيق ([117]).

كما ان للمحقق ان يرغم المتهم او المجني عليه في جناية او جنحة على التمكين من الكشف عن جسده واخذ تصويره الشمسي او بصمة اصابعه او بصمات اقدامه اوالقليل من دمه او خصلة من شعره او قلامة من اظفاره او غير ذلك مما يفيد التحقيق لاجراء الفحص اللازم عليه، ويجب بقدر الامكان ان يكون الكشف على جسد الانثى بواسطة انثى ([118]) ، بخلاف ما عليه الحال بالنسبة إلى القاضي في المسائل المدنية عند معاينة الاشخاص، اذ يمكن ان يرى مبلغ التشويه الذي اصاب وجهه او جسد المدعي لاثبات الضرر الذي حدث نتيجة خطأ المدعي عليه، بشرط ان يتم ذلك باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته، واذا كان تقدير معاينة الشخص يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة فعليها ان تستعين بخبير في ذلك.

وينبغي للمحكمة سواءً في المسائل المدنية ام الجنائية ان تمكن الخصوم من حضور اجراءات المعاينة ، فيجب عليها عند قيامها باجراءات الكشف في المسائل الجنائية ان تمكن الخصوم والمتهم على الاخص من الحضور([119]) ، في حين لا تكون المحكمة في المسائل المدنية ملزمة بالاستجابة لطلب الانتقال للكشف اوللمعاينة على محل الواقعة ، وعليها ان رأت عدم الاستجابة للطلب ان تذكر اسباباً مقنعة ومستساغة لذلك والا كان حكمها عرضة للنقض ([120]).

الفصل الثاني

المعاينة اجراء قضائي

([117]) تجدر الاشارة الى
ورقة منفصلة ثم بعد ذا
صحيحة بل وضارة ، لان

([118]) تنظر : المادة / ٠

([119]) تنظر : المادتان /

([120]) تنظر : المادة / ٨

ليها عن الحادث في
قادنا المتواضع غير
والتأكيد عليها .

الفصل الثاني

المعاينة اجراء قضائي

مما لاشك فيه ان الدعوى عموماً تتالف في مجموعها من جملة اجراءات قانونية متتابعة تتابعا زمنيا، تبدا عادة من اقامة الدعوى وتنتهي بصدور الحكم الذي يكتسب درجة الثبات، ويعد

كل اجراء من هذه الاجراءات بحد ذاته اجراء قائما بذاته ومستقلا عن الاجراء الذي يليه والذي يسبقه ، ويرتب القانون على كل هذه الاجراءات اثاراً قانونية خاصة بها، ومنها الجزاء على مخالفة ذاك الاجراء، وعادة فان كل اجراء من هذه الاجراءات يتوقف على صحة الاجراء الذي يسبقه وينطبق الامر تماماً على اجراء المعاينة، التي تعد اجراءً قضائياً اختيارياً من قبل المحكمة ، لانها عمل قانوني ومسلك ايجابي من جانب القاضي يقع اثناء المرافعة وسير الدعوى .

وسنركز بهذا الفصل على ماهية الطبيعة القانونية للمعاينة القضائية من وجهة نظرنا المتواضعة ، وذلك بوصفها اجراءً قضائياً، وفيما إذا كانت تعد عملاً قانونياً أم تصرفاً قانونياً من خلال طبيعة الإجراء ذاته.

وسنحاول بهذا تفنيد كل الآراء الأخرى وإيجاد الحل لمعرفة ماهية الطبيعة القانونية للمعاينة القضائية ، وذلك بحل جميع التناقضات المتمثلة بالآراء الأخرى ، والتركيز على الرأي الذي تبنيناه من وجهة نظرنا المتواضعة والمتمثل بكون المعاينة تعد اجراءً قضائياً من إجراءات التقاضي في الدعوى المدنية.

ولبيان كل ذلك نجد من الضروري أن نبحث هذا الموضوع بصورة مفصلة وذلك من خلال الطابع الاجرائي للمعاينة ، ومن خلال الخوض في دراسة مستلزمات صحة هذا الاجراء القضائي للمعاينة ، لذا يقتضي الامر منا بحث هذا الموضوع هنا بايجاز غير مُخل ومن غير اسهاب بحيث نميط اللثام عنه ، وذلك بأن نقسم هذا الفصل على المبحثين الآتيين :-

المبحث الاول/ الطابع الاجرائي للمعاينة.

المبحث الثاني / مستلزمات صحة الاجراء القضائي للمعاينة.

المبحث الأول

الطابع الاجرائي للمعاينة

للتعرف على الطابع الاجرائي للمعاينة ، ينبغي بالضرورة التعرف على مفهوم الإجراء القضائي اولا، وذلك لان الإجراء يعد هو الوحدة التي تتكون منها الخصومة، ويعد جزءا منها،

ومن ثم نعالج ثانيا طبيعة هذا الإجراء القضائي للمعاينة ، وللإحاطة بأصول الطابع الاجرائي للمعاينة تفصيليا لابد من تقسيم هذا الموضوع على الوجه الآتي:-

المطلب الأول/ مفهوم الإجراء القضائي .

المطلب الثاني/ طبيعة الإجراء القضائي للمعاينة.

المطلب الأول

مفهوم الإجراء القضائي

مما لا شك فيه أن كل مسلك ايجابي من جانب الخصوم أو من جانب المحكمة في رفع الدعوى إلى القضاء والمرافعة فيها أو في تحقيقها أو الحكم فيها يعد إجراء قضائيا ، فهو عبارة عن مجموعة الإجراءات التي تتكون منها الخصومة أي جزءاً من الدعوى المدنية يرتب عليه

القانون أثرا إجرائيا مباشرا في الخصومة، ومن اجل الإحاطة بذلك ينبغي تقسيم هذا المطلب على الفرعين الآتية:-

الفرع الأول/ مدلول الإجراء القضائي.

الفرع الثاني/ خصائص الإجراء القضائي.

الفرع الأول

مدلول الإجراء القضائي

إن التطرق إلى الطابع الاجرائي للمعاينة، يوجب بالضرورة التطرق الى مفهوم الاجراء القضائي على وجه الاستقلال، إذ ان معرفة جزئية معينة لا تتم عادة الا بعد معرفة الكل المحدد للاجزاء ([١٢١]).

وقبل التعرف على مدلول الاجراء القضائي ينبغي معرفة مدى صحة هذه التسمية، وهل ان العمل الاجرائي يعد التسمية البديلة ، ام ماذا ؟ .

أما بشان مدلول الاجراء القضائي والعمل الاجرائي ومدى صحة التسمية لاي منهما، فنلاحظ ان هناك خلافاً فقهياً حول هذا الموضوع ، إذ ذهب بعض الفقهاء الى تبني تعبير العمل الاجرائي بدل الاجراء القضائي ([١٢٢]) ، فعرف بانه عبارة عن : " العمل الذي يرتب عليه القانون مباشرة اثراً اجرائياً ويكون جزء من خصومه " ([١٢٣]) .

اما القسم الاخر من الفقهاء فقد أثروا استعمال مصطلح الاجراء القضائي، إذ عرفوا الاجراء القضائي بانه عبارة عن: " كل مسلك ايجابي من جانب الخصوم او من جانب المحكمة في رفع الدعوى الى القضاء والمرافعة فيها او في تحقيقها او الحكم فيها " ([١٢٤]) .

وفي اعتقادنا المتواضع ان حقيقة الاختلاف بين المصطلحين شكلي فحسب، كما ان اصطلاح العمل الاجرائي لا يؤدي الى الخلط ، إذ ان تسمية الاجراء القضائي قد تثير في الذهن الاعمال التي يتخذها القضاة فقط ، ومع ان المقصود هو كل الاعمال القانونية التي تستخدم في الخصومة سواء في جانب القاضي ام الغير ام الخصوم او وكلائهم كتقديم طلب او دفع او مذكرة كشهادة الشهود او تقدير الخبير ([١٢٥]) ، كما ان هناك شبه اجماع لدى الفقه الاجرائي

([١٢١]) مما تجدر الاشارة اليه انه اذا كانت الخصومة أو الدعوى هي عبارة عن مجموعة من الاجراءات، فان هذا يعني ان الاجراء هو الوحدة التي تتكون منها الخصومة ، ولذلك يعرف الاجراء بانه عبارة عن : عمل قانوني يكون جزءاً من الخصومة ويرتب اثرا اجرائيا فيها، وللمزيد من التفصيل ينظر : د.عبد التواب مبارك ، الوجيز في اصول التقاضي المدني قانون المرافعات ، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٥م ، ص٣٠٠.

([١٢٢]) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩م ، ص ٦٨ ؛ د.محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سايق، ج٢ ، ص١٥١.

([١٢٣]) د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٦٨ ؛ د.عبد المنعم الشرقاوي و د. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧م ، ص٤١ ؛ وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى انه جاء في المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل ، وبصدد المادة / ٢٠ منه انه " والعمل الاجرائي هو العمل القانوني الذي يرتب عليه القانون اثراً اجرائياً أي اثراً في انشاء الخصومة او سيرها او تعديلها او انقضائها " .

([١٢٤]) د. احمد مسلم، مرجع سابق، ص٣٨٩.

([١٢٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. فضل آدم المسيري، الإنابة القضائية في المسائل المدنية والتجارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥م ، ص١٩٥.

([١٢٦]) ، على ان العمل الاجرائي هو ذلك المسلك الايجابي او العمل القانوني والذي يكون جزء من خصومه قائمة ويرتب عليها القانون اثرا اجرائيا مباشرا.

الفرع الثاني
خصائص الإجراء القضائي

([١٢٦]) ينظر : د.محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ج٢، ص١٥٣ ؛ د. ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص ١٨ ؛ والجدير بالذكر في هذا الخصوص انه يعبر البعض وخاصة د. فتحي والي عن الاجراء بالعمل الاجرائي ، ولكن التعبير السائد في اللغة القانونية عموماً هو الاجراء ، وهو التعبير الذي يستخدمه المشرع العراقي أيضاً في المواد /١و ١٣و ٢١و ٤٢و ٤٩ ... الخ ، من قانون المرافعات العراقي ، فالاجراء يعد عملاً قانونياً اجرائياً، والحقيقة انه نوعاً من الاعمال القانونية الاجرائية، اذ توجد اعمال قانونية اجرائية اخر، وللمزيد من التفصيل ينظر : د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م ، ص٢٣.

يبدو لنا من خلال التطرق الى مدلول الإجراء القضائي انه يتميز بعدة خصائص مميزة يمكننا تحديد أهمها في هذا الفرع ، وذلك حسب المقاصد الآتية :-

المقصد الاول / أن الإجراء القضائي مسلك ايجابي .

المقصد الثاني / أن الإجراء القضائي يعد جزءً من مجموعة الإجراءات التي تتكون منها الخصومة أي جزءً من الدعوى المدنية .

المقصد الثالث/ أن الإجراء القضائي يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا مباشرا في الخصومة .

المقصد الأول

أن الإجراء القضائي مسلك ايجابي

غني عن البيان أن الإجراء القضائي هو عبارة عن مسلك ايجابي أما أن يكون عن طريق العبارة، كما هو الحال في اتخاذ قرار اجراء المعاينة، واما ان يكون عن طريق السلوك الفعلي على نمط معين، كقرار انتقال المحكمة لاجراء المعاينة، وبمفهوم المخالفة فانه لا يعد اجراءً قضائياً اعمال الذكاء المحضة التي يقوم بها القاضي عند دراسته لاوراق الدعوى او دراسة الخصم او محاميه لها، لانه لا يمكن ان تكون بصورة امتناع، ومن ثم فان مجرد الامتناع عن العمل لا يعد اجراء ([١٢٧]).

كما لا تعد من هذا القبيل الاعمال الممهدة للقيام باعمال قانونية في الخصومة، ومثالها الحضور امام القاضي والتي تعد بطبيعة الحال مسلكاً سلبياً، ولا ترقى الى الوصول إلى الاجراء القضائي بالمعنى المقصود ([١٢٨]).

المقصد الثاني

أن الإجراء القضائي يعد جزءً من مجموعة الإجراءات التي تتكون

([١٢٧]) ينظر : د.ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص١٣٠.

([١٢٨]) Betti (Emilio) per una classificazione degli atti procee ssuali di part. Rir. Dr. proc

civ. 1928.I.P.107.

منها الخصومة أي جزءً من الدعوى المدنية

يتميز الاجراء القضائي بانه يعد جزءً من مجموعة الاجراءات التي تتكون منها الخصومة أي جزءً من الدعوى المدنية ، وبهذا فلا تعد اجراءً قضائياً تلك الاعمال الممهدة للدعوى والتي تصدر خارج الخصومة ولو كانت اثناء سيرها، كاعذار الخصم أو الاقرار غير القضائي أو عقد توكيل محام، أو الاذن الذي يحصل عليه القاصر بالتقاضي واذا جرت هذه الاعمال قبل اقامة الدعوى لأنها لا تشكل جزءً من الخصومة، على انه اذا ما تمسك الخصم بهذه الاعمال بعد اقامة الدعوى فان تلك الاعمال تعد اجراءً قضائياً ، لانها تتضمن نشاطاً وعملاً قانونياً اجرائياً يؤثر تاثيراً مباشراً في سير الدعوى ([١٢٩]).

وفي هذا المجال ينبغي ان نقف قليلا من أجل أن نعرج على المقصود بالخصومة ، ولتحديد المقصود بالخصومة في هذا المجال لابد من التطرق إلى ماهيتها ، وهذا الأمر يقتضي منا توضيح معناها في الاصطلاح اللغوي والاصطلاح الشرعي والاصطلاح القانوني والفقهي تباعا .

أما معناها الاصطلاح اللغوي : فهي عبارة عن المنازعة والمجادلة وتخاصم واختصم القوم تنازعوا وتجادلوا ([١٣٠]) .

وفي هذا الشأن فقد يأتي معنى الخصم للاثنين ويستوي فيه المذكر والمؤنث والجمع ، لانه في الاصل مصدر ، ومن العرب من يثنيه ويجمعه فيقول خصمان وخصوم ، وخاصمه مخاصمة وخصاما والاسم الخصومة ([١٣١]) .

بينما تعني الخصومة في الاصطلاح الشرعي: جواب الخصم الصريح بالقول بنعم ام بلا أو قد قيل انها الدعوى الصحيحة ([١٣٢]) .

([١٢٩]) ينظر : جمال مولود ذيبان، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٢م ، ص٥٨.

([١٣٠]) ينظر: فؤاد أفرام البستاني، مرجع سابق ، ص ١٦٦.

([١٣١]) ينظر : محمد عبد القادر الرازي ، مرجع سابق ، ص١٧٧.

([١٣٢]) ينظر : الامام محمد أمين ابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ) ، تكملة رد المحتار، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ج١ ، ص ١٨٦ ؛ ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الميدان ان الامام زين العابدين علي بن الحسين عليه السلام يشير في رسالته المشهورة رسالة الحقوق الى ان " حق الخصم الذي تدعي عليه ان كنت محقا في دعواك اجملت معاملته ولا تجحد حقه ، وان كنت مبطلا في دعواك فاتق الله عز وجل وتب اليه واترك الدعوى ، اما حق الخصم المدعي عليك ، فان كان ما يدعي عليك حقا كنت شاهده على نفسك ولا تظلمه واوفيته حقه ، وان كان ما يدعي عليك باطلا رفقت به ولا تأت في امره غير الرفق ولا تسخط

والحقيقة ان الفقهاء قد عرفوا الخصومة شرعا بتعريفات متعددة ، اذ جاء ما نصه " فقد عرفها محمد بن سهل السرخسي(ت:٤٣٨هـ) بانها : اسم الكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة، وعرفها أيضا زين الدين ابراهيم بن نجيم الحنفي(ت:٩٧٠هـ) بانها : الجواب بنعم او لا ، وبنحوه محمد علاء الدين بن محمد امين ابن عابدين(ت١٣٠٦هـ)حيث قال هي الدعوى الصحيحة او الجواب بنعم او لا ، وقال في موضع آخر هي الدعوى والجواب عنها ، وعرفها محمد بن محمد الطوسي وابو حامد الغزالي(ت:٥٠٥هـ) بانها : لجاج في الكلام ليستوفى به مال او حق مقصود ، وذلك تارة يكون ابتداء وتارة يكون اعتراضا، وتبعه على هذا ابو زكريا يحيى بن شرف النووي(ت:٦٧٦هـ) ، ومحمد عبد الرؤوف المناوي(ت:١٠٣١هـ)... " (١٣٣) .

الا اننا نميل حقا الى ترجيح تعريف الخصومة بانها (١٣٤) : " عبارة عن المنازعة بين شخصين او اكثر في المطالبة بحق امام القضاء او نفيها " ، وذلك لان لفظة " المنازعة " الواردة في التعريف المنتخب لنا هي عبارة عن لفظ عام ، أي يشمل المخاصمة باي وسيلة كانت سواء بالكلام ام الفعل ام بهما معا، ام بالكتابة ممن لا يقدر على الكلام ، في حين ان عبارة " بين شخصين او اكثر " ، الواردة بالتعريف المنتخب ايضا تفيد ان المخاصمة كما تكون بين شخصين فانها قد تكون بين اكثر أي بين الجماعة ، الا انها لا تكون لاقل من اثنين ، فالشخص الواحد لا يعد خصما قانونا وشرعا الا في مقابلة شخص او اشخاص اخرين ، بينما جاءت عبارة " في المطالبة بحق " الواردة بالتعريف المنتخب ايضا ، لتشمل سائر المنازعات والخصومات في الحقوق ، كما يشمل المطالبة من الجانبين ، اذ قد يقلب المدعى عليه الدعوى على خصمه فيطالبه بالحق المدعى به او بامر متعلق به ، كما ان عبارة " امام القضاء " الواردة بالتعريف المنتخب ايضا تعد قيد مهم في التعريف لاخراج المنازعات والخصومات التي لا تتصل بالقضاء ولا يفصل فيها عن طريقه كالمنازعات بين اهل العلم في تحرير المسائل ونحو ذلك ، واخيرا فان عبارة " او نفيها " الواردة بالتعريف المنتخب ايضا تشمل ما ياتي به المدعى عليه لينفي منازعة خصمه او ليردها .

ربك في امره ولا قوة الا بالله العلي العظيم " ينظر : عبدالاله الجليلي، التاريخ الامين، طبع بغداد ، ١٩٩٨، ص٤٠، نقلا عن : أ. د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، ط١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، ٢٠٠٠م ، ص ٢٠٤ .

(١٣٣) د. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، دفع الخصومة في الفقه الاسلامي دراسة فقهية تاصيلية ، ط١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، المملكةالعربية السعودية، رمضان ١٤٢٨هـ، ص٢٧.

(١٣٤) للمزيد من التفصيل ينظر : المرجع السابق، ص٣٠.

اما الخصومة في الاصطلاح القانوني والتشريعات الوضعية فلم تعرف القوانين عموما الخصومة ، لان مسألة التعاريف اصلا ليس من اختصاصها ، بل من اختصاص الفقه ، لذلك فقد عرفت الخصومة في الاصطلاح القانوني الفقهي بانها : عبارة عن مجموعة من الاجراءات التي يقوم بها الخصوم والقاضي تبدأ بالمطالبة القضائية وتهدف الى التحقق من الادعاء المطروح ومنحه الحماية القضائية ([١٣٥]) ، كما عرفت الخصومة ايضا بانها وسيلة التعبير عن عرض النزاع على القضاء ([١٣٦]).

وفي هذا الصدد فأن المقصود من اطراف الدعوى في هذا المجال ، أي ان يكون له صفة في اقامتها ، فالمدعي يجب ان يكون له صفة في اقامة الدعوى ، ويقصد ايضا بالصفة في اقامة الدعوى ان يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق او المركز القانوني المعتدى عليه ، لانه هو صاحب الصفة في رفعها ، فالدائن هو من له الصفة في المطالبة بالدين ، والمشتري هو من له الصفة في طلب استلام المبيع ، ومالك العين هو من له الصفة في طرد الغاصب لها ، والمدعى عليه في الدعوى هو من له الصفة في الدفع بعدم قبول الدعوى والدفع بعدم الاختصاص، فإذا لم يكن له صفة أي لم يكن خصما في الدعوى ، فلا يجوز للمحكمة أن تسمع أقواله إلا بكونه شاهدا بعد أدائه اليمين ، وبعد صدور حكم منها بالتحقيق ([١٣٧]) .

فيجب ان يكون المدعي والمدعى عليه ذوي شأن في الدعوى يعترف به الشرع او القانون ويراه كافيا لتخويل المدعي حق الادعاء وتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة ، ويتحقق هذا في المدعي اذا كان اصيلا في الدعوى او نائبا عن الاصيل بانابته او انابة الشرع او القانون له ، فالاصيل هو من يدعي انه صاحب الحق المتنازع فيه والذي ينوب عنه اما وليه او وصيه او وكيله او من ياذن له القاضي بالخصومة محافظة على اموال الصغار ومن في حكمهم من عديمي الاهلية والغائبين والمتوفين، ويتحقق الشأن في المدعى عليه اذا كان الشرع او القانون يعتبره خصما للمدعي ويجبره على الدخول في القضية ليجيب عنها اما بالاعتراف او بالانكار او بالدفع ([١٣٨]) .

([١٣٥]) ينظر : د. وجدي راغب ، مبادى القضاء المدني، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٨٦ م ، ص ١٠٢.

([١٣٦]) ينظر : أ. د. عباس العبودي .، شرح احكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ .

([١٣٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: المرجع السابق ، ص ٢٠٤ .

([١٣٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، دفع الخصومة في الفقه الاسلامي دراسة فقهية تاصيلية ، مرجع سابق، ص٥٣.

وعليه فلا يجوز للمحكمة أن تدعوا – على سبيل المثال لا الحصر – للاستجواب إلا من كان طرفا في الدعوى ، أما الغير الذي لم يكن طرفا في الدعوى وهو ليس مدعيا او مدعى عليه او متدخلا او مدخلا في الدعوى – شخصا ثالثاِ – فلا يسمع إلا كشاهد في الدعوى بعد أدائه اليمين ، فان دعي للاستجواب وارادت المحكمة استجوابه – ليس كشاهد– فيجب عليها إدخاله في الدعوى على وفق قواعد اختصام الغير بناء على أمر المحكمة ([١٣٩]).

([١٣٩]) للمزيد من التفصيل حول شروط الصفة في الاستجواب ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، استجواب الخصوم في الدعوى المدنية ، دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون في ضوء آراء الفقه واحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم ، ط١ ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤ م، ص٤٤ وما بعدها ؛ الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، استجواب بين الشريعة الاسلامية والقوانين المدنية دراسة مقارنة، مجلة كلية العلوم الاسلامية ، مجلة علمية نصف سنوية محكمة، تصدرها كلية العلوم الاسلامية، جامعة الموصل، جمادي الثاني١٤٣١ه/ حزيران٢٠١٠م ، السنة ٤، ١٤٣٠ه/٢٠١٠م ، المجلد٤، ع/٨ ، ص١٣٩ ؛ الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، الاستجواب في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة، مجلة بحوث مستقبلية ، مجلة علمية فصلية محكمة، تصدر عن مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة ، الموصل، محرم وربيع الثاني ١٤٣٠ه/تموز وتشرين الثاني٢٠٠٩م،ع/ ٢٧ و٢٨ ، ص١٦١ ؛ وفي هذا الصدد يقصد باختصام الغير بناء على أمر المحكمة ، هو قيام المحكمة بإدخال شخص من الغير في الدعوى لاستجلاء وجه الحق فيها، وهذا الاختصام يجعله المشرع تارة امرأ وجوبياً على المحكمة، كما في نص المادة / ٦٩-٣ من قانون المرافعات العراقي - المأخوذة من الفقه الإسلامي من نص المادة / ١٦٣٧ من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على " يشترط حضور الوديع والمودع والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن معا عند دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر والمرهون على المرتهن ولكن إذا غصب الوديعة أو المستعار أو المأجور أو المرهون فللوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن أن يدعي بأولئك على الغاصب فقط ولا يلزم حضور المالك وليس للمالك أن يدعي وحده بأولئك ما لم يحضر هؤلاء " ، وقد جاء في شرح المادة أنه " وذلك لان الملك للراهن واليد للمرتهن وقس عليه ثم انه في دعوى الضياع هل يشترط حضور المزارعين قال في الهندية أن كان البذر منه أن نبت الزرع فكذلك وان لم ينبت لا يشترط وهذا في دعوى الملك المطلق أما إذا ادعى على أخر غصب ضيعته وإنها في يد المزارع فلا يشترط حضرة المزارع لأنه يدعي عليه الفعل وفي الخانية لو اجر دابته من رجل ثم أجرها من أخر وسلم فجاء الأول فأراد أن يقيم البينة على الإجارة إن كان الآجر حاضرا قبلت بنيته عليه وان كان هو مقرا بإجارة الأول لان إقراره للأول لا يصح في حق الثاني وان كان الأجر غائبا لا تقبل بينة الأول على الثاني لان يد الثاني يد أمانة فلا يكون خصما للمدعي ولو اجر ثم باع وسلم فجاء المستأجر وادعى الإجارة قبلت بينته على المشتري وان كان الآجر غائبا لأن المشتري يدعي الملك لنفسه فكان خصما لكل من يدعي حقا في ذلك العين وكذا لو رهن رجل عند إنسان عينا وسلم ثم انتزعه من يده بغير إذنه وباعه وسلم ثم جاء المرتهن وادعى الرهن وأراد أن يسترده من المشتري وأقام البينة على الرهن قبلت بينته وان كان الراهن غائبا ويؤخذ العين من المشتري ويسلم إلى المرتهن لما قلنا ، وفي الخيرية أن وكيل بيت المال ليس بخصم يدعي أو يدعى عليه ما لم يؤذن له السلطان بالدعوى ولكن لو ادعى احد على المالك الشراء قبل الإجارة فالمالك وحده يكون خصما للمدعي كما في التكملة عن البحر والانفوري عن البزازية وفيه عن خانية ادعى على أخر أني استأجرت هذه الدابة التي في يدك من فلان قبل أن تستأجر أنت منه هل ينتصب هذا المستأجر خصما له في حق إثبات الإجارة عن الغائب فهذا على وجهين إن ادعى عليه فعلا وقال أنا استأجرت هذه الدابة من فلان وقبضتها فأنت أخذتها مني بغير حق ينتصب خصما أما إذا لم يدعي عليه فعلا فلا لأن المستأجر لا ينتصب خصما في إثبات الملك المطلق ولا في إثبات الإجارة إلا إذا ادعى الفعل " ، ينظر : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص ٨٧١ ؛ علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠ م ، ج٤، ص٢١٤(الكتاب الرابع عشر ،

إذ ان من حق المحكمة إدخال من تشاء من الأشخاص للاستيضاح منهم عما يلزم لحسم الدعوى كإدخال دائرة رسمية لتقديم أوراق تحت يدها ([١٤٠]) ، ولا يعني هذا ان مجرد ادخال شخص في الدعوى انه اصبح خصما فيها ، وانما يجب ان يكون من ادخل في الدعوى خصما حقيقيا قام نزاع بينه وبين خصم اخر، فاذا اقيمت دعوى حول بدل ايجار وادعى المستأجر انه كان قد سلم بدل الايجار الى زوجة المؤجر– المدعى– فللمحكمة هنا عليها ادخالها شخصا ثالثا في الدعوى للاستيضاح منها حول ذلك وللمحافظة على حقوق المدعى عليه – المستاجر – .

فان ادخل شخص في الدعوى ولم توجه اليه طلبات، فانه لا يعد خصما حقيقيا بالمعنى المقصود ، اما الغير الذي لا يعد خصما فلا يصح مثلا استجوابهم ([١٤١]) ، وذلك استنادا الى احكام المادة / ١٠٠–١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي التي نصت على انه " الخصم المستجوب في هذه المادة يشمل الخصم الحقيقي والمتدخل " .

وبناء على ذلك فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق انه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن محكمة أستئناف بابل كانت قد أصدرت حكمها بالدعوى الأستئنافية ٣٨٢ / س /٢٠٠٧ في ٢٠٠٨/٦/١٠ قضى بفسخ الحكم البدائي الصادر بالدعوى البدائية ٩٢٠/ ب/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١٠/٢٥ (القاضي بإلزام المدعى عليه/ المستأنف مدير بلدية الحلة/ إضافة لوظيفته بتأديته للمدعي / المستأنف عليه (ع.) مبلغاً قدره ثلاثون مليون دينار تعويضاً عن القطعة ١٦١٠/٢٤م١١ ويسية التي أبطل تسجيلها بأسم المدعي وأعيد تسجيلها بأسم المواطن (ب.) بحكم قضائي) وقد أنتهى الحكم الأستئنافي المميز الى رد دعوى المميز ، وحيث أن المميز قد طعن بالحكم المذكور تمييزاً بموجب لائحته التمييزية المدفوع الرسم عنها في ٢٠٠٨/٦/١٢ وذكر فيها أن المميز عليه هو (ب.) والذي لم يكن خصماً بالدعوتين البدائية والأستئنافية ، وحيث أن الخصومة من النظام العام ويجب أن تتوفر بالدعوى والطعون التي تقدم بشأنها وبما أن المميز أخطأ في تعين خصمه في طعنه التمييزي حيث

الدعوى) - وتارة أخرى يجعله المشرع امرأ جوازياً على المحكمة ، كما في المادة / ٦٩-٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي إذ نصت على أن " للمحكمة أن تدعوا أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى " والملاحظ أن هذا الاختصام قد يكون على الرغم من إرادة أطراف الدعوى ومعارضتهم ، لأن اختصام الغير في الدعوى يفيد الوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية ، مرجع سابق، ص١٤١.

([١٤٠]) ينظر : الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، اعداد القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مجموعة القوانين العراقية، المكتبة القانونية ، بغداد، ٢٠٠٤ م، ص ١٢٨ .

([١٤١]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، استجواب الخصوم في الدعوى المدنية ، دار الفكر الجامعي، مرجع سابق ، ص٤٨ وما بعدها.

أن الخصم هو مدير بلدية الحلة ولم يكن (ب.) وعملاً بأحكام المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية قرر رد الطعن التمييزي شكلاً وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأتفاق في ١٤/ ذي القعدة /١٤٢٩هـ الموافق ليوم ٢٠٠٨/١١/١٢ م " ([١٤٢]) .

وبهذا يتضح لنا من هذا القرار ان اللائحة التمييزية التي تتضمن أسم المميز عليه شخصاً لم يكن خصماً في الدعوى تكون واجبة الرد شكلاً للخطأ في تعيين الخصم ، لان الخصومة تعد اساسا من النظام العام ، وللمحكمة في هذا الصدد ان تقضي برد الدعوى من تلقاء نفسها عند عدم توجيه الخصومة كلا أو جزءً ، اذ نصت المادة /٨٠-١ من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه " اذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في اساسها ... " ([١٤٣]) ومعنى هذا ان عدم توجه الخصومة في الدعوى يترتب عليه الحكم برد الدعوى ، وذلك لأن شرط الصفة الخصومة هو شرط من شروط قبول الدعوى ، فاذا كانت الخصومة غير متوجهة وجب على المحكمة ان تحكم برد الدعوى ولو من تلقاء نفسها وذلك لأن هذا الدفع من النظام العام ، وقد أجاز أيضا القانون العراقي للخصم ان يبدي هذا الدفع في أي حالة تكون عليه الدعوى ولو لاول مرة امام محكمة التمييز ، وذلك بنص المادة /٨٠-٢ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على انه " للخصم ان يبدي هذا الدفع في اية حالة تكون عليها الدعوى " ([١٤٤]) .

واتباعا لذلك فقد قررت أيضا محكمة التمييز الاتحادية العراقية انه " ادعى المدعي لدى محكمة الاحوال الشخصية في بغداد الجديدة انه سبق وان اوصى ثلث امواله المنقولة وغير المنقولة المتمثلة في العقار المرقم /٨/٦١٤م/١١ مزرعة حمدي محلة ٧٠٢ ق٢ د /٧ إلى المدعي عليها نورية فليحان عودة علي وهي زوجته واحفاده كل من علي ونور ومحمد اولاد فاضل عواد وهم قاصرين وبما انه يريد بيع العقار، لذا طلب دعوى المدعي عليها للمرافعة وحسب قيمومتها على القاصرين والحكم بابطال الوصية ، قررت المحكمة ادخال المدعون هدية عواد غليم ومدير رعاية القاصرين اضافة لوظيفته شخصا ثالثا في الدعوى إلى جانب المدعي عليها اصدرت محكمة الموضوع بعدد /١٩٨٦/ ش/٢٠٠٨ وبتاريخ ٢٠٠٨/٨/٣١ حكما حضوريا يقتضي برد دعوى عواد غليم حداد وتحميله مصاريف هذه الدعوى، طعن المدعي

([١٤٢]) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم / ١٧٥٦ / هيأة أستئنافية / عقار/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١١/١٢ (قرار غير منشور) .

([١٤٣]) تنظر: المادة /٨٠-١ من قانون المرافعات المدنية العراقي.

([١٤٤]) تنظر: المادة /٨٠-٢ من قانون المرافعات المدنية العراقي.

بـالحكم المـذكور أعـلاه طالبـا تدقيقـه تمييـزا ونقضـه بلائحتـه المؤرخـة فـي ٨/٩/ ٢٠٠٨ القـرار:- لـدى التـدقيق والمداولـة وجـد ان الطعـن التمييـزي مقـدم ضـمن المـدة القانونيـة قـرر قبولـه شـكلا ولـدى عطـف النظـر علـى الحكـم المميـز وجـد انـه صـحيح وموافـق لاحكـام الشـرع والقـانون وذلـك لأن المميـز / المـدعي اقـام الـدعوى علـى المـدعي عليهـا نوريـة فلحـان علـى اعتبارهـا وصـية علـى القاصـرين علـي ومحمـد ونـور اولاد فاضـل عـواد غليـم ، وتبين انها ليست بخصم وان ادخال مدير رعاية القاصرين اضافة لوظيفته لا يصح والخصومة التي هي من النظام العام ، لذا قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها وصدر القرار بالاتفاق استنادا لاحكام المادة /٢/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية في ١٨/ ذي الحجة /١٤٢٩هـ الموافق ١٥/١٢/٢٠٠٨ " ([١٤٥]) .

كما قررت محكمة التمييز الاتحادية العراقية بهذا الشان ايضا انه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق لاحكام القانون، ذلك لان محكمة الموضوع اتبعت قرار النقض من هذه المحكمة بعدد /١١٦٨/ ش١ /٢٠٠٨ وتاريخ ٢/٤/٢٠٠٨ واستوضحت من المميز / المدعي عما إذا كان يريد ادخال المتولي الحالي شخصا ثالثا في الدعوى بجانب المميز عليه / المدعي عليه اضافة لوظيفته ، ذلك لان دعوى المميز تتضمن الحكم له بتوجيه التولي إليه بإجراء اداري قضائي مع احتفاظه بادخال من ان يصح اختصاصه قبل رفع الدعوى ولا يصح اتخاذ أي اجراء الا بمواجهة المتولي الحالي، الا انه رفض ذلك حيث ان ذلك يتعلق بالخصومة التي هي من النظام العام ، وللمحكمة ان تقتضي برد الدعوى من تلقاء نفسها عند عدم توجيه الخصومة كلا أو جزءً، يضاف ان ذلك ليس لمحكمة الاحوال الشخصية اصدار حجة بترشيح متولي على وقف مع وجود متولي ، حيث ان محكمة الموضوع التزمت وجهة النظر أعلاه لذا قرر تصديق ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز واعادة الاضبارة إلى محكمتها وصدر القرار بالاتفاق في ٢١/ رمضان/١٤٢٩هـ الموافق ٢١/٩/٢٠٠٨م " ([١٤٦]) .

وفي هذا الصدد ايضا تقول محكمة التمييز العراقية انه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح من جهة الخصومة ذلك لأن وكيل المميز دفع أثناء المرافعة أن موكله لا يصلح خصما تجاه المدعي في هذه الدعوى وهذا الدفع بحجة أن مديرية التسجيل العقاري العامة هي المسؤولة عن أعمال تابعها دون أن تلاحظ أن المديرية العامة المذكورة ولو أنها مسؤولة عن

([١٤٥]) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٣٥٤٢ / شخصية اولى /٢٠٠٨ في ١٥/١٢/٢٠٠٨ (قرار غير منشور).

([١٤٦]) قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٢٨٢٣/ هيأة شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٢١/٩/٢٠٠٨ (قرار غير منشور).

أعمال تابعيها غير أن ليس لها ذمة مالية كما أن ليس لها شخصية معنوية بموجب أحكام المادتين ٤٧/ والفقرة (٥) من المادة /٤٨ من القانون المدني فليس لها حق التقاضي بمفردها وانما تصح خصومتها بمعية وزير العدل... " ([١٤٧]).

ولهذا فان الخصومة في دعوى تصحيح التولد توجه ضد وزير الصحة ومدير الصحة اضافة لوظيفتهما ، اذا كان تسجيل الولادة مستندا الى شهادة صادرة عن قابلة مأذونة ، ولم تسجل في سجلات الاحوال المدنية ([١٤٨]).

كما قضت محكمة التمييز العراقية ايضا في الدعوى المتعلقة بالتركة بانه تصح خصومة واضع اليد على التركة وام المتوفى التي ادخلت شخصا ثالثا في الدعوى لانها اكتسبت صفة الخصم في دعوى اثبات الوفاة ([١٤٩]) .

وقضت ايضا محكمة النقض المصرية ان " الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة تعلقه بالنظام العام من المادة /٣ مرافعات المعدلة بالقانون ٨١ لسنة ١٩٩٦ اثارة الدفع امام محكمة النقض شرطه الا يستلزم الفصل فيه بحث عناصر واقعية لم تكن تحت نظر محكمة الموضوع عند الحكم في الدعوى التحقق من ملكية طرفي النزاع للعقارية المرتفق والمرتفق به عنصر واقعي يستلزم تحققه الفصل في الدفع اثره عدم قبول التحدي به لاول مرة امام محكمة النقض " ([١٥٠]).

([١٤٧]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم / ٥٠١ / مدنية ثانية / ١٩٧٥، مجموعة الاحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٧٥م ، ع /٣ ، ص ١٤١.

([١٤٨]) ينظر : قرار محكمة تمييز العراق رقم / ٢٤١ / مدنية ثالثة / ١٩٨٠ في ٣١/ ١٩٨٠/٣ ، مجموعة الاحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٨٠ م ، ع /٣ ، ص٤٩ ؛ كما قضت ايضا بانه" اذا كانت الزوجة قد اتمت الخامسة عشرة في العمر تعتبر خصما في دعوى الاحوال الشخصية ولا تصح خصومة والدها عنها " قرار محكمة تمييز العراق رقم /٨٠٥/ شخصية / ١٩٨١ في ٢٥/ ٥/ ١٩٨١، مجموعة الاحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٨١م ، ع/ ٢، ص٨٠ ؛ وقد ذهبت ايضا محكمة التمييز العراقية الى القول انه " اذا كانت المحضونة قد بلغت الخامسة عشرة من العمر فهي خصم في الدعوى ، واذا بلغت المحضونة الثالثة عشرة سنة وادعت امها ببلوغها فيجب التثبت من ذلك " قرار محكمة التمييز العراقية رقم /١٦٤٧ في ١٢/ ٢/ ١٩٧٥ ، مجموعة الاحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٧٥ م، ع/٣ ، ص ١٠٦ .

([١٤٩]) ينظر : قرار محكمة التمييز العراقية رقم /٨٦١/ شرعية / ١٩٧٠ في ٣١/٥/ ١٩٧٠ ، النشرة القضائية ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٧١م ، س١ ، ع/ ٢، ص١٨ .

([١٥٠]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٤٣٤٧ لسنة ٦٨ ق ، نقض ١٩٩٩/١١/٣٠ نقلا عن : المحامي فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله ، دراسة فقهية قضائية للخصم المكلف بالاثبات – مرافعات – مدني – ضرائب – جمارك – طبقا لاحدث احكام محكمة النقض ، ط٢ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ م، ص ١٢٦.

كما قضت محكمة النقض المصرية أيضا أن " ... المصلحة هي مناط الدفع كما هي مناط الدعوى فانه لايجوز لاحد الخصوم الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي اهلية متى كان العيب الذي شاب تمثيل نقص الاهلية قد زال اذ بزواله تصبح اجراءات التقاضي صحيحة ومنتجة لاثرها في حق الخصمين على السواء منذ بدايتها وتنتفي كل مصلحة بالطعن عليها ومتى كان الثابت بالدعوى ان الطاعن الاول باشر اجراءات الخصومة امام محكمة الاستئناف بصفته وليا طبيعيا على ابنه القاصر وابدى امامها بهذه الصفة فقد تحققت بذلك المواجهة بين الخصوم وانعقدت الخصومة صحيحة ومن ثم تنتفي مصلحته في الطعن عليها " ([١٥١]).

كما قضت محكمة النقض المصرية ايضا أن " الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة لدى المدعي وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة لا يتعلق بالنظام العام الا ان هذه الصفة متى ارتبطت بالمصلحة التي يحميها القانون ارتباطا غير قابل للانفصام فانها تأخذ حكمها فتعتبر متعلقة بالنظام العام... " ([١٥٢]) .

وقد قضت بهذا الشان ايضا المحكمة العليا الليبية انه " لا يجوز توجيه الاستجواب الا لخصم موجود في الدعوى ولا يجوز استجواب من ليس خصما في الدعوى " ([١٥٣]) ، وتطبيقا لذلك لا يصح الاستجواب الا للخصم الحقيقي ، أي الخصم الاصيل أي صاحب صفة الخصومة في الدعوى ، أي صاحب الحق او المركز القانوني في الدعوى ، الذي يدعي حقا ضد المعتدي ، والذي يعود عليه الحكم القضائي الذي يصدر بالمنفعة او المضرة ، اي الذي يحتج بالحكم الصادر في الدعوى سواء كان له او عليه ، وهو ايضا صاحب الصفة في التقاضي اذا ما باشر اجراءات التقاضي بنفسه ، أي صاحب الصفة في مباشرة الاجراءات القضائية في الدعوى أي صاحب الصفة الاجرائية أي الحق في التمثيل القانوني امام القضاء ، فالخصم الحقيقي في النزاع على ملكية قطعة ارض معينة هو المالك لتلك القطعة من الارض بموجب السندات

([١٥١]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٥٧٣٢ لسنة ٦٤ ق ، نقض ٢٠٠٠/٥/١٧ نقلا عن : المرجع السابق ، ص ١٣٣.

([١٥٢]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٣٧٢ لسنة ٧١ ق ، نقض ٢٠٠٣/١/٢٨ نقلا عن : المرجع نفسه ، ص ٢٦.

([١٥٣]) قرار المحكمة العليا الليبية طعن مدني رقم / ٢٩/ ١٦ م ، جلسة ٧ ذي القعدة ، سنة ١٣٩٠ و. ر، مجلة سنة ٧ ، ع/ ٢، سنة ١٩٧١ ، ص١٢٤ نقلا عن : فضل ادم فضل المسيرى ، الانابة القضائية في المسائل المدنية والتجارية دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص١٥٨ .

الرسمية التي يثبت ذلك ، والخصم الحقيقي في دعوى المطالب بالضرر هو محدث الضرر المسؤل عنه قانونا ([١٥٤]) .

فالغير اذن ليس صاحب الصفة في التقاضي ولا صاحب الصفة في مباشرة الاجراءات القضائية في الدعوى ولا صاحب الصفة الاجرائية – أي الحق في التمثيل القانوني امام القضاء– ولا يكون له اية صلة في موضوع الدعوى .

فصاحب صفة الخصومة في الدعوى لا تثبت الا لمن يدعي حقا ضد المعتدي ، بينما صاحب صفة التقاضي تثبت للشخص صاحب الحق اذا ما طالب بنفسه بحماية حقه ، كما تثبت ايضا لمن يمثله ، اذا كان صاحب الحق لا يستطيع مباشرة حقه في الدعوى بنفسه – كما في حالة تمثيل الولي او الوصي للقاصر او القيم ، لانهم اصحاب صفة في التقاضي وليس اصحاب صفة الخصومة في الدعوى – وهنا تستطيع المحكمة في الاستجواب مثلا أن تستحوب من يملك صفة الخصومة وصفة التقاضي في ان واحد ، ولا يصح لها ان تستجوب من يملك صفة التقاضي وحدها ولا يملك صفة الخصومة في الدعوى ([١٥٥]) ، فالاستجواب اذن مقصور على اطراف الخصومة فقط، ولا يتعداهما الى الغير، ولا يجوز للخصم المقرر استجوابه ان ينيب عنه في الاجابة على الاستجواب شخصا اخر، واذا رات المحكمة استحضار شخص ليس طرفا في الخصومة فليس لها الا ان تستدعيه لاداء الشهادة كما بينا ذلك انفا .

وتاكيد لذلك فقد نصت المادة / ٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه " يشترط ان يكون المدعى عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما او ملزما بشئ على تقدير ثبوت الدعوى ، ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولي لمال الوقف ، وخصومة من اعتبره القانون خصما حتى في الاحوال التي لا تنفذ فيها اقراره " .

والملاحظ ان هذه المادة قد جاءت مقتبسة من الفقه الاسلامي من نص المادة / ١٦٣٠من مجلة الاحكام العدلية والتي جاء فيها انه " يشترط ان يكون المدعى عليه محكوما وملزما بشئ على تقدير ثبوت الدعوى مثلا لو اعار احد اخر شيئا وخرج شخص اخر وادعى بقوله انا من متعلقاته فليعيرني لا تصح دعواه كذلك لو وكل احد اخر بخصوص وخرج شخص اخر وادعى بقوله انا جاره وبوكالته انسب فليوكلني لا تصح دعواه لان لكل واحد ان يعير ماله من شاء او

([١٥٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، استجواب الخصوم في الدعوى المدنية ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مرجع سابق، ص٥٤ وما بعدها ؛ وتنظر : المادة / ٢٠٢ و٢١٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

([١٥٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، استجواب الخصوم في الدعوى المدنية ، دار الفكر الجامعي، مرجع سابق، ص٥٥ .

يوكل باموره من شاء وبتقدير ثبوت هذه الدعاوى وامثالها لا يترتب في حق المدعى عليه حكم " .

وقد جاء في شرحها انه " ومن هذا القبيل ما لو ادعى التوكيل على موكله الحاضر فلا تسمع دعواه لامكان عزله – رد محتار– وفي الانقروي عن القنية ادعى على اخر انك وكيل في تسليم المتاع الذي اشتريته من فلان بتوكيله اياك لا تسمع لانه وان اثبت وكالته به لا يلزمه التسليم ، وفيه عن النصاب لو قال اشترى وكيلي منك هذه الدار لاجلي بكذا لا تسمع لان الوكيل بالشرا يشتري لنفسه اولا وهو لا يملك اثبات الملك للغير، وفي الخانية لو قال هذه لي اشتريتها من فلان الذي وكلته بالبيع تسمع دعواه ولو قال هذه لي اشتراها منك فلان وكان وكيلا لي بالشرا وبرهن لا تسمع عند الامام وتسمع عند ابي يوسف " ([١٥٦]) .

وجاء ايضا في شرحها انه "... اذا تكملت شروط الدعوى واصبحت الدعوى صحيحة يسأل القاضي المدعى عليه قائلا : ان المدعي يدعي منك على هذا الوجه فماذا تقول حتى ينكشف وجه الحكم ولو لم يطلب المدعي استجواب المدعى عليه – البحر– ففي هذه الصورة اذا أجاب المدعى عليه على دعوى المدعي قائلا: سأنظر أو سأفكر أو لا أعرف الملك المدعى به هو لي فلا يكون قد أجاب على دعوى المدعي ويجبره القاضي حينئذ على اعطاء الجواب– الهندية– وتوجه السؤال على المدعى عليه مشروط بصحة الدعوى على الوجه المحرر اعلاه أما اذا كانت الدعوى غير صحيحة فلا يتوجه على المدعى عليه جواب ولا يكون المدعى عليه مجبورا على الجواب ، فاذا كانت الدعوى صحيحة واستجوب المدعى عليه فاذا أقر فيها واذا أنكر تطلب البينة من المدعي... " ([١٥٧]).

وهكذا فقد اشترطت المادة /٤ اعلاه من قانون المرافعات المدنية العراقي ان يكون المدعى عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما او ملزما بشئ على تقدير ثبوت الدعوى ، ومع ذلك تصح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتولي لمال الوقف وخصومة من اعتبره القانون خصما حتى في الاحوال التي لا ينفذ فيها اقراره ، والملاحظ فعلا على هذه المادة / ٤ انها قد قصرت الخصومة في الدعوى على المدعى عليه بالرغم من ان الخصومة تنصرف الى طرفيها، ذلك ان المدعي يجب ان يكون خصما للمدعى عليه حتى تنعقد الخصومة في الدعوى التي تقوم على طرفين مدعي ومدعى عليه ، ولان المدعي هو صاحب الحق المدعى به وهو الذي يطالب بالحق، لذلك فان هذه الصفة تكون مطلوبة فيه حتى تقبل دعواه أي خصومته في

([١٥٦]) سليم رستم باز، مرجع سابق ، ص ٨٥٦ .

([١٥٧]) ينظر: علي حيدر ، مرجع سابق، ص ١٨٩ (الكتاب الرابع عشر ، الدعوى) .

الدعوى، والمدعى عليه هو الذي يطالب المدعي الحق منه ، فهو اذن – المدعى عليه– منكر للحق المدعى به او منازع فيه او كان حائزا للحق او المال محل النزاع ([١٥٨]) .

وقد اوردت المادة /٤ معيارا لتحديد المدعى عليه وصحة خصومته في الدعوى وذلك بتوافر شرطين هما ([١٥٩]) :-

١- ان يترتب على اقراره حكم اذا اخبر القاضي بحق عليه لاخر .

٢- ان يكون محكوما او ملزما بشئ على تقدير ثبوت الدعوى ، فاذا لم يكن كذلك فان المحكمة لا تسمع الدعوى ، كما لو اقام شخص الدعوى على اخر طالبا ان يقرضه مالا ، أو ان يتبرع له بشئ ، ففي هذه الحالة يجب على المحكمة ان ترد الدعوى، لانه ليس هناك الزام قانوني فيها .

ولهذا ينبغي ان تكون الدعوى ملزمة على فرض ثبوتها وسماعها ، فلو كانت الدعوى غير ملزمة بشئ ، فلا يصح سماعها وترد الدعوى عندئذ من قبل المحكمة ([١٦٠]) .

([١٥٨]) الجدير بالذكر في هذا الصدد ان فقهاء الشريعة الاسلامية فرقوا بين المدعي والمدعى عليه، اذ قال الامام ابن ابي الدم في ادب القضاء ، ص١٤٧ ان " المدعي من يثبت شيئا والمدعى عليه من ينفي شيئا " في حين ذكر الامام القرافي في الفروق ، ج٤ ، ص٧٠ ما نصه ان " المدعي من كان قوله على خلاف اصل او عرف ، والمدعى عليه من كان قوله على وفق اصل او عرف " بينما بين الامام ابن قدامة في المغني ،ج٩، ص٢٧٠ ان " المدعي من يتلمس بقوله اخذ شئ من يد غيره او اثبات حق في ذمة المدعى عليه من ينكر ذلك " اما المدعى به فهو الحق الذي يطالب به المدعي وهو موضوع الدعوى، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. خالد رشيد الجميلي ، المدخل في دراسة الشريعة الاسلامية والقانون ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، كلية الشريعة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩ م، ص ٤٠٢

([١٥٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : أ.د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ .

([١٦٠]) الجدير بالذكر ان المقصود من الالتزام الطبيعي هو التزام قانوني ولكن لا يتحقق فيه الا عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية ، ولهذا لا يستطيع الدائن ان يجبر المدين على تنفيذه أي انه لا يمكن تنفيذه جبرا على المدين ، ومع ذلك فانه يستطيع المدين ان يقوم بتنفيذه اختياريا ، وفي هذه الحالة يعد الوفاء الذي يقوم به المدين وفاء صحيحا ولا يعد تبرعا، كما انه اذا أوفى باختياره عالما بانه يوفي بالتزام طبيعي لا يكون له ان يسترد ما اداه ، اذ ان الالتزام الطبيعي وان خلا من عنصر الاجبار الا ان ذلك قائم وموجود في الذمة ، فاذا قام به المدين باختياره فانما يقوم بذلك مستجيبا فيه لوحي ضميره اذ انه غير مجبر عليه ، ومن امثلته ان يكون هناك دين قد مر عليه الزمن المانع من سماع الدعوى او دين رفضت الدعوى به بسبب يمين حاسمة اداها المدين على البراءة ، فالالتزام الطبيعي والذي يقال له الالتزام الناقص – أي الحق القانوني الناقص او الحقوق الناقصة – هو منزلة وسطى بين الحق القانوني الكامل التام او الحقوق التامة – وهي تلك الحقوق التي لا يقتصر دور القانون على تقريرها بل يحيطها بحماية بما يمكن صاحبها من الافادة منها ولو عن طريق الجبر والقهر – وبين الحق الاخلاقي – وهو حق لا يشغل المدين به أي هو حق لا يعترف القانون بوجوبه كحق الفقير في مال الغني

واستثنت المادة /٤ من ذلك خصومة من يتوافر لديه سلطة التمثيل القانوني للاصيل امام المحاكم ، سواء ترتب على اقراره حكم ام لن يترتب على اقراره حكم استنادا لنص المادة بقولها ان "... وخصومة من اعتبره القانون خصما حتى في الاحوال التي لا تنفذ فيها اقراره " ، وسلطة التمثيل القانوني للاصيل امام المحاكم ، اما ان تكون اتفاقية كما في حالة الوكيل نيابة عن الموكل ، واما ان تكون قضائية بقرار صادر من القاضي ، كما في حالة القيم لمال القاصر والمحجور والغائب وخصومة المتولي بالنسبة لمال الوقف ، ومن اعتبره القانون خصما في الدعوى كممثلي الدوائر وامين التفليسة بالنسبة للمحكوم عليه بالافلاس ([١٦١]) ، والحاضنة في دعوى نفقة من هو تحت حضانتها استنادا لاحكام المادة / ٣٠٦ –٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على انه " ٤– تعتبر الحاضنة خصما في دعوى النفقة لمحضونها " ، وكما جاء ايضا بنص القانون كما في حالة سلطة الولي عن الصغير والدائن نيابة عن مدينه في الدعوى المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف ، اذ اجاز القانون للدائن في الدعوى المباشرة باستعمال حقوق مدينه وذلك تحقيقا لمصلحة الدائن للمحافظة على ما يضمن حقوقه ، فيستطيع الدائن ان يستعمل حقوق مدينه وان كان حقه غير مستحق الاداء باستثناء الحقوق المتصلة بشخص المدين او الحقوق غير القابلة للحجز ، وذلك استنادا لاحكام المادة /٢٦١ من القانون المدني العراقي([١٦٢]) ، وكما جاء في المادة / ٢٦٢ من القانون المدني العراقي ايضا ([١٦٣]) ، وقد اجاز القانون أيضا للدائن في دعوى عدم نفاذ التصرف ان يقيم دعوى على مدين مدينه بالرغم من انه لا تربطه به اية علاقة ودون ان يعمل باسم مدينه وفق المادة / ٢٦٣ من القانون المدني العراقي ([١٦٤]) ، وكما في دعوى المؤجر قبل المستاجر من الباطن استنادا لاحام المادة / ٧٧٦– ٢ من القانون المدني العراقي ([١٦٥]) ، والدعوى التي يرفعها الموكل او نائب الموكل على الاخر،

، أي بعبارة اخرى حق الصدقة ، في حين ان الحق القانوني الناقص فهو حق يعترف القانون بوجوبه في ذمة المدين وغاية ما في الامر ان القانون لا يساعد صاحب الحق في الحصول والوصول على حقه جبرا عن المدين ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، في مصادر الالتزام ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ ، ج١ ، ص ١٠ ؛ عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩ م ، ص٢٥٨ .

