

ملخص البحث

ان موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي يلعب دوراً مهماً وحاسماً ، سيما ضمن اطار القانون الدولي الخاص ، هذه الفعالية التي يملكها القضاء في اطار هذا القانون تتسق مع فلسفة وجود هذا القانون، فهو قانون لا يقوم على الفردية والانزعال ، نتيجة لعدم وجود تقنين كامل لمعالجة كافة المنازعات المتعلقة بشأنهم الامر الذي يلقي بكل ثقله على القضاء ليمارس دوراً مهماً في هذه العلاقات لما له من سلطة تقديرية في تقدير كل حالة على حدا ، فالقضاء بأعتبره الملجأ الاخير للمتخاصمين عليه ان يحكم بالعدل بينهم ولايستطيع ان يتدرع او ان يمتنع عن ذلك تحت تسبب عدم وضوح النص أو عدم وجوده.

وبما ان القضاء بصورة عامة والقرار القضائي بصورة خاصة لا يستقيم بمفرده بل المحاكم العليا ترقيب تطبيق القاضي لقاعدة الاسناد ، بوصفها قاعدة قانونية وطنية بغية عدم انفلات هذه السلطة وتجاوز حدودها من قبل القاضي ، فالأخير ملزم بحسن تفسيرها وتطبيقها ، سواء تعلق الامر بأغفال تطبيق القاضي لها رغم توافر شروط تطبيقها ، او تطبيقها تلقائياً دون احترام لمبدأي حياد القاضي ، واحترام حقوق الدفاع او تعلق الامر بخطأ في تطبيقها ، بوصفها قاعدة قانونية وطنية ، سواء في تكيف الواقعة محل النزاع ، او في تطبيق ضابط الاسناد فيها تطبيقاً سليماً ، او في تحديد نطاق القانون المسند اليه ومراقبة شروط تطبيقه ، سواء كانت هذه القاعدة مزدوجة او منفردة الجانب ، وأياً كانت طبيعة الحقوق التي ينظمها ، اذا ما اخطأ القاضي في ذلك فان حكمه يكون معرضاً للنقض .

المقدمة

الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي لا يعني الاعتراف له بسلطة استبدادية مطلقة ، لا تخضع لأية رقابة من اي نوع كان ، بل يتوجب ان تخضع للرقابة من قبل الجهات القضائية المختصة بالطعن ، لان القضاء هو المرجع والملاذ الحقيقي الذي يكفل حقوق وحريات الخصوم ، وبالتالي فالقاضي يمارس عمله القضائي وفقاً لقيود وضوابط محددة وليست مطلقة ، فضلاً عن ذلك يجب على القاضي الالتزام بالحيادية ، وان يتجرد عن عواطفه ولايتأثر بالمصالح الشخصية ، اذا انه لو ترك للقاضي سلطة الحكم بعلمه الشخصي وهواه من دون الخضوع للرقابة من قبل الجهات المختصة ، فسيؤدي الى كثير من التضارب في الاحكام وعدم الاستقرار في العمل القضائي .

أهمية البحث وأسباب اختياره:

تبرز أهمية الموضوع بأنه يعد عنصر مهم في العمل القضائي لأن مهمة الرقابة هي التأكد من تحقيق القاضي لأهداف المحددة له في القانون , إذ من خلال يتم التحقق من ان القاضي قام بتنفيذ القانون وفقا للتعليمات والقواعد الموضوعية بقصد اكتشاف نقاط الضعف والاختفاء بهدف علاجها وتفادي تكرارها , فالرقابة القضائية أصبحت ركنا ركينا في العمل القضائي بصفة عامة , وفي القانون الدولي الخاص خاصة .

أما عن أسباب اختيار الموضوع فتكمن في أن المشرع العراقي في قانون المرافعات المعدل اعتبر محكمة التمييز من المحاكم العليا التي تراقب تطبيق القاضي لقاعدة الاسناد من دون ان يحدد درجة وظيفتها في الرقابة , فهل تعد هيئة قضائية لتدقيق الاحكام الاجنبية من (الناحية القانونية) , ام درجة ثلاثة تفصل في الدعوى التقصيرية من الناحية (القانون والواقع) .

كما أن احد الأسباب التي دعنا للبحث في هذا الموضوع , قلة المراجع والبحوث التي تتناول هذا الموضوع خصوصا في اطار القانون الدولي الخاص , فكانت المكتبات فقيرة في الكتابات بهذا الموضوع , إلا القليل منها التي سأركز عليها في البحث... , بالرغم من الأهمية التي يكتنفها الموضوع في المجتمع , لتعلق احكامه بتنظيم عصب حياة الاشخاص , والمجتمع ككل , ومحاولة تقصي مستجداته.

هدف البحث

مناقشة النصوص التشريعية والآراء الفقهية والإحكام القضائية التي قيلت بصدد تحديد دور الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي.

منهجية البحث: لاستيعاب أبعاد الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية , ستكون دراستنا لهذا البحث :-

١. دراسة جدلية :- باعتباره المنهج المناسب لهذه الدراسة لأنها تتعلق بمجال اجتهادي بحث فكان مجالاً للجدل في الماضي ولأزال , إضافة الى ان هذا المنهج يعد الاشمل لاحتوائه على كل ادوات المناهج الأخرى , لذا فقد اعتمده كمنهج اساسي مع الاستعانة بمناهج اخرى كمنهج بحثيا وصفيا لتحليل النصوص التشريعية المعنية والمواقف الفقهية للوقوف على الاتجاهات القضائية .

٢. دراسة مقارنة :- اتخذنا من أسلوب البحث القانوني المقارن مناهجا في بحثنا , فعمدنا إلى ايضاح موقف القانون العراقي من جهة , مقارنين بهما قوانين كل من مصر وفرنسا وانكلترا ,

٣. فإذا كان القانون المصري يعد مصدرا لغالبية القوانين العربية ، فإن القانون الفرنسي ، الذي يعد مصدرا للقانون المصري ، يعد فوق ذلك أكثر القوانين تعمقا في مجال العلاقات الخاصة الدولية ، وتمثيلا للاتجاه اللاتيني مقابل القانون الانكليزي الذي يمثل الاتجاه الاتكلسوسكوني ، وقد أشرنا ، في بعض مواطن الحاجة ، إلى بعض القوانين العربية المقارنة للاستئناس بها فيما يتعلق بموضوع الدراسة كالقانون (الأردني ، السوري ، الجزائري ، اللبناني ، الكويتي ، اليمني ...) لمزيد من الفائدة .

مشكلة البحث:

من خلال البحث في قانون المرافعات العراقي ، والاطلاع على البحوث والدراسات المتعلقة بالقوانين الإجرائية المدنية ، وجدنا إن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي في المسؤولية التقصيرية في اطار القانون الدولي الخاص، من أكثر المواضيع التي هدرُ حقها من خلال ما جاء بصياغة تشريعية أقل مرونة عند ممارسة القاضي لسلطته في العمل القضائي ، قياس بموقف غالبية التشريعات العربية والاجنبية كالقانون الانكليزي ، لذا فإن من أهم القضايا التي أثرت كإشكاليات في موضوع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي الوطني في النزاع إذا ما أتصف بالصفة الاجنبية ، هي إن المشرع العراقي لم يبين شروط هذه السلطة فضلا عن المعايير التي يستند اليها القاضي في تقديره لدعوى المسؤولية التقصيرية، مخولة القاضي الوطني سلطة تقديرية في بحث ذلك .

خطة البحث :

للإحاطة بإبعاد الموضوع ، فإننا ارتأينا أن نتطرق إليه في مبحثين ، سنخصص الأول للتعرف على السلطة التقديرية للقاضي في اطار تقدير العمل الغير مشروع ، أما الثاني فسنبحث فيه الرقابة القضائية على سلطة القاضي التقديرية في ظل تقدير العمل غير المشروع .

المبحث الأول

السلطة التقديرية للقاضي في إطار تقدير العمل غير المشروع

الضرر هو اساس المسؤولية التقصيرية (المدنية) ، وبما ان الضرر يرتبط بمكان وقوعه اقليميا اكثر من ارتباطه شخصا بمرتكبه ، لذلك فقد يقع في ظل (وحدة مكان الضرر)، وهذا ما سنتناوله من خلال المطلب الاول ، وفي بعض الاحيان يكون نتيجة سلسلة متوالية من الوقائع غير المشروعة عندما تحدث كل واقعة منها في دولة اي (تعدد اماكن الضرر)، وهذا ما سنوضحه في المطلب الثاني .

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي في ظل وحدة مكان تحقق الضرر الموجب للمسؤولية

طرح الفقه بشأن سلطة القاضي في تقدير القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن عدة نظريات سنخص منها بالذكر :-

النظرية الأولى :- تذهب الى تضيق من سلطة القاضي التقديرية بحيث يقتصر نطاقها ضمن مجال محدود متمثل بتطبيق القانون الشخصي , اذ بموجب هذه النظرية القاضي يكون امام قاعدة اسناد جامدة تتمثل بإخضاع الالتزامات غير التعاقدية للقانون الشخصي حصرا , والتي قد تتمثل (بقانون الجنسية او الموطن) , متأثرا بنظرية الفقيه الايطالي (manic) مانثيني استنادا لنظرية (شخصية القوانين) , على اساس ان القوانين توضع لحكم الاشخاص لا ان تطبق في اقليم معين , سار على وفقا لهذا الرأي العديد من التشريعات منها القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ في المادة (١٣٣/١)^(١) , والقانون المدني البرتغالي لسنة ١٩٦٧ في المادة (٣/٤٥)^(٢) , اما على صعيد الاتفاقيات الدولية فقد سارت على المنهج ذاته اتفاقية روما المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية المعدلة في ٢٠٠٧ استنادا لنص المادة (٢/٤)^(٣) .

النظرية الثانية :- ذهب البعض الاخر من الفقه الى منح القاضي الحق في الرجوع الى تطبيق قانونه الوطني على اعتبار انه القانون الاحتياطي فيكون الاقرب للحكم في النزاع , والى هذا ذهب بعض التشريعات ومنها القانون الدولي الخاص الالمانى في المادة (١٢) , وكذلك فعلت غالبية التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي عندما وضع شرط استثنائي على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) مدني بشأن مسالة تقدير القاضي لمبدأ خضوع الالتزامات غير التعاقدية الى محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام^(٤) , وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي من خلال احكامه حيث نص ((على عدم التنازل عن الحماية القانونية التي يوفرها القانون الوطني للمضروب)) , واتبع المنهج نفسه القضاء الانكليزي من خلال التصريح بانه ((اشترط ازدواجية عدم مشروعية الفعل الضار وفقا لاحكام القانون الانكليزي , حتى يسمح برفع دعوى المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار الواقع في دولة اجنبية))^(٥) .

النظرية الثالثة :- أخذ البعض الاخر من الفقه بالزام القاضي بنظرية (العلاقة الاصلية) , وقد لاقت بعض التأييد , من قبل التشريع والقضاء منها قرار محكمة السين في حكمها الصادر بتاريخ ١٨/نوفمبر/١٩٥٨ حيث قضت فيه ((باستبعاد تطبيق القانون المحلي على دعوى التعويض عن الاضرار المادية والادبية التي لحق بالمدعية نتيجة للوعد بالزواج الصادر من المدعى عليه , والذي اقترن بوقائع تتضمن اغراء وتضليلا وهو ما يشكل خطأ تقصيريا , فقد فصلت المحكمة في هذه الدعوى بتطبيق القانون الشخصي بوصفه القانون الذي يحكم العلاقة الاصلية))^(٦) .

النظرية الرابعة :- سار جانب من الفقه الى توسيع من سلطة القاضي التقديرية عن طريق الاخذ بقانون الارادة), وقد سار على هذا الرأي بعض التشريعات منها القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ بالمادة (١٣٣) بقوله (يكون للأطراف الاتفاق في اي وقت, وبعد وقوع الحادث الضار على تطبيق قانون القاضي), كما اخذ القانون المدني الالماني الصادر عام ١٩٨٦ في المادة (٤٢) والتي نصت على انه (يستطيع الاطراف بعد حدوث الواقعة المنشئة... اختيار القانون الواجب التطبيق على تلك الرابطة ودون المساس بحقوق الغير)^(٧), والقانون المدني الروسي لعام ٢٠٠١ في المادة (٣١٩/٣)^(٨), ومن التشريعات العربية المؤيدة لهذا الاتجاه هو التشريع التونسي في المادة (٧١) بقوله (يمكن للأطراف بعد حصول الفعل الضار الاتفاق على تطبيق قانون المحكمة مادامت القضية في الطور الابتدائي), وكذلك المادة (١٧/أ) من قانون تنازع القوانين الخاص بمسائل المدنية والتجارية البحراني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥, ومن الاتفاقيات الدولية التي اعتمدت هذا الاتجاه منها مشروع المجموعة الاوروبية بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية وهذا ما جاء في المادة (٨) بالنص على انه (يستطيع الاطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزام الغير تعاقدي باتفاق لاحق ويجب ان يكون صريحا ولا يضر بحقوق الغير)^(٩), وهذا هو موقف اتفاقية (روما/٢) الصادر في ٢٠٠٣/٧/٢٢ من اختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير تعاقدية عالجت المادة (١١) من اتفاقية (روما/٢) تحت عنوان حرية الاختيار نصت ((يجوز للأطراف اختيار القانون.. وهذا القانون يجب ان يكون صريحا ولا يمكن ان يضر بحقوق الغير)^(١٠), الا ان هذه النظريات تعرض البعض منها للنقد السبب في ذلك يكمن ان مصدر هذه الالتزامات اي (الالتزامات غير التعاقدية), هو القانون ولا سلطة تقديرية للقاضي فيها, لذا فان التنازع يخرج من نطاق سلطة القاضي في تقدير القوانين الاختيارية, ويدخل في القوانين الالزامية من دون ادنى خيار للقاضي فيها, وبذلك تنحصر سلطة القاضي التقديرية في التنازع بين قانون محل ارتكاب الفعل الضار وقانون المحكمة المرفوع امامها النزاع, وبصورة عامة فضل اعطاء الاختصاص لقانون محل وقوع الفعل الضار^(١١), هذا المبدأ يرجع الى عهد بعيد حيث اخذ به فقهاء نظرية الاحوال في اواخر القرن الثامن عشر وانتقل العمل به الى فقهاء نظرية الاحوال الفرنسية في القرن السادس عشر خصوصا الفقيه الفرنسي (دار جنتريه) الذي نادى بان الاصل في القوانين هو (الاقليمية), وهو ما اخذ به المشرع العراقي حيث ضيق من سلطة القاضي التقديرية بشأن اخضاع المسؤولية التقصيرية الناتجة عن الفعل الضار لقانون الدولة الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام حصرا من دون اي خيار للقاضي

فيها عندما نص صراحة في المادة (١/٢٧)^(١١) من القانون المدني, ويقابلها نص المادة (١/٢١) مدني مصري, وهذا ما سار عليه اغلبية القوانين العربية^(١٢), اما على صعيد القوانين الاجنبية فأنها قيدت سلطة القاضي التقديرية بسريان القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية هو الحل الرائج منها القانون المدني الاسباني الصادر في عام ١٩٧٤ في المادة (١/٩)^(١٣), والقانون المدني البرتغالي النافذ

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة وإطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

في عام ١٩٦٧ في المادة (٤٥/١)^(١٤)، وكذلك القانون المدني الروماني الصادر في عام ١٩٩٢ في المادة (١٠٧) ، والقانون المدني الفنزويلي لعام ١٩٩٨ (م/٣٢) ، والقانون المدني الايطالي لسنة ١٩٩٤ (م/٢٥) ، والمادة (١/٣) مدني فرنسي ، كما سأل على هذا المنهج احكام القضاء^(١٥) اما بشأن موقف القانون الانكليزي فقد نصت القاعدة رقم (١٧٧) على (ان الفعل اذ تم في دولة اجنبية ، وكون هذا الفعل يعد ضارا او غير ضارا يكون ضرر بموجبه يمكن ان ترفع دعوى في انكلترا ويعتمد هذا على (قانون مكان وقوع الفعل الضار ، وقانون انكلترا باعتباره قانون المحكمة) ، اما القاعدة رقم (١٧٨) - اولاً) نصت (ان القاعدة العامة هي اذ تم فعل في دولة اجنبية وكونه يعد ضارا يثير مسؤولية تقصيرية قابلاً لرفع الدعوى في انكلترا بهذا الوصف فقط)^(١٦) ، اذا القاضي يطبق القانون الانكليزي على واقعة النزاع على افتراض مطابقة القانون الاجنبي للقانون الانكليزي ، ما لم يثبت عكس ذلك ، وهو ما سار اليه القضاء الانكليزي من خلال عدة احكام منها في (قضية Itallinaleavauhisus v Bankers and state steamship line, estonia ١٩٤٨) ، وفي قضية (Bankers and shippers insurance co. of new youk v. Liverpool marin and general insurance) عام ١٩٦٢^(١٧) ، وكما ورد في بعض الاتفاقيات الدولية من ذلك اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق المبرمة لعام ١٩٧١ في (٣م) و(٤) منها^(١٨) .

