مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: الشكلية في بعض القوانين العراقية وأثر تخلفها
اسم الكاتب: م. محمد إقبال ياسين المشهداني
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/481
تاريخ الاسترداد: 2026/11/01 09:31 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

الشَّكليَّة في بعض القوانين العراقية وأثر تخلُّفها

م. محمد إقبال ياسين المشهداني
كلية القانون ـ جامعة الأنبار/ الرمادي

Abstract

When talking about the first formal Maitbader to mind the laws of the Code of Civil Procedure, and the Code of Criminal Procedure, and rules of the organization of the administrative court. However, when we study the formal as a legal concept in the light of the division of legal rules, on the subject, hand Matorteurh of the principles of the rules of formal and substantive rules, and when set the substantive rules as: (those rules that take structured objective of legal relations, it shows the rights and duties and how tion, use and termination. realize that except for this type of rules is the rules of formality, though the concept of form seems much broader than the concept that Nhzareth law proceedings, and the rules of Criminal Procedure and fork them of the laws of formality. and be logical that any legal text, and wherever found it is not those texts that set an objective of the regulated legal relations, and I determine the rights and duties, and I determine how they arise, use and termination, can count the legal text of the texts contained within the formal laws and that one of the objective laws such as the Civil or commercial

مقدمة:

عندَ الحديث عن الشَّكليَّة فإنَّ أوَّل مايتبادر للذهن من القوانين قانون المرافعات المدنية، وقانون أصول المحاكمات الجزائية، وقواعد تنظيم القضاء الإداري. ولكن، عندما ندرس

الشَّكليَّة بوصفها مفهوماً قانونياً على ضوء تقسيم القواعد القانونية، من جهة الموضوع، ومن جهة ماتقررهُ من مبادئ إلى قواعد شَّكليَّة وقواعد موضوعية، وعندما تُحدّد القواعد الموضوعية بأنَّها: (تلك القواعد التي تضعُ تنظيماً موضوعياً للعلاقات القانونية، فهي تُبيّن الحقوق والواجبات وكيفية نشوئها واستعمالها وانقضائها[1]). ندركُ أنَّ ماعدا هذا النوع من القواعد هو قَواعد شَكليَّة، وإنَّ مفهوم الشَّكليَّة يبدو أوسعَ بكثيرٍ من المفهوم الذي نحصرهُ بقانون المرافعات، وقواعد أصول المحاكمات الجزائية وما تفرَّع منهما من قوانين شَّكليَّة. ويكون منطقياً أنَّ أيَّ نصٍ قانوني، وأينما وُجِدَ ليسَ من تلك النصوص التي تضع تنظيماً موضوعياً للعلاقات القانونية، ولاتُبيَّن الحقوق والواجبات، ولاتُبيَّن كيفية نشوئها واستعمالها وانقضائها، يُمكن عدّ هذا النص القانوني من النصوص الشَّكليَّة وإن وردَ ضمن القوانين التي تُعدّ من القوانين الموضوعية كالقانون المدني أو التجاري[2]).

أهمية البحث ومبرراته:

للأثر الذي تضطلع به القواعد الشَّكليَّة في القوانين، ولاسيما القوانين الشَّكليَّة . كقانون المرافعات المدنية . والقوانين الأخرى التي يغلب عليها الطابع الموضوعي . كالقانون المدني . في حياة الفرد والمجتمع، بوصفها همزة الوصلِ بينَ قواعد القوانين الموضوعية والحقوق التي تُقرَّرها للأفراد، وبين الأفراد أنفسهم، إذ بدونها يصعب وصول الحقِّ إلى أصحابهِ، وللأثر الذي يترتب على تخلُّف الشَّكليَّة، لهذهِ الأسباب وغيرها، وجدت أهمية معالجة هذا الموضوع، وبسببٍ من هذه الأهمية كانَ اختيارنا (الشَّكليَّة في بعض القوانين العراقية وآثر تخلُّفها) موضوعاً للبحث.

هيكلية البحث:

استناداً لمفهوم القواعد الشَّكليَّة، وهي كلُّ نصٍّ قانونيٍّ لايُقرَّر حقوقاً موضوعيَّة، ولايضعُ تنظيماً موضوعياً للعلاقات القانونية، ولايبين الحقوق

والواجبات، ولا كيفية نشوئها واستعمالها، وانقضائها، فإنَّنا سنتناول قانون المرافعات بوصفه يُمثل العمود الفقري لجميع القوانين الشَّكليَّة، ولأنَّ القواعد الشَّكليَّة لايقتصر وجودها على القوانين الشَّكليَّة، بل توجد أيضاً في القوانين الموضوعية، فإنَّنا سنتطرق إليها في بعض القوانين الموضوعية، ولأنَّ الشَّكليَّة تلعب دوراً في الحياة العملية، وأنَّ تخلفها يرتب آثاراً قانونية، فإنَّنا سنتطرق إلى دورها وآثار تخلَّفها، والموقف منها، كلٌ في مبحثٍ مستقلّ، وكما يأتي:

المبحث الأول: الشَّكليَّة في قانون المرافعات.

المبحث الثاني: الشَّكليَّة في بعض القوانين العراقية الموضوعية.

المبحث الثالث: دور الشَّكليَّة وأثر تخلفها.

المبحث الأول

الشَّكليَّة في قانون المرافعات

إذا أردنا إلقاء نظرة تاريخيَّة في القانون الروماني . الذي يُعدّ أهم مصادر القوانين الوضعيَّة في العالم، ومن ضمنها قوانين الدول العربيَّة . فإنَّنا نجد أنَّهُ أسبق القوانين التي كرست الشَّكليَّة. (فالشَّكليَّة وسيلة من وسائل الصياغة القانونيَّة التي عرفتها أقدم النُّظُم القانونية، وهي لاتزال موجودة في أحدثها، إلَّا أنَّها بمفهوم متطوَّر[٣])، فقد ظهرت الشَّكليَّة في النظم البدائية نتيجة لولع الأقدمين ولعاً فطرياً متأصِّلاً في النفوس بتجسيم المعنويات، وإعطائها كياناً يُدركُ بالسمعِ أو بالرؤية، يرمزون بهِ إَليها، لهذا، كانت الشَّكليَّة (رمزية Symbolique ، تنطوي على حركات خاصَّةٍ تستجيب لغرائز الإنسان، وقد كانَ القانون الروماني في العصر القديم، أرضاً خصبةً لهذه الشَّكليَّة، فهذا القانون . كما يقول (Ihreing) ـ: لم يكن يعرفُ من التصرفات إلَّا ماكانَ لهُ شَّكل قانوني، وكانَ مظهرهُ يُبديه وكأنَّهُ تصرفٌ قانوني، إذ أنَّ انعدام الشَّكل أمر كانت تنفر منهُ طبيعة الرومان الأقدمين[٤]). (أمَّا في بلادنا التي من الثابت أنَّها كانت مهداً لأقدم الشرائع وأرقاها، فقد

عــرفَ العراقيــونَ القــدماء القــانون والقضــاء منذُ آمــادٍ موغلــة فــي القِدم، وأولــوهُ العنايــة والتنظــيم والهــدف الاجتمــاعي منــهُ، وقــد حــدثَ التغييــر العظيم ببزوغِ فجر الشريعة الإسلامية، فمنَ المعروف أنَّ أهمَّ وأظهر سمةٍ تتسم بها هذه الشريعة هو تحرُّرها من الأمور غير المعقولة، والشَّكليَّات غير المنطقيــة. تلــك التــي كانــت سمة مــا سبقها من شرائع وضعية وفي مقدمتها القانون الروماني، فضلاً عن استناد هذه الشريعة إلى قواعد العدل المطلق في كلِ مجالٍ، ومحاربة الظلم، ومنع الضرر، وقد أولى الرسول (صلى الله عليه وسلم) ومن بعدهِ الخلفاء وفقهاء هذه الشريعة القضاء العادل، واختيار القاضــي الكفــء عنايــة تتناســب ومــا يتبوأه هذا الأمر، لأنَّ القضاء بالحقِّ من أقوى الفرائض بعدَ الإيمان بالله، وبقي العمل بهذه الشريعة بصورة تامَّة طيلة القرون الماضية، لما تتسم بهِ هذهِ الشريعة من مرونةٍ وقابليةٍ على تلبيةِ حاجات كلَّ مجتمع، ولما تمتلكه من قواعد كليَّة ثابتة تنطبق في كلِ زمانٍ ومكان.

غير أنَّه في سنة ١٨٣٩ رأت الدولة العثمانية . والعراق كانَ ولايةً منهــا . أن تقوم باقتباسِ القوانين الفرنسية لظهورِ تياراتٍ سياسية تدعو لمثــلِ هــذه التحــولات والتوجهــات، ومرادُنــا مــن هــذا البحــث مــا يتعلــق بقــوانين المرافعــات بوصــفهِ المثــل الأوضح للشَّكليَّة، ففي سنة ١٢٧٨هـ وضــعت الدولــة العثمانيــة قــانون المحاكمات التجارية ولم ينص هذا القانون على تشكيل (محكمة التمييز)، ولكنَّ قانون تشكيل المحاكم النظامية الصــادر فــي جمــادى الآخــرة ســنة ١٢٩٦هـ نصَّ على تشكيلها، وفي سنة ١٨٧٩ أصدرت الدولة العثمانية قــانون أصــول المحاكمــات الحقوقيــة الــذي اقتُــبِسَ فــي قــانون المرافعــات المدنيــة والتجاريــة الفرنســي لســنة ١٨٠٧. وفــي ســنة ١٩١١ شــرّعت الدولــة العثمانيــة قــانون أحكام الصــلح العثمــاني، وتأسَّســت بموجبــهِ محــاكم الصــلح. وعنــدما احتلــت القــوات

الانكليزية (العراق) أصدرت سلطة الاحتلال بيانات عدّلت فيها بعض مواد قانون أصول المحاكمات الحقوقية ومنها بيان المحاكم الصادر سنة ١٩١٧، ونظام المحاكم المدنية لسنة ١٩١٨. إلَّا أنَّ قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية بقي ساري المفعول حتى ١٩٥٦/١٢/٢٤ حيثُ أُلغي بصدورِ قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٨٨ لسنة ١٩٥٦)، وتمَّ إلغاء هذا القانون بصدورِ قانون المرافعات المدنيَّة والتجاريَّة رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) القانون النافذ حالياً[٥]). وإذا كانَ سبب دراسة قانون المرافعات المدنية وتقديمِهِ من بين القوانين الأخرى عندَ بحث الشَّكليَّة في القانون، فلأنَّ هذا القانون يُعدُّ المرجع العام لها في كلِ ما لم يرد فيها نصٌّ خاصٌّ، فحيثما نبحث في قانون المرافعات ونتناوله درساً وتوسعاً فكأنَّنا نبحث في الشَّكليَّة القانونية بشكلٍ مباشر.

ومن جانب ثانٍ، فإنَّ القوانين الشَّكليَّة تعبير يُقصد به: (القوانين التي تتعلق بتشكيلات المحاكم واختصاصاتها، وكيفيةِ رفع الدعوى، وأصول المرافعات فيها، والأحكام التي تصدرها المحاكم، وطرق الطعن فيها، وكيفية تنفيذها، وهذه القوانين هي قوانين شَكليَّة لأنَّها تهتمُّ بسيرِ الدعوى لا بموضوعها[٦])، وإذا كانَ الأمرُ كذلك . وهو كذلكَ بالفعل . فإنَّ قانون المرافعات هو الأنموذج الأوضح لها، ويأتي في مقدمتها، لذا جرى تناوله بالبحث، ودراسة أهدافهِ، والتي تتلخص بما يأتي:

أولاً: تبسيط الشَّكليَّة في العمل القضائي.

ثانياً: العمل على تحقيق القضاء العادل العاجل.

ثالثاً: منح القاضي دوراً إيجابياً في العمل القضائي.

وسنتناول كلاً منها في مطلبٍ مستقل.

المطلب الأول/ تبسيط الشَّكليَّة في العمل القضائي.

أشارت المادة (الرابعة) من قانون الإثبات رقم (١٠٧ لسنة

١٩٧٩) والذي يُعدُ جزءً من قانون المرافعات من حيث الموضوع، وكانت أحكامهُ جزء من ضمنِ قانون المرافعات حتى استقلت بقانونٍ خاصٍ إلى: (إنَّ من أهداف قانون الإثبات تبسيط الشَّكليَّة إلى الحدَّ الذي يضمن المصلحة العامة، ولا يؤدي إلى التفريط بأصلِ الحق المتنازع فيه). ورأينا أنَّ الإجراءات الشَّكليَّة ليست بالأمرِ المُسْتَحْدَث في مسيرة العمل القضائي، بل هي قديمة قِدم القانون، ولو عُدنا إلى الإجراءات القانونية في القانون الروماني لرأينا المراسيم والرموز والشَّكليَّات تُسيطرُ على وجود الحق، وعلى الادعاءِ بهِ أمام القضاء، إذ كانَ على الأفراد التفوُّه بعباراتٍ رسميةٍ محدَّدة كانت معرفتها حكراً على الكهنة، وبُنِيَ على تلكَ الشَّكليَّة الصارمة أنَّ أي خطأ أو تغيير في صيغةِ عرضها يُعرّض الحق للضياع[٧]).

ومع هذا، فإنَّه لايُمكن عدّ قانون المرافعات قانوناً شَّكليَّاً بحتاً، فهو فضلاً عن الشَّكليَّة التي يُقصد بها وسيلة الحماية القضائية، وشَّكل هذه الحماية عندما يحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها الأوراق القضائية كعريضة الدعوى، وأورق التبليغات، وعريضة الطعن بالأحكام، وغير ذلكَ مما جاء من أحكام في هذا الجانب، فإنَّ مضمونهُ العام يتجاوز هذه الشَّكليَّة إلى تنظيم بعض العناصر الموضوعية كشروط قبول الدعوى من جهة الأهلية، والخصومة، والمصلحة، والطعن، وقواعد تسبيب الأحكام.

ولئن كانت الشَّكليَّة متمثلة بقانون المرافعات والقوانين التي تفرعت منهُ هي الوسيلة لوصول الحقَّ إلى صاحبهِ بطريقةٍ منضبطةٍ محَّددة، فإنَّها يجبُ أن تتسم بالمرونة، وأن تبتعدَ عن جمود الشَّكل الإجرائي للعمل القضائي فتكون عبئاً ثقيلاً على المتخاصمين لما تحتويهِ من تفاصيل دقيقة يصعب الإحاطة بها على غير المتخصصين، ممَّا يؤدي في نهاية الأمر إلى ضياعِ الحق أصلاً، إمَّا بسببِ الأخطاء التي يقعُ فيها الخصوم في إتباع الشَّكليَّة، وإمَّا نتيجة الملل

الذي يُصيب المتخاصمين لطولِ أمد المرافعة والشَّكليَّة الجامدة. ولهذا قيل: (إنَّه لايكفي أن تكونَ الأحكام عادلة، بل يلزم أن تكونَ سريعةً ناجزة، قليلةَ الكلفة، مُستوفيةَ الضمانات، مُحكَمةَ الإجراءات[٨]). ولهذا عني قانون المرافعات النافذ بالتخلُّص من بعض الشَّكليَّات والتفاصيل الزائدة في مسيرة الدعوى، ومنها:

١. أنَّ قانون المرافعات رقم (٨٨ لسنة ١٩٥٦) كانَ يُلزم المحكمة بإبلاغ الخصم الذي سبقَ وإن حضرَ جلساتٍ ثمَّ تغيبَ بعدها، أو أنَّه بُلِّغَ ولم يحضر أصلاً بقرار المحكمة المتَّخذ بتوجيهِ صيغة اليمين الحاسمة إليه، ثمَّ تُدرج لهُ صيغة اليمين في ورقةٍ رسميَّةٍ مجدَّداً ويبلَّغ بها مع تنبيهه أنَّه في حالة عدم حضوره يَعُدُّهُ ناكلاً عن اليمين، ثمَّ تُرسل إليه تلكَ الورقة للإبلاغ، وتأخذ مسارها مجدَّداً من قلم المحكمة إلى الشرطة، ثمَّ إلى من وُجِّهت إليه اليمين، وقد تؤجَّل المرافعات جلسات قبلَ عودة ورقة التبليغ، مما يزيد متاعبَ الخصم والمحكمة، ويطيل أمد المرافعات دونَ سببٍ مبرَّر، ولهذا تخلصَ قانون المرافعات النافذ من هذهِ الخطوة الزائدة، وقرَّر أنَّ المرافعات تُعدّ حضوريَّةً بمجرد حضور الخصم إحدى الجلسات ولو غابَ بعدها، وعليهِ متابعة دعواه. أمَّا الخصم الذي لم يحضر أصلاً على الرغمِ من تبليغه فيصدر القرار بحقهِ غيابياً مُعلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض. وبذلكَ يكون القانون النافذ قد أزالَ عائقاً من طريق صاحب الحقِّ.