([١٦١]) تنظر : المادة / ٥٨٨– ١ من قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ .

([١٦٢]) تنظر : المادة /٢٦١ من القانون المدني العراقي .

([١٦٣]) تنظر : المادة /٢٦٢ من القانون المدني العراقي .

([١٦٤]) تنظر : المادة /٢٦٣ من القانون المدني العراقي .

([١٦٥]) تنظر : المادة / ٧٧٦ – ٢ من القانون المدني العراقي .

ودعوى المقاول من الباطن من قبل صاحب العمل بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا للمقاول من وقت رفع الدعوى رغم ان اقرار هؤلاء لا ينفذ على من يمثلونهم ، وبهذا يكون المعيار المتقدم لا يخلو من نقد لان الخصومة امر تتحقق منه المحكمة تبعا للواقعة المعروضة امامها وفي ضوء النصوص الموضوعية ([١٦٦]).

واتباعا لذلك فقد فقد جاء انه ادعى طالب الكشف المستعجل / لدى محكمة بداءة الكرادة أن المطلوب الكشف المستعجل ضده كان قد أستأجر الدار العائدة له المرقمة ٢١/١٦ ز ٦٤ م٩٠٤ الكائن في حي الوحدة ببدل ايجار سنوي مقداره/ – ر ١٨٠ دينار وقد احدث فيه اضرارا جسيمة نتيجة الاستعمال غير الاعتيادي اضافة لاستخدامه لغير الاغراض المتفق عليها ، لذا طلب اجراء الكشف المستعجل بمعرفة خبير قضائي لتثبيت الاضرار التي أصابت المأجور وتحديد الأشخاص الشاغلين له اضافة الى تثبيت المخالفات والتحويرات التي اجراها المطلوب الكشف ضده ، فقررت المحكمة المذكورة بتاريخ ٢٦/ ١٠/ ١٩٩٢ وعدد ٢٨٢ / كشف /٩٢٢ ختام الاضبارة وافهم علنا ولعدم قناعة المطلوب الكشف ضده بالقرار المذكور طلب وكيله بلائحته التمييزية المقدمة الى هذه المحكمة بتاريخ ١٩٩٢/١١/٢ نقضه للأسباب الواردة فيها ، فصدر قرار من محكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية على انه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد مخالفا للقانون ذلك أن المحكمة لم تتثبت من الخصومة كما تقضي بذلك المادة (١/٥١) من قانون المرافعات المدنية بدلالة المادة (٤) منه وسارت في الدعوى رغم الدفع الوارد من وكيل المطلوب الكشف ضده بأن طالب الكشف على العقار ليس خصما في الدعوى ذلك أن العقار المطلوب الكشف عليه مسجل بأسم أولاده كل من (ن) و(خ) و(ن) و(م) حسبما ورد بصورة القيد والتي تشير أنهم ليسوا من القاصرين وحيث أن الخصومة في الدعاوي من النظام العام وتقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها لذا قرر نقض القرار المميز من هذه الجهة واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٩٢ /١١/٧ " ([١٦٧]) .

([١٦٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : أ.د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ .

([١٦٧]) قرار محكمة استئناف منطقة بغداد بصفتها التمييزية رقم / ٥٦٥ / مستعجل / ٩٢ في ٧ / ١١/ ١٩٩٢ نقلا عن : القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، شركة الحسام للطباعة، بغداد، ١٩٩٤م، ج١، ص ١٣ .

وقضت بهذا الخصوص ايضا محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية بتاريخ٢٠٠٦/٣/١٤ التابعة لرئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية انه " لدعوى المدعي وللمرافعة الحضورية العلنية حيث بين المدعي بان والده المدعو (عبود جاسم محمود) فاقد الإرادة والإدراك نتيجة الشيخوخة وان المدعى عليه شقيقه الأصغر (ياسين عبود جاسم) يستغل ذلك الأمر ويقوم بتبذير أموال والدهم ويبيع ممتلكاته ، لذلك طلب الحكم بوضع الحجر على والده المدعو (عبود جاسم محمود)، كرر الطرفان دفوعهما فطلب وكيل المدعى عليه رد الدعوى كون والد المتداعيين بكامل قواه العقلية ، ولدى التدقيق وجدت المحكمة إن الدعوى قد أقامها المدعي على شقيقه الأصغر (ياسين عبود) وحيث أنه لم يكن محلا لطلب المدعي المتعلق بالحجر كما انه لا يترتب على إقراره أي حكم أو من الممكن أن يكون وعاءَ لتنفيذ الحكم إذا ما صدر أو أن يلزم بشيء في حال ثبوت الادعاء وبما أن المادة (٤) مرافعات أوجبت توفر ما تقدم ليشكل معياراً لمعرفة المدعى عليه وصحة خصومته بالإضافة إلى أن المدعى عليه لم يكن من الأشخاص الذين ورد ذكرهم ضمن الاستثناء الوارد في الشق الأخير من المادة المذكورة أعلاه أو في المادة (٥) مرافعات، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان المطلوب الحجر عليه ما زال يتمتع بأهلية كامل غير منقوصة مما يجعل منه شخصاً تصح خصومته إلا إذا صدر حكم قضائي يحد من ذلك فيكون القيم المنصب عليه خصما وعلى وفق ما أوضحته المادة (٤٦) مدني التي نصت ((على إن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه)) وحيث أن المدعى عليه لم يكن قيما أو وصيا على المطلوب الحجر عليه لذلك ومما تقدم من أسباب ولتعلق الأمر بالخصومة التي تبحث بها المحكمة ولو بدون طلب أي من المتداعيين كونها من النظام العام وبالطلب قرر الحكم برد دعوى المدعي لعدم توجه الخصومة إلى المدعى عليه وتحميله الرسوم والمصاريف وأتعاب محاماة مقدارها خمسة آلاف دينار لوكيل المدعى عليه المحامي خيري الجبوري استنادا لأحكام المواد٨٠، ٤ ف ١ ،١٦١ ،١٦٣ ، ٣٠٠ مرافعات ٦٣ محاماة حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في ٢٠٠٦/ ٣/١٢ الموافق ١٢/ صفر /١٤٢٧ هـ " ([١٦٨]) .

وأخيرا يتضح لنا مما سبق أن الاجراء القضائي يتميز بانه يعد جزءً من مجموعة الاجراءات التي تتكون منها الخصومة أي جزءً من الدعوى المدنية .

المقصد الثالث

أن الإجراء القضائي يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا مباشرا في الخصومة

([١٦٨]) قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية التابعة لرئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية رقم / ٣٨٢٧/ ش/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٣/١٤ (قرار غير منشور) .

إن الإجراء القضائي يرتب عليه القانون أثرا إجرائيا مباشرا في الخصومة ويتمثل هذا الاثر في بدء الخصومة ورفع الدعوى او في المساهمة في سيرها او تعديلها كالدعوى الحادثة ([١٦٩]) ، أو عرقلتها كوقف السير بالمرافعة أو قطعها ، أو انهائها كصدور حكم يحسمها أو بعدم صدور حكم يحسم الموضوع ، كالإبطال أو حتى التدخل والاختصام فيها بكل اشكال الدعوى الحادثة الثلاثة ([١٧٠]) .

وينبغي الاشارة الى ان المقصود بالاثر الاجرائي المباشر، هو ما يؤثر في الدعوى بصورة مباشرة ، وعلى هذا الاساس فلا يعد اجراءً قضائياً التنازل عن الحق الموضوعي محل الدعوى، وذلك ان الاثر الاجرائي المترتب على التنازل عن الحق هو انقضاء الدعوى وهو ليس اثرا مباشرا لها ، بل أثر غير مباشر فلا يعتبر اجراءً قضائياً وإن اتخذ شكل الاجراء القضائي وصدر من أحد أشخاص الخصومة ما دام تأثيره في الخصومة تأثيراً غير مباشر ([١٧١]).

وهكذا يتبين لنا ان الاجراءات القضائية ماهي الا مجموعة من الاعمال المتتابعة زمنيا المتعددة والمتنوعة، والتي تكون في المحصلة وحدة متكاملة تستهدف تحقيق غاية معينة، وهي اجابة لطلب الحماية القضائية لمن طلبها، والتي تختتم بحكم يكون جوابا عن طلب الحماية هذا، كما أنه من خلال استعراضنا لمفهوم الاجراء القضائي السابق، يتضح لنا وبشكل لا يقبل الشك الحقيقة القائلة ان المعاينة ما هي الا اجراء قضائي ، وذلك لانها عبارة عن مسلك ايجابي من جانب المحكمة في مسار الدعوى المدنية في ظل موقف ايجابي لقاضي الموضوع ليتمكن معه من الوصول الى الحقيقة في النزاع المعروض، وبما يكفل اقصى تقارب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، لانه كلما تم هذا التقارب بين الحقيقتين، كان ذلك ادنى الى العدل، وكلما بعدت الشقة بين الحقيقتين كان ذلك اقتراباً من الظلم وابتعاداً عن العدل، ولا يتحقق هذا الا من خلال هذه الوسيلة وهي اجراء المعاينة القضائية ومشاهدة المحكمة للواقعة محل النزاع.

([١٦٩]) الجدر بالذكر في هذا المجال أن المقصود بالدعوى الحادثة هي انها عبارة عن " تلك الدعوى التي يتم تقديمها للمحكمة اثناء نظر الدعوى الاصلية وتؤدي الى تعديل نطاق الخصومة واتساعها من جهة الموضوع أو السبب أو الخصوم وبشرط أن تكون الطلبات التي تضمنتها مرتبطة بالدعوى النمظورة امام المحكمة " ، للمزيد من التفصيل حول تعريفها وشروط قبولها وانواعها وكيفية الفصل فيها ينظر : د. .عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص٢٦٨-٢٨٠ .

([١٧٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.ادم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، دار الرسالة، بغداد، ١٩٧٩م، ص٢٦٦.

([١٧١]) ينظر : أ.د.عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مرجع سابق ، ص١٣١.

المطلب الثاني

طبيعة الإجراء القضائي للمعاينة

لتوضيح طبيعة الإجراء القضائي للمعاينة ، فان هناك تساؤلات تفرض نفسها في هذا المجال تتعلق اساسا بماهية الطبيعة القانونية للمعاينة القضائية بوصفها إحدى الاجراءات

القضائية ، وماهية الطبيعة القانونية للإجراء القضائي نفسه ، وهل يخضع لنظام التصرفات القانونية في ميدان القانون الخاص، ام ان هذه القواعد لا تنطبق عليه ؟.

والإجابة عن ذلك بطبيعة الحال تقتضي منا أن نذكر أن البحث في طبيعة الاجراء القضائي يستلزم اولا البحث في طبيعة القانون الاجرائي، وهذا قائم على اساس تحديد طبيعة الاصل تقود الى معرفة طبيعة الجزء او الفرع .

والحقيقة أن الفقهاء بحثوا في الطبيعة القانونية للإجراء القضائي الا انه لم ينعقد الاجماع في القانون الاجرائي حول مسألة تكييفه بالتصرف القانوني من عدمه ، إذ يمكن القول بوجود عدة اتجاهات في هذا المجال ، أبرزها ثلاثة اتجاهات اساسية، الاتجاه الاول: يرى أن الاجراءات القضائية تخضع لقواعد القانون المدني ، والاتجاه الثاني: يرى أن الاجراءات القضائية تخضع لقواعد المرافعات الاجرائية، والاتجاه الثالث: يرى أن بعض الاجراءات القضائية تخضع للقانون المدني وبعضها الاخر يخضع لقواعد المرافعات الاجرائية، ويمكننا توضيحها مفصلا وذلك ضمن الفروع الاتية:-

الفرع الاول/ أن الاجراءات القضائية تخضع لقواعد القانون المدني.

الفرع الثاني/ أن الاجراءات القضائية تخضع لقواعد المرافعات الاجرائية.

الفرع الثالث / أن بعض الاجراءات القضائية تخضع للقانون المدني وبعضها الاخر يخضع لقواعد المرافعات الاجرائية.

الفرع الاول

أن الاجراءات القضائية تخضع لقواعد القانون المدني

وهو ما يتمثل في الاتجاه الاول ، اذ من المعلوم ان الاجراء القضائي هو جزء من القانون الاجرائي، ومن المعروف ايضا ان القانون الاجرائي هو القانون الذي يتولى تنظيم النشاط

القضائي في جميع جوانبه، أي انه ينظم نشاطا قانونيا ويحقق عنصر الالزام في قواعد القانون الموضوعي، وهذا العنصر له اهميته بالنسبة إلى القانون الموضوعي، وبهذا يتقابل القانون الموضوعي والاجرائي كمظهر لوحدتهما الوظيفية، اذ يعملان من اجل تحقيق غاية واحدة وهي تحقيق الاستقرار العادل في العلاقات الاجتماعية ([١٧٢]) .

وبهذا اصبح للقانون الاجرائي قواعد ذات طبيعة تتلاءم مع طبيعته، وياتي الاجراء القضائي ضمن هذه القواعد، والتساؤل الذي يفرض نفسه في هذا المجال هو ما هي طبيعة الاجراء القضائي ؟ وهل يخضع لنظام التصرفات القانونية في ميدان القانون الخاص، ام ان هذه القواعد لاتنطبق عليه ؟.

والحقيقة أن الفقهاء بحثوا في الطبيعة القانونية للإجراء القضائي وهناك اجماع على أنه يعد عملاً قانونياً بالمعنى الواسع ([١٧٣]) ، ولكن لم ينعقد الاجماع في القانون الاجرائي حول مسألة تكييفه بالتصرف القانوني من عدمه ، إذ يمكن القول بوجود عدة اتجاهات في هذا المجال أبرزها ثلاثة اتجاهات .

وهذا هو محو الاتجاه الاول وهو الذي يتمثل بجانب من الفقه الفرنسي ([١٧٤])، الذي يدعو الى الاخذ بفكرة التصرف القانوني وتطبيقها في ميدان القانون الاجرائي، وسريان جميع قواعد القانون الخاص التي تحكم التصرفات القانونية بصفة عامة على التصرفات الاجرائية.

وهذا الاتجاه الاول يرى ان الاجراء القضائي يعد تصرفا قانونيا يخضع لنظام التصرفات القانونية، أي لقواعد التصرف الخاصة بالارادة وعيوبها، وطبقا لهذا الاتجاه يقتضي الاعتداد بعيوب الارادة والسبب ، وذلك فيما يتعلق بصحة التصرف ووجوده، بمعنى ان الارادة حرة في اتباع اية وسيلة ومن دون التقيد بشكلية معينة، وهو بهذا الوصف يؤكد على ضرورة الرجوع الى القانون المدني وذلك فيما يتعلق بتكييف الاجراءات القضائية شأنه في ذلك شأن باقي التصرفات القانونية الاخر ([١٧٥]).

([١٧٢]) ينظر : د.أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص١٣١.

([١٧٣]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فتحي والي ، نظرية البطلان ، مرجع سابق ، ص٩٤ ؛ د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة ، مرجع سابق ، ص٢٧ .

([١٧٤]) ينظر : سوليس: محاضرات ص٤٢٦، موريل بند ٢٨٢ ص٣١١، نقلا عن : د. فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٧م ، ص١٩٢.

([١٧٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٩٧ ومابعدها ؛ ود.أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص١٣٣ ومابعدها.

الفرع الثاني

أن الاجراءات القضائية تخضع لقواعد المرافعات الاجرائية

وهو ما يتمثل في الاتجاه الثاني : اذ على العكس فان اتجاها قويا معاكسا للرأي والاتجاه الأول ، يؤكد على عدم صحة الرأي القائل باعتبار الاجراءات القضائية من قبيل التصرفات القانونية ، بل يعد من قبيل الاعمال القانونية، ويبرر هذا الاتجاه الذي يتزعمه جانب من الفقه

([١٧٦]) ، الذي أكد موقفه بالقول بان الاجراءات القضائية على وجه العموم لا تخضع لقواعد التصرف القانوني المعروف في القانون المدني بل تخضع لقواعد المرافعات الاجرائي ، اذ من المعروف ان قواعد المرافعات الاجرائي تتصف بالشكلية، إذ تمثل الشكلية حجر الاساس فيها ، ومن ثم يفقد عنصر الارادة اهميته فيها ([١٧٧]) .

ويبدو ان الحقيقة من وجهة نظرنا المتواضعة هي ليست في أي من الاتجاهين السابقين بشكل مطلق، وربما يكون الاقرب الى الصواب القول بما ذهب اليه أصحاب الاتجاه الثالث هو ما نبينه ادناه ، في الفرع الثالث .

الفرع الثالث

أن بعض الاجراءات القضائية تخضع للقانون المدني وبعضها الاخر يخضع لقواعد المرافعات الاجرائية

([١٧٦]) ينظر : د.عبد المنعم الشرقاوي و د.فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٤١.

([١٧٧]) ينظر : د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، مرجع سابق، ص٢٧.

وهو ما يتمثل في الاتجاه الثالث: اذ يرى اصحاب هذا الاتجاه من ان بعض الاجراءات القضائية تعتبر تصرفات إجرائية ، كترك الخصومة والاقرار القضائي وتوجيه اليمين الحاسمة وغيرها ، وتخضع لقواعد التصرف في القانون المدني، كقواعد الاهلية والرضا والمحل والسبب والاعتداد بعيوب الارادة ، فلا يمكن انكار وصفها بانها تصرفات إجرائية لمجرد ان القوانين عموما استلزمت ان ترد في شكل معين، فضلاً عن ان القول بان الاجراء القضائي لا يعد تصرفا قانونيا لانه يجب ان يتم وفقا للشكل الذي حدده القانون، يمكن ان يرد عليه بان بيع العقار وهبته وعقد الشركة والرهن التأميني تعد تصرفات قانونية على الرغم من ان القانون العراقي يستلزم ان تتم وفقا للشكل الذي حدده، اما البعض الآخر من الاجراءات القضائية فتعتبر اعمالاً مادية اجرائية، وهكذا فلا يمكن ان يكون هناك تكييف واحد ينطبق على كل الاجراءات القضائية، لان منها ما يمكن عده تصرفاً إجرائياً، ومنها ما لا يمكن عده كذلك كالأعمال المادية ([١٧٨]) .

اذ من المعلوم ان الاعمال القانونية الواسعة تنقسم الى اعمال مادية، وهي التي يحدد القانون اثرها على نحو محدد مقدما بصورة جامدة، وتصرفات قانونية يعترف فيها القانون بسلطان ارادة الافراد، أي انه يعتد بمضمون ارادة المتصرف ويترك له حرية تحديد اثار العمل، بحيث يلزم الرجوع الى هذه الارادة لتحديد اثار التصرف ([١٧٩]).

([١٧٨]) ينظر : د. سيد احمد محمود، اصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، ٢٠٠٥م ، ص٤٢٤ ؛ د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ج٢، ص١٥٥ ؛ د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة، مرجع سابق، ص٢٧.

([١٧٩]) ينظر : د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، مرجع سابق، ص٢٦ ؛ وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان المقصود بالتصرف القانوني هو: اتجاه الارادة نحو احداث اثر قانوني معين، ينظر : د.السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه لعام ١٩٥٣-١٩٥٤، ص٣، نقلاً عن : د. أدم وهيب النداوي ، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص٢١؛ والجدير بالذكر ان د. فتحي والي كان محقاً إذ لم يؤيد التعريف اعلاه ، حين أكد ان اتجاه الارادة نحو الاثار القانونية لا يعد عنصرا من عناصر تعريف التصرف القانوني، فالتصرف القانوني قد يوجد ولو لم تتجه الارادة نحو الاثار القانونية، فالارادة تتجه نحو غاية معينة ولا تتجه في كل الاحوال نحو الاثار القانونية، ففي عقد البيع وهو تصرف قانوني ليس من اللازم فيه ان تتجه ارادة كل من البائع والمشتري الى الاثار القانونية المترتبة على العقد ، لان الواقع يكذب ذلك، فالبائع والمشتري غالبا لايعلمان هذه الاثار المختلفة لانهما ليس دائما فقهاء ، وحتى المختص بالقانون عندما ينشأ تصرف قانوني لا تتجه ارادته الى ما يترتب عليه من اثار قانونية ، فالإرادة تتجه نحو غاية معينة ولا تتجه في كل الاحوال الى الاثار القانونية، ولهذا فقد عرف التصرف القانوني بانه : اعلان ارادة الشخص متجها الى غاية يحميها النظام القانوني، فالبائع عند ابرام عقد البيع يهدف الى الحصول على الثمن والمشتري يرمي الى الحصول على ملكية الشيء له، اما باقي الاثار القانونية لعقد البيع فانها عادة بعيدة عن تفكيرهما، وللمزيد من التفصيل ينظر: د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٩١؛ ولذلك يذهب الاتجاه الحديث بحق الى ان معيار التفرقة بين التصرف القانوني وغيره من الاعمال القانونية يكمن في سلطان الارادة ، ففي التصرف القانوني يعطي

وهكذا نخلص مما تقدم الى القول بان الاجراء القضائي ينقسم كسائر الاعمال القانونية الى عدة فئات، فمن الاجراءات القضائية ما يعتبر عملا ماديا، ومنها ما يمكن عدها تصرفات اجرائية كعملية انتقال المحكمة للمعاينة القضائية .

وبهذا يتضح لنا مما سبق أن الاجراء القضائي يعد عملاً قانونياً بالمعنى الواسع ، ولا يخضع لقواعد التصرف القانوني الا استثناءً ، أي عندما يعتد القانون باعلان الارادة ، ومهما يكن من امر فان معيار التفرقة ما بين التصرف القانوني وغيره من الاعمال القانونية ، يكمن في سلطان الارادة ، ففي حين اعطى المشرع للارادة سلطانا فيما يتعلق بالتصرفات القانونية ، وذلك لتتمكن من تنظيم مصالح معينة وفقا لرغبتها وذلك في حدود التنظيم القانوني، نجد ان في الاعمال القانونية بالمعنى الضيق ينكمش دور سلطان الارادة فيها لتسير على النحو المرسوم لها قانونا ([١٨٠]).

ونستنتج مما تقدم ان المعاينة تعد من قبيل التصرفات الاجرائية، وينطبق هذا على قرار اجراء المعاينة وانتقال المحكمة لاجرائها أو طلب اجرائها من الخصوم ، وذلك لأن الارادة فيها تشغل حيزاً واسعاً على عكس الأعمال المادية الاجرائية إذ تنحصر فيها دور الارادة ، كما يمكن القول أن أهمية التمييز تبدو أيضاً بصورة خاصة في الاعتداد بعيوب الارادة والسبب ، فلا يعتد بعيوب الارادة أو السبب في العمل المادي الاجرائي ، بينما يعتد بها في حدود معينة في القرار القضائي الخاص باجراء المعاينة ويعتد بها بصورة عامة في التصرف الاجرائي كانتقال المحكمة لاجراء المعاينة ، ولكن هذا الاعتداد مقيد بالحدود والطرق التي بينها القانون .

المبحث الثاني

مستلزمات صحة الاجراء القضائي للمعاينة

تقتضي بعض الاجراءات وجوب توافر مستلزمات معينة يكون هدفها الاول اضفاء طابع الصحة عليها، بحيث تصبح تلك الاجراءات عديمة الجدوى عند تخلف تلك المستلزمات، وكذا الحال في الاجراء القضائي للمعاينة القضائية ، فلكي تنشأ صحيحة لابد من توافر نوعين من

المشرع للارادة سلطان تتمكن به من تنظيم مصالح معينة وفقا لرغبتها ، وذلك في حدود التنظيم القانوني، اما في الاعمال القانونية بالمعنى الضيق فليس للارادة أي سلطان ، وانما يرتب القانون اثاره على مجرد الواقعة المادية، وعليه فان القانون يقر بحرية الفرد في احداث الاثار القانونية في التصرف القانوني، ولكن هذه الحرية مقيدة في حدود النظام العام، وللمزيد من التفصيل ينظر : أ. د.عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، مرجع سابق، ص١٣٤ وماتبعدها.

([١٨٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٩٢.

المستلزمات متمثلة بمستلزمات موضوعية واخرى شكلية، وهذا ما سيتم توضيحه بالتفصيل في هذا المبحث وذلك ضمن المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول/ المستلزمات الموضوعية لصحة الاجراء القضائي للمعاينة .

المطلب الثاني/ المستلزمات الشكلية لصحة الإجراء القضائي للمعاينة.

المطلب الأول

المستلزمات الموضوعية لصحة الاجراء القضائي للمعاينة

تتمثل المستلزمات الموضوعية لصحة الاجراء القضائي في المعاينة القضائية بضرورة توافر اركان اساسية ثلاثة ، هي الارادة والمحل والسبب، فضلا عن الصلاحية التي تعد من

شروط صحة مباشرة الاجراء القضائي ايضا، وسنتناول هذه الاركان تباعا بشيء من التفصيل وذلك ضمن الفروع الآتية :-

الفرع الاول/ ارادة اجراء المعاينة .

الفرع الثاني/ محل اجراء المعاينة .

الفرع الثالث/ سبب اجراء المعاينة .

الفرع الرابع / صلاحية اجراء المعاينة .

الفرع الاول

ارادة اجراء المعاينة

بما أن المعاينة القضائية تعد تصرف اجرائي هادف يفترض اذن لوجوده صحيحا وجود الارادة، فاذا وجدت الارادة السليمة نشأ الاجراء القضائي صحيحا منتجا لاثاره، والارادة لكي تنتج

اثارها وحتى يعتد بها في القانون لابد ان يتم الافصاح عنها، لان الارادة مسالة كامنة في النفس ويجب التعبير عنها باحد اشكال التعبير الصريح او الضمني([١٨١]).

لكن الارادة المطلوبة في اجراء المعاينة القضائية خاصة هي الارادة الظاهرة التي تظهر للوجود ويرتب عليها القانون اثرا اجرائيا، اذ لايعتد بالارادة الباطنة ، لان العلم مقصور على صاحبها فقط، وفي هذا الصدد تكون غير صالحة لانتاج أي اثر قانوني ([١٨٢]) ، وبهذا تكون الارادة مهمة في مجال صحة الاجراء القضائي في المعاينة القضائية خاصة ، لكونها تعد تصرفات اجرائية ، وليس عمل مادي اجرائي ، فاذا وجدت الارادة سليمة وحرة عندها تنشا المعاينة صحيحة منتجة لاثارها.

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى انه قد تكون هناك مراعاة للشكل المقرر قانونا فيما يتعلق بالمعاينة، الا ان خللا قد اصاب الارادة بحيث اصبحت معيبة، ففي هذه الحالة يمكن التمسك ببطلان تلك المعاينة لكون الارادة مشوبة بعيب اخل بصحتها.

فاذا كان اجراء المعاينة القضائية يعد من قبيل التصرفات الاجرائية كما اسلفنا سابقا وللارادة حيز واسع فيها ، ومن ثم يحدد القانون اثارها كمبدأ عام، الا انه لا يمكن ان يصح الاجراء من قبل شخص كالقاضي لم يكن يريد القيام به بالرغم من مراعاته للشكل المقرر قانونا([١٨٣]).

والجدير بالذكر ان الارادة المطلوبة في هذه الحالة هي ارادة الاجراء القضائي كالمعاينة ، وطبيعي ان من مقتضيات وجود الارادة ان يتمتع الشخص الذي يباشر الاجراء بالقدرة على التمييز والاختيار ، لذا فانه يستطيع ان يتمسك بالبطلان من شاب ارادته عيب من عيوب الاراده كالاكراه، لان العيب الذي شاب الارادة يقطع الرابطة بينها وبين الاثار القانونية التي يمكن ان ينتجها الاجراء القضائي ويكون الاجراء القضائي في هذه الحالة عديم الاثر ([١٨٤]).

وفي هذا الشأن فقد ثار خلاف فقهي حول تأثر صحة الإجراء القضائي بعيوب الإرادة ، إذ ذهب راي ([١٨٥]) ، الى انها لا تؤثر في صحة الاجراء القضائي، فعيوب الارادة لا يعتد بها الا في التصرفات القانونية، في حين ان الاجراء القضائي ليس تصرفا قانونيا ومن ثم لا يؤثر في

([١٨١]) ينظر : أ. د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، مرجع سابق ، ج١، ص٣٢.

([١٨٢]) ينظر : د.أدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص١٣٨.

([١٨٣]) ينظر : د.أدم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص٣٤.

([١٨٤]) ينظر : المرجع السابق، ص٣٣.

([١٨٥]) ينظر : د. عبد المنعم الشرقاوي و د.فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٤٧ ؛ د. فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مرجع سابق، ص١٩٦ ؛ د . فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٤٠٢.

صحته عيوب الارادة، كما ان البحث في عيوب الارادة بالنسبة إلى التصرفات القانونية يهدف الى تجنب التزام الشخص ضد ارادته وهذه العلة لا تتوافر في الاجراء القضائي، لانها في الغالب الاعم لا ترتب التزامات على عاتق الشخص الذي قام بها، فضلا عن ضرورة انهاء الخصومة بسرعة تقتضي عدم جعل الخصومة ميداناً لمنازعات فرعية حول عيوب الارادة بالنسبة إلى كل عمل فيها ([١٨٦]).

في حين ذهب راي آخر([١٨٧]) ، الذي نرجحه الى ان القاعدة بالنسبة لعيوب الارادة انه لا يعتد بها الا في التصرفات القانونية، ولكن يجوز التمسك بها ايضا لابطال التصرفات الاجرائية كاجراء المعاينة، كما يجوز التمسك بها لابطال القرارات القضائية في الحدود وبالطرق التي نظمها القانون للطعن في الاحكام، وبهذا يمكن تصور هذه العيوب وتأثيرها على القائم بالمعاينة ومن ثم تؤثر في صحة الاجراء القضائي ([١٨٨]) .

وكذلك الحال بالنسبة إلى وقوع الاكراه ([١٨٩])، على ارادة القائم بالمعاينة بحيث يفسد الرضا، الامر الذي لا يعكس الصورة الحقيقية للارادة ومن ثم فلا تكون الارادة حرة في التعبير عن الواقع، ونقصد هنا المعاينة التي تجري سواء من قبل القاضي ام المعاينة الفنية التي يقوم بها الخبير، عندما يعهد اليه الامر من قبل القاضي لابداء خبرته وللاستعانة به اثناء المعاينة، اذ قد يقع اكراه على ارادة الخبير القائم بالمعاينة الفنية تجبره على ان يذكر غير ما وجده حقيقة او يذكر اشياء مخالفة للواقع او يجري تحريف في معاينته الفنية دون رضاه بتاثير الاكراه، وفي هذه الحالة وان تمت مراعاة الشكلية القانونية في المعاينة، الا ان الشكلية هنا لا تقوى على تصحيح العيب الذي شاب الارادة ، ويمكن عندئذ التمسك ببطلان المعاينة، لان ارادة القائم بها سواء القاضي ام الخبير قد شابها عيب الاكراه أي عدم انصراف الارادة نحو المعاينة على الوجه الصحيح.

([١٨٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص٣٥٧.

([١٨٧]) ينظر : د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة، مرجع سابق، ص٣٠ ؛ د.ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص٣٤ ؛ ود.سيد احمد محمود، اصول التقاضي، مرجع سابق، ص٤٢٦.

([١٨٨]) تنظر : المادة / ١٩٦ من قانون المرافعات العراقي التي نصت على انه " يجوز الطعن بطريقة اعادة المحاكمة في الاحكام الصادرة ... اذا وجد سبب من الاسباب الاتية ولو كان الحكم المطعون فيه قد حاز درجة الثبات : ١- اذا وقع من الخصم غش في الدعوى كان من شانه التاثير في الحكم ... " ، وهذا يعني تعيب ارادة القاضي، وللمزيد من التفصيل ينظر : د.عبد التواب مبارك، مرجع سابق، ص٣٠٣ ؛ د. سيد احمد محمود، اصول التقاضي ، مرجع سابق، ص٤٢٦ ؛ د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة، مرجع سابق، ص٣٠.

([١٨٩]) تجدر الاشارة الى ان المادة /١١٢ -١ من القانون المدني العراقي نصت على انه " الاكراه هو اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملا دون رضاه ".

وكذلك الحال بالنسبة إلى الغلط ([١٩٠])، إذ تكون ارادة القائم بالمعاينة متجهة إلى معاينة عقار او منقول، وحدث غلط فتمت المعاينة على عقار آخر او منقول آخر، فهنا يكون الاجراء القضائي للمعاينة غير صحيح ، لانه شابه عيب من عيوب الارادة، ومن ثم حدث خلل لاحد المستلزمات الموضوعية لصحة الاجراء القضائي في المعاينة.

الفرع الثاني

محل اجراء المعاينة

إن من المستلزمات الموضوعية الاخرى لصحة الاجراء القضائي للمعاينة القضائية هي ضرورة وجود المحل، ويقصد بمحل الاجراء القضائي عموماً احد المعنيين الآتيين :-

---

([١٩٠]) تنظر : المادة /١١٧ من القانون المدني العراقي، ومما تجدر الإشارة إليه أن المقصود بالغلط هو: تصور كاذب للوقائع يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع، وهو الغلط الذي يصيب الارادة أي غلط يقع في تكوين الارادة لا في نقلها ولافي تفسيرها، وللمزيد من التفصيل ينظر : أ.د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص٨٠ ومابعدها.

(اولاً) / مايرد عليه الاجراء القضائي :- وهو يختلف عادةً باختلاف الاجراءات القضائية، فالحجز مثلاً محله الشيء المحجوز ، وقرار القاضي بتقديم مستند او احضار شاهد محله ذاك المستند وهذا الشاهد ([١٩١]) ، كذلك فان اجراء المعاينة محلها الواقعة المتنازع عليها سواءً كانت عقاراً ام منقولاً ام شخصاً، والمحل في المعاينة القضائية شانه في ذلك شان أي محل اجراء قضائي آخر، تشترط فيه عدة امور هي كالأتي :-

١- أن يكون المحل في المعاينة موجوداً :- ومن اجل أن يكون الاجراء القضائي صحيحاً وكاملا ، لابد من ان يكون هناك محل للاجراء القضائي، ومن ثم يجب لتوافر شروط هذا المحل ان يكون موجوداً حقيقةً وليس وهماً، لان المعاينة لا تتم على شيء غير موجود أصلا ، فينبغي ان يكون محل المعاينة موجوداً أي أن لا يكون وهمياً سواءً أكان عقاراً أم منقولاً ام شخصاً.

وفي هذا الشأن تجدر الاشارة الى انه قد يكون محل الواقعة المراد معاينتها غير موجود حقيقةً، بل موجود حكماً، ومع ذلك تجري المعاينة القضائية لا مكانية تحقق الغرض من المعاينة ، فقد يكون الشخص المراد معاينته غير موجود حقيقة بسبب الوفاة ، فتجري المعاينة على جثته بالرغم من عدم وجوده الحقيقي بل الحكمي، فاذا امكن تحقق الغاية من المعاينة فتجري المعاينة عليه لوجود المحل، اما في حالة تلف الجثة تماما كالتفحم مثلا فلا يمكن تحقق الغاية من المعاينة، فيعد محل المعاينة غير موجود بالرغم من وجوده الحكمي.

كذلك الحال بالنسبة إلى العقار والمنقول فاذا امكن تحقق الغاية والهدف من المعاينة، فتجري المعاينة بالرغم من التلف الذي اصابهما، لانه تلف لا يؤثر في الغاية والهدف من المعاينة، اما اذا كان محل العقار او المنقول تالفاً كليا أي بحكم الوجود الحكمي، كالوجود الهيكلي المتبقي من الحريق، فيتوقف محل المعاينة على تحقق الغاية والهدف من اجراء المعاينة، فاذا امكن تحققها فيكون عندئذ محل المعاينة موجوداً، اما اذا لم تتحقق الغاية من المعاينة كالتفحم الكلي فيعد محل المعاينة غير موجود بالرغم من وجوده الحكمي.

٢- أن يكون المحل في المعاينة معينا :- ويستلزم هذا الشرط ايضا ان يكون محل الواقعة المراد معاينتها محدداً ومعيناً تعيينا نافيا للغموض او الجهالة، فاذا كانت المعاينة تجري على عقار فيجب تحديده بذكر موقعه وحدوده ورقمه وتسلسله ، حتى يكون الاجراء القضائي للمعاينة صحيحا مستوفيا لشروط محل المعاينة وللشروط الموضوعية لصحتها.

([١٩١]) ينظر : د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص٢٥٨.

اما اذا كان محل المعاينة منقولا، فينبغي ايضا ذكر جنسه ونوعه وقيمته واوصافه ومكانه ، اذا كانت المعاينة خارج مجلس القضاء ، وذلك منعا للغموض والجهالة والخطأ الذي قد يحصل ([١٩٢]).

([١٩٢]) في هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان المادة / ٤٥-٥ من قانون المرافعات العراقي تنص على ان " بيان موضوع الدعوى فاذا كان منقولا ذكر جنسه ونوعه وقيمته واوصافه ، وان كان عقارا ذكر رقمه وحدوده او موقعه ورقمه او تسلسله " ؛ وتنظر في هذا الخصوص أيضا : المواد/ ١٦٢٠ – ١٦٢٧ مجلة الاحكام العدلية ، اذ جاء في المادة /١٦٢٠ من مجلة الاحكام العدلية ان " معلومية المدعى به تكون بالاشارة او الوصف والتعريف ، وهو اذا كان عينا منقولا وكان حاضرا في مجلس المحكمة فالاشارة اليه كافية ، واذا لم يكن حاضرا يكون معلوما بوصفه وتعريفه وبيان قيمته ، واذا كان عقارا يعين ببيان حدوده واذا كان دينا يلزم بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره " ؛ وقد ورد في شرح هذه المادة من مجلة الاحكام العدلية ان " معلومية المدعى به اولا : تكون بالاشارة ، وثانيا: بالوصف والتعريف، والتعريف بالاشارة يكون صحيحا في تعريف كل نوع من المدعى به الموجود سواء كان المدعى به عينا منقولا او عقارا... فتختلف صور التعريف باختلاف المدعى به ، اذ ان المدعى به اذا كان عقارا يحصل التعريف ببيان حدوده حسب ماجاء في المادة / ١٦٢٣ واذا كان غير عقار فيعرف ببيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره ، فلذلك اذا كان المدعى به عينا منقولا وحاضرا في مجلس المحاكمة فيكفي لتعريفه حين الدعوى ... بالاشارة اليه باليد... لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف... واذا كان عين المنقول غير حاضر في مجلس المحاكمة وممكن جلبها بلا معرف فتحضر ويشار اليها باليد على ذلك الوجه ، واذا كان المدعى به غير حاضر مجلس المحاكمة ، كما انه غير ممكن احضاره الى ذلك المجلس يعلم بوصفه وتعريفه وبيان قيمته " ، ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، مرجع سابق، ج٤، ص١٦٥(الكتاب الرابع عشر الدعوى) ؛ بينما نصت المادة /١٦٢١ من المجلة على انه " اذا كان المدعى به عينا منقولا وحاضرا بالمجلس يدعيه المدعي بقوله هذا لي مشيرا اليه وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطلب اخذه منه، وان لم يكن حاضرا بالمجلس ولكن يمكن جلبه واحضاره بلا مصرف ، يجلب الى مجلس الحكم ليشار اليه في اليمين والشهادة كما ذكر، وان لم يكن احضاره ممكنا بلا مصرف وعرف المدعي وبين قيمته، ولكن لايلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلا لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته او قال لا اعرف قيمته " ، وورد في شرح المادة " انه اذا تعذر احضار العين مع بقائها كرحى وصبرة طعام وقطيع غنم ، فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك ، وان لم يتيسر له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف ، بعث امينه الى ذلك وهو نظير ما اذا كان القاضي يجلس في داره ووقعت الدعوى في جمل لايسع باب داره ، فانه يخرج الى باب الدار او يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته ، ولو لم تكن العين باقية بل هالكة او غائبة بحيث لايمكن احضارها ولاحضور القاضي او نائبه لبعد المسافة او مانع اخر فيكتفي بذكر قيمتها " ، ينظر: سليم رستم باز، مرجع سابق، ص٨٤٥ ؛ كما ورد في شرح المادة ايضا انه " في دعوى المنقولات الموجودة والمحتاج نقلها لمصرف يذهب الحاكم بالذات الى المحل الموجود فيه المنقول او يرسل نائبه – اذا كان مأذونا بنصب نائب – لاجل التأشير اليه في الدعوى والشهادة ولايكتفي بذكر القيمة ، فلذلك اذا كان المدعى به فرسا او بعيرا مما لايمكن ادخاله الى غرفة المحاكمة يجلب الى ساحة المحكمة ويخرج القاضي او نائبه الى الساحة

واذا كانت المعاينة على عدة عقارات فينبغي تحديدها بشكل دقيق في قرار المعاينة، بحيث يمكن التعرف عليها وازالة كل غموض او جهالة يمكن ان تحصل في محل المعاينة، وذلك لكي يكون الاجراء القضائي صحيحا مستوفيا لشروطه الموضوعية.

٣- أن يكون المحل في المعاينة ممكنا :- ويستلزم هذا الشرط ان يكون محل المعاينة ممكناً، أي غير مستحيل، والاستحالة قد تكون مادية او قانونية، فالاستحالة المادية هي الناتجة عن عدم تحقق الغرض من المعاينة نتيجة هلاك الشيء هلاكاً كاملاً، ومثالها المعاينة التي تتم على شخص توفي وجثته متفحمة كليا، كذلك الحال اذا كان محل المعاينة عقاراً مهدماً كلياً، وكان الغرض من المعاينة معرفة الاضرار التي احدثها المستاجر في هذا العقار، ففي هذه الحالة اختل شرط اساسي من شروط المحل واصبح غير ممكن معاينته لاستحالته المادية، كذلك الحال بالنسبة إلى المنقول.

اما الاستحالة القانونية، فهي استحاله ناتجة عن عدم تحقق الغرض من المعاينة نتيجة وجود الحجز مثلا على العقار او المنقول، او لكونه ضائعاً او مسروقاً، كأن يكون محل المعاينة مصوغات ذهبية معينة، واتضح انها ضاعت او سرقت .

٤- أن يكون المحل في المعاينة قابلاً للتعامل فيه :- ويقصد بهذا الشرط ان يكون المحل مشروعاً، اذ لايجوز ان يكون محل الاجراء القضائي عموماً مخالفاً للنظام العام والاداب، والا كان باطلا كالمطالبة بدين قمار أو بغاء او بدين الاتجار في المخدرات او لاقامة علاقة غير مشروعة ([١٩٣]).

كما يجب أن لا يكون المحل في المعاينة شيئاً ممنوعاً في القانون او مخالفاً للنظام العام والاداب، فلايجوز ان ترد محل المعاينة على الاماكن المعدة للقمار أو للمقامرة او للدعارة أو مواد مخدرة لخلاف نشأ على نوعها وجودتها لانها ممنوعة اصلا في القانون، والدعوى غير مقبولة لعدم توافر شرط المصلحة فيها، ولكن هذا لايمنع بالطبع ان تجري المعاينة لضبط هذه المواد لاثبات جريمة حيازتها او ادارة المحلات المعدة للدعارة او المقامرة وغيرها.

(ثانياً) / مضمون الاجراء القضائي :- وبهذا المعنى يعتبر المحل عنصراً من عناصر الاجراء القضائي، ويختلف المضمون عموماً باختلاف الاجراء القضائي ففي التبليغ مثلاً يكون

ويستمع الدعوى والشهادة ويرى ... " ، ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، مرجع سابق، ج٤، ص١٧٤(الكتاب الرابع عشر الدعوى) .

([١٩٣]) ينظر : د. سيد احمد محمود، مرجع سابق، ص٤٢٧ ؛ د.عبد التواب مبارك، مرجع سابق، ص٣٠٤.

مضمونه اعلام الخصم بالاجراءات التي تتخذ ضده، وفي الشهادة يكون مضمونها الواقعة المراد اثباتها والمطالبة القضائية مضمونها الدعوى ([١٩٤]).

كما يشترط في المحل بهذا المعنى ان يكون المحل موجوداً ومعيناً وقابلاً للتعامل فيه، واذا كان لهذه الشروط اهمية في القانون المدني ([١٩٥])، فان اهميتها بالنسبة إلى الاجراء القضائي اقل لوجود عنصر الشكل محققا له، ذلك ان القانون يحدد مقدماً مضمون كل عمل فلا يترك للارادة سلطاناً في هذا الشان، على عكس التصرفات القانونية التي تشكل فيها هذه الشروط اهمية كبيرة ([١٩٦]).

فمحل الطلبات هو ابداء رغبة الى القاضي وهذا مضمونه مشروع عادةً، فاذا قدم طلب غير مشروع كأن يطلب المدعي معاينة شيء مخالف للنظام العام والاداب، فان الطلب يعتبر صحيحاً من حيث الاصل ولكنه غير مقبول، اذ القانون لا يخول باجراء كهذا، كذلك فإن الحكم محله هو اصدار قرار مشروع دائما، فاذا صدر حكم يقضي بما هو غير مشروع ، فانه يكون حتماً قد أخطأ في تطبيق القانون ([١٩٧]).

الفرع الثالث

سبب اجراء المعاينة

([١٩٤]) ينظر : د.عبد المنعم الشرقاوي و د. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٤٨.

([١٩٥]) تنظر : المواد/ ١٢٦-١٣٠ من القانون المدني العراقي.

([١٩٦]) ينظر : د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٤٢١ ؛ د.ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص١٤٠.

([١٩٧]) ينظر: د.عبد المنعم الشرقاوي ود.فتحي والي، مرجع سابق، ص٤٩ ؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص٣٥٩ ؛ د. فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مرجع سابق، ص١٩٨.

إن المقصود من السبب او القصد في مجال الاجراء القضائي،هو العلة او الظروف والمعطيات التي تبرر قيام الاجراء القضائي بوجه عام، وهو يمثل الباعث الدافع للجوء الى الاجراء القضائي([١٩٨]).

وقد اثارت مسالة السبب او القصد بوصفه ركنا من اركان الاجراء القضائي جدلاً وخلافاً بين الفقهاء عموماً، فمنهم من يذهب الى اعتبار السبب ركناً في الاجراء القضائي، اذ يرى هذا الاتجاه ان هنالك سبباً عاماً لكل الاجراءات القضائية ، وذلك سواء أصدرها القاضي ام اتباعه ام الخصوم، وهذا السبب هو المصلحة، وانه الى جانب هذا السبب العام يوجد سبب آخر هو سبب خاص لكل اجراء قضائي ([١٩٩]).

في حين أن البعض الاخر يرى انه ليس هناك سبب لكل اجراء قضائي على حدى، وانما يوجد سبب واحد عام لكل الاجراءات القضائية مجتمعة، فسبب الاجراء القضائي هو المصلحة التي يتجه العمل الى تحقيقها من وجهة نظر القانون، فلا يوجد سبب خاص لكل اجراء على حدى مثل اجراء المعاينة او الاستجواب او الشهادة، لان التنظيم القانوني انما يتصور هذه الاجراءات ويقبل ان ترتب اثاراً قانونية فقط بالنظر الى نهايتها جميعاً، أي بالنظر الى النتيجة النهائية للدعوى، فيرى انصار فكرة السبب او القصد انه يمكن الرجوع بشأن السبب في الاجراءات القضائية الى قواعد القانون المدني ، وذلك بطريقة القياس في حالة عدم النص على تلك المعالجات في القوانين الاجرائية([٢٠٠]).

اما الاتجاه الغالب فيذهب الى عكس الاتجاه السابق، اذ يؤكد انصاره على عدم الاعتداد بالسبب كركن في الاجراء القضائي، وذلك استنادا الى أن فكرة السبب تقترن بعنصر الارادة

([١٩٨]) في هذا المقام تجدر الاشارة الى ان لفظة القصد افضل من لفظة السبب او الباعث أو الدافع من حيث اللغة، لان القصد هو غاية الانسان من التصرف الذي يتصرفه، فهو واضح المدلول في اللغة، على عكس السبب او الباعث، والجدير بالذكر في هذه المناسبة ان الفقهاء المسلمين بفخر صاغوا نظرية عامة للقصد تنطبق على جميع افعال الانسان ، بما فيها التصرفات القولية والفعلية والعادات وغير ذلك من الامور، ويلاحظ ان النظرية الغربية الحديثة في السبب والباعث تقترب في تطورها لتحاول الوصول الى ما انتهى اليه الفقه الاسلامي، فالاحرى بنا ان نبدأ ونستأنف من حيث انتهى الفقهاء المسلمون كمسالة منطقية وقانونية، وللمزيد من التفصيل ينظر : أ.د. عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص١٠٦.

([١٩٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٤٢٧.

([٢٠٠]) ينظر : المرجع السابق، ص٤٢٨.

بحيث اذا ما اتسع سلطان الارادة كان للسبب مجال واسع وكبير، وحيثما قل سلطان الارادة وطغت الشكلية عليه فان السبب يتلاشى وتقل اهميته وذلك من مفهوم المخالفة([٢٠١]).

وهكذا اخيرا نخلص الى بيان رأينا المتواضع في هذه المسألة اي في ان السبب في الاجراء القضائي للمعاينة يشكل أهمية كبيرة فيه، فهو له دوراً اساسياً فيه مادام ان الاجراء القضائي للمعاينة قد تم وفق مايقرره القانون وبالشكل المحدد له، فالسبب في بعض الاجراءات القضائية له اهمية خاصة، كتلك الاجراءات القضائية التي يمكن عدها تصرفات اجرائية كتوجيه اليمين الحاسمة والاقرار القضائي والوقف الاتفاقي للدعوى والتنازل عن اجراء او ورقة من اوراق المرافعة، لذا يجب ان نطبق عليها قواعد التصرف القانوني كما ذكرنا سابقاً ومنها ركن السبب، في حين ان هذا الركن لا يكون له تلك الاهمية في البعض الآخر من الاجراءات القضائية والتي تعد وقائع مادية بالمعنى الضيق أي أعمال مادية اجرائية، لان الاجراء القضائي كما بينا سابقاً يعد عملاً قانونياً بالمعنى الواسع ولا يمكن ان يكون له تكييفٌ واحدٌ ينطبق على جميع الاجراءات القضائية .

فبعض الاجراءات القضائية تعد تصرفات إجرائية ، كقرار اجراء لمعاينة وكقرار انتقال المحكمة لاجراءها وكترك الخصومة والاقرار القضائي وتوجيه اليمين الحاسمة وغيرها ، وتخضع لقواعد التصرف في القانون المدني، كقواعد الاهلية والرضا والمحل والسبب والاعتداد بعيوب الارادة ، فلا يمكن انكار وصفها بانها تصرفات إجرائية ، اما البعض الآخر من الاجراءات القضائية فتعد اعمالاً مادية اجرائية، وهكذا فلا يمكن ان يكون هناك تكييف واحد ينطبق على كل الاجراءات القضائية، لان منها ما يمكن عده تصرفاً إجرائياً، ومنها ما لا يمكن عده كذلك كالأعمال المادية ، فالمعاينة تعد كما ذكرنا من قبيل التصرفات الاجرائية، وينطبق هذا على قرار اجراء المعاينة وانتقال المحكمة لاجرائها أو طلب اجرائها من الخصوم ، وذلك لأن الارادة فيها تشغل حيزاً واسعاً كما بينا سابقا ، ويعتد بعيوب الارادة أو السبب في حدود معينة في القرار القضائي الخاص باجراء المعاينة ويعتد بها بصورة عامة في التصرف الاجرائي كانتقال المحكمة لاجراء المعاينة ، ولكن هذا الاعتداد مقيد بالحدود والطرق التي بينها القانون .

الفرع الرابع
صلاحية اجراء المعاينة

([٢٠١]) ينظر : د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق ، ص ٤٢٩ ؛ د. ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص٣٧.

من اجل أن يكون اجراء المعاينة صحيحاً منتجاً لاثاره يقتضي الامر كذلك ان يقوم بهذه المعاينة من لهم الصلاحية للقيام بها، بمعنى انه لا يجوز ان يقوم بهذا الاجراء الا من حددهم وخولهم القانون بذلك، ومن اجل معرفة مدى تاثير الصلاحية هذه في اجراء المعاينة القضائية، ينبغي لنا الاشارة الى انواع الصلاحية في هذا المجال وما تتركه من اثر في المعاينة، إذ تقسم الصلاحية الى نوعين هما :-

اولا /- الصلاحية العامة:- ويقصد بها في مجال العمل القضائي بشكل عام ان يكون القائم بالاجراء القضائي متمتعا بالوظيفة التي يجب ان يصدر عنها الاجراء، أي متمتعا بالاختصاص الوظيفي ([٢٠٢])، الذي يعطيه تلك الصلاحية للقيام بهذا الاجراء القضائي في المعاينة، إذ اوجب القانون ان تقوم بهذا الاجراء القضائي فئات معينة على وجه الحصر متمثلة بالقضاة، وبهذا يجب ان يكون القائم بالمعاينة شخصا صدر بحقه مرسوم جمهوري بتعيينه في وظيفة القضاء العراقي، فالاختصاص الوظيفي بالاجراء القضائي في المعاينة محصور اذن بالقضاة وهذا مايسمى بالصلاحية العامة للاجراء القضائي ، اما اذا كانت المعاينة فنية من قبل خبير استعانت به المحكمة اثناء المعاينة، فيجب ايضا ان يكون متوافرة فيه الصلاحية العامة أي متمتعاً بالاختصاص الوظيفي الذي يؤهله للقيام بهذا الاجراء([٢٠٣]).

ثانيا /- الصلاحية الخاصة :- ويقصد بها ان يكون مصدر الاجراء القضائي صالحا لاستعمال وظيفته في الحالة المعينة، أي ان يكون القائم بالاجراء القضائي صالحا لاداء وظيفته وذلك بالنسبة إلى هذا العمل بالذات على وجه التحديد ([٢٠٤]).

وهذه الصلاحية الخاصة هي الاخرى ذات جانبين هما : جانب موضوعي وعندئذ تسمى الاختصاص، وجانب آخر شخصي يتعلق بشخص الموظف، وتسمى عندئذ بالصلاحية الشخصية وعلى وفق التفصيل الآتي([٢٠٥]):-

١- الاختصاص: ويقصد به سلطة الحكم بمقتضى القانون في دعوى معينة، واختصاص محكمة معناه نصيبها من الدعاوى التي يجوز لها الفصل فيها ([٢٠٦]) ، فيجب ان يكون القاضي مختصا بالاجراء القضائي الذي يقوم به ، وينظم القانون الاختصاص بالنسبة الى نوع الدعوى

([٢٠٢]) ينظر : د.عبد التواب مبارك، مرجع سابق، ص٣٠٥.