وعلى الرغم من تبني معظم التشريعات المقارنة كما اسلفنا لمبدأ سريان القانون المحلي (قانون الدولة التي وقعت فيه الواقعة المنشئة للالتزام) على الفعل الضار ، الا ان هذا المبدأ لا يتقيد القاضي بتطبيقه على اطلاق لانه غالباً ، ما تأتي التشريعات بقيد استثنائي على القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (١/٢٧) ، وهو ما جاء بالتشريع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٢/٢٧) السالفة الذكر بقوله (على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)^(١٩) ، يقابلها المادة (٢١) مدني المصري .

ولقد اختلفت آراء فقهاء القانون الدولي الخاص ، حول سلطة القاضي في تقدير طبيعة هذا القيد .

اولاً :- ذهب البعض من الفقه في مصر الى عد القيد الوارد في الفقرة الثانية من المادة (٢١) من القانون المدني استثناء من القاعدة العامة الواردة في الفقرة الأولى من المادة المذكورة ، ويعلّل رأيه بما جاء في المذكرة الايضاحية التي ورد فيها (ان الحاق وصف المشروع بواقعة او نفي هذا الوصف يتعلق بالنظام العام) ، الا انه في تارة اخرى منح القاضي حق اعتباره شرط لتحقيق المسؤولية بحق فاعل الضرر في مصر ، ولذلك فكان موقفه متباين بشأن هذه المسألة^(٢٠) .

ثانياً :- بينما ذهب جانب اخر من الفقه في العراق الى القول بتقيد سلطة القاضي من خلال جعل القيد الوارد في الفقرة الثانية من المادة (٢/٢٧) من القانون المدني العراقي ، هو شرط يفترض وجوده حتى يحكم القاضي بتحقيق المسؤولية وبدونه ينتفي تحققها ، ظهر هذا من خلال احكام القضاء .

ومن خلال ذلك يفهم عدة امور منها :

الامر الاول :- لا يمكن رفع دعوى المسؤولية التقصيرية في العراق بشأن فعل ضار وقع في خارج العراق , بل يجب ان يكون هذا الفعل غير مشروع وفقا لأحكام القانون المدني العراقي ايضا , فاذا كانت الالتزامات الناشئة عن فعل يعد ضارا في قانون البلد الذي وقع فيه الفعل وغير ضار في القانون العراقي ترد الدعوى .

الامر الثاني :- ان الحاق وصف المشروعية بواقعة او نفي هذا الوصف عنها امر يتعلق بالنظام العام , هذا الموقف يفسح المجال امام القاضي لاستخدام سلطته التقديرية لتطبيق قانونه الوطني الى جانب القانون المحلي تحت عنوان مقتضيات (النظام العام) , فاذا ما انتهى القاضي من تكييف الواقعة وتبين له بانها مشروعة وغير ضارة وفقا للقانون العراقي^(٢١) , فالقاضي هنا يقضي ببرد الدعوى لعدم توافر الاساس الذي تقوم عليه المسؤولية في القانون العراقي .

الامر الثالث :- عند وجود نص خاص لا يصر القاضي الى اعمال النص العام , اذ لا يقوم القاضي بتطبيق الفقرة الأولى من المادة (١/٢٧) مدني , حتى وان كان هذا الفعل غير مشروع وضارا في البلد الذي وقع فيه .

الامر الثالث :- للقاضي الحق في استبعاد قانون مكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام تحت فكرة (النظام العام) , من خلال قيامه ببرد الدعوى الى نص الخاص وهو الفقرة الثانية من المادة (٢/٢٧) , على اعتبار ان الفعل غير ضار ومشروع في العراق , وتأكيذا لذلك فقد خلا مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦ من هذا الشرط او القيد , لكونه اكتفى بما اورده بالمبدأ العام , الذي يقرر عدم جواز تطبيق قانون اجنبي قرره النصوص السابقة , اذ كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام في العراق^(٢٢) , وبذلك نجد أن سلطة القاضي التقديرية محدودة في اطار تقدير مشروعية العمل.

المطلب الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في ظل تعدد اماكن تحقق الضرر الموجب للمسؤولية

ان مسألة تعدد اماكن الضرر تشمل عدة فروض , سنخص منها بالذكر :-

الفرض الاول :- عندما يقدر القاضي حدوث واقعة الضرر بشكل موزع في اكثر من دولة , ففي هذا الحال ذهب واضعي المجموعة الامريكية المعروفة باسم Restatement^(٢٣) , الى وجوب تقييد سلطة القاضي التقديرية باعتداد القاضي بالمكان الاخير الذي تحققت فيه واقعة الضرر , باعتبارها تمثل السبب الاكثر صلة بالعلاقة من حيث الزمن , في حين ذهب بعض الفقه الفرنسي نحو الزام القاضي عند تقديره للواقعة بالاختصاص لقانون المحل الذي حدث فيه الضرر الرئيسي^(٢٤) .

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة وإطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

الفرض الثاني :- تكونت عدة حوادث في بلاد متفرقة , فمثلا كتاب سب وشتم ارسل من بلد واستلم في دولة اخرى , وكأطلاق النار في دولة اصاب المجنى عليه في دولة اخرى , فما هو اساس سلطة القاضي التقديرية في هذه الحالة ؟ وايهما يصبح مختص لحكم هذا النزاع ؟
كان الاتجاه السائد يقضي بالسماح للقاضي باستخدام سلطته وحل النزاع وفقا لقانون محل وقوع الحادث , تطبيقا للقاعدة التي تقضي بدور سلطة القضاء في وقاية المجتمع من الاعمال غير المشروعة , ولكن هذا الاتجاه قد تغير فقد الزم الفقيه الفرنسي (باتيفول) , بتقييد سلطة القاضي عن طريق إخضاع النزاع الى قانون الذي وقع فيه الضرر الرئيسي للعلم الضار ؟ ويقصد به هو الفعل الذي يرتبط مباشرة مع الفعل بحيث يكون نتيجة حتمية مترتبة عليه بحيث لا يمكن تحقق الضرر لو لا وجود هذا الفعل فيكون بذلك مختصا لحكم العلاقة القانونية^(٢٥) , فيكون تقدير القاضي المحل الذي حدث فيه الضرر الرئيسي للفعل الضار , في المثال المذكور المحل الذي اصاب فيه المتضرر وكذلك مكان استلام كتاب السب .

الفرض الثالث :- عندما يعرض على قاضي النزاع واقعة تتوزع فيها عناصر الواقعة المنشئة للمسؤولية على اكثر من دولة , أو أن الاضرار قد يشكو منها اكثر من شخص , فقد يتم الفعل الضار في دولة ويحدث الضرر الناجم عنه في دولة اخرى , كتقليد انتاج معين او علامة فارقة في بلد واستعماله في بلد اخر , في هذه الحالة هنا يتوجب ان نفرق بين سلطة القاضي في حالتين :-
الحالة الأولى :- عندما يقدر القاضي ان كل عنصر من عناصر الواقعة عنصر مستقل قائما بذاته , ففي هذه الحال يقوم القاضي بحصر الاختصاص لقانون المكان الذي ظهر فيه كل عنصر^(٢٦) , الحالة الثانية :- هي عندما تكون تلك العناصر مترابطة سببا , في هذه الحال هنا اختلفت آراء الفقهاء في شان سلطة القاضي لحل النزاع .

١- ذهب جانب من الفقه القانون الدولي الخاص الى انه يتوجب تضيق سلطة القاضي التقديرية بالاعتداد بقانون الدولة التي تحق فيها الضرر , وهذا ما تبناه جانب من التشريعات الاجنبية^(٢٧) , وهو ما أخذ به غالبية الشراح في فرنسا , كما اعتمدته الاحكام القضائية منها حكم صادر لمحكمة استئناف باريس بتاريخ ١٨/اكتوبر/لسنة ١٩٥٥ , والتي تتلخص وقائعها ((ان احدى الفتيات تم اغواؤها في البرتغال مما ترتب عليها انجاب مولود في فرنسا فبعد تأكد المحكمة ان الفعل الضار وقع في البرتغال والضرر المطلوب تعويضه تحقق بصفة اساسية في فرنسا)) , مما الزمت القاضي بتطبيق احكام القانون الفرنسي المتعلقة بالمسؤولية عن الفعل الضار^(٢٨) , وكذلك الحال في قرار الصادر لمحكمة الرايخ الالمانية بتاريخ ١٤/١١/١٩٢٩ فضلا عن قرارها الاخر بتاريخ ٢/٥/١٩٠٠^(٢٩) .

٢- بينما ذهب جانب اخر من الفقه الى اعطاء الحق للقاضي في منح الاختصاص الى محل انجاز التصرف الضار (الفعل الخاطيء) , وسار على وفقا لهذا المنهج بعض التشريعات منها القانون الدولي الخاص الهنغاري سنة ١٩٧٩ في المادة (٣٢/١) حيث نصت على ان (مسؤولية الضرر... تقرر

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة وإطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

بموجب القانون النافذ في وقت ومكان القيام بهذا الفعل او الامتناع عنه^(٣٠)، والقانون الدولي الخاص النمساوي سنة ١٩٧٨ في مادته (٤٨/١) نصت (دعاوى الاضرار غير التعاقدية تحكم طبقا لقانون الدولة التي وقع السلوك الخاطئ المسبب)^(٣١).

٣- اما الاتجاه الاخير من الفقه فعمد الى اعطاء الحق للقاضي باختيار القانون الاصلح من بين القانونين (قانون محل انجاز التصرف , او قانون محل وقوع الضرر), اما على صعيد التشريعات المؤيدة لهذا الاتجاه منها القانون الدولي الخاص الالمانى الصادر ١٩٨٦ في المادة (٤) في الفقرة الثانية منها^(٣٢), وبالرجوع الى احكام التشريعات العربية في هذه المسألة وبالأخص المادة (٢١) مدني مصري^(٣٣), لوجود تقارب بين احكام قانونه والمادة (١/٢٧) مدني عراقي, الا انه مما يلاحظ الحال واحدا فالمدتين المشار اليها سالفًا, لم تتضمن صراحة على طريقة معينة ليستعين بها القاضي لغرض التوصل الى القانون الواجب التطبيق في ظل توزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول, وهذا هو حال غالبية القوانين المقارنة^(٣٤), وهذا يعني ان المشرع العراقي ترك المجال مفتوح امام القضاء في استخدام ماله من سلطة تقديرية والاجتهاد في كل واقعة على حدا, حسب ظروف ملابسات الدعوى ومن ثم تطبيق القانون الاصلح للمتضررين, وهو قانون محل حدوث الفعل الضار (الخطأ), وهذا ما أكدت عليه المادة (١/٢٧) مدني عراقي, والتي نصت على (ان الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)^(٣٥).

وبذلك الباحث بدوره يتفق مع جانب من الفقه العراقي بانه لا يمكن للقاضي ان يفصل بين عناصر المسؤولية التقصيرية, ويرجح احدى العناصر تحقق الضرر, ويهدر الأخرى, يعد امر غير منطقي, وبالتالي لا ينسجم مع اركان تحقق المسؤولية, لان الاخيرة حتى تتحقق يتوجب توافر ثلاثة اركان وهي (الخطأ, الضرر, الصلة السببية)^(٣٦), وفقا لذلك يفضل ترك المجال مفتوحا للقاضي في استخدام سلطته التقديرية وتطبيق القانون الانفع للمتضرر, ولعل السبب في ذلك يعود الى ان القاضي, وباعتباره طرف محايد مما يحقق عدالة اكثر في الاحكام مراعيًا فيه تحقيق التوازن بين

المصالح المتعارضة للخصوم اي مصلحة مرتكب الفعل الضار وتحقق مصلحته في انه لا يعد مسؤولا عن فعل يمكن ان يعد فعلا مشروعًا وفقا للقانون الذي ارتكب فيه هذا الفعل, فضلا عن تحقق مصلحة المضرور, من خلال انه يكون في استطاعته الحصول على تعويض عادل للضرر الذي اصابه من جهة اخر.

الفرض الرابع :- وهو ان القاضي يواجه صعوبة عند تحديد وتركيز الضرر الادبي على اعتبار ان التعويض الناشئ عن المسؤولية التقصيرية يشمل كلا الضررين, فكيف يقوم القاضي بتقدير القانون المختص على هذا الضرر, علما بانه يمس حقوقا غير قابلة للتركيز الموضوعي بحسب طبيعتها, فغالبا ما يتم المساس بالكيان الادبي عن طريق اعداد مقالات تتضمن الاساءة بالقذف او سب او عن طريق اخذ صور فوتوغرافية للشخص دون اذن مسبق منه, ونشره في

مجلة تطبع في دولة اخرى او عن طريق نشر وقائع تتعلق بحياته الخاصة وذلك من خلال التقنية المتطورة للأجهزة المستخدمة في وسائل الاعلام المختلفة المرئية والمسموعة او المقروءة , هذا وبالإضافة الى ذلك تزداد الصعوبة التي يوجهها القاضي اكثر اذ ما تمت الواقعة في مكان لا يخضع للسيادة الاقليمية لأية دولة , مثال ذلك تصادم سفينتان في عرض البحار العامة او طائرتان في الفضاء الجوي الخارج عن السيادة الاقليمية , فان سلطة القاضي في حل التنازع المتولد عن هذا التصادم ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه يختلف فيما اذ كان التصادم قد وقع في مياه حرة (اعالي البحار او الفضاء الجوي) , غير خاضعة لأية دولة او في دولة اقليمية خاضعة لسيادة دولة اجنبية^(٣٧) , بالإضافة الى ذلك ان التطورات الحديثة التي طرا على (المسؤولية التقصيرية) فالتقدم الكبير في التقنيات والمخترعات في وسائل المواصلات والاتصالات وما تركه ذلك من أثر في ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود متمثلاً بنمو هذه الظاهرة واضطرابها , إضافة إلى ما حصل من تطور في الطبيعة الذاتية للمسؤولية المدنية بشكل عام , واعتبارها ذات وظيفة اجتماعية بالدرجة الأولى فضلاً على ان مقتضيات تامين المعاملات عبر الحدود , وتأكيد الفعالية الدولية للأحكام , كلها تفرض عدم تقييد سلطة القاضي التقديرية بتطبيق القانون المحلي (بمفهومه المكاني) , مادام غير ملائم لحكم المسألة محل النزاع , مما ادى ذلك الى ذهاب جانب من فقهاء القانون الدولي الخاص الى محاولة تحرير القاضي من جمود المبدأ التقليدي , والبحث عن حلول اكثر مرونة بحيث تكون على اشكال عدة تستجيب الى تنوع الفروض والملابسات , التي يمكن ان تنشأ في اطار الالتزامات غير التعاقدية^(٣٨) .