٢. أحدثَ قانون المرافعات النافذ رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) تعديلات عدة على إجراءات التبليغ وإدخال طريقة التبليغ بوساطة البريد المسجَّل ضمنَ مظروفٍ خاصٍ بعنوان: (رسالة قضائية)، يُذكر فيها رقم الدعوى، ومحتوياتها، وتاريخها، وتوقيع المعاون القضائي، وَتُخْتَم بختمِ المحكمة، وتُرسل بالبريد المسجَّل المرجّع.

٣. استحدث قانون المرافعات النافذ طريقة التبليغ بوساطة البرقية المرجعة من المحكمة على وفق

النموذج الذي تعدّه وزارة العدل، وتودع بذاتِ اليوم، أو اليوم الثاني على الأكثر بدائرة البريد المختصة، وتعدُّ مصاريف البرقية من ضمن مصاريف الدعوى.

٤. قصَّر القانون النافذ مدة ترك الدعوى للمراجعة من شهرٍ كامل حسبما جاءَ في المادة (٥٥) من القانون (٨٨ لسنة ١٩٥٦) إلى (عشرة أيام) حسب المادة (٥٤) من القانون النافذ.

على أنَّ أهم ماتخلص منه قانون المرافعات النافذ تبسيطاً للشَّكليَّة، والإسراع في عرض الدعوى أمام القاضي هي إجراءات التبليغات التحريرية، حيثُ أوجبَ القانون رقم (٨٨ لسنة ١٩٥٦) في مادته (٣٠) إجراء مبادلة التبليغات التحريرية في الدعاوى المقامة في محكمة البداءة قبلَ البدء في المحاكمة عدا دعاوى الإفلاس والمستعجلة والبسيطة، فبعدَ أن يتمّ تبليغ المدعى عليهِ بعريضة الدعوى ومرفقاتها، فلهُ أن يجيب عليها خلال (سبعة أيام) من تأريخ التبليغ إجابة تحريرية، تتضمن النقاط القانونية، والأسباب التي تدفع دعوى الخصم، ويرفق بها صورة المستمسكات التي يستند إليها، وذلكَ لغرض تبليغ المدعي بهذهِ الإجابة، ولهذا المدّعي إذا شاءَ أن يُجيب بعدَ موافقة القاضي بلائحةٍ جوابيةٍ متقابلة خلال ثلاثة أيام من تأريخ تبليغهِ بجوابِ المدعى عليه، ويتمُّ تبليغ المدعى عليه. ولهذا المدعى عليهِ إن شاءَ الإجابة على لائحة المدعي بلائحةٍ جوابية خلال ثلاثة أيام أو لم يجب وانقضت هذه المدة فإنَّه بذلكَ تنتهي مرحلة التبليغات التحريرية. عندئذ يقدم كاتب الضبط الدعوى للقاضي لتعيين يوم المرافعة. وقد أحسنَ قانون المرافعات النافذ صنعاً حينما ألغى هذه الإجراءات التي لاموجبَ لها، وليسَ من شأنها إلَّا إطالة أمد المرافعات وتعقيدها، فأصبحَ موعد المرافعة يُعيّنُ في اليوم الأول من تقديم المدعي دعواه، وتتم إجراءات تبادل اللوائح تحتَ إشراف القاضي[٩].

ولسنا بهذا نقول . أو نريد القولَ ـ إنَّ قانون المرافعات رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) وقد بسّطَ الشَّكليَّة في الإجراءات القضائية التي وردت في قوانين المرافعات السابقة قد بلغَ الكمال، وأنَّه أصبحَ بعيداً عن أن يطاله أي تعديلٍ أو إلغاءٍ مستقبلاً، فالتطور الذي لابدَّ أن يحصل في مختلف جوانب المجتمع لابدَّ أن يتمخضَ عنه تطور في القواعد القانونية الموضوعية، والتي سوفَ يتبعها بصورةٍ لازمةٍ تطور في قانون المرافعات، وهذا سيضعُ واجباً على عاتق المشرعين بإلغاء أو تعديل الكثير من مواده التي ستصبحُ يوماً ما من العوائق التي تقفُ أمامَ سير القضاء بصورةٍ منظبطةٍ على ضوءِ مايحصل من تطور. وعلى الرغمِ من وجودِ المادة (الرابعة) من قانون الإثبات رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩) التي توجب على القاضي تبسيط الشَّكليَّة إلى الحد الذي لا يفرط في أصل الحق. فأنّ تشريع القواعد الشَّكليَّة الذي يجب أن يواكبَ عملية تطور القواعد الموضوعية يبقى لازماً وضرورياً كي لا تخضع إجراءات الدعوى إلى الاجتهادات الفردية للقضاة، مع تفاوت في قدراتهم وإمكانياتهم، فضلاً عن بديهية أنَّ أي إجراء قضائي يلزم أن يكونَ مستنداً على قاعدةٍ قانونيةٍ منظبطةٍ. وهذا لأجلِ العمل على تحقيق القضاء العادل العاجل، وهو مدار المطلب الآتي:

المطلب الثاني/ العمل على تحقيق القضاء العادل العاجل.

إنَّ المهمة الأساس لكلِ شريعةٍ سماويةٍ إقامة العدل في الأرض، وإخراج الإنسان من عالمِ الظلمِ إلى عالمِ العدل. وإقامة العدل في المجتمعات كانَ ومازالَ هدف المصلحين، والمحرك الرئيس للشعوبِ في ثوراتها على حُكامها الذين يبتعدونَ عن جادة العدل. والوسيلة التي تحقق بها العدالة هي (القوانين) التي تقررُ حقوق الأفراد وواجباتهم، وبتعبيرٍ آخر، إنَّ السبيل لحصول الفرد على حقوقهِ التي تُقررها لهُ تلكَ القوانين هو

القوانين الشَّكليَّة متمثلة بقانون المرافعات . ولهذا يتضح أنَّ دور القوانين الشَّكليَّة في المجتمع في غاية الأهمية، ويبدو إيصال الحق إلى صاحبهِ بطريقةٍ عادلةٍ خاليةٍ من الشطط، ومن نزواتِ الحُكام أو انحراف بعضهم بسبب من عدم درايتهِ وإلمامهِ في الإجراءات اللازمة، وكذلكَ بوقتٍ عاجلٍ بحيث لا تستغرق المرافعات وإدخال الدعاوى في متاهات..كل ذلكَ يبدو على جانبٍ لا يقلُ في أهميته عن إيصال الحق إلى صاحبه، وقد قيل: إنَّه لا يكفي أن تكونَ الأحكام عادلة، بل يلزم أن تكونَ سريعة ناجزة، قليلة التكاليف.

ومن هذا المنطلق سعى قانون المرافعات النافذ إلى تحقيقَ هذا الهدف، وأكدت وزارة العدل في تعليماتها عدد (٤) لسنة ١٩٨٧ على وجوب حسم الدعاوى المطروحة أمام المحاكم خلالَ سقفٍ زمني مُحدد. ومع أنَّ تحديد حسم الدعاوى خلال سقف زمني كانَ لهُ أثر كبير في وصول الحقِ إلى صاحبهِ بطريقةٍ عاجلة، وحيث إنَّ عنصر النقص يُلازم كلَ شيء في هذه الدنيا، ومنها القوانين الوضعية فقد لازمَ تحديد حسم الدعاوى خلال سقف زمني محدد جانب سلبي آخر، حيثُ إنَّ العجالة في إصدار القرارات لاسيما في الأشهر الأخيرة من كلِ سنةٍ كثيراً ما تؤدي إلى أن تصدر القرارات بصورةٍ عاجلة، لكنها ليست بالضرورة بصورةٍ عادلة، وقد لمسَ العاملون في مجال القضاء والمحامون ذلكَ بوضوح. ومع هذا الجانب السلبي فإنَّ تقرير سقفٍ زمني لحسمِ الدعاوى أمرٌ لابدَ منهُ.

ومن جانبٍ آخر، فقد سعى قانون المرافعات في حسمِ الدعاوى بصورتها النهائية والتعجيل بهِ من ناحية تمييزه، وذلك بإناطة تمييز بعض القضايا لمحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، وذلكَ لرفعِ العبء الكبير الذي كانت تنوء به محكمة التمييز مثل الدعاوى التي كانت من اختصاص محكمة الصلح سابقاً (محكمة البداءة بدرجة أخيرة) حسب نص المادة (٣١/مرافعات) وهي:

أولاً: ١. دعاوى الدين والمنقول الذي لا يزيد قيمته على (٥٠٠) دينار.

٢. دعوى إزالة الشيوع في العقار أو في المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما.

٣. تخلية المأجور مهما بلغ مقدار الأجرة.

٤. دعوى الحيازة وطلب التعويض عنها إذا رفعت بالتبعية ولم يتجاوز قيمة التعويض (٥٠٠) دينار.

٥. دعوى الأقساط المستحقة من الديون المقسطة على أن لايزيد مقدارها على (٥٠٠) دينار.

ثانياً: الدعاوى الناشئة عن تطبيق القرار رقم (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧) وتعديله المرقم (١٢٤٦ لسنة ١٩٨٣).

ثالثاً: أحكام قانون التنفيذ.

رابعاً: مااشتملت عليه أحكام المادة (٢١٦/ مرافعات مدنية).

وبهذا التقسيم فقد اختزلت من المدد التي كانت تستغرقها مرحلة التمييز الشيء الكثير، ومع ذلكَ يبقى جانب سلبي آخر لهذا التقسيم من حيث إناطة تمييز هذه الدعاوى بمحاكم الاستئناف. ويتمثل الجانب السلبي بصدورِ قراراتٍ متناقضةٍ في القضيةِ الواحدةِ نتيجةَ تعددِ وجهاتِ النظر وجهات التمييز حسب تعدد محاكم الاستئناف. مضافاً إلى المستوى القانوني العالي الذي تنفرد بهِ محكمة التمييز عن محكمة الاستئناف. ومما يزيدُ هذا الجانب السلبي بروزاً هو أنَّ معظم هذه القرارات تصدر بصورةٍ قطعيةٍ غيرَ خاضعة لمرحلة التصحيح، ولهذا يكون من الضروري التدخل لسد هذا النقص التشريعي، وذلكَ بوضعِ بعض الضوابط، ورسم طريقة معينة لإشراف محكمة التمييز فيفقد إناطة تمييز بعض القضايا لمحاكم الاستئناف الهدف الرئيس لها.

وإذا كان العمل على تحقيق القضاء العادل العاجل أحد أهداف قانون المرافعات، فإنَّ ذلك يتطلب منح القاضي دوراً إيجابياً في العمل القضائي. وهو مدار المطلب الآتي:

المطلب الثالث/ منح القاضي دوراً إيجابياً في العمل القضائي.

لمَّا كانَ القاضي ملاذ المتخاصمين لإعطاءِ كل ذي حقٍ حقه، وعليهِ يقع عبء كبح جماح من يتجاوز على حقوق الآخرين، فإنَّ الدورَ الذي يجب أن يلعبهُ في هذا المجال هو أن يكونَ دوراً فعالاً، ايجابياً في العمل القضائي، ولكي يُمكنه الاضطلاع بهذهِ المهمة وهو إيصال الحقوق إلى أصحابها ومنع تعسف المتعسفين لابد من إعدادهِ إعداداً عميقاً يتناسب وتلك المهمة، وهذا الدور الايجابي لهُ. فتزويد القاضي بالمعلومات القانونية اللازمة، وإخضاعه للتمرس العملي على أيدي قضاة أكفّاء قبلَ إناطة العمل القضائي بهِ، وتدريبه عملياً بالمحاكم، ومروره أقلام المحكمة المختلفة ودوائرها، ولمددٍ كافية، أمور ضرورية ولازمة.

ولهذا يتضح أنَّه يلزم إعداد القاضي الإعداد الجيد قبلَ التفكير في توسيع سلطاته في توجيه الدعوى أو منحه الدور الايجابي في العملية القضائية، ومن هنا نرى أنَّ القانون وقد مَنَحَ القاضي السلطات الواسعة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة وصولاً إلى الحكم العادل (م١/إثبات). وإلزامه بتحري الوقائع لاستكمال قناعته (م/٢ إثبات). وإلزامه باتباع التفسير المتطور في القانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه (م/٣ إثبات). وغير ذلكَ مما منحَ القانون من سلطة للقاضي إنَّما يفترض وجود القاضي المعدّ إعداداً قانونياً على مستوى عالٍ، والمهيأ تهيئة نفسية تامَّة فيما يخص العزلة عن المجتمع، والتغلب على ماهو مغروس في النفس البشرية من طبيعة اجتماعية، متفهماً لقيمة الدور الذي يضطلعُ بهِ في المجتمع والمهمة الملقاة على عاتقه، معتزاً بنفسهِ، ذا شخصية قوية، لا ينصاعُ ولا يهتز أمام طلبٍ من مسؤول أو غيره، لايخضع لأي مؤثرٍ في قراره. لهذا فإنَّ القانون عندما مَنحَ القاضي تلكَ السلطات الواسعة إنَّما يفترضُ أنَّ

المخاطب هو القاضي الذي تتحقق هذه المزايا فيه.

وبعدَ هذا التمهيد الذي نراهُ ضرورياً، نبحثُ في الدور الايجابي في العمل القضائي، فبعدَ افتراض القانون أنَّ المخاطب بهذا الدور هو القاضي المُعد إعداداً تاماً من النواحي كافة فقد مَنحهُ الدور الايجابي في العمل القضائي ليلعبَ الدور الفاعل في المجتمع لتحقيق العدل الذي هو رائد القضاء الأول والشرائع السماوية منذ أن علّمَ الله تعالى {آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا[١٠]} ومن بينها العدل، وقد كانَ القانون عادلاً في منح ذلكَ القاضي الدور الايجابي في العملية القضائية، ليتخلصَ من الدور السلبي الذي كبلتهُ التصورات والأفكار الليبرالية، وفي منظورها للحق الخاص ودور القاضي إزاء النزاع الذي يثور بصددهِ، فقد كانَ هذا الفقه يُحددُ للقاضي دوراً سلبياً في العملية القضائية، لأنَّ الفقه الليبرالي وضمنَ منظورهِ عن الحق الخاص كانَ ينظر إلى الدعوى على أنَّها صراعٌ متروكٌ لمبادرةِ الخصوم والذي يحضره القاضي من دون أن يستطيعَ توجيهه، ويمنع على القاضي أي مبادرةٍ أو إسهامٍ فيه[١١]).

وعليهِ، يبدو منطقياً جداً استناداً إلى تبدل النظرة إلى الحقِ من فرديٍ مطلقٍ إلى حقٍ لهُ هدف يُحققه في إطار منظور اجتماعي للقانون أنْ تتغير النظرة إلى دور القاضي في العملية القضائية، وأن يُتاح لهُ أن يمارسَ دوراً فعالاً ومؤثراً في إطار توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلةٍ وصولاً إلى تحقيق العدل الناجزِ بناءً على مرتكزينِ هما:

الأول: تقدير المشرَّع لأهمية الدور الذي يقومُ بهِ القاضي وخطورته، فهو يَضطلعُ بأهم مشكلةٍ تهم الإنسان في حياته ألا وهي قضية العدل.