([٢٠٣]) تنظر : المادة /٤ من قانون الخبراء العراقي النافذ رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل.

([٢٠٤]) ينظر : د.عبد المنعم الشرقاوي ود.فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص٤٥.

([٢٠٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مرجع سابق، ص١٩٥.

([٢٠٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.ادم وهيب النداوي ، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص٦١.

كالاختصاص النوعي، وبالنسبة الى محل المحكمة كالاختصاص المكاني ([٢٠٧]) ، فيحدد القانون القواعد العامة في الاختصاص والقائمين به وما يدخل وما لايدخل في اختصاصهم.

٢- **الصلاحية الشخصية:** لا يكفي ان يكون القائم بالاجراء القضائي صالحا صلاحية عامة ومختصة من الناحية الموضوعية للقيام بهذا العمل، بل يجب ان تتوافر لديه ايضا الصلاحية الشخصية بالنسبة الى الاجراء القضائي المعين ([٢٠٨]).

ففي اجراء المعاينة يجب ان يكون القاضي القائم باجراء المعاينة لديه الصلاحية الشخصية، أي ان يقوم بهذا العمل من دون ان تكون لديه مصلحة مادية او ادبية ، وذلك حتى لا يحيد عن واجب النزاهة المفروض عليه، اذ ان هناك قواعد خاصة لضمان نزاهة القضاة وحيادهم لحماية استقلالهم تجاه الخصوم، والقصد من هذه الضمانات حماية القاضي من نفسه اولاً، وحمايته من عبث الخصوم ثانيا، ومن ثم فالامر يؤدي الى كفالة اصدار الحكم بعيدا عن الشبهات واشاعة الطمأنينة في نفوس المتقاضين، لذلك تفرض التشريعات المعاصرة عموما على القضاة كثيراً من الالتزامات([٢٠٩]).

وتقرر عادة القواعد التي تحدد عدم صلاحيتهم الشخصية وردهم والشكوى منهم، فالغاية من الصلاحية الشخصية للقضاة هي عدالة وضمان نزاهة القاضي وحياده عند قيامه بالاجراء القضائي، اذ قد تحيط بالدعوى وبالاجراء القضائي ظروف وملابسات يحتمل تاثيرها في نزاهة القاضي.

كذلك تستوجب الصلاحية الشخصية للقيام بالاجراء القضائي ان تصدر من هيئة المحكمة بكاملها اذا كانت المحكمة مؤلفة من عدد من القضاة، فاذا صدر قرار بالمعاينة او الانتقال للمعاينة من محكمة الاستئناف مثلا، فانه يجب ان يصدر من القضاة الثلاثة لاعضاء هذه المحكمة حتى تستكمل الصلاحية الشخصية للقيام بالاجراء القضائي للمعاينة، اما اذا صدر القرار من قبل اثنين منهم ، فان هذا القرار يكون باطلا بالرغم من توافر الصلاحية العامة للقضاة

([٢٠٧]) للمزيد من الفصيل ينظر : د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٣٩٠.

([٢٠٨]) ينظر : المرجع السابق، ص٣٩١.

([٢٠٩]) تجدر الاشارة الى ان من ضمانات وظيفة القضاء، هو نظام عدم صلاحية القاضي، أي تنحيه ومنعه من نظر الدعوى اذا قام سبب من الاسباب التي تدعو الى الشك في حكمه وانحيازه لمصلحة احد الخصوم، فهناك **اولا:-** حالات التنحي الوجوبي، تنظر: المادة / ٩١ من قانون المرافعات العراقي، وهناك **ثانيا:-** حالات التنحي الجوازي، تنظر : المادة / ٩٤ من القانون نفسه، وهناك **ثالثا:-** حالات رد القاضي، تنظر : المادة /٩٣ من القانون نفسه، وهناك **رابعا:-** حالات الشكوى من القضاة، تنظر : المادة /٢٨٦ من القانون نفسه .

والاختصاص لدى كل منهما، فيكون القرار باطلا لعدم صلاحية القاضيين في هيئة المحكمة المؤلفة من ثلاثة قضاة لاصدار مثل هذا القرار للاجراء القضائي([٢١٠]).

كذلك الحال في حالة استعانة المحكمة اثناء المعاينة بالخبراء، اذ يجب ان يكون القائم بالاجراء لديه الصلاحية الشخصية ايضا، أي يجب ان يقوم بهذا العمل من دون ان تكون له اية مصلحة مادية او ادبية منعا من حياده عن اداء واجب النزاهة المفروضة عليه، اذ ان هناك قواعد خاصة لضمان نزاهة الخبراء وحيادهم وحماية استقلالهم تجاه الخصوم، والغرض من هذه الضمانات هي حماية الخبير نفسه وحمايته من عبث الخصوم ، ومن ثم فالامر يؤدي الى كفالة اصدار تقرير الخبرة بعيدا عن الشبهات واشاعة الطمأنينة في نفوس المتقاضين، لذلك تفرض التشريعات عموما على الخبراء كثيرا من الالتزامات وتقرر القواعد التي تحدد عدم صلاحيتهم الشخصية وردهم والشكوى منهم، فالغاية من الصلاحية الخاصة لهم هو عدالة وضمان نزاهتهم وحيادهم عند قيامهم بالاجراء القضائي([٢١١]).

([٢١٠]) ينظر : د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص٣٩٢.

([٢١١]) تنظر : المادة / ١٣٦ من قانون الاثبات العراقي الخاصة برد الخبير، وفي هذا الصدد نلاحظ ان المادة /١٣٦ من قانون الاثبات العراقي قد نصت على انه " ... وتتبع في حالة رد الخبير الاجراءات المتبعة في رد القاضي " ، وهذه المادة يتقديرنا المتواضع قد شابها الغموض باعتبار ان الاجراءات لا تشمل الاحكام الموضوعية ، بينما المادة / ١٣٠ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الملغاة قد نصت على انه " ... تتبع الاحكام المتعلقة برد الحكام في رد الخبير الا اذا كان مختاراً من الخصوم " ، وقد ذكرت المادة الاحكام، وباطلاق اللفظ لكلمة الاحكام نرى انها تتضمن الاثنان، الاحكام الموضوعية المتمثلة باسباب الرد، واحكام الاجراءات الخاصة بطلب الرد، وعليه فاذا كانت العلة من رد الخبراء هي ذاتها من رد القضاة ، كان الاوفق للمشرع ان ينص صراحة على ذلك على غرار المادة /١٣٠ من قانون المرافعات العراقي ، لان ورود كلمة اجراءات فتح المجال امام الاجتهاد، فقد اختلف الفقهاء في القصد منها، **١- فذهب البعض منهم :-** الى ان المشرع اراد من هذا النص عدم ذكر اسباب الرد ، وترك تقديرها للمحكمة ، ينظر : انس الزرري، مرجع سابق، ص٨٩ ؛ **٢- بينما يرى البعض الآخر :-** ان قصد المشرع من هذا النص احالة اسباب رد الخبير على اسباب رد القاضي، ينظر : حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مرجع سابق، ص٢٩٧ ؛ المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣، ج٣، ص١٢٨٢ ؛ **٣- الرأي الراجح :-** ونحن نؤيد الرأي الاخير ، لانه الاوفق والاصح فهو يتفق مع المنطق والقانون **اولاً** ، وهو ما درجت عليه اغلب القوانين، على اعتبار ان اسباب رد القاضي هي ذاتها الموجبة لرد الخبراء **ثانيا** ، حيث اورد قانون الاثبات المصري اسباب رد الخبير هي نفس الاسباب التي اوردها لرد القاضي، تنظر : المادة / ١٤١من قانون الاثبات المصري ؛ كما نصت المادة / ٣١٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني على انه " يجوز رد الخبير للاسباب ذاتها التي تبرر رد القاضي... " ؛ وتطابقها المادة / ١٤٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٢٩ نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ والمادة / ٢٣٤ من قانون المرافعات الفرنسي؛ والمادة /٢١ من قانون تنظيم الخبرة الكويتي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ المعدل؛ بينما لم يرد نص مماثل في القانون الاردني ؛ ولاعتقادنا **ثالثا** انه من الصعوبة على القاضي ان يحدد الاسباب التي يرد بها الخبير، فضلاً عن أنه ليس من حق القاضي تشريع او ايراد الاسباب الموجبة لرد الخبراء هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى إن ترك الباب مفتوحاً للقاضي بهذا الشكل يؤدي إلى الإكثار من حالات رد الخبراء او احتمال خضوع ذلك للاهواء ، وعلى ذلك فاننا نرى من المستحسن ان يتدخل المشرع لازالة هذا الغموض، عن طريق تعديل نص المادة /

المطلب الثاني

المستلزمات الشكلية لصحة الاجراء القضائي للمعاينة

لاشك ان الشكلية في الاجراءات القضائية كانت قديمة ، اذ بررت الشكلية في القوانين القديمة وفي عصر الرومان وفي القانون الفرنسي القديم ، في حين ان الشكلية في القوانين الحديثة تلاقي نقدا متزايدا بوصفها عراقيل تحول دون سرعة وسهولة حسم الدعاوى وتسهيل اثبات الحقوق ، ولهذا يجب ان لا تؤدي الشكلية في الاجراء القضائي الى جمود الشكل الاجرائي للعمل القضائي، فتكون عبئا ثقيلا على المتقاضين ، والمستلزمات الشكلية للاجراء القضائي في المعاينة القضائية ، اما ان تكون ركنا من أركان الاجراء القضائي، او قد تكون ظرفا يلزم ان يتم فيه الاجراء القضائي ، ولتوضيح ذلك بالتفصيل ينبغي ان نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية :-

الفرع الاول/ الشكلية في الاجراء القضائي في القوانين القديمة والحديثة.

الفرع الثاني/ الشكلية بوصفها ركناً من أركان الاجراء القضائي للمعاينة .

الفرع الثالث/ الشكلية بوصفها ظرفاً يلزم ان يتم فيه الاجراء القضائي للمعاينة .

الفرع الاول

الشكلية في الاجراء القضائي في القوانين القديمة والحديثة

---

١٣٦ من قانون الاثبات العراقي وجعلها بالشكل الآتي : " ... وتتبع في حالة رد الخبير الاحكام المتبعة في رد القاضي " .

بدايةً لابد من التاكيد على ان الشكلية في الاجراءات القضائية عموما ليست امرا جديدا، بل هي قديمة قدم العمل القضائي ذاته، فقد بررت شكلية الاجراء القضائي في القوانين القديمة بالتفكير الوثني الذي يهتم بالظاهرة الجمالية ويرى اهمية العمل في مظهره المدني .

فالشكل بوصفه ضمانه لم يكن وليد الصدفة بل كان معروفا منذ القدم، اذ عندما انتقل المجتمع من العهد الذي كان ينال الفرد حقه بنفسه ، كان التطور الطبيعي ان تبحث الجماعة عن تنظيم اكثر امنا لسلامتها ، فبدأت بتنظيم تلك الوسائل الخاصة وصبها في قالب معين ، وبهذا اتخذت هذه الوسائل الفردية الخاصة طابعا شكليا ، فكانت تبدو في صورة طقوس ، كما في نظامي المحنة والمبارزة القضائية ([٢١٢]) .

اذ أدى اعتقاد الانسان البدائي بوجود قوة خارقة الى الاعتماد على نظام جديد هو نظام المحنة ، وهو الاحتكام الى شيء فيه قوة غير مرئية تحكم سلوك الافراد للوصول الى حكم قضائي ([٢١٣])، كأن يطلب من المدعي والمدعي عليه اختيار احد الطبقين الذي يكون في احدهما طعام مسموم، ومن يختار الطبق المسموم يعد مدانا ويخسر حقه ([٢١٤])، ويحق عليه العقاب وهذا الاثبات كان نتيجة معاينة هذه الوقائع لاصدار الحكم، ومن ذلك ان يطالب المجني عليه من المتهم ان يصمد امام الرماح التي يقذفها عليه، فان لم تصبه الرماح اعلنت براءته على الملأ، وان اصابه أي منها حكم بادانته ([٢١٥])، ومنها ايضاً ان يلقى المتهم في النهر لاثبات براءته ([٢١٦])، ومن الوسائل الأُخر التي كانت تعتمد على المحنة بوصفها وسيلة دينية لاظهار الحق في هذا العهد، هو ان يمسك كل من الخصمين بشمعة في يده متساوية في الطول يتم ايقادها في وقت واحد ومعاينتها، فمن تنطفئ شمعته قبل شمعة خصمه يخسر دعواه ([٢١٧]) .

وعليه فالانسان البدائي كان هو الحاسم للنزاعات منذ عهده الاول الذي بدأ بظهوره حتى العصر الحجري الحديث، والقانون السائد حينذاك كان قانون القوة، لان القوة هي التي تنشأ الحق

([٢١٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص١٩١ ومابعدها .

([٢١٣]) ينظر: د. صبيح مسكوني، تاريخ القانون القديم، ط٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١م ، ص١٦٠.

([٢١٤]) ينظر : د.صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م ، ص٨٠.

([٢١٥]) ينظر : محمود عاصم، النظم القانونية في الدول العربية، الكتاب الأول ، دار دنيا القانون، مطبعة خلف، القاهرة، ١٩٦٧م ، ص١٤.

([٢١٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد ، ١٩٨٨م ، ص٧٥.

([٢١٧]) للمزيد من التفصيل ينظر : ليفي بريل، العقلية البدائية ترجمة محمد القصاص، ص٢٤٥، نقلاً عن: د. ادوار غالي الذهبي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ط١، المكتبة الوطنية بنغازي، ليبيا، ١٩٧٦م ، ص٧٧.

وتحميه اذ لم تكن هناك دعوى او اثبات، لذلك سميت المرحلة الاولى لتطور القانون بمرحلة القضاء الخاص، لان الانسان كان قاضي نفسه، إذ لم تكن هناك سلطة عليا في الاسرة او العشيرة تمنع من الالتجاء الى القوة، فكانت اول مرحلة في تطور القانون ([٢١٨]).

ثم تطورت المجتمعات الانسانية فظهرت وسائل أُخر لحسم النزاعات كان لها أثرٌ في قلة استعمال القوة في بعض النزاعات، إذ ارتقت الجماعات الانسانية الاولى الى مرحلة اخرى أكثر تطوراً هي مرحلة التحكيم الذي يعد اللبنة الاولى لنشوء المحاكم ([٢١٩]) ، كما ظهرت الحاجة إلى اللجوء الى الصلح في البعض الاخر من النزاعات، الا انه لم يقضِ على الالتجاء الى القوة لحسم المنازعات بصورة تامة ، فبقى التحكيم في مراحله الاولى اختياريا، وظهرت وسائل مقبولة أُخر يلجأ اليها المتنازعان لاقناع القضاة بصحة مايدعونه من وقائع حدثت، فظهرت ادلة اثبات أُخر بدائية تتفق وعقلية الانسان البدائي ونظامه السائد انذاك من خلال ايراد صور أُخر للتحكيم، فكان الاحتكام الى مهارة الخصمين الفنية التي تعد اولى صور التحكيم، والاحتكام الى المبارزة والمصارعة والنزال، وصورتها ان يدخل الخصمان مشاجرة ويكون الفائز في هذه المشاجرة هو صاحب الحق، فيتم اثبات الحق على مرأى ومسمع من الحاضرين، الذين يكونون بمثابة حكام استندوا في عملية اثبات الحق إلى معاينتهم ومشاهداتهم لجميع وقائع المبارزة ومن ثم تقرير من هو الفائز([٢٢٠]) .

ولقد كانت المبارزة في البداية طليقة لا تخضع لاية ضوابط تذكر، ولكنها قيدت بعد ذلك بضوابط معينة وشكليات خاصة، اذ استعان الخصوم بوسائل أُخر، فكانت تعقد بين الخصوم مسابقات سواءً بالشعر ام بالغناء ام غيرهما، ويعد الفائز فيها هو صاحب الحق([٢٢١]).

وقد يتم اللجوء الى وسائل أُخر تعتمد على المصادفة البحتة في الامور، كمراقبة الحشرات او الطيور اثناء حركتها، اذ تتوقف النتيجة على الاحتكام الى مجرد العوارض الطبيعية او الى اصوات الطيور او سلوك بعض الحيوانات ([٢٢٢]) ، وكانت بعض القبائل القديمة تحتكم لاثبات حقها الى مصادفة غريبة، وهي ان يعرض كل من الخصمين طعاماً معيناً في مكان

([٢١٨]) ينظر : د.عبد السلام الترمانيني ، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، جامعة الكويت، ١٩٨٢م، ص١٠٤.

([٢١٩]) ينظر: محمود عاصم، النظم القضائية في الدول العربية، الكتاب الثاني، القضاء في مصر من عهد الفراعنة الى العصر الحديث تاليف القاضي عمر العطيفي، مرجع سابق، ص١٣.

([٢٢٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد السلام الترمانيني، مرجع سابق، ص١٠٧.

([٢٢١]) ينظر : د.هاشم الحافظ، تاريخ القانون، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٠م ، ص١٨.

([٢٢٢]) ينظر : د. هشام علي صادق و د.عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦م ، ص٨٤.

معين يمتاز بكثرة الغربان، فمن اكلت الغربان طعامه اعتبر خاسراً لما يدعيه من حق ([٢٢٣])، بناءً على معاينة الحكام ومشاهدتهم لهذه الوقائع، في حين كانت قبائل أُخر تعمد على ان يحضر كلا المتخاصمين طيوراً معينة، ويتم الاقتتال بينهما والمنتصر منهم يقضى لصاحبه بالحق ([٢٢٤]).

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان القَسَمْ كان صورة اخرى من صور المحنة ايضا، إذ يعتقد الحالف بأن الآلهة تنتقم منه اذا كان كاذبا في قسمه، بحيث يلازمه السوء والشر طوال حياته وبعد مماته ([٢٢٥]) ، فكانوا يلجؤون بذلك الى استخدام هذه الوسائل الدينية المعهودة التي تتفق والمرحلة التي هم فيها مثل وسيلة المحنة، اعتقاداً منهم بان الالهة ستقف الى جانب الحق وتنصره وتثبت حقه باعتبارها وسيلة سريعة لفض المنازعات بين الخصوم ([٢٢٦]).

اما في التشريعات الاوربية القديمة ففي الحقيقة كان للقانون الروماني الاثر الاكبر في تكوين تلك الشرائع ، اذ كانت فرنسا حتى القرن السادس الميلادي تابعة للامبراطورية الرومانية، لذا كان من الضروري الاشارة اليها والى بعض التشريعات الاوربية الأُخر التي تأثرت بالقانون الروماني، اذ كانت قواعده تطبق في فرنسا، وبسقوط الدول الغربية ومنها فرنسا في ايدي القبائل الجرمانية، انتقلت النظم القانونية الجرمانية الى فرنسا، فحدث ازدواج في القواعد القانونية نتيجة الصراع بين قواعد القانون الروماني وقواعد القانون الجرماني ادى الى ظهور خليط من القواعد الرومانية الجرمانية ومنها قانون ساليك، الذي يعد أقدم القوانين الفرنسية في عهد البربر، حيث كان نظام الاثبات القضائي وفقا لهذا القانون يتم بطريقة المحنة أيضاً، ثم ظهر بعد ذلك نظام المبارزة القضائية، الذي يعتمد اساساً على طريقة الاثبات بالمعاينة ومشاهدة الوقائع لاثبات الفوز، فضلا عن أن الشكلية التي كانت السمة المميزة والاساسية للقانون الفرنسي القديم، خاصة في العهد الاول من تطوره ، اذ كانت الشكلية تحيط الإجراءات القانونية وكان النظام الاجرائي يقوم على أساس اعمال الخصوم من دون ان يكون للقاضي أي دور ايجابي في سير الدعوى، فكان نظاما اتهاميا يؤدي في الغالب الى صراع مادي بين الخصوم ، ليقرر القاضي الفائز منهم من خلال مشاهدته ومعاينته لوقائع النزال([٢٢٧]) .

([٢٢٣]) ينظر : د.صوفي حسن ابو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مرجع سابق ، ص٥٩.

([٢٢٤]) ينظر : محمود عاصم، النظم القانونية في الدول العربية، الكتاب الأول ، مرجع سابق، ص١٤.

([٢٢٥]) ينظر : د. عبد السلام الترمانيني، مرجع سابق، ص١٠٩.

([٢٢٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.ادوار غالي الذهبي، مرجع سابق، ص٧٦ ؛ د.صوفي حسن ابو طالب، مرجع سابق، ص٨٠.

([227]) Bongert Recherches Sur Les cours laiques du 6 eme au 13 eme siecle these paris, 1949, P.30.

اما العهد الاقطاعي الثاني من القانون الفرنسي القديم، فقد كان بعيداً عن الشكلية للاجراءات ، باستثناء نظامي المحنة والمبارزة القضائية اللذين كانا يمارسان وفق طقوس خاصة لشكلية محددة ([٢٢٨]).

فقد كان نظام المحنة يتبع غالبا في حل المنازعات، فيكلف المتهم بان يمتحن باحدى التجارب التي يعتقد بتدخل القوة الالهية فيها كتجربة النار، بان يطلب منهُ ان يقبض بيده على حديد ملتهب او ان يطأ بقدميه خشباً محترقاً او ان يخطو على محراث حديدي محترق، ثم بعد ذلك يضمد احد القساوسة جراحه، ويتم الاثبات عن طريق المعاينة ومشاهدة جرح المتهم، فاذا شفي جرحه في ثلاثة ايام كان ذلك دليلا على براءته وبعكسه فهو مذنب، ومن طرائق المحنة ايضا المتبعة آنذاك تجربة الماء المغلي، حيث يغمس المتهم يده فيه، ويعامل كما يعامل في تجربة النار، كما أن هناك انواعاً أُخر من نظام التجربة في انكلترا منها القاء المتهم موثوقا في الماء البارد فان نجا فهو برئ وان غرق فهو مذنب، وفي هذا الصدد يشير باتون([٢٢٩]) Baton الى اسلوب اخر من اساليب التعرف على صاحب الحق عن طريق المعاينة، وهي تجربة اللقمة اللعينة او لقمة الزقوم ([٢٣٠]) ، وهي قطع من الخبز المقدس اليابس يضعها القساوسة في فم المتهم، فيدعو المتهم القوة الالهية ان توقفها في حلقه ان كان مذنبا، ثم يبدأ في اكلها على مهل فان ابتلعها بسهولة فهو برئ، وان توقفت في فمه فهو مذنب ([٢٣١]) ، ومع ذلك فقد لا يستطيع ابتلاع الخبز لان الحالة النفسية الشديدة التي تنتابه نتيجة شعوره بالخوف يجفف فمه ويجعل ابتلاعه عسيراً ([٢٣٢]).

وفي عهد مابعد الغزو النورماندي لانكلترا سنة (١٠٦٦ م) استمر العمل بنظام المحنة او التجربة، الا ان هذه الوسيلة في الاثبات انتقدت أخيراً ، ثم امر الملك هنري الثالث سنة (١٢١٩ م) بمنع نظام المحنة، واحل مكانهُ نظام المحاكمة عن طريق المبارزة، وهو نوع من المحاكمات ادخله النورمانديون الى انكلترا سنة (١٠٦٦م)، واصبحت اجراءات المحاكمة تتم بتحكيم القتال بين المتنازعين في الدعاوى المدنية والجنائية، ومن يغلب يكسب الحق، اعتقاداً منهم بتدخل العناية الالهية لنصرته، ويعد نظام المبارزة استعمالاً صريحاً للقوة من اجل الحصول على الحق

([٢٢٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فتحي والي، نظرية البطلان مرجع سابق، ص٢٠٢ ومابعدها.

([229]) G.W.Poton–Atext book of Jurispudence, London, 1972. P.597.

([٢٣٠]) ينظر : د. عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، ط١، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٩م ، ص٢٨٣.

([٢٣١]) ينظر : د. احمد ابو الوفا، تاريخ النظم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠م، ص٢١.

([٢٣٢]) ينظر : أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، مرجع سابق ، ص١٢.

المتنازع عليه، والتي تعتمد بصورة اساسية على الاثبات بالمعاينة ومشاهدة وقائع النزال للتعرف على الفائز الذي يعد صاحب الحق بدعواه.

وبذلك نستطيع القول انه بزوال نظام المحنة زالت المعاينة بوصفها دليلاً من ادلة الاثبات المعتمد عليها ليحل محلها نظام المحاكمة عن طريق المبارزة التي باعتقادنا جاءت نتيجة تطور نظام المحنة باسلوب آخر يعتمد اساسا على المعاينة ومشاهدة النزال لاثبات الفوز.

ولقد كانت المبارزة بادئ الامر خالية من اية قيود تنظمها، وربما شملت جماعتي الطرفين المتنازعين، فاضحت بذلك حربا عامة بينهما، لكن بتقدم الحضارة الإنسانية وضعت القيود المنظمة للحد من الاثار الضارة التي كانت تخلفها، ومن ذلك انها اصبحت لاتتم الا اذا اتفق الطرفان المتخاصمان عليها، وحضرها الشهود وعوائل المتبارزين، وقد يتجنب المتخاصمان المبارزة بانفسهما ليقوم بها عنهما متبارزان محترفان يبلغان اثارهما المادية، اما اثارها القانونية فتعود الى المتخاصمين الاصليين، وبالطبع فان نظام المبارزة هذا يعد وسيلة قضائية تجري امام القاضي الذي يشرف على احترام الطرفين لقواعد المبارزة ويعاينها لكي يتحقق من نتيجتها، وبهذا تعد المبارزة القضائية وسيلة تعتمد اساسا على القوة لاثبات الحق عن طريق معاينة القاضي للنزال لمعرفة الفائز، ولقد سادت هذه الوسيلة حينما انحسرت سلطة القانون الروماني بسقوط الامبراطورية الرومانية في الغرب، اذ انتشرت بدلا منها التقاليد الجرمانية التي كانت ترفع من شان الفروسية ومظاهر القوة، ولقد شجع ايضا نظام الاقطاع الذي ساد في اوربا عند العصور الوسطى استخدام طريقة المبارزة القضائية لاثبات الحقوق في المحاكم الاقطاعية، الا انه اهملت المبارزة أخيرا بانهيار الاقطاع وزوال محاكمه ونظمه ([٢٣٣]) .

وقد كان نظام الاثبات بالمبارزة في البداية طليقا لايخضع لاي ضوابط، ولكنهُ قُيد بعد ذلك بضوابط معينة وشكلية خاصة، اذ استعان الخصوم بوسائل أُخر منها ان بعض الجماعات الاغريقية والرومانية كانت تلجأ الى الغناء، ومن يتابع غناءه حتى النهاية يعد صاحب الحق المتنازع عليه، وكانت تقوم عند الرومان مساجلات شعرية بين المتنازعين تنتهي عادة بقتل المهزوم ([٢٣٤]).

وبهذا نخلص مما تقدم إلى أن الشكلية كانت معروفة لدى التشريعات القديمة فكانت وسائلهم المستخدمة لحسم النزاعات كنظام المحنة والمبارزة وغيرهما، لا تخلو من الشكلية

([٢٣٣]) ينظر : د.هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص٣١.

([٢٣٤]) ينظر : محمود عاصم، النظم القضائية في الدول العربية، الكتاب الثاني، القضاء في مصر من عهد الفراعنة الى العصر الحديث تاليف القاضي عمر العطيفي ، مرجع سابق، ص١٣.

والاستعانة بوسيلة الإثبات بالمعاينة والتي كانت تستخدم للتوصل إلى حقيقة النزاع وصولاً إلى الحكم العادل.

كما عرف الرومان ايضا في تاريخهم القانوني عدة انظمة للاجراءات القضائية، فكان نظام دعاوى القانون اقدم نظام للاجراءات عرفه الرومان تميز بالشكلية الجامدة، فكان القانون يحدد شكل الدعوى وعلى الخصم ترديد ماحدده القانون من اقوال وعبارات، وقد صور الشكلية الفقيه الالماني ايهرنج Ahrang بانها عبارة عن عدو التحكم والظلم وانها تؤم الحرية، وضرب الفقيه جاليوس Galyos مثالا شهيرا عن الشكلية في قانون الالواح الاثني عشر في دعوى الاشجار المقطوعة، حيث يخسر الخصم دعواه اذا استعمل كلمة اشجار فقط ولم يستعمل نفس الكلمة التي ذكرها القانون، وكذلك الحال في القانون الفرنسي القديم الذي عرف عدة انظمة، فقد كان قانون ساليك اقدم قوانين البربر تحكمه الشكلية الجامدة ([٢٣٥]).

اما الشريعة الاسلامية المباركة بوصفها شريعة موحدة لله تعالى، فقد كانت بعيدة كل البعد عن الاوثان والطقوس والشكلية ، فنلاحظ تجرد الجانب القضائي فيها من الامور غير المعقولة والشكليات غير المنطقية، التي كانت السمة الاساسية والغالبة على ماسبقها من تشريعات وقوانين .

فكانت تقوم فلسفة الاثبات في الشريعة الاسلامية عموما على الاسس ذاتها التي قامت عليها هذه الشريعة ككل، من توخي مصلحة المكلفين في التيسير في اثبات الحقوق، وتجريد الدعوى ووسائل الاثبات بما كان يشوبها في الشرائع التي سبقتها، فامتازت اجراءات الاثبات والتقاضي في الاسلام منذ بدايتها بكونها على جانب كبير من البساطة واليسر، وكانت خالية من الصيغ والشكليات وذلك لتحقيق العدل ([٢٣٦]).

اما الشكلية في القوانين الحديثة، فانها تلاقي نقدا متزايدا بوصفها جملة عراقيل تحول دون سرعة وسهولة حسم الدعاوى وتسهيل اثبات الحقوق، اذ تؤدي الى ان يفقد الافراد حقوقهم لمجرد انهم لم ينتبهوا على الشكل مما يتعارض مع مستلزمات تحقيق العدالة، فضلا عن انها تؤدي الى البطء في الاجراءات، وهذا يتعارض مع مبدأ اساسي في القضاء وهو تحقيق القضاء العادل العاجل([٢٣٧]).

([٢٣٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص١٩١ ومابعدها .

([٢٣٦]) ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، من دون سنة طبع، ص٤.

([٢٣٧]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.ادم وهيب النداوي، القضاء العادل والعاجل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد ،١٩٨٥ م ، المجلد ٤، ع ١و٢، ، ص١١٤ ومابعدها.

ولهذا فان الشكلية في الاجراء القضائي يجب ان لا تؤدي الى جمود الشكل الاجرائي للعمل القضائي، فتكون عبئا ثقيلا على المتقاضين لما تحويه من تفاصيل دقيقة يصعب الاحاطة بها ، لان الاجراء القضائي في القوانين الحديثة عمل شكلي يحدده القانون ولايترك للقائم به سواء اكان ذلك القاضي ام الخصوم ام الخبراء ام المترجمين ام الشهود ام غيرهم حرية تحديده، أي ان جميع اوجه النشاط القانوني الذي يكون الخصومة من بداية اقامة الدعوى حتى صدور الحكم يلزم ان يتم كمبدأ عام بمقتضى الشكلية التي يحددها القانون([٢٣٨]).

فالشكلية تعد من الشروط المهمة والضرورية لصحة أي اجراء قضائي، اذ ان الاعمال الاجرائية اعمال شكلية ([٢٣٩])، وينتج الاجراء القضائي الاثر المطلوب منه بالشكل الذي يتطلبه القانون وطبقا للقاعدة العامة التي تقضي ان الاجراء القضائي هو عمل قانوني شكلي لا ينشأ صحيحا الا بوجوده بالصورة التي حددها القانون، لان الشكل في العمل القانوني اما يكون ركنا من أركان الاجراء القضائي ([٢٤٠])، او قد يكون الشكل بوصفه ظرفا يجب ان يتم فيه الاجراء القضائي ([٢٤١])، اذ قد يشترط القانون مثلا ان يتم الاجراء القضائي خلال مدة معينة، والا سقط

([٢٣٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص٤٢ ومابعدها.

([٢٣٩]) تجدر الاشارة الى ان القاعدة في القانون المدني هو مبدا حرية الشكل، أي ان للافراد عموما حرية التعبير عن ارادتهم بالشكل وعلى النحو الذي يريدونه ، ويرتب القانون اثاره على مضمون العمل ايا كانت الوسيلة التي تم بها، الا ان الامر ليس كذلك في قانون المرافعات ، فالمبدأ في هذا القانون هو قانونية الشكل، أي ان جميع اوجه النشاط التي تتكون منها الخصومة يجب كقاعدة عامة ان تتم لا تبعا للوسيلة التي يختارها من يقوم بها ، بل تبعا للوسيلة التي يحددها القانون ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص١٥٢.

([٢٤٠]) من الجدير بالذكر ان الشكل قد يكون ركنا من أركان الاجراء القضائي كما في حالة اقامة الدعوى ، اذ يعد من المستلزمات الشكلية لصحة الاجراء القضائي لرفع الدعوى ، أن تقوم الدعوى بعريضة مكتوبة ، وذلك استنادا الى احكام المادة / ٤٤ من قانون المرافعات العراقي ، التي تنص على انه " ١- كل دعوى يجب ان تقام بعريضة ... " .

([٢٤١]) مما تجدر الاشارة اليه ايضا انه قد يكون الشكل بوصفه ظرفا يجب ان يتم فيه الاجراء، كما في دعوى الدين والمنقول التي يجب ان تقام في مكان موطن المدعي عليه بوصفها قاعدة عامة وحسب الاختصاص المكاني، تنظر: المادة / ٣٧ من قانون المرافعات العراقي، والدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار تقام في محكمة محل العقار، واذا تعددت العقارات تقام في محل احداهما، تنظر : المادة / ٣٦ من قانون المرافعات العراقي ، وتنظر : المادة / ١٨ منه .

الحق فيه، فيقيد الاجراء القضائي بقيد زمني معين، والزمن هنا يعد ظرفا يجب ان يتم فيه الاجراء القضائي([٢٤٢]).

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد نحو التشدد بخصوص قواعد قانون المرافعات المدنية الفرنسي، وذلك فيما يتعلق بالبيانات الشكلية خاصة، اذ قد يترتب بطلان الاجراء القضائي عند عدم مراعاة الشكل المقرر فيه ([٢٤٣]).

وهكذا يتبين لنا مما سبق ان الشكل بوصفه ضمانه كان معروفا منذ القدم، فالشكلية في الاجراءات القضائية عموما ليست امرا جديدا، بل هي قديمة قدم العمل القضائي ذاته، وهذا ما لاحظناه من خلال بحثنا وتقصينا للشكلية في الاجراء القضائي في القوانين القديمة والحديثة.

الفرع الثاني

([٢٤٢]) في هذا الصدد تجدر الاشارة الى انه من الامثلة على تقيد الاجراء القضائي بقيد زمني معين، كما في حال مضى مدة الطعن في الحكم ، فانه يترتب عليه سقوط الحق في الطعن، لان مدد الطعن مدد حتمية ، تنظر : المادة / ١٧١ من قانون المرافعات العراقي، وتنظر المادتان / ٤٩ و ٥٩-١ منه .

([٢٤٣]) Dr.Valeric Lasserre-kiesow-linterpretation stricte parla cour se cassation des disposition du nouveiu code de procedure civile imposant un formalisme des mentions opligatoires-recueiel; dalloz, 2001, gurisprudence- p.1-3 .

الشكلية بوصفها ركناً من أركان الاجراء القضائي للمعاينة

إن من المستلزمات الشكلية للاجراء القضائي في المعاينة القضائية انه قد يكون ركنا من أركان الاجراء القضائي، فيقصد هنا بالشكل بوصفه ركناً من أركان الاجراء القضائي في المعاينة بمعناه الضيق، أي بمعنى الوسيلة التي حددها القانون والتي يجب ان يتم بها هذا الاجراء القضائي ، اذ قد يشترط القانون ان يتم الاجراء القضائي مثلا بواسطة الكتابة ([٢٤٤]) ، كشرط شكلي لازم لصحة الاجراء القضائي ، كما في اتخاذ قرار المعاينة من قبل القاضي ، اذ تتجسد الكتابة هنا بصدور قرار المعاينة مكتوبا في محضر الجلسة ، ويجب ان تتوافر فيه البيانات التي حددها القانون ([٢٤٥]) .

فهي لاتعدو أن تكون اوضاع شكلية يجب ان تراعى عند كتابة قرار المعاينة في محضر الجلسة، والشكلية المتطلبة هنا ليست شكلية جامدة بحيث يترتب البطلان عند أي نقص في هذا الشكل، وانما يجوز تكملة مانقص في بيان معين في محضر الجلسة، الا ان الشكلية المطلوبة في الاجراء القضائي قد لا تقتصر على الكتابة فقط ، فقد تتم بصورة شفويا ايضا([٢٤٦])، كما في حالة استعانة المحكمة اثناء المعاينة بخبير من اجل الادلاء بخبرته شفوياً ([٢٤٧]) ، او قد تكون الشكلية اللازمة للاجراء القضائي عينية ، كما في حالة اتخاذ المحكمة قرارا بالانتقال الى معاينة المتنازع عليه ([٢٤٨]) .

وبهذا فقد يكون الاجراء القضائي اجراءً قولياً يتمثل بعبارات تهدف الى غرض معين ، كما في شرح المدعى عليه لدفاعه او شهادة الشهود او النطق بالحكم او ادلاء الخبير بخبرته اثناء المعاينة شفوياً ، او قد يكون الاجراء القضائي اجراءً فعلياً يتمثل بسلوك معين كانتقال المحكمة للمعاينة او انعقادها او اختلائها للمداولة، كما ان الاجراء القضائي القولي قد يكون شفوياً كما اوضحناه سابقاً ، او قد يكون مكتوبا كتقرير المعاينة او الخبرة او صدور الاحكام بعد النطق بها

([٢٤٤]) ينبغي الاشارة الى ان الدعوى يجب ان تقدم كتابة بواسطة العريضة ، تنظر : المادة /٤٤ من قانون المرافعات العراقي الواردة سابقا التي تنص على انه " ١- كل دعوى يجب ان تقام بعريضة... " ، ولكي تعتبر الدعوى قائمة ايضا ينبغي ان يدفع عنها رسم، فالدعوى تعتبر قائمة من تاريخ دفع الرسم عنها، تنظر : المادة /٩ من قانون الرسوم العدلية العراقي.

([٢٤٥]) تنظر: المادة / ١٢٧ من قانون الاثبات العراقي.

([٢٤٦]) من الملاحظ انه هناك بعض الحالات التي يستلزم القانون ان يكون الاجراء القضائي بصورة شفوية، كما في حالة اداء الشهادة، إذ لا يجيز القانون الاستعانة بمذكرات مكتوبة ، الا باذن المحكمة، وهذا مانصت عليه المادة /٩٥ من قانون الاثبات العراقي.

([٢٤٧]) تنظر : المواد /١٢٦-٢ و١٣٠ و١٣٨ من قانون الاثبات العراقي .

([٢٤٨]) تنظر : المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة المذكورة آنفا.

، فانها تعد اجراءات مكتوبة، وهذه الاجراءات الاخيرة المكتوبة هي التي تكاد تسيطر على نظرية الاجراء القضائي، اذ اصبح للكتابة دور مهم فيها لاسيما في العصر الحديث، فقد سميت الاجراءات القضائية المكتوبة باوراق المرافعات، كناية عن وصفها اجراءات تتخذ كتابة، اما الاجراءات القضائية الشفوية فقد عفا عليها الزمان اذ اصبحت تذكر بتحفظ شديد بعد ما كانت تعد اصولا في نظرية التقاضي ([٢٤٩]).

الفرع الثالث

([٢٤٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.احمد مسلم، اصول المرافعات ، مرجع سابق، ص٣٨٩ ؛ د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، مرجع سابق، ص٣٧ ؛ د.محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ج٢، ص١٦٣.

الشكلية بوصفها ظرفاً يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة

إن من المستلزمات الشكلية للاجراء القضائي في المعاينة انه قد يكون ظرفا يلزم ان يتم فيه الاجراء القضائي ، ويقصد بالشكل هنا بوصفه ظرفاً يلزم ان يتم فيه اجراء المعاينة ، أي المستلزمات التي يجب ان تتم المعاينة فيها، وذلك لكي يمكن ان تترتب عليها الاثار القانونية فيما بعد، والظرف في المعاينة اما أن يتعلق بالمكان الذي يلزم ان تتم فيه، او بالزمان الذي يتوجب اجراؤها خلاله ، ويمكن ايضاحها بالتفصيل حسب المقاصدين الآتيين :-

المقصد الاول/ الشكلية بوصفها ظرف مكان يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة.

المقصد الثاني/ الشكلية بوصفها ظرف زمان يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة.

المقصد الاول

الشكلية بوصفها ظرف مكان يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة

إن المقصود من الشكلية بوصفها ظرف مكان يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة ، هو مكان اجراء المعاينة ، أي الشكل بوصفه ظرف مكان، إذ يستلزم القانون ان يتم في مكان معين حتى يكون الاجراء القضائي صحيحا منتجا لاثاره، إذ ينظم القانون لبعض الاجراءات القضائية المكان الذي يجب ان يتم فيه الاجراء، فقرار المعاينة مثلا يجب ان يصدر في الجلسة ولو ان القوانين عموماً لم تنص على ذلك صراحة، فان هذا الشرط مستفاد من مجموع النصوص التي تنظم اصدار القرارات والاحكام في القانون، كذلك الحال بالنسبة الى الاجراءات القضائية الاخرى التي توجه الى المحكمة تتم بطبيعتها في المحكمة، وحتى بالنسبة للاجراء الذي يجب ان يتم امام القاضي كمعاينة المنقول الذي يمكن جلبه الى المحكمة ، فانها تتم بالجلسة في المحكمة، ولا يستثنى من هذا الا ان يوجد نص يجيز القيام بها في مكان آخر، كما في حالة استحالة احظار الشيء المراد معاينته، حيث يقتضي انتقال المحكمة او ندب احد القضاة للانتقال والذهاب لمعاينة الشيء اذا تعذر احضاره الى المحكمة ([٢٥٠]).

المقصد الثاني

([٢٥٠]) تنظر : المادة /١٢٥ من قانون الاثبات العراقي ؛ وينظر أيضا : د. فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص١٦٢.

الشكلية بوصفها ظرف زمان يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة

إن المقصود من الشكلية بوصفها ظرف زمان يلزم ان يتم فيها الاجراء القضائي للمعاينة ، هو زمان اجراء المعاينة ، أي الزمن كظرف يلزم ان يتم فيه الاجراء، اذ يمثل الزمن عاملاً مهماً جدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، إذ قد يفقد الشخص حقه اذا لم يراعِ هذا العنصر، فضلا عن اهميته في حسم الدعوى في زمن قصير، لان أي تاخير في الدعوى قد يلحق ضرراً بالاطراف ، لذا فانه من الضروري مراعاة الزمن بشكل عام في الاجراء القضائي وفي اجراء المعاينة بشكل خاص، والذي غالبا ما يعبر عنه بالسقف الزمني الذي ينبغي ان يتم أي اجراء قضائي فيه ([٢٥١]).

فنجد ان القانون العراقي قد بين وفي مواضع عدة أهمية عنصر الزمن في الاجراءات القضائية ([٢٥٢]) ، ومن ضمنها الاجراء القضائي في المعاينة، اذ يحتل عنصر الزمن مكانة مهمة لذا نجد ان القانون العراقي قد حدد اجلاً لا يتجاوز اسبوعين لاجراء المعاينة ، الا اذا قام مانع شرعي يحول دون ذلك ([٢٥٣]) .

وبهذا يتبين لنا مما سبق مدى اهمية الزمن بوصفه عنصراً في الاجراء، اذ يعد وسيلة لضبط مسار الاجراء القضائي ومستلزماً مهماً لصحته .

([٢٥١]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. فتحي والي، فلسفة اجراءات التقاضي، مرجع سابق، ص٤٩ ومابعدها.

([٢٥٢]) في هذا الصدد ينبغي الاشارة الى اهمية عنصر الزمن في اجراء التبليغات القضائية أيضاً، إذ يمثل الزمن عنصرا مهما فيه، لذا وجب على المحكمة مراعاة محل عمل او اقامة الشخص المطلوب تبليغه عند اصدار ورقة التبليغ ، بشرط ان لا تقل المدة بين تاريخ تبليغه واليوم المعين للمرافعة عن ثلاثة ايام ، وذلك باستثناء الامور المستعجلة، وللمزيد من التفصيل ينظر : د. فارس علي الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م ، ص٨٣ ومابعدها.

([٢٥٣]) تنظر : المادة / ١٢٩ من قانون الاثبات العراقي.

الفصل الثالث

أساليب وأصول الاجراء القضائي للمعاينة

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين هما على السياق الآتي :

المبحث الأول/ أساليب الاجراء القضائي للمعاينة.

المبحث الثاني/ أصول الاجراء القضائي للمعاينة .

الفصل الثالث

أساليب وأصول الاجراء القضائي للمعاينة

الواقع انه ليس للمحكمة ان تقوم باجراء المعاينة دون اتخاذ قرار باجرائها ودون دعوة الخصوم، واذا اجرتها دون قرار او دعوة الخصوم فلا تكون المعاينة قانونية، ولا تصلح عندئذ ان تكون مستنداً للحكم ، لانها حرمت الخصوم من حق الدفاع المقرر لهم، كما بنت قناعتها على معلومات شخصية خلافا للاصول.

والمحكمة في كل هذا يجوز لها ان تجري المعاينة القضائية في كل دعوى مرفوعة امامها، اذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك، فضلا عن امكانية اجرائها بناءً على دعوى موضوعها الاساسي اثبات حالة الشيء بالكشف لاسعاف الخصوم بقرارات سريعة حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس باصل الحق، تمهيدا لرفع دعوى اصلية تتعلق بالحق امام القضاء مستقبلا، ودعوى اثبات الحالة هي من الدعاوى الوقتية التي يقصد بها تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها اذا انتظر عرض النزاع على قضاء الموضوع ، ومادامت هذه الدعوى تعد من الدعاوى الوقتية والمستعجلة، فانه ينبغي ان تخضع هذه الدعوى للقواعد العامة التي تخضع لها غيرها من الدعاوى المستعجلة، ومن ثم يتعين ان يراعى في قبول هذه الدعوى قواعد الاختصاص المتعلقة بالوظيفة، وقواعد الاختصاص النوعي ، وقواعد الاختصاص المكاني او المحلي ، كما يجب ايضا مراعاة القواعد المتعلقة بشروط قبول الدعوى المعروفة كالمصلحة او الصفة والاهلية، وذلك بالقدر المقرر في شان الدعاوى المستعجلة ، وعادة ما تبدأ اجراءات المعاينة القضائية باتخاذ قرار باجرائها، وتنتهي باجراء المعاينة القضائية الفعلية وكتابة المحضر بذلك .

وبهذا تثار عادةً التساؤلات الاتية، عن ما هي اساليب الاجراء القضائي للمعاينة، وما هو المقصود باسلوب الاجراء القضائي للمعاينة في الدعوى ألاصلية ، وما هو المقصود باسلوب الاجراء القضائي للمعاينة في الدعوى الفرعية، وما المقصود بالكشف المستعجل ؟ وما هي مراحل مباشرة المحكمة تنفيذ المعاينة فعليا ؟ .

للاجابة عن ذلك اقتضى الامر منا بحث هذا الموضوع بايجاز غير مُخل ومن غير اسهاب، وذلك عبر تقسيم هذا الفصل على المبحثين الآتيين :-

المبحث الاول/ أساليب الاجراء القضائي للمعاينة .

المبحث الثاني/ أصول الاجراء القضائي للمعاينة .

المبحث الاول

أساليب الاجراء القضائي للمعاينة

بما أن المعاينة القضائية تعد طريقة من طرق الاثبات المعهودة، تشاهد بموجبها المحكمة بنفسها الاوصاف المادية للشيء موضع ادعاء الاطراف، فلذلك اجازت التشريعات عموما طلب الانتقال إلى المعاينة اما بصفة اصلية بناءً على دعوى موضوعها الاساسي اثبات حالة الشيء بالكشف تمهيدا لرفع دعوى اصلية تتعلق بالحق محل النزاع، ولمنع ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء مستقبلاً، او طلب الانتقال للمعاينة بصفة فرعية بناءً على دعوى قائمة اصلا، وقد تقوم المحكمة بكامل هيئتها او تندب احد اعضائها لاتمام اجراء المعاينة، كما يجوز ان تتم بجلب المطلوب معاينته الى المحكمة لتتم المعاينة من قبل هيئة المحكمة او القاضي المنتدب، متى كان منقولا يمكن احضاره الى مقر المحكمة في جلسة تحدد لهذا الغرض، هذا ما سوف نميط اللثام عنه من خلال معالجتنا للموضوع ضمن المطلبين الاتيين:-

المطلب الاول/ أسلوب الاجراء القضائي للمعاينة في الدعوى ألاصلية .

المطلب الثاني/ أسلوب الاجراء القضائي للمعاينة في الدعوى ألفرعية .

المطلب الاول

أسلوب الاجراء القضائي للمعاينة في الدعوى ألاصلية

لقد اجازت المادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي اجراء المعاينة القضائية بدعوى اصلية (الكشف المستعجل) اذ نصت المادة على انه " ١. يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ان يطلب من القضاء المستعجل قبل اقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشان الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي او بواسطة خبير ويراعى في هذا الشان الاحكام المتعلقة بالخبرة والكشف ٢. ينظم محضر بالكشف ويجب ان يشتمل تقرير الخبير على جميع المسائل التي اقتضاها اجراء الكشف وتثبيت الحالة وتحفظ صورة منه في قلم المحكمة ولكل من ذوي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه ٣. في حالة اقامة دعوى الموضوع يحكم على الطرف الذي يخسر الدعوى بنفقات الكشف والمعاينة ٤. يصح لمحكمة الموضوع ان تتخذ من تقرير الكشف سببا لحكمها " .

وتقابلها المادة /١٣٣ من قانون الاثبات المصري التي نصت على انه " يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعه يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ان يطالب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الامور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى في هذه الحالة الاحكام المبينة في المواد السابقة " ، والمادة /١٣٤ من قانون الاثبات المصري التي نصت على انه " يجوز للقاضي في الحالة المبينة في المادة السابقة ان يندب احد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين وعندئذ يكون عليه ان يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير واعماله وتتبع القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بالخبرة " ، وتطابقها المادتان / ٣١١ و ٣١٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة / ٧٨ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري ، والمادة / ١١٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، في حين لم يرد نص مماثل لذلك في كل من القانون الاردني والفرنسي على الرغم من نص المادة /٣٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني على انه " يحكم قاضي الامور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق بالامور التالية ... ٣– الكشف المستعجل لاثبات الحالة " ، ونصت المادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي على الكشف المستعجل وتثبيت الحالة ايضاً ([٢٥٤]) .

والواضح من نص المادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي ، انها تجيز صراحة رفع دعوى اصلية الى القضاء المستعجل بطلب الكشف (الكشف المستعجل) لاثبات الحالة

([٢٥٤]) تنظر: المادتان / ٣١١ و ٣١٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ٧٨ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري ؛ والمادة / ١١٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /٣٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ؛ والمادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي .

([٢٥٥]) ، وهي تعد صورة خاصة من صور الدعاوى الوقتية التي يختص بها القضاء المستعجل ([٢٥٦]) ، التي تعد بتقديرنا المتواضع من صور المعاينة القضائية التي تجري في الدعوى المدنية.

والجدير بالذكر في هذا الصدد ان القضاء المستعجل معروف منذ القدم، وكانت بعض تطبيقاته منصوص عليها في مجلة الاحكام العدلية العثمانية الملغية ، إذ نصت المادة / ٦٥٦ منها على ان " المديون مؤجلا لو اراد السفر إلى ديار اخرى قبل حلول الاجل وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلا يجبر المديون على اعطاء الكفيل " ([٢٥٧]) ، وعندما اصدرت الدولة العثمانية قانون اصول المحاكمات الحقوقية لسنة ١٨٧٩ نظم القضاء المستعجل في المواد/ ٧ و ٣٣ و ٣٤ منه ([٢٥٨]).

والحقيقة التي لا تقبل الجدل ان الفقه الاسلامي عرف ايضا تطبيقات عديدة للقضاء المستعجل، فقد عرفه الشيخ الشربيني بانه عبارة عن " الحكم بين خصمين فاكثر بحكم الله

([٢٥٥]) تجدر الاشارة الى ان معظم التشريعات لم تعرف القضاء المستعجل باستثناء قانون المرافعات الفرنسي في المادة /٤٨٤ منه والتي نصت على انه " قرار مؤقت جاء نتيجة لطلب احد الاطراف بحضور الطرف الثاني الذي يتم استدعاؤه في الحالات التي يخول فيها القانون القاضي صلاحية اتخاذ اجراءات ضرورية بصورة مستعجلة " ، كما عرفه مشروع قانون الاجراءات المدنية العراقي بانه " قرار وقتي تتخذه المحكمة طبقا للاجراءات التي يحددها القانون للوقاية من خطر التاخير في حماية حق يرجح وجوده " ، فهو عبارة عن قضاء وقتي يهدف الى حماية قضائية وقتية لا تمس اصل الحق ، وانما لدرء الخطر الحقيقي المحدق به ، وذلك احتراما للحقوق الظاهرة ولحماية مصالح الاطراف المتنازعة ، وللمزيد من التفصيل ينظر: أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، مرجع سابق، ص٣٢٦.

([٢٥٦]) في هذا المقام ينبغي التفريق بين حالتين هما :- **اولا /** حالة الاستعجال التي هي شرط لاختصاص القضاء المستعجل، **ثانيا /** وبين نظر الدعوى على وجه السرعة ، اذ قد ينص القانون على اعتبار النظر في بعض الدعاوى بصورة مستعجلة كدعاوى التخلية حسب نص المادة /٢٢ من قانون ايجار العقار العراقي النافذ رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل التي نصت على أنه " تعد الدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون من الدعاوى المستعجلة " وكدعاوى الشفعة اذ نصت المادة / ١١٣٩-٢ من القانون المدني العراقي على انه " وتعد الشفعة من الدعاوى المستعجلة " وغيرها من الدعاوى كدعوى اشهار الافلاس التي نص القانون ، على ان النظر فيها يكون بصورة مستعجلة، ولكن ليست من اختصاص القضاء المستعجل، وهذه الدعاوى تحكم فيها المحكمة باحكام حاسمة تتصدى لاصل الحق الذي تتضمنه هذه الدعاوى، وللمزيد من التفصيل ينظر: سليمان فيضي الموصلي، شرح قانون حكام الصلح، مطبعة العراق، بغداد، من دون سنة طبع، ج٢، ص٨٦ وما بعدها.

([٢٥٧]) للمزيد من التفصيل حول شرح المادة ينظر: سليم رستم باز، مرجع سابق، ص٣٣٤.