ووفقاً لذلك فقد دعا الفقه الى التوسيع من سلطة القاضي التقديرية , عن طريق تحديد القانون بشأنها بالاستناد الى فكرة (التركيز الاجتماعي) , ولا سيما في مثل هذه الفروض المعقدة , لذلك يبدو من المناسب عدم تقييد سلطة القاضي بتطبيق قانون مكان وقوع ذلك الفعل , بل منح القاضي سلطة بتطبيق قانون آخر يكون أقرب إلى طبيعة العلاقة من القانون السائد في المكان الذي تحقق فيه الفعل الضار من الناحية المادية , نقطة البداية في هذا المجال هي الإبقاء على الاختصاص القانون المحلي كقاعدة عامة , مع فتح المجال للقاضي للخروج عنها بصفة استثنائية بالاستناد على فكرة (التركيز الاجتماعي) لتحديد القانون المختص^(٣٩) , ويقصد بهذا الاخير هو ان القاضي يستخدم سلطته التقديرية بالبحث والتحري عن البيئة الاجتماعية , التي تنشأ وترتبط فيها الوقائع والظروف والملابسات المحيطة بالواقعة المنشئة للمسؤولية , وذلك بالنظر الى ظروف الحال التي احاطت بميلادها والبعد عن التركيز المكاني (الجغرافي) , فلا يجوز الاكتفاء بالاستناد الواقعة الى العناصر المادية لكونها لأتلاءم مع الطبيعة الذاتية والجوهرية المكونة للمسؤولية , لتحديد القانون الواجب التطبيق , بل يتوجب ان يأخذ في الحسبان عوامل ومظاهر اخرنكموطن الاطراف او الإقامة او الجنسية المشتركة^(٤٠) .

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

وقد لقيت فكرة منح القاضي سلطة تقديرية, عن طريق اللجوء لفكرة القانون (المحلي الاجتماعي), ترحيباً من العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص في فرنسا, كما اعتمده مجمع القانون الدولي من خلال ما جاء بتوصيات في دورة انعقاده بمدينة إد نبره عام ١٩٦٩, اما في انكلترا فأشار الكاتب (موريس) الى الاخذ بتطبيق القانون المحلي الاجتماعي في الفعل الضار, متبعاً في ذلك ما استند اليه الكاتب (كان فرويد), ومن التشريعات التي اخذت بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص المجري النافذ من اول يوليو ١٩٧٩, الذي نصت المادة (٣/٣٢) منه^(٤١) والقانون الدولي الخاص النمساوي النافذ اعتباراً من ١/يناير/١٩٧٩ في المادة (٤٨) (٤٢), واستعان القضاء الاتكليزي بتطبيق الفكرة في احكامه^(٤٣), وكذلك الحال في القضاء الامريكي في قضية (Babcock V. JACKSON) لعام ١٩٦٣^(٤٤), فضلاً عن التطبيقات القضائية في فرنسا التي رحبت بالأخذ بهذه الفكرة^(٤٥).

أما بشأن موقف القانون العراقي, فالملاحظ فيه أن المشرع كما قد اوضحنا من خلال نص المادة (١/٢٧) من القانون المدني, انه اكتفى بإيراد قاعدة عامة, الا انه يمكن ان نستنتج من خلال الصياغة القانونية للنص وبالأخص الفقرة الثانية من المادة اعلاه, التي منحت للقاضي الحق بتطبيق قانونه الوطني في حالة كون الواقعة على علاقة بقانونه, اما اذ لم ترتبط فانه يفضل تطبيق القانون الملائم للقاضي يستخدم ماله من سلطة, لغرض التوصل الى القانون المختص والذي يستنتجه من خلال عدة قوانين, يعينه ويعطي الاولوية لقانون الدولة التي توجد بينها وبين الواقعة روابط وثيقة حسب ظروف كل واقعة وملابساتها, فسلطة القاضي هنا لا تتقيد بتطبيق القانون المحلي, وانما له الحق بتطبيق اي قانون سواء كان (قانون الموطن او الجنسية او موقع المال او اي قانون اخر), يراه ملائم حسب قناعته لحل النزاع^(٤٦), ويتفق الباحث مع ما ذهب اليه الفقه في الاخذ بهذا الرأي لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الغير تعاقدية, والسبب في ذلك يكمن في كونه لا يمكن تطبيق نص المادة (٢٧) مدني عراقي بطريقة (الية), والا لكان القاضي اداة صماء يطبق النص على الواقعة من دون ان يكون له سلطة تقديرية فيه, ومن جهة اخرى من خلال استعراضنا للضوابط, لاحظنا بان لها الافضلية في بعض الفروض دون البعض الاخر الا انه لو قمنا بتوحيد هذه الاحكام لخرجنا بأفضل الحلول, ولأبتم ذلك الا من خلال منح القاضي السلطة التقديرية لتطبيق أفضل الحلول التي يراها ملائمة اكثر للواقعة في ضوء سلطته.

اما بشأن الاتفاقيات الدولية فقد كان اعتناقها لمبدأ سلطة القاضي في تطبيق القانون المحلي بمفهومه الحديث اي (المفهوم الاجتماعي), من تلك الاتفاقية هي اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية (المدنية) عن حوادث الطريق والمعمول بها في فرنسا في (م/٤ و٦) و(م/٥) منها في اتفاقية لاهاي بشأن المسؤولية عن المنتجات^(٤٧), وكذلك اخذ بمفهوم الحديث اتفاقية روما/٢, والصادر عن البرلمان والمجلس الاوربي بتاريخ ٢٢/٧/٢٠٠٣^(٤٨), فقد نص في المادة (٣/٣) على انه: (اذا تبين من مجموع الظروف ان الجريمة تنطوي على روابط جوهرية اكثر وثوقاً

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

بدولة اخرى , ولا يوجد رابطة ذات دلالة بين هذه الجريمة والدولة التي يطبق قانونها بمقتضى الفقرتين (١-٢) , فان قانون الدولة الأخرى هو الذي يجب تطبيقه^(٤٩), وما جاء في الاتفاقية الخاصة بتوحيد الاحكام الناشئة عن التصادم البحري لعام ١٩٧٧ حيث نصت المادة (٤) منه على (عندما يقع التصادم في المياه الإقليمية او في البحر الاقليمي للدولة , فان قانون تلك الدولة هو الذي يطبق , وعندما يقع التصادم خارج المياه الإقليمية , فان قانون الدولة التي ينظر النزاع امام محاكمها هو الذي يطبق)^(٥٠), من خلال الصياغة المرنة للنصوص التي يمكن ان نستنتج منها انها منحت للقاضي الحق في ان يستخدم ماله من السلطة التقديرية بهدف التوصل الى معرفة القانون الواجب التطبيق , من خلال عدة الاعتبارات الواردة في النصوص , واختيار القانون الاكثر ملائمة من بينها^(٥١).

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على سلطة القاضي التقديرية في اطار تقدير العمل غير المشروع

في الواقع تبنى قانون المرافعات المدنية الخطأ في تطبيق القانون, سببا الى نقض الحكم المطعون فيه , وهو ما يشكل اللبنة الرئيسية في الرقابة التي تفرضها المحكمة العليا على منطقة التكييف بقرار الحكم , وفي العراق فان المحاكم الوطنية المختصة هي محكمة التمييز , ذات الصلاحية في رقابة الاحكام القضائية عموما .

لاستيعاب إبعاد الموضوع سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين سنبيين في الاول : اختلاف التشريعات في فكرة الرقابة القضائية , والثاني : سنوضح فيه الرقابة القضائية على سلطة القاضي في ظل تقدير عناصر العمل غير المشروع .

المطلب الاول

اختلاف التشريعات في فكرة الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي

مما يلاحظ في العراق ان المشرع العراقي لم يحدد وظيفة (محكمة التمييز), بالاستناد الى التمييز بين مسائل الواقع والقانون , فتارة يلاحظ ان الرقابة تتعلق بالمسائل الاجرائية دون الموضوعية, اي بمعنى انه لايمكن للمحكمة ان تباشر نشاطها على واقعة الضرر وتقتصر فقط على المسائل القانونية والتسليم بالتالي , بالوقائع التي اثبتتها محكمة الموضوع , دون ان يكون لها اي ولاية على هذا الجانب باعتبارها هيئة قضائية عليا لتدقيق الاحكام على اساس ان الاسباب المحددة قانونا لتقديم الطعن بجانب القانون من الدعوى دون جانب الواقع استنادا لنص المادة (٢٠٣) مرافعات^(٥٢) , مسابير في ذلك موقف

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية
العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

المشرع المصري الذي كان اكثر وضوح في هذا الشأن , من خلال اتفاق جمهور الفقه على ان اسباب الطعن يمكن ردها جميعا الى مخالفة القانون , ولذلك فإن وظيفة محكمة النقض المصرية هي تدقيق الاحكام المطعون فيها , فهي لا تتناول فهم الوقائع ولا تقديرها لاستنباط الحكم منها لان ذلك من اختصاص محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض فيها^(٥٣) , ولكن المشكلة في قانون المرافعات المصري تكمن في نص الفقرة (٤) من المادة (٢٦٩) , والتي تعطي صلاحية لمحكمة النقض بالتصدي للفصل في الموضوع , اذا ما قررت نقض الحكم وكان الموضوع صالحا للفصل فيه او كان الطعن للمرة الثانية وهدف ذلك هو الاقتصاد في الاجراءات وسرعة البت في الموضوع .

اما على صعيد التشريعات العربية فقد اتبعت الامر ذاته حيث عدتها هيئة قضائية عليا لتدقيق الاحكام على اساس ان الاسباب المحددة قانونا لتقديم الطعن بجانب القانون من الدعوى دون جانب الواقع , ومنها المشرع اللبناني أشار إلى ضرورة أن يتضمن استدعاء النقض أسباباً تكون ضرورية للطعن في المادة (٧١٨) , يقابلها في المضمون ذاته نص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية الجزائي الصادر بالأمر ٦٦-١٥٤ بتاريخ ١٩٦٦/٧/٨ , كما ذهب الى ذلك نص المادة ٤/١٩١ من قانون أصول المرافعات المدنية الأردني رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل بموجب قانون رقم ١٤ لعام ٢٠٠١ .

وهذا هو حال التشريعات الاجنبية فقد اعتمد الامر نفسه من قبل القضاء الفرنسي من خلال عد محكمة النقض الفرنسية مختصة بالفصل في المسائل القانون دون الواقع طبقاً للمادة (٦٠٤) مرافعات , بالنص على ان سلطة محكمة النقض تتعلق بالرقابة على الاحكام التي تنتهك قواعد القانون^(٥٤) , محددة الطعن بالنقض بخمسة اسباب امام محكمة النقض الفرنسية وهي ((١- مخالفة القانون (Violation) delaloi ٢- عدم الاختصاص (absence de competence) ٣- تجاوز السلطة (Excess de Provo ٤- مخالفة الاجراءات الشكلية (Violation des formalities)

٥- تناقض الاحكام (contradictories de judgments) , وهو ما اكدته احكام القضاء^(٥٥) , كما ظهر هذا الامر بشكل واضح من خلال قرار صادر لمحكمة التمييز الفرنسية (في قضية الإمبراطوري الإيرانية فرح (ديبا) في مواجهة ايام فرنسا التي نشرت لها صور تبرز جوانب من حياتها الخاصة , كان الطعن قد وجه الى محكمة الاستئناف على اعتبار ان المحكمة اخضعت الواقعة للقانون الفرنسي وهو مكان الذي تحقق فيه وقوع التعرض , في حين اعتبرت ان الواقعة متعلقة بالحالة الخاصة وبذلك يتوجب تطبيق القانون الشخصي , الا ان محكمة التمييز بعد التدقيق والاطلاع على واقعة الدعوى قضت برفض الدعوى , واعتبار الحكم صحيحا , على اعتبار ان مكان وقوع الفعل نفسه في حين اخضعت اثاره وشروطه الى القانون الشخصي)^(٥٦) , في حين عد القانون الاتكليزي الرقابة جزء من عملية الاستئناف , وهنا يتم التمييز بين نوعين من جلسات الاستماع في محكمة الاستئناف (استعراض , وإعادة سماع كاملة) , استنادا لنص المادة ٥٢ القسم ١١ من قواعد الإجراءات المدنية لعام ١٩٩٨ التي تنص على (أن الاستئناف ينبغي أن يكون دائما استعراض , ما لم تكن هناك ظروف جديدة "لمصلحة

العدالة"، تجعل إعادة سماع كاملة للدعوى، وهنا المحكمة لديها سلطة واسعة لتقرر ما إذا كان استعراض، وإعادة سماع كاملة (مع ظروف كل حالة يلعب دورا كبيرا في القرار)، كما ان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في ان يأمر او يرفض طلب الاحكام الخاصة في قضية مدنية كما في الدعوى القضائية ضد شركة سكيدمور المتعلقة بالأضرار الناتجة عن الاصابات التي تلقاها بالتيومور واهوليو في العمل بالسكك الحديدية في الولايات المتحدة الامريكية لعام ١٩٤٨^(٥٧).

بينما في تارة اخرى نلاحظ ان المشرع العراقي عاد و اشار من خلال نصوص المواد (٢٠٩)^(٥٨)، (٢١٤) مرافعات مدنية^(٥٩)، بعد محكمة الموضوع تراقب مسائل الواقع ومسائل القانون في الحكم المطعون فيه وتتصدد للفصل في واقعة النزاع، ومن خلال الجمع بين نصوص المواد (٢٠٣) و (٢٠٩) و (٢١٤) مرافعات عراقية، يلاحظ ان موقف المشرع العراقي مضطربا ولا يمكن معه ان نتلمس معيار فاصل ممكن الرجوع اليه لتحديد موقفه من وظيفة محكمة التمييز بالاستناد الى الاساس التمييز بين الواقع والقانون، فهي تعد هيئة قضائية عليا لتدقيق الاحكام لتدقيق الاحكام من ناحية القانون، ولا دخل لها بمسائل الواقع استناداً لنص المادة (٢٠٣)، ونص الفقرة (١) من المادة (٢٠٩) مرافعات هي محكمة الموضوع وتراقب مسائل الواقع ومسائل القانون في الحكم المطعون فيه، وتتصدد للفصل في الموضوع استناداً لنص الفقرة (٢) من المادة (٢٠٩) ونص المادة (٢١٤) مرافعات، وهذا أمر غير مقبول حيث يعد مشكلة خطيرة لمخالفته مبدأ التقاضي على درجتين فنظر الموضوع لا يكون الا امام محاكم الدرجة الاولى ثم الثانية، اما محكمة التمييز فهي تقرر أو لا تقرر تطبيق قرار محكمة الدرجة الاولى او الثانية للقانون، وليس من وظيفتها اذا نقض الحكم ان تتصدى بنفسها للفصل في الموضوع^(٦٠).