الثاني: إنَّ عمل القاضي في تحقيق العدل الحقيقي، وليسَ الشَّكلي، يستدعي منهُ أن يمد المعونة إلى الأشخاص الذين يلجأون إليهِ للدفاعِ عن حقوقهم، والذينَ لايملكون الخبرة القانونية اللازمة أو الثروة الكافية مما يجعلهم في مركزٍ غير متساوٍ مع

خصومهم، فيؤثر ذلكَ على مركزهم في الدعوى.

ثمَّ أنَّ هناكَ من المبررات المنطقية السليمة أن يُمنح القاضي مثلَ هذا الدور الخطير، فالقاضي بعدَ أن افترضَ فيهِ الفهم والدراية والنزاهة، يكون حرمانه من هذا الدور بعيداً عن الصواب، ومدعاة إلى أن يصبحَ الحق بعيداً عن منالِ أصحابهِ في كثيرٍ من الأحيان، كما أنَّ الارتقاء الحضاري لأيَّ مجتمع من المجتمعات يفرز حالات جديدة، ومتشعبة، ومعقدة لم تكن من ذي قَبل، تنشيء علاقاتٍ قانونيةٍ متشعبةٍ ومعقدة، فالدعاوى التي تقومُ في ظلِ هذا التشعب والتعقيد تكونُ هي الأخرى متشعبة ومعقدة لاتحصرها النفوس الجامدة من دون التعمق في دراستها، وفي جوانبها الاجتماعية والاقتصادية والنفسية والتفكير المستفيض فيه ولاسيما إذا كانَ القاضي إزاء تطبيق نصٍ قانوني مرن يصعب وضع ضابطٍ لهُ كتعبير (النظام العام والآداب)، و(الوظيفة الاجتماعية)، و(مبدأ حسن النية)، و(الضرورة الملجئة للتخلية).

إنَّ صفوةَ القول هي: إنَّ على القاضي أن يتفهمَ دورهُ الايجابي في حلِ النزاع، ويَلزم التفسير المتطور الذي يُحقق العدالة، ويلائم الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وعليهِ أيضاً ملاحظة الحكمة من التشريع، والأسباب الموجبة لتشريعهِ، ويستمد من الاستفاضة في تحقيقات الدعوى منهاجاً لهُ. ومن هذا فقد الزمت محكمة التمييز في كثيرٍ من قراراتها بوجوب الاستفاضة في تحقيقات الدعوى كالقرار (٤١١/ شخصية/٨١ في ١٩٨١/١١/٢٥): (لدى التدقيق وجدَ أنَّ الحكم المميز غير صحيح، ذلكَ أنَّ التحقيق مبتسر في الدعوى، فكانَ على المحكمة إعادة الاستماع إلى شهادة الشهود مفصّلاً، فإن ظهرَ أنَّ المدعية عاجزة عن الإثبات فلها حق تحليف المدعى عليهِ اليمين، لذا قُرر نقض القرار[١٢]).

وإكمالاً للبحثِ في الدور الايجابي في العملية القضائية نوردُ بعض الأمثلة على ذلكَ:

أ . القرائن القضائية:

نصَّت المادة (٢/١٠٢) من قانون الإثبات رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩) على أنَّهُ: (للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلكَ في نطاقِ مايجوز إثباته بالشهادة). فالقاضي في هذهِ الحالة يختارُ واقعة معلومة من بين وقائع الدعوى، ثمَّ يستدلُ بهذهِ الواقعة على الأمر المُراد إثباته. ومن ذلكَ أنَّهُ قد تُستخلص من القرابة قرينة صورية التصرف. فإذا ثبتت علاقة القربى كالبنوة مثلاً جازَ استنباط صورية العقد من هذا الواقع المعلوم.

ب . الضرورة الملجئة للتخلية:

على الرغمِ من أنَّ محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية قد تناولت هذه الناحية بالعديدِ من قراراتها مما أدى إلى إرساءِ بعض القواعد بالضرورة الملجئة وإعطائها هيكلية مُعينة من خلال تلكَ القرارات، غير أنَّه لايزال هناكَ دور إيجابي كبير للقاضي عليهِ أن يلعبهُ داخلَ تلكَ القواعد وتلكَ الهيكلية في تعزيز ظروفٍ مُعينةٍ لأشخاصٍ مُعينين وفي أوقاتٍ معينةٍ كظروف ملجئة للتخلية، بينما تمر ذات الظروف لأشخاص آخرين من دون أن تُعد كضرورة ملجئة.

ج . لم يقتصر منح القاضي الدور الايجابي على قانون المرافعات أو الإثبات، بل إنَّ القانون الذي منحَ المحكمة أن تحكمَ ببعض الأمور من تلقاءِ نفسها من دون طلبٍ أو تعرض الخصوم لها كما جاءَ في المادة (١٤١/مدني): (إذا كانَ العقد باطلاً جازَ لكلِ ذي مصلحةٍ أن يتمسكَ بالبطلان. وللمحكمة أن تقضي بهِ من تلقاءِ نفسها. ولايزول البطلان بالإجازة). فقد منحت هذه المادة القانونية المحكمة سلطة الحكم بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يطلبهُ الخصوم.

د . سلطة القاضي في تعزيز شهادة الشهود:

تبدو سلطة القاضي في هذا الصدد في أنَّهُ ينظر أولاً فيما إذا كانَ الإثبات بشهادات الشهود في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلكَ مستساغاً من عدمه، ثمَّ يَنظر هو بعدَ ذلك إذا كانتَ الوقائع المُراد إثباتها بالشهود متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات من عدمه، وفي كل ذلكَ لايتقيد القاضي بعدد الشهود ولا بصفاتهم الشخصية، فتقدير أقوال الشهود والترجيح بين الشهادات من صلاحيات قاضي الموضوع، والمرجع في مدى اطمئنانه إلى أقوالهم هو وجدانه، وهو مستقل بذلك[١٣]).

هـ . حرية القاضي في توجيه اليمين المتممة. المادة (١٢٠/إثبات) وما بعدها.

تنص المادة (١٢٠/إثبات) على: (للمحكمة توجيه اليمين المتممة من تلقاءِ نفسها للخصم الذي ليسَ لديهِ دليل كامل لتبني بعدَ ذلكَ حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ماتحكم به). واليمين المتممة عملية تكميلية لتبلور اعتقاد القاضي، لا لتحسم النزاع في ذاته، بل إنَّها تؤدي للاستئناس، وتكون في الأحوال التي توجد فيها أدلة مؤيدة للادعاء ولكنَّها لاتكفي للحكم، وبسبب من اختصاص القاضي بتوجيهها، وحريته في توجيهها أو عدمه، يكون للقاضي مطلق الخيار بعدَ تأديتها في الأخذِ بها كأساسٍ لقرارهِ أو تأسيس قراره على أساس عناصر إثبات أخرى فقد سميت هذه اليمين بـ(يمين القاضي). وفي هذا المعنى ذهبت محكمة النقض في ١٩٦٢/٣/٢: (إنَّ اليمين المتممة ليست إلَّا إجراء يتخذهُ القاضي من تلقاءِ نفسه، رغبة منهُ في تحري الحقيقة، ثمَّ يكون لهُ بعد ذلك سلطة تقدير نتيجته، فهي ليست ملزمة للقاضي[١٤]).

و. عدم تقيد القاضي برأي الخبير.

تقرر الفقرة (ثانياً) من المادة (١٤٠/إثبات) إنَّ: (رأي الخبير لايُقيد المحكمة، وعليها إذا قضت بخلاف رأيه أن تُضمِّن حكمها الأسباب التي

أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً). فرأي الخبير لايقيدُ المحكمة، لأنَّهُ لايعدو أن يكونَ رأياً استشارياً. ولها أن تقضي بخلافِ رأيه. ولها أن تتبذَ كل ماطرحه الخبير من آراء وتحكم بما يخالفها شريطة أن تُضمِّنَ حكمها سبب عدولها عن الخبرة.

ز . سلطة القاضي في عرض الصلح على أطراف الدعوى.

من الأدوار الايجابية التي يستطيع القاضي تأديتها خلال مسيرة الدعوى هو عرض الصلح على أطرافها. وإذا ما أدى القاضي دورهُ هذا فلا يمكن عدَّه قد خرجَ عن حيادهِ، وذلكَ نابعٌ من النظرةِ إلى القانون كأداةٍ اجتماعية. فإذا انتهى النزاع بالصلح، وذهبت الخصومة بين المتنازعين، كانت هناكَ المصلحة الاجتماعية التي أنيط بالقانون مهمة تحقيقها.

ح . القضاء الولائي/الأوامر الصادرة على عريضة دعوى أحد الخصوم (م١٥١) مرافعات وما بعدها.

ويتمُّ ذلكَ باستحصال أمر من المحكمة على القيام بتصرفٍ مُعينٍ، أو منعٍ مُعينٍ بموجب القانون في حالة الاستعجال، ويتخذ القاضي أمره هذا على أصل طلب الخصم من دون دعوة المطلوب استصدار الأمر ضده، وهذا الإجراء إنَّما يتخذهُ القاضي بعدَ قناعته أنَّ العدالة تقتضي ذلكَ، ويشعر في الوقت ذاته أنَّه يجب أن يلعبَ دوراً فعالاً وايجابياً في تحقيقهِ.

وبعدَ أن تناولنا بحث الشَّكليَّة في قانون المرافعات بوصفه أبرز الأمثلة على القوانين الشَّكليَّة، فإنَّنا سنتطرق الى الشَّكليَّة في بعض القوانين الموضوعية، وهو مدار المبحث الآتي:

المبحث الثاني

الشَّكليَّة في بعض القوانين الموضوعية

يزدادُ حرصُ المشرِّع بالشَّكليَّة كلما كانَ التصرف خطيراً، وكلما كانَ الوضع يتطلب حماية الائتمان والأشخاص الحسني النية من الغشِ والخداعِ، والمحافظة على الوضع الاجتماعي والأمن الاقتصادي العام. وقد يتعلق الأمر بالنظام العام،

وبالأمن الاقتصادي للدولة، وبالمصالح العقارية الضخمة للأفراد، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الأغيار أو المجتمع[١٥]. على أنَّ تقسيم القوانين إلى شَّكليَّة وموضوعية لايعني أنَّ كلَّ قاعدة واردة في قانون موضوعي هي قاعدة موضوعية، ولا العكس، فقد يتصادف وجود بعض القواعد الشَّكليَّة في قانونٍ موضوعي، والقاعدة الموضوعية في قانونٍ شَّكلي[١٦]، ومن هنا اشتمل هذا المبحث على:

أولاً: الشَّكليَّة في القانون المدني رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١).

ثانياً: الشَّكليَّة في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٩) المعدل.

ثالثاً: الشَّكليَّة في قانون التنفيذ رقم (٤٥ لسنة ١٩٨٠).

حيثُ سنتناول كل منهما في مطلبٍ مُستقل:

المطلب الأول/ الشَّكليَّة في القانون المدني رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١).

تتمثل الشَّكليَّة في القانون المدني بالعديد من الشواهد منها:

١. عدم رجعية القوانين:

نصَّت المادة (١٠/مدني) على أنَّه: (لا يُعمل بالقانون إلاَّ من وقت صيرورتهِ نافذاً. فلا يسري على ماسبقَ من الوقائع إلَّا إذا وُجِدَ نصٌّ في القانون الجديد يقضي بغيرِ ذلك). فهذا النص لا يُقررُ حقاً معيناً، بل يتولى تنظيم سريان القانون من حيث الزمان. وذلكَ بعدم شمولهِ لما سبقه من وقائع حصلت في ظل قانون آخر.

٢. سريان النصوص المتعلقة بالأهلية.

تنص المادة (١١/مدني) على: (النصوص الجديدة المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذينَ تُطبقُ عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص). وهذا النص نظّمَ مدة سريان النصوص الجديدة المتعلقة بالأهلية، ولم يُقرر أو يُنشأ حقاً مُعيناً، فهو إذن نص شَّكلي.

٣. مدد التقادم. تنص المادة (٢/١/١٢) مدني على:

١. النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العملِ بها على كلِ تقادمٍ لم يكتمل، ولكنَّ النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلكَ عن المدة السابقة على العملِ بالنصوصِ الجديدة.

٢. إذا قررَ النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قررهُ النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العملِ بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبلَ ذلكَ، لكن إذا كانَ الباقي من المدة التي نصَ عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد فإنَّ التقادم يتمُّ بانقضاء هذا الباقي).

فهذه المادة تناولت مدة سريان التقادم، وكيف أنَّ النصوص الجديدة تسري من وقت العمل بها على كلِ تقادمٍ لم يكتمل، وأبقى للنصوص القديمة حكمها في السريانِ على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقضائه عن المدد السابقة. وكذلك تناولت (الفقرة الثانية) من المادة المذكورة إذا ماقرر النص الجديد مدة أقصر للتقادم وتحت ضوابط معينة.

٤. تنازع القوانين من حيث المكان.

تُنظم المادة (١٤/ مدني) الاختصاص المكاني لمقاضاة العراقي إذ تنص على: (يُقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتبَ بذمتهِ من حقوقٍ حتى ماتنشأ في الخارج).

وتنظم المادة (١٥/مدني) مقاضاة الأجنبي، فهوَ يُقاضى أمام محاكم العراق:

أ . إذا وجدَ في العراق.

ب . إذا كانت المقاضاة بحقٍ متعلقٍ بعقارٍ موجود في العراق، أو بمنقولٍ موجود فيه وقت رفع الدعوى.

ج . إذا كانَ موضوع التقاضي عقداً تمَّ إبرامهُ في العراق، أو كانَ واجب التنفيذِ فيهِ، أو كانَ التقاضي عن حادثةٍ وقعت في العراق.

٥. القانون الذي بموجبه يتحدد الشيء بكونه عقاراً أو منقولاً.

حددت المادة (٢/١٧ مدني) القانون الذي يُمكن بموجبهِ عدّ ما إذا كانَ الشيء عقاراً أو منقولاً بقانون الدولة التي يوجدُ فيها هذا الشيء.

٦. تحديد القانون الذي يحكم الأهلية.

حددت الفقرة (أ) من المادة (١٨/مدني) القانون الذي يحكم الأهلية، وأناطت ذلكَ بقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص.

٧. شروط صحة الزواج وما يتعلقُ بهِ.

نظمت المادة (١/١٩مدني) الشروط الموضوعية لصحةِ الزواج وصيرورة الحكم فيها إلى قانون كلٍّ من الزوجين. وكذلكَ تناولت الأحكام الشَّكليَّة لصحةِ الزواج، وتناولت الفقرة (٢) منها سريان قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقتَ انعقاد الزواج على الآثار التي يُرتبها عقد الزواج. وتناولت الفقرة (٣) منها تبيان القانون المختص في الطلاق والتفريق والانفصال. وأوضحت الفقرة (٤) منها المسائل الخاصة بالبنوةِ والولادةِ وسائر الواجبات مابين الأبناء والآباء.

٨ . الاختصاص القانوني لمسائل الوصايا والقوامة وغيرها .

تناولت المادة (٢٠/مدني) الاختصاص القانوني لمسائل الوصايا والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحمايةِ عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين، وتناولت المادة (١٢) منهُ اختصاص قانون المدين بأمور النفقة.

٩. تناولت المادة (٢٢/مدني) البحث في اختصاص القانون من حيث الزمان فيما يخص قضايا الميراث، وتناولت المادة (٢٣) منه ما يخص قضايا الوصايا، وتناولت المادة (٢٤) مدني ما يخص المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى. وبحثت المادة (٢٥/مدني) ما يخص الالتزامات التعاقدية. وتناولت المادة (٢٦) منهُ بحث للشَّكليَّة الواجبة في عقود واختصاص قانون الدولة التي تمت فيها. وتناولت المادة (٢٧) منه الاختصاصات غير التعاقدية (الوقائع

المنشئة للالتزامات). وكذلكَ تناولت المادة (٢٨) منه قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات الخاصة بالدعاوى.

١٠. كيفية إثبات الولادة والوفاة.