([٢٥٨]) ينظر: داؤد سمرة، شرح قانون اصول المحاكمات الحقوقية، ط٢، مطبعة الاهالي، بغداد، ١٩٤٠م ، ص٧٩.

تعالى... " ([٢٥٩])، كما عرف أيضا بانه " الحكم الكلي الالهي في اعيان الموجودات على ما هي عليه في الاحوال الجارية من الازل الى الابد " ([٢٦٠]) .

اما دعوى اثبات الحالة فقد عرفتها المادة / ٢٣٤-١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي التي نصت على انها " ١. دعوى المعاينة لاثبات الحال هي: ان يتقدم صاحب مصلحة للمحكمة المختصة بدعوى مستعجلة لاثبات معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء مستقبلا " ([٢٦١]) ، وهي بهذا ترمي إلى الكشف كاجراء وقتي قبل رفع الدعوى الموضوعية، فهي اجراء تحفظي يصور حالة مادية يتعذر اثباتها مستقبلا صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع ([٢٦٢]) .

وعلى صعيد القضاء نجد ان محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية قد عرفتها ايضا بانها " ... اجراء مستعجل لغرض تثبيت حالة راهنة... " ([٢٦٣]) ، وعلى الاتجاه نفسه عرفتها ايضا محكمة النقض المصرية بان " ... دعوى اثبات الحالة هي من الدعاوى الوقتية التي يقصد بها تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها اذا انتظر عرض النزاع على قضاء الموضوع ... " ([٢٦٤]).

([٢٥٩]) الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، مرجع سابق، ج٤، ص٣٧٢.

([٢٦٠]) ابو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف، التعريفات، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، من دون سنة طبع ، ص١٠٠.

([٢٦١]) تنظر: المادة /٢٣٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودية والتي نصت على انه " تشمل الدعاوى المستعجلة ما يلي : – أ– دعوى المعاينة لاثبات الحال... " .

([٢٦٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد الحكم فوده، موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ، من دون سنة طبع، ج٣، ص١٠١٥ ؛ محمد كمال ابو الخير، قانون المرافعات معلقا على نصوصه باراء الفقهاء واحكام القضاء، ط٥، دار المعارف، ١٩٦٣م ، ص٣٦٨ ؛ محمد طلال الحمصي، نظرية القضاء المستعجل في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني لسنة ١٩٨٨م، ط١، دار البشير، عمان، ١٩٩٦م ، ص١٥٩.

([٢٦٣]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم /٢٠ / ت ب /٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١/١٧ (قرار غير منشور).

([٢٦٤]) قرار محكمة النقض المصرية رقم/٢٩٣ ، ١٩٨٣، مستانف مستعجل القاهرة في ١٩٨٣/٤/٩ نقلا عن: د.عبد الحكم فودة، المعاينة وندب الخبراء في ضوء مختلف الآراء الفقهية واحكام محكمة النقض، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٦٩ ؛ وقد عرفتها ايضا المحكمة العليا الليبية في قرارها الصادر بانها " دعوى اثبات الحالة انما يقصد بها تصوير معالم واقعة معينة تتغير مع الزمن اما بفعل الانسان او بفعل الطبيعة بحيث يخشى زوال معالمها عند المنازعة في موضوعها فهي دعوى يرمي رافعها الى تهيئة الدليل وتصوير معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء عملا بالمادتين/١٧٧ و ١٧٨ من قانون

ومادامت هذه الدعوى تعد من الدعاوى الوقتية والمستعجلة، فانه ينبغي مراعاة ان تخضع هذه الدعوى للقواعد العامة التي تخضع لها غيرها من الدعاوى المستعجلة، ومن ثم يتعين ان يراعى في قبول هذه الدعوى قواعد الاختصاص المتعلقة بالوظيفة، وقواعد الاختصاص النوعي اي نصيب المحكمة بالفصل في المنازعات بحسب نوعها او قيمتها، وقواعد الاختصاص المكاني او المحلي وهو توزيع سلطة او ولاية القضاء بالمنازعات بين المحاكم المتعددة بحسب المكان او المركز([٢٦٥])، كما يجب مراعاة القواعد المتعلقة بشروط قبول الدعوى المعروفة كالمصلحة او الصفة والاهلية، وذلك بالقدر المقرر في شان الدعاوى المستعجلة ([٢٦٦]).

اما بالنسبة إلى الاختصاص الوظيفي، فلا يملك القاضي المستعجل اثبات حالة محل نزاع لا تختص به جهات القضاء على وجه الاطلاق، او لا تختص به جهة القضاء العادي، فالقاضي المستعجل يتقيد عند نظر دعوى اثبات الحالة او أي اجراء مؤقت اخر بذات القيود والاوضاع التي تحد من اختصاص محكمة الموضوع التي يتفرع منها، كخروج النزاع عن ولاية المحاكم العادية وكعدم اختصاصها بتاويل او تفسير الاوامر الادارية، وعدم اختصاصها بما يدخل في ولاية جهة قضاء اخر، او عدم اختصاصها بمسائل يجعلها المقنن من اختصاص هيئة اخرى ويمنحها استقلالا عن القضاء العادي، فضلا عن ان اختصاص قاضي الامور المستعجلة بدعوى اثبات الحالة مشروط بتوافر ركن الخطر العاجل أي الاستعجال ([٢٦٧])، وركن عدم المساس باصل الحق([٢٦٨]).

المرافعات فهي ليس مقصودة لذاتها، وانما الهدف منها خدمة دعوى الموضوع ، فالمصلحة فيها محتملة وقد اجازها المشرع ومن قبله القضاء استثناءً ، فهي لا تعدو ان تكون اجراء من الاجراءات التحفظية لاثبات حالة معينة " قرار المحكمة العليا الليبية رقم/٢٠/١ ق في ١٩٧٤/٤/٨ مجلة س ١٠، ع ٤، ص٧٠، نقلا عن: د.فضل آدم المسيري، الإنابة القضائية في المسائل المدنية والتجارية دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص٢٢٢.

([٢٦٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٩٧ و١١٨.

([٢٦٦]) تنظر: المواد /٣-٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ والمادة /٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؛ والمادة /٣١ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٢٦٧]) من الجدير بالذكر في هذا المضمار ان المقصود بالاستعجال هو الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه باتخاذ اجراءات سريعة والذي يلزم درؤه بسرعة، للمزيد من التفصيل ينظر: د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مرجع سابق، ص٣٠٨.

([٢٦٨]) مما تجدر الاشارة اليه في هذا الخصوص ان المقصود بعدم المساس باصل الحق في هذ المجال ، أي عدم التعرض لاصل النزاع ، فالسبب القانوني هو الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الاخر، فلا يجوز له ان يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير او التاويل الذي من شانه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، وليس له ان يغير او يعدل من مراكز احد الطرفين القانوني، واذا كانت مهمة القضاء المستعجل تلزمه بعدم التعرض لاصل الحق ، فان هذا لا يمنعه من اتخاذ الاجراءات الضرورية كافة لحماية حقوق

وطبيعي فان صفة الاستعجال في الدعوى تتوافر اذا كان الاجراء قد منع ضرراً وشيكاً يتعذر تلافيه مستقبلا، وذلك باثبات واقعة يحتمل ضياع معالمها اذا تركت وشانها، او تاكيد معالم قد تتغير مع الزمن سواء طالت مدتها ام قصرت، ويضيع كل اثارها أو بعضها اذا نظرت الدعوى امام القضاء العادي وانتظر معاينتها بواسطة محكمة الموضوع ([٢٦٩]).

وقد لا تتغير معالم الحالة بمضي الزمن، ولكن تركها على الحالة يعود بالضرر على صاحب الشان كاثبات حالة التلف الذي اصاب سيارة اجرة نتيجة حادثة اصطدام، فعلى الرغم من ان التلف لن تتغير معالمه بمضي الزمن، فان مالك سيارة الاجرة يتضرر من تاخير اثبات الحالة لاضطراره لاصلاح السيارة واستعمالها، كما تتوافر صفة الاستعجال اذا كان يقصد من اثبات الحالة تقدير قيمة الضرر، اذ قد يتعذر في بعض الحالات تقدير قيمة الضرر فيما بعد حيث تكون معالم الواقعة قد زالت تماما، فلا يلزم لاثبات حالة المنقول قابليته للتلف فحسب بل يمكن اثبات حالته ايضا اذا كانت بضاعة معرضة اثمانها لتقلب الاسعار في السوق كالمحاصيل الزراعية، ويستوي في هذا ان تكون خشية التغيير راجعة الى عوامل طبيعية او فعل الغير او الى فعل الخصم نفسه ([٢٧٠]).

وبهذا نخلص الى انه اذا لم تتوافر في دعوى اثبات الحالة الراهنة الشروط السابقة امتنع على القاضي في القضاء المستعجل اجراؤها، وفي ضوء ذلك نرى انه لا يجوز اجراؤها في الحالات الآتية :-

---

الخصوم ووضع الحلول التي تستقر معها العلاقة القانونية مؤقتا، وهو في بحثه لا يعدو ان يكون بحثا عرضيا عاجلا لمعرفة أي من الطرفين اجدر بالحماية الوقتية، وللمزيد من التفصيل ينظر: أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، مرجع سابق، ص٣٢٨ ؛ د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشورات المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤م ، ص٤٦٠.

([٢٦٩]) ينظر: د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص٣٨٩ ؛ د. عبد الحكم فوده، المعاينة وندب الخبراء، مرجع سابق، ص١٥.

([٢٧٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص٣٨٩.

اولا/:- لايجوز اجراؤها على حالة لم تقع بعد ، وانما متوقع حدوثها في المستقبل، كطلب معاينة طريقة نقل بضاعة لتقدير الضرر المحتمل من طريقة نقلها هذه ([٢٧١]).

ثانيا/:- لايجوز اجراؤها على حالة ثابتة غير قابلة للتغيير مع الزمن، ويمكن اثباتها في كل وقت اثناء رؤية دعوى الموضوع، كمعاينة عيوب خفية في شيء مباع تمهيدا لرفع دعوى بالفسخ او انقاص الثمن، اذ لا يعقد الاختصاص للقضاء المستعجل في اثباتها ونظرها، فلا يوجد ركن الاستعجال والخطر اللذان يدعوان إلى اللجوء اليه دون اللجوء إلى القضاء العادي، وهذا بالطبع يقودنا الى استنتاج مفاده، ان الاستعجال امر متروك للمحكمة تستنبطه وتقدره من ظروف الدعوى وطبيعة الحق المطالب به ([٢٧٢])، او قد يفترض المقنن وجوده في النزاع بنص القانون، فيعد ثابتاً بقوة القانون، إذ لا يحتاج القاضي البحث عن توافره في الطلب المستعجل، كما في المادة /١٤٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على انه " يجوز لمن قطع عنه الماء او التيار الكهربائي او المواصلة الهاتفية او غير ذلك من المرافق تعسفا ان يطلب من القضاء المستعجل اعادتها وفقا لاحكام القانون " .

([٢٧١]) تجدر الاشارة الى ان هذا الامر - وهو اثبات حالة امر مستقبل لم يقع بعد - أنه قد اثار خلافا فقهيا، إذ ان هناك رأياً مخالفاً لذلك تبناه المستشار محمد عبد اللطيف ود.أحمد المليجي، يدعو الى جواز اثبات حالة لم تقع بعد ، وانما متوقع حدوثها مستقبلا، لان الطلب لا يعتبر دعوى بالمعنى الصحيح، بل هو اجراء يوفر للطرفين حلا سريعا مؤقتا لا يمس بصحيح الحق، واستند الراي إلى اسباب منها ان النظرة القانونية الحديثة قد اتجهت الى حماية الحق المحتمل ، عملا بالمادة / ٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي، التي نصت على انه يكفي لقبول أي طلب او دفع ان يكون لصاحبه مصلحة محتملة اذا كان الغرض من هذا الطلب الاحتياطي لدفع ضرر محدق او الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، كما أن ما أقرته المادة / ١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي وما يقابلها بالقوانين المقارنة ، وقياسا عليه يجوز الحكم باثبات حالة كل واقعة مادية يصح ان تكون محل نزاع مستقبلا متى كان يخشى ان تزول اثارها بمرور الوقت، كما ان المادة / ١٤٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي وما يقابلها في القوانين المقارنة، أجازت لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد امام القضاء، ويحتمل عرضه ان يطلب في مواجهة ذوي الشان سماع ذلك الشاهد امام القضاء المستعجل ، وتكون المصاريف على المدعي، كذلك فان القضاء في دعاوى اثبات الحالة هو قضاء مؤقت لا يفصل في امر يثبت انه حق، وانما هو بمثابة اجراء يرى القاضي من ظروف الدعوى ان الحاجة ماسة اليه للمحافظة على الحق واظهار الحقيقة، وهذه الاجراءات يجوز نقض اثارها من محكمة الموضوع، ولهذا لا يكون لها قوة الشيء المقضي فيه، بينما يذهب الراي الراجح والذي نميل الى الاخذ به إلى ان القضاء المستعجل لا يختص بنظر دعوى اثبات حالة امر مستقبل، الا اذا قام الدليل المطمئن من ظاهر المستندات على وجود النزاع الحالي القائم بالفعل، والذي يستوجب اثبات حالة الامر المستعجل، فان انتفى هذا الشرط انتفى ركن الاستعجال وخرج الامر ومن ثم من ولاية القضاء المستعجل، اما اذا كان لرافع الدعوى مصلحة محققة في رفعها ويرغب في الحصول على دليل يتقدم به لمحكمة الموضوع عن طريق طرح النزاع امامها بعد ذلك، وقد يحتمل ضياعه اذا التجأ الى محكمة الموضوع مباشرة بسبب بطء اجراءات التقاضي فيها، فان القضاء المستعجل يختص عندئذ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد الحكم فودة ، موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية ، مرجع سابق، ج٣، ص١٠١٣.

([٢٧٢]) ينظر: محمد طلال الحمصي، مرجع سابق، ص١٦.

ثالثـا/:- لايجـوز اجراؤهـا لاثبـات حالـة زالـت اثارهـا ومعالمهـا الماديـة كقطـع اشـجار وقطـع مزروعات او ازالة جدار، لان اثبات وجود هذه الاشياء وازالتها يتم بالشهادة، ومثل ذلك معاينة بضاعة على ظهر سفينة غرقت او وصف حالة عقار متهدم لان المعالم المادية قد زالت اثارها، ولكن هذا لا يمنع الخصم من ابداء طلب اثبات الحالة عند طرح النزاع امام قاضي الموضوع، فيجوز للخصم ان يثبت سبق وجود العين التي زالت اثارها قبل عرض الامر على القضاء بطرائق الاثبات كافة ([٢٧٣]).

من هذا المنطلق فقد اكدت قرارات المحاكم بهذا الخصوص على ضرورة ان تكون الواقعة المراد اثباتها مما يخشى عليها من فوات الوقت ، فقد قضت محكمة استئناف بغداد بما يأتي : " ... وجد ان طلب اجراء الكشف وتوضيح هذا الطلب امر لا يختص به القضاء المستعجل الذي حددته المادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية، وهو نظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها فوات الوقت، ذلك ان طلب اجراء الكشف لغرض تثبيت الاضافات في العقار المطلوب الكشف عليه ليس من المسائل التي يخشى عليها فوات الوقت، لان هذه الاضافات لها مستقر ثابت ولا يخشى عليها فوات الوقت فكان على المحكمة ابتداءً ان ترد طلب الكشف... " ([٢٧٤]) .

وبهذ الخصوص ايضاً قضت محكمة استئناف القاهرة بانه "... يشترط لاختصاص القضاء المستعجل بنظر اثبات دعوى الحالة توافر الاستعجال اذا كان الاجراء مقصود انه منع ضرر محدق قد يتعذر تلافيه مستقبلا، وذلك باثبات حق يحتمل ضياعه اذا ترك وشانه وتاكيد معالم طالت او قصرت قد تتغير مع الزمن ويضيع كل أو بعض آثارها إذا نظرت الدعوى أمام

([٢٧٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار أنس الكيلاني، موسوعة الإثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٨٦.

([٢٧٤]) قرار محكمة استئناف بغداد رقم / ٢٨ / مستعجل / ١٩٩٢ في ١٩٩٢/٦/٢٤ نقلا عن: القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، ، مرجع سابق ، ج١، ص ١٧٥ ؛ وفي هذا السياق فقد قضت محكمة تمييز العراق بأنه " لدى التدقيق والمداولة وجد أن المحكمة أصدرت حكمها برد دعوى المميز بحجة عدم تعدي المميز عليه والشخص الثالث على دار المميز وإصابته بالأضرار دون أن تلاحظ أن الكشف المستعجل قد أيد بأن حصول الأضرار في دار المميز كان من جراء المطرقة الكبيرة، كما أن الكشف الذي أجرته المحكمة تحت إشرافها ومعرفة الخبراء قد أيد بأن الأضرار الحاصلة في الدار كانت نتيجة الاهتزازات الناجمة من دق الأعمدة الكونكريتية بالمطرقة الكهربائية الثقيلة حصلت بنتيجة التشققات الحاصلة والمشاهدة في جدران الدار... " قرار محكمة تمييز العراق رقم /١١١/ حقوقية ثالثة /١٩٦٩ في ١٩٦٩/١١/٣٠، نقلاً عن : قضاء محكمة تمييز العراق ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩م ، دار الحرية ، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٢ م ، المجلد٦، ص١٤٢.

القضاء العادي، وقد تكون الحالة لا تتغير بمضي الزمن، ولكن تركها قد يلحق ضررا بصاحب الشان فان الاستعجال يعد ايضا متوافرا... " ([٢٧٥]).

وقد جاء ايضا في احدى قرارات المحاكم الفرنسية انه " ... اذا كان اثبات الحالة القابلة للتغيير المستمر بحيث يخشى اذا انتظر قضاء محكمة الموضوع لاثباتها ان تزول بالتالي جميع معالمها اللازمة لعمل الخبير، فهذه الحالة تكون من اختصاص قضاء الامور المستعجلة باثباتها... " ([٢٧٦]).

هذا فيما يخص الشرط الأول، كما ويشترط لقبول طلب اثبات الحالة، الا يترتب على الحكم الصادر بهذا الاجراء أي مساس باصل الحق، بمعنى انه يقتصر دور القضاء المستعجل على اثبات الوقائع المادية التي تصح ان تكون محل نزاع امام القضاء العادي، بصرف النظر عن احتمال كسب الدعوى من عدمه، فلا يجوز للقاضي في القضاء المستعجل ان يصدر قرارا يتعارض مع حقوق الخصوم لمساس ذلك باصل الحق، كما لا يحق له ان يفسر او يؤول العقود او الاتفاقات المبرمة بين الطرفين للتاكد من جدية المدعي، اذ ليس له سلطة الموازنة بين حقوق الخصوم عند الفصل في طلب اثبات الحالة، بل يجب ان تكون مهمته مقصورة فقط على اثبات وقائع معينة يصح ان تكون محل نزاع امام القضاء العادي بصرف النظر عن احتمال كسب الدعوى موضوعا او عدمه ([٢٧٧]).

وتطبيقا لذلك فقد نصت المادة / ١٤١-١ من قانون المرافعات المدنية العراقي على شرط، عدم المساس باصل الحق ، بانه " ١. تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس باصل الحق... " ، وتقابلها المادة /٤٥

([٢٧٥]) قرار محكمة استئناف القاهرة رقم /٨٢/١٥٢١ في ١٩٨٣/٤/٣٠، نقلا عن: المستشار عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء ، ط٢، مطابع دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٦، ص ١٧٧ ؛ وعلى النهج نفسه جاء في قرار لمحكمة التمييز البحرينية ما نصه " ... ان اختصاص القضاء المستعجل منوط بشرطين، ان يكون المطلوب منه مجرد اجراء وقتي لا يمس اصل الحق، وان يتوافر الاستعجال المبرر لاتخاذ هذا الاجراء درءً لخطر حقيقي محدق بالحق المراد حمايته لا تدفعه اجراءات التقاضي العادية... " قرار محكمة التمييز البحرينية رقم/١٧، س٣، في ١٩٩٥/٥/٣١ ، نقلا عن : أ. د. ليلى عبد الله سعيد ، الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦م ، ط١، جامعة البحرين، ٢٠٠٣ م ، ص٢٥٧.

([٢٧٦]) Cass Civ 5/3/1982 No. 712.

Laprotique Des Expertises Judiciaires، Encyclopedie et Cie، Paris، 1988، p. 154.

([٢٧٧]) ينظر: د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٣٩٠ ؛ د. عبد الحكم فوده، المعاينة وندب الخبراء، مرجع سابق، ص٣٦.

من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والمادة / ٥٧٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة / ٧٨ من قانون البينات السوري، والمادة /٢٣٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، والمادة / ٣٢ من قانون اصول المحاكمات الاردني، والمادة /٤٨٤ من قانون المرافعات الفرنسي ([٢٧٨]) .

وبناءً على ذلك فقد جاء تاكيد القضاء العراقي على ضرورة التزام القضاء المستعجل بهذا الشرط، اذ قضت محكمة استئناف بغداد بانه " ... وجد ان محكمة القضاء المستعجل قد خاضت باصل الحق بينما حددت المبلغ الذي يستحقه طالب الاذن كثمن لاكمال العمل غير المنجز، وذلك خلافا لاحكام المادة /١٤١-١ من قانون المرافعات المدنية، التي تحضر على محكمة القضاء المستعجل المساس باصل الحق، فكان على المحكمة تقدير كلفة الاعمال غير المنجزة في الوقت الحاضر واعطاء الاذن باكمالها اذا توافر سبب الاذن، ذلك ان محكمة الموضوع هي التي تبت في مسالة ما اذا كان طالب الاذن يستحق المبلغ الذي اعتبره الخبراء كلفة انجاز العمل في الوقت الحاضر، ام يستحق المبلغ الذي كان يعادل كلفة هذه الاعمال وفق ما ورد في العقد المبرم بين الطرفين " ([٢٧٩]).

كذلك يجب توافر شرط اخر، وهو ان يكون الاجراء وقتيا، إذ لا يكفي شرطا الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، وانما يجب ان يكون الطلب المقدم الى القضاء المستعجل طلبا مؤقتا أي طلب اتخاذ اجراء وقتي وليس اجراء موضوعي، فاذا تضمنت الدعوى المستعجلة طلبا موضوعيا كالحكم بالملكية او الفسخ او البطلان، فانها عند ذلك لا تكون من اختصاص القضاء المستعجل، وهذا بالتحديد هو الذي يميز بين القضاء الموضوعي والقضاء المستعجل الذي يتميز دائما بوقتية الاجراء، وهو ترتيب وضع مؤقت حتى يفصل في اصل الحق والذي يختلف بحسب نوع الخطر او الاستعجال ([٢٨٠]).

وتجدر الإشارة في هذا المضمار إلى أنه قد يختص القضاء المستعجل ايضا بالكشف على جسم انسان بمعرفة طبيب، متى كان ذلك بمحض اختياره ورضاه ، وذلك طبقا للمادة /١٢٦ من

([٢٧٨]) تنظر : المادة /٤٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؛ والمادة / ٥٧٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ٧٨ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٢٣٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة / ٣٢ من قانون اصول المحاكمات الاردني ؛ والمادة /٤٨٤ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٢٧٩]) قرار محكمة استئناف بغداد رقم/١٨٥/ مستعجلة /١٩٩٢ في ١٩٩٣/٣/٢٧، نقلا عن: القاضي مدحت المحمود، مرجع سابق،ج١، ص١٧٦؛ وينظر في هذا الصدد أيضا : قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية رقم/٤٥٧/ ت. ب / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/١٦ (قرار غير منشور).

([٢٨٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات، مرجع سابق، ص٣٢٧.

قانون الاثبات العراقي المذكورة سابقا ([٢٨١]) ، وذلك من اجل اجراء الكشف الطبي على عامل اصيب اثناء العمل لبيان الفترة اللازمة لعلاجه، وما اذا كان قد تخلف عنها عاهة مستديمة ([٢٨٢]) من شانها ان تعجزه عن الاستمرار في العمل كليا او جزئيا، او اجراء الكشف الطبي على مريض للتحقيق من مدى مطابقة العملية التي اجريت له لاصول فن الجراحة ، وتحديد وجه الخطأ الذي ارتكبه الطبيب الجراح وبيان العلاج اللازم لمنع تفاقم الضرر المترتب على هذا الخطأ ([٢٨٣]).

وبهذا يجوز للقضاء المستعجل ان يامر بندب طبيب لاثبات حالة حمل مستكن او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، اذا كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة، اما اذا كانت مرفوعة من قبل

([٢٨١]) مما ينبغي التنبيه اليه أن المادة /١٢٦ من قانون الاثبات العراقي نصت على انه " ترد المعاينة على الاموال والاشخاص مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يلي : – اولا– ان معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل الاحتياط الواجب لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته . ثانيا– على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصةً " .

([٢٨٢]) مما ينبغي الاشارة اليه في هذا المجال أن المقصود بالعاهة لغة الآفة، فيقال عيه الزرع على ما لم يسم فاعله فهو معيوه ، وعاه المال يعيه اصابته العاهة ، أي الافة ، وارض معيوهة أي ذات عاهة ، واعاهوا وأعوهوا وعوهوا اصابت ماشيتهم او زرعهم العاهة ، للمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد مختار عبد الحميد عمر(ت :١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ط١، عالم الكتب ، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ج٢، ص١٥٨١ ؛ ولا يخرج معنى العاهة الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ، فالعاهة المستديمة في القانون هي التسبب في انقاص قدرة الشخص في الدفاع عن نفسه بتشويه جسده أو كسر او جرح أي جزء من اعضاء الجسم ومثل هذه الاصابات استدعت شيئا من التمييز القانوني ، حيث لا تعد كل اصابة تحدث نتيجة تعد عاهة مستديمة فقضم الاذن أو الانف لشخص ما لا يعد عاهة مستديمة، في حين ينظر الى قطع اصبع شخص او فقئ أحد عينيه على انه عاهة ، لان مثل هذه الاصابة ستؤدي الى جعل الشخص اقل قدرة في الدفاع عن نفسه ، وتنظر القوانيين الحديثة الى مثل هذه الاعتداءات على انها اصابات جسدية خطيرة ، والعلاقة بين العاهة والمرض ، هي علاقة بين خصوص مطلق وبين عموم ، فالمرض هو السقم وهو حالة خارجة عن الطبع ضارة الفعل ، ويجتمعان العاهة والمرض انهما فيما ينزل بالانسان من اضطراب، اما المرض فشأنه ان يزول ، وتنفرد العاهة بما شأنها ان تبقى كقطع في حد مثلا، فهي عاهة ليست بسبب مرض ويترتب على العاهة احكام شرعية وقانونية عديدة ، كما تختلف العاهة عن العيب الذي يستعمل بمعنى الشين وبمعنى الوصمة وبمعنى العاهة، فالعيب اهم من العاهة، كذلك تختلف الجائحة عن العاهة ، فالجائحة عبارة عن كل شئ لا يستطيع دفعه ولو علم به، كالبرد والحر والجراد والمطر ، والعلاقة بين العاهة والجائحة هي كعلاقة المسبب بالسبب ، فالجائحة سبب لبعض انواع العاهات وليست هي العاهة ذاتها، وللمزيد من التفصيل ينظر: مجموعة من المؤلفين ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية، ط١، مطابع دار الصفوة ، مصر من دون سنة طبع ،ج٢٩،ص٢٣٧–٢٣٨وما بعدها (باب المرض والعيب والجائحة) .

([٢٨٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، مرجع سابق، ص١٧٢ ؛ المستشار محمد عبداللطيف ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط١، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٧٢ م ،ج٢، ص٣٥٥.

الزوج او ورثته بطلب اثبات حمل او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، واعترضت على ذلك وابدت امتناعها عن اجراء الكشف عليها، فان هذا الطلب يكون غير مقبول، اذ لا يجوز اكراه المراة على معاينة اخص جزء من جسدها، لان في ذلك مساساً بحريتها الشخصية وكرامتها، اما اذا لم تمانع الزوجة صراحة او ضمنا في اثبات الحالة، فيجوز اجراء الكشف عليها برضاها، وليس فيه أي اهدار لكرامتها او الاعتداء على حريتها الشخصية ([٢٨٤])، وذلك لان من شروط موضوع الكشف أو المعاينة ان لا يكون المحل شيئاً ممنوعاً في القانون او مخالفاً للنظام العام والاداب، او يمس حرية المدعى عليه او شخصيته .

وهكذا يتبين لنا ان التشريعات عموما ([٢٨٥]) ، قد اجازت للقاضي في القضاء المستعجل بدلا من انتقاله واجراء الكشف بنفسه وهذا هو الاصل، ان يلجأ استثناءً ويندب أحد الخبراء للانتقال واثبات الحالة، ويقدم تقريره للقاضي في القضاء المستعجل بالنتيجة التي توصل اليها، وذلك حسب نص المادة / ١٤٤-١ من قانون المرافعات العراقي المذكورة سابقا، على انه " ١. يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ان يطلب من القضاء المستعجل قبل اقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشان الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي او بواسطة خبير ويراعى في هذا الشان الاحكام المتعلقة بالخبرة والكشف ... " ، كما نصت المادة /١٤٣- أولا من قانون الاثبات العراقي على انه " اولا. يعد الخبير محضرا بمهمته يتضمن دعوة الخصوم واقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من اعمال واقوال الاشخاص الذين اقتضت الحاجة الى سماعهم على ان يكون ذلك دون حلف يمين " .

وفي هذا الخصوص فقد نصت ايضا المادة /١٣٤ من قانون الاثبات المصري على انه " يجوز للقاضي في الحالة المبنية في المادة السابقة ان يندب احد الخبراء للانتقال والمعاينة

([٢٨٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٨٥ ؛ المستشار محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص٣٥٦.

([٢٨٥]) في هذا الصدد فقد ورد في المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري الملغي تعليقا على نص المادة /١٨٧ المقابلة للمادة /١٣٣ من قانون الاثبات المصري النافذ انه قد " اجاز قانون المرافعات الجديد طلب الانتقال للمعاينة بصفة اصلية لمنع ضياع واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء، وهذه الغاية كانت تدرك في ظل احكام القانون الملغي عن طريق الالتجاء لقاضي الامور المستعجلة لتعيين خبير لاثبات حالة الشيء باعتبار ان خشية ضياع معالمه هي وجه الاستعجال يبيح الامر باجراء وقتي، وقد اباح القانون الجديد ان يطلب انتقال القاضي بنفسه لاجراء المعاينة كما اباح للقاضي ان يندب لذلك احد الخبراء، ولهذا الحكم الجديد نظير في القانون التركي في المادة / ٣٧٠ في الفصل الخاص بطلبات التحقيق الاصلية " ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١، ص٣٤٢.

وسماع الشهود بغير يمين، وعندئذ يكون عليه ان يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير واعماله وتتبع القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بالخبرة " وتطابقها المادة /٣١٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة / ٧٨-٦ من قانون البينات السوري، والمادة /١١٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، بينما يستفاد من نص المواد /١٤٣ و١٤٤ و١٤٥ و٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي ، على حرية القاضي بندب خبير، في حين لم يرد نص مماثل في القانون الأردني ([٢٨٦]) .

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة تمييز العراق بما ياتي " ... وجد ان الحكم غير صحيح ومخالف للقانون حيث كان المقتضى على محكمة البداءة تحديد يوم لاجراء الكشف المستعجل وتثبيت الحالة بمعرفة خبير او اكثر طالما ان الكشف المستعجل بالاضبارة /٥ مستعجل/ ٨٦-٨٧ قد تم ابطاله ، وان تقرير الخبير المربوط فيها قد تم تقديمه بعد تاريخ الابطال مما لا يصح الاستناد اليه عند اقامة الموضوع عملا باحكام المادة /١٤٠ من قانون الاثبات ، وحيث ان محكمة البداءة سارت على خلاف ما تقدم مما اخل بصحة القرار المميز، لذا قررت المحكمة نقضه... " ([٢٨٧]).

([٢٨٦]) تنظر: المادة /٣١٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ٧٨-٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمواد /١٤٣ و١٤٤ و١٤٥ و٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي ؛ وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى مسألة مهمة وجديدة على تشريعاتنا ، اذ ان المادة /١٩٠١ من قانون الضرائب الفرنسي النافذ اجازت اللجوء إلى الخبرة بصفة اصلية وذلك لمصلحة ادارة توثيق العقود بوصفها وسيلة للرقابة على القيمة الضريبية بالنسبة إلى العقارات وعروض التجارة التي يتم التصرف فيها بعوض او على سبيل التبرع، وللمزيد من التفاصيل ينظر: د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤ ، ص٢٢ هامش (٢) ؛ وانطلاقا من ذلك نستنتج ان القانون الفرنسي عموماً يجيز اللجوء إلى الخبرة بدعوى اصلية سواء بالقضاء المستعجل ام من دونه، كذلك الملاحظ أن قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة /٣١٢ منه تتم بطريقة رفع دعوى مستعجلة يتوافر فيها شرطا الاستعجال وعدم المساس في اصل الحق وما يتبع ذلك بالطبع من تحديد جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقدير الخبير، اما المادة / ٣٣٦ منه فتتم عن طريق امر على عريضة أي قضاء ولائي، تقدم لقاضي الامور المستعجلة يصدره هذا القاضي في ذيل العريضة ولو من دون دعوة الخصم الاخر، وبهذا يتضح لنا ان القانون الفرنسي واللبناني فقط يجيزان اللجوء إلى الخبرة بدعوى اصلية سواء بالقضاء المستعجل ام من دونه ، ولا نرى بتقديرنا المتواضع اية ضرورة لهذا الاتجاه باللجوء إلى الخبرة بدعوى اصلية من دون قضاء مستعجل، وذلك لانتفاء الحاجة إلى ذلك وامكانية اللجوء إلى اهل الخبرة في القضاء المستعجل بدعوى اثبات الحالة، وهي تغني عن سواها ، اذ ليس من عمل الخبراء ايجاد الوسائل لخلق النزاع.

([٢٨٧]) قرار محكمة تمييز العراق رقم/١٥٧/ حقوقية /٨٨ في ١٩٨٨/١/٤، مجموعة الاحكام العدلية، وزارة العدل العراقية ، كانون الثاني ، ١٩٨٨، ع١، ص ١٧٩ ؛ وعلى الاسلوب نفسه قضت محكمة استئناف البصرة في قرار لها جاء فيه انه " ... اتخذت من تقرير الخبير سببا لحكمها عملا باحكام المادة /١٤١ من قانون الاثبات

كما قضت محكمة تمييز العراق أيضاً بانه " ولدى عطف النظر وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون... وحيث ان المحكمة ركنت إلى تقدير قيمة المنشأت إلى خبرة الخبراء في الكشف المستعجل واتخذته سببا لحكمها وفقا لاحكام المادة / ١٤٠-١ مرافعات مدنية ، لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢/ ربيع الاول/١٤١٢ الموافق ١٩٩١/٩/١١ " ([٢٨٨]).

وعلى النهج نفسه قضت محكمة استئناف القاهرة بما يأتي : " ... ان الاستعجال وعدم المساس باصل الحق متوافران في الدعوى، ومن ثم فان المحكمة تقضي بندب خبير هندسي لمعاينة الشقة التي يستاجرها الطالب لمعاينتها واثبات الاعمال التي قام بها وقيمتها، وكذا بيان الاعمال التي تلزم لاعداد الشقة للسكن وقيمتها والمدة التي تستلزمها " ([٢٨٩]) .

كما لا يجوز للقضاء المستعجل ان يكلف الخبير المنتدب في دعوى اثبات الحالة بسماع اقوال الاشخاص الذين اقتضت الحاجة سماعهم او الاستعانة باراء بعض الفنيين الا اذا كانت هناك ضرورة تدعو إلى ذلك، كما لو كانت الحالة المراد اثباتها حادث حريق او تصادم سيارة او سقوط عقار، فيجوز عندئذ للقاضي في هذه الحالات ومثيلاتها التصريح للخبير بذلك، لمعرفة سبب الحادث وبقصد استجلاء الحقيقة ([٢٩٠]) ، والعلة من سماع الخبير لهؤلاء الاشخاص بغير

حيث ثبت من اوراق الدعوى واضبارة الكشف المستعجل المرقم ١٩٨٤/٩/١ بداءة البصرة وتقرير الخبير ان المميز قام ببناء خزان للمياه وبجوار جدار غرفة من دار المميز عليه بصورة غير فنية بدون حاجز أو فاصل مما تسرب الرطوبة إلى جدار غرفة المميز عليه، ونتيجة لذلك تساقط بياض جدار وتضرر المميز عليه... " قرار محكمة استئناف البصرة، رقم/١٠٥/ ت/ ب/١٩٨٥ في ١٩٨٥/١/١٥ ، نقلا عن : د.آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط٢، مطبعة القادسية، جامعة بغداد، ١٩٨٦م، ص٢٨١.

([٢٨٨]) قرار محكمة تمييز العراق رقم /٤١/ مدنية اولى /١٩٩١ في ١٩٩١/٩/١١ (قرار غير منشور) ؛ وكذلك قضت محكمة تمييز العراق ايضا بان " ... المحكمة قد ركنت في تقدير اجر المثل إلى راي الخبراء في اضبارة الكشف المستعجل المرقمة ٢٠/ ك/ م/٨٤ /١٩٨٥ دون ان تلاحظ ان تقدير اجر المثل لا يدخل في اختصاص القضاء المستعجل الذي يختص في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس باصل الحق عملا بالمادة / ١٤١-١ من قانون المرافعات المدنية ، وهذا لا يتوافر في تقدير اجر المثل ، لذا كان على المحكمة ان تركن في تقدير اجر المثل إلى خبراء من ذوي الاختصاص في موضوع الدعوى وتقدير اجر المثل عن فوات المنفعة التي اصابت المدعي من جراء التجاوز على ارضه مما تقدم قرر نقض الحكم المميز... " قرار محكمة تمييز العراق رقم / ٥/ مدنية / ٩٩٠ في ١٩٩٠/٧/٢٥ (قرار غير منشور).

([٢٨٩]) قرار محكمة استئناف مستعجل القاهرة رقم /٨١، س٨٣ ، في ١٩٨٢/٢/٩، نقلا عن : المستشار عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، مرجع سابق، ص ١٧٧.

([٢٩٠]) ينظر: د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص٣٩١ ؛ د. عبد الحكم فوده ، المعاينة وندب الخبراء، مرجع سابق، ص٣٨.

حلف يمين، هو ان لا يكون ادلاء هؤلاء الاشخاص امام الخبير بمثابة التحقيق الذي تجريه المحكمة عندما تستمع الى الشهود بنفسها، وانما سماعه اياهم يكون على سبيل الاستئناس ، ونرى بتقديرنا المتواضع أن هذه المسألة تحتاج منا الى معالجتها ، وذلك بان نقف قليلا عندها لنبينها ، وان نعرج كذلك على مسألة مهمة وهي عدم جواز أن يكون موضوع الخبرة إجراء تحقيق في الدعوى ، كإجراء تحقيق ، باستجواب الخصوم أو سماع الشهود أو المعاينة .

وبهذا نرى بتقديرنا المتواضع أن المحكمة قد تقوم بإجراء المعاينة من تلقاء نفسها أو تندب لذلك احد قضاتها للمعاينة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تندب خبيراً للقيام بهذا بدلا منها، وإلا كان منها تفويضا إليه بسلطتها القضائية الذي يحرمه القانون ويأباه النظام العام، وان كان يجوز لها أو لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ([٢٩١]).

وبهذا فلا يجوز أن يكون موضوع الخبرة إجراء تحقيق في الدعوى ، كإجراء تحقيق باستجواب الخصوم أو سماع الشهود أو المعاينة ، بل أن هذا التحقيق لا يمكن أن يعهد به القاضي إلى قاض أخر، إلا في الحالات التي يحددها القانون، أي إلا إذا أجازه القانون بنص صريح ([٢٩٢]).

ونلاحظ في هذا الصدد عدم خروج نصوص التشريعات عموماً عن هذه المبادئ الأساسية، في نصها على أن الخبير يسمع أقوال الخصوم وملاحظاتهم، ويسمع بغير حلف يمين أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقوالهم، إذا كانت المحكمة قد أذنت له بذلك ، إذ نصت المادة /١٤٣ من قانون الإثبات العراقي على انه " أولا- يعد الخبير محضرا بمهمته يتضمن دعوة الخصوم وأقوال وملاحظات من حضر منهم وما قام به من أعمال وأقوال الأشخاص الذي اقتضت الحاجة إلى سماعهم على أن يكون ذلك دون حلف يمين " ، وتقابلها المادة /١٤٨ من قانون الإثبات المصري التي نصت على أنه "... كما يسمع الخبير – بغير يمين – أقوال من يحضرهم الخصوم أو من يرى هو سماع أقوالهم إذا كان الحكم قد أذن له في ذلك..." وتطابقها المادة /١٣١ من قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني النافذ رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ المعدل، أما المادة /٣٥٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /١٥٠ من قانون البينات السوري، والمادة /١٣١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة /٨٣ من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل، فقد

([٢٩١]) ينظر: د. محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة ، ١٩٩٠م ، ص٣٧.

([٢٩٢]) تنظر: المادة /١٥ من قانون الإثبات العراقي؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: د.عايد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٦ م ، ص٢٥٣ ؛ د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص٣٨.

جاءت مشابهة للنصوص المتقدمة إلا أنها لم تتضمن عبارة – دون حلف يمين – ، في حين لم ينص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، وقانون المرافعات الفرنسي على نص مماثل لذلك ([٢٩٣]).

ونستنتج مما تقدم ومن نص المادة /١٤٣ من قانون الإثبات العراقي، ونصوص المواد القوانين المقارنة ، أن المشرع فيها تجنب ذكر لفظة الشهود، لأنه لا يجوز أساسا للخبير إجراء تحقيق او سماع شهود، وليس للمحكمة الإذن له بها، لان الخبير لا يستطيع وفقا له إلا سماع الأقوال التي يدلي بها إليه غير الخصوم إذا كانت ضرورية لتحديد أو لبحث المسائل الفنية البحتة المكلف بها.

فإذا ما اقتضى الأمر أن يستمع الخبير لأقوال بعض الأشخاص الذين لديهم أقوال ومعلومات لها علاقة بمهمته، فيجوز له من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم ، دعوة أولئك الأشخاص للحضور أمامه ، لغرض الاستماع إلى أقوالهم دون أن يحلفوا اليمين القانونية بعد استحصال الإذن من المحكمة بذلك([٢٩٤])، وطبقا لذلك فلا تثريب على المحكمة اذا اتخذت من هؤلاء الأشخاص الذين سمعهم الخبير بغير حلف يمين قرينه ضمن قرائن أخرى ([٢٩٥]).

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بان " ... ما يجريه الخبير من سماع شهود ولو انه كان بناءً على ترخيص من المحكمة، لا يعد تحقيقا بالمعنى المقصود، إذ ليس الغرض منه إلا أن يستهدف به الخبير أداء المهمة ، ولا يجوز الاعتماد على أقوال الشهود أمام الخبير إلا باعتبارها مجرد قرينة قضائية لا تصلح وحدها لإقامة الحكم عليها، إنما يتعين ان تكون مضافة إلى قرائن أخرى بحيث تؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي انتهت إليها المحكمة... " ([٢٩٦]) .

([٢٩٣]) تنظر: المادة /١٣١ من قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني النافذ رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ المعدل؛ والمادة /٣٥٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٥٠ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١٣١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /٨٣ من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل.

([٢٩٤])ينظر: د. رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص٤٤٦.

([٢٩٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ط٧، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٧٢م ، ج٢، ص٤٣٦.

([٢٩٦]) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٨٤/١١/٣٠ مجموعة المكتب الفني، س٣٥، ج٢، نقلاً عن : د. عايد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص٢٥٢ ؛ وفي الاتجاه نفسه جاء في قرار آخر لها أنه " مناط اتخاذ الحكم من تقرير الخبير دليلاً في الدعوى أن يكون قد صدر بين الخصوم ممثلين فيها وقت ندب الخبير، ولا يجوز الأخذ بتقرير الخبير في المسائل التي تعرض لها خارج نطاق المأمورية التي يناط بها ولا الاعتماد على

وصفوة القول أن الحكمة التي قصدها المشرع في القوانين عموماً من كونه أجاز للمحكمة أن تأذن للخبير في سماع أقوال الخصوم وملاحظاتهم وسماع الأشخاص الذين اقتضت الحاجة إلى سماعهم من دون حلف يمين، هي مساعدته على إتمام مهمته عن طريق ما يحصل عليه من المعلومات والاستدلالات التي يشاهدها بنفسه وقت وجوده بمحل النزاع، وهو بهذا أراد أن لا يكون إدلاء هؤلاء الأشخاص أمام الخبير بمثابة التحقيق الذي تجريه المحكمة عندما تستمع إلى الشهود بنفسها، وإنما يكون سماعه إياهم على سبيل الاستئناس والاستعانة بأقوالهم للتوصل إلى إيضاح الوقائع أو دلالاتها التي لا يستطيع استخراجها من مجرد الماديات التي يعالجها بالبحث.

وبهذا يتضح لنا مما تقدم وبالمحصلة انه لا يجوز قيام خبير بإجراء معاينة مطلقاً، الا في حالات الكشف المستعجل حسب نص المادة /١٤٤ من قانون المرافعات العراقي التي نصت على انه " يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة ... الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي او بواسطة خبير... "، وتطابقها المادة /١٣٤ من قانون الإثبات المصري التي نصت على أنه " يجوز للقاضي في الحالة السابقة أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة..." ، والمادة /٣١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /٧٨ من قانون البينات السوري، والمادة/١١٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، والمادة /١٣١ من قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني ، والمادة /٦٧ من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، في حين لم يرد نص مماثل في كل من القانون الأردني والفرنسي، بالرغم من نص المادة /٣٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسية على الكشف المستعجل وتثبيت الحالة ([٢٩٧]).

وبهذا تكون نصوص القوانين قد أجازت في هذه الحالة فقط أن يندب خبيرا لإجراء الكشف ولا يجوز بتقديرنا المتواضع ندب الخبير لإجراء المعاينة إطلاقاً، كما وان رأي الخبير قد يدرج في تقرير المعاينة أو الكشف الذي قد يتخذ سبباً للحكم، أو قد يحرر الخبير تقرير ومحضر بأعماله إذا ما اقتضى موضوع الدعوى ذلك والذي يطبق عليه أحكام الخبرة عندئذ .

أقوال الشهود أمامه، إلا باعتبارها مجرد قرينة لا تصلح وحدها لإقامة الحكم عليها " قرار رقم/٥٥٩٩ س٦٤ في ٢٠٠٤/٥/٨ نقلاً عن : د.عبد الحكم فوده، المعاينة وندب الخبراء، مرجع سابق، ص١٦٣.

([٢٩٧]) تنظر: المادة /٣١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ والمادة/٧٨ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /١٣١ من قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني؛ والمادة /٦٧ من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية والتجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة؛ والمادة /٣٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ؛ والمادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسية .

وقد اوجبت التشريعات عموماً([٢٩٨]) ، على القاضي ان يحدد جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير واعماله سواء اكانت هذه الملاحظات متصلة بالشكل ام بالموضوع، فالملاحظات والاعتراضات التي يجوز للخصوم ابداؤها امام القضاء المستعجل هي الدفوع الخاصة ببطلان اعمال الخبير لعدم مراعاتها الاوضاع الشكلية التي يوجبها القانون، فإن القاضي يملك بعد فحص الاعتراضات الحكم فيها، لان ابداء هذه الاعتراضات لا تجري الا اذا كان المقصود منها هو تصليح الاوضاع المترتبة على ما استوجب الادلاء بها، وبهذا يتعين على القاضي اذن ان يفصل في هذه الدفوع، فاذا هو قضى ببطلان اعمال الخبير وجب عليه ان يندب خبيرا اخر لمباشرة المامورية، كذلك اذا تبين له ان هناك نقصا جسيما في تقرير الخبير، فينبغي ان يندب خبيرا اخر لاداء المامورية، كما يجوز له ان يعيد المامورية للخبير المنتدب نفسه لاستيفاء الاعمال الناقصة اذا كان قد اغفل بحثها، كما ويجوز للقاضي استدعاء الخبير لمناقشته اذا كان الغرض من ذلك استجلاء ما صعب على الخصوم فهمه بسبب غموض في عبارات التقرير او نتيجته ([٢٩٩]).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية انه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر إلى القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لان المحكمة ختمت اضبارة الكشف بعد ان اجرت الكشف على العقار بمعرفة خبير قضائي... وان طالب الكشف او وكيله لم يحضر جلسة المرافعه في ٢٠٠٦/١٢/٢٥ لغرض بيان اقواله حول ما ورد بتقرير الخبير ومع ذلك فان بامكان طالب الكشف الاعتراض على ما ورد بتقرير الخبير او طلب اعادة الكشف بمعرفة خبراء اخرين عند

([٢٩٨]) تنظر: المادتان/١٤٥ و١٤٦ من قانون الاثبات العراقي؛ والمادتان / ١٣٤ و ١٥٣ من قانون الاثبات المصري ؛ المادة / ٣١٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٧٨-٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ ولا يوجد نص مماثل في القانون الاردني والفرنسي ؛ وفي هذا الصدد فقد ورد في المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري الملغي تعليقاً على المادة /١٨٨ المقابلة للمادة /١٣٤ من قانون الإثبات المصري والتي نصت على ما يأتي " ولما كان قد لوحظ في دعاوى إثبات الحالة أن المحكمة تعتبر مهمتها منتهية بتعيين خبير وتقريره رغماً من اعتراض الخصم على عمل الخبير أو تقريره ، مما قد يجر إلى مظالم سيما مع احتمال زوال المعالم عند عرض الأمر على محكمة الموضوع حين ترفع به الدعوى ، فعلاجاً لهذا نصت المادة /١٨٨ على أنه إذا ندب القاضي خبيراً للانتقال والمعاينة وسماع الشهود – بغير يمين – كان عليه أن يحدد جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير وأعماله " ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د.أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق، ص٣٤٤.

([٢٩٩]) ينظر: د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

اقامة الدعوى لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الطعن التمييزي بشانه وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٠٧/١/١٦ الموافق ٢٦/ ذي الحجة /١٤٢٧ " ([٣٠٠]).

فاذا قررت المحكمة اتمام الكشف ينبغي ان تحرر محضرا بما تم فيه بناءً على نص المادة / ١٤٤-٢ من قانون المرافعات المدنية العراقي، والا اصبح اجراؤها باطلا، وما تدونه في المحضر يكون دليلا من ادلة الدعوى عند نظرها من قبل قاضي الموضوع، اما عن مصروفات دعوى اثبات الحالة، فيلاحظ ان المادة /١٤٤-٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي قد نصت على انه " في حالة اقامة دعوى الموضوع يحكم على الطرف الذي يخسر الدعوى بنفقات الكشف والمعاينة " ([٣٠١]).

وبهذا يتضح لنا ان القضاء المستعجل لا يفصل بالمصروفات وانما يستبقيها لمحكمة الموضوع، لان هذه الدعوى هي اجراء مؤقت تحفظي كما بينا سابقا، يقوم به صاحبه للحفاظ على حقه قبل الغير ليكون له سندا يتقدم به امام محكمة الموضوع عند الفصل في اصل الحق، ولان الحكم فيها بالزام شخص معين بالمصروفات يتضمن المساس بالموضوع او اصل الحق الممنوع على القضاء المستعجل التعرض له، هذا وقد جرى القضاء على تكليف رافع الدعوى بدفعها على اساس انه هو الذي يتحمل المصاريف مؤقتا، حتى تفصل محكمة الموضوع في اصل النزاع ([٣٠٢]) ، ويقرر القضاء المستعجل ختام الاجراء بعد تثبيت الحالة ويبقى الخصوم وشانهم في طرح النزاع امام محكمة الموضوع ، ولكن اذا ما طرح النزاع على محكمة الموضوع جاز لها الاعتماد على ما ثبته القضاء المستعجل من عدمه استنادا إلى احكام المادة /١٤٤-٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي ([٣٠٣]).

والجدير بالذكر في هذا الصدد ان القضاء العراقي يتجاهل جميع اجراءات القضاء المستعجل بشان طلب اثبات الحالة، وهذا الموقف بالضرورة سوف يلحق ضررا بالغا بطالب اثبات الحالة، خاصة عندما يكون موضوع الطلب تقدير قيمة اصلاح الاضرار بعد مدة من الزمن على تقدير القضاء المستعجل، أي عندما يعاد تقدير قيمة اصلاح الضرر بعد مدة من

([٣٠٠]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم /١٨/ ت، ب /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/١٦ (قرار غير منشور) .

([٣٠١]) تنظر: في معنى مشابه لها، المادة / ٢٦٢ من قانون المرافعات الفرنسي ، في حين لم يرد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى.

([٣٠٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

([٣٠٣]) تنظر: المادة /١٤٤-٤ من قانون المرافعات العراقي، في حين لا يوجد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى ، ومع ذلك فالملاحظ ان الموقف في القوانين المقارنة يشابه القانون العراقي، لان قرارات القضاء المستعجل اصلا قرارات وقتية ولا تكون لها حجية امام محكمة الموضوع .

الزمن على التقدير الاول الحاصل بالقضاء المستعجل، لاسيما وان الكثير من معالم ذاك الضرر ستتلاشى سواءً بفعل الطبيعة ام بفعل الغير ، فضلا عن ان المضرور سيصلح الضرر من ماله الخاص بعد ان تم تثبيت الحالة وتقدير قيمة اصلاح الضرر عن طريق القضاء المستعجل، لذا يحبذ أن تتم معالجة هذا الامر ، وذلك استثناءً من القواعد العامة التي تحكم القضاء المستعجل، والزام المحكمة بالاخذ بتقدير التعويض الذي تضمنه تقدير الكشف المستعجل متى ما تثبتت منه ، وفيما يتعلق بقيمة اصلاح الاضرار عند النظر في النزاع والفصل فيه ([٣٠٤]).

وفي هذا الخصوص نقترح ان يجري تعديل على المادة / ١٤٤-٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي وذلك لتكون على النحو الاتي " ٤- يجوز للمحكمة أن تتخذ من تقرير الكشف المستعجل سببا لحكمها، وعليها الاخذ بقيمة التعويض الذي تضمنه تقرير الكشف المستعجل متى ما تثبتت منه " .

وبموجب هذا النص المقترح تكون محكمة الموضوع ملزمة بتقديرنا بالاخذ بما تضمنه تقرير الكشف المستعجل فيما يتعلق بقيمة اصلاح الاضرار عند نظر النزاع والفصل فيه، بينما يخضع تقرير الكشف المستعجل لسلطة المحكمة التقديرية، أي لها ان تركن اليه وتتخذه سببا للحكم او ان تهدره، وبهذا يكون طالب الاجراء مطمئنا بان المبلغ الذي تضمنه محضر الكشف وتثبيت الحالة سيبقى مهما طال امد النزاع امام محكمة الموضوع ، فضلا عن ان هذا المبلغ يشكل التعويض المناسب الحقيقي لانه الاقرب الى وقت الحادث .