من خلال ما تقدم نستنتج بان محكمة التمييز في العراق تهتم بالحكم الصادر من اخر درجة وهو موضوع للرقابة تتفحص جوانبه القانونية بالإضافة الى جوانبه الموضوعية، لذلك فان المشرع العراقي لم يميز بين مسائل الواقع والقانون، تطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في قرارها المؤرخ ١٩٦٦/٤/٢٥ (الى ان محكمة الموضوع بنت حكمها بالزام المدعي عليه بالمبلغ المدعى به... دون ان تطلع على سند الدعوى، وبذلك ولان عدم اطلاع المحكمة على سند الدعوى وربطه يجعل الحكم غير مستند على بيينة قانونية، ومن بعد يكون الحكم مستندا على حكم القاضي، وهذا غير جائز مما يقتضي نقض الحكم)^(٦١).

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على سلطة القاضي في ظل تقدير عناصر العمل غير المشروع نظم المشرع الفرنسي^(٦٢) والمصري^(٦٣)، والعراقي^(٦٤)، قواعد المسؤولية عن الفعل الغير مشروع وسواء كان الفعل الضار الذي نتج عنه الضرر قد وقع عمدا ام نتيجة اهمال او تقصير، وفيما يعد مشروعا او غير مشروعا فالمسؤولية التقصيرية في التشريع العراقي تتطلب ثلاثة عناصر لقيامها هي)

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

صدر خطأ من مرتكب الفعل, والضرر كنتيجة له, والعلاقة السببية بينهما^(٦٥), أما بشأن القانون الانكليزي فلم يوجد مبدأ عام يحددها لكونه يخضعها لنظام السوابق القضائية. وما دمنا قد سلمنا ابتداءً بفرضية أن القضاء سوف يبسط رقابته على هذه السلطة, إلا أننا نتساءل هنا كيف يمارسها القضاء في ضوء تقدير عناصر العمل الغير مشروع, لذا اقتضى الأمر أن نعالج هذا الموضوع في ثلاث فروع أولها نخصه لنتناول الرقابة القضائية على سلطة القاضي التقديرية في ظل تقديره لركن الضرر, والثاني يركز على سلطة القاضي في ظل تقدير ركن الخطأ, أما الأخير فيقتصر على سلطة القاضي في ظل تقدير لركن العلاقة السببية الموجب للمسؤولية التقديرية.

الفرع الأول

الرقابة القضائية على سلطة القاضي في ظل تقدير ركن الضرر

القاضي إذا ما عرضت عليه الواقعة المتنازع بشأنها, يقوم بتكييفها والمقصود بالتكييف هنا هو التكيف الأولي ذاك الذي يؤدي إلى تسمية قاعدة الإسناد المختصة, ويرجع القاضي في ذلك لقانونه الوطني لأن تحديد الوصف القانوني لمسألة معينة يتوقف عليه تحديد القانون المختص, وبذلك يخضع تكييف المسألة المعروضة أمام القضاء الوطني للقانون العراقي إعمالاً لنص المادة ١٧ من القانون المدني الذي يقضي بأن (يكون القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة وتحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه)^(٦٦), فالقاضي هو المسؤول عن عملية تكييف العلاقة تمهيداً لأعمال القانون الواجب التطبيق, وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء العراقيين بقوله إن القاضي في العراق هو المسؤول عن التكييف دون الخصوم ويشير إلى أن السند القانوني الذي يستند إليه هو نص المادة الأولى من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩, والتي نصت على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)^(٦٧), فضلاً عن المادة ١٧ من القانون المذكور, أما التكييف اللاحق فهو يدخل في صلب موضوع النزاع, ومن ثم فهو يحكم بموجب القانون المختص نفسه. فالقاضي عندما يقدر واقعة الضرر من أجل التوصل إلى حل الواقعة المعروضة أمامه, يتوجب عليه مراعاة مبدأ الحيادية أو ما يسمى (بمبدأ حياد القاضي), الذي يقصده إن القاضي يقتصر دوره على تفحص ما يدلي به الخصوم فيما يتعلق بموضوع الواقعة ويعطيها القيمة التي منحها لها القانون, وعدم المساس بالوقائع التي عرضها الخصوم احتراماً لمبدأ المواجهة^(٦٨), وامتناعه عند تأسيس حكمه على وقائع لم يثرها الخصوم ولم تثبت في أوراق ضبط الجلسات وهذا ما نصت عليه المادة ١٠ من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل نص على (أنه يجب أن تكون الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائزة قبوله)^(٦٩), وإلى هذا الأمر نصت المادة (١/٧) مرافعات فرنسي^(٧٠), وبذلك فهذا المبدأ يرتكز على معطين حق الخصوم في تحديد نطاق موضوع الواقعة المتنازع بشأنها,

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التصديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

والتزام القاضي بما حدده الخصوم من موضوع الواقعة , فالأصل ان يحدد الخصوم موضوع الواقع^(٧١) , الا انه من خلال الرجوع الى نصوص المواد لتحديد ما المقصود بموضوع الدعوى فانه يتحدد بوقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي واسانيدها , كما نص المشرع العراقي على ذلك^(٧٢) , وبوقائع الدعوى وطلبات المدعي واسانيدها , في ظل قانون المرافعات المصري^(٧٣) , وبالادعاءات الواردة في طلبات المدعي والمدعى عليه, في ظل قانون المرافعات الفرنسي^(٧٤) , ويلاحظ ان المشرع الفرنسي اشار الى ذلك بشكل واضح على مسائل الواقع , بهدف التمييز بين الواقع والقانون وهذا ما نصت عليه المادة ٣٠ مرافعات فرنسي^(٧٥) , بينما القانون العراقي , والمصري لم يحدد موقفه بشكل صريح من الامر , فان سلطة القاضي تحدد بالنسبة للواقع , بالرجوع الى ما عرضه الخصوم في الادعاءات النهائية او ما يسمى " بالطلبات الختامية " , فلا يعتد القاضي الا بالوقائع التي تصلح اساساً للادعاء " الوقائع المنتجة " , وبالوقائع التي تقدم قبل ختام المرافعة , و الا تعرض الحكم للفسخ او النقض , كما ان المشرع العراقي الزم قاضي الموضوع بتحري الوقائع لاستكمال قناعته بوجودها^(٧٦) , ولكن لا يعد تدخلاً في الواقع استبعاد القاضي لبعض عناصر الواقع او افتراض وجودها , لان القاضي عندما يحدد الواقعة المنتجة لا يقوم بذلك بشكل تحكيمي , وانما يستند الى دليل قانوني يستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون^(٧٧) , وكذلك فإن القاضي يملك الاعتداد بوقائع في الدعوى حتى اذا لم يثيرها الخصوم ولم يتمسكوا بها بصفة خاصة لتأييد ما يدعونه استناداً لنص الفقرة (٢) من المادة (٧) مرافعات فرنسي^(٧٨) , وتعد الفقرة المقدمة اشارة لتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة بالنسبة للوقائع , حيث سمح له المشرع بالاعتداد بالوقائع حتى اذا لم يتمسك بها الخصوم لاعتقادهم بعدم اهميتها على الرغم من انها قد تكون قاطعة الدلالة في حسم القضية المعروضة , وفي المقابل يتفق كل من القانونين العراقي والمصري بمنح القاضي سلطة تقديرية لا جل التوصل للحل العادل عند السير في اجراءات الدعوى فيحق له استدعاء أي شخص لتقديم تفسير واستيضاح حول واقعة يرى انها ضرورية لحل النزاع^(٧٩) , وهذا هو حال القانون الفرنسي طبقاً لنص المادة (٨) مرافعات فرنسي^(٨٠) , ويباشر القاضي هذه السلطة اذا تبين له ان الوقائع المثارة من قبل الخصوم في القضية مبهمة وغير واضحة , فيحق له دعوة الخصوم لتقديم الايضاحات حول النقاط القانونية التي يرى انها ضرورية لحل النزاع استناداً لنص المادة (١٣) مرافعات فرنسي^(٨١) , اما بشأن موقف القانون الانكليزي فانه منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره لوقائع الدعوى , من حيث (أدلة الإثبات , وهيئة المحلفين او من حيث الاستماع الى شهادة الشهود واختيار مصداقيتهم وخبرتهم , ووضوح أو غموض الخبرة المقدمة , فضلاً عن تفحصه لمصادر القانون الواجب التطبيق التي أشار إليها الخبراء , دون التقيد بها وللقاضي تفضيل شهادة خبير على آخر عند تضارب آراء الخبراء , وله أن يرفض شهادات جميع الشهود او توصله إلى استنتاجات خاصة , وكما لا يتقيد بالشهادات وإن كانت غير متناقضة)^(٨٢) , الا انه اذا تبين ان الشاهد قدم شهادة يعلم انها غير صحيحة فوصفها القانون بانها جريمة شهادة زور يعاقب عليها , وهو ما ظهر في قضية

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

(Owen) الا ان المحكمة قضت بانها كانت بدوافع طواها النسيان, كما يستطيع القاضي الإنكليزي أن يستبعد الخبير تلقائياً^(٨٣), إذا وجد إن الخبير غير مؤهل للقيام بهذه المهمة, وهو ما سار عليه القضاء الإنكليزي استناداً لنص المادة ٤ فقرة ١ من قانون الإثبات الإنكليزي عام ١٩٧٢^(٨٤), كما يجيز للمحكمة (أن تستبعد الأدلة ذات الصلة إذا به تأثير ضار محتمل يفوق بكثير قيمتها الإثباتية), وهو ما أكدته احكام القضاء^(٨٥), كما يحق للقاضي فضلاً عن ذلك وبناء على اقتراح الخصوم او من تلقاء نفسه والسبب وجيه ان يأمر بإجراء المحاكمة من قبل هيئة محلفين في أيمن القضايا, وكذلك يجوز له السماح لأي شخص بالتدخل في عمل المحكمة باعتبار تدخله ضرورياً للفصل في حقوق الاطراف الاصلية, من دون ان تكون ملزمة بالأخذ به في تقدير الحكم استناداً لنص المادة (٢٤) من قانون القواعد الاتحاديّة للإجراءات المدنية الإنكليزي لعام ١٩٩٨, كما انه للقاضي في حالة تأخر المرافعة عن عشرة ايام من الموعد النهائي في المحكمة فيحق للقاضي "وفقاً لتقديرها" ان يأمر بمحاكمته امام هيئة المحلفين في اي من القضايا استناداً لنص المادة ٣٨ من القانون المذكور^(٨٦).

وبناء على ذلك فتكليف القاضي للمسائل الموضوعية المتمثلة بواقعة الضرر ينصب على وصف الضرر هل محقق حال او بانه محتمل الوقوع^(٨٧), وفي جميع الحالات يعتد القاضي بالضرر المحقق الذي الحق بالمضور وقت صدور الحكم القضائي^(٨٨), فضلاً عن قيامه بتحديد نوعه فيما اذ كان ضرر مادي ام ادبي الوقائع الدعوى, تمهيداً لا دراجها في طائفة من الطوائف القانونية التي تشير الى القانون الواجب التطبيق, فهو ربط بين الواقع والقانون, وهو ما سار اليه القانون الإنكليزي^(٨٩), وكل من القانون المدني الاسترالي, والكولومبي, واليابان, والولايات المتحدة الامريكية^(٩٠), لان القاعدة القانونية في الحقيقة هي ثمرة للقاء بين الواقع والقانون.

الا ان التكليف في نطاق المسائل الاجرائية يختلف فهي تنصب أساساً على النظم القانونية Legals "systems" كنظام التقادم والإثبات, كما قد ينصب التكليف على القواعد القانونية ذاتها لبيان هل تنظم مسألة إجرائية كالقواعد المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي ولأوراق الإجراءات فالتكليف في مجال الإجراءات لا يهدف إلى الخيار بين قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق, بل يحدد نطاق التطبيق الضروري لقانون القاضي^(٩١).

وعندما يقوم القاضي بتكليف الواقعة فانه يمزج الواقع بالقانون لذا فان خطأ القاضي في تكليف واقعة الضرر يعد اساءة بالغة يرتب عليه خطأ في تطبيق القانون المختص مما يجوز الطعن به تمييزاً^(٩٢), مما يخضع بشأنه للرقابة من قبل المحكمة العليا, لأنها تعد مسألة قانونية, وبالتالي فان تعد اساءة بالغة يخضع بشأنه للرقابة من قبل المحكمة العليا, اما عندما يقوم بتقدير عنصر الضرر ومداه تعد مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع, الا ان تعين هذا الضرر وذكره في الحكم او ذكر العناصر المكونة له والتي على اساسها يقدر القاضي التعويض الموجب للمسؤولية فإنها تعد من المسائل القانونية التي تسيطر عليها محكمة التمييز لان هذا التعيين يعد من قبيل التكليف القانوني للواقع^(٩٣), اما

عندما يقوم بتقدير عنصر الضرر ومداه تعد مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع , الا ان ذكر هذا الضرر في الحكم , او ذكر العناصر المكونة له , والتي على اساسها يقدر القاضي التعويض الموجب للمسؤولية , فأنها تعد من المسائل القانونية التي تسيطر عليها محكمة التمييز , لان هذا التعيين يعد من قبيل التكييف القانوني للواقع^(٩٤) .

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على سلطة القاضي في ظل تقدير ركن الخطأ

بما ان محكمة التمييز العراقية تبسط رقابتها على الاحكام فيما يتعلق بجوانبه القانونية فضل عن الموضوعية استنادا لنصوص المواد (٢٠٣), (٢٠٩), (٢١٤) مرافعات , وبذلك (فإنها تمد سلطاتها وتفرض رقابتها على سلطة القاضي التقديرية , وهو في صدد تقديره للخطأ في مسائل القانون والواقع التي يثبتها قاضي الموضوع , حتى تتحقق من صحة استنباط الخطأ من هذه الوقائع), على العكس من محكمة النقض المصرية تبسط رقابتها على الاحكام فيما يتعلق بجوانبه القانونية دون الواقع طبقا للمادة (٢٤٨) مرافعات , لذا صرحت بقولها اذ ما عرضت الواقعة على القاضي فأول عمل يقوم به التفريق بين تقدير الواقعة في ذاتها حيث وصفت (تحقيق حصول الفعل او الترك من الامور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ولا معقب لتقديره , وبين التكييف القانوني لهذه الواقعة بانها خطأ او غير خطأ حيث عدتها مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض)^(٩٥) .

مما يستلزم من قاضي الموضوع ان يبين العناية التي يتوجب على المتسبب في الضرر بذلها فاهملها , والتي على اثرها تحقق الضرر الموجب للمسؤولية حتى تتمكن الجهات المختصة بالطعن في صحة استنباطها, وهو ما اكدته محكمة التمييز العراقية لعام ١٩٨٩^(٩٦) , وكذلك الحال في قرارها الاخر المؤرخ ١٩٨٢/١٠/١٩^(٩٧) , فالدعوى اذن مشمولة بنص المادة/ (٢٣١) مدني التي تقضي بمسؤولية من كانت تحت تصرفه الاشياء , مالم يثبت انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوعها^(٩٨) , وهذا ما اعتمده التطبيق القضائي^(٩٩) .