أوضحت المادة (٣٥/مدني) كيفية إثبات الولادة والوفاة بنصها: (تثبت الولادة والوفاة بالسجلاتِ الرسميةِ المُعدّة لذلك. فإذا انعدمَ هذا الدليل أو ثبت عدم صحة ماأُدرجَ في السجلات فيجوز الإثبات بأي طريقةٍ أخرى). وهذا النص يُبينُ كيفية إثبات حالةٍ مُعينةٍ، فهو نصٌ شَّكلي لاموضوعي.

١١. الشروط الشَّكليَّة الرسمية لإنشاء المؤسسة كشخص معنوي.

تناولت المادة (٥٢/مدني) الشروط الشَّكليَّة الرسمية لإنشاء المؤسسة كشخصٍ معنوي. واشترطت في الفقرة (الأولى) أن يتمَّ ذلكَ بسندٍ رسميٍ، واشترطت بصيغة الوجوب أن يشتملَ هذا السند على الغرض الذي أنشأت المؤسسة لتحقيقهِ، واسم المؤسسة، ومركزها، وبيان دقيقٍ للأموال المخصصة لهذا العمل، وتنظيم المؤسسة. ومن هذا التفصيل يتضح أنَّ هذا النص نصٌّ تنظيمي شَّكلي لايمتُّ إلى الموضوعيةِ بصلة.

١٢. كيفية العدول عند إنشاء المؤسسة.

نظمت المادة (٥٤) منه كيفية العدول عند إنشاء المؤسسة بأن يتمَّ العدول المطلوب بسندٍ رسميٍ آخر.

١٣. وتناولت المادة (٥٥) منه كيفية الحصول على تسجيل المؤسسة كشخص معنوي، وذلكَ بتقديمِ طلبٍ من منشئها أو أول مديرٍ لها إلى الجهة المختصة برقابة المؤسسات.

١٤. حددت المادة (٢٤٤) مدني مدة عدم سماع دعوى الكسب دونَ سبب. وهو نصٌ تنظيميٌ شَّكلي.

١٥. أوجبت المادة (٢٥٦/مدني) اعذار المدين أولاً لغرض استحصال التعويض. وأوضحت المادة (٢٥٧) منه الطريقة التي يتمُّ بها الإعذار. كما بينت المادة (٢٥٤) منه الحالات التي لاتستوجب توجيه الإعذار لهُ.

١٦. أشارت المادة (٢٦١) منه على الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حقِ الدائنِ كوسائل لضمانِ حقوق الدائن.

١٧. تنظم المواد (٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١) مدني مدد التقادم.

١٨. توجب المادة (٦٠٢) مدني وجود الرسمية وهو التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري إن كانَ العقار موضوعاً للهبةِ كشرطٍ لانعقادِ الهبة. وتبطل الهبة في حالةِ تأخر هذه الشَّكليَّة.

١٩. تنص المادة (٧١١) مدني: (لا يثبت الصلح إلَّا بالكتابةِ أو بمحررٍ رسمي). وفيها نجد اشتراط الشَّكليَّة بصيغة الوجوب.

٢٠. تُقرر المادة (٩٢٢) منه على: (يقعُ باطلاً التأمين على حياة الغير ما لم يوافق الغير عليه قبلَ إبرام العقد). فاشتراط الشَّكليَّة الرسمية يُعدّ حسبَ نص هذه المادة ركناً لانعقادِ هذا العقد، وهذا هو غاية الشَّكليَّة وحدّها الأعلى.

٢١. توجب المادة (٢/١٢٧٩) مدني تسجيل القسمة الرضائية في دائرة الطابو إذ: (لاتتمُّ القسمة الرضائية في العقار إلَّا بالتسجيل في دوائر الطابو). وهذا نصٌّ شَّكلي بحت.

٢٢. توجب الفقرة الثانية في المادة (١٢٦٦) مدني وجوب تسجيل حق المساطحة في دوائر التسجيل العقاري. ومع أنّ هذا النص قد وردَ بصيغةِ الوجوب، غير أنَّ قضاء محكمة التمييز عدّت عقد المساطحة من العقود الرضائية، وأنّ التسجيل ليسَ ركناً فيه وإنَّما للتوثيق فقط. كما في القرارات الآتية:

أ. قرار محكمة التمييز (١٤٠٠/ هيئة عامة/٦٨ في ١٩٦٩/٢/٦): (إنَّ تسجيل عقد المساطحة في دائرة الطابو الذي أوجبته الفقرة الثانية في المادة (١٢٦٦) مدني هو لغرض التوثيق لا للانعقاد[١٧]).

ب. القرار (١٤٣٤/ م٧٤/٣ في ١٩٧٥/٣/١١): (إنَّ عقد

المساطحة لايبطل إذا لم يُسجل في دائرة التسجيل العقاري مادامَ قد تحددِ فيهِ المدة والأجر[١٨]).

ج . القرار (٨٧/م١/٧٥ في ١٩٧٥/٥/٢٨): (إنَّ تسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري هو للتوثيق لا للانعقاد. ويعتبرُ صحيحاً نافذاً ولو لم يُسجل في الدائرة المذكورة[١٩]). ومعَ ذلكَ فإنَّ ورود هذا النص بهذهِ الصيغةِ يجعل إدراجه من ضمنِ النصوص الشَّكليَّة أمراً مقبولاً.

٢٣. انتقال ملكية العقار.

تُقرر المادة (٢/١١٢٦مدني): (والعقد الناقل للملكية لا ينعقدُ إلَّا إذا روعيت فيهِ الطريقة المقررة قانوناً). ويُقصدُ بالطريقةِ المقررة قانوناً تسجيل عقد البيع في سجلات التسجيل العقاري وما يتبعُ ذلكَ من إجراءات شَّكليَّة.

٢٤. أوجبت المادة (١٢٠٣/مدني) توافر الشَّكليَّة الرسمية في حال إفراغ الحقوق التصرفية في الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو وذلكَ بتسجيلها لدى دوائر التسجيل العقاري. وبدون ذلكَ لايكون الإفراغ معتبراً. وعليهِ يكون التسجيل (الرسمية) ركناً في التصرف القانوني المذكور: (لا يكون الإفراغ معتبراً إلَّا إذا اجري تسجيله في دائرة الطابو وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً[٢٠]).

٢٥. إنشاء الرهن التأميني:

قرَّرت المادة (١٢٦٨/ مدني) وبصورةٍ آمرة أنَّ الرهن التأميني لا ينعقدُ ولايكون لهُ أي اعتبارٍ إلَّا بتسجيلهِ لدى دائرة التسجيل العقاري معَ شروطٍ تفصيلية أخرى: (لا ينعقد الرهن التأميني إلَّا بتسجيلهِ في دائرة الطابو. وعلى كل من المتعاقدين أن يُعينَ محل إقامة مختار في البلد الذي تمَّ فيهِ التسجيل. ويعطى لكلٍ منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليه منهما بعد أخذ تقريرهما في مواجهة الشهود ونفقات العقد على الراهن إلَّا إذا اتفقَ على غيرِ ذلكَ).

وعقد الرهن التأميني عقد شَّكلي، والعقد الشَّكلي . كما هو معروف . هو العقد الذي يجب لقيامه أن يتخذ رضاء العاقدين فيه شَّكلاً

معيناً يحدده القانون. ويكون هذا الشَّكل في الغالب ورقة رسمية، فيسمى عقداً رسمياً، كعقد الرهن التأميني المادة (١٢٨٦) مدني، وإن كان الشَّكل قد يقتصر على ورقة مكتوبة، ولو عرفية، كعقد الشركة المادة (٦٢٨) مدني. وأياً كان الشَّكل الذي يتطلب القانون فإنَّه يعد ركناُ في العقد الشَّكلي ولا يقوم بدونه. ويجب التمييز بين الشَّكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد والطريقة التي يوجبها لاثباته. فالعقد الذي تزيد قيمته على خمسين ديناراُ ويجب اثباته بالكتابة، إنَّما يظل، رغم هذا، عقداً رضائياً، لأنَّ الكتابة ليست ركناً فيه ولازماً لقيامه، بل مجرد طريقة لاثباته، لا أثر لها على وجوده، وكل ما يترتب على تخلفها صعوبة إثبات العقد، الذي يظل، مع ذلك ممكناً، بالاقرار، مثلاً، أو باليمين بل، إذا وجد ومبدأ ثبوت بالكتابة بالبينه والقرائن[٢١]).

وبتعبير آخر، فإنَّ (القاعدة في التعبير أنَّه لا يخضع لشَّكليَّة ما، وهذا هو مقتضى مبدأ الرضائية. فالمتعاقد يفصح عن إرادته بالطريقة التي يراها، إلَّا أنَّه ترد على هذه القاعدة عدة استثناءات منها:

١. إذا اشترط القانون شكلاً خاصاً لإبرام العقد كالرسمية في الرهن مثلاً، فلا بدَّ من مراعاة هذا الشَّكل كوسيلة وحيدة للتعبير.

٢. عندما يشترط القانون لإثبات العقد. فإنَّ الكتابة وإن كانت مشترطة لإثبات التعبير لا لوجود التعبير، فإنَّه من الناحية العملية تعدّ الكتابة قيداً على حرية المتعاقدين في إختيار طريقة التعبير عن الإرادة.

٣. في بعض الحالات يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، مثل ذلك ما تقتضي به (الفقرة (أ) من المادة (٧٧٨) من القانون المدني العراقي من إنَّه من حالة التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن تبرأ ذمة المستأجر الأول نحو المؤجر إذا رضى المؤجر صراحة بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطل، ومثال ذلك أيضاً ما ورد في المادة (٢٩/ ثانياً) من

قانون الإثبات رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩) التي تقضي بأنَّ القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة لا تكون حجة لمن صدرت منه إلَّا إذا ذكر فيها صراحه أنَّه استوفى ديناً، أو إذا ذكر صراحة أنَّه قصد بما دونه فيها من تقوم مقام السند لماً أثبة حقاً لمصلحته.

٤. إذا اشترط المتعاقدان أنَّ التعبير عن الإرادة لا يكون إلَّا صريحاً وفي شَّكلٍ خاصٍ فإنَّ العقد لا ينعقد إلَّا إذا روعى هذا الشَّكل في التعبير عن الإرادة.

ومن هنا، (يجب عدم الخلط بين الشَّكل الذي يفرضه القانون لاثبات العقد والشَّكل الذي يفرضه لنشوئه. فلا يمنع العقد من أن يكون رضائياً اشتراط القانون شَّكلاً معيناً لاثباته، مادام التراضي وحده يكفي لانعقاده. فالقانون يشترط الكتابة مثلاً لاثبات مازاد على مبلغ معين، ومع ذلك فالعقود التي تنشئ التزامات تزيد على هذا المبلغ لا تعدُّ عقوداً شَّكليَّة. والعقد الشكلي: هو العقد الذي لايكفي لانعقاده مجرد تراضي الطرفين، بل لابدَّ من اتِّباع شَّكل يُعينه القانون إلى جانب هذا التراضي. ومثال ذلك العقود الواردة على ملكية العقار، فلا تتمُّ هذه العقود إذا لم تسجل في الدائرة المختصة. والغاية من الشَّكليَّة التي يفرضها القانون في بعض الأحيان هي تنبيه المتعاقدين إلى خطورة الأمر الذي يقدمان عليه، أو حماية الغير. وقد نصَّت الفقرة الأولى من المادة (٩٠) من القانون المدني على أنَّه: (اذا فرض القانون شَّكلاً مُعيناً للعقد فلا ينعقد إلَّا باستيفاء هذا الشَّكل، مالم يوجد نص بخلاف ذلك). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في حكم لها صادر في ١٩٦٠/١٢/١٢ بانَّ: (المادة الثامنة من قانون ادارة الأوقاف رقم (٢٧) لسنة (١٩٢٧) نصَّت على اجراء عقد الإجارة للمستقفات والمستغلات الوقفية بالمزايدة، وهذا يعني أنَّ القانون فرض شَّكلاً معيناً للعقد، فلا ينعقد إلَّا باستيفاء هذا الشَّكل عملاً بحكم المادة (٩٠) مدني[٢٢]).

بهذا القدر نكتفي بإيراد الأمثلة على النصوص القانونية التي وردت في القانون المدني، وهي بحدِ ذاتها لاتقررُ حقاً، وإنَّما ترسمُ طريقاً رسمياً شَّكليَّاً لنصوصٍ أخرى كانت قد قرَّرت الحقوق. ولهذا فهي نصوصُ شَكليَّة بحتة لننتقلَ إلى بحث الشَّكليَّة في قانون الأحوال الشخصية، وهي مدار المطلب الآتي:

المطلب الثاني: الشَّكليَّة في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٩) المعدل.

وتتمثل الشَّكليَّة في قانون الأحوال الشخصية بالعديدِ منَ الشواهدِ منها:

١. تسجيل عقد الزواج وإثباته.

على الرغمِ من أنَّ عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد رضائي ينعقدُ بتوافر الشروط العامة لصحةِ العقد المدني مع شروطٍ أخرى تُقررها الشريعة الإسلامية كعدمِ وجود مانعٍ شرعيٍ من الزواج، إلَّا أنَّ القانون أعلاه تدخّلَ وأحاطَ عقد الزواج لأهميتهِ وخطورتهِ في المجتمع، ومايترتب عليهِ من آثارٍ بسياجٍ شَّكلي، إذ تطلبت المادة (١٠) منهُ تسجيلهُ في المحكمةِ المختصة في سجلٍ خاصٍ بعدَ تقديم بيانٍ بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما، ومقدار المهر، وعدم وجود مانعٍ شرعيٍ من الزواج، ويوقّع هذا البيان من العاقدين، ويوثّق من مختار المحلةِ أو القريةِ، ويرفق مع البيان تقرير طبي يؤيد سلامةَ الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية. وهذه المعلومات تدونُ في سجلٍ يوقع من العاقدين وشاهدين بحضورِ القاضي ويوثق من قبلهِ.

هذا التسجيل، وهذا الاحتياط لعقد الزواج ليسَ من القواعد الموضوعية التي تقرر حكماً شرعياً معيناً أو تمنحُ حقاَ، ولكنَّها لاتخرجُ عن كونها أموراً شَّكليَّة تطلبها القانون بوصفها تدابيراً احترازية لم تأتِ بها أحكام الشريعة، ولكنَّها لاتتنافى معها، ولهذا فإنَّها أمورٌ شَّكليَّة بحتة.

٢. تشترط المادة (١/٤٠) منهُ للتفريق بينَ الزوجين بسببِ الإدمان

على تناول المسكرات أو المخدرات ثبوت هذه الحالة بتقريرٍ من لجنةٍ طبيةٍ رسميةٍ مختصةٍ: (على أن تثبت حالة الإدمان بتقريرٍ من لجنةٍ طبيةٍ رسميةٍ مختصة). ولم يجعل المشرع وسيلة أخرى لإثبات هذهِ الحالة كالبينة الشخصية أو حتى تقريرٍ طبي صادر من طبيبٍ غير مختص. و الشَّكليَّة واضحة في هذا النص.

٣. منح المشرع في المادة (٥/٤٠) أحوال شخصية للزوجة التي تزوجَ زوجها بثانيةٍ من دونَ إذن المحكمة حق طلب التفريق على هذا الأساس، ومنحَ بذات الوقت حق تحريك الدعوى الجزائية ضدهُ على وفقَ المادة (٥/١٠) أحوال شخصية، لكنَّهُ تدخلَ في المادة أعلاه فقصرَ حق الزوجة على اختيار حق واحدٍ من هذينِ الحقين، فإذا استعملت حق التفريق سقطَ حقها في تحريك الدعوى الجزائية. وإذا اختارت حق تحريك الدعوى الجزائية سقطَ حقها في التفريق. وهذا الجزء من نص الفقرة أعلاه لايعدو كونه نصَّاً تنظيمياً شَّكليَّاً.