وفي هذا الخصوص لابد من الاشارة الى ان التشريعات عموما قد الزمت تبليغ الخصم بالطلب المستعجل، وحددت موعداً للحضور باربع وعشرين ساعة ، تبدأ من وقت التبليغ الى وقت نظر الطلب ، وذلك حسب المادة /١٥٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على انه " يقدم الطلب المستعجل بعريضة يبلغ فيها الخصم قبل الجلسة المحددة باربع وعشرين ساعة على الاقل ويرفق بها ما يعزز طلبه من المستندات وتصدر المحكمة قرارها بشان الطلب خلال مدة لا تتجاوز سبعة ايام وتسري في شانه اجراءات التقاضي المقررة في هذا القانون مع مراعاة الاحكام الخاصة بالمواد المستعجلة " ، وتقابلها المادة / ٦٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي نصت على ما يأتي : "... وميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة اربع وعشرون ساعة ويجوز في حالة الضرورة نقص هذا الميعاد وجعله من ساعة الى ساعة... " ، وتقابلها المادة / ٥٨٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني التي نصت على انه " تنظر الدعوى المستعجلة في الجلسة التي يعقدها القاضي في اليوم والساعة اللذين يعينهما وتكون مهلة

([٣٠٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في نطاق الدعوى المدنية ، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مرجع سابق، ص٧٣.

الدعوة الى الحضور يوما كاملا الا اذا قرر القاضي تقصير هذه المهلة... " ، وتقابلها المادة / ١٠٢ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري التي نصت على ان " ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة اربعة وعشرين ساعة ويجوز في حالة الضرورة القصوى انقاص هذا الميعاد الى ساعة... " ، وتطابقها المادة / ٢٣٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي مع عدم تحديد مدة الانقاص في الضرورة القصوى، وتطابقها ايضا المادة / ٦١-٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني مع تحديد مدة الانقاص بساعة اذا اقتضت الضرورة، وتقابلها المادة / ٦٤٦ من قانون المرافعات الفرنسي ([٣٠٥]) .

ونستنتج من ملاحظة نص المادة /١٥٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي ان انقضاء اربع وعشرين ساعة من التبليغ الى وقت نظر الطلب هو وقت كاف يعد فيه الخصم دفوعه في الطلب المستعجل، وهو الحد الادنى ومخالفته تجيز للخصم تقديم طلب التاجيل للاستعداد وتهيئة دفوعه ([٣٠٦])، ولهذا لا نؤيد موقف القوانين المقارنة الاخر، حيث اجاز القانون المصري والفرنسي في حالة الضرورة نقص موعد الحضور وجعله من ساعة الى ساعة، وفي هذه الحالة يتطلب الامر الحصول على اذن كتابي يصدر من القاضي بتقليص الموعد، على ان ترفق مع ورقة التبليغ بالطلب المستعجل صورة من الاذن بتقليص الميعاد([٣٠٧])، في حين اجاز القانون اللبناني ايضا تقصير هذه المهلة التي هي يوم كامل، بينما اجاز القانون السوري والسعودي تقصير المدة في حالة الضرورة القصوى، على ان القانون السوري حدد انقاص هذا الميعاد الى ساعة ، بشرط ان يحصل التبليغ للخصم نفسه، في حين اقتصر القانون الاردني على تقصير المدة في حالة الضرورة فقط مع تحديد مدة الانقاص بساعة ايضا.

والمسالة الجديرة بالذكر في هذا الشان ان تبليغ الخصم بدعوى تثبيت الحالة لا تنسجم مطلقا مع المبرر الذي من اجله وجد القضاء المستعجل، خصوصا عندما يتعذر تبليغ الخصم بالسرعة المطلوبة، فعندها يكون التبليغ معوقا لاتخاذ اجراءات القضاء المستعجل ومن ثم الحاق الضرر بمصلحة طالب الكشف واحيانا الضرر قد يكون بمصلحة الخصم نفسه.

وللوصول إلى حقيقة الامر ينبغي لنا ان نسوق المثال الاتي : فاذا اشترى مثلا تاجر فاكهة سريعة التلف على انها من النوع الجيد، وعند الاستلام تفاجأ بان جزءاً منها تالف واراد

([٣٠٥]) تنظر: المادة / ٦٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؛ والمادة / ٥٨٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ١٠٢ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري؛ والمادة / ٢٣٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة / ٦١-٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ؛ والمادة / ٦٤٦ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٣٠٦]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص٣٣٠.

([٣٠٧]) تنظر: د. امال احمد الغزايري، مواعيد المرافعات، منشاة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦م ، ص٧٦.

تثبيت الواقع بكشف مستعجل ، فالمحكمة لا تستطيع اجراء الكشف الا بعد تبليغ الخصم ومثوله مع طالب الكشف امامها لتحديد موعد الكشف المستعجل، علما انه خلال هذه المدة ستفسد الفاكهة كلها حتما، فماذا ستثبت المحكمة في تقريرها، هل ستثبت الواقع الحال الحقيقي الذي تراه امامها ساعة الكشف فتظلم البائع الذي سيسجل عليه فساد الفاكهة كلها فيدفع ثمنها كاملا وما فات التاجر المشتري من ربح متوقع ، في حين ان حقيقة الامر تشير الى فساد جزء من هذه الفواكه لاكلها ([٣٠٨]) ؟ .

فضلا عن امكانية تغيير معالم الواقعة عند تبليغ الخصم بوقت اجراء الكشف، فقد يقوم بتغيير معالم محل الكشف ووقائعه، كأن يقوم مثلا بتغيير واقعة الايجار من الباطن عند معرفة وقت اجراء الكشف، او كأن يطلب المؤجر اجراء الكشف على الماجور لاثبات ان المستاجر قد اسكن معه اشخاصاً من غير الماذون لهم بالسكن معه قانونا، او لاثبات ان المستاجر قد تعهد في عقد الايجار بجعله مطعما، فاذا به يجعله مطعما ومشربا مما يخل بسمعه المؤجر، فهنا يكون التبليغ بتقديرنا بمثابة تحذير للخصم لكي يزيل الاثر الذي سيصبح دليلا ضده، ويستفيد منه طالب الكشف حتى اذا حضرت المحكمة لم تجد شيئا مما زعمه طالب الكشف وتضيع عليه الفرصة، فالاصلح باعتقادنا ان يباغت الخصم في هذه الاحوال لئلا تضيع الحقيقة على طالب الكشف.

ولهذا ذهب رأي الى فكرة الغاء عملية التبليغ للخصم في حالة تثبيت الحالة بالنسبة إلى المواد السريعة التلف والوقائع التي يخشى عليها من التغيير او الضياع بفعل الخصم ([٣٠٩])، بينما نلاحظ على النقيض من ذلك ذهب رأي آخر الى رفض ذلك، واكد على ضرورة ان يتم تبليغ المطلوب الكشف ضده، فقد يسعف القضاء المستعجل بمستندات تسهل حسم النزاع فيكون بمثابة المفتاح الخاص بالمتنازع لديه، كما لايخفى عن امكانية ان يستغل طالب الكشف فرصة غياب خصمه ويقود المحكمة الى محل لم يكن موضوع النزاع اصلا([٣١٠]).

والذي نراه حقيقة ان يكون هناك موقف وسط بين الاتجاهين، بحيث يخول المحكمة في حالة القضاء المستعجل سلطة تقديرية واسعة لاجراء الكشف عند الضرورة قبل تبليغ الطرف الاخر، لغرض تثبيت الوقائع المادية التي يخشى زوالها، لانه متى تأكد للقضاء المستعجل ان دعوى تثبيت الحالة امر ضروري لدفع الضرر الذي اصاب طالب الكشف المستعجل، فانه يجري الكشف قبل تبليغ الخصم، وعندما لا تتأكد من وجود مثل تلك الضرورة المسوغة لهذا

([٣٠٨]) ينظر: رمزي زينل طلحة، عن الكشف المستعجل، مجلة الوقائع العدلية ، كانون الاول ، ١٩٨١ م ، س٣، ع ٥٥، ص٥٧٣.

([٣٠٩]) للمزيد من التفصيل ينظر: رمزي زينل طلحة، مرجع سابق، ص ٥٧٤.

([٣١٠]) ينظر: القاضي سامي سعيد عبدالله، حول الكشف المستعجل، مجلة الوقائع العدلية ، اذار، ١٩٨٢ م ، س٤ ، ع٦١، ص١٧٩.

الاجراء الاستثنائي فانه يمتنع عليها اجراء الكشف مالم يبلغ الخصم بالطلب، فضلا عن ان اجراء الكشف قبل تبليغ الخصم لا يسلبه حق الاعتراض عليه بعد تبليغه، ولا يسلبه ايضا حق تقديم دفوعه الموضوعية متى ما طرح النزاع امام محكمة الموضوع مستقبلا، لذا نقترح اضافة فقرة جديدة للمادة / ١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي لكي تكون على النحو الاتي: " ٥- للقضاء المستعجل سلطة تقديرية في شان اجراء الكشف قبل ان يتم تبليغ الطرف الاخر".

كما نقترح أيضا اختزال المدة التي يجب على المحكمة اصدار القرار خلالها لاجراء الكشف المستعجل من سبعة ايام، كما هو وارد في نص المادة / ١٥٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي وجعلها الى نهاية اليوم التالي على تقديم الطلب كحد اقصى، وتحديد موعد الكشف خلال اليوم الذي يلي يوم الموافقة على الطلب، اذا كانت المواد المطلوب الكشف عليها سريعة التلف وخلال مدة اقصاها ثلاثة ايام في الحالات الاخرى، فيكون النص بالشكل الاتي: " ... وتصدر المحكمة قرارها بشان الطلب نهاية اليوم التالي على تقديم الطلب، وتحدد موعد الكشف في اليوم التالي ليوم الموافقة على الطلب، اذا كانت المواد المراد الكشف عليها سريعة التلف وخلال ثلاثة ايام في الحالات الاخر... " .

المطلب الثاني

أسلوب الاجراء القضائي للمعاينة في الدعوى ألفرعية

يقصد بالمعاينة بدعوى فرعية، أي ان تكون المعاينة في اثناء دعوى قائمة اصلا امام المحكمة، إذ يجوز للمحكمة في كل دعوى منظورة امامها ان تقرر اجراء المعاينة اذا كانت ظروف الدعوى تستدعيها، سواءً من تلقاء نفسها او بناءً على طلب الخصوم، وذلك بالانتقال إلى معاينة المتنازع فيه او ندب احد القضاة لهذه الغاية، او احضار الشيء المتنازع عليه في جلسة تعينها المحكمة، اذا كان نقله ممكنا ومتى رات في هذا الاجراء مصلحة لتحقيق العدالة، استنادا إلى احكام المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي، وغالبا ما تتم المعاينة بمناسبة دعوى مرفوعة امام المحكمة سواء كانت بناء على طلب احد الخصوم، ام اذا ارتات المحكمة ذلك بصدد وقائع متنازع عليها محل المعاينة، أي ليس بدعوى مبتدأ اصلا باجراءات اصلية، فتتم المعاينة في الاصل في الجلسة اذا كان محل المعاينة شخصا او منقولا يمكن نقله الى الجلسة، وقد تتم المعاينة بالانتقال الى حيث المال محل المعاينة عقارا كان او منقولا اذا لم يمكن نقله الى داخل الجلسة وهذا الاستثناء هو الغالب الاعم([٣١١]).

وفي هذا الصدد قضت محكمة بداءة الموصل بما يأتي: "... والكشف الموقعي الجاري من قبل المحكمة بالمحضر المؤرخ ٢٠٠٧/٣/٤ بصحبة الخبير القضائي الذي قدم تقريره في ٢٠٠٧/٣/٥ وبين فيه أن المشيدات عبارة عن دارين ... وحيث ثبت للمحكمة البيع والنكول وإحداث المشيدات السكنية على العقار من دون معارضة تحريرية من المدعي عليه ولتوفر شروط التمليك ولما تقدم من الأسباب وبالطلب حكمت المحكمة بتمليك المدعي بالبدل المدفوع البالغ مليون دينار ... وإشعار دائرة التسجيل العقاري المختصة بتأشير ذلك في السجلات بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية ..." ([٣١٢]).

وفي هذا السياق أيضاً قضت محكمة التمييز الاردنية بانه " ... يجوز للمحكمة في أي دور من ادوار المحاكمة ان تقرر الكشف والخبرة من قبل خبير او اكثر على أي مال منقول او غير منقول او لاي امر ترى لزوم اجراء الخبرة عليه عملا بالمادة / ٨٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية، ولا يرد القول ان اجراء الخبرة مقصور على اطراف الدعوى ولا يخرج راي

([٣١١]) ينظر: د. همام محمد محمود زهران و د. نبيل ابراهيم سعد ، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق، ص٣٥٠.

([٣١٢]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم/٩٠٥/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٣/١٢ (قرار غير منشور) .

الخبير عن وصفه احد ادلة الاثبات التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها دون معقب عليها في ذلك... " ([٣١٣]).

كما جاء في قرار لمحكمة التمييز الفرنسية أنه "... وبموجب الإثبات الثاني وبما أنه قدم تظلماً على القرار الذي يدين الورثة بدعم جزء من دين الشركة، فإنه وبموجب الطعن وبموجب معاينات القاضي أي قاضي الموضوع، فإن فيكتور سيرفال قام بإدارة الشركة بصورة منتظمة وأنه كرس الوقت اللازم وخفض كادره إلى النصف قبل أن يودع تقريره في السنة الثانية من استغلال الشركة بعد أن أصبحت الشركة مثقلة بالأعباء حيث نتج عن ذلك أن قضاة الموضوع تأكدوا بأن دين الشركة له ضرورة أي أسباب خارجة عن نشاط واهتمام المدير، فقد تجاهلت محكمة الاستئناف المعاينات الخاصة بحيث أنها لم تعطي أي أساس قانوني لقرارها وبما أن محكمة الاستئناف أصدرت قرارها بصورة مطلقة بأن السيد فيكتور لم يولي الاهتمام المطلوب لأعمال الشركة... ولهذه الأسباب ترفض الطعن المقدم ضد القرار المتخذ في ١٩٧٩/٥/١٥ من قبل محكمة الاستئناف في أيكس اون بروفانس... " ([٣١٤]).

وطبيعي أن يقدم طلب إجراء المعاينة إلى محكمة الموضوع في الدعوى المنظورة أمامها، فإذا لم يتم ذلك فلا يجوز للخصم طلبه لأول مرة أمام محكمة التمييز([٣١٥])، فكما يجوز لمحكمة أول درجة أن تقوم بإجراء المعاينة أو الاستعانة بآراء الخبراء في المعاينة وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى ([٣١٦])، كذلك يجوز لمحكمة الاستئناف كدرجة ثانية سواءً بسواء، غير أنه لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة التمييز ([٣١٧]).

([٣١٣]) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم /٩٣/١٤٠٧، س ١٩٩٥، الاجتهاد القضائي، ج٥ ، ص١٠١٨، نقلا عن: أ. د. عباس العبودي، شرح احكام البينات الجديد المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤ م ، ص٢٣٣.

([٣١٤]) قرار محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة التجارية، رقم الطعن /١٣٩٩٧-٧٩ في ١٩٨١/٤/٢٤، نشرة قرارات محكمة التمييز الغرفة التجارية رقم/١٨٠ المنشورة في:

Bulletin Trimestriel du code commecial، 1982، No.3.p.472.

([٣١٥]) ينظر: د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥م ، ص٣٩٦.

([٣١٦]) ينظر: جلال عباسي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١١ لسنة ١٩٨٩م ، مطابع دار الشعب، عمان، من دون سنة طبع، ص٩٠.

([٣١٧]) ينظر: المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مرجع سابق، ج٤، ص٢٨٤ ؛ وتنظر أيضا : المادة /٢٠٩ من قانون المرافعات العراقي.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بانه "... اذا كانت الاوراق خالية مما يفيد تمسك الطاعن بطلب اجراء المعاينة او الاحالة الى التحقيق امام محكمة الموضوع ، فانه لايجوز ابداء هذا القول ولاول مرة امام محكمة النقض... " ([٣١٨]).

واذا رات المحكمة اهمية اجراء المعاينة فلها كما اشرنا فيما تقدم ان تنتقل بنفسها او ان تندب احد قضاتها للمعاينة، الا انه قد تقتضي المعاينة الاستعانة باهل الخبرة في الأمور الفنية كالمعلومات الهندسية او الطبية، ولهذا يجوز للمحكمة في حالة الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة، ويكون دعوة الخبير بقرار تعيين من قبل المحكمة يشتمل على بيانات الزامية حددتها المادة / ١٣٧ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه " يشمل قرار تعيين الخبير على البيانات الاتية:- اولا: اسم الخبير ومهنته وغير ذلك من البيانات الدالة على شخصيته، ثانيا: الامور التي يراد الاستعانة بخبرته فيها وما يرخص له في اتخاذه من التدابير العاجلة عند الاقتضاء، ثالثا: موعد الانتهاء من المهمة الموكلة اليه، رابعا: المبلغ الواجب ايداعه في صندوق المحكمة لحساب اجور الخبير والمصاريف وموعد ايداعه واسم الخصم الملزم بالايداع وما يصرف من هذا المبلغ مقدما " وتقابلها المادة / ١٣٥ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /٣٤٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة / ١٤٠ من قانون البينات السوري ، والمادة /١٢٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة /٢٦٥ من قانون المرافعات الفرنسي، ولم يرد نص مماثل في القانون الاردني ([٣١٩]) .

وبناء عل ذلك فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ... حيث تأكد من سير المرافعة والمرتسم المنظم من قبل المساحين الذين استعانت بهم محكمة الموضوع عند إجراء الكشف أن المميزين وآخرين يضعون اليد على سهام المدعي والأشخاص الثالثة بدون وجه حق مما يقتضي الحكم بمنع المعارضة... " ([٣٢٠]).

([٣١٨]) قرار محكمة النقض المصرية رقم/١٠، في ١٩٧٥/١١/٥ ، نقلا عن: د. عبد الحكم فوده، المعاينة وندب الخبراء، مرجع سابق، ص٦٣.

([٣١٩]) تنظر: المادة / ١٣٥ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٣٤٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ١٤٠ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١٢٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ والمادة /٢٦٥ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٣٢٠]) قرار محكمة تمييز العراق رقم / ٢٧٠٤ / م٢ / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/١٢ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا الصدد قررت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ، لان المحكمة اجرت الكشف على العقار موضوع الدعوى بدون حضور

وكذلك ذهبت محكمة النقض المصرية إلى ان " ... المحكمة تلجأ إلى ارباب الخبرة تكلفهم بحث عمل من الاعمال وابداء رأيهم فيه وتصرح لهم بسماع شهود، فان معولها الاول يكون على البحث الشخصي الذي يقوم به الخبير... فاذا كلف خبير بتصفية الحساب بين طرفي الدعوى بعد معاينة فنية للاطيان وتقدير ريعها، فاقتصر الخبير على سماع شهود من بينهم رجل قال له انه كان من العمال المباشرين للزراعة خولي وبني في تقديره ريع الاطيان على مجرد قول هذا العامل، واثبت هذا التقدير في محاضر اعماله وتقريره دون ان يعاين بنفسه الاطيان ويتعرف على معدن اجزائها ويقدر لكل جزء الاجر الذي يناسبه بحسب مشاهدته ومعرفته الشخصية، فلا يمكن الاعتداد بتقرير هذا الخبير كدليل في الدعوى، والحكم الذي بنى في جوهره على هذا التقرير يكون قد بنى على دليل غير قائم في الواقع ويعتبر خاليا من الاسباب الموضوعية ويتعين نقضه... " ([٣٢١]).

وفي هذا الاطار أيضاً قضت محكمة النقض السورية بانه " ... على القاضي الذي انتدب للمعاينة ان يكلف الخبير للاطلاع على وجهة نظر كل من الطرفين بشكل عملي موضح على المخطط ثم يبدي رايه وخبرته في كل من الرأيين، ليقوم القاضي بالفصل في النزاع على ضوء هذه الخبرة الكاملة واحكام القانون والواقع ... " ([٣٢٢]).

وعادةً ما يتولي كاتب المحكمة دعوة الخبير او الخبراء الذين تقرر المحكمة الاستعانة بهم في اجراء المعاينة، وذلك بخطاب، اما اذا كان قرار المحكمة الاستعانة بخبير صادرا منها اثناء اجراء المعاينة ، فيجوز عندئذ دعوة الخبير الذي اختارته المحكمة شفويا ولو بايفاد رسول خاص لاستدعائه، او بمحادثه هاتفية اذا كان ذلك ممكنا، ويثبت استدعاؤه وحضوره واراؤه في محضر المعاينة ([٣٢٣]) .

مساح مديرية التسجيل العقاري المختصة ... " قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم / ٩/ ت. ب /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/١٤ (قرار غير منشور).

([٣٢١]) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٣٥/٣/٢١ ، مجموعة احكام ومبادئ النقض في مائة عام في قانون الاثبات ، ج٣، ص١٣٩٢، نقلا عن : د. مصطفى عبد الجواد حجازي، مرجع سابق، ص٧١.

([٣٢٢]) قرار محكمة النقض السورية رقم /٤٢ في ١٩٧٠/١/٢٩، نقلا عن : ممدوح العطري، قانون البينات في الفقه والاجتهاد ، القسم الثاني ، قدمها اسعد الكوراني ، المطبعة الحديثة ، دمشق ، ١٩٨٠م ، الكتاب٥، ص٨٧٧.

([٣٢٣]) ينظر: د. سليمان مرقس، من طرق الاثبات، مرجع سابق، ص٢٩٢.

كما ولا يشترط حضور الخصم او وكيله عمل الخبير اذا تمت دعوته على الوجه الصحيح، وان كان ذلك لا يمنع الخبير من المضي في عمله، لان نصوص القوانين المقارنة اكتفت بدعوة الخصوم قانونا ولم تستلزم حضورهم فعلا لصحة مباشرة الخبير اعمال الخبرة ، إذ نصت المادة / ١٤٢ من قانون الاثبات العراقي على انه " يباشر الخبير عمله ولو في غياب الخصوم الذين كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح وتكون مباشرة العمل تحت اشراف المحكمة الا اذا اقتضت طبيعة العمل انفرده به "، وتقابلها المادة / ١٤٧ من قانون الاثبات المصري ، والمادة / ٣٥٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة / ١٤٩-٣ من قانون البينات السوري، والمادة / ١٣٠ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، ولم يرد نص مماثل في القانون الاردني والفرنسي ([٣٢٤]) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض السورية بانه " ... ليس في قانون البينات ولا في احكام الفصل الثاني من الباب الثالث من قانون اصول المحاكمات ما يوجب على المحكمة تبليغ الخصم الجاري بحقه المحاكمة بالصورة الغيابية موعد الكشف المقرر اجراءه بغيابه... " ([٣٢٥]).

اما اذا لم تجري دعوة الخصوم اصلا او جرت ولكن على الوجه غير الصحيح ، كما لو جرى تعيين الموعد لتحديد اليوم دون ذكر الساعة ، فان ذلك يجعل اجراءات الخبير باطلة ، اذ نصت المادة / ١٤٦ من قانون الاثبات المصري على انه " ... ويترتب على عدم دعوة الخصوم بطلان عمل الخبير " ، وتطابقها المادة / ٣٤٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، ولا يوجد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى ، وبالرغم من عدم وجود نص يقرر بطلان عمل الخبير جزاء على عدم دعوة الخبير للخصوم ، إلا أنه بتطبيق القواعد العامة في البطلان إن وجدت ، والتي تقتضي بان مخالفة الاجراء المقرر سيرتب البطلان، وهذا البطلان نسبيا وليس مطلقا لعدم اتصاله بالنظام العام ، ولهذا لا يترتب على اجراءات الخبير البطلان الا اذا تمسك به من اغفل الخبير دعوته لحضور الاجتماع الذي حدده لبدء اعماله ([٣٢٦]) .

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بانه " ... لما كانت المادة /١٤٦ من قانون الاثبات توجب على الخبير ان يدعوا الخصوم للحضور امامه في الميعاد المحدد للبدء في

([٣٢٤]) تنظر: المادة / ١٤٧ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ٣٥٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ والمادة / ١٤٩-٣ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٣٠ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

([٣٢٥]) قرار محكمة النقض السورية رقم /١٦٧٩ في ١٩٥٥/٣/١٧ نقلا عن : د. جورج كرم ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية ، مطبعة الشرق ، دمشق ، ١٩٤٧م ، ص٧٤٧.

([٣٢٦]) تنظر: المادة / ٣٤٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: د. سليمان مرقس، من طرق الاثبات، مرجع سابق، ص٣٤٠ ؛ د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص٤٤٣.

مباشرة ماموريته ورسمت الوسيلة التي تدعو بها الخصوم وهي كتب مسجلة يخبرهم فيها بمكان اول اجتماع ويومه وساعته ، ورتبت على مخالفة ذلك بطلان عمل الخبير يرتفع هذا البطلان بحضورهم عمله فيما بعد... " ([٣٢٧]).

وهكذا يمكن اجراء المعاينة في اية حالة كانت عليها الدعوى الى ان يصدر حكم نهائي في موضوعها، أي انه يجوز طلب اجراء المعاينة حتى بعد غلق باب المرافعة، فللقاضي اعادة فتح باب المرافعة من جديد واجراء المعاينة اذا راى وجها لذلك، اذ يملك القاضي اعادة فتح باب المرافعة واجراء المعاينة وان لم يطلبه احد الخصوم ، اذا وجد ان فصل الدعوى متوقف عليها، ما دامت المحكمة تملك من تلقاء نفسها او بناءً على طلب اطراف الدعوى ان تفتح باب المرافعة مجددا لاستجلاء بعض نقاط الدعوى او لتقديم مستندات او لتوجيه اليمين المتممة او للصلح، استناداً إلى نص المادة /١٥٧-٢ من قانون المرافعات العراقي التي نصت على أنه " ٢- يجوز فتح باب المرافعة مجدداً إذا ظهرت لها ما يستوجب ذلك على أن تدون ما يبرر هذا القرار " ، وتقابلها المادة /١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والمادة / ٥٠٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة / ١٣٦ من قانون البينات السوري، والمادة / ١٦١-٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، والمادة / ١٥٨-٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، ولا يوجد نص مماثل في القانون الفرنسي ([٣٢٨]) .

والجدير بالذكر في هذا الخصوص أن القاضي الشرعي يملك أيضاً إجراء المعاينة شأنه في ذلك شأن القاضي المدني، بل وهناك حالات لا يمكن حسم النزاع بشأنها أمام القضاء الشرعي إلا بإجراء المعاينة، كمعاينة المسكن الشرعي مثلاً ، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه "... لما كان المسكن الشرعي هو الذي يثبت أنه مسكن أمثال الزوج وكانت المعاينة من البينات القانونية وكان يجوز فيها الإنابة وكان على القاضي أن يثبت من كون المسكن المكشوف عليه هو مسكن الأمثال... " ([٣٢٩]).

([٣٢٧]) قرار محكمة النقض المصرية رقم /٤٨٧٣ في ١٩٩٧/٣/١٣ ، مجموعة المكتب الفني ، ص٤٩٨ ، نقلا عن : د. احمد عبد العال ابو قرين ، احكام الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء ، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ م ، ص١٧٩.

([٣٢٨]) تنظر: المادة /١٧٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؛ والمادة / ٥٠٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ والمادة / ١٣٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٦١-٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ والمادة / ١٥٨-٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني .

([٣٢٩]) قرار محكمة النقض السورية رقم/٤٠٤ في ١٩٦١/١٢/٢٧، نقلاً عن : المستشار أنس الكيلاني، موسوعة الإثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٦٣ .

المبحث الثاني

أصول الاجراء القضائي للمعاينة

الواقع أن اجراء المعاينة يبدأ عادة من بعد اتخاذ قرار من المحكمة باجرائها، اذا كانت ظروف الدعوى تتطلب ذلك، سواء من تلقاء نفسها او بناء على طلب مقدم من الخصوم ، وينبغي ان يتضمن هذا القرار الصادر من المحكمة موعد اجراء المعاينة، واسم القاضي الذي تنتدبه المحكمة لذلك، ما لم تقرر اجراء المعاينة بكامل هيئتها، ثم تدعو المحكمة او القاضي المنتدب الخصوم اذا ما ارادوا حضور اجراءات المعاينة، على ان يبين لهم مكان الاجتماع واليوم والساعة اللذين سيتم فيهما، واذا اقتضى الامر اثناء المعاينة سماع شهود للمحكمة او القاضي المنتدب فيتم استدعاؤهم وبالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة، ومن ثم ضرورة تحرير محضر بالاعمال المتعلقة بهذا الاجراء.

من هذا المنطلق وللاحاطة باصول اجراء المعاينة القضائية تفصيليا اقتضى الامر بحث هذا الموضوع تفصيليا وذلك عبر تقسيم هذا المبحث على المطالب الآتية :-

المطلب الاول/ صدور قرار من المحكمة باجراء المعاينة .

المطلب الثاني/ تحديد موعد إجراء المعاينة .

المطلب الثالث/ دعوة الخصوم لحضور اجراءات المعاينة .

المطلب الرابع/ تنظيم محضر باجراءات المعاينة .

المطلب الخامس/ الاستعانة باهل الخبرة في اجراء المعاينة .

المطلب الاول

صدور قرار من المحكمة باجراء المعاينة

إن اول اجراءات الاثبات بالمعاينة القضائية تتم باتخاذ المحكمة قرارا باجراء المعاينة سواء على الاشخاص ام الاموال ، وذلك باحضارهم امامها في جلسة تعينها لذلك متى رات في هذا مصلحة لتحقيق العدالة، فيتم احضار الشخص من اجل معاينته ومعرفة مثلاً مدى الاصابة التي يدعيها نتيجة خطا المدعي عليه، اما اذا كان المطلوب معاينته اموالا منقولة يمكن نقلها الى المحكمة فانه من السهل اجراء المعاينة عليها، اذ تامر المحكمة باحضارها في الجلسة لمعاينتها اما بنفسها او بالاستعانة بخبير كان يتعلق النزاع بحلي ذهبية او سجادة صغيرة يمكن نقلها او ماشاكل ذلك.

وللمحكمة ايضاً ان تقرر الانتقال لاجراء المعاينة سواء على الاشخاص ام الاموال وذلك حسب نص المادة /١٢٥ من قانون الاثبات العراقي، وهذا القرار يمكن ان تتخذه المحكمة من تلقاء نفسها او يكون بناءً على طلب الخصوم في الدعوى، واذا لم يطلبه احد فلا يلزم ان تقرره المحكمة الا عند الضرورة أو احتياج الدعوى الى ذلك، لتكفي الطرفين مشقة الانتقال من دون موجب اضطراري ([٣٣٠]) ، ولكن ليس لها ان تقوم باجراء المعاينة دون اتخاذ قرار باجرائها، واذا اجرتها دون قرار او دعوة الخصوم للحضور فلا تكون المعاينة قانونية ولا تصلح من ثم مستندا للحكم، لان المحكمة تكون قد حرمت الخصوم من حق الدفاع المقرر لهم، وتكون قد بنت قناعتها على معلومات شخصية وخلافا للاصول ([٣٣١]).

وتأسيساً على ذلك قضت محكمة تمييز العراق بأنه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح كما أن إقرار المدعي عليه الثاني بأنه تجاوز على قطعة المدعي بمساحة ١٥ متر لا يكفي لغرض الحكم عليه مالم تجري الكشف موقعياً بحضور الطرفين المتداعيين... " ([٣٣٢]).

وفي هذا الخصوص أيضاً فقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ما نصه انه " ... لما كان الطاعن يشير في استدعاء طعنه ما كان قد اشار امام محكمة الموضوع ، من ان الكشف الذي اجرته على الماجور حين تقدير قيمته من قبل الخبراء باطل ، لانه جرى في غيابه

([٣٣٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٢م، ج٢، ص٦٠٨.

([٣٣١]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٧٣.

([٣٣٢]) قرار محكمة تمييز العراق رقم /٧٤٤ / م١/١٩٩٤ في ١٩٩٥/٢/٧ (قرار غير منشور) .

ودون تبليغ موعده ، ولما كانت المادة / ١٣٥ من قانون البينات نصت على ان المحكمة تدعوا الخصوم قبل الموعد المعين باربع وعشرين ساعة على الاقل عدا مهل المسافة ، بمذاكرة ترسل بواسطة ديوان المحكمة يتضمن بيان مكان الاجتماع واليوم والساعة اللذان سينعقد فيهما، وكان يتضح من تدقيق ضبط جلسة يوم الاربعاء المصادف ١٦/١٠/ ١٩٦٨ ان المحكمة قد قررت بحضور الطرفين اجراء الكشف يوم الخميس المصادف ١٧/١٠/ ١٩٦٨ ولم تحدد ساعة معينة من هذا اليوم يتم فيه الكشف، وقد جرى الكشف فعلا بتاريخ ١٧/ ١٠/ ١٩٦٨ دون ان يذكر في ضبط الكشف الساعة التي جرى فيها، وقد تم كل ذلك في غياب الطاعن ووكيله الذي دون في ضبط الكشف انه لم يحضر رغم تبليغه الموعد، ولما كانت هذه الاجراءات مخالفة لنص المادة /١٣٥ من قانون البينات فان الطعن وارد على الحكم المطعون فيه من هذه الناحية ويتعين نقضه " ([٣٣٣]) .

([٣٣٣]) قرار محكمة النقض السورية رقم/ ٩٩٢ في ١٩٦٩/٧/٢٤، نقلا عن: المستشار أنس الكيلاني، موسوعة الإثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٧٤.

المطلب الثاني

تحديد موعد إجراء المعاينة

من الضروري أن يتضمن القرار الصادر عن المحكمة باجراء المعاينة موعداً لاجرائها، فضلا عن اسم القاضي الذي تنتدبه المحكمة لذلك ، ما لم تقرر اجراء المعاينة بكامل هيئتها، ومتى قررت المحكمة اجراء المعاينة وجب عليها أيضاً ان تحدد اجلا لا يتجاوز اسبوعين لاجراء المعاينة، الا اذا حال دون ذلك مانع ما استنادا إلى احكام المادة / ١٢٩ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه " على المحكمة ان تحدد اجلا لا يتجاوز اسبوعين لاجراء المعاينة الا اذا قام مانع مشروع يحول دون ذلك " ، وتقابلها المادة /٣ من قانون الاثبات المصري التي نصت على انه " اذا ندبت المحكمة احد قضاتها لمباشرة اجراء من اجراءات الاثبات وجب عليها ان تحدد اجلا لا يتجاوز ثلاثة اسابيع ... " ، والمادة /٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني التي نوهت عن موعد المعاينة ، والمادة /١٣٤-٢ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة /٢٥١ من قانون المرافعات الفرنسي ، ولا يوجد نص مماثل في القانون الاردني([٣٣٤]) .

ويفهم من نصوص المواد القانونية السابقة الذكر على وجوب تحديد موعد لاجراء المعاينة، فاذا لم تحدد المحكمة اجلا لمباشرة هذا الاجراء ، جاز لصاحب المصلحة في التعجيل بهذا الاجراء ان يطلب تحديد موعد المعاينة بامر يصدر على عريضة، أما إذا تجاوزت المحكمة الأجل المحدد في إجراءات المعاينة، فإن ذلك لا يترتب عليه البطلان، لأنه إجراء تنظيمي قصد به التعجيل بالفصل في الدعوى ([٣٣٥]).

([٣٣٤]) تنظر: المادة /٣ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٣٤-٢ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /٢٥١ من قانون المرافعات الفرنسي .

([٣٣٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. سليمان مرقس، من طرق الاثبات ، مرجع سابق، ص٢٨٩ ؛ المحامي محمد علي الصوري، مرجع سابق ،ج٣، ص١٢٣٣.

المطلب الثالث

دعوة الخصوم لحضور اجراءات المعاينة

مـن المعتـاد ان تـتم المعاينـة بحضـور الخصـوم اذا مـاارادوا ذلـك، بـدعوتهم لحضـور اجراءات المعاينة، واذا تخلف احدهم عن الحضور يتخذ الاجراء في حالة غيابه اذا كان قد تبلغ به فعلا ([٣٣٦]) ، استنادا إلى نص المادة /١٤ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه " يدعى الخصم لحضور اجراءات الاثبات، ويجوز ان يتخذ الاجراء في غيابه اذا كان قد تبلغ وتخلف عن الحضور " ، وتقابلها المادة /٥ من قانون الاثبات المصري والتي نصت على انه " ... ويجب اعلان منطوق هذه الاحكام الى من لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك يجب اعلان الاوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الاثبات والا كان العمل باطلا، ويكون الاعلان بناء على طلب قلم الكاتب بميعاد يومين " ، في حين نصت القواعد العامة في قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة /١٣٤ منه على انه " على المحكمة ان تبلغ تلقائيا منطوق الاحكام الصادرة باجراءات الاثبات الى الخصوم الذين لم يتبلغوا الموعد المعين لاصدارها " ، كما نصت المادة /٣٠٩ منها ايضا على انه " اذا قررت المحكمة معاينة الشئ المتنازع عليه في مكان وجوده وجب عليها دعوة الخصوم حضور المعاينة قبل موعدها بثلاثة ايام على الاقل مالم تقرر المحكمة تقصير المدة ... " ، في حين اقتصرت المدة على اربع وعشرون ساعة على الاقل في قانون البينات السوري حسب احكام المادة /١٣٤-١ منها ، وتطابقها المادة /١١٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، ولايوجد نص مماثل في القانون الاردني والفرنسي ([٣٣٧]) .

والذي نراه ان موقف القوانين المصري واللبناني والسوري والسعودي من تحديد موعد لدعوة الخصوم موقف ايجابي فعلاً، وكان الأجدر بالقانون العراقي وبالقوانين الأخرى أن تحذوا حذوها، ذلك أن تحديد كل شيء بما فيه موعد دعوة الخصوم لحضور إجراءات الإثبات بالمعاينة وتنظيمه قانوناً أمر يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار.

([٣٣٦]) في هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في السودان في دعوى حضانة بان " ... المعاينة التي تتم دون ان يعلن بها احد اطراف الخصومة، لا تكون معاينة قانونية ولا يصح الاحتجاج بها... " قرار المحكمة العليا في السودان في١٩٧٣/١/١، مجلة الاحكام القضائية ،١٩٧٣، ص١٣٠ نقلا عن: د. بدرية عبد المنعم حسونة، شرح قانون الاثبات الاسلامي السوداني وتطبيقاته القانونية ، ط١، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض،٢٠٠٠م، ص١٩٥.

([٣٣٧]) تنظر: المادة /٥ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٣٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٣٤-١ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

وبهذا نستشف من نصوص القوانين المقارنة نتيجة مفادها، ان من كان حاضرا الجلسة التي تقرر فيها اجراء المعاينة لا يحتاج الى تبليغ، لانه قد اطلع على الموعد بالقرار المتخذ بهذا الشان، اما من كان غائبا عن جلسة المحاكمة فلا بد من دعوته، وذلك لان حضور الخصوم اثناء المعاينة امر مفروض منه دون حاجة إلى النص عليه ، لان لهم ان يتابعوا الدعوى في كل مراحلها واجراءاتها ([٣٣٨]) ، كما ينبغي تبليغ منطوق القرار الصادر باجراء المعاينة الى من لم يحضر جلسة ذلك القرار ، وضرورة تبليغ الاوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء المعاينة الى جميع الخصوم أيضاً حتى يتمكنوا من حضور المعاينة والا وقعت باطلة، كما يجب مراعاة احكام المادة /٢٧ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على انه " يعتبر التبليغ باطلا اذا شابه عيب او نقص جوهري يخل بصحته او يفوت الغاية منه " ، أما اذا لم يحضر الخصوم اجراءات المعاينة رغم علمهم او دعوتهم اصوليا في المعاينة، فتتم بمعزل عن حضورهم الا اذا تعذر اجراؤها بغيابهم ([٣٣٩]).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة تمييز العراق بان " ... الكشف الذي أجرته المحكمة كان بغياب الطرفين وهذا غير صحيح لأن حضورهما أو حضور أحدهما ضروري لتعيين الملك المراد إجراء الكشف عليه لذلك تقرر نقض الحكم... " ([٣٤٠]).

وقد ترى المحكمة او القاضي المنتدب في اثناء اجراء المعاينة مصلحة من سماع الشهود في محل المعاينة اذا اقتضى الامر ذلك، ليرشدوا عن كيفية حدوث بعض الوقائع او الاوصاف او المتغيرات التي طرات على محل النزاع ، لذلك اجازت التشريعات عموما ومن قبلها الفقه الاسلامي المبارك ذلك .

وهكذا نلاحظ مدى التشابه بين أحكام القوانين الوضعية عموماً والفقه الإسلامي خصوصاً، إذ نصت المادة / ١٦٩١ من مجلة الأحكام العدلية على انه " يلزم في الشهادة بالعقار بيان حدوده ولكن إذا لم يذكر الشاهد حدوده المشهود به وتعهد بإراءَتِهِ وتعيينه في محل يذهب إلى محله لإراءَتِهِ " .

وقد جاء في شرح المادة المذكورة انه " قال في الهندية : إذا شهد الشهود لرجل بدار وقالوا نعرف الدار ونقف على حدودها إذا مشينا إليها لكن لا نعرف أصحاب الحدود، فان القاضي يقبل ذلك منهم عدلوا ويبعثهم مع المدعي والمدعي عليه وأمينين له، ليقف الشهود على الحدود

([٣٣٨]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد الوهاب العشماوي، اجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الجيل للطباعة، مصر،١٩٨٥م، ص٢١٢.

([٣٣٩]) ينظر: المحامي محمد علي الصوري، مرجع سابق، ج٣، ص١٢٣٣.

([٣٤٠]) قرار محكمة تمييز العراق رقم/٨٣٠/ح/١٩٦٤ في١٩٦٤/٧/٦، قضاء محكمة التمييز، ج٢، ص٢٧٨، نقلا عن: المحامي حسين المؤمن، نظرية الاثبات، مرجع سابق،ج٤، ص٢٦٢.

بحضرة أميني القاضي، فإذا أوقفوا عليها وقالوا هذه حدود الدار التي شهدنا بها لهذا المدعي، يرجعون إلى القاضي فيشهد الأمينان أنهم وقفوا على الدار وشهدوا بأسماء أصحاب الحدود فحينئذ يقضي القاضي بالدار التي شهدوا بها بشهادتهم، وكذا هذا في القرى والحوانيت وجميع الضياعات، ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٢ شباط ٣٠٧ مؤداه، إذا قررت المحكمة سماع الشهود في المحل المتنازع فيه فيلزمها أن تبين ما هي الأسباب الموجبة لذلك، وان تصرح في الإعلام عما إذا كان نائب الكشف مأذوناً بالحكم أو لا وإلا فالحكم ينقض... " ([٣٤١]) .

كما ذكر في شرحه المادة المذكورة أيضا انه " يذهب إلى محله : وفي ذلك وجهان: الوجه الأول : أن يذهب القاضي أو نائبه إذا كان القاضي مأذوناً بنصب نائب إلى المحل الموجود فيه العقار ويستمع الشهادات هناك ... أما الوجه الثاني : أن يستمع القاضي الشهود وان يشهدهم في حضوره، وبعد ذلك يرسل الشهود المذكورين إلى محل العقار المذكور مع رجلين عدلين والشهود بحضور العدلين والطرفين المتخاصمين يشيرون إلى الحدود قائلين: أن هذا العقار الذي شهدنا به للمدعي وحدوده هي هذه والعدلان يتفهمان أسماء جيران العقار، ويشهدان في حضور القاضي على أسماء أصحاب الحدود " ([٣٤٢]) .

وقد جاء في شرح المادة /١٦٢٣ من المجلة أيضاً ([٣٤٣]) ، انه " ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٤ نيسان ٣١١ مؤداه، إذا اختلف الخصمان في تحديد العقار المدعى به فيجب إجراء الكشف عليه لأجل تحقيق الحدود وتعيينها... " ([٣٤٤]).

وفي هذا الصدد فقد نصت المادة / ١٨٠٦ من المجلة أيضاً على أن " للنائب أن يحكم بالبينة التي استمعها القاضي، وللقاضي أيضا أن يحكم بالبينة التي استمعها نائبه ... وأما إذا لم يكن مأذونا بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للقاضي أن يحكم بإنهائها وعليه أن يستمع البينة بالذات " ([٣٤٥]).

والملاحظ أن المقصود بالاستكشاف في نص المادة اعلاه ، بأنه وصف واقع معين كأرض أو مصنع أو مسكن أو ما شاكل ذلك ، ولا يشترط فيه عدد المستكشفين ، بل أن استكشاف شخص كاف أذا اقتنع به القاضي ، وإذا لم يقتنع فتتم زيادة العدد ، وهو لا يصح إلا إذا كان بناء على طلب القاضي ، أما لو جاء شخص وقال للقاضي أن المسكن الفلاني مسكن

([٣٤١]) للمزيد من التفصيل حول المادة وشرحها ينظر : سليم رستم باز، مرجع سابق ، ص٩٣٨.

([٣٤٢]) علي حيدر، مرجع سابق،ج٤، ص٣٤٢ (الكتاب الخامس عشر البينات والتحليف) .

([٣٤٣]) تنظر : المادة /١٦٢٣ من مجلة الأحكام العدلية.

([٣٤٤]) سليم رستم باز، مرجع سابق، ص٨٤٨.

([٣٤٥]) للمزيد من التفصيل حول شرح المادة ينظر : علي حيدر، مرجع سابق، ج٤، ص٥٥٦(الكتاب السادس عشر القضاء) .

شرعي ، أو أن الأرض الفلانية ارض رملية لا تنبت ، أو أن المصنع الفلاني غير صالح ، أو ما شاكل ذلك من غير أن يطلب منه القاضي الكشف عليه والتحقق منه ، فبديهي أن هذا لا يصلح ولا يعد استكشافا، لأنه لم يطلب منه القاضي ذلك ولم يخوله به ، ولان الأعيان عرضة للتغيير في كل لحظة ، فلا يمكن أن يحكم القاضي على حال العين بأنها صالحة مثلا إلا إذا شاهدها هو بنفسه أو سمع أخبار من شاهدها عندما يدلي بمعاينته أمام القاضي ، ولذلك يطلب من المخبر أن يشاهد العين قبل أدائه الإخبار، ولا يصح إخباره بما استكشفه إلا إذا كلفه القاضي بالاستكشاف وإعطاء الإخبار حتى يكون الإخبار أمام القاضي عن الوقائع كما هي عند الإخبار ([٣٤٦]) .

وهكذا فان للمحكمة سماع من ترى سماعه من الشهود وقت اجراء المعاينة اذا ما كان الشاهد موجودا، اما اذا كان هناك شاهد محدد من قبل المحكمة ترغب في الاستماع اليه وقت اجراء المعاينة، فيجوز لها استدعاؤه شفويا عن طريق كاتب المحكمة، ويجوز للمحكمة أن تبني اسباب حكمها على ما استظهرته من اقوال الشهود، ولهذا وحسب تقديرنا المتواضع نرى على وجوب ان تراعي في سماعهم الاجراءات القانونية الواجب اتباعها في الاستماع الى الشهود امام المحكمة ، من اداء اليمين قبل الشروع في الاخذ باقوالهم وتدوين تلك الاقوال بالمحضر المعد للمعاينة ([٣٤٧]).

كما وتكون دعوة هؤلاء الشهود للحضور بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة ([٣٤٨]) ، وهو ما نصت عليه المادة /١٣٠ من قانون الاثبات العراقي التي جاء فيها " للمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوما للاستيضاح منه عن الواقعة محل المعاينة وتكون دعوة هؤلاء بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة "، وتقابلها المادة /١٣٢ من قانون الاثبات المصري والتي نصت على انه " للمحكمة او لمن تندبه من قضاتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة، ولها وللقاضي المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود

([٣٤٦]) ينظر : أحمد الداعور، أحكام البينات، مطبعة الغندور، بيروت، ١٩٦٥ م ، ص٧١.

([٣٤٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: سالم محمد سالم الكواري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية المرسوم بقانون ١٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن إصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، ط١، من دون دار نشر ولا مكان النشر، ١٩٩٨م، ص٧٠٤.

([٣٤٨]) في هذا الخصوص تجدر الاشارة الى ان المادة /١٣- ثالثا من قانون الاستملاك العراقي النافذ نصت على انه " اولاً- تجري المحكمة الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التقدير التي تشكل برئاسة قاضي المحكمة وعضويه... ثالثا- على هيئة التقدير الاستماع الى اقوال الطرفين او من ينوب عنهما او من كان حاضرا منهما والاطلاع على البيانات والمستندات التي تقدم لها قبل المباشرة بالتقدير. رابعا-... وللهيئة الاستعانة بالخبراء ان دعت الحاجة الى ذلك... " .

وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو كان شفويا من المحكمة " ، وتطابقها المادة /٣٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، أما المادة /١٣٦ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، فلم تحدد وسيلة دعوة هؤلاء الشهود للحضور، في حين لم يرد نص مماثل في القانون الأردني والفرنسي ([٣٤٩]) .

وبهذا يتضح لنا من خلال ملاحظة نصوص المواد القانونية المذكورة اعلاه أن دعوة هؤلاء الشهود للحضور قد تكون بطلب ولو شفوياً من كاتب المحكمة ، كما نص عليه القانون المصري واللبناني صراحةً، في حين لم تحدد الوسيلة بالنسبة للقانون العراقي والسوري والسعودي، بل جعلها مطلقة بأية وسيلة ممكنة ومناسبة للمحكمة وهو ما نؤيده ونرجحه ، وذلك حتى لا تتقيد المحكمة بطريقة معينة لدعوة هؤلاء الشهود للحضور، وانما لها أن تستعين بما تشاء وحسب المتطلبات المتاحة ، وحسب هذا العصر فان الطريقة الالكترونية هي انسب طريقة ، فلها أن تستعين بوسائل التقدم العلمي المتطورة والوسائل التقنية الحديثة التي ازدادت اهميتها ، وفرضت نفسها في التعاملات اليومية، اذ ظهرت وسائل الكترونية مستخرجة من التقنيات العلمية الحديثة كالتلكس والفاكس والبريد الالكتروني والانترنت.

وفي هذا الخصوص نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه ([٣٥٠]) ، في أنه يجوز للمحكمة التي تنظر الدعوى ان ترى في اقوال هؤلاء الشهود دليلا كاملا تقضي بموجبه، ولذلك وجب ان تراعي في سماع اقوالهم القواعد والاجراءات القانونية التي تتبع في سماع الشهود امام المحكمة، وبخاصة وجوب تحليفهم اليمين قبل سماع اقوالهم ، وذلك خلافا للاحكام القانونية الواردة بشان سماع الشهود من دون حلف يمين من قبل الخبير، الذي يجوز سماع اقوالهم في محاضر اعماله سواء اذا استعانت به المحكمة في المعاينة في القضاء العادي ام بالكشف في القضاء المستعجل.

ومما ينبغي ان نميط اللثام عنه في هذا المجال انه حدث التباس عند البعض من الكتاب، وخصوصا عند المستشار انس الكيلاني حيث ورد في – موسوعة الاثبات الجزء٣ – ما نصه " ولم تنص المادة /١٣٦ بينات سوري ما اذا كان من الضروري تحليفهم اليمين القانونية ام لا، اما المادة /١٣٤ اثبات مصري فقد نصت صراحة على انه سماع الشهود يتم بغير حلف يمين، وذلك لان الشهادة التي تسمع خارج مجلس القضاء لا يعتمد عليها، لذلك لا ضرورة لتحليف

([٣٤٩]) تنظر: المادة /٣٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ والمادة /١٣٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

([٣٥٠]) ينظر: د. سليمان مرقس، من طرق الاثبات، مرجع سابق، ص٢٩٣ ؛ سالم محمد سالم الكواري، مرجع سابق، ص٧٠٤.

الشاهد اليمين عند سماع اقواله وقت المعاينة التي تجري خارج قاعة المحكمة، وان كان من الضروري الاعتماد على شهادته ، فلا بد من دعوته الى المحكمة اصولا وسماع اقواله بعد تحلفه اليمين القانونية... " ([٣٥١]).

ونحن لا نؤيد ذلك اطلاقا ، لان حسب تقديرنا المتواضع لا يوجد نص يقر بعدم تحليف المحكمة للشاهد اليمين هذا اولا، واذا جاء نص قانوني فهو يقصد به – ضمنا– الخبير سواء في القضاء العادي ام القضاء المستعجل، اما ما ذكر بخصوص المادة /١٣٦ بينات سوري ، فقد جاءت باعتقادنا انه : للمحكمة سماع الشهود، – وبديهي ان يكون بحلف اليمين ، حتى ولو لم تنص على ذلك المادة القانونية – ، كما ان المادة /١٥٠ بينات سوري نصت على انه " ١– يعد الخبير محضرا... واقوال الاشخاص الذين اقتضت الضرورة سماعهم... " ، وطبيعي يكون بدون حلف يمين– حتى ولو لم تنص المادة القانونية على ذلك – ، لان سماعهم من قبل الخبير يكون دائما على سبيل الاستئناس، لانه لا يجوز للخبير مطلقا اجراء تحقيق او سماع شهود ، وليس للمحكمة الاذن له به ، اما بخصوص المادة /١٣٤ اثبات مصري، فقد جاءت – وحسب تقديرنا المتواضع – تقصد للخبير سماع الشهود بغير حلف يمين ، وليس المقصود المحكمة ، ويتضح ذلك من سياق نص المادة التي نصت على انه " يجوز للقاضي في الحالة المبينة في المادة السابقة ان يندب احد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع شهود بغير يمين، وعندئذ يكون عليه ان يعين جلسة لسماع ملاحظات الخصوم على تقرير الخبير واعماله " ، حيث جاءت واو العطف للانتقال والمعاينة وسماع شهود بغير يمين للخبير بشكل واضح لا التباس فيه ، فللقاضي ان يندب احد الخبراء – للانتقال والمعاينة وسماع شهود بغير يمين– فحسب المادة أن الخبير ينتقل ويعاين ويسمع شهود من غير حلف يمين ، ولذلك حدث الالتباس عند المستشار انس الكيلاني في – موسوعة الاثبات الجزء٣ – .

وبناءً على ذلك قررت محكمة تمييز العراق ما يأتي : "... ولدى عطف النظر وجد أن محكمة البداءة لم تتبع ما جاء بالقرار التمييزي وأنها أصرت على حكمها السابق دون سند قانوني، إذا كان عليها إجراء الكشف الموقعي مجدداً بمعرفة الخبراء من المختصين بتنظيم مرتسم يوضح فيه وضعية العقار موضوع الدعوى مثل هدمه وتحديد الأجزاء المهدمة وبيان مساحتها بالوصف الذي ذكره الشهود... " ([٣٥٢]).

([٣٥١]) المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٧٨و٦٩٤.