وفي حالة ارتكاب الفعل الضار عدة اشخاص اصبحوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر , دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك والمتسبب استنادا للمادة ٢١٧/١ مدني عراقي^(١٠٠) , كما تأكد من خلال قرار لمحكمة التمييز العراقية المؤرخ ١٩٨٢ حيث قضت فيه (في حالة تعدد المسؤولين في العمل غير المشروع يكونون متضامنين في التزامهم , بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الاصلي والشريك)^(١٠١) , اما الفقه والقضاء الفرنسي استقر بإتكاره التضامن بين المسؤولين لاعداد الاساس التشريعي للتضامن في القانون الفرنسي ومع ذلك يسأل المسؤولين عن الخطأ تجاه المضرور بالتعويض استنادا للمسؤولية المجتمعة لا على اساس المسؤولية التضامنية^(١٠٢) , وبعد انتهاء القاضي من تكييف الواقعة وتوصله للحكم يتوجب ذكره للعناصر السالفة الذكر مع ذكر الاسباب اتخاذ هذا القرار , والا كان الحكم معيبا يتعرض للنقض^(١٠٣) .

كما ان القاضي يخضع لرقابة المحاكم العليا في شان تحديده للأسباب التي ينتفي بموجبها عنصر الخطأ كالدفاع الشرعي والضرورة وامر الرؤساء.. الخ^(١٠٤), وهو اعتمده احكام القضاء^(١٠٥) كما يحق للقاضي فضلا عن ذلك استبعاد تحقق عنصر الخطأ اذ كان اطراف الدعوى يتمتعون بحصانة القضائية للدولة الاجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين والقنصليين امام القضاء الوطني لدولة اثار النزاع^(١٠٦), وهو ما سارت عليه محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٣٠/٨/٢٠١٢م^(١٠٧), اما على الصعيد الجنائي فلا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه او غيره او ماله او مال غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب هو فيه عمداً , ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى^(١٠٨).

الفرع الثالث

الرقابة القضائية على سلطة القاضي في ظل تقدير ركن العلاقة السببية

حتى تقوم دعوى المسؤولية عن (الفعل الضار) , لا يكفي لتحقيق توافر ركني الضرر , والخطأ (التعدي) , بل لابد فضلا عن ذلك توافر ركن اخر يتمثل بوجود ركن (العلاقة سببية) بين الضرر والخطأ , فلا مجال لا قرار القاضي المسؤولية التقصيرية , الا بعد التحقق بان الضرر كان نتيجة للفعل الضار , مما يستوجب على مدعي التعويض اقامة الدليل على توافرها , كما يتوجب على القاضي عند صدور الحكم ان يذكر هذا الركن في حكمه , والا كان الحكم معيبا مما يترتب عليه النقض , وقد جرت محكمة النقض الفرنسية على نقض جميع الاحكام التي لم تذكر توافر علاقة سببية مشيرة بجعل لنفسها فوق ذلك حق الرقابة على تقدير هذه العلاقة^(١٠٩), اما القانون المصري^(١١٠), فقد حذا حذوها حيث قضت مرارا بان ارتباط الخطأ بالضرر الناشئ عنه يلزم من ارتكبه بالتعويض عنه , وبذلك نستنتج من خلاله موقفه بانه حدد أركان المسؤولية بشكل اكثر وضوح فاشتراط لقيام المسؤولية والالتزام بالتعويض يكون ثمة خطأ سبب للغير ضررا فضلا عن ضرورة توافر ركن السببية بينهما , والتي تعد من المسائل القانونية يخضع القاضي فيها عند تقديرها لرقابة من قبل محكمة النقض^(١١١), اما المشرع العراقي فكان مع اتجاه تحقق رقابة محكمة تمييز على سلطة القاضي التقديرية في مسائل الواقع والقانون^(١١٢), وهو ما اعتمدهم خلال احكامه القضائية^(١١٣).

كما يحتفظ القاضي بحقه في استبعاد تطبيق القانون الاجنبي عندما ينص على تقدير قيمة التعويض لا تتناسب مطلقا مع الضرر على اساس انها تتعارض مع النظام المشار اليه سالفا^(١١٤), وقد سار على هذا المنهج محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ ٧ نوفمبر ١٩٦٧^(١١٥), فضلا عن القرار الصادر لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣٠ ايار ١٩٦٧, وفي قرار اخر لمحكمة استئناف باريس لعام ١٩٦٤ (حيث استبعدت المحكمة المذكورة تطبيق القانون الالمانى لكونه لا يقدر تعويض عن الاضرار الادبية هذا ما يتعارض مع النظام العام للقانون الفرنسي)^(١١٦).

فاذا ما ثبتت مسؤولية فاعل الضرر فانه يتوجب على القاضي ان يلزمه بالتعويض , الا ان القاضي له سلطة تقديرية في تقدير الاخير , اخذ في اعتباره توزيع المسؤولية بين فاعل الضرر والمضروب وفقا لنص المادة / ٢١٠ مدني عراقي^(١١٧), وهو ما اكدته احكام القضاء^(١١٨), وفي حالة كون المضروبين اكثر من شخص يحق لكل واحد المطالبة بصورة مستقلة بحقه في التعويض , كما يجوز لهم رفع دعوى مشتركة واحدة يحكم القاضي بالتعويض لهم^(١١٩), الا انه في بعض الاحيان تحصل وفاة المضروب بعد الحادثة مباشرة فان حق رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض ينتقل الى الورثة خلفه العام في الضرر المادي مباشرة , اما الضرر الادبي فالحق لا ينتقل فيه الى الخلف المضروب , الابدع تقديره قضاء او اتفاقا, وهذا ما نصت عليه الفقرة ٣ من المادة (٢٠٥) مدني عراقي^(١٢٠), يقابل ذلك المادة (٢٢٢) من القانون المصري , وهو ما اخذت به احكام القضاء من خلال قرار صادر عن محكمة تمييز العراق لعام ١٩٨٨ الذي قضت فيه (يستحق والد الطفل الذي توفي نتيجة صعقه بالتيار الكهربائي , تعويض ادبيا ومبلغا اخر عن مصاريف الدفن والقاتحة , كما تستحق والدته تعويضا ادبيا هي الأخرى , اما اشقاءه فلا يستحقون اي تعويض اذ كانوا قاصرين)^(١٢١), وقرار اخر صادر لنفس المحكمة الذي قضت فيه (الحكم بالتعويض المادي عن الاضرار التي تصيب الجسم او المال عما يصيب العاطفة والشعور او الكرامة او الشرف او السمعة او المركز الاجتماعي او الاساس المالي ويدفع التعويض المادي لمن كان يعيلهم المتوفي وحرما من الاعالة بسبب وفاته)^(١٢٢), فمن احدث الضرر يعد مسؤولا عن تعويض الاشخاص الذي يعيلهم المصاب في حالة القتل والوفاة بسبب الفعل الضار^(١٢٣), والباحث بدوره لا يفضل الاخذ بما ذهب الفقه في هذا الشأن , ويرى كان الاجدر من المشرع العراقي ان يتابع السير في الاتجاه الذي سلكته محكمة النقض البلجيكية لعام ١٩٣٠ , ومحكمة النقض الفرنسية لعام ١٩٤٣ التي عملت على المساواة بين الضرر المادي والضرر الادبي من حيث انتقال الحق للمطالبة بالتعويض الى ورثة المضروب دون قيد او شرط , فالمدعى عليه باعتبار المسؤول يكون ملزما بالتعويض لجبر الضرر .

الخاتمة

- نخلص من خلال كل ما تقدم الى جملة استنتاجات نوردها على النحو التالي :-
- ١- ان السلطة التقديرية هي سلطة تقديرية فحسب , ولا توصف بأية اوصاف فمن غير الممكن ان توصف بانها مطلقة دون قيود لأنها تأتي بتحويل من المشرع , كما انه لا تنتفي هذه السلطة لمجرد تقيدها بالغاية الموضوعية من النشاط لان ارادة المشرع هي التي تحقق هذه الغاية .
 - ٢- توصلنا الى ان سلطة القاضي مقيدة في كل عمل قضائي , ولكن في الوقت نفسه لأيمن عد القاضي اداة صماء يطبق النص على الواقعة من دون ان يكون له سلطة تقديرية فيها , الا ان نطاق هذه السلطة متباين اتساعا وضيقا باختلاف طبيعة واقعة النزاع المعروضة امامه, فيما اذا كانت مسائل واقع ام قانون .
 - ٣- لأتوجد سلطة تقديرية فحسب, اذا الاصل ان العمل القضائي مقيد باعتبار القاضي يجب عليه ان يبين الاساس فضلا عن الاسباب التي استند عليه في هذا التقدير, والا عد خطأ يعرض الحكم للنقض من قبل الجهات المختصة بالطعن .
 - ٤- ترتب على النتيجة الثالثة ان الرقابة القضائية لأتمارس على سلطة القاضي التقديرية لان الرقابة القضائية هي رقابة غير مباشرة تتم عن طريق رقابة عناصر هذا النشاط الذهني وبالتالي هي ليست رقابة على رأي القاضي من حيث النتيجة التي انتهى اليها , وانما على طريقة تكوين هذا الرأي , لغرض التأكد من تحقيق القاضي للأهداف المحددة له في القانون وفقا للتعليمات والقواعد الموضوعية بقصد اكتشاف نقاط الضعف والاختفاء بهدف علاجها وتفادي تكرارها .
 - ٤- كما توصلنا الى ان المادة ٢٠٤ من القانون المدني العراقي حددت عناصر المسؤولية عن الفعل الضار عندما نصت على (كل من يصيب الغير باي ضرر ... يستوجب التعويض) بينما رجع المشرع واخذ بوجود تحقق الخطأ حتى تتحقق المسؤولية بموجب النص المادة (٤٠٦) من مشروع القانون المدني لسنة ١٩٨٦ نهج في شأن بيان اركان المسؤولية التقديرية الناشئة عن الفعل الضار المنهج نفسه المتبع في التشريع المصري .
 - ٥- ان الرقابة القضائية واسعة تمتد في العراق رقابة المحاكم العليا (محكمة التمييز) لتستفحص الحكم الصادر من اخر درجة جوانبه القانونية بالإضافة الى جوانبه الواقعية , لذلك فان المشرع العراقي لم يميز بين الواقع والقانون استنادا لنصوص المواد (٢٠٣), (٢٠٩), (٢١٤) مرافعات , خلاف لمحكمة النقض المصرية فهي تبسط رقابتها على الاحكام فيما يتعلق بجوانبها القانونية طبقا لنصوص المواد (٢٤٨) , (٢٤٩) مرافعات , وهذا هو حال محكمة النقض الفرنسية استنادا لنص المادة (٦٠٤) مرافعات .

الهوامش

(١) - انظر نص المادة (١/١٣٣) من القانون الدولي الخاص السويسري (عندما يكون للفاعل والمتضرر موطن مشترك على وجه الاعتقاد في دولة واحدة فان المطالبات المؤسسة على العمل الغير مشروع خاضعة لقانون هذه الدولة).

(٢) - انظر نص المادة (٤٥/٣) من القانون المدني البرتغالي حيث نصت بانه (اذ كان فاعل الضرر والمتضرر لهما جنسية واحدة ... فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية المشترك او قانون الموطن المشترك).

(٣) - انظر نص المادة (٢/٤) من اتفاقية روما المعدلة حيث نصت على انه (اذ كانت الإقامة المعتادة لمرتكب الجريمة والشخص المضرور توجد في دولة واحدة وقت ارتكاب الجريمة فان القانون الواجب التطبيق يكون قانون هذه الدولة).

(٤) - انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٧ مدني عراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٥) - انظر د. اميد عثمان , القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التصديرية, مصر , القاهرة , ٢٠١١, ص ١١٠ هامش فقرة ١ منه.

(٦) - انظر د. هشام علي صادق , القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين ط٣, منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٧٤,

(٧) - وجاء بالنص الفرنسي :

((les parties peuvent , après la surrance de l'evenement d'onnant lieu a un rapport d'obligation))

(٨) - وجاء بالنص الفرنسي

poster ieurement a lacteou ale venenmentge ne rateur du dommage , les ((parties..))

(٩) - وجاء بالنص الفرنسي ٢٣

((les parties peuvent choisir La loi applicable a l'obligation non contractuelle par une...))

(١٠) - انظر د. حسن الهداوي , تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص , مطبعة الارشاد , بغداد , ١٩٦٧, ص ١٩٥.

(١١) - انظر نص المادة (١/٢٧) مدني عراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(١٢) - يقابل ذلك القانون المدني السوري (م١/٢٢) والقانون الاردني (م١/٢٢), وقانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي الكويتي في المواد (٦٦-٦٧) والقانون المدني الليبي (م١/٢١) وقانون المعاملات المدنية الاماراتي (م١/٢٠) وقد تبنت بعض التشريعات العربية مبدأ اخضاع الالتزامات الغير تعاقدية لقانون القاضي كالقانون المدني اليمني الصادر لعام ٢٠٠٢ حيث نصت (م٣١) منه (يرجع في ضمان ما ينشأ عن فعل غير تعاقدية وقع في الخارج للقانون اليمني).

(١٣) - انظر نص م (١/٩) مدني اسباني (9-Non-contractual obligations shall be governed by the law....).

(١٤) - انظر نص م (٤٥/١) مدني برتغالي (1-Non-contractual liability, whether based on an unlawful..)

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

(١٥) - انظر قرار صادر لمحكمة النقض الفرنسية في قضيتي (لوتور كأتونوي) في الاول من حزيران بتاريخ ٢٥ ايار سنة ١٩٤٨, والثاني بتاريخ الاول من حزيران سنة ١٩٧٦, للتفصيل انظر د. هشام صادق, مصدر سابق, ص ٣٤٨.

(١٦) - راجع نص هاتين القاعدتين بالقانون الانكليزي, د. ممدوح عبد الكريم حافظ, القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن, ط ١, دار الحرية للطباعة, بغداد, ١٩٧٣, ص ١٣٤.

(١٧) - انظر د. ممدوح عبد الكريم, المصدر السابق, ص ٣٢٤.

(١٨) - تنص المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة على ان :

Laloi applicable est La Loiinternele L Etatsur Le territoireduqual accident esksuervenu). (

-وللمزيد من التفصيل يراجع نصوص الاتفاقية على شبكة المعلومات الدولية على العنوان التالي :

http://h cch .e-vision -ntindex -fx.php)):act= conventions .tex\$cid=(\$1 Lastvisited) ,

: (Laloi applicable est La Loiinternele L Etatsur Le territoireduqua le..) (ولاحظ نص م ٤/١ من الاتفاقية المذكورة :

http://hcch .e-vision -nl-index-fx.phponventions .tex 8cid-84 lastvisited). على الموقع التالي :

(١٩) - يقابلها من التشريعات العربية كل من القانون المدني والاردني والسوري والليبي, والمادة (٢٥/أ) من قانونتنازع القوانين الخاصة بالمسائل المدنية والتجارية رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ البحراني, اما على صعيد التشريعات الاجنبية فقد سار ايضا كل من القانون المدني الياباني, والقانون الانكليزي, حيث قرر اخضاع الفعل الضار للقانون المحلي, كما انها اوردت قيد باشرطها ان يكون الفعل غير مشروعاً وفقاً لقانون هذه الدول عندما يقع الفعل في الخارج ويراد مسائلة مرتكبه امام احد هذه الدول, وفي المقابل سار كل من القانون الدولي الخاص البولوني لسنة ١٩٢٦ في م/٣١, والقانون المدني الايطالي في م ٢/٢٥ يقرر خضوع الالتزامات غير التعاقدية للقانون المحل دون اي قيد او شرط, انظر د. هشام صادق, مصدر سابق, ص ٥١١, في حين جاء قانون الاصدار الالمانى بمبدأ خاص من نوعه لمصلحة المواطنين الالمان فقط حيث نص في المادة (١٢) على انه (عدم جواز مطالبة الالمانى الذي يرتكب عملاً غير مشروع في الخارج بتعويض يزيد عما هو مقرر في القانون الالمانى), انظر د. فراس كريم البيضاني, القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري, رسالة ماجستير, بابل, ٢٠٠٠, ص ٩١.