٤. أوجبت المادة (٩/٤٣/ثالثاً) نشر القرار الصادر على زوج العراقية بالتفريق بسببِ إقامتهِ خارجَ القطرِ لتبعيتهِ جنسية أجنبية إذا مضى على إقامتهِ في الخارج مدة لاتقل عن ثلاث سنوات في إحدى الصحف المحلية. فالقانون عندما تطلبَ نشر القرار بهذهِ الطريقة يكونُ قد تطلّبَ إجراءً شَّكليَّاً لا يكتسبُ القرار بالتفريق الدرجة القطعية من دونهِ، فهو إذن نصٌ شَّكلي يتطلب الرسمية فيهِ.

٥. قرَّرت المادة (٦٥) أحوال شخصية أنَّ: الوصية بوصفها حكماً شرعياً تتمُّ من دونَ مراعاة شَّكلٍ مُعينٍ، وثبتت بالبينةِ الشخصية سواء وجدَ المانع الأدبي أم لم يوجد، غير أنَّ قانون الأحوال الشخصية في هذا النص تطلبَ الشَّكليَّة الرسمية، وذلكَ بتثبيتها بدليلٍ كتابي موقّع من الوصي، وأوجب تصديق هذا الدليل من الكاتب العدل إذا كانَ الموصى بهِ

عقـاراً أو منقـولاً تزيـد قيمتـه علـى (٥٠٠) دينار.

المطلب الثالث/ الشَّكليَّة في قانون التنفيذ رقم (٤٥ لسنة ١٩٨٠):

لا يتصورُ ثمة حق إلَّا إذا كانَ لصاحبهِ سلطة الالتجاء إلى القضاء للذودِ عنهُ والاعتراف لهُ بهِ، وسلطة إجبار مدينة على تنفيذ ماالتزم بهِ، ولهذا لا يكتفي المشرِّع بإجازةِ الالتجاء إلى القضاء لحمايةِ الحق، بل هوَ أيضاً، يُمكّن صَاحبهُ من اقتضائهِ، أي يُمكنهُ من الحصولِ على المنفعة التي يُخولها لهُ حقه، بإجبار مدينهِ على القيامِ بما التزمَ بهِ، فإذا لم يُنفذ المدين التزامه طوعاً واختياراً أجبرَ عليهِ بتدخل السلطة العامة التي تجري التنفيذ تحتَ إشراف القضاء ورقابته[٢٣]).

وتنفيذ الحكم من قِبل السلطة المختصة يقومُ على الأساس القانوني لحق التقاضي ذاته، وهو منع الفردِ من استيفاء حقه بنفسهِ، لذا لا يستطيع الدائن القيام بإجراءات التنفيذ ضدَ مدينهِ بنفسهِ، بل يجبُ عليهِ الالتجاء إلى السلطة العامة، ولهذا فإنَّ السلطة وهي تقوم باجراءت التنفيذ لاتحلُ محلَ الدائنِ في استيفاءِ الحق من المدين، على أنَّها لا تقوم بهذه الإجراءات إلَّا بناءٍ على طلبٍ ممن لهُ صفة في طلب التنفيذ، وهذا الطلب يقدمُ من دونَ أي شَّكلٍ خاص[٢٤]).

ويمكن القول: إنَّ قانون التنفيذ ودوره في العملية القضائية إنَّما يكوَّنُ الحلقة الثانية والأخيرة لقانون المرافعات، حتى أنَّ أغلب الدول العربية تكون قواعد التنفيذ جزءا من قانون المرافعات، وتناط مهمة التنفيذ بقاضي التنفيذ، وليست بجهاتٍ عدلية كما هو لدينا[٢٥]). فبعدَ أن يؤدي قانون المرافعات دورهُ في العملية القضائية والذي هوَ همزة الوصل بين القوانين الموضوعية التي تقرر حقوق الأفراد وبين الأفراد أنفسهم، حيثُ يلعب دور الوسيط بينهما، ويرسم الطريقة التي توصل حقوق أصحابها، وتكون محصلة العملية القضائية قراراً، هنا يأتي دور قانون التنفيذ، ولئن كانَ دور قانون المرافعات تنظيم كيفية

تقرير تلكَ الحقوق، فإنَّ دور قانون التنفيذ يتبلور بكيفيةِ إبراز ذلكَ القرار إلى حيّز الواقع، ويؤدي إلى تحصيل الحق لصاحبهِ، وبدون هذا الدور الذي يلعبه قانون التنفيذ تبقى القرارات حبراً على ورق.

ونتيجة لعدَّ قانون التنفيذ الحلقة الثانية والأخيرة في العملية القضائية، وانَّهُ متمم لقانون المرافعات في مهمتهِ الحيوية، أو جزء منه . كما في بعض الإتجاهات العربية . فيمكنُ عدّ قانون التنفيذ بصورةٍ عامةٍ قانوناً شَّكليَّاً. وعلى المعيار السابق ذاتهُ الذي قررهُ فقهاء القانون، وهو تقسيم القواعد القانونية من حيث الموضوع إلى قواعد موضوعية تُقرر الحقوق للأفراد، وقواعدَ شَّكليَّة تُنظم كيفيةَ وصول الحقوق لهم، فإذا تصفحنا قانون التنفيذ نجد أنَّهُ يتناولُ في (الباب الأول/الفصل الأول) . (أهداف القانون وأسسه م١، م٢) . ويتناولُ في (الفصل الثاني) (نطاق سريانه م/٣) منه، ويتناولُ في (الفصلِ الثالث) (التنظيم الإداري والمالي لدوائر التنفيذ، وفي (الباب الثاني) يتناول الأحكام والمحررات القابلة للتنفيذ، أمَّا في (الباب الثالث) فيتناول: إجراءات التنفيذ، التنفيذ الرضائي، والتنفيذ الجبري، والإكراه البدني، وحالات وقف التنفيذ وتأخيره. ثمَّ يُبينُ في (الفصل الرابع) حجز أموال المدين، وأحكام الحجز، والأموال التي لايجوز حجزها، وإجراءات حجز الأموال المنقولة، ثمَّ إجراءات بيعها، وإجراءات بيع الأموال المنقولة، وحجز مال المدين لدى الغير، وحجز الرواتب والمخصصات، وحجز العقار، وإجراءات بيعه، وإجراءات بيع الأموال المرهونة، ثمَّ يتناول (الباب الخامس) حقوق الامتياز، وتوزيع حصيلة الدين، وفي (الباب السادس) يتناول التقادم المسقط للتنفيذ، وفي الباب السابع) يُقرر الطعن، والمدد لها، وتسلسلها، من التظلم فالتمييز، وينتهي القانون بالأحكام الختامية.

وعلى هذا، فإنَّ ماوردَ في قانون التنفيذ من نصوصٍ قانونيةٍ إنَّما هي نصوص شَّكليَّة بوساطتها يتسلم

صاحب الحق حقهُ من دونَ أن تكونَ تلكَ النصوص منشئة أو موجدة لذلكَ الحق.

وقد جاءَ قانون التنفيذ رقم (٤٥ لسنة ١٩٨٠) كما أوضحته الأسباب الموجبة لهُ، لأجلِ معالجةِ التخلف الذي تُعاني منهُ دوائر التنفيذ، وضماناً لتبسيط إجراءات التنفيذ، وحسن إيصال الحقوق إلى أصحابها، والتي هي الغاية من الأحكام القضائية ذاتها، وبغيةَ تطوير أساليب التنفيذ بما يؤدي إلى القضاءِ على ظاهرةِ تأخير تنفيذ الأحكام والمحررات التي لها قوة التنفيذ، وبما يكفل حماية الثقة والاستقرار للعلاقاتِ القانونية، وصيانة حقوق الدولة والأفرادِ من الضياع، والشَّكليَّة في كلِ هذا تدورُ مع الأسباب الموجبة، وتُحقق غاياتها.

ومن ناحيةٍ أخرى، تبرز الشَّكليَّة في قانون التنفيذ بصورةٍ أوضح في بعضِ نصوصهِ، حيثُ تتطلب أن تتمَّ بمحرراتٍ رسميةٍ تحتوي على تفاصيل دقيقة كما هو:

١. جاءَ في المادة (١٥/ثانياً) منهُ فيما يخص شَّكل المحضر الذي ينظمهُ الموظف بعدَ قبول المنفذ العدل تنفيذه: إذا قررَ المنفذ العدل قبول التنفيذ فعلى الموظف المختص تنظيم محررٍ يتضمنُ البيانات الآتية:

أ . اسم كل من طالب التنفيذ، والمنفَذ عليهِ، وشهرتهما، ومهنتهما، ومحل إقامتهما.

ب . تاريخ المحرر التنفيذي ورقمه إن وجدَ، والجهة التي أصدرته.

ج . طلبات طالب التنفيذ.

د . توقيع طالب التنفيذ أو وكيله، إذا كانَ مخولاً بالتنفيذ بوكالةٍ مصدقةٍ من المنفذ العدل، أو من جهةٍ مختصةٍ قانوناً.

٢. جاءَ في المادةِ (٢٥) منه والتي جاءت في (الفصل الثاني/ التنفيذ الجبري) فيما يخص التفصيلات والمعلومات الشَّكليَّة التي تشتملُ عليها مذكرة الإخبار بالتنفيذ: (على مديرية التنفيذ تبليغ المدين بمذكرة إخبار بالتنفيذ بالمحررات التنفيذية على أن تتضمن الأمور الآتية:

أولاً . اسم الطرفين، وشهرتهما، ومهنتهما، ومحل إقامتهما، والجهة التي أصدرت المحرر التنفيذي إن وجدَ، وماهيته، ومضمونه، وما يُطلبُ تنفيذه بصورةٍ مفصلةٍ).

٣. ماوردَ في المادة (٦٥) منه والتي رسمت إجراءات حجز الأموال المنقولة وما تتطلبهُ من إجراءاتٍ وبياناتٍ شَّكليَّة تفصيلية، من أنَّه: (يكونُ تنفيذُ قرار الحجز بحضورِ مُختار المحلةِ إن كانَ موجوداً، أو شاهدينِ لا علاقةَ لهما ولا قرابةَ بالموظفِ القائم بالحجزِ، ولا بأحد الطرفين، وينظمُ الموظف محضراً يدوّن فيهِ جنس الأموال المحجوزة، وأنواعها، ومقدارها، وقيمتها، بمعرفةِ خبيرٍ إن وجدَ ضرورة لذلكَ، وبيان المكان الذي حُفظت فيهِ، وكيفيةِ حراستها، ويوقع هو والحاضرون على ذلكَ المحضر، ويقدمهُ إلى المنفذ العدل، وإذا كانَ المحجوزُ شيئاً ثميناً، فعليهِ أن ينقلهُ إلى المديرية ويودعهُ في المحلِ الخاصِ بحفظ الأمانات، وإلَّا فيحفظُ حسبَ طبيعتهِ، سواء أكانَ ذلكَ بختم مكان وجودهِ، أو بنقلهِ إلى مكانٍ يناسبهُ، أو بإيداعهِ في يد عدلٍ، أو بإقامةِ حارسٍ عليهِ، لقاءَ أجرة يُقدرها القائم بالتنفيذ، ويوافقُ عليها المنفذ العدل.

٤. ماجاء في المادة (٧١/أولاً، وثانياً، وثالثاً) من إجراءات بيع الأموال المنقولة. والتي نصَّت على:

أولاًـ يعلن عن بيع الأموال المنقولة المحجوزة في الوقائع العراقية، وتعلق الإعلانات في محلِ وجود الأموال، ومحل بيعها والدائرة الحاجزة.

ثانياً . إذا كانت قيمة الأموال المحجوزة لا تتحمل نفقات النشر، فيكتفي بتعليق الإعلانات فقط .

ثالثاًـ يتضمن الإعلان جنس المال المراد بيعه، ونوعه، ومقداره، وقيمته المقدرة، ومحل المزايدة، ويوم وساعة إجرائها، على أنَّ لا تقل المدة بينَ تاريخ النشر وتاريخ المزايدة عن (ثلاثة أيام).

بهذا القدر ننتهي من بحث الشَّكليَّة في تلك القوانين، وقد رأينا حِرصَ المشرِّع عليها، وايراده لها،

لنبحث في الشَّكليَّة عندَ تخلفها، والأثر المترتب على ذلكَ التخلف، والموقف منها، وذلكَ على مدار المبحث الآتي:

المبحث الثالث

أثر تخلف الشَّكليَّة والموقف منها

إبرازاً لأهمية الشَّكليَّة، فقد تناولنا في هذا المبحث الأثر الذي يترتب على تخلفها في التصرف القانوني، ولمَّا كانَ الجدل لا يزال قائماً بين أنصار الشَّكليَّة ومعارضيها، ولكلِ فريقٍ منهما حجته، فقد تناولنا ذلكَ في مطلبين هما:

المطلب الأول: آثر تخلف الشَّكليَّة.

المطلب الثاني: الشَّكليَّة بين أنصارها ومعارضيها.

المطلب الأول/ أثر تخلف الشَّكليَّة:

بعدَ أن تبلورت الشَّكليَّة القانونية بصورتها الأخيرة، وخلت من التعقيدِ والمراسيم والألفاظ الرسمية، والإشارات التي لامبررَ لها، والتي كانت عليها في القانون الروماني، وتولّاها الفقهاء والمشرعون بالتهذيبِ والتخفيفِ حتى أصبحت وسيلة لحفظِ الحقوق، لا غاية في حدِ ذاتها، وأصبحَ وجود الشَّكليَّة القانونية أمر في غاية الأهمية في مسيرة العملية القضائية، وسياجاً لحفظِ حقوق الأفراد. وانطلاقاً من هذا المبدأ، ومن تصور الدور الخطير الذي تلعبه الشَّكليَّة، فإنَّ المشرع عندما يفرض وجود شَّكليَّةٍ معينةٍ على بعض التصرفات لايمكنُ أن يكونَ قد فرضها عبثاً، ودونَ الإحساسِ بأهمية وجودها. ومن منطلق أهمية وجودها فقد وضعَ المشرّعُ جزاءً لتخلفها وهو بطلان التصرف الذي تخلفت الشَّكليَّة اللازمة له. حيث تنص المادة (١٣٧) مدني على أنَّه:

١. العقد الباطل هو ما لايصح أصلاً باعتبارِ ذاتهِ أو وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية.

٢. فيكون العقدُ باطلاً إذا كانَ في ركنهِ خلل، كأن يكون الإيجاب والقبول صادرينِ ممن ليسَ أهلاً للتعاقد، أو يكون المحل غير قابلٍ لحكمِ العقد، أو يكون السبب غير مشروع.

٣. ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلَّت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليهِ مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوفٍ للشَّكل الذي فرضهُ القانون.

والعقد الباطل هو الذي لا يصحُ أصلاً، أي بالنظرِ إلى ذاتهِ، أو لا يصحُ وصفاً، أي بالنظرِ إلى أوصافهِ الخارجية. فأسباب البطلان شيئان: أمَّا خللٌ في ذات العقد ومقوماته، أي في ركنهِ. وأمَّا خللٌ في أوصافهِ الخارجة عن ذاتهِ ومقوماتهِ. والثاني، عندما لا يستوفي المعقود عليهِ الشَّكل الذي فرضهُ القانون فيهِ، كالكتابةِ في عقد الشركة (المادة ٦٢٨ مدني) وتسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري، فقد نصت المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣ لسنة ١٩٧١) في فقرتها الثالثة على أنَّه: (لاينعقد التصرف العقاري إلّا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

والبطلان في القانون العراقي ليسَ مراتب متدرجة، بل هو بطلانٌ واحد، وهو ما تسميه بعض التقنينات بالبطلان المطلق. أمَّا نظرية البطلان النسبي فيطرحها القانون المدني العراقي في هذا المجال، لأنَّ العقد القابل للبطلان هو عقد صحيح نافذ الأثر، وإذا كانَ كذلكَ فلا يصح وصفه بالبطلان ولو نسبياً، لكونه قائماً ومنتجاً لأحكامه. ومثله لا يتصور كيفَ يحتاج إلى الإجازةِ وهو نافذٌ لا يعتوره عيبٌ تُصححهُ هذهِ الإجازة.

وقد نصَّت المادة (١٤١/مدني) على حكم البطلان وآثاره بأنَّه: (إذا كانَ العقد باطلاً جازَ لكلِ ذي مصلحةٍ أن يتمسكَ بالبطلان، وللمحكمةِ أن تقضي بهِ من تلقاءِ نفسها، ولايزول البطلان بالإجازة).