([٣٥٢]) قرار محكمة تمييز العراق رقم /١٦٢/ موسعة أولى/١٩٩٢ في ١٩٩٢/١٠/١٤ (قرار غير منشور) ؛ كما جاء في قرار آخر لها أنه "... تبين أن تقريري الخبراء الذين استندت إليهما الحكم البدائي والحكم الاستئنافي لم يصدر نتيجة المعاينة الفنية للخبراء لمحل العمل بل نتيجة تدقيقهم وهذا غير صحيح... يضاف إلى ذلك أن المحكمة استمعت إلى شهود المميز عليه في المحكمة مع وجوب استماعهم في محل العمل ليشيروا إلى المشهود

وعلى المنوال نفسه قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بأنه "... ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، حيث أن محكمة الموضوع لم تقم بإجراء التحقيقات الكافية بخصوص ترك المدعى عليه للماجور... وكان على المحكمة أثناء نظر الدعوى الاعتراضية أن تجري الكشف على الماجور وتسمع الجيران موقعياً لمعرفة تاريخ ترك الماجور من عدمه... " ([٣٥٣]).

عليه ويعينوه تعييناً نافياً للجهالة م/٤٩٣ مدني... لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الأوراق إلى محكمتها لتقوم بإجراء الكشف على محل العمل بواسطة الخبراء وتقدير ما أنجزه المميز عليه المدعى على ضوء الأسعار المنصوص عليها بالعقد واستماع الشهود محلياً والفصل في الدعوى على ضوء ذلك..." قرار محكمة تمييز العراق رقم /٣٨/ حقوقية /١٩٦٨ نقلاً عن : قضاء محكمة تمييز العراق، مرجع سابق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨م، المجلد٥، ص١٣٠.

([٣٥٣]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم /٢١٠ / ت. ب /٩٩٩ في ١٩٩٩/٢/١٣ (قرار غير منشور) .

المطلب الرابع

تنظيم محضر باجراءات المعاينة

أوجبت التشريعات عموماً عند القيام باجراء المعاينة ان يُحرر محضرٌ بالاعمال المتعلقة بها يودع في اضباره الدعوى، ويقصد بالاعمال المتعلقة بالمعاينة جميع ما اتصل بالنزاع منعكسا او منطبقا على محله ، أي على المحكمة تدوين سائر ما يثبت لها من المعاينة متصلا بالنزاع او متفرعا عنه، وعدم تحرير مثل هذا المحضر اثناء المعاينة يفقد المعاينة قيمتها القانونية، وتبقى المعاينة مجرد تخيلات شخصية في مخيلة القاضي لا يعتد بها في الاثبات حتى وان جرى تنظيمها فيما بعد، لانه مبني على الذاكرة وليس على المشاهدة الحسية، والذاكرة تختلف بين شخص واخر وياتي عليها الزمن ([٣٥٤]).

لذا وجب تنظيم محضر بجميع الاعمال والاجراءات المتعلقة بالمعاينة موّقع عليه من قبل القاضي والمعاون القضائي، ومن حضر من الخبراء والشهود والخصوم، حتى تكون اجراءات الانتقال للمعاينة ونتائجها ثابتة يمكن الارتكاز عليها والرجوع اليها في الدفاع وفي الحكم، حيث اوجبت المادة /١٥-٣ من قانون الاثبات العراقي الآتي : " ثالثا- ينظم محضر بالاجراءات المتقدمة " ، كما نصت المادة /١٢٧ منه ايضا على انه " تنظم المحكمة محضرا بالمعاينة تبين فيه جميع ملاحظاتها دون ان تثبت فيه انطباعاتها عن المعاينة او رايها الخاص ولكل من ذي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه " ، وتقابلها المادة /١٣١ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /٣١٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /١٣٧ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة / ٢٥٢ من قانون المرافعات الفرنسي ، ولم يرد نص مماثل في القانون الاردني ([٣٥٥]) .

اما في حالة عدم تحرير محضر باجراءات المعاينة او اذا نظم محضر بالمعاينة دون ان تبين فيه جميع الاعمال القانونية، فان جميع الاعمال والاجراءات المتعلقة بالمعاينة تعد باطلة، وذلك حسب ما نصت عليه صراحة المادة /١٣١ من قانون الاثبات المصري، في حين لم يرد نص صريح مماثل لذلك في القوانين المقارنة الاخر، وبهذا الخصوص نؤيد ورود نصوص

([٣٥٤]) ينظر: المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٨٠.

([٣٥٥]) تنظر: المادة /١٣١ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٣١٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٣٧ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة / ٢٥٢ من قانون المرافعات الفرنسي .

صريحة تحدد البطلان في هذا الشأن، بل وايراد نظرية عامة للبطلان سواء في قانون الاثبات العراقي ام قانون المرافعات المدنية العراقي ([٣٥٦]).

اذ نلاحظ في هذا الشأن ان المشرع العراقي وهو بصدد معالجته للبطلان في قانون المرافعات المدنية العراقي ، لم يورد نظرية عامة للبطلان ، بل عالج احكامه بصورة هامشية ، فنجد كلمة البطلان في عدة نصوص من هذا القانون دون تحديد لمضمون البطلان ولا لقواعده ، فاستعمل لفظ البطلان في قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة /٢٧ الخاصة بالتبليغ ، والمادة /٧٣ الخاصة ببطلان تبليغ عريضة الدعوى ، واستعمل مصطلح ابطال في مواد اخرى من القانون ، مثل المادة /٧٦ الخاصة باقامة الدعوى في اكثر من محكمة واحدة ، وهذا موقف حقيقة ينتقد عليه ، اذ على الاقل يتم توحيد هذه المصطلحات ان لم يقم بتنظيمها في نظرية عامة للبطلان اسوة بالتشريعات الحديثة ، كقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والمتمثل بالمواد /٢٠-٢٤ منه ، وقانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمتمثل بالمادتين /٥٨ و ٥٩ منه ، وقانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري ، والمتمثل بالمادتن / ٣٩ و ٤٠ منه ، ونظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمتمثل بالمادة /٦ منه ، وقانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ، والمتمثل بالمواد /٢٤-٢٦ منه ، وقانون المرافعات الفرنسي ، والمتمثل بالمادة /١١٤ منه ([٣٥٧]) .

والواقع ان البطلان المشار اليه في المادة /١٣١ من قانون الاثبات المصري بطلان نسبي لا يتصل بالنظام العام ، وانما يجوز لطرفي الخصومة التمسك به ويسقط الحق في التمسك به بالرد على الاجراء بما يفيد عده صحيحا، عملا بالمادة /٢٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي نصت على انه " يزول البطلان اذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة او ضمنا ، وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام " ، وتقابلها المادتان /٥٨ و ٥٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادتان /٣٩ و ٤٠ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري ، والمادتان /٢٤ و ٢٥ من قانون اصول

([٣٥٦]) تنظر: المادة /١٣١ من قانون الإثبات المصري.

([٣٥٧]) تنظر: المادة /٢٧و٧٣و٧٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي ؛ والمواد /٢٠-٢٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؛ والمادتين/٥٨،٥٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادتين/٣٩ و ٤٠ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري ؛ والمادة /٦ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمواد /٢٤-٢٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ؛ والمادة /١١٤ من قانون المرافعات الفرنسي .

المحاكمات المدنية الاردني، والمادة /١١٤ من قانون المرافعات الفرنسي ، في حين لم يرد نص مماثل في القانون العراقي والسعودي ([٣٥٨]) .

ويحرر المحضر المذكور بالمعاينة بواسطة كاتب المحكمة الذي يتوجب عليه ان يرافق المحكمة او القاضي عند انتقالها إلى المعاينة او عند احضار المتنازع فيه اليها في مجلس القضاء، ويجب ان يذكر فيه كيفية انتقال المحكمة الى مكان المعاينة وساعته واسماء من حضر من الخصوم والاعمال التي قامت بها المحكمة ، واوصاف المتنازع فيه وقت المعاينة ومشاهدات المحكمة او القاضي من وقت التوجه الى محل النزاع الى وقت العودة الى المحكمة، مع جميع ملاحظاتها دون ان تثبت فيه انطباعاتها عن المعاينة او رايها الخاص، وذلك حسب المادة /١٢٧ من قانون الاثبات العراقي المذكورة آنفا مع المواد المقابلة لها من القوانين المقارنة ([٣٥٩]) ، اذ يملك القاضي فحص الشيء واثبات ملاحظاته كما يقوم بتقدير قيمة الشيء المادية اذا كان متخصصا ومؤهلا في تحديد قيمتها، ويقوم بتقدير طلبات المدعي بشان الواقعة محل المعاينة ، كتقدير مثلا قيمة التعويض الذي يطالب به المدعي نتيجة الاضرار التي سببها المدعى عليه في الشيء محل الواقعة، نتيجة للخطا الذي ارتكبه واحدث بدوره تلفا في هذا الشيء ، كما يمكن ان يعيد تمثيل الواقعة اذا امكن ذلك ويجب في جميع الاحوال ان ينتهي هذا المحضر بتوقيع كاتب المحكمة وهيأتها ([٣٦٠]).

ومما تجدر الاشارة اليه أن قانون الاثبات اليمني نص على ذلك أيضا ، وذلك في المادة /١٦٤ منه اذ نصت على انه " تثبت المحكمة ما عاينته وتراءى لها من المعاينة في محضر يوقعه الحاضرون من الخبراء والخصوم ورئيس المحكمة والكاتب ، ويجب ان يبين في

([٣٥٨]) تنظر: المادتان/٥٨ و٥٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادتان /٣٩ و٤٠ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري؛ والمادتان /٢٤ و٢٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ؛ والمادة /١١٤ من قانون المرافعات الفرنسي .

([٣٥٩]) الجدير بالذكر ان المادة /١٢٧ من قانون الاثبات العراقي نصت على انه " تنظم المحكمة محضرا بالمعاينة تبين فيه جميع ملاحظاتها دون ان تثبت فيه انطباعاتها عن المعاينة او رايها الخاص ولكل من ذي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه " ، وتقابلها المادة /١٣١ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /٣١٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /١٣٧ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة / ٢٥٢ من قانون المرافعات الفرنسي ، ولم يرد نص مماثل في القانون الاردني .

([٣٦٠]) للمزيد من التفصيل تنظر: د. سحر عبد الستار إمام يوسف ، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ م ، ص٤٧١ ؛ د. سليمان مرقس، من طرق الإثبات ، مرجع سابق ، ص٢٩١.

المحضر يوم وساعة ومكان اجراء المعاينة ووصف الشيء او الاثر الذي جرى معاينته نظره وتحديده بحسب الحال " .

اما بخصوص نفقات المعاينة فيدفعها في الاصل الطرف الذي طلب المعاينة، وان امتنع عن دفعها فللمحكمة الامتناع عن اجراء المعاينة، وعندما تقرر المحكمة اجراء المعاينة من تلقاء نفسها ، وتتخذ قرارا تحدد فيه المبلغ الذي يجب تاديته سلفا الى ديوان المحكمة لقاء الاجور والتعويضات ومصاريف الانتقال، وتعين الطرف المترتب عليه تأديتها ومهلة الدفع، وعند عدم تادية السلفة او اكمالها من قبل من تترتب عليه، تمهلة المحكمة مدة مناسبة ، فان لم يفعل جاز لخصمه ايداعها دون ان يخل ذلك بحقه في الرجوع عليه بها، وان امتنع الاثنان يحكم في القضية بحالتها المبسوطة ([٣٦١]).

وتطبيقا لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق بانه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان المحكمة اصدرت حكما برد دعوى المميز، بحجة انه عجز عن اثبات دعواه لامتناعه عن دفع رسوم الطابع والاجور الاضافية واجور الخبراء لاجراء الكشف وتقدير اجر المثل، رغم تاجيل الدعوى بسبب ذلك عدة مرات، دون ان تلاحظ ان الفقرة (٢) من المادة/ ١١٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية [الملغي] قضت بانه اذا لم يقم الطرفان بالايداع جاز للمحكمة اعتبارهما قد صرفا النظر عن النقطة المطلوب الاستعانة بالخبراء بخصوصها، وتمضي المحكمة برؤية الدعوى دون الاعتماد على ماهية الخبرة، حيث يمكنها ان تسلك وسائل الاثبات الاخرى كالشهادة واليمين وغيرها... وحيث ان المحكمة اصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق المنوال المتقدم وربطها بحكم قانوني على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٦٨/٤/٢٩ " ([٣٦٢]) .

([٣٦١]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٨١ ؛ المحامي محمد علي الصوري ، مرجع سابق،ج٣، ص١٢٣٠.

([٣٦٢]) قرار محكمة تمييز العراق رقم/٧٤٤ / صلحية / ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٤/٢٩ ، نقلا عن : قضاء محكمة تمييز العراق، مرجع سابق ، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨م، المجلد٥، ص١٣١.

المطلب الخامس

الاستعانة بأهل الخبرة في اجراء المعاينة

غني عن البيان انه اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة، يتعذر على القاضي الالمام بها فله ان يستعين بخبير في اثنائها، اما اذا كان الامر بسيطا لا يحتاج الى كفاءات او معارف خاصة، فتقوم المحكمة بمعاينة الشيء المتنازع فيه بنفسها دون الاستعانة بخبير وهذا هو الاصل، اما اذا احتاجت المعاينة إلى مثل هذه الامور من معارف فنية خاصة فانه يتعذر على المحكمة القيام بها، كما في حالة تقدير ريع بستان او تحقيق ضرر في بناء او في بضاعة او كتحليل مادة كيميائية او تقدير مدى اصابة انسان، فلابد في مثل هذه الحالات وامثالها من ان تستعين المحكمة بخبير ([٣٦٣]).

وفي هذا المقام ينبغي الإشارة إلى أن الخبير قد يقدم خبرته أو رأيه فيدرج في تقرير المعاينة إذا ما اقتضى موضوع الدعوى ذلك ، وقد يتخذ من تقرير المعاينة سبباً للحكم، أما إذا ما اقتضى موضوع الدعوى أن يقوم الخبير بتحرير تقرير ومحضر بأعماله ، فتطبق عليه أحكام الخبرة في هذا الصدد، ويجب أن يتضمن محضر أعماله الإشارة إلى اسم المحكمة التي عينته والقرار الذي اصدرته بتعيينه خبيرا في المهمة التي انتخبته لها، ومضمون القرار المذكور والتاريخ الذي بدأ اعماله فيه ، ودعوته للخصوم وذكر من حضر منهم معه ومن اجرى عمله في غيبته، وتدوين اقوالهم ودفوعهم وما ابدوه من ملاحظات وما قام به من اعمال، كاجراء البحث والتحري والاستقصاء، وما اطلع عليه من اضابير ومستندات واوراق اخر ، مما يلقي الضوء على المهمة المناطة به، واسماء واقوال من اقتضت الحاجة الى سماع اقوالهم او الاستعانة بمعلوماتهم، مع ذكر صفاتهم ومميزاتهم وغير ذلك من البيانات الدالة عليهم ، سواء كان حضورهم بطلب الخبير ام بمعرفته ([٣٦٤]).

وعلى كل حال يجب أن يتضمن محضر اعمال الخبير كل دقائق العمل الذي باشره ، فاذا كان قد انتقل إلى المعاينة مع المحكمة ، فعليه ان يبين ما اجراه في هذا الشان وما اثبته من المشاهدات وما وصل اليه من المعلومات ، واذا كان الخصوم قد تقدموا اليه بمستندات، فيجب عليه ان يشير اليها في المحضر، والحكمة من اثبات كل ذلك هو تمكين المحكمة من معرفة كل التفاصيل عند الاطلاع على نتيجة اعمال الخبير ومناقشتها، حتى اذا انتهى الخبير من تنظيم المحضر يتوجب عليه توقيعه، ويوقعه ايضا من حضر من الخصوم، كما ان على الاشخاص

([٣٦٣]) ينظر: المحامي حسين المؤمن، نظرية الاثبات، مرجع سابق، ج٤، ص٢٦١.

([٣٦٤]) ينظر: د. عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الاثبات، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ٢٠٨.

الذين ادلوا باقوالهم التوقيع عليه واذا امتنع أي من هؤلاء عن التوقيع يجب ان يشير الخبير الى ذلك في المحضر مع بيان الاسباب، فاذا خلا المحضر المنظم من قبل الخبير من تواقيع المذكورين فلا يعتد به ([٣٦٥]) ، استنادا إلى احكام المادة / ١٤٣ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه " ثانيا – يوقع الخصوم اقوالهم وملاحظاتهم ، ويوقع الاشخاص الاخرون على ما يدلون له من اقوال ، واذا امتنع احدهم عن التوقيع يثبت الخبير ذلك في المحضر " ، وتقابلها المادتان / ١٤٨و ١٤٩ من قانون الاثبات المصري، والمادة /٣٥٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة / ١٥٠ من قانون البينات السوري ، والمادة/ ١٣١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة /٢٧٤ من قانون المرافعات الفرنسي، ولم يرد نص مماثل في القانون الاردني ([٣٦٦]) .

وتجدر الاشارة في هذا الصدد الى انه لا يشترط براي الخبير ان يكون على شكل تقرير تحريري، وانما يجوز له ان يقدم خبرته شفهيا، وللمحكمة اذا رات موجبا ان تناقش الخبير لبيان الغموض من خبرته ، ولها ان توجه اليه ما تراه من الاسئلة من تلقاء نفسها او بناءً على طلب احد الخصوم ، ولها كذلك ان تامره باعادة خبرته ، وذلك لتدارك النقص ان وجد او لتلافي الابهام وعدم الوضوح ، كما لها أيضا ان تعين خبيرا اخر او خبراء اخرين ان رات ضرورة لذلك وتحقيقا للعدالة ([٣٦٧]) .

واخيرا يجب ان يعد الخبير تقريرا موقعا من قبله بالمهمة المكلف بها استناداً إلى المادة /١٤٤ من قانون الإثبات العراقي التي نصت على أنه " أولاً– يعد الخبير تقريراً موقعاً من قبله بالمهمة المكلف بها... " ، وتقابلها المادتان /١٥١و ١٥٢ من قانون الاثبات المصري ، والمادة / ٣٥٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /١٥١ من قانون البينات السوري ، والمادة /١٣٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادتان / ٢٨٢و ٢٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي ، ولم يرد نص مماثل في القانون الاردني ([٣٦٨]) .

([٣٦٥]) ينظر: المحامي حسين المؤمن، نظرية الاثبات، مرجع سابق ،ج٤، ص٣٠٩.

([٣٦٦]) تنظر: المادتان/ ١٤٨و ١٤٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٣٥٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ١٥٠ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٣١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /٢٧٤ من قانون المرافعات الفرنسي .

([٣٦٧]) ينظر: حسين عبد الهادي البياع ، شرح قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ط١، بغداد ، ١٩٨٦م، ص١١٠.

([٣٦٨]) تنظر: المادة /١٤٤ من قانون الاثبات العراقي؛ والمادتان /١٥١و ١٥٢ من قانون الاثبات المصري؛ والمادة/٣٥٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ والمادة /١٥١ من قانون البينات السوري؛ والمادة /١٣٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادتان / ٢٨٢و ٢٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي.

كما ينبغي أيضا ان يقدم الخبير هذا التقرير بنتيجة اعماله ويودعه مع محاضر اعماله وما سلم اليه من اوراق الى المحكمة، والاصل انه لا يلزم الخبير بحضور الجلسات التي تحددها المحكمة لمناقشة التقرير الذي اودعه، الا اذا ظهر للمحكمة ان التقرير ناقص او غير واضح فلها ان تدعو الخبير لتستوضحه ([٣٦٩]) ، وذلك بناء على احكام المادة /١٤٥ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على ان " للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم ان تقرر دعوة الخبير لحضور الجلسة اذا رات ان تقريره غير واف او رات ان تستوضح منه عن امور معينة لازمة في الدعوى " ، وتقابلها المادة /١٥٣ من قانون الاثبات المصري، والمادة /٣٦٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /١٥٤ من قانون البينات السوري ، والمادة /١٣٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة / ٢٦٣ من قانون المرافعات الفرنسي، ولم يرد نص مماثل في القانون الاردني ([٣٧٠]) .

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها بانه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ، ذلك ان المحكمة لم تتبع ماورد بقرار النقض التمييزي المرقم ١٥٢٦/ الهيئة الاستئنافية / عقار/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٩/١٩ ، الذي اشار على المحكمة دعوة الخبراء لمناقشتهم حول تقريرهم المذكور لبيان فيما اذا كان المميز عليهم يستحقون... " ([٣٧١]) .

([٣٦٩]) ينظر: د.انور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤م ، ص٢٣٠.

([٣٧٠]) تنظر : المادة /١٥٣ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٣٦٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٥٤ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١٣٣ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة / ٢٦٣ من قانون المرافعات الفرنسي .

([٣٧١]) قرار محكمة تمييز العراق رقم/ ١٧٤١ / الهيئة الاستئنافية / عقار/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/١٥ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا الخصوص فقد قضت هذه المحكمة ايضا بانه "... فكان على المحكمة بعد ان وجدت هذا الاختلاف ان تجمع الخبيرين وتناقشهما والمستند الذي استند عليه كل منهما فيما توصل اليه..." قرار محكمة تمييز العراق رقم /١٠٧٠ / حقوقية / ١٩٦٧ في ١٩٦٨/٢/٢٥ ، نقلا عن : قضاء محكمة تمييز العراق ، مرجع سابق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨ م ، المجلد٥، ص١٣٥.

واخيرا نخلص مما تقدم الى انه ينبغي ان يكون تقرير الخبير مفصلا ومتضمنا جميع المسائل الخاصة بتنفيذ المهمة ، إذ ينقسم التقرير عادة الى اربعة اقسام ، رئيسية وذلك على النحو الاتي ([٣٧٢]) :-

القسم الاول :- يشمل المقدمة ويشتمل على اسم الخبير والمهمة المكلف بها مع ذكر اسم المحكمة المنتدبة وتاريخ الانتداب، وذلك طبقا لما ورد في القرار الصادر بندبه.

القسم الثاني :- فيتضمن محاضر الاعمال وتشمل جميع الاجراءات والابحاث التي باشرها الخبير، مع ملخص دقيق وموجز باقوال الخصوم وما قدموه من مستندات ومذكرات، وما سمعه من اقوال الاشخاص الذين اقتضت الحاجة سماعهم، ومن راى لزوما لسماع اقوالهم من الفنيين، ويرفق الخبير بيانا بعدد ايام العمل وساعاته في كل يوم وعدد الانتقالات الى محل النزاع والجهات الاخرى وتواريخها والمصاريف التي انفقها تفصيلا مع تقديم ما يؤيد ذلك من مستندات، وذلك توطئة لتقدير اتعاب الخبير ومصروفاته.

القسم الثالث :- اما القسم الثالث من التقرير فيشمل نتيجة اعمال الخبير ورايه في المهمة، وفيه يناقش الاراء المختلفة ووجهات نظر الخصوم والاوجه التي استند اليها في تقريره بايجاز ودقة،

القسم الرابع :- اما القسم الرابع من التقرير فيشمل على توقيع الخبير.

وهكذا يتضح لنا مما سبق ان اصول اجراء المعاينة القضائية تبدا عادة بعد اتخاذ قرار من المحكمة باجراء المعاينة القضائية، وذلك عندما ظروف الدعوى تتطلب ذلك، سواء من تلقاء نفسها او بناء على طلب مقدم من الخصوم، وينبغي ان يتضمن هذا القرار الصادر من المحكمة موعد اجراء المعاينة القضائية ، واسم القاضي الذي تنتدبه المحكمة لذلك، ما لم تقرر اجراء المعاينة بكامل هيئتها، ثم تدعو المحكمة او القاضي المنتدب الخصوم اذا ما ارادوا حضور اجراءات المعاينة القضائية ، على ان يبين لهم مكان الاجتماع واليوم والساعة اللذين سيتم فيهما، واذا اقتضى الامر اثناء المعاينة القضائية سماع شهود فللمحكمة او القاضي المنتدب استدعاؤهم وبالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة، ومن ثم ضرورة تحرير محضر بالاعمال المتعلقة بهذا الاجراء.

([٣٧٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: انس الزرري، مرجع سابق، ص١٢٥ وما بعدها.

الفصل الرابع

تقدير الاجراء القضائي للمعاينة

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين هما على النحو الآتي :

المبحث الأول/ تقدير اجراء المعاينة.

المبحث الثاني/ تقدير نتيجة اجراء المعاينة.

الفصل الرابع

تقدير الاجراء القضائي للمعاينة

كما هو معلوم أن الأصل في مهمة القاضي هي تطبيقه للقانون ، وسلطته ليست منعدمة في ذلك، اذ أن يتمتع بالسلطة والارادة التقديرية عند مباشرته لوظائفه، والأصل كذلك أن هذه الإرادة التقديرية ليست مطلقة ، فإذا كان يملك أن يقيم وان يختار، فانه لا يملك الحرية أن يقيم وان يختار على أي نحو يكون ، فالإرادة التقديرية والسلطة الممنوحة له ليست ممنوحة لكي يباشرها على هواه ، بل على نحو مناسب وصحيح وفقا للقانون ، لان الإرادة التقديرية لها أهداف محددة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها ، وان يباشرها طبقا لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة قانونا.

ومن جهة أخرى فان القانون عموما لا يسمح ان تكون هذه الإرادة له تحكمية، وبهذا تكون عملية تسبيب القرارات هي العمل الوحيد الذي يحقق ذلك، لانه يؤدي الى اخفاق أي تحكم قد يحدث منه، فهي الضمان الحقيقي على انه قد باشر هذه الإرادة بشكل صحيح ولم يتنازل عنها او يسئ استخدامها ، فالإرادة التقديرية له ارادة وسلطة فعالة في فهم الواقع واعمال القانون، وعليه ان يمارسها في كل انشطته القضائيه، ومنها سلطته في اتخاذ قرار اجراء المعاينة سواء من تلقاء نفسه او بناء على طلب احد الخصوم.

اذ أن اجراءات المعاينة تعد من الرخص القانونية التي يستقل بتقديرها، فيامر باحضار المتنازع عليه في جلسة يعينها لذلك ، او يقرر الانتقال إلى معاينتها ، كما يملك ايضا حق العدول عنها ، اذا راى ان اجراءها اصبح غير مجد وغير منتج في الدعوى ، وان ما استجد في الدعوى بعد حكم الاثبات يكفي لتكوين عقيدته، اذ ان جميع الاحكام المتعلقة بالاثبات تتفق في طبيعتها بانها لا تقطع النزاع ولا تحدد مراكز الخصوم، ومن ثم اذا رأى انه لا جدوى من وراء تنفيذ هذا الاجراء او يتعذر تنفيذه، فله العدول عنه والفصل في النزاع في ضوء ما قدم فيه من ادلة وبراهين .

وبما ان الإرادة التقديرية للقاضي في إجراءات المعاينة تشمل سلطته في تقدير اجراء المعاينة عموما وفي تقدير نتيجتها، لذا يقتضي الامر منا بحث هذا الموضوع هنا بايجاز غير مُخل ومن غير اسهاب بحيث نميط اللثام عنه، وذلك عبر المبحثين الاتيين:-

المبحث الاول/ تقدير اجراء المعاينة.

المبحث الثاني/ تقدير نتيجة اجراء المعاينة.

المبحث الاول

تقدير اجراء المعاينة

مما لاريب فيه أن سلطة المحكمة في تقدير اجراء المعاينة تشمل سلطتها في تقدير اتخاذ قرار المعاينة، فضلا عن سلطتها في تقدير العدول عن قرارها باجراء المعاينة ، اذا ما وجدت في عناصر الدعوى ما يكفيها لتكوين رأيها ، على ان تعلل ذلك، لذا ينبغي ان نقسم هذا المبحث على المطلبين الاتيين:-

المطلب الاول/ تقدير اتخاذ قرار المعاينة.

المطلب الثاني/ تقدير العدول عن قرار المعاينة.

المطلب الاول

تقدير اتخاذ قرار المعاينة

لاشك ان وظيفة القاضي الاساسية هي ان يحكم طبقا لما جاء في القانون، وان ارادته ليست منعدمة عند مباشرته لوظيفته هذه، فالقول بانعدام ارادة القاضي يؤدي الى انعدام السلطة القضائية ذاتها، التي تتصف بخصائص تميزها من سائر السلطات، فالقاضي لا يستطيع ان يتنازل عنها وهي لا تزول الا في نطاق محدد.

فالاصل أن يتمتع القاضي بالسلطة عند مباشرة وظائفه، والحالات التي توجد فيها السلطة اكثر من الحالات التي تغيب فيها ، والاصل كذلك ان هذه السلطات ليست مطلقة ، فاذا كان القاضي يملك ان يقيم وان يختار، فانه لا يملك الحرية ان يقيم وان يختار على اي نحو يكون ، فالسلطة الممنوحة للقاضي ليست ممنوحة له لكي يباشرها على هواه ، ولكنها تمنح له لكي يباشر الوظيفة المسندة اليه على نحو مناسب وصحيح ، فسلطته لها اهداف محدودة ينبغي ان يسعى الى تحقيقها، وان يباشر سلطته طبقا لطرائق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة ([٣٧٣]).

ومن جهة اخرى فان القانون عموما لا يسمح ان تكون سلطة القاضي تحكمية ، وبهذا تكون عملية تسبيب القرارات هي العمل الوحيد الذي يحقق ذلك ، لانه يؤدي الى اخفاق أي تحكم قد يحدث من القاضي ، فهو الضمان على ان القاضي قد باشر سلطته بشكل صحيح ولم يتنازل عنها او يسئ استخدامها ([٣٧٤]).

فالسلطة القضائية للقاضي سلطة فعالة في فهم الواقع واعمال القانون، وعليه ان يمارس هذه السلطة في كل انشطته القضائية، منها سلطته في اتخاذ قرار اجراء المعاينة سواء من تلقاء نفسه او بناء على طلب احد الخصوم، فيأمر باحضار الشئ المتنازع عليه في جلسة يعينها لذلك او يقرر الانتقال إلى معاينة المتنازع فيه ([٣٧٥]).

اذ يعد انتقال المحكمة لاجراء المعاينة من الرخص المقرره لمحكمة الموضوع فلها ان تامر به من تلقاء نفسها او يجوز للخصوم ان يطلبوا ذلك فهي غير ملزمة باجابة الخصوم الى هذا الطلب، فهذه مسالة يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ايضا، فله ان يجيب الخصم ويامر بالانتقال إلى المعاينة اذا راى ضرورة لذلك، وله ان يرفض هذا الطلب اذا لم تكن الدعوى بحاجة

([٣٧٣]) ينظر: د.عزمي عبد الفتاح، تسبب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٨٣م ، ص١٩٣ .

([٣٧٤]) ينظر: المرجع السابق، ص١٩٤.

([٣٧٥]) ينظر: د.سليمان مرقس، من طرق الاثبات، مرجع سابق ، ص٢٨٨.

اليه، ولكن يتعين عليه في هذه الحالة ان يبين اسباب الرفض، اما اذا لم يطلبه احد الطرفين فلا يلزم المحكمة ان تقرره الا عند الضرورة او الحاجة لتكفي مشقة الانتقال ومصاريفه ([٣٧٦]).

من هذا المنطلق فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بان " ... الانتقال لاجراء المعاينة او ندب خبير في الدعوى من الرخص القانونية التي تستعملها محكمة الموضوع متى شاءت فلا عليها ان لم تستجيب لهذا الطلب طالما انها وجدت في اوراق الدعوى وعناصرها ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها باسباب مقبولة " ([٣٧٧]).

وبالطبع فان هذه السلطة جوازية للمحكمة ، فلها حق اللجوء اليها او عدم اللجوء الى اجراء المعاينة، فقد ترى من ظروف الدعوى ان معاينة المتنازع فيه لها اهمية من ناحية الاثبات، وعلى العكس فقد لا ترى لزوماً لذلك ([٣٧٨]) ، وعلى الرغم من ان اجراء المعاينة متروك امره اولا واخيرا لمطلق تقدير القاضي ، فان للخصوم المنازعة في اجراء المعاينة ، والمنازعة هنا لا تعدو ان يبين الخصم الى المحكمة عدم ضرورة اجرائها وانها غير منتجة في الدعوى ، لان المعالم التي تريد المحكمة مشاهدتها قد تغيرت ، او لان المعاينة في حد ذاتها غير منتجة في اثبات موضوع النزاع ، او ان موضوع المعاينة لا يتعلق بالدعوى او غير منازع فيه ، ولكن عند اصرار المحكمة فانه لابد من اجرائها ، اما في حالة امتناع الخصوم عن تسديد النفقات اللازمة لذلك، او عدم جلب الشئ المنازع فيه الى المحكمة لمعاينته ، فان الدعوى تفصل بوضعها الراهن ([٣٧٩]).

وعليه فبالرغم من السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمة في الموافقة على اجراء المعاينة أو عدمها، فانه يتعين عليها اجابة الطلب لاجراء المعاينة ، اذا كانت اجراء المعاينة هي وسيلة المدعي الوحيد لاثبات دعواه ، والا جاء الحكم مشوبا بالقصور ويستوجب عندئذ نقضه ([٣٨٠]).

وتكون المحكمة بذلك قد اغفلت دفاعا جوهريا للخصم قد يتغير به وجه الحكم في الدعوى اذا ما رفضته بدون اسباب مستساغة وتعرض حكمها للنقض، كما ان هناك حالات

([٣٧٦]) ينظر: المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق ،ج٣، ص٦٦٤ ؛ المستشار محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ج٢، ص٣٥٠.

([٣٧٧]) قرار محكمة النقض المصرية رقم /٥٣٨ ،س٣٤ ، في ١٩٧٧/٣/١ ، نقلا عن : سالم محمد سالم الكواري، مرجع سابق ، ص٧٠٧.

([٣٧٨]) للمزيد من التفصيل ينظر: محمد حسن قاسم ، مرجع سابق ، ص٣٥٠.

([٣٧٩]) ينظر: المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٦٥.

([٣٨٠]) تنظر: د. سحر عبد الستار امام يوسف، مرجع سابق، ص٤٦٩.

خاصة ملزمة فيها المحكمة باجراء المعاينة كتقدير قيمة عقار، وفي النزاع على الحدود وحالات وجود عيب في المبيع، ففي هذه الحالات ومثيلاتها لامناص للمحكمة من اجراء المعاينة لان النزاع لا يحل من دونها ([٣٨١]).

وتطبيقاً لذلك فقد قضت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي في قرار لها جاء فيه انه " لدى التدقيق والمداولة من الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ، وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ، ولدى عطف النظر في القرار المميز وجد انه قد قضى بالغاء القرار الاداري محل الطعن المتضمن اجراء كشف مجدد لتقدير قيمة العقار الموروث ... " ([٣٨٢]) .

وعلى المنوال نفسه قررت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزيه في قرار لها انه " ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون لان المحكمة لم تتحقق عن طبيعة المنشأت التي احدثها المدعيان على القطعة موضوع الدعوى، وعما اذا كانت زراعية ام غير زراعية وذلك باعادة الكشف على العقار والتثبت من ذلك وتنظيم مرتسم بذلك، وحيث ان المحكمة اصدرت قرارها المميز قبل اجراء هذه التحقيقات مما اخل بصحته، لذا قرر نقضه ... " ([٣٨٣]).

وفي السياق نفسه ايضا ذهبت محكمة بداءة الموصل بما يأتي: "... والكشف الجاري من قبل هذه المحكمة بالمحضر المؤرخ ٢٠٠٧/٢/٢٧ بصحبة الخبير القضائي المساح الذي بين ان العقار غير قابل للقسمة على الشركاء بسبب صغر المساحة وتعدد شركاء، وحيث انه اذا تبين للمحكمة ان المشاع غير قابل للقسمة اصدرت حكماً ببيعه ولما تقدم من الاسباب وبالطلب حكمت المحكمة بازالة شيوع العقار... " ([٣٨٤]) .

([٣٨١]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣،ص٦٦٥.

([٣٨٢]) قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي رقم ٥٢/ اداري / تمييز/١٩٩٤ في ١٩٩٤/٦/١٢ (قرار غير منشور) .

([٣٨٣]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية رقم / ٢٦ / ت. ب /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/١٢ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا المجال قضت هذه المحكمة ايضاً انه " ... ولدى عطف النظر الى الحكم المميز وجد انه صحيحاً وموافقاً لاحكام المادة /١٠٧٣-١ مدني لعدم قابلية العقار المفرز بصورة خارجيه للقسمة لاصغر حصة فيه حسبما بين الخبير المختص في محضر الكشف المؤرخ ٢٠٠٦/١٢/٦... " قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم /٥٢/ ت. ب /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢/١٩ (قرار غير منشور).

([٣٨٤]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم /٢٠٠٧/٦٢٥ في ٢٠٠٧/٣/٤ (قرار غير منشور) ؛ وينظر في هذا الشأن : قرارها محكمة بداءة الموصل أيضاً رقم /٢٠٠٢/٢٤٨٦ في ٢٠٠٢/١٢/٣١ (قرار غير منشور) ؛ وقرارها محكمة بداءة الموصل الآخر أيضا رقم /٢٠٠٦/٤٨٣٥ في ٢٠٠٦/١١/٢٧ (قرار غير منشور).

كما قضت في هذا الصدد ايضا محكمة النقض السورية بما يأتي: "... وكان من المقتضى والحالة هذه معاينة الارض المدعى باجر مثلها والتوثق من حقيقتها محليا توصلا لتقدير اجر صحيح لها، وكان اكتفاء القاضي بجلب الخبير الى المحكمة وتقدير اجر مثل اراضي القرية صفقة واحدة ، دون الكشف على الارض المدعى باجر مثلها في غير محله ومخالفا للقانون ومستلزما للنقض، ولكن لا عليها ان هي رفضت الطلب لانها وجدت في ملف الدعوى مايكفي للفصل في موضوع الدعوى " ([٣٨٥]).

فالقاعدة في هذا الشأن هي عدم تسبيب الاحكام التي تصدر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات كاجراء المعاينة مثلا ([٣٨٦]) ، وذلك حسب القواعد العامة الواردة في نصوص القوانين عموما ، فقد نصت المادة /١٧- اولاً من قانون الاثبات العراقي على ان " للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصم اتخاذ أي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة ..." ([٣٨٧]).

ويبرر جانب من الفقه ([٣٨٨]) عدم تسبيب قرار اجراء المعاينة بعدة اسباب يمكن أن نوجزها بما يأتي :-

اولا:- ان سبب صدور هذا القرار لا يحتاج الى بيان وهو ان المحكمة لم تجد ما يكفي لتكوين عقيدتها لذلك ، فان مجرد النطق بهذا القرار يفصح عن سبب صدوره ولا تكون ثمة فائدة للتسبيب.

ثانيا:- ان المحكمة تباشر في هذا الصدد سلطتها التقديرية الواسعة بناءً على نص المادة /١٢٥ من قانون الاثبات العراقي .

ثالثا:- ان الامر يخص المحكمة وحدها ولا شان به للخصوم ، كما ان القاضي يكون محايدا عند الامر باجراء المعاينة خاصة اذا امرت المحكمة بالاجراء من تلقاء نفسها دون مناقشة مسبقة من الخصوم ، او اذا طلب الخصم اتخاذ اجراء الاثبات ولم ينازعه الخصم الاخر، او اذا طلب كل الخصوم اجراء المعاينة.

([٣٨٥]) قرار محكمة النقض السورية رقم/٦١٢ في ١٩٥٦/٢/٢٩، نقلا عن : المستشار أنس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٦٦.

([٣٨٦]) تنظر: المادة /١٢٥ من قانون الاثبات العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة المذكورة آنفاً .

([٣٨٧]) تنظر: المادة /١٧- اولاً من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /٥ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /١٣٥ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي ، والملاحظ انه لم يرد في هذ الشأن نص مماثل في القانون السوري والسعودي والاردني .

([٣٨٨]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص١٢٩.

رابعا:- ان قرار اجراء المعاينة لا يجوز الطعن فيه تمييزا طبقا لنص المادة /١٧٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على ان " القرارات التي تصدر اثناء سير المرافعة ولا تنتهي بها الدعوى لا يجوز الطعن فيها الا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها عدا القرارات التي ابيح تمييزها استقلالا بمقتضى القانون " ، وتقابلها المادة /٢١٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، والمادة /٦١٥ من اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /٢٢٠-١ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السورية ، والمادة /١٧٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة /١٧٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ، والمادة /١٥٠ من قانون المرافعات الفرنسي ([٣٨٩]) ، ولذلك فانه لا حاجة إلى تسبيب القرار الصادر باجراء المعاينة .

خامسا:- ان عدم تسبيب هذا القرار يؤدي الى سرعة الفصل في الدعاوى، لانه يسمح للقاضي بالامر باجرائه عند توافر العناصر اللازمة لتقدير مناسبته، دون حجز الدعوى للحكم لتحرير الاسباب، ومع ذلك فهناك من يشترط دائما لعدم تسبيب هذه القرارات الا يترتب عليها ضرر للخصوم ، فاذا وجد الضرر وجب التسبيب ، وهو رأي بتقديرنا المتواضع جدير بالاعتبار ويمكن الاخذ به، فالقاعدة كما ذكرنا هي عدم تسبيب القرار الخاص باجراء المعاينة ، فلو فرض وسبب القاضي قضاءه في هذا الشان وجاءت اسبابه ناقصة ومشوبة بالقصور، فان ذلك لا يؤدي الى بطلان الحكم مادام لم يتضمن قضاء قطعياً في مسالة الاثبات ([٣٩٠]).

وبهذا نخلص مما تقدم الى ان الاساس في عدم تسبيب القرار الصادر من المحكمة باجراء المعاينة، هو انها تصدره بناء على السلطة التقديرية الكاملة للمحكمة، واصدار القرار في هذه الحالة قد يكون من تلقاء نفسها او قد يكون بناء على طلب الخصم، وللمحكمة عندئذ سلطة تقديرية كاملة في قبول الطلب ايضا ([٣٩١]) .

وكذلك الحال في القرار الصادر بندب خبير في المعاينة لا يلزم القاضي بتسبيبه سواء صدر من تلقاء نفسه او بناء على طلب خصم ([٣٩٢]) ، لان المحكمة تملك سلطة تقديرية في

([٣٨٩]) تنظر: المادة /٢١٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ؛ والمادة /٦١٥ من اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٢٢٠-١ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السورية ؛ والمادة /١٧٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /١٧٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ؛ والمادة /١٥٠ من قانون المرافعات الفرنسي .

([٣٩٠]) ينظر: جلاسون وتسييه وموريل : ج١، بند ٦٧٤، ص٤٠، نقلاً عن : د. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص١٣٠ .

([٣٩١]) تنظر: المادة /١٢٥ من قانون الاثبات العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة المذكورة آنفاً.

([٣٩٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص١٣١.

صدوره ايضا، وفي هذا الصدد يثار التساؤل الاتي: عن مدى رقابة محكمة التمييز على اتخاذ قرار باجراء المعاينة ؟ .

ولاشك انه لا سبيل لمعرفة الاحوال التي يكون فيها للقاضي سلطة تقديرية بالحكم في الدعوى باحد الوجهين الا باستخلاصها من القانون نفسه، بما اعتاد المشرع استعماله من التعبيرات نحو قوله " يجوز، عند الاقتضاء، حسب الظروف، للمحكمة، للقاضي..الخ " ، فيجب على القاضي وهو يشرح اسباب تقديره ان يبين لماذا قدر الواقع والقانون على هذا الوجه دون غيره من الوجوه، وبذلك يقدم لمحكمة التمييز ما يساعدها على التاكد من سلامة التقدير، فالقاضي حر في التقدير بشرط ان يثبت سلامته بما يتيح لمحكمة التمييز وسيلة مراقبته ، إذ ان نطاق الرقابة على سلطة القاضي التقديرية تمتد لتشمل تقدير القاضي لمسائل الواقع كما يشمل تقديره لمسائل القانون ([٣٩٣]).

وبناء على ذلك فان ذات النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي لا يخضع للرقابة المباشرة من محكمة التمييز، وانما يخضع لرقابتها غير المباشرة عن طريق ما تقوم به هذه المحكمة من رقابة عناصر هذا النشاط ، سواء تعلقت هذه العناصر بمسائل الواقع ام بمسائل القانون ([٣٩٤]).

وبهذا فان تقدير مسالة رقابة محكمة التمييز على اتخاذ قرار باجراء المعاينة هي في الحقيقة مسالة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع ، وبالتالي فهو لا يخضع لرقابة محكمة النقض في القانون المصري والقوانين المقارنة الاخر ([٣٩٥]) ، باستثناء القانون العراقي الذي يختلف عنهم بان قرار اجراء المعاينة يخضع لرقابة محكمة التمييز العراقية ، وهذا واضح في نص المواد القانونية ، وذلك بالاخص من خلال نص المادة /٢٠٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على ما ياتي " للخصوم ان يطعنوا تمييزا لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف او محاكم البداءة او محاكم الاحوال الشخصية ولدى استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة وذلك في الاحوال الاتية : ٥- اذا وقع في الحكم خطا جوهري ويعتبر الخطا جوهريا اذا اخطا الحكم في فهم الوقائع..." ([٣٩٦]) ، وينعكس ايضا في القرارات التي تصدر عنها ، اذ جاء في قرار لمحكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون لان محكمة

([٣٩٣]) ينظر: د.نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مرجع سابق، ص٥٠٦.

([٣٩٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: المرجع السابق، ص٥٠٦ وما بعدها.

([٣٩٥]) تنظر: المواد/٢٤٨،٢٤٩،٢٥٠ من قانون المرافعات المدنية المصري؛ والمادة /٧٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ والمادة /٢٥٠ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري؛ والمادة /١٩٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني .

([٣٩٦]) تنظر: المادة /٢٠٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي .

الموضوع قد اصدرت حكمها المميز قبل استكمال التحقيقات اللازمة لحسم الدعوى ... اضافة الى ذلك ان الدعوى مقامة على اساس الضرورة الملجئة، فكان يقتضي التأكد عما اذا كان للمميز عليهما المدعية او زوجها او احد اولادها القاصرين عقاراً يسكن على وجه الاستقلال تستطيع ان تسكنه في حدود المدينة التي يقييم فيها عملاً باحكام المادة /١٧-١٢ من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، ومما تقدم يقتضي على محكمة الموضوع اجراء الكشف على الماجور ... وبيان عدد الشاغلين في الدار الماجوره لتتمكن من التحقق من وجود الضرورة الملجئة وحيث ان محكمة الموضوع اغفلت ما تقدم في حكمها المميز مما اخل بصحته لذا قرر نقضه" ([٣٩٧]).

كما اصدرت هذه المحكمة ايضاً ما يأتي انه "... تبين من الكشف الذي اجرته محكمة الموضوع على الدار التي تسكنها المميز عليها المدعية وعائلتها وابنها المتزوج مع زوجته وطفلته ان عدد غرف الدار ومشتملاتها كافية وتتناسب مع عدد افراد العائلة المذكورة ، وهي لا تضيق بساكنيها ، وحيث ان زواج احد الاولاد لوحده لا يعد سبباً من اسباب الضرورة الملجئة ، لذا قرر نقض الحكم المميز ... " ([٣٩٨]).

وهكذ فان اتخاذ قرار باجراء المعاينة في القانون العراقي هي بالاحرى مسالة موضوعية ايضا يقدرها قاضي الموضوع ، الا انه يتبين لنا من خلال تحليلنا السابق واستنتاجنا انها تخضع لرقابة محكمة التمييز العراقية ، وذلك من خلال نص المادة /٢٠٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي التي تنص على ما ياتي " للخصوم ان يطعنوا تمييزا لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف او محاكم البداءة او محاكم الاحوال الشخصية ولدى استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة وذلك في الاحوال الاتية : ٥- اذا وقع في الحكم خطا جوهري ويعتبر الخطا جوهريا اذا اخطا الحكم في فهم الوقائع..." ، ومن هذا النص القانوني يظهر لنا بوضوح ان قاضي الموضوع يخضع لرقابة محكمة التمييز العراقية في اتخاذ قرار باجراء المعاينة ، كما ان ورقابة محكمة التمييز العراقية هذه تشمل تطبيق القانون والمسائل الموضوعية ايضا، ونؤيد موقف القانون العراقي في ذلك ، اذ من الافضل ان يخضع قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز في المسائل الموضوعية ايضاً، وذلك زيادة في الاطمئنان من تحقيق العدالة .

([٣٩٧]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم /٧٨٨/ ت. ب /٢٠٠١ في ٢٠٠١/١١/٦ (قرار غير منشور).

([٣٩٨]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم /١٠٣/ ت. ب /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٤/٢٤ (قرار غير منشور) ؛ وينظر في هذا السياق قرارها أيضاً رقم /٣٠٩/ ت. ب /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٦/٣ (قرار غير منشور).

المطلب الثاني

تقدير العدول عن قرار المعاينة

مما لا ريب فيه أن للمحكمة ايضا سلطة في العدول عن قرار اجراء المعاينة ، وذلك تطبيقا لنص المادة /١٢٨ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على ان " للمحكمة العدول عن قرارها باجراء المعاينة اذا وجدت في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين رأيها على ان تعلل قرار الرجوع عن المعاينة في محضر الجلسة " بينما لم يرد نص صريح بذلك في القوانين المقارنة الاخر.

الا انه وطبقا للقواعد العامة فان نصوص القوانين المقارنة متشابهة في احكامها حول ذلك، فقد جاء في المادة /١٧–ثانياً وثالثاً من قانون الاثبات العراقي ما نصه " ثانيا– للمحكمة ان تعدل عما امرت به من اجراءات الاثبات بشرط ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة. ثالثا– للمحكمة الا تاخذ بنتيجة أي اجراء من اجراءات الاثبات بشرط ان تبين اسباب ذلك في حكمها " ، وتقابلها المادة /٩ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية ، والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، في حين لا يوجد نص مماثل في القانون السوري والاردني والفرنسي ([٣٩٩]).

والملاحظ من نص المادة / ١٧ أعلاه من قانون الاثبات العراقي بفقرتيها ثانياً وثالثاً، أنها أشارت إلى ضرورة تسبيب الاحكام الصادرة في مسائل الاثبات، في حين لم تشتمل الفقرة اولاً من المادة /١٧ على الاشارة الى التسبيب في حالة اتخاذ قرار أو اجراء من اجراءات الاثبات كاجراء المعاينة مثلا .

وبهذا يتضح لنا مما سبق أن هناك حالات معينة في القانون العراقي يلزم فيها ذكر الاسباب وذلك في حالتين هما على النحو الاتي :–

الحالة الاولى:– هي حالة العدول عن اتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات كإجراء المعاينة.

الحالة الثانية:– هي حالة رفض المحكمة الاخذ بنتيجة اجراء الاثبات كإجراء المعاينة ، ويكفي تسبيب اجراءات الاثبات وجوب اشتمالها على الاسباب الواضحة والكافية التي تسوغ صدورها.

([٣٩٩]) تنظر: المادة /٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية ؛ والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان النص القانوني الخاص بجواز العدول عن اجراءات الاثبات قد جاء بشرط بيان الاسباب في محضر الجلسة ، وذلك بخلاف القرار الصادر بعدم الاخذ بنتيجة اجراء الاثبات ، إذ اوجبت نصوص القوانين المقارنة ان يذكر في اسباب حكمه حجية الاسباب التي دفعته الى عدم الاخذ بنتيجة الاجراء الذي امرت به، فلا يكفي هنا ذكر الاسباب في محضر الجلسة ([٤٠٠]) .

والحقيقة ان موقف التشريعات عموماً موقف منطقي في هذا الشأن، اذ ان سلطة القاضي هي سلطة تقديريه ، ولكنها لا تصل الى حد الاطلاق كما ذكرنا آنفاً، لان القاضي تتقيد سلطته في تقدير قيمة الدليل القانوني، وتنحصر فقط في التأكد من وجوده ، كما ان سلطة القاضي بالنسبة إلى تقدير قيمة الدليل تتقيد أيضا بقيد مفاده أن يكون تقدير القاضي للدليل تقديرا سائغا ومقبولا، وحيث ان هذه السلطة لا تصل الى حد الاطلاق ، فانه ينبغي تسبيب القاضي لحكمه اذا لم ياخذ بنتيجة اجراء الاثبات كإجراء المعاينة حتى يمكن رقابته في هذا الشأن ([٤٠١]).

كما ويرجع بتقديرنا السبب الحقيقي في الاكتفاء في حالة العدول عن اجراء من اجراءات الاثبات كإجراء المعاينة ، إلى ان تبين المحكمة اسبابها في محضر الجلسة، حتى يطمئن الخصوم الى عدالة المحكمة وان اقتناعها قد تم بناءً على اسباب صحيحة مذكورة بمحضر الجلسة ، فضلا عن انه يفسح المجال واسعا امام القاضي ليكون دوره ايجابيا في تسيير اجراءات الاثبات .

اما في حالة عدم الاخذ بنتيجة الاجراء كإجراء المعاينة فيجب ان تبين المحكمة اسبابها في الحكم الصادر في الدعوى ، ذلك انه يجب ان تناقش اسباب الحكم كل النتائج المستخلصة من الاجراءات المتخذة من المستندات والادلة المقدمة في الدعوى ، فاذا اغفلت المحكمة بيان اسباب العدول في محضر الجلسة او لم يتضمن الحكم الصادر في موضوع الدعوى في اسبابه صراحة او دلالة اسباب العدول ، فان ذلك مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه .

كما ان اغفال ذكر اسباب عدم الاخذ بنتيجة إجراء المعاينة في الحكم يجعل الحكم قابلا للطعن فيه لقصور اسبابه ، لان عدم الاخذ بنتيجة اجراء الاثبات يتعلق بدفاع جوهري قد يكون من شأنه ان يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، اما اذا كانت الاسباب التي ذكرت في الحكم غير

([٤٠٠]) تنظر: المادة /٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية ؛ والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعية السعودي .

([٤٠١]) ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص١٤٧.

حقيقية او غير سائغة فان هذا الحكم يكون مشوبا بالقصور في الاسباب وبالخطا في الاسناد مما يستوجب نقضه ايضاً ([٤٠٢]).

وبهذا يتضح لنا مما سبق أن المحكمة تملك حق العدول عما امرت به، اذا رات ان اجراء المعاينة اصبح غير مجد او غير منتج في الدعوى ، وان ما استجد في الدعوى بعد حكم الاثبات يكفي لتكوين عقيدتها، اذ ان جميع الاحكام المتعلقة بالاثبات تتفق في طبيعتها بانها لا تقطع النزاع ولا تحدد مراكز الخصوم، ومن ثم اذا رأى القاضي انه لا جدوى من وراء تنفيذ هذا الاجراء او يتعذر تنفيذه ، فله العدول عنه والفصل في النزاع في ضوء ما قدم فيه من ادلة وبراهين ([٤٠٣]).

وفي هذا الصدد ينبغي الاشارة الى عدم تقيّد المحكمة أيضاً بحكمها الصادر بندب خبير اثناء المعاينة ، فهو اجراء من اجراءات الاثبات التي تتخذها المحكمة بقصد تنوير عقيدتها بصدد واقعة ما في الدعوى، فهو لا يخرج عن كونه حكما تمهيديا لا يقيد المحكمة وتملك بذلك حق العدول عنه متى وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها او ما استجد في الدعوى من امور تغنيها عن الاستعانة بالخبير، والمحكمة ايضا غير مقيدة بالابقاء على هذا الاجراء فتملك الفصل في موضوع الدعوى دون انتظار نتيجة الخبرة التي امرت بها، متى وجدت في الدعوى بما تحويه من ادلة وبراهين ما يكفي لتاسيس اقتناعها ([٤٠٤]) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بان "... الحكم الصادر بندب خبير لبيان اجرة المثل لا يقيد المحكمة وتملك العدول عنه اذا ما تبينت الاجرة الحقيقية ولا يعد ذلك مخالفة لحجية الامر المقضي... " ([٤٠٥]).