(٢٠) - انظر د. فراس كريم شيعان, المصدر السابق, ص ٣٢.

(٢١) - انظر د. غالب علي الداودي, القانون الدولي الخاص, تنازع القوانين, ط ١, دار الثقافة, عمان, ٢٠١١, ص ٢٣١.

(٢٢) - راجع المادة (٣٨) من مشروع القانون المدني العراقي, انظر د. اميد عثمان صباح, مصدر سابق, ص ٦٧.

(٢٣) - انظر المادة ٣٧٧ من مجموعة Restatement, للتفصيل انظر د. هشام صادق, مصدر سابق, ص ٢٥٤.

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

(٢٤) - كما سار القضاء الجنائي العراقي طبقاً للمادة (٤٢٨) من مشروع قانون المدني العراقي على (يكون الضرر مباشراً اذا كان نتيجة طبيعية للفعل الضار، ويعد الضرر نتيجة طبيعية اذ لم يكن في استطاعة المتضرر ان يتوقاه ببذل (جهد معقول) ويقابلها المادة (١/١٢١) من التقنين مصري ولاحظ المادة ٢٠٧ مندي عراقي يقابلها ٢٢١ مندي مصري، اشار اليه د. جبار صابر طه، اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، جامعة صلاح الدين ١٩٨٤، ص ٣٢٩، كما سار عليه القضاء الفرنسي انظر د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٢٥٤، ولاحظ قرار ١٩ مايو ١٩٦٦ طعن رقم ٣١٠ سنة ٣٢ ق، اما قانون الموجبات اللبناني فخرج عن تقاليد اللاتينية اخذ بعين الاعتبار الاضرار غير المباشرة طبقاً م ٤/١٣٤، اما على صعيد القوانين الانكلوسكسونية فقد اعتدوا بنظرية (السبب الفعال) يعرفونه بين السبب المباشر وغير مباشر) انظر د. سليمان مقرس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط ٥ - المجلد الثاني - القاهرة - ١٩٨٨ - ص ٤٦٨، اما في القانون الانكليزي فيأخذ بقانون المكان الذي اكتمل فيه الفعل الضار وهو ما سارت عليه محكمة استئناف الانكليزية في جورج مونرو لعام ١٩٤٤ المدعى عليهم ينتجون منتوجاتهم في امريكا والمدعون هم الانكليز يوزعون البضاعة في انكلترا، ولقد حصل ضرر لمزارع انكليزي في ارضه وربح الدعوى، ان بيع هذه المنتوجات لم يرافقه تحذير من قبل الشركة في امريكا لأنه في الحقيقة مكان حدوثه، وليس اهمية لمكان تحمل الضرر وبالتالي قضت المحكمة المعنية بالقانون الامريكي لان المصنع لم يضع تحذير، انظر د. مصطفى كامل ياسين، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، ص ٢٩٥

(٢٥) - انظر د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص ١٩٧

(٢٦) - انظر د. سامي بديع، مصدر السابق، ص ١٩٨.

(٢٧) - من ذلك القانون الدولي الخاص الالمانى لعام ١٩٨٦ في (م ١/١٧) والمادة ٢/٤٥ من القانون المدني البرتغالي، والقانون الدولي الخاص المجرى لعام ١٩٧٩ (م ٢/٣٢)، والقانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ (م ٢/٢٥).

(٢٨) - للتفصيل حول هذه القضية انظر د. أميد صباح عثمان، مصدر سابق، ص ٨٠، ولاحظ قرار لنفس المحكمة ١٩٦١/٦/١٢، وحكمها نقض فرنسي ١٩٣٧/٢/٨ انظر د. هشام صادق ومصدر سابق، ص ٣٥٥.

(٢٩) - انظر د. سامي بديع، مصدر سابق، ص ٣٢٥، وهو ما سارت عليه المحاكم الامريكية للتفصيل حول القرارات اكثر انظر المؤلف د. أميد صباح عثمان، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٣٠) - انظر نص المادة (٣٢/١) من القانون المدني الهنغاري باللغة الانكليزية ((

The liability for damage inflicted outside of a contractual relationship shall be determined by= the law controlling at the time and place of the tortuous act or omission)).

(٣١) - انظر نص المادة (٤٨/١) من القانون الدولي الخاص النمساوي باللغة الانكليزية:

((Non-contractual damage claims shall be judged according to the law of the stste in which the damage causing conduct occurred)).

(٣٢) - انظر د. أميد صباح عثمان، مصدر سابق، ص ٨٤، ولاحظ لنفس المعنى د. غالب الداودي، مصدر سابق،

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

(٣٣) - انظر المذكرة الايضاحية للنص المادة في القانون المصري تنص (النص لم يتعرض للخلاف المستحكم في الفقه والقضاء من اجل تحديد قانون البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام عند تعدد عناصر الواقعة بل ترك الامر لاجتهاد القضاء) , انظر د. فراس كريم البيضاني , مصدر سابق , ص ١٠٠ .

(٣٤) -ويقابلها نص المادة (٢٢)مدني اردني , والمادتين (٦٦-٦٧) مدني ليبي , والمادة (٢٠) من قانون المعاملات الاماراتي .

(٣٥) - انظر نص المادة (١/٢٧) مدني عراقي

(٣٦) - انظر د. فراس كريم البيضاني , مصدر سابق , ص ١٣٠ .

(٣٧) -انظر د. أميد صباح عثمان , مصدر سابق , ص ٨٨ .

(٣٨) - انظر د. غالب الداودي ,مصدر سابق , ص ٢٣٢ , ولاحظ د. أميد صباح عثمان ,مصدر سابق , ص ٩٤ ومابعدها .

(٣٩) -انظر د. محمد الحاج حمود- القانون الدولي للبحار - مناطق الولاية الوطنية- مطبعة الاديب- بغداد- ١٩٩٠ , ص ١٠٧ .

(٤٠)- د. عبد الرسول الاسدي , القانون الدولي الخاص , مصدر سابق , ص ٣٠٣ .

(٤١) - انظر نص المادة (٣/٣٢) من القانون الدولي الخاص المجري نص على انه (عندما يكون موطن كل من فاعل الضرر والشخص المضرور في دولة واحدة فان قانون تلك الدولة يكون هو الواجب التطبيق).

(٤٢) - انظر نص المادة (٤٨) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ (اذ وجدت مع ذلك بالانسبة للأطراف , رابطة قوية مع قانون دولة واحدة اخرى فيكون هذا القانون هو المطبق) د. أميد صباح عثمان , مصدر سابق , ص ١٢٦ .

(٤٣) - انظر المؤلف الدكتور: J.H.C. Morris: The conflict of laws, stevens and sons limited, London, 1984., p.268-270.

(٤٤) -انظر:

Morris j.H.G., Cases in Private Internation Law,4 ed,: London,1968,P308. —Morris,conflict of laws op.cit,p.294. (٤٥) - انظر :

J.H.C

(٤٦) - انظر د.سه ركه وت اسماعيل هه ورمي , الحقيقة التقديرية دراسة تحليلية في الاثبات المدني , كلية القانون , دار الكتب القانونية , مصر , الامارات , دار الكتب القانونية , ٢٠١٢ , ص ٩٨ , ولاحظ ميثم فليح حسن , ميثم فليح حسن , طبعة قاعدة الاسناد, رسالة ماجستير كلية القانون - جامعة بابل ٢٠٠٩ , ص ١٧ ومابعدها .

(٤٧) - انظر د. هشام علي صادق ,مصدر سابق , ٢٩ ومابعدها, ولاحظ د. أميد صباح عثمان , مصدر سابق, ص ١٢٥ ومابعدها , ولاحظ استاذ ميثم فليح , مصدر سابق , ١٨ ومابعدها .

(٤٨) - انظر عامر علي صاحب ,تنازع الاختصاص القانوني في عقود الاستثمار الاجنبي ,رسالة ماجستير جامعة بابل , ٢٠١١ , ص ٥٧ .

(٤٩) - انظر د. أميد صباح عثمان, مصدر سابق , ص ١٢٧ الى ١٢٨ .

(٥٠) - انظر الاتفاقية المذكورة (toutfoisil re suttee de lensemble des circonstancesquundiltpresente de liensbstantiellement plus e

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التصديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

broitsovecunavtrepuyssetqu it n existe ...des paragraphes (1,2) laloidecetautrepuy
applique un lien substantiellement plus troit avec un auterpayspeutsefonder no
tamment sur un relation pre existante..))

(٥١) - انظر د. فراس كريم شيعان ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٥٢) - انظر نص المادة (٢٠٣) مرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل حيث نصت على انه ((للخصوم ان يطعنوا تمييزاً، لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو البداية ، او محاكم الاحوال الشخصية ، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداية كافة))، وذلك في الاحوال الاتية "١- اذا كان الحكم قد بني على مخالفة القانون او خطأ في تطبيقه او عيب في تأويله ٢- اذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص ٣- اذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم ٤- اذا صدر حكم يناقض حكماً سابقاً صدر في الدعوى نفسها بين الخصوم انفسهم أو من قام مقامهم وحاز درجة البتات ٥- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري" ، يقابلها (٢١٦) مرافعات عراقي ، ثم المواد التي تليها تناولت مفرده أسباب الطعن في المواد (٢١٠، ٢١٢، ٢١١) .

(٥٣) - انظر نص المادة (٢٤٩) مرافعات مصري .

(٥٤) - انظر نص المادة (٦٠٤) مرافعات فرنسي بأصله الفرنسي

.Art (604): ((.Le pourboire end cassation tends a faire censurer par la court de cassation la non conformities du judgment quill antique aura les de droit Vat. 975. 984. 9989).

(٥٥) - انظر د. منصور حاتم حسين ، ود. هادي حسين الكعبي ، الاثر الاجرائي بين الواقع والقانون لتحديد وصف محكمة التمييز (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، جامعة بابل ، العدد الثاني ، السنة السادسة ٢٠١١ ، ص ٨٣ .

(٥٦) - انظر د. فراس كريم شيعان البيضاني ، مصدر سابق ص ٨٥ .

(٥٧) - تتلخص وقائعها اقام دعوى قضائية بالتيمور واهايو ضد شركة سكيديمور عن الاضرار نتيجة الاصابات التي تلقاها بالتيمور واهايو في العمل للسكك الحديدية في الولايات المتحدة الامريكية، وعندما طلب المتهم من القاضي الذي يرأس في المحاكمة أمام هيئة محلفين لتقديم خمسة الاحكام الخاصة للجنة التحكيم ، لكنه رفض. بعد حكم بالتعويض مقداره \$٣٠،٠٠٠ ضد الشركة سكيديمور، ناشد السكك الحديدية، وتشكو من فشل المحكمة في تقديم الاحكام الخاصة ، وكتب القاضي جيروم فرانك للمحكمة "قاضي المقاطعة الاتحادية ، تحت سيادة، كامل التقدير غير المنضبط في هذه المسألة. وبناء على ذلك ، نحن لا يمكن أن نرى أن القاضي أخطأ عندما حكم وهنا، لأي سبب من الأسباب كان ، وقال انه يرفض مطالبة حكماً خاصاً ، انظر المؤلف الدكتور Maurice Rosenberg, Judicial Discretion Of The Trial Court, Vol. 22 No. 3, Published Quarterly, 1971., P.634

(٥٨) - انظر نص المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي ((١- تنظر المحكمة المختصة بنظر الطعن في الطعن بأجراء التدقيق على اوراق الدعوى دون ان تجمع بين الطرفين ولها ان تتخذ أي اجراء يعينها على البت في القضية ، ٢- للمحكمة المختصة بنظر الطعن عند الاقتضاء ان تدعو الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي ترى لزوم الاستيضاح عنها ، ولها ان تأذن بتقديم بيانات أو لوائح جديدة)) .

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحليم للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

- (٥٩) - انظر نص المادة (٢١٤) مرافعات مدنية عراقية على انه ((اذا رأَت محكمة التمييز نقض الحكم لمخالفته للقانون او للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه ، وجب عليها ان تفصل فيه ...)) .
- (٦٠) - انظر في تفصيل ذلك - د احمد مليجي - اختصام الغير وادخال ضامن في الخصومة المدنية - ط ٢ - مكتبة
- دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ١٩٥ ، وانظر قرار محكمة النقض المصرية - الطعن رقم ٧٩٨ لسنة ٦٩ القضائية / جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨ والطعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٦٨ القضائية / جلسة ١٩٩٩/١١/١٤ والاذان نصا على ((التقاضي على درجتين مبدأ اساس من مبادئ التنظيم القضائي لتعلقه بالنظام العام ...)).
- للتفصيل حول ذلك اكثر انظر د . احمد السيد الصاوي - نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية. دار النهضة العربية .كلية الحقوق ، القاهرة ، بدون سنة ، ص ٢٨٤ .
- (٦١) - انظر القرار لمحكمة تمييز العراق المرقم ٩٦٦ في ١٩٦٦/٤/٢٥ - غير منشور .
- (٦٢) - نظم القانون المدني الفرنسي المسؤولية عن الفعل الشخصي في م(١٣٨٢، ١٣٨٣) اما المسؤولية عن فعل الغير وفعل الجوامد وفعل الحيوان في المواد (١٣٨٦، ١٣٨٥، ١٣٨٤) فرنسي .
- (٦٣) - المشرع المصري نظم المسؤولية عن الفعل الشخصي م(١٦٣-١٧٢) ، (١٧٣، ١٧٦ ، ١٧٧) عن فعل الغير والجوامد والحيوان ، اما الدول الاشتراكية منها اليمن نظمت في النصوص (١٧١٥ ، ١٧٢٣ ، ١٧٢٧) فعل شخصي ، الاشياء ، البناء للتفصيل انظر د. جبار صابر طه ، مصدر سابق ، ص ٧٥٧ .
- (٦٤) - انظر في القانون المدني نصوص المواد ١٨٦ الى ٢٣٢ .
- (٦٥) - انظر القرار اثار اليه د. أميد صباح عثمان ، مصدر سابق ، ص ٦٧٨ هامش فقرة (٣) .
- (٦٦) - يقابلها نص المادة ١٠ مدني مصري ، ونص المادة ٩ مدني جزائري ، ومادة (٣) من قانون تنازع القوانين بشأن المسائل المدنية والتجارية البحراني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ .
- (٦٧) - انظر د. ضياء شيت خطاب ، بحوث في دراسات قانون المرافعات المدنية الجديد ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ص ٣٥١ ، ولاحظ قرار محكمة التمييز العراق في الهيئة الموسعة الأولى لرقم ٢١١ لسنة ٩٨١-٧-٢٥ تاريخه ١٩٨١-٧-٢٥ (ان تكليف الواقعة مسالة قانونية لا يتقيد فيها القاضي بتكليف المدعي لان المدعي قد يخطا في تكليف دعواه جهل او يتعمد تكيفا دعواه خاطئ للوصول الي غرض يريد) ، اشار اليه بمجلة القضاء ، الاعداد الاول والثاني والثالث والرابع ، السنة ٩٨١-٥٣٤، الا ان الأمر مختلف في ظل قانون المرافعات الفرنسي رقم ١٢٣ لسنة ١٩٧٥ فذهب الفقه باعطاء الحق للخصوم بتكليف الوقائع بشرط وجود اتفاق صريح وواضح باعطاء الخصوم الحق في تكليف دعواهم ومطابقة او موافقة الحق المتنازع بشأنه للقانون هذا ما نص عليه المادة ١٦ مرافعات فرنسي واعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تصحيح التكليف الخاطئ والمادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الألماني والتي مضمونها (... ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم ببيانه) ، كما سار القضاء حيث ذهبت المحكمة العليا في ميونخ في حكم صادر لها في ٢٥ شباط عام ١٩٥٢ انظر حسنين الموسوي ، تفسير القانون الاجنبي ، رسالة ماجستير ، جامعة بابل ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٥ ، اما في ظل القانون المصري فقد اتجه القضاء الى اتباع المنهج نفسه المتبع من قبل القانون الفرنسي حيث جاء في احكامها لا يتقيد القاضي بما جاء في تكليف الخصوم للوقائع واعطى الحق للقاضي في تصحيح التكليف الخاطئ

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

فلا يجوز ان نستخلص من مجرد تمسك الخصوم بنصوص) انظر د. احمد السيد الصاوي, مصدر سابق ص ٤٢

(٧٨) - انظر نص الفقرة (٢) من المادة (٧) مرافعات فرنسي والتي تنص :

((..... Parma les elements du debate, I judge pet render end consider action meme les fait quells parties n' aren't pas special mint involutes an soutane de . leers pretentions))

(٧٩) - انظر نص المادة (٤/٦٩) مرافعات عراقي , يقابلها نص المادة (١١٨) مرافعات مصري .