والعقدُ الباطل منعدمٌ قانوناً، فلا ينتج أثراً، وليسَ من اللازم صدور حكم لتقرير هذا البطلان، ولمن كانَ طرفاً أن يُرتب أموره على أساس أنَّ العقد غير موجود، ويتمسك بالبطلان كل من كسبَ حقاً في المحل يؤثر فيهِ صحة العقدِ أو بطلانه، سواء كانَ قد

كسبَ الحق قبلَ صدور العقد أم بعده. فيتمسكُ بهِ كل من الطرفين وخلفهما العام والخاص. فيتمسك بهِ المتعاقدان ودائنوهما وورثتهما، وكل من كسبَ حقاً عينياً على عين موضوع العقد الباطل، أو حقاً شخصياً بالنسبةِ لهذهِ العين. والعقود الباطلة لا تلحقها الإجازة، لأنَّ المعدوم لا يكونُ موجود بالإجازة، فهي لاتلحق غير العقود الموقوفة، فلا يُعدّ العقد الباطل صحيحاً بالإجازة. وكما أنَّ العقد الباطل لا يجوز بالإجازة، فهو كذلكَ لايزول بالتقادم[٢٦]). ففي (البطلان يجوز فيه لكل شخص له مصلحة أن يتمسك به أمام القضاء، أمَّا في صورة دعوى أو في صورة الدفع. ذلك أنَّ العقد الباطل هو عدم لا وجود له من الناحية القانونية، لهذا جاز لأي ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه. وليس معنى هذا أنَّ لكل شخص أياً كان التمسك بالبطلان، فالقاعدة أنَّه (لا دعوى بلا مصلحة). فلا بدَّ إذن لمن يتمسك بالبطلان أن تكون له مصلحة في تقديره[٢٧]).

وقد أبانت المادة (١٣٨/مدني) عن أثر الحكمِ بالبطلان بالنصِّ على:

١. العقد الباطل لاينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً.

٢. فإذا بطلَ العقد يُعاد المتعاقدان إلى الحالةِ التي كانا عليها قبلَ العقد. فإذا كانَ هذا مستحيلاً جازَ الحكمُ بتعويضٍ مُعادل.

ويظهرُ من النصِ أنَّ العقد الباطل لاينتجُ أثراً. ولايُفيدُ الحكم، لأنَّهُ غير منعقد. وإذا بطلَ العقد وجبَ إعادة كل شيء إلى أصلهِ، سواء بطل لأنَّهُ غير منعقد، أو لأنَّهُ قد أبطلَ بعدَ أن كانَ موقوفاً، فيعاد المتعاقدان إلى الحالةِ التي كانا عليها قبلَ العقد. وهذه قاعدةٌ عامة. وفي حالاتٍ قليلة يُرتِبُ القانون على العقدِ الباطلِ آثاراً أصلية وآثاراً عَرَضيّة، كما لو كانَ عقداً صحيحاً، وهذه الحالات تتصلُ دائماً بفكرةِ حمايةِ الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات. ومن الأمثلة على ذلكَ عقد الشركة الباطل، فهو ينتج مع ذلك

آثاره بوصف الشركة أمراً واقعاً[٢٨]). فقد نصَّت المادة (٦٢٨/١مدني عراقي) على:

١. يجبُ أن يكونَ عقد الشركة مكتوباً، وإلَّا كانَ باطلاً، وكذلكَ يكونُ باطلاً كل مايدخل على العقدِ من تعديلاتٍ دونَ أن تستوفي الشَّكل الذي افرغَ فيهِ ذلكَ العقد. وهذا يطابقُ نصَ المادةِ (٥٠٧/ مدني مصري)، والمادة (٤٧٥/ مدني سوري). وقد علّقَ الأستاذ (السنهوري) على هذا النص بقولهِ: (فإذا لم يكن عقد الشركة الأصلي في الشَّكل المطلوب أم لم تكن التعديلات التي يُدخلها الشركاء بعدَ ذلكَ في الشَّكل ذاته الذي افرغَ فيهِ العقد الأصلي، كانت الشركة أو التعديلات التالية باطلة.. وكذلكَ للغيرِ أن يحتجَ بالا تكون للشركةِ شخصية معنوية لعدم استيفائها إجراءات النشر التي يقررها القانون. وإذا كانت الشركة باطلة لعدم استيفاء شَّكل الشركة جازَ للغيرِ طلب الحكم بإشهارِ إفلاسها).

وإذا كان عقد الشركة باطلاً، أو تعديلاته لعدم استيفاء الشَّكل فإنَّهُ لاتلحقه الإجازة، وقد يُسمحُ بإجازته، فإنَّ المشرع هنا أوردَ تفصيلاتٍ مهمةٍ فيمن يجوزُ لهُ التمسك ببطلان الشركة لعدم استيفائها الشَّكل المطلوب. ففيما بين الشركاء يبقى عقد الشركة غير المكتوبة قائماً مُنتجاً لجميعِ آثارهِ، ومنها إلزام الشركاء بتقديم حصصهم في الشركة، واقتسام الربح والخسارة على الوجهِ المبين في العقد غير المكتوب، وذلكَ إلى الوقت الذي يَرفع فيهِ أحد الشركاء الدعوى ببطلانِ الشركة. فمن وقت المطالب القضائية بالبطلانِ يصبحُ عقد الشركةِ باطلاً، والحكمُ بالبطلان يستندُ إلى وقت رفع الدعوى. فيمر عقد الشركة غير المكتوب إذن على مرحلتين يفصلُ بينهما رفع دعوى البطلان، وهما مرحلة الصحة قبلَ رفع الدعوى، ومرحلة البطلان بعدَ رفعها. أمَّا في حق الغير، فللغير أن يحتجَ على الشركاء ببطلانِ الشركة لعدم استيفائها الشَّكليَّة المطلوبة. فإذا طالبت الشركة

أحداً بالتعامل معها، جازَ لهذا الغير أن يدفعَ المطالبُ بأنَّ الشركة باطلة، وأنَّ التعاقد معها باطل، ولا يرجع الشركاء على الغير في هذهِ الحالةِ إلَّا بما تقضى به القواعد العامة في العقد الباطل. ولكن يجوزُ للغيرِ أن يغفل بطلان الشركة، وأن يتمسك بوجودها، وفي هذه الحالةُ تعدُ الشركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها.

إنَّ الإخلال بأحد الشروط الشَّكليَّة اللازمة لصحة عقد الشركة يؤدي إلى بطلان هذا العقد، وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بالبطلان، وتزول مبدئياً جميع نتائج العقد، حتى عن المدة السابقة لإعلان البطلان إذا كانَ ذلك ممكناً. وَيُمكن الإدلاء بالبطلان عن طريق الدعوى الأصلية. فيتقدم صاحب المصلحة بدعوى، يَطلب فيها الحكم ببطلان الشركة، أو عن طريق الدفع، فيدلى المدعى عليه بالبطلان، كما لو أقيمت الدعوى على أحد الشركاء، من أجل مطالبته بتقديم ما وعد به، فيدفع عنه الدعوى مدلياً ببطلان الشركة . والبطلان في القانون المدني العراقي ليسَ مراتب متدرجة، بل هو بطلانٌ واحد . أمَّا في بعض القوانين فيكون البطلان مطلقاً أو نسبياً. فيكون مطلقاً إذا كانَ موضوع عقد الشركة أو سببه مخالفاً للنظام العام أو للآداب العامة، ومن صفات البطلان المطلق أنَّه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسكَ بهِ في أي طور من أطوار المحاكمة، كما يجوز ذلكَ لشخصٍ غير ذي مصلحة، وللمحكمة أن تقضي بهِ من تلقاء نفسها، وهو لايزول بالتأبيد. أمَّا البطلان النسبي فلايجوز التمسك بهِ إلّا من قبل من لحظ البطلان لمصلحته، ويزول حق التمسك بالبطلان بتأييد العقد من قبل صاحب العلاقة تأييداً صريحاً أو ضمنياً، كما يزول بتصحيح العيب، ولا يُعدّ البطلان النسبي متعلقاً بالنظام العام، فلا يمكن للشركاء الإدلاء به تجاه الغير، ولكن يجوز للغير أن يتمسك به تجاه الشركاء، ولا يجوز للمحكمة أن تثيره عفواً من دونِ طلب من أصحاب العلاقة، وإذا حكم ببطلان عقد الشركة بناءً على طلب

أحد الشركاء، فإنَّ أثر البطلان ينحصر مبدئياً بهذا الشريك وحده دونَ سائر الشركاء الذين قد يستمر عقد الشركة قائماً فيما بينهم. وللبطلان سواء كانَ مطلقاً أو نسبياً أثر رجعي يعود إلى تأريخ إجراء العقد[٢٩]).

والبطلان هو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد وعلى أختلاله، ويتميز البطلان عن بعض النظم الأخرى:

١. فهو يتميز عن عدم سريان العقد أو عدم الإحتجاج به أو عدم نفاذه في مواجهة الغير. فالبطلان جزاء لقواعد تكوين العقد، ويترتب على عدّ العقد كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالتالي بالنسبة للغير أيضاً. أمَّا عدم نفاذ العقد في حق الغير فهو جزاء مقصور على غير المتعاقدين، بمعنى أنَّ العقد ينشأ صحيحاً وينتج آثاره جميعاً فيما بين المتعاقدين، ولكنَّه لايمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير لسببٍ من الأسباب، ومثال ذلك في الصورية: يسري بين المتعاقدين العقد الحقيقي، ولكن لا ينفذ هذا العقد الحقيقي في مواجهة الغير حسن النية. ومن ذلك أيضاً العقد الذي يعقده المدين المعسر إضراراً بدائنيه، صحيح فيما بين عاقديه ، لكنَّه لا يسري في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البولصية.

٢. ويتميز البطلان عن الفسخ، فعلى حين أنَّ البطلان يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد أو اختلاله، أي إلى علة صاحبت إبرام العقد، فإنَّ الفسخ هو حل للرابطة العقدية بسبب عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزامه. فالفسخ يفترض أنَّ هناك عقداً وأنَّ هذا العقد نشأ صحيحاً، ولكنَّ واقعة لاحقة على نشوئه هي التي اجازت طلب فسخه، هذه الواقعة هي عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه، الأمر الذي يخول المتعاقد الآخر طلب حل الرابطة العقدية ليتخلص هو الآخر من تنفيذ التزامه.

٣. ويتميز العقد القابل للإبطال عن العقد الموقوف. فنرى أنَّ العقد القابل للإبطال (الباطل بطلاناً

نسبياً) هو عقد صحيح منتج لكل آثاره، ولكنَّه مهدد بالزوال إذا تمسك من وضع البطلان لحمايته بابطال العقد. ولكنَّ العقد الموقوف، هو عقد لاينتج أي أثر حتى يتمُّ اقراره من غير المتعاقدين. ومثاله في الشريعة الاسلامية . على ما راينا . العقد الذي يعقده ناقص الاهلية، فهو يظل موقوفاً على اقرار الولي أو الوصي، إن أقره نفذ، وإن لم يقره بطل، على خلاف الحال في القانون، حيث يعتبر العقد باطلاً بطلاناً نسبياً، ينتج كل آثاره إلى أن يطلب القاصر بعد بلوغه أو صاحب الولاية عليه بطلانه، ويقضي بالبطلان، ما لم يكن سبق واجيز ممن يملك الإجازة. ويعدّ من قبيل العقد الموقوف أيضاً العقد الذي يعقده النائب باسم الأصيل ولكن خارج حدود النيابة[٣٠]).

غير أنَّنا نلاحظ أنَّ المشرع العراقي لم يجعل جميع الإجراءات الشَّكليَّة بمستوى واحد من حيث الأهمية، وعلى هذا الأساس، فقد رتَّبَ بُطلاناً مطلقاً جزاءً لتخلفِ الإجراءات الشَّكليَّة التي يراها من الأهميةِ بحيث لايمكنُ تلافيها أو سدها أو تعويضها. ورتبَ البطلان النسبي على تخلف الشَّكليَّة بالنسبةِ للأمور التي يراها أقل أهمية من الصنفِ الأول. وقصر البطلان، وجواز التمسك بهِ على الأغيار دونَ المتعاقدين، ومن ناحية ثالثة، فقد فرضَ المشرع نوعاً من الشَّكليَّة على بعض الإجراءات التي تبدو في صيغة الإلزام، غير أنَّ التفسير القضائي لها المتمثل بقرارات محكمة التمييز جعلت من تلكَ الشَّكليَّة وسيلة للتوثيق، ولم يجعلها ركناً في ذلكَ التصرف القانوني، كما هو شأن المادةَ (١٢٦٦/ف٢) مدني التي أوجبت تسجيل حق المساطحة في دوائرِ التسجيلِ العقاري.

ومن أمثلة البطلان المطلق الذي رتبهُ الشارع على تخلف الشَّكليَّة ما جاء في المادة (٦٠٢) مدني في حالة (هبة العقار). والكتابة في عقد الشركة (٦٢٨) مدني، وعقد المرتب المقرر مدى الحياة المادة (٩٧٩) مدني، والمادة (١٠٧١) مدني ببطلان

القسمة الرضائية بالعقار، والمادة (٩٢٢) مدني بطلان التأمين على حياةِ الغير مالم يوافق هذا الغير كتابة قبلَ إبرامِ العقد. ومدد التقادم حيثُ رتبَ المشرع سقوط الحقوق عندَ تجاوزها، كما قرَّرت المادتان (٢) و(٣) من قانون التسجيل العقاري بطلان التصرف القانوني في العقار قَبلَ تسجيلهِ باسم المتصرف، وما قرَّرته المادة (٢/١١٢٦) مدني بطلانِ العقد الناقلِ للملكية دونَ تسجيلهِ في سجلات التسجيل العقاري.

ومنَ الأمثلةِ على عدِّ بعض النصوص التي تطلبت الشَّكليَّة بصورةٍ تبدو آمرة ماجاءَ في المادةَ (١٢٦٦/ف٢) مدني التي أوجبت تسجيل حق المساطحة في دوائرِ التسجيلِ العقاري، بينما جاءَ التفسير القضائي لها في قرارات محكمة التمييز من أنَّ هذا التسجيل المطلوب هو للتوثيقِ فقط، وليسَ ركناً من أركانِ عقد المساطحة.

ومن هنا يتضح أنَّ جزاء تخلف الشَّكليَّة المطلوبة يتراوح بين البطلان المطلق والنسبي، وأحياناً يكون تخلف بعض الشَّكليَّات مغتفراً عندما يُمكنُ تلافيه، أو إذا وجد في السند ذاته مايُستدل بهِ على ذلكَ النقص استناداً إلى مبدأ (تكافؤ البيانات).

المطلب الثاني/ الشَّكليَّة بين أنصارها ومعارضيها:

رأينا خلالَ هذهِ الدراسة أنَّ قانون المرافعات المدنية إنَّما وجدَ لتنظيمِ العملية القضائية، وقد أملت الحاجة الملحة إلى إيجادهِ، وفي هذا يقول الدكتور (آدم وهيب النداوي) في شرحه لقانون المرافعات: (نظراً لاختلافِ مواهبِ القضاةِ، واستعداداتهم الفطرية، وقدراتهم على كبحِ جماحِ نفوسهم ونزواتهم، ولتباين قابلياتهم في الفهمِ والإدراكِ لما يجب الحكم بهِ فيما قامَ بينَ الخصوم، فقد لزمَ الأمرُ وضعَ القواعدِ المنظمة لعملِ القضاة، فليسَ سليماً على الإطلاقِ أن يوجد قضاة للفصلِ في الخصوماتِ دونَ حدودٍ في الاستقصاءِ والبحث، أو أن يطلقَ لأطراف الدعوى اختيار

مايرونَ إتباعهُ من الإجراءات، لأنَّ عمل القضاة في البحثِ عن الحقيقةِ في الواقعة محل النزاعِ يوجبُ أن يسترشدوا بقواعدَ ثابتةٍ تبعدهم عن التحكم، وتنأى بهم قدرَ الإمكانِ عن الشططِ والزلل في إطارِ موازنةٍ عادلةٍ في كفالة حق التقاضي في جانبي الادعاءِ والدفع[٣١]). ثمَّ إنَّ أكثر قواعد قوانين المرافعات تُعد من النظامِ العام. فتعد قواعد النظام القضائي في الدولةِ كالقواعد الواردة في قانون تشكيل المحاكم، لأنَّها تُنظمُ سلطة عامة من سلطات الدولة، ويُقصدُ منها تحقيق العدالةِ على الوجه الأكمل. أمَّا قواعد الاختصاص بمعناها الأعم فإنَّ منها مايتعلق بتحقيقِ العدالةِ وحسن سير القضاء، ومنها مالايتعلق بالنظامِ العام لكون المقصود منهُ التيسير على المتقاضين، ومراعاة مصالحهم الخاصة[٣٢]).