([٤٠٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص٥٨ و ٥٩ ؛ وائل مؤيد جلال الدين، اجراءات الاثبات المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ايلول، ٢٠٠٦م ، ص٨٦ وما بعدها.

([٤٠٣]) تنظر: د. سحر عبد الستار امام يوسف، مرجع سابق، ص٤٧٠.

([٤٠٤]) Alain Lorieux,"lexpertise et le jugement", lexpertise, colloque, Dalloz, 1995, p.123.ets.

([٤٠٥]) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٧١/٦/١٠ ، س٢٢، ص٧٤٣ ؛ وعلى المنوال نفسه قضت هذه المحكمة ايضا بانه " ... لا تثريب على محكمة الاستئناف ان هي عدلت عن قرارها بمناقشة الخبراء اذا رات انه غير منتج ، مكتفية بالاوراق المطروحة امامها ومنها تقرير الخبير الاستشاري ، لان من حق محكمة الموضوع ان تعدل عما امرت به من اجراء الاثبات متى رات انه اصبح غير منتج ، او ان في اوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها ... " قرار محكمة النقض المصرية رقم /٥٦١ ، س٤٢ ، في ١٩٨٣/١٢/٧ ، نقلا عن: د. سحر عبد الستار امام يوسف ، مرجع سابق، ص٥١٥ و٥١٦.

وعلى المنوال نفسه قضت محكمة التمييز الاردنية بانه " ... لا يجوز للمحكمة العدول عن قرارها باجراء الخبرة دون بيان اسباب هذا العدول ولا يجوز لها ان تحل نفسها محل الخبير في المسائل الفنية لان ذلك يجعل قرارها مخالفا لاحكام القانون... " ([٤٠٦]) .

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ، ان قاضي الموضوع غير ملزم ببيان اسباب العدول صراحةً ، فيكفي ان يبين في مدونات الحكم ان المحكمة قد وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة إلى تنفيذ الاجراء الذي امرت به ، فيعتبر اقامة المحكمة حكمها على ما توافر لها من ادلة بياناً ضمنياً بسبب عدولها عن قرارها السابق باتخاذ اجراء معين من اجراءات الاثبات كإجراء المعاينة ، اذ ان التشريعات عموماً لم ترتب جزاءً معيناً على مخالفه ذلك، فالنص يعد تنظيمياً ، ومن ثم لا يعيب الحكم عدم الافصاح صراحة في مدوناته عن اسباب عدم الاخذ بنتيجة هذا الاجراء ([٤٠٧]) ، وبهذا اخذ قضاء النقض المصري ([٤٠٨]) ، إذ يجري اعفاء القاضي من ذكر اسباب العدول في حالتين هما :-

<u>الحالة الاولى</u> :- ان كانت المحكمة هي التي امرت من تلقاء نفسها باتخاذ اجراءات الاثبات كاجراء المعاينة ، وبناءً على ذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية " ... بان المحكمة لا تلزم بذكر اسباب العدول اذا كانت هي التي امرت باتخاذ الاجراء من تلقاء نفسها ، اذ لا يتصور – على ماجرى به قضاء هذه المحكمة – ان يمس العدول في هذه الحالة أي حق للخصوم مما لا يلزم معه ذكر أي تبرير له ... " ([٤٠٩]) .

<u>الحالة الثانية</u> :- وهي اذا كان العدول قد تم ضمناً ، فالمحكمة ليست ملزمة بان تصدر قراراً صريحاً يتضمن عدولها عن اجراء الاثبات كاجراء المعاينة ، وقد اكدت محكمة النقض المصرية على ذلك في احد احكامها في هذا الشأن ، إذ جاء فيه ما نصه " ... انه يجوز للمحكمة ان تعدل عما امرت به من اجراءات الاثبات ، اذا ما وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي لتكوين

([٤٠٦]) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم /٩٧/١٣٠٤ ، ص٤٦٠٥ ، س١٩٩٧، الاجتهاد القضائي، ج٢، ق ١٠٢٨، نقلا عن : أ. د.عباس العبودي، شرح احكام قانون البينات الجديد، مرجع سابق، ص٢٤٠ ؛ وعلى المنهج نفسه قضت ايضا محكمة التمييز الكويتية بانه " ... لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اجابة الخصوم الى طلب احالة الدعوى الى التحقيق او ندب خبير او رفضه متى رات من ظروف الدعوى والادلة التي استندت اليها ما يكفي لتكوين عقيدتها... " قرار محكمة التمييز الكويتية رقم /١ في١٩٨٦/٣/٢٤، نقلا عن : سالم محمد الكواري ، مرجع سابق، ص٧١٥.

([٤٠٧]) للمزيد من التفصيل تنظر: د. سحر عبد الستار امام يوسف، مرجع سابق، ص٤٧٨.

([٤٠٨]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق ، ص١٤٠ .

([٤٠٩]) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٧٨/١٢/٦، المجموعة ٢٩، ص٣٥٧ ، نقلاً عن : المرجع السابق، ص١٤٠ .

عقيدتها ... كما ان لها الا تاخذ بنتيجة الاجراء ... وان تطلب النص في المادة /٩ من قانون الاثبات بيان اسباب العدول عن الاجراء في محضر الجلسة ، وبيان اسباب عدم الاخذ بنتيجة اجراء الاثبات الذي تنفذ في اسباب الحكم ، الا انه لم يرتب جزاء معيناً على مخالفة ذلك ، فجاء النص في هذا الشان تنظيمياً ... ولما كانت المحكمة قد وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة لتنفيذ حكم الاستجواب ، وكان هذا عدولاً ضمنياً عن تنفيذه ، فلا يعيب الحكم عدم الافصاح صراحة في محضر الجلسة او في مدوناته عن اسباب هذا العدول ... " ([٤١٠]).

([٤١٠]) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٧٩/١٠/٢٩، المجموعة ٣٠، ج٣، ص١٠، نقلاً عن : د. عزمي عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص١٤٠.

المبحث الثاني

تقدير نتيجة إجراء المعاينة

لا شك القاضي يتمتع بالسلطة والإرادة التقديرية عند مباشرته لوظائفه القضائية، وأن هذه الإرادة التقديرية ليست مطلقة ، بل هي على نحو مناسب وصحيح وفقا للقانون، فهذه الإرادة لها أهداف محددة ينبغي أن يسعى إلى تحقيقها، فهو يملك حق العدول عن نتيجة اجراءات الاثبات ، ومنها نتيجة اجراء المعاينة ، اذا راى ان اجراءها اصبح غير مجد وغير منتج في الدعوى ، وان ما استجد في الدعوى بعد حكم الاثبات يكفي لتكوين عقيدته، اذ ان جميع الاحكام المتعلقة بالاثبات تتفق في طبيعتها بانها لا تقطع النزاع ولا تحدد مراكز الخصوم، ومن ثم اذا رأى انه لا جدوى من وراء تنفيذ هذا الاجراء او يتعذر تنفيذه، فله العدول عنه والفصل في النزاع في ضوء ما قدم فيه من ادلة وبراهين .

وبما ان الإرادة التقديرية للقاضي في إجراءات المعاينة تشمل سلطته في تقدير الاخذ بنتيجة المعاينة وسلطته في تقدير عدم الاخذ بها، لذا يقتضي الامر منا بحث هذا الموضوع هنا بايجاز غير مُخل ومن غير اسهاب ، وذلك عبر المطلبين الاتيين:-

المطلب الاول/ تقدير الاخذ بنتيجة إجراء المعاينة .

المطلب الثاني/ تقدير عدم الاخذ بنتيجة إجراء المعاينة .

المطلب الاول

تقدير الاخذ بنتيجة إجراء المعاينة

اما عن سلطة المحكمة في تقدير نتيجة المعاينة ، فالواقع انه بعد ما تنتهي اجراءات المعاينة القضائية الصحيحة بتحرير محضر بالاعمال المتعلقة بها ، سواء تمت بصورة دعوى فرعية من قبل محكمة الموضوع ، ام تمت بالكشف المستعجل بصورة دعوى اصلية من قبل القضاء المستعجل كما ورد سابقا، فانه يذكر في هذا المحضر كيفية انتقال المحكمة أو اسم القاضي المنتدب للقيام بها وتاريخها وساعتها وبيان اسماء من حضرها من الخصوم، والاعمال التي قامت بها المحكمة واوصاف المتنازع فيه وقت المعاينة أو الكشف، ومشاهدات المحكمة من وقت التوجه الى محل النزاع الى وقت العودة الى المحكمة، بما فيها سماع من يكون ضروريا من الشهود واقوال الخبراء الذين كلفتهم المحكمة ببعض المهام، ويعد هذا المحضر من الاوراق الرسمية ([٤١١]).

وبهذا نستنتج ان المعلومات المدونة في محضر المعاينة عموما تصنف في اربعة اقسام رئيسية ([٤١٢]) :-

القسم الاول:- وهو ما تتثبت منه المحكمة بنفسها، وما تشاهده من وقائع واوصاف، وهذه المعلومات تعد صحيحة حتى يثبت تزويرها، وهي ملزمة للمحكمة وللاطراف.

القسم الثاني:- افادت الشهود في أثناء المعاينة ، وهي بتقديرنا لها قيمة في الاثبات هنا، لانه ينبغي التقيد بالاصول المقررة لسماع الشهود ومنها حلف اليمين القانونية للشاهد ابتداءً .

القسم الثالث:- رأي الخبير في حالة الاستعانة به في المعاينة، اذ أن الاصل ان المحكمة غير ملزمة برأي الخبرة ، لانها ما هي الا وسيلة للتقدير الفني للادلة المادية والمعنوية على حد سواء، فهي استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين قناعته عن الشيء المتنازع فيه، وتتضمن رأياً فنيا علميا شخصيا معللاً، وتحتفظ الخبرة بوظيفتها الاجرائية كاستشارة فنية لمساعدة القاضي في تكوين عقيدته .

القسم الرابع:- المعلومات التي تدون على لسان ذوي الشأن، وهذه المعلومات تعد صحيحة حتى يثبت عكسها وفق الطرق المقررة.

([٤١١]) ينظر: د.سليمان مرقس، من طرق الاثبات، مرجع سابق، ص٢٩١ ؛ د. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص٣٩٨ ؛ المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٩٣.

([٤١٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار أنس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٩٤.

وبهذا يتضح لنا مما تقدم ان المحضر الذي تنظمه المحكمة يمكن ان يعتريه احد العيوب الثلاثة وهي :-

اولا – اما نقص في عرض الوقائع والاوصاف.

ثانيا – او عيب في الاجراءات كعدم التوقيع عليه من القاضي.

ثالثا – أو التحريف في الوقائع أي التزوير.

أما العيب الاول وهو النقص في عرض الوقائع او الاوصاف ، فلا يمكن تداركه الا في اعادة اجراء المعاينة القضائية من جديد او اكمالها، اما العيب الثاني وهو العيب في الاجراءات كعدم توقيع القاضي على محظر المعاينة القضائية ، فلا يمكن تداركه ايضا الا باعادة اجراء المعاينة من جديد ، اما العيب الثالث وهو التحريف في الوقائع أي التزوير، فان التزوير يتم اثباته بجميع طرق الاثبات، ومن هذه الطرق اعادة اجراء المعاينة من جديد ، اذا كانت الوقائع والاوصاف ما زالت على الحالة السابقة التي تمت فيها المعاينة في المرة الاولى، ولهذه الاسباب يتضح لنا أنه يجوز للمحكمة اعادة اجراء المعاينة من جديد ، كلما استدعى الامر ذلك ، اما من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم، كما ان محكمة الاستئناف تملك أيضاً حق اعادة اجراء المعاينة اذا وجدت ما يستدعي ذلك ([٤١٣]).

وفي ضوء ذلك فان تمت تلك المعاينة وفقا للاجراءات المنصوص عليها ، فان كل ما اثبتته القاضي في محضر المعاينة يعد دليلا قائما في الدعوى يتحتم على المحكمة التي تنظر الدعوى ان تقول كلمتها فيه ، والا كان حكمها مشوبا بالقصور، فلها الاخذ بنتيجة المعاينة الاقضائية التي اجرتها ، اذ تبقى المعاينة دليل إثبات قائماً بذاته، تبدأ بإجراء قضائي تقوم به المحكمة اثناء الدعوى، ووظيفة هذا الاجراء هو تكوين رأي وقناعة المحكمة في شأن موضوع النزاع، والتوصل الى اثبات واقعة عن طريق مشاهدتها ومعاينتها عن طريق المعاينة.

وبهذا نستشف ان المعاينة القضائية تبدأ بإجراء قضائي تقوم به المحكمة من اجل توضيح الحقيقة بشأن موضوع الدعوى، ومساعدتها على تكوين رأيها واعتقادها الصحيح، وبهذا فقد يسفر ذلك الاجراء عن دليل قانوني ، من خلال التعرف على وقائع مجهولة ، تنقل الى حيز الدعوى دليلاً يتعلق باثبات وقائع ، يستطيع التعرف عليها بنفسه ، وبهذا فان المحكمة تمتلك سلطة في تقدير نتيجة المعاينة والاخذ بها وذلك وفقا للقانون .

([٤١٣]) ينظر: المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٩٥.

المطلب الثاني

تقدير عدم الاخذ بنتيجة إجراء المعاينة

لاشك أن للقاضي سلطة في تقدير الدليل الناتج عن المعاينة ، فله أن ياخذ به حسب قناعته ، كما له أن لا ياخذ به ، اذا رأى انه لا جدوى من وراء تنفيذ هذا الاجراء او يتعذر تنفيذه ، فله العدول عنه والفصل في النزاع في ضوء ما قدم فيه من ادلة وبراهين ، الا انه ملزم في حالة عدم الاخذ به بتسبيب قرار الرفض ، كما هو الحال في أي دليل اثبات اخر ، وذلك استنادا الى احكام المادة /١٢٨ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على ان " للمحكمة العدول عن قرارها باجراء المعاينة اذا وجدت في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين رأيها على ان تعلل قرار الرجوع عن المعاينة في محضر الجلسة " ولم يرد نص صريح بذلك في القوانين المقارنة الاخر، الا انه طبقا للقواعد العامة فان نصوص القوانين المقارنة متشابهة في احكامها حول ذلك، فقد جاء في نص المادة / ١٧ – ثالثا من قانون الاثبات العراقي المذكورة سابقا على أنه " ثالثا– للمحكمة الا تاخذ بنتيجة أي اجراء من اجراءات الاثبات بشرط ان تبين اسباب ذلك في حكمها " ، وتقابلها المادة /٩ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية ، والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعية السعودي، في حين لايوجد نص مماثل في القانون السوري والاردني والفرنسي ([٤١٤]) .

ووفقا لنص المواد اعلاه يحق للمحكمة أن تعدل عن الاخذ بنتيجة المعاينة بشرط ان تبين اسباب ذلك في حكمها ، فاذا ما تمت المعاينة القضائية وفقا للاجراءات القانونية المنصوص عليها ، فان كل ما اثبتته المحكمة او القاضي المنتدب او المحكمة المنابة في محضر المعاينة ، يعد دليلا قائما في الدعوى يتحتم على المحكمة التي تنظر الدعوى ان تقول كلمتها فيه ، والا كان حكمها مشوبا بالقصور، فاذا انتقلت المحكمة او احد اعضائها الى محل النزاع، واجري فيه معاينة تمسك بها احد الخصوم، اعتبرت دليلا قائما في الدعوى، فاذا قضت المحكمة ضده دون ان تتحدث عنها كان حكمها معيبا مستوجبا نقضه ([٤١٥]).

([٤١٤]) تنظر: المادة /٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية ؛ والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

([٤١٥]) ينظر: د.سليمان مرقس، من طرق الاثبات، مرجع سابق، ص٢٩١ ؛ د.عبد الحكم فوده ، موسوعة الاثبات ، مرجع سابق، ج٣، ص١٠٠٣.

وفي هذا السياق ينبغي ان نذكر انه ورد في حيثيات قرار قضت به محكمة النقض المصرية بانه "... اذا حكمت المحكمة قبل الفصل في الموضوع بانتقالها الى محل النزاع فكل ما يثبت لها بالمعاينة يعتبر دليلا قائما في الدعوى يحكم عليها ان تقول كلمتها فيه، وخاصة اذا كان النزاع بين الطرفين المتخاصمين متعلقا بالحالة الطبيعية للعين المتنازع عليها، فاذا كان المستانف قد بنى استئنافه على ان المستأنف عليه كان – قبل الاتفاق على البدل الذي عقد بينهما– قد عاين الارض المعاينة التامة النافية للجهالة فلا يكون له بعدها حق في الامتناع عن اتمام الصفقة بسبب وجود حق ارتفاق ظاهر على الارض، ثم قضت المحكمة بالانتقال للتحقيق بنفسها مما اذا كان الارتفاق ظاهر ام غير ظاهر ونفذ حكمها فعلاً فانتقل احد اعضائها واثبت حالة هذا الحق ومع هذا ضربت في حكمها صفحا عن نتيجة المعاينة فان هذا الحكم يكون ناقص التسبيب... " ([٤١٦]).

ويتضح لنا من حيثيات القرار أن المحكمة تمتلك سلطة في تقدير نتيجة المعاينة والاخذ بها من عدمه ، وسلطة المحكمة بعدم الاخذ بها ، منوط بتسبيبها لقرار العدول عن نتيجة المعاينة وعدم الاخذ بها .

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الخصوص انه يجب ان ترد اسباب عدم الاخذ بنتيجة المعاينة في ذات القرار الصادر كما ذكرنا سابقاً ، بخلاف القرار الصادر بالعدول عن اجراءات الاثبات كاجراء المعاينة، الذي اشترطت نصوص القانون العراقي والقوانين المقارنة الاخر ، بيان الاسباب في محضر الجلسة، فلا يتطلب هنا ذكر الاسباب في ورقة الحكم أي في ذات القرار، وقد فصلنا سابقا عن الحكمة من وجوب ايراد التسبيب في قرار الحكم في حالة عدم الاخذ بنتيجة اجراء المعاينة، اذ يجب ان يناقش اسباب الحكم النتائج المستخلصة من الاجراءات المتخذة من المستندات والادلة المقدمة في الدعوى، فاذا اغفلت المحكمة ذكر الاسباب، فان ذلك يجعل الحكم قابلا للطعن فيه لقصور اسبابه، لان عدم الاخذ بنتيجة اجراء المعاينة يتعلق بدفاع جوهري، قد يكون من شانه ان يغير به وجه الرأي في الدعوى، اما اذا كانت الاسباب المذكورة في الحكم غير حقيقية او غير سائغة، فان هذا الحكم يكون مشوبا بالقصور في الاسباب وبالخطأ في الاسناد مما يستوجب نقضه.

([٤١٦]) قرار محكمة النقض المصرية رقم /٥٩ في ١٩٤٥/٤/٨ ، نقلا عن : المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٩٤.

ويثار هنا التساؤل الاتي : عن مدى سلطة قاضي الموضوع في تقدير الدليل الناتج عن اجراء المعاينة ؟ .

ويبدو لنا ان الفقهاء قد اختلفوا في تحديد مدى سلطة المحكمة في تقدير الدليل الناتج عن اجراء المعاينة ، حيث ذهب العلامة د. السنهوري الى القول بانه " وغني عن البيان ان المعاينة والخبرة دليلان حجيتهما غير ملزمة " ([٤١٧]) .

ويؤيده هذا الرأي د. فتحي والي بالقول أيضا انه " وتكون التقديرات التي يتوصل اليها القاضي اثناء المعاينة خاضعة لمطلق تقدير المحكمة " ([٤١٨]) .

وحقيقة فاننا نتفق مع رأي الاستاذين الجليلين ، بان القاضي حر في مدى الاخذ بما حصل عليه من علم نتيجة اجراء المعاينة، الا اننا نضيف انه ملزم في حالة عدم الاخذ به بتسبيب قرار الرفض كما هو الحال في أي دليل ، استناداً إلى ما فصلناه سابقا حول المادة /١٧- ثالثاً من قانون الاثبات العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة الاخر ، وكما بينا في تحليلنا السابق لها واستنتاجنا التالي له ، فبامكان القاضي ألا ياخذ بنتيجة اجراء المعاينة، وقد اعتبرنا ذلك ايضاً من ضمن الخصائص العامة التي تمتاز بها المعاينة .

وبناءً على ذلك يمكن للقاضي الا ياخذ بنتيجة المعاينة اذا استشعر ان ثمة تغيرات قد ادخلت على ما عاينه ، بحيث لم تعد تطابق الحقيقة ، أو أن المعاينة بحد ذاتها لم تؤد الى تكوين قناعته بصدد النزاع ، كان يجد مثلا ان الحدود في العقار محل النزاع قد درست او انطمرت سواء كان ذلك بفعل الغير كالانسان ام بفعل عوامل المناخ والطبيعة من امطار وفيضانات وغيرهما ([٤١٩]) .

في حين يذهب رأي أخر مخالف للرأي السابق الى ان حجية الدليل الناتج عن المعاينة حجية ملزمة للمحكمة يجب عليها ان تقول كلمتها فيها ([٤٢٠]).

([٤١٧]) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار احياء التراث العربي، بيروت، من دون سنة طبع، ج٢، ص١٠١ هامش (٢).

([٤١٨]) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق ، ص٥٥٨ ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: د. مصطفى كامل كيره، قانون المرافعات الليبي، منشورات الجامعة الليبية، دار صادر، بيروت، ١٩٦٩م ، ص٥٩٣.

([٤١٩]) في هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان د.أدم وهيب النداوي قد اخذ بهذا الرأي أيضا، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. أدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، مرجع سابق، ص٢٦٦.

([٤٢٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.عبد الودود يحيى، دروس في قانون الاثبات ، طبع القاهرة ، من دون سنة طبع، ص١٨٩.

ونرى بدورنا أن حجية الدليل الناتج عن المعاينة حجية غير ملزمة للمحكمة ، الا اننا نرى أيضا أنه يجب عليها ان تقول كلمتها فيها في حالة رفضها الاخذ بنتيجة المعاينة.

ونرى في هذا المجال ايضا انه يمكن ان يكون الدليل الناتج عن اجراء المعاينة دليلا ناقصا في الدعوى وليس كاملا مكتملا ، وقد يظهر مبدأ الثبوت القانوني فيه اذا ما توافرت شروطه، فيجوز للمحكمة ان تعزز تقرير المعاينة بالادلة الاخرى اذا لم تكتمل قناعتها به، استنادا إلى احكام المادة /١٢٠ و ١٢١، واحكام المادة /١٣١ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على ان " للمحكمة ان تتخذ من تقرير المعاينة سببا للحكم " .

اذ نصت المادة / ١٢٠ من قانون الاثبات العراقي على أنه " للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل ، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به " ، كما نصت ايضا المادة /١٢١ من قانون الاثبات العراقي على أنه " يشترط في توجيه اليمين المتممة الا يكون في الدعوى دليل كامل ، والا تكون الدعوى خالية من أي دليل " ، والتي تطابقهما المادة /١١٩ من قانون الاثبات المصري، والمادتان /٢٥٠ و ٢٥١ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية ، والمادة /١٢١ من قانون البينات السوري ، والمادة /٧٠ من قانون البينات الاردني ، والمادتان /١٣٦٦و٣٦٧ من قانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤المعدل ، والمادة /٦٢ من قانون الاثبات للامارات العربية المتحدة ، والمادة / ٣٤٨ من قانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥ – ٨٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل، والمادة /١٤٥ من قانون الاثبات اليمني ، والمادة /١٢٦ من قانون الاثبات المدني والتجاري البحريني ، بينما نلاحظ انه لا يوجد نص مماثل في القانون السعودي ([٤٢١]) .

فاليمين المتممة اذن يمين توجهها المحكمة من تلقاء الى احد الخصمين ليكمل بها الدليل الناقص اذا ما توافر فيه مبدأ الثبوت القانوني ([٤٢٢]) ، فاذا ما عزز القاضي هذا الدليل الناقص

([٤٢١]) تنظر: المادة /١١٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادتان /٢٥٠ و ٢٥١ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية ؛ والمادة /١٢١ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٧٠ من قانون البينات الاردني ؛ والمادتان /١٣٦٦و٣٦٧ من قانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤ المعدل ، ينظر: Code civil LiTec paris 2003؛ والمادة /٦٢ من قانون الاثبات للامارات العربية المتحدة ؛ والمادة / ٣٤٨ من قانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥ – ٨٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل ؛ والمادة /١٤٥ من قانون الاثبات اليمني ؛ والمادة /١٢٦ من قانون الاثبات المدني والتجاري البحريني.

([٤٢٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، اليمين المتممة في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، مجلة بحوث مستقبلية ، مجلة علمية فصلية محكمة ، تصدر عن مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة ، الموصل ، جمادى الاولى١٤٢٥هـ/ تموز٢٠٠٤م ، ع/ ٩، ص٤٨ وما بعدها .

المتوفر فيه مبدا الثبوت القانوني باليمين المتممة اصبح بمثابة دليلا كاملا على صحة دعوى المدعي في الدعوى المنظورة امامها ([٤٢٣]).

وبهذا نكون قد حصرنا شروط توجيه اليمين المتممة فقط عندما يتوافر مبدأ الثبوت القانوني في الدعوى المنظورة امام المحكمة ([٤٢٤]) ، اذ ليس من الضروري ان يكمل القاضي كل دليل ناقص في الدعوى ، فالدليل الناقص يبقى ناقصا ويترك ، ولا يحق للقاضي أن يكمله الا اذا كان اكمالا لمبدأ الثبوت القانوني في الدعوى ([٤٢٥]).

وهكذا يجوز للمحكمة ان تتخذ من تقرير المعاينة دليلا يكمله دليل اخر، كان تقرر توجيه اليمين المتممة وفقا لاحكام المادة /١٢٠ و ١٢١ من قانون الاثبات العراقي الى من يستفيد من هذه المعاينة أي من تقررت المعاينة لمصلحته وذلك لتكوين قناعتها اذا وجدت ان نتيجة تلك المعاينة ليست دليلا كافيا للحكم ([٤٢٦]) .

كما يمكن أيضا ان يكون تقرير الخبير دليلا ناقصا ويظهر مبدأ الثبوت القانوني فيه اذا ما توافرت شروطه ، اذ يجوز للمحكمة ان تعزز تقرير الخبير بالادلة الاخرى اذا لم تكتمل قناعتها به ، وذلك استنادا الى احكام المادة /٤٠ من قانون الاثبات العراقي والتي نصت على انه " للمجكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سببا لحكمها " ، وتقابلها المادة /١٥٦ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /٣٢٧ من قانون اصول المحاكمات اللبناني، حيث جاءت متشابهة بالمعنى ولكن بصيغ مختلفة ([٤٢٧]).

وبهذا يكون للمحكمة ان تعزز رأي الخبير باليمين المتممة اذا لم تكتمل قناعتها به وتوافر فيه مبدأ الثبوت القانوني في الدعوى المنظورة امامها ، فيجوز للمحكمة ان توجهها من تلقاء

([٤٢٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلة فصلية علمية محكمة ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الموصل ،شعبان ١٤٢٥هـ/ ايلول ٢٠٠٤م ، المجلد ٣ ، السنة ٩ ، ع /٢٢، ص١٤٤ وما بعدها .

([٤٢٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، الاحكام الخاصة لليمين المتممة الجوازية والوجوبية في الشريعة الاسلامية والقانون دراسة تحليلية مقارنة معمقة في الاثبات المدني معززة بالقرارات القضائية ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤م ، ص٣٦ وما بعدها .

([٤٢٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: المرجع السابق، ص٣٠ وما بعدها .

([٤٢٦]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، مبدا الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الاثبات المدني، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر – الامارات ، ٢٠١٢م ، ص١٢٨.

([٤٢٧]) تنظر: المادة /١٥٦ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٣٢٧ من قانون اصول المحاكمات اللبناني .

نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل بل ناقص وبشرط توافر فيه مبدأ الثبوت القانوني في الدعوى ، ولتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى ([٤٢٨]).

وتطبيقا لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية انه " ... لذا كان على المحكمة بعد عجز المدين المميز عن الاثبات بالبينة الشخصية ان تكلفه بتعزيز رأي الخبير بالبينات الاخرى، كما لها ان تحلفه اليمين المتممة عملا بنص المادة /١٢٠ منه ..." ([٤٢٩]) ، وهكذا يمكن ان يظهر مبدأ الثبوت القانوني في تقرير الخبير. ([٤٣٠]).

واخيراً اسأل الله عز وجل ان اكون قد وفقت في عرض موضوع الدراسة هذه وتحليلها ، وان كنت قد اصبت فلله سبحانه وتعالى الف حمد والف شكر وله الثناء والمنة دائماً وأبداً، وان كانت الاخرى لا سمح الله تعالى ، فحسبي الله تعالى صدق اجتهادي ونيتي الخالصة له تعالى واخلاصي في ذلك، ولله الحمد اولاً واخيراً انه سبحانه نعم المولى ونعم النصير .

والحمد لله تعالى الذي بنعمته تتم الصالحات

([٤٢٨]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٤م ، ص ١٣٩ وما بعدها .

([٤٢٩]) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٩١/ حقوقية /١٩٨١ في١٩٨١/٨/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، ١٩٨١م ، س١٢، ع٣، ص١٢١.

([٤٣٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، مبدا الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الاثبات المدني، مرجع سابق، ص١٢٩.

الخاتمة

وتتضمن الخاتمة ما يأتي:

النتائج

والتوصيات

الخاتمة

تم بعون الله تعالى وفضله ومنه وكرمه ومساعدته وتوفيقه إكمال وإتمام هذه الدراسة المعمقة عن ألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني دراسة مقارنة ، وبهذا ينتهي المطاف والكلام فيها ، بعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من الفلسفة والتحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها وفلسفتها، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه ، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا وله المنة في توفيقي وسدادي إلى الحق والصواب .

وهذا البحث والدراسة المعمقة حاولت فيه استيفاء أهم الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع عن ألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني دراسة مقارنة ، باعتبارها من قضايا الساعة التي تطرح ، فتم توضيحها وعرض وجهات النظر فيها، وقد شملت هذه الدراسة على بيان هذه ألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني ، والتي تحتل مكانة بارزة ومتميزة ،لأنها تعد من المسائل المهمة في مسار الدعوى المدنية ، وأرجوا من الله تعالى أن تكون هذه الدراسة قد حقق غرضها على ما تتسم به من أهمية بالغة يتجلى صداها في جميع المجالات وخاصة في التشريع والفقه والقضاء.

وقد توصلنا في أثناء هذه الدراسة إلى نتائج كثيرة ، فقمنا بتثبيتها في موضعها من الدراسة ، وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها ، وأسوقها على النحو الآتي:-

أولا / النتائج:-

ثانياً /التوصيات :-

أولا / النتائج:-

بعد هذه الجولة في ثنايا هذه الدراسة عن ألاساليب الإجرائية للمعاينة وتقديراتها في القضاء المدني دراسة مقارنة ، التي تحتل مكانة بارزة ومتميزة في النظام القانوني للإثبات القضائي، لكون اجراء المعاينة يعد من ضمن أهم أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المادية، إذ اتضح لنا مدى أهمية هذا الدليل ودقة مسائله وكثرة تفرعاته وتطبيقاته، وأرجوا من الله تعالى أن يكون هذا البحث قد حقق غرضه في التأكيد على ما يتسم به هذا الاجراء ضمن إجراءات الإثبات عموماً من أهمية بالغة لذا يمكن توضيح أهم النتائج بما يأتي:-

١- اتضح ان إجراء المعاينة يتسم بأهمية بالغة يتجلى صداها في التشريع والفقه القضاء .

٢- تبين لنا من خلال البحث والاستقصاء أن الفقهاء المسلمين عرفوا أساليب شبيهة بالمعاينة وعالجوها معالجة مستفيضة بمنتهى الدقة، الأمر الذي يدعو إلى الإعجاب والتقدير ولا غرابة في ذلك، فالشريعة الإسلامية شريعة متكاملة، وعلى الرغم من أن الفقهاء المسلمين لم يذكروا المعاينة مباشرةً بوصفها طريقة مستقلة من طرائق القضاء، ويخصوها بدراسة مستقلة أو يفردوا لها باباً خاصاً في طرائق الإثبات والقضاء الإسلامي، فانهم أوردوا العديد من المسائل التي أخذوا فيها بالمعاينة، لأن المعاينة بوصفها وسيلة من وسائل التعرف على الحقيقة لم تكن غريبة عن القضاة المسلمين، إذ أوردنا الأدلة على مشروعية العمل بها من خلال الاستدلال عليها من الأدلة الأصلية النقلية المتفق عليها من الكتاب العزيز القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، فضلاً عن الاستدلال عليها من أحكام القضاة وعمل الصحابة (ﷺ) وأقوال الفقهاء، على الرغم من أن طرائق القضاء والإثبات الإسلامي لم تتضمن قواعد منضبطة حول المعاينة خلافاً لطرائق الإثبات الأخر المعروفة.

٣- اتضح من خلال تعريفنا للمعاينة أنها إجراء قضائي تلجأ إليه المحكمة من أجل مشاهدتها للموضوع المتنازع فيه، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة وللتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه واتخاذها سببا للحكم، وخلصنا إلى أن المعاينة تعد دليل إثبات يتم بغير واسطة، وذلك عندما يكون القاضي اعتقاده من ملامسته للواقعة ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته بنفسه مباشرةً، وهو يختلف عن الإثبات بالواسطة عندما يتوصل القاضي إلى الإلمام بالوقائع عن طريق ما يستخلصه من الدعوى وظروفها، وما يقدم من المستندات والأقوال، وأطلقنا على النوع الآخر من أدلة الإثبات التي تعد وسطاً بين الاثنين بأدلة الإثبات المختلطة بواسطة وبغير واسطة في آنٍ واحد، وهو عندما يعهد القاضي إلى خبير بالفحص والمعاينة الفنية بدلاً من مباشرته بنفسه، فهذا النوع من الإثبات بالأدلة يعتبر بغير واسطة، لأن أعمال الخبير مقصود بها

استكمال معلومات القاضي، وفي الوقت نفسه يعد إثباتاً بالواسطة لأن القاضي يكون اعتقاده من مشاهدات شخص آخر يستعين به أثناء المعاينة وهو الخبير .

٤- اتضح ان الكشف يعد إجراء تقوم به المحكمة من أجل رفع الغشاوة عن الشيء وكشفه لإظهاره على حقيقته، يقوم به القاضي إذا ما كان يحتاج إلى إظهار حقيقة الشيء أو يقوم به الخبير، وغالباً ما يرافق القاضي خبير في عملية الكشف يعمل تحت إشراف القاضي ورقابته، فهو مجرد تثبيت واقع الحال من قبل القاضي أو الخبير سواءً بالقضاء المستعجل أم العادي .

٥- خلصنا ان المعاينة يقصد بها ما يراه القاضي بعينه، والتي تجري أثناء نظر الدعوى فقط لأن المعاينة دليل إثبات وقد يكون تقرير المعاينة سبباً للحكم، وإذا ما اقتضت الأمور الاستعانة بخبير عينته المحكمة للاستعانة به في أثناء المعاينة، فإجراء المعاينة مقتصر على القاضي فقط، إذ لا يستطيع الخبير إجراءها بدلاً من القاضي إطلاقاً.

٦- كما اتضح لنا مدى صحة تسمية قانون المرافعات العراقي مصطلح الكشف في القضاء المستعجل وتمييزه بين الكشف والمعاينة، إذ انفرد عن القوانين المقارنة الأخر التي لم تكن موفقة باستخدامها مصطلح المعاينة في القضاء المستعجل والذي تقصد به الكشف لتثبيت الحالة، إذ لا يمكن إجراء المعاينة قبل إقامة الدعوى لأنها دليل إثبات وليست كشف وتثبيت حالة راهنة، أما أثناء إقامة الدعوى فيمكن إجراء الكشف أو المعاينة حسب الحاجة، وبينا أنه كان ينبغي على التشريعات أن تورد المصطلحين الانتقال للكشف أو المعاينة أثناء نظر الدعوى حتى يظهر الفرق بينهما واضحاً.

٧- وجدنا أن المعاينة يمكن أن ترد على الأشخاص والأموال فضلاً عن الحقوق الأخر، بل يمكن أن يكون محلاً للمعاينة أي شيء متنازع فيه يصلح أن يكون محلاً للمعاينة في الوقائع المراد إثباتها عموماً.

كما لاحظنا أن معاينة الأشخاص ينبغي أن تتم وفق شروط خاصة انفرد بذكرها صراحةً قانون الإثبات العراقي عن بقية التشريعات الأخر، من وجوب اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته وعدم المساس بحريته الشخصية وشخصيته، فضلاً عن استعانة المحكمة أثناء المعاينة بخبير طبي لمعاينة الشخص إذا كان تقدير تلك المعاينة يحتاج إلى معرفة علمية أو فنية خاصة.

فتوصلنا إلى أنه لا يجوز إهدار الكرامة الإنسانية وآدمية الإنسان وإكراهه من أجل معاينته لتقديم دليل ضد نفسه، أو إلزام المرأة وتعقبها لإجراء الكشف عليها كرهاً لإثبات حالتها الجنسية مثلاً بعد أن صرحت بامتناعها عن إجراء مثل هذا الكشف، ورجحنا الرأي الذي يرفض ذلك، لأنها تفترض في شخص الآدميين محلاً لوفاء ما تعهدوا به من التزامات، وذكرنا أن جسم الإنسان لا يتعلق بحق مالي وهذا ما أكده الفقه الإسلامي المبارك أيضاً، لأن الإنسان له جوهر خاص يمنع

الخوض في تشبيهه بالأشياء، لذا فإن جسم الإنسان حياً أو ميتاً له حرمة، ولا يمكن أن يكون أبداً محلاً ممكناً ومشروعاً للمعاملات وهذا ما استنبطناه من التشريعات الوضعية أيضاً.

٨- حددنا الطابع الاجرائي للمعاينة ، وبينا أنها تبدأ عادةً بإجراء قضائي تقوم به المحكمة أثناء الدعوى ووظيفته تكوين رأي المحكمة وقناعتها بشأن موضوع النزاع ، والتوصل إلى إثبات واقعة عن طريق معاينتها، ورجحنا أن المعاينة فضلاً عن أنها دليل إثبات، فهي إجراء قضائي من جانب المحكمة ، وعرضنا الاتجاهات حول طبيعة الإجراء القضائي ، هل تخضع لها التصرفات القانونية في ميدان القانون الخاص أم لا تنطبق عليها، ورجحنا الرأي بأن بعض الإجراءات القضائية تعد تصرفات إجرائية ، كترك الخصومة والإقرار القضائي وتوجيه اليمين الحاسمة وغيرها ، وتخضع لقواعد التصرف في القانون المدني كقواعد الأهلية والرضا والمحل والسبب والاعتداد بعيوب الإرادة ، فلا يمكن إنكار وصفها بأنها تصرفات إجرائية ، في حين أن البعض الآخر من الأعمال الإجرائية تعد أعمالاً مادية اجرائية ، لذلك فان الاجراء القضائي يعد عملاً قانونياً بالمعنى الواسع ، ولا يمكن أن يكون له تكييفاً واحداً ينطبق على جميع الإجراءات القضائية، لأنه منها ما يمكن اعتباره تصرفات إجرائية ومنها ما لا يمكن اعتباره كذلك.

٩- خلصنا إلى أن الإجراء القضائي عموما ينقسم كسائر الأعمال القانونية إلى عدة فئات، فمن الإجراءات القضائية ما يعد عملاً مادياً اجرائياً ، ومنها ما يمكن عدها تصرفات اجرائية كإجراء المعاينة .

١٠- اتضح ان المعاينة بوصفها إجراء قضائي للمحكمة تعد من قبيل التصرفات الاجرائية الهادفة ، وينطبق هذا على قرار اجرائها من قبل المحكمة أو انتقال المحكمة لاجرائها أو طلب اجرائها من الخصوم .

١١- تناولنا مستلزمات صحة الإجراء القضائي للمعاينة، واتضح لنا أنه لكي ينشأ صحيحا لابد من توافر مستلزمات موضوعية وشكلية لصحة الإجراء القضائي للمعاينة ، فبينا المستلزمات الموضوعية لصحة الإجراء القضائي للمعاينة ، ورجحنا الرأي أن القاعدة بالنسبة إلى عيوب الإرادة أنه لا يعتد بها إلا في التصرفات القانونية، ولكن يجوز التمسك بها أيضاً لإبطال التصرفات الإجرائية كإجراء المعاينة.

١٢- اتضح ان الارادة المطلوبة في الاجراء القضائي للمعاينة خاصة هي الارادة الظاهرة التي تظهر للوجود ويرتب عليها القانون اثرا اجرائيا، فلا يعتد بالارادة الباطنة لان العلم مقصور على صاحبها فقط، وتكون غير صالحة لانتاج أي اثر قانوني .

١٣- اتضح ان الارادة تلعب دورا مهما في مجال صحة الاجراء القضائي للمعاينة خاصة ، لان اجراء المعاينة يعد من قبيل التصرفات الاجرائية وليس عمل مادي اجرائي، وللارادة حيز واسع فيها ومن ثم يحدد القانون اثارها كمبدأ عام، فاذا وجدت الارادة سليمة وحرة عندها تنشا المعاينة صحيحة منتجة لاثارها، الا انه لا يمكن ان يصح الاجراء من قبل القاضي اذا لم يكن يريد القيام به بالرغم من مراعاته للشكل المقرر قانونا، فالارادة المطلوبة في هذه الحالة هي ارادة الاجراء القضائي كالمعاينة ، وطبيعي ان من مقتضيات وجود الارادة ان يتمتع الشخص الذي يباشر الاجراء بالقدرة على التمييز والاختيار ، لذا فانه يستطيع ان يتمسك بالبطلان من شاب ارادته عيب من عيوب الاراده كالاكراه، لان العيب الذي شاب الارادة يقطع الرابطة بينها وبين الاثار القانونية التي يمكن ان ينتجها الاجراء القضائي ويكون الاجراء القضائي في هذه الحالة عديم الاثر .

١٤- استنتجنا ان القاعدة بالنسبة لعيوب الارادة انه لا يعتد بها الا في التصرفات القانونية، ولكن يجوز التمسك بها ايضا لابطال التصرفات الاجرائية كاجراء المعاينة، كما يجوز التمسك بها لابطال القرارات القضائية في الحدود وبالطرق التي نظمها القانون للطعن في الاحكام، وبهذا يمكن تصور هذه العيوب وتأثيرها على القائم بالمعاينة ، ومن ثم تؤثر في صحة الاجراء القضائي ، فيجوز مثلا الطعن في القانون العراقي بطريقة اعادة المحاكمة في الاحكام الصادرة، ولو كان الحكم المطعون فيه قد حاز درجة الثبات اذا ما وقع من الخصم غش في الدعوى كان من شانه التاثير في الحكم ، وهذا يعني تعيب ارادة القاضي.

١٥- خلصنا ان اجراء المعاينة محلها الواقعة المتنازع عليها سواءً كانت عقاراً ام منقولاً ام شخصاً، وهو ما يرد عليه الاجراء القضائي ، او مضمون الاجراء القضائي فيعد المحل عنصراً من عناصره، فقد يكون محل الواقعة المراد معاينتها غير موجود حقيقةً، بل موجود حكماً، ومع ذلك تجري المعاينة القضائية لإمكانية تحقق الغرض من إجراء المعاينة، فقد يكون الشخص المراد معاينته غير موجود حقيقة بسبب الوفاة ، فتجري المعاينة على جثته بالرغم من عدم وجوده الحقيقي بل الحكمي، فاذا امكن تحقق الغاية من المعاينة فتجري المعاينة عليه لوجود المحل، اما في حالة تلف الجثة تماما كالتفحم مثلا فلا يمكن تحقق الغاية من المعاينة، فيعد محل المعاينة غير موجود بالرغم من وجوده الحكمي.

وكذلك الحال بالنسبة إلى العقار والمنقول فاذا امكن تحقق الغاية والهدف من المعاينة، فتجري المعاينة بالرغم من التلف الذي اصابهما، لانه تلف لا يؤثر في الغاية والهدف من المعاينة، اما اذا كان محل العقار او المنقول تالفاً كليا ، كالوجود الهيكلي المتبقي من الحريق، فيتوقف محل المعاينة على تحقق الغاية والهدف من اجراء المعاينة، فاذا امكن تحقق الهدف والغاية فيكون عندئذ محل المعاينة موجوداً، اما اذا لم تتحقق الغاية والهدف من المعاينة كالتفحم

الكلي ، فيعد محل المعاينة غير موجود بالرغم من وجوده الحكمي ، وحتى يكون الاجراء القضائي للمعاينة صحيحا مستوفيا لشروط محل المعاينة وللشروط الموضوعية لصحتها.

١٦- تناولنا السبب بوصفه ركنا وعرضنا الاتجاهات ومنها الاتجاه الغالب في السبب، ولم نؤيد أياً من الاتجاهات، إذ رأينا أن السبب في بعض الإجراءات القضائية له أهمية خاصة، كتلك الإجراءات القضائية التي يمكن عدها تصرفات اجرائية كإجراء المعاينة وتوجيه اليمين الحاسمة والإقرار القضائي وغيرها، ولهذا يجب أن تنطبق عليها قواعد التصرف القانوني ومنها ركن السبب، في حين أن هذا الركن لا يكون له تلك الأهمية في البعض الآخر من الإجراءات القضائية التي تعد وقائع مادية بالمعنى الضيق .

١٧- خلصنا إلى أنه لكي يكون إجراء المعاينة صحيحاً منتجاً لآثاره أيضاً يقتضي الأمر كذلك أن يقوم بهذه المعاينة من لهم الصلاحية للقيام بها كالصلاحية العامة والخاصة بجوانبهما الموضوعية والشخصية، وتطرقنا أيضا إلى الغموض الذي شاب نص المادة /١٣٦ من قانون الإثبات العراقي، والالتباس الذي حدث بين الفقهاء في القصد منها، لأن ورود كلمة إجراءات فتح المجال أمام الاجتهاد، وأيدنا الرأي من أن قصد المشرع العراقي من هذا النص هو إحالة أسباب رد الخبير على أسباب رد القاضي، ودحضنا الرأي الذي يؤول أن المشرع أراد من هذا النص عدم ذكر أسباب الرد وترك تقديرها للمحكمة، بموجب حجج منطقية وعقلية وقانونية من خلال نصوص القوانين، ودعونا إلى إعادة صياغة المادة وتعديلها بنص مقترح يعالج ذلك، بيناه في ثنايا البحث والدراسة .

١٨- أما بخصوص المستلزمات الشكلية لصحة الإجراء القضائي للمعاينة ، فأكدنا على أن الشكلية في الإجراء القضائي ليست أمراً جديداً بل قديماً قدم الإجراء القضائي ذاته ، إذ بررت شكلية الإجراء القضائي في القوانين القديمة بالتفكير الوثني، كما ذكرنا أن الشريعة الإسلامية بعيدة كل البعد عن الطقوس وخالية من الشكلية غير المنطقية في الإثبات القضائي الإسلامي، والتي كانت السمة الأساسية والغالبة على ما سبقها من تشريعات وقوانين.

فضلا عن أن الشكلية التي كانت السمة المميزة والأساسية للقانون الفرنسي القديم، خاصة في العهد الأول من تطوره ، إذ كانت الشكلية تحيط الإجراءات القانونية وكان النظام الإجرائي يقوم على أساس أعمال الخصوم من دون ان يكون للقاضي أي دور ايجابي في سير الدعوى، فكان نظاما اتهاميا يؤدي في الغالب الى صراع مادي بين الخصوم ، ليقرر القاضي الفائز منهم من خلال مشاهدته ومعاينته لوقائع النزال ، كذلك الحال في العهد الإقطاعي الثاني من القانون الفرنسي القديم، فقد كان بعيداً عن الشكلية للإجراءات ، باستثناء نظامي المحنة والمبارزة القضائية اللذين كانا يمارسان وفق طقوس خاصة لشكلية محددة .

وهكذا فان الشكلية كانت معروفة لدى التشريعات القديمة فكانت وسائلهم المستخدمة لحسم النزاعات كنظام المحنة والمبارزة وغيرهما، لا تخلو من الشكلية والاستعانة بوسيلة الإثبات بالمعاينة والتي كانت تستخدم للتوصل إلى حقيقة النزاع وصولاً إلى الحكم العادل.

وكما بينا أن الرومان أيضا عرفوا في تاريخهم القانوني عدة أنظمة للإجراءات القضائية، فكان نظام دعاوى القانون أقدم نظام للإجراءات عرفه الرومان تميز بالشكلية الجامدة، فكان القانون يحدد شكل الدعوى وعلى الخصم ترديد ما حدده القانون من أقوال وعبارات.

١٩- ذكرنا أيضا أن الشكلية تعد ظاهرة بارزة في القوانين الحديثة، لذا فإنها تلاقي نقدا متزايدا بوصفها جملة عراقيل تحول دون سرعة وسهولة حسم الدعاوى وتسهيل إثبات الحقوق، فتؤدي إلى أن يفقد الأفراد حقوقهم لمجرد أنهم لم ينتبهوا على الشكل مما يتعارض مع مستلزمات تحقيق العدالة، فضلا عن أنها تؤدي إلى البطء في الإجراءات، وهذا يتعارض مع مبدأ أساسي في القضاء وهو تحقيق القضاء العادل العاجل ، لهذا توصلنا إلى أن الشكلية في الإجراء القضائي يجب أن لا تؤدي إلى جمود الشكل الإجرائي للعمل القضائي، فتكون عبئا ثقيلا على المتقاضين لما تحويه من تفاصيل دقيقة يصعب الإحاطة بها ، لان الإجراء القضائي في القوانين الحديثة هو عبارة عن عمل شكلي يحدده القانون ولا يترك للقائم به سواء أكان ذلك القاضي أم الخصوم أم الخبراء أم المترجمين أم الشهود أم غيرهم حرية تحديده، أي أن جميع أوجه النشاط القانوني الذي يكون الخصومة من بداية إقامة الدعوى حتى صدور الحكم ، يلزم أن يتم كمبدأ عام بمقتضى الشكلية التي يحددها القانون ، فالشكلية اذن تعد من الشروط المهمة والضرورية لصحة أي إجراء قضائي، إذ أن الأعمال الإجرائية هي بالتحديد أعمال شكلية ، فالمبدأ مثلا في قانون المرافعات المدنية هو قانونية الشكل، أي أن جميع أوجه النشاط التي تتكون منها الخصومة يجب كقاعدة عامة أن تتم لا تبعا للوسيلة التي يختارها من يقوم بها ، بل تبعا للوسيلة التي يحددها القانون، على عكس ما موجود مثلا في القانون المدني إذ المبدأ هو مبدأ حرية الشكل، أي أن للأفراد حرية التعبير عن إرادتهم بالشكل وعلى النحو الذي يريدونه ، ويرتب القانون أثاره على مضمون العمل أيا كانت الوسيلة التي تم بها، وعادة ما ينتج الإجراء القضائي الأثر المطلوب منه بالشكل الذي يتطلبه القانون ، وطبقا للقاعدة العامة التي تقضي أن الإجراء القضائي هو عمل قانوني شكلي لا ينشأ صحيحا إلا بوجوده بالصورة التي حددها القانون، لان الشكل في العمل القانوني، إما يكون ركنا من أركان الإجراء القضائي ، كما في حالة إقامة الدعوى، إذ يعد من المستلزمات الشكلية لصحة الإجراء القضائي لرفع الدعوى أن تقوم الدعوى بعريضة مكتوبة طبقا للقانون، أو قد يكون الشكل بوصفه ظرفا يجب أن يتم فيه الإجراء القضائي، كما في دعوى الدين والمنقول التي يجب أن تقام في مكان موطن المدعي عليه

بوصفها قاعدة عامة وحسب الاختصاص المكاني، وكذلك الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار تقام في محكمة محل العقار، وإذا تعددت العقارات تقام في محل أحداهما .

٢٠- تبين لنا من خلال البحث والاستقصاء أن النصوص الأثرية المكتشفة في الحضارات القديمة سواءً في وادي الرافدين أم بالقانون الروماني، أن هذه الوسيلة كانت معروفة منذ القدم وليست وليدة التنظيمات التشريعية الحديثة، فقد عرفت الشرائع القديمة أساليب من الإثبات شبيهة بالمعاينة سواءً في التشريعات القديمة لوادي الرافدين أم في القوانين الرومانية والأوربية القديمة أم في النظام القضائي الإسلامي الفذ، على الرغم من خلو أنظمة الإثبات فيها من قواعد منضبطة خاصة بالمعاينة.

٢١- خلصنا الى ان للزمن اهمية بوصفه عنصراً في الاجراء القضائي للمعاينة، اذ يعد وسيلة لضبط مسار الاجراء القضائي ومستلزماً مهماً لصحته ، فالزمن كظرف يلزم ان يتم فيه الاجراء، اذ يمثل الزمن عاملاً مهماً جدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، اذ قد يفقد الشخص حقه اذا لم يراعِ هذا العنصر، فضلا عن اهميته في حسم الدعوى في زمن قصير ، لان أي تاخير في الدعوى قد يلحق ضرراً بالاطراف، لذا فانه من الضروري مراعاة الزمن بشكل عام في الاجراء القضائي وفي اجراء المعاينة القضائية بشكل خاص، والذي غالبا ما يعبر عنه بالسقف الزمني الذي ينبغي ان يتم أي اجراء قضائي فيه .

٢٢- بينا أن الحكمة التي قصدها المشرع في القوانين المقارنة عموماً، من كونه أجاز للمحكمة أن تأذن للخبير في سماع أقوال الخصوم وملاحظاتهم وسماع الأشخاص الذين اقتضت الحاجة إلى سماع أقوالهم من دون حلف يمين سواء بالقضاء المستعجل أم العادي، هي مساعدته على إتمام مهمته عن طريق ما يحصل عليه من المعلومات والاستدلالات التي يشاهدها بنفسه وقت وجوده بمحل النزاع، وهو بهذا أراد أن لا يكون إدلاء هؤلاء الأشخاص أمام الخبير بمثابة التحقيق الذي تجريه المحكمة عندما تستمع إلى الشهود بنفسها، وإنما يكون سماعه إياهم على سبيل الاستئناس وللاستفادة من أقوالهم للتوصل إلى إيضاح الوقائع أو دلالاتها التي لا يستطيع استخراجها من مجرد الماديات التي يعالجها بالبحث.