(٨٠) - انظر نص المادة (٨) مرافعات فرنسي والتي تنص على انه (سلطة القاضي في دعوة الخصوم لتقديم تفسيراتهم وايضاحاتهم حول واقعة يرى انها ضرورية لحل النزاع) .

(٨١) - انظر نص المادة (١٣) مرافعات فرنسي .

: Art (13) : ((Le juge pet inviter les parties a Fournier les: explications de droit quill esteem necessaries a la solution du litigant)) .

(٨٢) - ففي قضية عرضها احد الخصوم من احكام محاكم ولاية نيويورك بعد اطلاعه على ما قدمه الخصوم من وقائع ومعلومات عن القانون الامريكي مما دفع المحكمة الانكليزية لرفض ما تقدم به الخصوم , انظر د. ممدوح عبد الكريم حافظ, مصدر سابق , ص ١٣٦ .

(٨٣) - لكون القاضي الانكليزي من حيث الاصل لا يستطيع ان يستبعد الشاهد في الدعوى من تلقاء نفسه , ما لم يعترض أحد من الخصوم على شهادته , انظر حسنين الموسوي , مصدر سابق , ص ٨١ .

(٨٤) - انظر د. محمد وليد المصري , الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص , دار الثقافة مصر ٢٠١١, ص ٣٢٤

(٨٥) - فيحق للمحكمة ان تستبعد إلزامية أو اختيارية الأدلة وهو ما اكدته احكام القضاء من خلال قضية ضد لونغ في ولاية اوريغون المتعلقة بالحكم "السرعة عن بعد" مما كان ينبغي أن يسمع شهادة الشهود في قضية السيارات الاصطدام للأدلاء بشهادته فيما يتعلق بسرعة السيارة المدعى عليه عند نقطة عن اثني عشر ميلا من الحادث , وبعد الحكم على المدعي والمدعى عليه تبين الحكم بأنه خطأ. فيما أيدت المحكمة العليا في ولاية أوريغون حكم محكمة الموضوع على أساس أن "مقبولية الأدلة من السرعة مرحلة تقع ضمن محاكمة تقدير المحكمة " طبقا للقاعدة ٤/٣ , المتعلقة بعلاج استبعاد إلزامية أو اختيارية من الأدلة ذات الصلة على أساس من الارتباك والتحيز أو مضيعة للوقت وحداتها (ب) من المادة بعنوان "استبعاد المستقل" , انظر المؤلف الدكتور الانكليزي :

Maurice Rosenberg, Judicial Discretion Of The Trial Court p.634 .

(٨٦) - انظر المؤلف الدكتور

TOM GINSBURG, Bounded Discretion in International JudicialL, VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW INTERNATIONAL JUDICIAL LAWMAKING, [Vol. 45:3, 2005 p538 .

(٨٧) - انظر نص المادة (٤٢٩) من المشروع المدني العراقي (غير النافذ) .

(٨٨) - حتى ولو كان بعضها مجرد اضرار احتمالية وقت وقوع الفعل الضار فليس للقاضي ان يستبعد ضررا محققا وقت فصله في الدعوى بحجة انه كان مجرد ضرر احتمالي وقت وقوع الحادث , وللتفصيل انظر د. أحمد

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق للحل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقابية والتقصيرية، منشأة المعارف، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ٤٤ ص فقرة (١).

(٨٩) - فالقاضي الانكليزي هنا يطبق القانون الانكليزي، وأساس ذلك هو افتراض مطابقة أحكام القانون الأجنبي لأحكام القانون الانكليزي وعلى المدعي إثبات عكس ذلك انظر، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

(٩٠) - انظر حسنين الموسوي، مصدر سابق، ص ١٣٧.

(٩١) - انظر المواد (٢٨) مدني عراقي، و(٣٣) مدني يمني، و(٢٢) مدني مصري.

(٩٢) - انظر خير الدين الامين، السلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور، مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد ١٥، العدد ٢، ٢٠٠٨، ص ٨٣٠.

(٩٣) ويترتب على كون التكييف من مسائل الواقع او القانون اثار قانونية وهي خضوع التكييف للرقابة باعتباره مسألة قانونا اشار اليه د. سه ركه اسماعيل، مصدر سابق ص ١٠٩-١١٠ مع الهوامش.

(٩٤) - انظر د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٩٥) - انظر د. أميد صباح عثمان، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٩٦) - التي تتلخص وقائعها (اذا سقطت من السيارة الكهربائية التي كان راكبا فيها في مدينة العباب وادى الحادث الى وفاته وثبت ان هذه السيارة تتطلب عناية خاصة لتلافي ضررها غير ان المسؤول لم يبذل هذه العناية ولم يتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر) انظر قرارها ٥٧/موسعة أولى /١٩٨٩/ مجلة القضاء، عدد (٢)، سنة ١٩٩٠، ص ٢٢٨، كما سار الى الامر نفسه القضاء الانكليزي في قضية أوهايو التي (استغرق تصادم السيارات وجها لوجه ليلا وعندما المتهم قدم أدلة كانت أضواء المدعي ضعيفة وعلى ما يبدو أفتت لجنة التحكيم. على شكل الحكم مكتوبة، بعد إعطاء إجاباتهم على الأسئلة المطلوبة، وأضاف المحلفين: "نحن نؤمن بأن هناك إهمال من جانب كلا الطرفين لهذا الحادث" منح قاضي المحكمة المدعين الحركة لمحاكمة جديدة، قائلا انه يعتقد أن المتهم كان على خطأ، وأن المدعي عليها كانت مهملة وان الأمر كان "ان مسألة الاعتراف بمحاكمة جديدة يبدو مسألة تقديرية لقاضي المحاكمة، ووفقا لذلك نجد محاكم الاستئناف تحترما الصلاحيات تقديرية للمحكمة المحاكمة. انظر المؤلف

الدكتور MAURICE ROSENBERG, JUDICIAL DISCRETION OF THE TRIAL COURT, P.634.

(٩٧) - قضت المحكمة المعنية بتأييد الحكم الصادر عن محكمة بداءة بني سعد والذي يقضي بالزام (المدعي عليه السائق والثانية الشركة ميكانيك دكونستركش الباكستانية)، بالتكافل والتضامن بتأدية المبلغ قدره (٢٧٣٣/٣٠٠) ديناراً للمدعي (ع) نتيجة اصطدام سيارته المرقمة (٢٢١٧) بالسيارة الباكستانية التي كان يقودها المدعي عليه الاول (م) مما الحق بسيارته اضراراً بليغة ولقد قام بتصليح السيارة على نفقته الخاصة بمبلغ قدره (٢٧٩٧) ديناراً، لتشمول الحكم بالفقرة (١) من المادة (٢١٩) مدني، لان النص الزم الحكومة والبلديات والمؤسسات الا التي تقوم بخدمة عامة وكذلك كل شخص يستخدم احدى المؤسسات الصناعية او التجارية بالتعويض عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الخطأ ناشئاً عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم وحيث ان الشركة المميزة هي من المؤسسة التجارية وان المدعي عليه الاول سائق سيارة تسبب في الحادث نتيجة تعديه (تقصيره) كما ثابت من الحكم الصادر من محكمة جنح سعد بعدد ٧٠/ج/١٩٨١ في ١٩٨١/١٢/٢٢ عندما تحول من الجهة المختصة

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحق للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

لسيره إلى الجهة الأخرى وهو خطأ جسيم لا يعفي الشركة التي استخدمته من مسؤوليته وبذلك تكون الشركة المميزة المسؤولة عن الضرر الذي أحدثه سائقها أثناء خدمة لها وان هذا الضرر قدر من قبل الخبير الذي عينته المحكمة لهذا الغرض والذي اعتمدت تقريبا سندا لحكمها المميز لما لها من سلطة تقديرية بموجب احكام المادة (١٤٠/أولا) من قانون الاثبات لهذه الاسباب قرر رد الاعتراضات التمييزية وتصديق الحكم المميز رقم القرار ١٠٦ / مدنية رابعة / ٨٣ / ٨٢ / تاريخ القرار ٨٢ / ١٠ / ١٩ القرار غير منشور .

(٩٨) - ويقابلها المادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي والتي تحكم المسؤولية عن حراسة الاشياء .
(٩٩) - انظر قرار محكمة التمييز العراقية (اذا ثبت ان شركة المدعى عليه لم تتخذ الحيطة والحذر في حفظ المواد الكيماوية الخاصة مما تسبب في وقوع الحريق) لاحظ القرار ٩٨ / موسعة أولى / ٩٠ / مجلة القضاء , عدد (١-٢) لسنة ١٩٩١-٢٢٨ص .

(١٠٠) - يقابلها المادة (١٦٩) مدني مصري بقوله ولاحظ القرار مصر الابتدائية (استئنافي) ٢١ نوفمبر ١٩٢٧ المجموعة ٢٨ / ٦٥ / ٢٩ د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص ١٢٣ فقرة (٢) .

(١٠١) - انظر قرار رقم الاضبارة ١٨٢١ , ادارية / ٨٣ / ١٩٨٢ / مجلة القضاء , سنة ١٩٨١ , ص ٣٩٦ .

(١٠٢) - انظر د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن , تضامن الشركاء في المسؤولية التقصيرية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي , ط١ , منشأة المعارف , الاسكندرية , ٢٠٠٦ , ص ٥٠ .

(١٠٣) - انظر قرار نقض اول نوفمبر ١٩٣٤ مجموعة القانونية ١-٤٨٤-٢٠٤ , د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص ٤٦ هامش فقرة ١ .

(١٠٤) - انظر نص المادة (٢١٣) مدني عراقي رقم (٤١) لسنة ١٩٥١ .

(١٠٥) - انظر القرار مصر الوطنية ٦ ديسمبر ١٩٢٧ المحاماة ١٥-٣٣٧-١٦٩ , ولاحظ القرار نقض فرنسي (جنائي) ٢٤ يونيو ١٩٣٢ غازيت القضاء ١٩٣٢-٢-٣٣٧ , ولاحظ القرار النقض المصري (جنائي) ٢٧ يناير ١٩٤١ المحاماة ٢١-٨٥٢ , وما جاء في قرار محكمة تمييز العراق الاتحادية لعام ٢٠٠٤ قررها رقم ١٨٦٦ جنابات بتاريخ ٢٥ / ٨ / ٢٠٠٤ مجلة الوقائع العراقية العدد ١٧٧٨ ٢٠٠٤ ص ٧١٨ .

(١٠٦) - انظر د. عبد الرسول الاسدي , القانون الدولي الخاص , مصدر سابق , ص ٣٤٦ .

(١٠٧) - حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٠ / ٨ / ٢٠١٢ بنقض الحكم الصادر عن محكمة بداءة الاعظمية والذي قضى بعد الاعتراف بالحصانة القضائية للسفارة الايطالية في بغداد بمناسبة استئجارها لدار مواطنين عراقية من عام ٢٠٠٨ / ٢ / ٢٧ لغاية ٢٠٠٩ / ١٢ / ٣١ وبعد ذلك استمرت السفارة واضع يدها على الدار بموجب نفس عقد الإيجار لغاية ٢٠٠٩ وتشغلها بأثاثها وحراساتها رغم انتقال السفارة إلى المنطقة الخضراء وقد احدثت السفارة اضرارا جسيمة بالدار تقدر اقياما بمليار دينار عراقي لذا طلبنا دعوة المدعى عليه السفير الايطالي اضافة لوظيفته إلى المرافعة والزامه بمبلغ مليار دينار وتحمله المصاريف , وكان الغرض من استئجار الدار اتخاذه مدرسة لأبناء الجالية الايطالية حيث عد تصرف السفارة من الاعمال التجارية لتدخل ضمن حالات التي اوردت في المادة (٣١/ج) اعلام, لمخالفته للقانون لأنه من الثابت ان العقار المستأجر كسفارة وان م(١) من قانون امتيازات الممثلين السياسيين رقم (٤) لسنة ١٩٣٥ نصت على ان (الممثلين السياسيين للدول الاجنبية والاشخاص الذين هم يعتبرون من حاشيتهم وفق التعامل الدولي مصونون عن سلطة المحاكم المدنية في الامور المدنية والتجارية والجزائية) وبذلك فاستئجار السفارة للعقار مشمول بالحصانة ومشمول بالمادة (٣١/أ) المنوه عنها

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحليم للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

اعلاه من اتفاقية افينا للعلاقات الدبلوماسية المصادق عليها بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٦٢ لذا قرر نقض الحكم واعداد الدعوى لمحكمتها للسير فيها , انظر قرار ٢٠١٢/٨/٣٠ العدد ٤٥٠١/الهيئة الاستئنافية/ عقار ٢٠١٢, غير منشور , علما ان محكمة قضاء محكمة تميز استقرت في مناسبات اخرت على تمتع الممثل القنصلي بالحصانة القضائية منها قرار رقم ١٦٤ / الهيئة الموسعة / ٢٠٠٧ غير منشور , كما نظمت العديد من التشريعات الاجنبية الحصانة القضائية منها قانون الولايات المتحدة الامريكية لحصانات السيادة الاجنبية لعام ١٩٧٦ , وقانون المملكة المتحدة لحصانة الدول لعام ١٩٧٨ , كما نصت المادة (١/١٠٥) من ميثاق الامم المتحدة , وكذلك المادة (١٢) من ميثاق منظمة اليونسكو , والمادتين (٦٦-٦٧) من ميثاق منظمة الصحة العالمية , وكذلك وقانون استراليا لحصانات الدول الاجنبية لعام ١٩٨٥ كما نظم المشرع. العراقي احكام الحصانة للمبعوث القنصلي في قانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٦٨ , منشور في مجلة الوقائع العراقية العدد ١٦٨٨ في ١٩٦٩/٢/٢ .

(١٠٨) - انظر نص المادة (٦٣) عقوبات عراقي .

(١٠٩) - انظر د. سلمان مرقس , مصدر سابق , ص ١٠٥ .

(١١٠) - انظر نص المادة (١٦٣) مدني مصري .