ثمَّ يقولُ في شرحِ قانون الإثبات: وَجدت الشَّكليَّة مايبررها في تنظيم الدعوى، فالدعوى وسيلة قانونية لتحقيقِ غاية مُعينةٍ هي تطبيق القانون، وهي تتكون من أعمالٍ مختلفةٍ، ولا يُمكنُ السماح بالبحثِ في عنصر الإرادةِ بالنسبةِ لكلِ عملٍ لمعرفةِ طبيعة العمل المراد القيام بهِ، لأنَّ هذا يُعرقلُ السيرَ في الدعوى، ويؤدي إلى عدم تحقيق الغاية منها بالسرعةِ اللازمة، ولهذا فإنّهُ يَجبُ تحديد شَّكل خاصٍ لكلِ عملٍ إجرائي، والقاعدة هي أنَّ الإجراء القضائي عملٌ شَّكلي، وهذا معناهُ أنَّ القانون لايَتركُ للقائمِ بهِ حريةَ اختيار وسيلة القيامِ بهِ، بل يُحددُ الوسيلة، ويفرضها عليهِ، ولذا يُعدّ الشَّكل عنصراً من عناصر الإجراء القضائي، بل هو أهم هذهِ العناصر[٣٣]).

ويرى الدكتور (محمود أبو عافية): والأشَّكال في القانون الحديث كلها من النوع ذي الهدف، فلا تُقرر إلَّا في الحدود التي يُمكن فيها أن تُحقِّقَ أغراضاً مُعينة يَرمي إليها المشرّع، فالمشرّع الحديث لايُغريهِ جمال الرموزِ والصورِ والتماثيل، بل كل مايقصدهُ إذا خرجَ على قاعدة الرضائية ورسمَ شَكلاً مُعيناً

للتصرف، هو تحقيقُ غرضٍ عملي مُعينٍ لهُ أهمية خاصة في حالة استثنائية، أو مستحيل التحقيق بغيرِ اتّباع المرسوم[٣٤]). فالغاية من الشَّكليَّة التي يفرضها القانون في بعض الأحيان هي تنبيه المتعاقدين إلى خطورة الأمر الذي يقدمان عليه، أو حماية الغير).

ومع هذه الأهمية، فقد بقيت الشَّكليَّة مثار خلاف بين فقهاء القانون مابين مؤيد لها ومعارض. فقد عدّها البعض منهم مجموعة قيود وعراقيل تؤدي إلى البطء في حسمِ الدعاوى، وتُعقد إثبات الحقوق، ومن ثمَّ تؤدي إلى أن يضيع الحق في لُجة النصوص الشَّكليَّة التي لايرونَ مبرراً لها، أو أن يؤدي ذلكَ إلى الملل الذي يُصيب المتقاضين، فيتم صلحٌ غير متكافيءٍ بين طرفي الدعوى، إذ يحدثُ في أحيانٍ كثيرة أن يتنازلَ صاحبُ الحقِ عن جزء كبير من حقهِ ليستنقذَ مايُمكن استنقاذه من خصمه، وهذا يُنافي المبدأ العام في القضاء، والذي يُفترض فيهِ أن يكونَ عادلاً، عاجلاً.

وقد وقف جانب من الفقهاء في الموقفِ المقابل لهذا الرأي مؤيداً لوجودها، وهذان الرأيان يتنازعان الشَّكليَّة بين مؤيدٍ لها ومعارضٍ لوجودها، ونرى أنَّ انتقاد الشَّكليَّة في القانون، وبعدَ أن تهذبت خلال العصور الطويلة التي مرت بها، وخفف ماعليها من القيود الصارمة التي كانَ يفرضها القانون الروماني، والعبارات التي يَجبُ أن يتفوه بها الخصوم، والتي كانت حكراً على الكهنة، وخلت من الإشارات التي يجبُ أن يَقوم بها أطراف الدعوى نقول: إنَّ هذا الانتقاد ينبعُ من تصورٍ أكاديميٍ نظريٍ بحت لم ينزل أصحابهُ إلى سوحِ القضاء، ولم يمارسوا العمليةَ القضائية ليقفوا بأنفسهم على أهمية القواعد الشَّكليَّة التي تضبطُ مسيرة القضاء والتي يجب أن ترافقُ مسيرة الدعوى. فلولا تلكَ الحدود التنظيمية التي جاءت بها القواعد الشَّكليَّة لأصبحت العملية القضائية غارقة في الفوضى والاضطراب، ولكانَ لكلِ قاضٍ منهاج في المرافعات خاص

بهِ، ولكلِ محكمةٍ اسلوب خاص بها، ولكلِ خصمٍ اسلوب خاص في دعواه، ولكلِ محامٍ طريقة إثبات ادعائه، وفي هذا الواقع الذي يُرادُ لهُ التحرر من الشَّكلِ وقد غمرتهُ فوضى الشد والجذب بين القضاء والخصوم، وبينَ الخصوم أنفسهم، وفي غمرة هذه اللُجة يضيعُ الحق و الشَّكل معاً، ولَوِجِدَ أنَّ القواعد الشَّكليَّة في محصلتها النهائية ماهي إلَّا وسيلة تنظيمية، وأنَّ العملية القضائية شأنها شأن كل شيٍ في هذه الدنيا إذ لايمكن أن نستغني عن النظام والتنظيم.

هذا من ناحية، ومن ناحيةٍ أخرى، فإنَّ القواعد الشَّكليَّة حتى لو عدّها بعض فقهاء القانون قيداً على الحقوق، مضيقة لها، وعاملاً على تأخير وصولها إلى أصحابها، وحتى لو انصبَّت تلكَ المعارضة عليها في صورتها الحالية، وقد طرأ عليها التهذيب والتخفيف من تلكَ القيود الصارمة فإنَّها تبقى حاجة ضرورية لايمكنُ الاستغناء عنها. وعلى فرض أنَّ القواعد الشَّكليَّة بصورتها الحالية لاتزال قيداً على سير القضاء، فإنَّ منح القاضي السلطة الواسعة في تبسيط الشَّكليَّة، وفي توجيه الدعوى، وفي تحري الوقائع وصولاً للحقيقةِ، وعدم تقييده بالتكييف القانوني الذي يسبغه الخصوم على دعاواهم، وغير ذلكَ مما منحَهُ القانون للقاضي من سلطات، إنَّما هي وسائل كفيلة بأنَّ تخففَ من عبء الشَّكليَّة القانونية.

وكما توجب المادة (٤/١٧) من قانون الإيجار ذاته بإلزام المؤجر الذي أحدثَ المستأجر ضرراً جسيماً بعقارهِ المأجور أو أحدث تغييراً جوهرياً فيهِ أن ينذرهُ بوجوبِ إزالة الضرر أو التغيير الجوهري قبلَ إقامة دعواه لمدةٍ مناسبة قبلَ أن يحق لهُ إقامة الدعوى، وهو إجراء شَّكلي لامبررَ لهُ، لأنَّ من أحدث التغيير الجوهري أو الضرر الجسيم بكاملِ حريته وإرادته يستحق الحكم عليهِ بالتخلية سواء أزالَ الضرر أم لم يزلهُ، وأزال التغيير الجوهري الذي أحدثهُ في المأجور أم لم يزله، ولذا فإنَّ الشيء الذي نراهُ مسايراً

للعدالة هو أن يحذفَ هذا الشرط من النصِ كلياً.

يضافُ إلى ذلكَ أنَّ هناكَ قسماً من الإجراءات يكون نتيجة تطبيقها وقوع غبنٍ على أحد أطراف الدعوى، كعدم خضوع بعض الدعاوى لمرحلةِ تصحيح القرار، كما في دعاوى التخلية وفقاً لقانونِ إيجار العقار، والدعاوى الناشئة من تطبيق القرار (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧) المعدل، لأنَّ مرحلة التصحيحِ ضرورية جداً كمرحلةٍ أخيرة من الطعون، وتدلنا العديد من قرارات محكمة التمييز على أنَّ هناكَ الكثير من الدعاوى التي حسمتها الهيئات الخاصة لمحكمة التمييز ثمَّ تدخلت الهيئة الموسعة أو العامة بتصحيح القرار التمييزي ونقضهِ.

ومع وجود هذه النصوص التي نراها واجبة التغيير، فإنَّ للشَّكليَّة وما تؤديه في واقع العملية القضائية من الفوائد الكبيرة التي تصبح هذه السلبيات ازاءها من الأمور اليسيرة التي لاتقاس بفوائدها الجمة، فإنّ الشَّكليَّة تبقى من الضرورة بمكانٍ بحيث لايمكن الاستغناء عنها بأية حالٍ من الأحوال. وتتضح أهمية الشَّكليَّة متمثلة بقانون المرافعات الذي لايمكن أن تسير العملية القضائية بدونهِ مطلقاً بما يحتوي من قواعد محددة، وتفاصيل منظبطة، يستطيع كل خصمٍ، وكل محامٍ، الاحتجاج ببطلان الإجراء المتخذ خلافاً لها في حالة افتراضنا عدم تشريع هذا القانون، وعدم وجودهِ أصلاً، فماذا ستكون عليه الحال؟

إنَّ الحال الذي سنكون عليه هو أنَّ كل محكمةٍ ستجد نفسها مضطرة إلى ابتكار وسيلة لتطبيق القواعد الموضوعية، وطريقة تضمن فيها إيصال الحقوق لأصحابها وعدم التلاعب بها، وستكون النتيجة أنَّ لكلِ محكمة طريقة خاصة بها، بل ولكلِ قاضٍ اسلوب خاصٌ بهِ، وحينذاكَ ستتعدد الطرق المستحدثة، والأساليب المبتكرة لهذا الهدف بقدر عدد المحاكم، وبقدر عدد القضاة، وحينذاكَ أيضاً لايستطيع الخصم ولا المحامي

الاحتجاج بطلان أي إجراءٍ تتخذهُ المحكمة، ولا أي إجراء يتخذهُ القاضي، لأنَّها طرق خاصة ذاتية بالمحكمة أو القاضي، ولا رقيب عليه من المشرِّع، ولهذا فإنّ من الأسس التي جاءَ بها قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥ لسنة١٩٧٧)، هو: (تبسيطُ الشَّكليَّة إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريطِ بأصل الحق. وذلكَ لما تُسببهُ الشَّكليَّة في إبرام العقود من التفريطِ بالحقوقِ الخاصة، على أن لايترتب على عدم الاعتداد بها أهدار للمصلحةِ العامة).

ولهذا فإنَّنا أمامَ خيارين لاثالث لهما، فإمّا أن يكونَ هناكَ قانون مرافعات واحد محدد أشرف على إعداده وتشريعه كبار رجال القانون من ذوي التجربة العريقة، يظبط سلوك الخصم والمحكمة من الشططِ أو الجهلِ أو الانحراف، وأمّا أن تكون هناكَ مئات القوانين الشخصية بقدر عدد القضاة والمحاكم والتي تختلف الواحد منها عن الأخرى بقدر حياد المحكمة وفقهها واضطلاعها، وعندها نكون بين خيارين، فإمّا الانضباط وإمّا الفوضى، فأيهما نختار؟

الاستنتاجات والتوصيات

بعد أن انتهينا من بحثنا هذا، نثبّت بعض الاستنتاجات والتوصيات الآتية:

١. لمَّا كانَ القاضي ملاذ المتخاصمين لإعطاءِ كل ذي حقٍ حقه، وعليهِ يقع عبء كبح جماح من يتجاوز على حقوق الآخرين، فإنَّ الدور الذي يجب أن يلعبهُ في هذا المجال هو أن يكونَ دوراً فعالاً، ايجابياً في العمل القضائي، ولكي يُمكنه الاضطلاع بهذهِ المهمة وهو إيصال الحقوق إلى أصحابها ومنع تعسف المتعسفين لابد من إعدادهِ إعداداً عميقاً يتناسب وتلك المهمة، وهذا الدور الايجابي لهُ. فتزويد القاضي بالمعلومات القانونية اللازمة، وإخضاعه للتمرس العملي على أيدي قضاة أكفاء قبلَ إناطة العمل القضائي بهِ، وتدريبه عملياً بالمحاكم، ومروره أقلام المحكمة ودوائرها المختلفة، ولمدد كافية، أمور ضرورية ولازمة.

ولهذا يتضح أنَّه يلزم إعداد القاضي الإعداد الجيد قبلَ التفكير في توسيع سلطاته في توجيه الدعوى أو منحه الدور الايجابي في العملية القضائية.

٢. اختزل قانون المرافعات رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) النافذ من المدد التي كانت تستغرقها مرحلة التمييز الشيء الكثير، ومعَ ذلكَ يبقى جانب سلبي آخر لهذا التقسيم من حيث إناطة تمييز هذه الدعاوى بمحاكم الاستئناف. ويتمثل الجانب السلبي بصدورِ قراراتٍ متناقضةٍ في القضيةِ الواحدة نتيجة تعددّ وجهات النظر، وجهات التمييز حسب تعدّد محاكم الاستئناف. فضلاً عَن المستوى القانوني العالي الذي تنفردُ بهِ محكمة التمييز عن محكمة الاستئناف. ومما يزيدُ هذا الجانب السلبي بروزاً هو أنَّ معظم هذه القرارات تصدر بصورةٍ قطعيةٍ غيرَ خاضعةٍ لمرحلةِ التصحيح، ولهذا يكون من الضروري التدخل لسد هذا النقص التشريعي، وذلكَ بوضعِ بعض الضوابط، ورسم طريقة معينة لإشراف محكمة التمييز فيفقد إناطة تمييز بعض القضايا لمحاكم الاستئناف الهدف الرئيس لها.

٣. على الرغمِ من وجود المادة (الرابعة) من قانون الإثبات رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩) التي توجب على القاضي تبسيط الشَّكليَّة إلى الحد الذي لا يفرط في أصل الحق. فإنَّ التشريع للقواعد الشَّكليَّة الذي يجب أن يواكب عملية تطور القواعد الموضوعية يبقى لازماً وضرورياً كي لاتخضع إجراءات الدعوى إلى الاجتهادات الفردية للقضاة، مع تفاوت في قدراتهم وإمكانياتهم، إضافة إلى بديهية أنَّ أي إجراء قضائي يلزم أن يكون مستنداً على قاعدةٍ قانونيةٍ منضبطة. ونرى في الوقتِ ذاته أنَّهُ لاتزال هناكَ بعض القواعد الشَّكليَّة التي تستوجب التخفيف منها أو إلغائها، وقد تؤدي في الكثيرِ من الأحيانِ إلى تأخير وصول الحق إلى صاحبهِ.

٤. سعى قانون المرافعات النافذ إلى تحقيق هذا الهدف، وأكدت وزارة العدل في تعليماتها عدد (٤) لسنة ١٩٨٧ على وجوبِ حسم

الدعاوى المطروحة أمام المحاكم خلال سقفٍ زمني مُحدد. ومعَ أنَّ تحديد حسم الدعاوى خلال سقفٍ زمني كانَ لهُ أثر كبير في وصولِ الحق إلى صاحبهِ بطريقةٍ عاجلة، وحيث أنَّ عنصر النقص يلازم كل شيء في هذه الدنيا، ومنها القوانين الوضعية فقد لازمَ تحديد حسم الدعاوى بسقفٍ زمنيٍ مُحددٍ جانب سلبي آخر، حيث أنَّ العجالة في إصدار القرارات لاسيما في الأشهر الأخيرة من كل سنة كثيراً ما تؤدي إلى أن تصدر القرارات بصورةٍ عاجلةٍ لكنها ليست بصورة عادلة، وقد لمس العاملون في مجال القضاء والمحامونَ ذلك بوضوح. ومع هذا الجانب السلبي فإنَّ تقرير سقفٍ زمني لحسمِ الدعاوى أمر لابدَ منهُ.