وبهذا نكون قد أزلنا الالتباس الذي حدث عند بعض الفقهاء – الذين أكدوا أن سماع الشهود يجب أن يتم بغير حلف يمين بالنسبة إلى المحكمة خارج مجلس القضاء ، ولا يعتمد على تلك الشهادة ، لذلك لا ضرورة لتحليف الشاهد اليمين عند سماع أقواله وقت المعاينة التي تجري خارج المحكمة، وإن كان من الضروري الاعتماد على شهادته، فلابد من دعوته إلى المحكمة أصولاً وسماع أقواله بعد تحليفه اليمين– وقد دحضنا كل هذه الاقوال الغير صحيحة وجميع الحجج حول ذلك وفندناها ، كما وحاججناهم بنصوص القوانين التي استشهدوا بها، وجعلناها حجة عليهم لا حجة لهم .

٢٣- أما فيما يتعلق بأساليب إجراء المعاينة ، فبينا أنها يمكن أن تجري بناءً على دعوى مرفوعة أمامها بدعوى فرعية ، أي بدعوى قائمة أصلاً أمام المحكمة، إذ يجوز للمحكمة أن تقرر إجراء المعاينة في كل دعوى منظورة أمامها ، إذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك ، متى رأت في هذا الإجراء مصلحة لتحقيق العدالة، كما قد تجري أيضاً بدعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء المستعجل، فتكون دعوى موضوعها الأساسي إثبات حالة الشيء بالكشف ، لإسعاف الخصوم بقرارات سريعة ، حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس بأصل الحق، تمهيداً لرفع دعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء مستقبلاً .

٢٤- ولدى دراستنا لأصول الإجراء القضائي للمعاينة ، بينا أنها يجب أن تتم بإتباع أصول معينة لإجرائها، من صدور قرار من المحكمة بإجرائها إذا كانت ظروف الدعوى تتطلب ذلك، وأنه ليس للمحكمة أن تقوم بإجراء المعاينة دون اتخاذ هذا القرار ودون دعوة الخصوم، وإذا أجرتها دون ذلك فلا تكون المعاينة قانونية ولا تصلح أن تكون مستنداً للحكم، لأنها حرمت الخصوم من حق الدفاع المقرر لهم ، كما بنت قضاءها على معلومات شخصية خلافاً للأصول القانونية .

واتضح لنا من نصوص القوانين المقارنة أنه من كان حاضراً الجلسة التي تقرر فيها إجراء المعاينة لا يحتاج إلى تبليغ ، لأنه قد اطلع على الموعد بالقرار المتخذ بهذا الشأن ، أما من كان غائباً عن جلسة المحاكمة ، فلابد هنا من دعوته لأن حضور الخصوم أمر مفروض منه دون حاجة إلى النص عليه، إذ لهم أن يتابعوا الدعوى في كل مراحلها وإجراءاتها.

٢٥- بيّنا ما أوجبته التشريعات عموماً عند إجراء المعاينة من أن يحرر محضراً بالأعمال المتعلقة بها ويودع في إضبارة الدعوى ، ولهذا وجد نص صريح في قانون الإثبات العراقي يؤكد أن تنظم المحكمة محضراً بالمعاينة ، تبين فيه جميع ملاحظاتها دون أن تثبت فيه انطباعاتها عن المعاينة أو رأيها الخاص ، كما أيدنا أيضا ورود نصوص صريحة تحدد البطلان في هذا الشأن ، بل وإيراد نظرية عامة للبطلان سواءً في قانون الإثبات العراقي أم في قانون المرافعات المدنية العراقي.

٢٦- اتضح أن القاعدة العامة في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية هي عدم جواز المساس بجسم الإنسان تحت أي مسمى يمكن أن تطرحه معطيات التطور العلمي ومع ذلك يجوز استثناء اللجوء إلى أخذ عينات بعد موافقة السلطات المختصة للحصول منها على دليل إدانته أو براءته تحقيقا للمصلحة العامة وتقديما لحق الجماعة على حق الفرد وإعمالا لقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، إذ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في تقرير حرمة الحياة الخاصة للأفراد أي الحق في الخصوصية كما يتفقان في كون هذا الحق ليس حقا مطلقا للأفراد وإنما هو مقيد في الفقه الإسلامي بحدود الشرع وعدم تعارضه مع حقوق أخرى

أولى بالتقديم عليه كحق المجتمع في أن يعيش في أمن واستقرار وحق الأفراد في أن يأمنوا على حرماتهم وأعراضهم فلا يقتحم عليهم أحد بيوتهم فيهتك أسرارهم ويكشف خصوصياتهم .

٢٧- تبين أن الأصل أن سلطة المحكمة وهي تباشر اجراءات الاثبات بالمعاينة ليست مطلقة لكي تباشرها على هواها ، وإنما لتباشرها على نحو مناسب وصحيح ، فسلطتها يجب ان تكون لها أهداف محدودة ينبغي أن تسعى إلى تحقيقها، وان يباشر تلك السلطة طبقا لطرائق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة وفقا للقانون .

٢٨- اتضح لنا ان سلطة المحكمة ليست وجوبية بل هي سلطة جوازية لها ، فلها حق اللجوء إليها أو عدم اللجوء إلى إجراء المعاينة، فقد ترى من ظروف الدعوى أن معاينة المتنازع فيه لها أهمية من ناحية الإثبات، وعلى العكس فقد لا ترى لزوماً لذلك .

٢٩- خلصنا الى انه على الرغم من أن إجراء المعاينة متروك أمره أولا وأخيرا لمطلق تقدير المحكمة ، الا ان للخصوم ايضا المنازعة في إجراءها، وتبين ان المنازعة هنا لا تعدو أن يبين الخصم إلى المحكمة عدم ضرورة إجرائها وإنها غير منتجة ، لان المعالم التي تريد المحكمة مشاهدتها قد تغيرت، أو لان إجراء المعاينة في حد ذاتها غير منتجة في إثبات موضوع النزاع، أو أن موضوع المعاينة لا يتعلق بالدعوى أو غير منازع فيه، ولكن عند إصرار المحكمة فانه لابد من إجرائها ، أما في حالة امتناع الخصوم عن تسديد النفقات اللازمة لذلك، أو عدم جلب الشئ المنازع فيه إلى المحكمة لمعاينته فان الدعوى تفصل بوضعها الراهن.

٣٠- استنتجنا ان القوانين عموما لا تسمح أن تكون سلطة المحكمة تحكمية، وتبين لنا مدى اهمية عملية تسبيب القرارات لانها العمل الوحيد الذي يحقق عدم تحكمية سلطة المحكمة هذه ، لأنه يؤدي إلى إخفاق أي تحكم قد يحدث من قبل المحكمة، فهو الضمان على أنها قد باشرت سلطتها بشكل صحيح ولم تتنازل عنها أو تسئ استخدامها.

٣١- كما خلصنا إلى إمكانية أن يكون تقدير الدليل الناتج عن المعاينة دليلاً ناقصاً ويظهر مبدأ الثبوت القانوني في الدعوى إذا ما توافرت شروطه، فيجوز للمحكمة أن تعزز تقرير المعاينة بالأدلة الأخرى إذا لم تكتمل قناعتها به ، فتقرر توجيه اليمين المتممة إلى من يستفيد من هذه المعاينة ، أي من تقررت المعاينة لمصلحته، وذلك لتكوين قناعتها إذا وجدت أن نتيجة تلك المعاينة ليست دليلاً كافياً للحكم.

٣٢- انتهت الدراسة والبحث في هذا الموضوع وخرجت ببعض المقترحات التي ينبغي الأخذ بها ليحقق المقصد منها ، وسيتم توضيحها إن شاء الله تعالى لاحقا ضمن التوصيات انه تعالى الهادي إلى الحق والى سواء السبيل .

تلك هي بإيجاز تام أهم نتائج الدراسة وهو ما وفقنا الله إليه ، واني لأعتبر ما توصلت إليه من نتائج على كبر أهميتها وعظيم فائدتها وكثير عنائها بما كلفني من جهد ووقت ، ليس

إلا خدمة متواضعة أقدمها للشريعة الإسلامية والدين والفقه الإسلامي وللمسلمين وتبصيرا للقوانين الوضعية – أحتسبه عند الله تعالى – بين جمعه وتقليب النظر فيه ، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فإلى الله تعالى يرجع الفضل والمنة والتوفيق والثناء الحسن ، وما قد أكون أخطأت فيه فمن نفسي ، وأستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة ، وأسأل الله تعالى العفو والمغفرة والسداد في القول والعمل، والحمد لله أولاً وأخرا ، فقد أبى الله تعالى الكمال إلا لنفسه ، وأبى العصمة إلا لرسوله الكريم (ﷺ) وقرر النقص على جملة البشر .

وما أجمل عبارة العماد الأصفهاني : إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه هذا إلا قال في غده ، لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم الصبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر ، وما أبلغ أيضا عبارة إمامنا الشافعي رحمه الله تعالى كما يرويها عنه الإمام المزني ، حيث قال قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ ، فقال الإمام الشافعي ، أبيه .. أبى الله تعالى أن يكون كتابا صحيحا إلا كتابه ، سبحانك يالله جل جلالك يا عظيم آمنت بك فاكتبنا مع الشاهدين والصالحين والحامدين والشاكرين .

ثانيا/ التوصيات:-

في ضوء النتائج المذكورة آنفا يمكننا أن نسجل أهم المقترحات والتوصيات، أملين الأخذ بها قدر الإمكان ، وذلك فيما يرضي الله تعالى وهي على الترتيب الآتي :-

أولا/ المقترحات في نطاق قانون الاثبات العراقي .

ثانيا/ المقترحات في نطاق قانون المرافعات العراقي.

ثالثا / المقترحات في نطاق القانون العام.

أولا/ المقترحات في نطاق قانون الاثبات العراقي :-

١- ندعو إلى إضافة فقرة جديدة للمادة /١٨ من قانون الإثبات العراقي ، ولتكون بالشكل الآتي:-

" أولاً : للمحكمة تقدير الدليل المقدم في الدعوى من الناحية الموضوعية والشخصية وأن ترجح دليلاً على آخر إذا تساويا بالحجية وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة " .

٢- نقترح تعديل نص المادة /١٠٤ من قانون الإثبات العراقي، ولتكون على الشكل الآتي :- " للقاضي أن يعتمد في عمليات الإثبات القضائي على وسائل التقدم العلمي المتطورة والوسائل التقنية الحديثة والرصينة " .

وذلك لان تقيد النص السابق بقرينة يستفيد منها القاضي جعلت النص مقيدا في حدود ضيقة جدا لان ما يجوز إثباته بالشهادة يجوز إثباته بالقرائن القضائية .

٣- نقترح إعادة صياغة المادة /١٣٠ من قانون الإثبات العراقي، ولتصبح كالآتي:-

" للمحكمة أن تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها فإذا لم يوفر لها القناعة الكاملة للحكم به فلها أن تتخذه مبدأ ثبوت قانوني يجيز لها أن توجه اليمين المتممة لمن يستفيد من تقرير المعاينة لتعزيزه وإكمال قناعته به " .

٤- ندعو إلى إضافة فقرات جديدة للمادة /١٣٢ من قانون الإثبات العراقي ، لتكون على الوجه الآتي:-

" ثانياً: على المحكمة الاستعانة بتحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية إذا تعلق الأمر بقضايا النسب وتوافرت قرائن قوية تدعم صحة الادعاء، ولها أن تأخذ من رفض أحد الخصوم ذلك قرينة على صحة الواقعة المراد إثباتها. ثالثاً: إذا أثبتت تحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية عدم توافر علاقة انتساب بيولوجي بين الخصوم عُدّ ذلك قرينة على نفي النسب بينهما " .

٥- نقترح إعادة صياغة المادة /١٣٦ من قانون الإثبات العراقي وذلك لإزالة الغموض فيها باعتبار أن كلمة الإجراءات المتبعة الواردة فيها لا تشمل الأحكام الموضوعية المتمثلة بأسباب الرد ونقترح أن تكون بالصيغة الآتية :-

"... وتتبع في حالة رد الخبير الأحكام المتبعة في رد القاضي إلا إذا كان مختاراً من الخصوم ."

٦- ندعو إلى إضافة فقرات جديدة إلى المادة /١٤٠ من قانون الإثبات العراقي ، وذلك على النحو الآتي:-

" ثالثاً: على المحكمة أن تأخذ بالخبرة الطبية والعلمية الفنية البحتة في الأمور اللازمة للفصل في الدعوى، وأن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ بها. رابعاً: للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير إذا لم يوفر لها القناعة الكاملة والكافية للحكم به مبدأ ثبوت قانوني فلها أن توجه اليمين المتممة إلى من يستفيد من تقرير الخبير لتعزيزه وإكمال قناعتها به ".

٧- نقترح إضافة مادة قانونية إلى قانون الإثبات العراقي ، لتكون على الصيغة الآتية :-

" في حالة إنكار الأب المدعى عليه نسب المولود منه يكون للمحكمة أن تقضي بإخضاعه لإجراء تحليل البصمة الوراثية لبيان صلة النسب بناء على طلب من الأم المدعية أو من وليها ، وفي حالة رفضه الخضوع للتحليل اعتبر ذلك الرفض قرينة على ثبوت نسب المولود منه، وإذا ثبت عدم صحة نسب المولود من المدعى عليه طبقا لما ورد أدناه يعاقب المدعى بغرامة لا تقل عن مائة ألف دينار ولا تزيد عن مائتي ألف دينار، وبالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز ثلاث سنوات ، مع جواز حق التعويض للمدعى عليه وفق ثبوت الضرر الجسيم الواقع عليه مع عدم الإخلال بأي عقوبة أخرى اشد منصوص عليها قانونا " .

٨- نوصي بإنشاء مختبرات خاصة بشأن إجراء تحليل الفحوصات الطبية وخاصةً فحص الدم والبصمة الوراثية وتطابق الأنسجة وغيرها من المختبرات الطبية الفنية العلمية البحتة بحيث تكون مرتبطة بأجهزة وزارة العدل وتحت إشرافها، واستحداث أقسام فيها تتعلق بالخبرة الطبية القضائية ليكون للخبير الطبي دور فعال وإيجابي في إعانة القضاء ومساعدته في سبيل الوصول إلى حقيقة بعض الأوضاع والنزاعات التي تعرض على القضاء من أجل حسم الدعاوى، وذلك بالاستعانة والاستفادة من الخبرة الطبية القضائية للحصول على التحليلات والفحوصات العلمية الدقيقة القاطعة.

٩- نوصي باستحداث المحكمة الإلكترونية والعمل في ضوئها لما في ذلك من دور كبير في تسهيل ودقة العمليات القضائية والإجراءات المتخذة وتنفيذها في مجال القضاء خاصةً، فهي سهلة التطبيق وقليلة الكلفة وآليات تنفيذها متوافرة وتخدم أكثر من غرض في الوقت نفسه، كما نوصي بإنشاء شبكات اكسترانت وانترانت تربط بين المحاكم من جهة وبين محاكم الاستئناف

والتمييز من جهة أخرى، للتمكن من انتقال الدعاوى في حالات الإنابة القضائية وغيرها من الحالات إلكترونياً دون الحاجة إلى انتقالها بصيغتها الورقية، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع أو تلف أو اختفاء بعض الأدلة أو الصور والوثائق المهمة في الدعوى.

١٠- ندعو إلى اللجوء إلى استخدام الحفظ والتوثيق الإلكتروني لجميع الدعاوى والمحاضر وتقارير المعاينة والكشف والخبرة، وذلك للحفاظ على الدعاوى والأدلة وسلامتها وسهولة خزنها وانخفاض كلفتها وسهولة استرجاعها.

١١- ندعو إلى إيراد نظرية عامة للبطلان سواءً في قانون الإثبات أم في قانون المرافعات المدنية العراقي بدل هذا الشتات في المصطلحات من دون تحديد لمضمون البطلان ولقواعده.

ثانيا/ المقترحات في نطاق قانون المرافعات العراقي:-

١- نقترح تعديل مع إضافة فقرة جديدة للمادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي لتصبح على النحو الآتي:-

" ٤- يجوز للمحكمة أن تتخذ من تقرير الكشف سبباً لحكمها ، وعليها الأخذ بقيمة التعويض الذي تضمنه تقرير الكشف المستعجل متى ما تثبتت منه . ٥- للقضاء المستعجل سلطة تقديرية في شأن إجراء الكشف قبل أن يتم تبليغ الطرف الآخر ".

٢- ندعو إلى إنشاء محكمة خاصة تسمى محكمة القضاء المستعجل إلى جانب المحاكم الأخرى، تختص بالنظر بالقضاء المستعجل.

٣- نقترح إعادة صياغة المادة /١٥٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي وذلك على الشكل الآتي:-

"... وتصدر المحكمة قرارها بشأن الطلب نهاية اليوم التالي على تقديم الطلب، وتحدد موعد الكشف في اليوم التالي ليوم الموافقة على الطلب إذا كانت المواد المراد الكشف عليها سريعة التلف وخلال ثلاثة أيام في الحالات الأخر..." .

٤- نوصي المشرع العراقي على ايراد نص في قانون المرافعات المدنية يتضمن الاتي:-

" ان عدم مراعاة المواعيد المعينة لاستعمال الحقوق الاجرائية وتجاوزها يترتب عليه حتما سقوط الحق في اتخاذ هذا الاجراء " .

وهذا النص يعد قاعدة عامة لترتيب جزاء السقوط مفادها ان كل تجاوز للمواعيد الاجرائية الناقصة يؤدي تجاوزها الى سقوط الحق في مباشرة الاجراء .

ثالثا / المقترحات في نطاق القانون العام:-

١- ندعو المقنن العراقي إلى إضافة فقرة جديدة إلى أحكام المادة /٦٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية تجيز للقاضي استعانته بوسائل التقدم العلمي الحديثة، وبما توصل إليه التطور العلمي في مجال كشف الجريمة، بما يضمن رعاية مصلحة العدالة من ناحية والحرية الشخصية للأفراد والمحافظة عليها من ناحية أخرى، ونقترح أن تكون على النحو الأتي:-

" د- للقاضي أن يستعين بوسائل التقدم العلمي الحديثة لكشف الجريمة بما يضمن رعاية مصلحة العدالة والحرية الشخصية للأفراد والمحافظة عليها ".

٢- أوصي وأؤكد بأن يبقى المرجع والمصدر الأصلي والأساسي الأول والأخير هو القران الكريم معجزة الله الكبرى ، ودستور الإسلام، ودليل الخلاص ودرب النجاة وسر العز والكرامة ومن طلب العز بغيره ذل ومن تهاون فيه هانت عليه نفسه وهان على الناس، وهو معين القيم والمثل السامية والأخلاق القويمة الرفيعة التي سطرت فيه الحقوق كاملة، ليس في حق الجنين فحسب بل في حقه قبل تخلقه في الرحم إلى حين ولادته فصيرورته فردا وحتى وفاته وبعد وفاته أيضا وهذا يعني بالضرورة عدم جواز مخالفة العمل بالأحكام الشرعية ، فيما إذا كانت النصوص القانونية متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ووجوب تغليب الأحكام الشرعية على النصوص القانونية عند تعارضهما ، وذلك لعدم دستورية النصوص القانونية المخالفة للأحكام الشرعية أصلا وتحقيقا لمبدأ وحدة التشريع ووضوحه ، ولأن الدساتير العربية وبالأخص العراقية الصادرة لا تجيز سن قانون يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية عموما ، ووجوب تغيير العديد من النصوص القانونية أو محاولة إكمال النقص التشريعي فيها والتي لها صلة بموضوع دراستنا ، إذ أن بعض النصوص القانونية يشوبها النقص والتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وثوابتها ، من اجل إعادة سيادة الشريعة الإسلامية وتأكيد هيمنتها على واقع الحياة باستيفاء القوانين من مناهلها التي لا تتضب عند سن قانون جديد ، وتنقية القوانين من التعارض مع الشريعة الإسلامية ، كما لا يجوز مطلقا تبني التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

وفي الختام احمد الله واشكره واثني عليه الخير كله، الذي أعانني ووفقني لهذا العمل الذي ابتغي فيه وجهه الكريم، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فان لله تعالى الفضل والمنة، وما قد أكون أخطأت فيه فمن نفسي واستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة، فلا بد للقلم من زلة ولا بد للقول من خطل، ولابد للإنسان من خطأ، إذ هو ابن ادم وكل بني آدم خطاء فلا ندعي بلوغ الكمال، فرحم الله عبدا أنصفني، فما أنا إلا طالب علم بذل ما في وسعه، والكمال لله تعالى وحده جل وعلا، وإنما سعينا إلى غاية نرجو بها ثواب الله تعالى، ونأمل أن قد بلغنا منها مبلغا يحمد وموطئا يذكر ورضا من الله يدرك، وان يكون هذا العمل في ميزان حسناتي ويكون لنا

صدقة جارية إلى يوم القيامة، فلك الحمد والمنة يا الله في الأول والأخر، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وهو رب العرش العظيم، وصلى الله على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد (ﷺ) وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

وبهذا ينتهي المطاف والكلام في هذه الدراسة المعمقة والموسعة بعد أن انتهينا من عرض النتائج والتوصيات ، وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا ، وله المنة في توفيقي وسدادي إلى الحق والصواب ، وما قد يكون فيه من خطأ لا سمح الله تعالى فمني ، وأستغفر الله تعالى وأتوب إليه توبة نصوحة دائمة ما دامت السماوات والأرض إلى يوم القيامة ، وحسبي إلى الله تعالى أنني دائر في ذلك بين الأجر والأجرين إن شاء الله تعالى ، وأسأل الله تعالى الحي القيوم ، أن يصرف عنا الهوى ويجنبنا الخطل وأن يكرمنا بحسن القول والعمل ، وأن لا يقطعنا من الرجاء في رحمته وعفوه ومن الأمل ، انه نعم المولى ونعم النصير.

والله تعالى اسأل التوفيق والسداد والرضا الدائم عنا ، وأن يجعله عملا خالصا لوجهه الكريم انه ولي ذلك والقادر عليه ،وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على النبي الشفيع سيدنا محمد (ﷺ) وعلى اله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين آمين يارب العالمين .

ومن الله تعالى التوفيق والسداد

فهرس البحث والدراسة

ويشتمل فهرس البحث والدراسة على الآتي :

أولا/ فهرس الآيات القرآنية.

ثانيا/ فهرس الأحاديث النبوية والآثار .

ثالثا/ فهرس المصادر والمراجع للدراسة.

: فهرس الآيات القرآنية.....

التسلسل	مطلع الآية واسم السورة ورقم الآية	الصفحة
١-	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن .... ﴾ سورة النساء /١ (المقدمة)	٢
٢-	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ .... ﴾ سورة أل عمران / ١٠٢	٢
٣-	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا .... ﴾ سورة الأحزاب/٧٠-٧١	٢
٤-	﴿ ...فَإِنَّكَ بِأَعْيُنِنَا ... ﴾سورة الطور / ٤٨ (الفصل الأول)	١٧
٥-	﴿ تَجْرِى بِأَعْيُنِنَا ... ﴾ سورة القمر /١٤	١٧
٦-	﴿ وَٱصْنَعِ ٱلْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا... ﴾سورة هود /٣٧	١٨
٧-	﴿ ...وَلِتُصْنَعَ عَلَىٰ عَيْنِىٓ ﴿٣٩﴾ ﴾سورة طه / ٣٩	١٨
٨-	﴿ ...أَمْ لَهُمْ أَعْيُنٌ يُبْصِرُونَ بِهَآ ... ﴾سورة الأعراف / ١٩٥	١٨
٩-	﴿ ...لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ... ﴾سورة النساء /١٠٥	٢٠
١٠-	﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ... ﴾سورة الإسراء/٣٦	٢٠
١١-	﴿ وَجَآءُوٓ أَبَاهُمْ عِشَآءً يَبْكُونَ ﴿١٦﴾ قَالُواْ يَٰٓأَبَانَآ ... ﴾ سورة يوسف /١٦-١٨	٢٠
١٢-	﴿ وَٱسْتَبَقَا ٱلْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا ... ﴾سورة يوسف /٢٥-٢٨	٢١
١٣-		
١٤-		
١٥-		
١٦-		
١٧-		
١٨-		
١٩-		
٢٠-		

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية والآثار.....

التسلسل	مطلع الحديث والأثر واسم مخرجه	الصفحة
١-	(عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خُطْبَةَ الْحَاجَةِ أن...) أخرجه الإمام أبي داود (المقدمة)	٢هامش
٢-	(أن رسول الله ﷺ مر على صبرة...) أخرجه الإمام مسلم (الفصل الأول)	٢٤
٣-	(سمعت رسول الله ﷺ يقول : من رأى منكم منكرا ...) أخرجه الإمام مسلم	٢٤
٤-	(بينما أنا واقف في الصف يوم بدر ...) أخرجه الإمام مسلم	٢٤
٥-	(كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد ...) أخرجه الشيخان	٢٦
٦-	(أصيب سعد يوم الخندق رماه رجل من قريش...) أخرجه الإمام مسلم	٢٧
٧-		
٨-		
٩-		
١٠-		
١١-		
١٢-		
١٣-		
١٤-		
١٥-		
١٦-		
١٧-		
١٨-		
١٩-		
٢٠-		

ثالثا: فهرس المصادر و المراجع للدراسة

وتشتمل فهرس المصادر والمراجع للدراسة على ما يأتي :=
القرآن الكريم (كتاب الله تعالى ومعجزته الكبرى، ودستور الإسلام الخالد) ،(أولا) المراجع العربية،(ثانيا) المراجع الأجنبية ، وهي إجمالا على التفصيل الآتي :-

القرآن الكريم (كتاب الله تعالى ومعجزته الكبرى، ودستور الإسلام الخالد).

المصادر و المراجع العربية :-

وتشتمل المصادر والمراجع العربية على : أولا / كتب التفسير، وثانيا/ كتب الحديث الشريف ، وثالثا / كتب شرح الحديث الشريف ، ورابعا / كتب الفقه الإسلامي ، خامسا / كتب اللغة والمصطلحات والمعاجم ، سادسا / الكتب القانونية والعامة ، سابعا / الرسائل الجامعية ، ثامنا / البحوث في المجلات العلمية ، تاسعا / الموسوعات الفقهية ، عاشرا / الدوريات ، حادي عشر / قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة ، ثاني عشر/ الإعلانات العالمية والتقنينات والقوانين ، وذلك على الشكل الآتي :-

أولا / كتب التفسير :-

١- الإمام أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن، ط١، تحقيق مصطفى ألبدري، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م، المجلد ٥، ج٩.

ثانيا / كتب الحديث الشريف :-

١- الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٢١هـ /٢٠٠٠م .

٢- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤-٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، ط١ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ .

٣- الإمام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب ابن علي بن سنان بن دينار النسائي(ت: ٣٠٣هـ) ، سنن النسائي المجتبى ، اعتنى به عبد الغني مستو، المكتبة العصرية ، بيروت ،٢٠٠٨م ، ج١و٢.

٤- الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري (١٩٤-٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، ط١، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ م.

٥- الإمام الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧- ٢٧٥هـ)، ،سنن ابن ماجة، ضبط نصها احمد شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٤ م.

٦- الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي(٢٠٩-٢٩٧هـ) ، سنن الترمذي الجامع الصحيح ، حققه وأخرجه الشيخ خليل مأمون شيحه، ط١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.

ثالثا / كتب شرح الحديث الشريف:-

١- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني(ت: ٢٥٥هـ) ، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الحديث، القاهرة، من دون سنة طبع، ج٨.

رابعا / كتب الفقه الإسلامي :-

وتشتمل كتب الفقه الإسلامي على : كتب الفقه الحنفي ، وكتب الفقه الشافعي ، وكتب الفقه الحنبلي ، وكتب الفقه الظاهري، وكتب الفقه الإسلامي العام، وذلك وفق الصيغة الآتية :

أ- كتب الفقه الحنفي :

١- سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ط٣ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، من دون سنة طبع .

٢- الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت: ٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، طبع مطبعة الجمالية، مصر،١٩١٠م ، ج٧.

٣- علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠ م ، ج٤.

٤- الإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي المبسوط ، ط٢،، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، من دون سنة طبع، المجلد ٥، ج٩ ، المجلد٨، ج١٦.

٥- الإمام محمد أمين ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، تكملة رد المحتار، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ج١ .

ب- كتب الفقه الشافعي :

١- الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (٦٧٦ هـ) ، ط٢، مطبعة ألبابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٥٨م، ج٤.

ت- كتب الفقه الحنبلي :

١- الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١هـ) ، زاد المعاد في هدى خير العباد، شرح وتعليق الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله والشيخ محمد حامد ألفقي رحمه الله ، ط١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٨ م ، المجلد ٣، ج٥ .

٢- الإمام شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١هـ) ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، عني به ورتب مادته وبوبها صالح احمد الشامي ، ط١، المكتب الإسلامي ، بيروت، دمشق ،عمان ، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م .

٣- أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر بن عاصم ألنمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ،١٣٨٧هـ ، ج٨ .

ث- كتب الفقه الظاهري :

١- الإمام محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى، بتصحيح محمد خليل حراس، مطبعة مصر، من دون سنة طبع، المجلد ٦، ج٩.

ج- كتب الفقه العام :

١- إبراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام وتاريخه ونظمه، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٧٥م .

٢- أحمد الداعور، أحكام البينات، مطبعة الغندور، بيروت، ١٩٦٥ م.

٣- د.احمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٦٥م .

٤- د.احمد فتحي البهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط٢، الشركة العربية للطباعة والنشر، القاهرة ، ٢٠٠٠م .

٥- د. بدرية عبد المنعم حسونة، شرح قانون الاثبات الاسلامي السوداني وتطبيقاته القانونية ، ط١، اكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض،٢٠٠٠م.

٦- د. خالد رشيد الجميلي ، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، كلية الشريعة ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩م .

٧- ظافر ألقاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، السلطة القضائية، ط١، دار النفائس، بيروت، ١٩٧٨م .

٨- د.عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القسم الخاص، ط٢، مكتبة العروبة، القاهرة، ١٩٦٤م ، ج٢.

٩- د.عطية مشرفة، القضاء في الإسلام، ط٢، مطابع دار الغد، مصر، ١٩٦٦م .

١٠- محمد سلام مدكور، القضاء في الإسلام ، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤م .

١١- د. ناصر بن محمد بن مشري ألغامدي، دفع الخصومة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية ، ط١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية، رمضان ١٤٢٨هـ.

خامسا / كتب اللغة والمصطلحات والمعاجم :-

١- إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، ، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، إشراف عبد السلام هارون، المكتبة العلمية، طهران، من دون سنة طبع، ج٢.

٢- العلامة الشيخ احمد رضا، معجم متن اللغة موسوعة لغوية حديثة، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٦٠م ، المجلد ٤.

٣- د. احمد مختار عبد الحميد عمر(ت :١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ط١، عالم الكتب ، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ج٢.

٤- الإمام إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط٣، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٤م ، ج٦.

٥- الإمام العلامة جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت: ٥٣٨هـ)، أسس البلاغة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٥م .

٦- د.جميل صليبا، المعجم الفلسفي بألفاظ العربية والفرنسية والانكليزية واللاتينية، ، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢م ، ج٢.

٧- العلامة الجوهري، الصحاح في اللغة والعلوم، تقديم العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، دار الحضارة العربية، بيروت،من دون سنة طبع ، المجلد ٤.

٨- ابو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني المعروف بالسيد الشريف، التعريفات، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، من دون سنة طبع.

٩- أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا (ت : ٣٩٥ هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، من دون سنة طبع، المجلد ٤، ج٤.

١٠-العلامة الراغب الأصفهاني (ت: ٤٢٥ هـ)، مفردات ألفاظ القرآن ، ط٢، تحقيق صفوان عدنان داودي، دار العلم دمشق، الدار الشامية بيروت ، ١٤٢٣ .

١١- أبو عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د.مهدي المخزومي ود.إبراهيم السامرائي، سلسلة المعاجم والفهارس، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨١م، ج٢.

١٢- الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري الملقب بابن منظور(ت: ٧١١هـ)، لسان العرب المحيط، قدمه له العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، دون سنة طبع، المجلد٢.

١٣- د. فؤاد أفرام البستاني ، منجد الطلاب ، ط٢٢، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٧٨م .

١٤- العلامة الشيخ مجد الدين محمد الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط، ،عالم الكتب، بيروت، من دون سنة طبع، ج٤.
١٥- مجموعة من المؤلفين، المنجد في اللغة والأعلام، ط٣٨، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت،٢٠٠٠م .
١٦- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت: ٦٦٦) ، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت ،١٩٨١م .

سادسا / الكتب القانونية والعامة :-

١- إبراهيم ألمشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠م .
٢- د.إحسان الناصري، أصول التحقيق الجنائي، بغداد، ١٩٤١م .
٣- د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١.
٤- د.احمد أبو ألوفا، تاريخ النظم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠م .
٥- د. احمد عبد العال أبو قرين، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م .
٦- د.احمد فؤاد عبد المجيد، التحقيق الجنائي، القسم العلمي، القاهرة، ١٩٣٩ م .
٧- د.احمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م .
٨- د.أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ط٧، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢م ، ج٢.
٩- د.آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ط٢، مطبعة القادسية، جامعة بغداد، ١٩٨٦م .
١٠- د. ادم وهيب النداوي، فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات، مطبعة التعليم العالي، جامعة بغداد، ١٩٨٨م .
١١- د.ادم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، دار الرسالة، بغداد، ١٩٧٩م .
١٢- د.ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ١٩٨٨م .
١٣- د.ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، بيت الحكمة، جامعة بغداد ، ١٩٩٠م .

١٤- د.ادوار غالي الذهبي، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ط١، المكتبة الوطنية بنغازي، ليبيا، ١٩٧٦م .
١٥- د. أمال احمد الغزايري، مواعيد المرافعات، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٦م .
١٦- المستشار انس الكيلاني، موسوعة الإثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، ط٢، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٨٩م ، ج١.
١٧- د.أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤ م .
١٨- د.أنور العمروسي، أصول المرفعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ط٣، من دون دار ومكان طبع ، ١٩٧٨م .
١٩- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي،الأحكام الخاصة لليمين المتممة الجوازية والوجوبية في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة تحليلية مقارنة معمقة في الإثبات المدني معززة بالقرارات القضائية ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤م .
٢٠- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، استجواب الخصوم في الدعوى المدنية ، دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم ، ط١ ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤ م .
٢١- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٤م .
٢٢- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، مبدأ الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الإثبات المدني، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر - الإمارات ، ٢٠١٢م .
٢٣- الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر- الإمارات ، ٢٠١٢م.
٢٤- د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٢م .
٢٥- جلال عباسي، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، قانون محكمة العدل العليا الأردنية رقم ١١ لسنة ١٩٨٩، مطابع دار الشعب، عمان، من دون سنة طبع.
٢٦- جمال مولود ذيبان، ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٢م .
٢٧- د. جورج كرم، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، مطبعة الشرق، دمشق، ١٩٤٧م .

٢٨- المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، القرائن وحجية الأحكام والكشف والمعاينة والخبرة، مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧م ، ج٤.
٢٩- حسين عبد الهادي البياع ، شرح قانون الإثبات رقم١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، ط١، بغداد، ١٩٨٦م .
٣٠- داؤد سمرة، شرح قانون أصول المحاكمات الحقوقية، ط٢، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٤٠م.
٣١- د. رضا المزغني، أحكام الإثبات، مطابع معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٥م .
٣٢- د. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، مطابع الأمل، بيروت، ١٩٨٥م.
٣٣- سالم محمد سالم الكواري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية المرسوم بقانون ١٤ لسنة ١٩٩٦ بشأن إصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني، ط١، من دون دار طبع ومكان طبع، ١٩٩٨م .
٣٤- د. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٢م .
٣٥- د.سلطان الشاوي، أصول التحقيق الإجرامي، شركة أياد للطباعة الفنية، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣م .
٣٦- سليمان فيضي الموصلي، شرح قانون حكام الصلح، مطبعة العراق، بغداد، من دون سنة طبع، ج٢.
٣٧- د.سليمان مرقس، من طرق الإثبات، شهادة الشهود والقرائن والمعاينة والخبرة، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧٤م ، ج٣.
٣٨- د. سيد احمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، ٢٠٠٥ م .
٣٩- د. شعيب احمد الحمداني، قانون حمورابي، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٨٨م .
٤٠- د. صبيح مسكوني، تاريخ القانون القديم، ط٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧١م .
٤١- د. صوفي حسن أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٧٨م .
٤٢- د.عايد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م .

٤٣- أ.د. عباس العبودي، شرح أحكام البينات الجديد المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤ م .
٤٤- أ.د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٧م .
٤٥- أ. د.عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط١، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ٢٠٠٠ م .
٤٦- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٩ م .
٤٧- د.عبد التواب مبارك، الوجيز في اصول التقاضي المدني قانون المرافعات، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م .
٤٨- د.عبد الحكم فودة، المعاينة وندب الخبراء في ضوء مختلف الآراء الفقهية واحكام محكمة النقض، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦.
٤٩- د. عبد الحكم فوده، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، من دون سنة طبع ، ج٣.
٥٠- د.عبد الرحمن البزاز، الموجز في تاريخ القانون، ط١، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٩م .
٥١- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٢م ، ج٢.
٥٢- د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، من دون سنة طبع ، ج٢.
٥٣- د.عبد السلام الترمانيني ، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط٣، جامعة الكويت، ١٩٨٢م .
٥٤- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، في مصادر الالتزام ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ م، ج١ .
٥٥- د.عبد المنعم الشرقاوي و د.فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٧ م .
٥٦- د.عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، طبع القاهرة، من دون سنة طبع.
٥٧- د. عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٨٦م .

٥٨- د.عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الجيل للطباعة، مصر،١٩٨٥م .
٥٩- المستشار عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء ، ط٢، مطابع دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٦
٦٠- د.عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٨٣م .
٦١- د.عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، من دون سنة طبع.
٦٢- د. فارس علي عمر الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
٦٣- د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر- الإمارات ، ٢٠١٢م.
٦٤- د. فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٧م.
٦٥- د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩م.
٦٦- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م.
٦٧- المحامي فرج محمد علي ، عبء الإثبات ونقله ، دراسة فقهية قضائية للخصم المكلف بالإثبات - مرافعات - مدني - ضرائب - جمارك - طبقا لأحدث أحكام محكمة النقض ، ط٢ ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ م .
٦٨- د.فضل آدم ألمسيري، الإنابة القضائية في المسائل المدنية والتجارية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٦٩- أ.د. ليلى عبد الله سعيد، الوجيز في شرح قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦، ط١، جامعة البحرين، ٢٠٠٣م.
٧٠- د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥م.
٧١- محمد طلال ألحمصي، نظرية القضاء المستعجل في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني لسنة ١٩٨٨، ط١، دار البشير، عمان، ١٩٩٦م.
٧٢- المستشار محمد عبداللطيف ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط١، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٧٢ م ،ج٢.

٧٣- المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣م ، ج٣ .
٧٤- محمد كمال أبو الخير، قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، ط٥، دار المعارف، ١٩٦٣م .
٧٥- د.محمود أنور عكاشة، المبادئ الأساسية في التحقيق الجنائي العلمي، القاهرة، ١٩٦٩م.
٧٦- د.محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٩٠م.
٧٧- د. محمود حسن، التحقيق الجنائي العلمي والفني، ط١، القاهرة، ١٩١٣م.
٧٨- محمود عاصم، النظم القانونية في الدول العربية، الكتاب الأول ، والكتاب الثاني ، دار دنيا القانون، مطبعة خلف، القاهرة، ١٩٦٧م .
٧٩- د.محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، من دون سنة طبع، ج٢.
٨٠- القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، شركة الحسام للطباعة، بغداد، ١٩٩٤م، ج١.
٨١- د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤ ،
٨٢- د.مصطفى كامل كيره، قانون المرافعات الليبي، منشورات الجامعة الليبية، دار صادر، بيروت، ١٩٦٩م .
٨٣- المستشار مصطفى مجدي هرجه ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧م، ج٢.
٨٤- د.مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الإثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الإمارات العربية المتحدة، طبع مطابع بن جسمال، دبي، من دون سنة طبع.
٨٥- ممدوح العطري، قانون البينات في الفقه والاجتهاد، قدمها اسعد الكوراني، المطبعة الحديثة، دمشق، ١٩٨٠م ، الكتاب ٥ ، القسم الثاني .
٨٦- د.نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشورات المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤ م .
٨٧- د.هاشم الحافظ، تاريخ القانون، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٠م .
٨٨- د. هشام علي صادق و د.عكاشة محمد عبد العال، تاريخ النظم القانونية، الدار الجامعية ، بيروت، ١٩٨٦م .

٨٩- د. همام محمد محمود زهران و د. نبيل إبراهيم سعد، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠١م .
٩٠- د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م.
٩١- د.وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٦م.

سابعا / الرسائل الجامعية :-

١- انس محمود الزرري، الخبرة في المسائل المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، شباط، ١٩٨٧م.
٢- وائل مؤيد جلال الدين، إجراءات الإثبات المدني دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، أيلول، ٢٠٠٦ م .

ثامنا / البحوث في المجلات العلمية:-

١- د. آدم وهيب النداوي، القضاء العادل والعاجل، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد ، ١٩٨٥م ، المجلد ٤، ع/ ١و٢.
٢- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، استجواب بين الشريعة الإسلامية والقوانين المدنية دراسة مقارنة، مجلة كلية العلوم الإسلامية ، مجلة علمية نصف سنوية محكمة، تصدرها كلية العلوم الإسلامية، جامعة الموصل، جمادي الثاني١٤٣١هـ/ حزيران٢٠١٠م، ١٤٣٠هـ/٢٠١٠م، المجلد٤، السنة ٤، ع/٨.
٣- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، الاستجواب في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة، مجلة بحوث مستقبلية ، مجلة علمية فصلية محكمة ، تصدر عن مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة ، الموصل ، محرم وربيع الثاني ١٤٣٠هـ/ تموز وتشرين الثاني ٢٠٠٩م ، ع/ ٢٧ .

٤- الشيح د.أوان عبد الله الفيضي ، المعاينة في نطاق الدعوى المدنية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلة فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل، ذو العقدة ١٤٢٤ هـ / كانون الأول ٢٠٠٣ م ، المجلد١ ، السنة ٨ ، ع/ ١٩.
٥- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، اليمين المتممة في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، مجلة بحوث مستقبلية ، مجلة علمية فصلية محكمة ، تصدر عن مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة ، الموصل ، جمادى الاولى١٤٢٥هـ/ تموز٢٠٠٤م ، ع/ ٩.
٦- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الإثبات المدني ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلة فصلية علمية محكمة ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة الموصل ،شعبان ١٤٢٥هـ/ أيلول ٢٠٠٤م ، المجلد ٣ ، السنة ٩ ، ع/ ٢٢.
٧- المحامي حسين المؤمن، حكم الحاكم بعلمه في الشريعة والقانون، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، ١٩٧٦م ، س٣١ ، ع /٣ .
٨- رمزي زينل طلحة، عن الكشف المستعجل، مجلة الوقائع العدلية، كانون الأول، ١٩٨١م ، س٣ ، ع/ ٥٥.
٩- القاضي سامي سعيد عبدالله ، حول الكشف المستعجل، مجلة الوقائع العدلية ، آذار، ١٩٨٢م ، س٤ ، ع/٦١.

تاسعا / الموسوعات الفقهية :-

١- مجموعة من المؤلفين ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية، ط١، مطابع دار الصفوة ، مصر ،من دون سنة طبع ، ج٢٩ .
٢- موسوعة جمال عبد الناصر ، مطابع الأهرام ، القاهرة، ١٣٩٠هـ ، ج٢ .

عاشرا / الدوريات :-

تشتمل على: النشرة القضائية العراقية ، مجموعة الأحكام العدلية ، مجلة قضاء محكمة تمييز العراق ، ومجلة العدالة لدولة الإمارات العربية المتحدة، ومجلة الرافدين للحقوق، وذلك وفق التفصيل الآتي :

أ- النشرة القضائية، تصدرها وزارة العدل العراقية :-

١- قرار محكمة التمييز العراقية رقم /٨٦١/ شرعية / ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/٣١ ، النشرة القضائية ، وزارة العدل العراقية ،١٩٧١م ، س١ ، ع/ ٢.

ب- مجموعة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الإعلام القانوني، وزارة العدل العراقية :-

١- قرار محكمة تمييز العراق رقم/١٥٧/ حقوقية/٨٨ في ١٩٨٨/١/٤، مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، كانون الثاني، ١٩٨٨ م ، ع/١.

٢- قرار محكمة التمييز العراقية رقم / ٥٠١ / مدنية ثانية / ١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٧٥م ، ع /٣ .

٣- قرار محكمة تمييز العراق رقم / ٢٤١ / مدنية ثالثة / ١٩٨٠ في ١٩٨٠/٣/٣١ ، مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٨٠م ، ع /٣.

٤- قرار محكمة تمييز العراق رقم /٨٠٥/ شخصية / ١٩٨١ في ١٩٨١/٥/٢٥، مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ،١٩٨١ م، ع/ ٢.

٥- قرار محكمة التمييز العراقية رقم /١٦٤٧ في ١٢/ ٢/ ١٩٧٥ ، مجموعة الأحكام العدلية ، ، وزارة العدل العراقية ، ١٩٧٥م ، ع/٣.

٦- قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٩١/حقوقية/١٩٨١ في١٩٨١/٨/٣٠، مجموعة الأحكام العدلية، ١٩٨١م، س١٢، ع/٣ .

ت- مجلة قضاء محكمة تمييز العراق :-

١- قرار محكمة تميز العراق رقم/ ٨٣/ مستعجلة/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٩/١٠، المنشور في : قضاء محكمة تمييز العراق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة مطبعة الحكومة ، بغداد، ١٩٧١م ، المجلد ٥.

٢- قرار محكمة تمييز العراق رقم/١١١/حقوقية ثالثة/١٩٦٩ في ١٩٦٩/١١/٣٠، المنشور في : قضاء محكمة تمييز العراق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩، دار الحرية، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٢م، المجلد٦.

ث- مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة :-

١- قرار المحكمة العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم/١١٢ في ١٩٨٤/٥/١٦، مجلة العدالة، وزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة ،١٩٨٤م، س١١، ع/٤١.

ج- مجلة الرافدين للحقوق ،تصدرها كلية الحقوق في جامعة الموصل، العراق :-

١- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في ٢٠٠٥/١١/٥ نقلاً عن : مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، حزيران، ٢٠٠٦ م ، المجلد ٨، س١١، ع /٢٨ .

حادي عشر / قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة :-

تشتمل على : (١)/ قرارات مجلس شورى الدولة العراقي ، (٢)/ قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية ، (٣)/ قرارات محكمة تمييز العراق ، (٤)/ قرارات محكمة استئناف نينوى يصفتها التمييزية ، (٥)/ قرارات محكمة الأحوال الشخصية، في الكاظمية ، (٦)/ قرارات محكمة بداءة الموصل ، وذلك على النحو الآتي :-

(١)/ قرارات مجلس شورى الدولة العراقي :-

١- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة العراقي رقم ٥٢/ إداري / تمييز/١٩٩٤ في ١٩٩٤/٦/١٢ (قرار غير منشور) .

(٢)/ قرارات محكمة التمييز الاتحادية العراقية :-

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم / ١٧٥٦ / هيأة استئنافية / عقار/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١١/١٢ (قرار غير منشور) .

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٣٥٤٢ / شخصية أولى /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/١٥ (قرار غير منشور) .

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم /٢٨٢٣/ هيأة شخصية أولى /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٢١ (قرار غير منشور) .

(٣)/ قرارات محكمة تمييز العراق :-

١- قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢١٥٦/ م٢ /٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/١٩ (قرار غير منشور) .

٢- قرار محكمة تمييز العراق رقم/٤١/ مدنية أولى/١٩٩١ في ١٩٩١/٩/١١ (قرار غير منشور) .

٣- قرار محكمة تمييز العراق رقم / ٥ / مدنية / ٩٩٠ في ١٩٩٠/٧/٢٥ (قرار غير منشور).

٤- قرار محكمة تمييز العراق رقم/٢٧٠٤/ م٢/ ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/١٢ (قرار غير منشور).

٥- قرار محكمة تمييز العراق رقم / ٧٤٤ / م١ / ١٩٩٤ في ١٩٩٥/٢/٧ (قرار غير منشور) .

٦- قرار محكمة تمييز العراق رقم /١٦٢/ موسعة أولى/١٩٩٢ في ١٩٩٢/١٠/١٤ (قرار غير منشور) .

٧- قرار محكمة تمييز العراق رقم/١٧٤١/ الهيئة الاستئنافية/عقار/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/١٥ (قرار غير منشور).

(٤)/ قرارات محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية :-

١- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم /٤٤٢/ ت.ب /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١١/٢٣ (قرار غير منشور) .

٢- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم/ ١٩٢و١٩٤/ ت.ب /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٩ (قرار غير منشور) .

٣- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم/ ٥٦٤ و٥٧٤/ ت.ب /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٢/١٨ (قرار غير منشور) .

٤- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية رقم /٢٠ / ت ب /٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١/١٧ (قرار غير منشور).

٥- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية رقم /٤٥٧/ ت. ب/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٠/١٦ (قرار غير منشور).

٦- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم / ١٨ / ت، ب/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/١/١٦ (قرار غير منشور) .

٧- قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصـفتها التمييزيـة رقـم / ٩ / ت.ب /٢٠٠٧ فـي ٢٠٠٧/١/١٤ (قرار غير منشور).

٨- قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصـفتها التمييزيـة رقـم /٢١٠ / ت. ب /٩٩٩ فـي ١٩٩٩/٢/١٣ (قرار غير منشور) .

٩- قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصـفتها التمييزيـة رقـم / ٢٦ / ت.ب /٢٠٠٧ فـي ٢٠٠٧/١/١٢ (قرار غير منشور) .

١٠- قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصـفتها التمييزيـة رقـم/ ٥٢ / ت.ب /٢٠٠٧ فـي ٢٠٠٧/٢/١٩ (قرار غير منشور).

١١- قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصـفتها التمييزيـة رقـم /٧٨٨/ ت.ب /٢٠٠١ فـي ٢٠٠١/١١/٦ (قرار غير منشور).

١٢- قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصـفتها التمييزيـة رقـم /١٠٣/ ت.ب /٢٠٠٢ فـي ٢٠٠٢/٤/٢٤ (قرار غير منشور).

١٣- قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصـفتها التمييزيـة رقـم /٣٠٩/ ت.ب /٢٠٠٢ فـي ٢٠٠٢/٦/٣ (قرار غير منشور).

(٤)/ قرارات محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية :-

١- قـرار محكمـة الأحـوال الشخصـية فـي الكاظميـة التابعـة لرئاسـة محكمـة اسـتئناف الكـرخ الاتحادية رقم / ٣٨٢٧/ ش/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/٣/١٤ (قرار غير منشور) .

(٥)/ قرارات محكمة بداءة الموصل :-

١- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٠٠١/١٨٣١ في ٢٠٠٢/٥/١٦ (قرار غير منشور).

٢- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٠٠٦/٦١٠٤ في ٢٠٠٧/٢/١٨ (قرار غير منشور).

٣- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/٢٠٠٧/٩٠٥ في ٢٠٠٧/٣/١٢ (قرار غير منشور).

٤- قرار محكمة بداءة الموصل رقم /٢٠٠٧/٦٢٥ في ٢٠٠٧/٣/٤ (قرار غير منشور) .

٥- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/٢٠٠٢/٢٤٨٦ في ٢٠٠٢/١٢/٣١ (قرار غير منشور).

٦- قرار محكمة بداءة الموصل رقم /٢٠٠٦/٤٨٣٥ في ٢٠٠٦/١١/٢٧ (قرار غير منشور).

ثاني عشر/الإعلانات العالمية والتقنينات والقوانين :-

تشتمل على:(١)/ التقنينات الملغية، (٢)/ القوانين العربية، (٣)/ القوانين الأجنبية ، وذلك على النحو الآتي :-

(١)/التقنينات الملغية :-

١- مجلة الأحكام العدلية العثمانية الملغاة.

٢- قانون التجارة العراقي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ الملغي .

(٢)/القوانين العربية :-

تضم القوانين العربية على: القوانين العراقية، والقوانين المصرية ، والقوانين السعودية والقوانين السورية، والقوانين الأردنية ، والقوانين اللبنانية ، والقوانين اليمنية ، والقوانين الكويتية ، والقوانين الإماراتية، والقوانين البحرانية ، والقوانين الجزائرية ، وذلك فق الترتيب الآتي : -

أ - القوانين العراقية:-

١- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٣- قانون الإثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

٤- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥-قانون الخبراء العراقي النافذ رقم ١٦٣ لسنة ١٩٦٤ المعدل.

٦- قانون الطب العدلي العراقي النافذ رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٧ المعدل.

٧- قانون الرسوم العدلية العراقي النافذ رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل.

٨- قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

٩- قانون إيجار العقار العراقي النافذ رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل

١٠- قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل .

١١- الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، إعداد القاضي نبيل عبد الرحمن حياوي ، مجموعة القوانين العراقية، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٤م .

ب- القوانين المصرية:-

١- قانون الإثبات للمواد المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨المعدل.

٢- المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل .

ت- القوانين السعودية:-

١- نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١هـ المعدل.

ث- القوانين السورية:-

١- قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل.

٢- قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية السوري النافذ رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ المعدل.

ج- القوانين الأردنية:-

١- قانون البينات الأردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل .

٢- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني النافذ رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل.

ح- القوانين اللبنانية:-

١- قانون أصول المحكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

خ- القوانين اليمنية:-

١- قانون الإثبات اليمني النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ المعدل .

د- القوانين الإماراتية:-

١- قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل.

ذ- القوانين البحرانية :-

١- قانون الإثبات المدني والتجاري البحريني النافذ رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ المعدل

ر- القوانين الجزائرية :-

١- قانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥ – ٨٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل .

(٤)- القوانين الأجنبية:-

١- قانون المرافعات الفرنسي النافذ رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ المعدل.

٢- القانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤المعدل. **Code civil LiTec paris 2003**

(ثانيا) المصادر والمراجع الأجنبية :-

1. **Alain Lorieux,"lexpertise et le jugement", lexpertise, colloque, Dalloz, 1995, p.123.ets.**
2. **Betti (Emilio) per una classificazione degli atti procee ssuali di part. Rir. Dr. proc civ. 1928.I.P.107**
3. **Bulletin Trimestriel du code commercial ,1982,No.3.**

4. Bongert Recherches Sur Les cours laiques du 6 eme au 13 eme siecle these paris, 1949, P.30
5. Cass Civ 5/3/1982 No. 712. Laprotique Des Expertises Judiciaires، Encyclopedie et Cie، Paris، 1988، p. 154
6. Code civil ,litec , paris ,2003.
7. G.W.Poton-Atext book of Jurispudence, London, 1972. P.597
8. Nouveau code de procedure civil textex ajourau ler, October, 1986, litec, Paris.
9. Dr.Valeric Lasserre-kiesow-linterpretation stricte parla cour se cassation des.disposition du nouveiu code de procedure civile imposant un formalisme des. mentions opligatoires-recueiel; dalloz, 2001, gurisprudence- p.1-3.