(١١١) - انظر - نقض مدني مصري في ١٩٦٧/٦/٢٧ ام احكام النقض س ١٨ رقم ٢٠٩ ص , ولاحظ تمييز دبي في ١٩٩٩/١٠/١٦ م. مجموعة الاحكام . العدد العاشر ٢٠٠٠ م رقم ١٠٢ ص ٦٧٥ وكذلك حكم الاتحادية العليا في ١٩٩٩/٥/١١ م. مجموعة احكام المحكمة الاتحادية العليا السنة ١٢ العدد الاول رقم ٤٧ ص ٤٢٠ , وللتفصيل لاحظ د. سليمان مرقس , مصدر سابق , ص ٤٥٦ .

(١١٢) - لاحظ نص المادة / (٢٠٩) و (٢١٤) مرافعات عراقي لعام ١٩٦٩ معدل .

(١١٣) - انظر قرار محكمة تمييز العراق (حادث انقلاب السيارة عبر الحدود يعود الى عوامل طبيعية وهي سقوط امطار غزيرة , وكون الارض مبتلة , علاوة على الصفة الانزلاقية لشارع وكان المتهم يقود سيارته بسرعة نظامية وادى انقلاب السيارة الى وفاة احد الركاب فان العلاقة السببية تنقطع بين الفعل والنتيجة وبذلك تنتفي المسؤولية الجنائية عن السائق), لاحظ القرار ٨٩٣ , جنائيات أولى , ٨٥-٨٦ , مجلة القضاء , عدد (٤٢٣) , ١٩٨٦ ص ٢١٩ ولاحظ كذلك القرار نقض مدني ١١ يناير ١٩٣٤ الوارد ملخصه في نبذة ٨٠ وايضا ٩ ابريل ١٩٣٦ ملحق القانون والاقتصاد ٦ ص ١٧٦,٣ فبراير ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ٢-٢٤٥-٨٧ ص ١٨ .

(١١٤) - انظر نص المادة (٣٢) مدني عراقي , والمادة (٣٨) مشروع القانون المدني.

(١١٥) - انظر القرار اشار اليه د. أميد صباح عثمان , مصدر سابق , ص ٦٧٨ هامش فقرة (٣) .

(١١٦) - انظر د. سامي بديع , مصدر سابق , ص ٤٨٢ .

(١١٧) - انظر نص المادة (٢١٠) مدني عراقي (يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او لا تحكم به ما اذ كان المتضرر قد اشترك بخطاه في احدث الضرر ..) .

(١١٨) - نقض محكمة تمييز العراق رقم الاضبارة ٩٦٦/٢٣٤ , تاريخ القرار ١٠/٢٤/١٩٦٦ مجلة ديوان التدوين القانوني , عدد ١ , سنة ٦ مطبعة العاني , بغداد , ١٩٦٧ , ص ٢٣٤-٢٣٧ , وللتفصيل حول القضية لاحظ علي ضاري خليل , السبب الاجنبي واثره في نطاق المسؤولية التقصيرية - دراسة مقارنة , رسالة ماجستير , جامعة بغداد , ١٩٩٩ , ص ١٥٦ .

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

(١١٩) - انظر د حسام الدين فتحي ناصف ، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التصيرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٤٩١ .

(١٢٠) - انظر م (٣/٢٠٥) مدني عراقي (لا ينتقل التعويض عن الضرر الادبي للغير الا اذ تحددت قيمته بانفاق او حكم نهائي).

(١٢١) - انظر قرارها ٣٣٤ / موسعة أولى / ١٩٨٨ ، مجلة القضاء عدد (١) سنة ١٩٩٩ ص ١١٥ .

(١٢٢) - انظر قرارها ٢٣٩ / مدنية أولى / ٧٥ - مجلة / ١١ / ١٢ ص ٢٢ .

(١٢٣) - انظر نص المادة (٢٠٣) مدني عراقي .

المصادر

اولا : المصادر باللغة العربية

١- القرآن الكريم

٢- الكتب القانونية العلمية

- ١- د. احمد السيد الصاوي - نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية, دار النهضة العربية كلية الحقوق, القاهرة, بدون سنة .
- ٢- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن, مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية, منشأة المعارف, الاسكندرية, بلا سنة طبع .
- ٣- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن, تضامن الشركاء في المسؤولية التقصيرية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي, ط١, منشأة المعارف, الاسكندرية, ٢٠٠٦ .
- ٤- د. أحمد عبد الكريم سلامة, علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجيا, ط١, المنصورة, ١٩٩٦ .
- ٥- د. احمد عبد الكريم سلامة, التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية دار النهضة العربية القاهرة بلا طبع .
- ٦- د احمد مليجي - اختصاص الغير وادخال ضامن في الخصومة المدنية - ط٢ - مكتبة دار الفكر العربي, القاهرة, ٢٠٠٣
- ٧- د. اميد عثمان, القانون الواجب التطبيق في المسؤولية التقصيرية, مصر, القاهرة, ٢٠١١
- ٨- د. بدران شكيب الرفاعي, عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص, جامعة الموصل, دار الكتب الجامعة, مصر ٢٠١١ .
- ٩- د. جبار صابر طه, اقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر, دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية, جامعة صلاح الدين ١٩٨٤ .
- ١٠- د. حسام الدين فتحي ناصيف, المرونة المتطلبية في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية, دار النهضة العربية, القاهرة, ١٩٩٨ .
- ١١- د. حسن علي الهداوي, تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص, مطبعة الارشاد, بغداد, ١٩٦٧ .
- ١٢- د. سليمان مرقس, الوافي في شرح القانون المدني, في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية, ط٥- المجلد الثاني - القاهرة - ١٩٨٨ .

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقديرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

- ١٣- د.سه ركة وت اسماعيل هه ورمي , الحقيقة التقديرية دراسة تحليلية في الاثبات المدني , كلية القانون , دار الكتب القانونية , مصر , الامارات , ٢٠١٢ .
- ١٤- ضياء شيت خطاب ,بحوث في دراسات قانون المرافعات المدنية الجديد , معهد البحوث والدراسات العربية , القاهرة , ١٩٧٠ .
- ١٥- د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي , القانون الدولي الخاص , بغداد , السنهوري , ٢٠١٣ .
- ١٦- د. غالب علي الداودي القانون الدولي الخاص ,تنازع القوانين ,ط١, دار الثقافة ,عمان , ٢٠١١ .
- ١٧- د. محمد الحاج حمود- القانون الدولي للبحار- مناطق الولاية الوطنية- مطبعة الاديب- بغداد- ١٩٩٠ .
- ١٨- د. محمد فريد العريني , القانون الجوي , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية ٢٠٠٢ .
- ١٩- د. محمد كمال فهمي , اصول القانون الدولي الخاص , الطبعة الثانية , مؤسسة الثقافة الجامعية , مصر , ١٩٨٨ .
- ٢٠- د. محمود لطفى محمود عبد العزيز , التنازع الدولي للاختصاص القضائي , ط١, دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠١٢ .
- ٢١- د. محمد وليد المصري , الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص , دار الثقافة مصر ٢٠١١ .
- ٢٢- د. مصطفى احمد فؤاد , دراسات في النظام القضائي , منشأة المعارف , الاسكندرية , ٢٠٠٧ .
- ٢٣- د. مصطفى كامل ياسين , مذكرات في القانون الدولي الخاص , مطبعة المعارف , بغداد , ١٩٥٢ .
- ٢٤- د. ممدوح عبد الكريم , القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) , دار الثقافة , ٢٠٠٥ .
- ٢٥- د. ممدوح عبد الكريم حافظ , القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن , ط١, دار الحرية للطباعة , بغداد , ١٩٧٣ .
- ٢٦- منصور مصطفى منصور , مذكرات في القانون الدولي الخاص , دار المعارف , مصر , ١٩٥٧ .
- ٢٧- د. نبيل اسماعيل عمر , تسبب الاحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية ٢٠٠٨ .
- ٢٨- د. هشام علي صادق , مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني , منشأة المعارف - الاسكندرية- ١٩٦٨ .
- ٢٩- د. هشام علي صادق , القانون الدولي الخاص , تنازع القوانين , ط٣, منشأة المعارف , الاسكندرية , ١٩٧٤ .

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

٣٠ - د. ياسر باسم السبعواوي, و د. أجياد الدليمي, بحوث ودراسات في القانون الخاص, دار الكتب القانونية, مصر الامارات ٢٠١٣ .

٣ - الرسائل و الاطاريح الجامعية

- ١- حسنين الموسوي, تفسير القانون الاجنبي, رسالة ماجستير, جامعة بابل, ٢٠٠٣
- ٢- عامر علي صاحب, تنازع الاختصاص القانوني في عقود الاستثمار الاجنبي, رسالة ماجستير جامعة بابل, ٢٠١١ .
- ٣- علي ضاري خليل, السبب الاجنبي واثره في نطاق المسؤولية التقصيرية -دراسة مقارنة, رسالة ماجستير, جامعة بغداد, ١٩٩٩ .
- ٤- فراس كريم البيضاني, القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري, رسالة ماجستير, بابل, ٢٠٠٠ .
- ٥- ميثم فليح حسن, ميثم فليح حسن, طبيعة قاعدة الاسناد, رسالة ماجستير, كلية القانون - جامعة بابل, ٢٠٠٩ .

٤ - المقالات والبحوث والمجلات العربية المنشورة

- ١- خير الدين الامين, السلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص, بحث منشور, مجلة جامعة بابل, العلوم الانسانية, المجلد ١٥, العدد ٢, ٢٠٠٨ .
- ٢- منصور حاتم حسين, ود. هادي حسين الكعبي, الاثر الاجرائي بين الواقع والقانون لتحديد وصف محكمة التمييز (دراسة مقارنة), بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية, جامعة بابل, العدد الثاني, السنة السادسة ٢٠١١ .

٥ - الدوريات

- ١- مجلة الوقائع العراقية بخصوص قانون المرافعات المدنية رقم ١٩٦٩, العدد ١٦٩٩ في ١٩٦٩/٢/٢
- ٢- مجلة القضاء, الاعداد الاول والثاني والثالث والرابع, السنة ١٩٨١ .
- ٣- مجلة العلوم القانونية والسياسية, المجلد الخامس, العددان الاول والثاني, ١٩٨٦
- ٤- مجلة الوقائع العراقية بخصوص قانون المرافعات المدنية رقم ١٩٦٩, العدد رقم ٣٧٠٠, ٢٠٠٤ .

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلل للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

٦- الاتفاقيات الدولية

- ١- اتفاقية بروكسل الخاصة بتوحيد بعض الاحكام الموضوعية الخاصة بالتصادم البحري لعام ١٩١٠.
- ٢- اتفاقية وارسو بشأن توحيد قواعد معينة للنقل الجوي الدولي في سنة ١٩٢٩ .
- ٣- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ في شان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنفولات المادية.
- ٤- اتفاقية طوكيو المتعلقة بالجرائم والافعال المرتكبة على متن الطائرة لعام ١٩٦٣ .
- ٥- اتفاقية مونتريال لسنة ١٩٧١ الخاصة بقمع الافعال الغير مشروعة الموجهة ضد امن الطيران المدني .
- ٦- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨ في شان القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري.
- ٧- اتفاقية همبورغ لسنة ١٩٧٨ الخاصة بالنقل البحري .
- ٨- اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ .
- ٩- اتفاقية الامم المتحدة للبحار لعام ١٩٨٢ .
- ١٠- اتفاقية روما للالتزامات غير التعاقدية المعدلة ٢٠٠٧ .

٧- القوانين

القوانين العراقية

- ١- القانون المدني العراقي ذو الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م المعدل .
- ٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ٣- قانون اثبات العراقي ذو الرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ م وتعديلاته لغاية ٢٠٠٠ .
- ٤- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

القوانين العربية والاجنبية

- ١- القانون المدني المصري ذو الرقم (١٣) لسنة ١٩٤٨م.
- ٢- القانون المدني السوري ذو الرقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩م المعدل .
- ٣- قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل .
- ٤- القانون المدني الجزائري ذو الرقم (٧٥-٥٨) لسنة ١٩٧٥م.
- ٥- القانون المدني الأردني ذو الرقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م .
- ٦- قانون الأسرة الجزائري ذو الرقم (٨٤-١١) لسنة ١٩٨٤م.

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

٧- القانون المدني اليمني ذو الرقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م.

٨- قانون الإثبات الإنكليزي عام ١٩٧٢ .

٩- القانون المدني الفرنسي رقم (١١٢٣) لعام ١٩٧٥ المعدل.

١٠- قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٧٥ .

١١- قانون المرافعات الإنكليزي لعام ١٩٧٦ .

١٢- قانون قواعد الإجراءات المدنية الإنكليزي لعام ١٩٩٨ .

٩- المواقع الإلكترونية

١- أنظر اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق المبرمة لعام ١٩٧١

متاح على شبكة المعلومات الدولية على العنوانين التاليين:

- 1- [http://hch.e-vision-ntindex-fx.php-1:act=conventions.tex\\$cid=\\$1](http://hch.e-vision-ntindex-fx.php-1:act=conventions.tex$cid=$1) Lastvisited .
- 2- <http://hch.e-vision-nl-index-fx.phponventions.tex8cid-84lastvisited> .-2

ثانيا - المصادر الأجنبية

أولا - الكتب

1. Pierre Bourel, Les conflits de lois en matiere D obligation exteacontractuelles,preface de-1 y.loussouarn,paris ,1961 .
2. J.H.C. Morris: The conflict of laws, stevens and sons limited, London, 1984.
3. J.H.C. Morris: Dicey and Morris on the conflict of laws, 8th edition, steven and sons limited, London. 1967.
4. Jean Largaier :proedurecivile,Droitjudiciaierprive,sixie me editition,1976.

ثانيا - البحوث

5. Maurice Rosenberg,Judicial Discretion Of The Trial Court,Vol. 22 No. 3, Published Quarterly, 1971.
6. Tom Ginsburg, BoundedDiscretion in International Judicial, Virginia Journal Of International Law International Judicial Lawmaking, [Vol. 45:3, 2005 .

Abstract

The subject Judicial control over the discretion of the judge in the tort liability, play an important and decisive role, this event is owned by the judiciary in the framework of this law that are consistent with the philosophy of the existence of private international law, it is the law is not based on individual and isolation, as a result of the lack of full rationing to deal with all disputes concerning about them which throws all its weight on the judiciary to exercise an important role in this relationship because of its discretion in assessing each case categorize an end, judiciary as a last resort for litigants him to govern justly them and can not be invoked or to decline to do so under the cause blurred text or not existence..

Since the judiciary in general and the resolution, in particular, is not correct on its own, but higher courts monitor the application of the judge to base attribution, as a national legal basis in order not to loose the power and the limits are exceeded by the judge, the latter makes a binding good interpretation and application, whether it is losing sight of the application judge her, despite the availability of conditions applied, or applied automatically without respect for the principles of impartiality of the judge and respect for the rights of the defense or it comes to make a mistake in the application, as a national legal basis, whether to adapt the legal issue in dispute or in the application of attribution officer where properly applied, or in determining the scope of the law ascribed to monitor conditions apply, whether this rule double or single side, whatever the nature of the rights as regulated by the judge erred in that the judgment be set aside for the exhibition.

الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي والمسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص)

العدد الثالث / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

Judicial control over the discretion of the judge in the tort liability

**A Comparative Study in the framework of
private international law**

P.D.Abdul Rasul AbduL Redda

Najat Karim J. A. al-Shammari