٥. تستوجب المادة (١٧/ط) من قانون إيجار العقار إذا أرادَ المؤجر تخلية عقاره لغرض إنشاء عمارة تجارية أو سكنية من وجوب توجيه إنذار إلى المستأجر قبل (٩٠) يوماً مرفقاً بهِ صورة من إجازة البناء، وخارطة العمارة المزمع إنشاؤها ليقيم بعدَ هذهِ المدة الطويلة دعوى التخلية...هذه المدة الطويلة قبلَ إقامة الدعوى والتي لو أقيمت الدعوى قبلَ انتهائها ولو بيوم واحدٍ فإنَّها تكون متعينة الرد، وهذا أمر لامبرر قانوني له، وينافي العدالة، ويؤدي إلى تأخير مسيرتها، وهوَ نصٌ يستوجب حذفه بصورةٍ نهائية، فإن قيلَ إنَّها مدة يستطيع المستأجر أن يتدبّر أمره فيجد مأجوراً آخر فهذا قولٌ غير وارد قانوناً حيثُ أنَّ قانون الإيجار في مادته (٢/٢٣) منحَ المستأجر مهلة (٩٠) يوماً تبدأ من يوم إيداع القرار للتخلية في دائرة التنفيذ.

٦. تُوجبُ المادة (٤/١٧) من قانون الإيجار ذاته إلزام المؤجر الذي أحدثَ المستأجر ضرراً جسيماً بعقارهِ المأجور أو أحدثَ تغييراً جوهرياً فيهِ أن ينذره بوجوب إزالة الضرر أو التغيير الجوهري قبلَ إقامة دعواه لمدةٍ مناسبة قبلَ أن يحق له إقامة الدعوى، وهو إجراء شَّكلي لامبرر لهُ، لأنَّ من أحدثَ التغيير الجوهري أو الضرر

الجسيم بكاملِ حريته وإرادته يستحق الحكم عليهِ بالتخليةِ سواءَ أزالَ الضرر أم لم يزله، وأزال التغيير الجوهري الذي أحدثهُ في المأجور أم لم يزله، ولذا فإنَّ الشئ الذي نراهُ مُسايراً للعدالةِ هو أن يُحذف هذا الشرط من النصِ كلياً.

إنَّ هناكَ قسماً من الإجراءات يكون نتيجة تطبيقها وقوع غبن على أحد أطراف الدعوى، كعدم خضوع بعض الدعاوى لمرحلة تصحيح القرار كما تعدّ في دعاوى التخلية وفقاً لقانون إيجار العقار، والدعاوى الناشئة من تطبيق القرار (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧) المعدل لأنَّ مرحلة التصحيح ضرورية جداً بوصفها مرحلة أخيرة من الطعون، وتدلنا العديد من قرارات محكمة التمييز على أنَّ هناك الكثير من الدعاوى التي حسمتها الهيئات الخاصة لمحكمة التمييز ثمَّ تدخلت الهيئة الموسعة أو العامة بتصحيح القرار التمييزي ونقضه.

الهوامش:

١. د. عبد المنعم البدراوي . المدخل إلى العلوم القانونية . دار النهضة العربية– بيروت . لبنان . ١٩٦٦. ص٥٥.

٢. تقسم القوانين من جهة طبيعة ماتقرَّرهُ من مبادئ إلى قوانين شَّكليَّة وقوانين موضوعية، فالقوانين الموضوعية تُبيَّن حقوق الأفراد وواجباتهم، وكيفية نشوئها وانقضائها، فهيَ من هذهِ الجهة قوانين مقررة للحقوق، ومن أمثلتها القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل. أمَّا القوانين الشَّكليَّة فتبيّن الوسيلة التي تؤدَّى بمقتضاها هذهِ الحقوق لأربابها وتُحْتَرم. وبعبارة أخرى تُبيَّن جزاءَ الإخلالِ بهذهِ الحقوق، فهي بهذا المعنى قوانين إجرائية، بمعنى أنَّها تتصل بالجزاءات التي تتضمَّن الحقوق الفردية، ومن هذهِ القوانين قوانين المرافعات. د.صلاح الدين الناهي . الوجيز في المرافعات المدنيَّة والتجاريَّة . دراسة موازنة . شركة الطبع والنشر الأهلية . بغداد–١٣٨١هـ .١٩٦٢. ص١٣.١٤.

3. F.Geny; Science et technique en droit positive.T.111.253P.101.

4. Ihreing Lesprit du droit romain Traduction Meulanarel t.11p.210.

نقلاً عن د. فائق محمود الشماع . الشَّكليَّة في الأوراق التجارية . مجلة القانون المقارن . العدد العشرون . السنة الثالثة عشر . ١٩٨٧ . ص١٢٣.

٥. د.آدم وهيب النداوي . شرح قانون المرافعات . مديرية دار الكتب للطباعة والنشر . جامعة الموصل .١٤٠٩هـ . ١٩٨٨. ص٨.٧.

٦. د. سعيد عبد الكريم مبارك . أصول القانون . مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر . الطبعة الأولى . جامعة الموصل . ١٤٠٢ هـ . ١٩٨٢م . ص١٤١.

٧. يُعطينا الفقيه (كايوس Gaius) مثلاً على ذلكَ من أنَّ أحد الأشخاص أرادَ رفع دعوى قطع الأشجار ضد من قطع كرومه، ولكنَّهُ خسر الدعوى لأنَّه بدلاً

من أن يذكر في صيغة الدعوى التي تلاها كلمة (أشجار) ذكر كلمة (كروم).د.عبد المنعم بدر وعبد المنعم البدراوي . مبادئ القانون الروماني . القاهرة . ١٩٥٤. ص٣٧. د. آدم وهيب النداوي . شرح قانون المرافعات المدنية . المصدر نفسه . ص٢١. د. محمود عبد المجيد المغربي . تاريخ القوانين . المؤسسة الحديثة للكتاب . بيروت . ص٣٨.

٨. د. آدم وهيب النداوي . شرح قانون المرافعات . المصدر نفسه . ص٢١.

٩. المحامي عبد الرزاق القيسي . كيفَ تُقيم الدعوى بنفسكَ . مطبعة الرشاد– الطبعة الثانية . بغداد . ص٦٠.

١٠. (البقرة: من الآية:٣١).

١١. د. آدم وهيب النداوي . شرح قانون المرافعات . المصدر نفسه . ص٢٦.

١٢. محمد علي الصوري المحامي . التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات– الجزء الأول . مطبعة شفيق . بغداد . ١٩٨٣. ص٣٠.

١٣. د. توفيق حسن فرج . قواعد الإثبات في القواعد المدنية والتجارية . محاضرات القيت على طلبة جامعة بيروت العربية . ١٩٦٦. ص٩٥.

١٤. مجلة المحاماة المصرية . السنة الثالثة والأربعون . ص٦٥٩.

١٥. المحامي مكي إبراهيم لطفي . الشَّكليَّة القانونية . التعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية . مطبعة الرشاد . بغداد . بدون سنة طبع . ص٣، ٨.

١٦.صبري شاكر أنصاي . حقوق يارغلمه اصوللري . بند٣. نقلاً عن الدكتور صلاح الدين الناهي . المصدر نفسه . ص١٥.

١٧. قضاء محكمة التمييز . المجلد السادس . ص٣٥٦.

١٨. مجموعة الأحكام العدلية . العدد الأول . السنة السادسة . ص٨٥.

١٩. مجموعة الأحكام العدلية . العدد الثاني . السنة السادسة . ص٨٣.

٢٠. الوعد بالبيع عقد ملزم للطرفين، ومن أمثلته مايقع على أرض سواء أكانت ملكية أو حق تصرف في الأراضي الأميرية بالطابو، وهو خروجٌ على قواعد

الشَّكليَّة التي فرضها القانون المدني على بيوعات الأراضي لأجل معالجة البيوعات القديمة التي لم تسجل في سجلات التسجيل العقاري، وينظمها القرار (١١٩٨لسنة ١٩٧٧)(المعدل بالقرار١٤٢٦لسنة ١٩٨٤)، بحيث يستحق المشتري تملّك الأرض إذا بنى فيها داراً أو سكن الدار، أو زرع أشجاراً مثمرة دونَ معارضةٍ من البائع، ويستحق طرفا العقد تعويضاً في حالة النكول، وهو الفرق بين البدلين، وعليهِ فإنَّ الشرط الجزائي لاقيمة لهُ، ولايسري أجر المثل على هذا البيع، لأنَّ البائع تمتعَ في المبلغ، والمشتري تمتعَ في الأرض.

٢١. د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير . الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . الجزء الأول . مصادر الالتزام . مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر . جامعة الموصل .١٩٨٠ . ص٢٣.٢٤.

٢٢.د.عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح القانون المدني . الجزء الأول . في مصادر الإلتزام . مصادر الإلتزام . مطبعة نديم . الطبعة الخامسة . بغداد . ١٩٧٧ . ص٤٤. مع إشارته إلى مجموعة الاستاذ سلمان بيات.

٢٣. د.أحمد أبو الوفا . إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية . الدار المصرية للطباعة والنشر . الطبعة الأولى . ١٩٧١ . ص١٣.

٢٤. د. فتحي والي– التنفيذ الجبري في القانون الكويتي . الكويت . ١٩٧٨– ص٨٤.

٢٥. د. آدم وهيب النداوي . أحكام قانون التنفيذ . مطبعة جامعة بغداد . بغداد . ١٩٨٣ . ص٨.

٢٦. د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير . الوجيز . المصدر نفسه . ص١٢١ .١٢٢.

٢٧. د. عبد المنعم البدراوي . النظرية العامة للالتزامات . الجزء الأول . مصادر الإلتزام . دار النهضة العربية للطباعة والنشر . بيروت . بدون سنة طبع . ص٣٨١.٣٨٢.
٢٨. د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير . الوجيز. المصدر نفسه . ص١٢٣ .١٢٤.
٢٩. الياس ناصيف . الكامل في قانون الشركات . الشركات التجارية . الجزء الثاني . منشورات عويدات . الطبعة الأولى . ١٩٨٢ . ص٤١.
٣٠. د. عبد المنعم البدراوي . المصدر نفسه . ص٣٧١.٣٧٢.
٣١. د. آدم وهيب النداوي . شرح قانون المرافعات . المصدر نفسه . ص ٦.٥.
٣٢. د. صلاح الدين الناهي . المصدر نفسه . ص١٥.١٦.
٣٣. د.آدم وهيب النداوي . شرح قانون الإثبات . جامعة بغداد . بغداد . ١٩٨٦. ص٧٠.
٣٤. د.محمود أبو عافية . التصرف القانوني المجرد . النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري والمقارن . ص٥٥.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية:

١. د. أحمد أبو الوفا . إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية . الدار المصرية للطباعة والنشر . الطبعة الأولى . ١٩٧١.
٢. د. آدم وهيب النداوي أحكام قانون التنفيذ . مطبعة جامعة بغداد . بغداد– ١٩٨٣.
٣. د. آدم وهيب النداوي . شرح قانون المرافعات . مديرية دار الكتب للطباعة والنشر . جامعة الموصل . ١٤٠٩هـ . ١٩٨٨ م.
٤. د. آدم وهيب النداوي . شرح قانون الإثبات . جامعة بغداد . بغداد . ١٩٨٦.
٥. الياس ناصيف . الكامل في قانون الشركات . الشركات التجارية . الجزء الثاني . منشورات عويدات . الطبعة الأولى . ١٩٨٢.
٦. د. توفيق حسن فرج . قواعد الإثبات في القواعد المدنية والتجارية . محاضرات القيت على طلبة جامعة بيروت العربية . ١٩٦٦.
٧. د. سعيد عبد الكريم مبارك . أصول القانون . مطابع دار الكتب للطباعة والنشر . الطبعة الأولى . جامعة الموصل . ١٤٠٢هـ . ١٩٨٢.
٨. د. صلاح الدين الناهي . الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية . دراسة موازنة . شركة الطبع والنشر الأهلية . بغداد . ١٣٨١هـ . ١٩٦٢.
٩. المحامي عبد الرزاق القيسي– كيف تقيم الدعوى بنفسك . مطبعة الرشاد– الطبعة الثانية . بغداد.
١٠. د.عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير . الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي . الجزء الأول . مصادر الالتزام . مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر . جامعة الموصل .١٩٨٠.

١١. د.عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح القانون المدني . الجزء الاول في مصادر الألتزام . مصادر الالتزام . مطبعة نديم . الطبعة الخامسة– بغداد . ١٩٧٧.
١٢. د. عبد المنعم البدراوي – المدخل إلى العلوم القانونية . دار النهضة العربية . بيروت . لبنان .١٩٦٦.
١٣. د. عبد المنعم البدراوي . النظرية العامة للالتزامات . الجزء الأول . مصادر الإلتزام . دار النهضة العربية للطباعة والنشر . بيروت . بدون سنة طبع.
١٤. د. عبد المنعم بدر ود. عبد المنعم البدراوي . مبادىء القانون الروماني . القاهرة . ١٩٥٤.
١٥. د. فتحي والي . التنفيذ الجبري في القانون الكويتي . الكويت . ١٩٧٨.
١٦. محمد علي الصوري المحامي– التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات– مطبعة شفيق . بغداد . ١٩٨٣.
١٧. د.محمود أبو عافية . التصرف القانوني المجرد . النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري والمقارن.
١٨. د.محمود عبد المجيد المغربي . تاريخ القانون . المؤسسةالحديثة للكتاب– بيروت . لبنان.
المحامي مكي ابراهيم لطفي . الشَّكليَّة القانونية . التعهد بنقل الملكية العقارية والشقق السكنية . مطبعة الرشاد . بغداد . بدون سنة طبع.

ثانياً: بحوث قانونية:

د. فائق محمود الشماع . الشَّكليَّة في الأوراق التجارية . مجلة القانون المقارن . العدد العشرون . ١٩٨٧.

ثالثاً: النشرات والمجلات القضائية:

قضاء محكمة التمييز . المجلد السادس.

مجموعة الأحكام العدلية . العدد الأول . السنة السادسة.

مجموعة الأحكام العدلية . العدد الثاني . السنة السادسة.

القوانين:

قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣ لسنة ١٩٧١).

قانون ادارة الأوقاف رقم (٢٧) لسنة (١٩٢٧).

١. قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥ لسنة١٩٧٧).

٢. قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٩) المعدل.

٣. قانون الإثبات رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩).

قانون التنفيذ رقم (٤٥ لسنة ١٩٨٠).

القانون المدني رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١).

قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (٨٨ لسنة ١٩٥٦) الملغي.

قانون المرافعات المدنيَّة والتجاريَّة رقم (٨٣ لسنة ١٩٦٩) النافذ.

القرارات:

١. القرار رقم (١١٩٨ لسنة ١٩٧٧) وتعديله المرقم (١٢٤٦ لسنة ١٩٨٣).

التعليمات:

١. تعليمات وزارة العدل عدد (٤) لسنة ١٩٨٧.

قرارات محكمة التمييز:

١. القرار (٤١١/ شخصية/٨١ في ١٩٨١/١١/٢٥).

٢. القرار (١٤٠٠/ هيئة عامة/٦٨ في ١٩٦٩/٢/٦).
٣. القرار (١٤٣٤/ م٣/٧٤ في ١٩٧٥/٣/١١).
٤. القرار (٨٧/م١/٧٥ في ١٩٧٥/٥/٢٨).

رابعاً: المصادر الأجنبية:

(1)F.Geny; Science et technique en droit positive.T.111.253.
(2) Thring Lesprit du droit romain Traduction Meulanarel t.11.