السياسة التشريعية الاجرائية لاعمال المصلحة الوقائية

Procedural Legislative Policy for the Exercise of Preventive Public Interest

م.م.اسماء داود سلمان
Asmaa Dawood Salman
Dewan Al-Waqf Al-Sonny
asmadaod754@gmail.com

أ.د. حيدر فليح حسن
Ph. Dr. Haider Falih Hassan
University of Baghdad/ Collge of Law
Dr.haider@colaw.uobaghdad.ed

الملخص

ان العملية القضائية تحتم على القاضي بضرورة تفعيل ملكاته الذهنية والفلسفية من اجل الوصول إلى الحقيقة القريبة من الحقيقة الواقعية ، وهو الهدف الذي تسعى جميع التشريعات الإجرائية إلى تحقيقه .

و من الوسائل التي يلجأ اليها القاضي في اطار القوانين الاجرائية لغرض تحقيق اكبر قدر ممكن من فعالية الإجراءات في اطار الخصومة المدنية، هي (الافتراضي القانوني) وفكرة (الغاية) والتي يواجه من خلالها بعض الصعوبات الفنية التي تتعلق بصياغة بعض القواعد الإجرائية ، أو الصعوبات الواقعية التي تتعلق بتطبيق احكام هذه القواعد.

الكلمات المفتاحية : السياسة التشريعية ، الاجراء ، المصلحة العامة .

Abstract

Judicial proceedings require the judge to activate and employ his intellectual and philosophical faculties in order to arrive at a truth that is as close as possible to factual reality, which constitutes the objective sought by all procedural legislations.Among the means to which the judge resorts, within the framework of procedural laws and for the purpose of achieving the highest possible degree of procedural effectiveness in the context of civil litigation, are the concept of **legal fiction** and the idea of **purpose (teleology)**. Through these mechanisms, the judge confronts certain technical difficulties related to the drafting of some procedural rules, as well as practical difficulties associated with the application of the provisions of those rules.

Keywords: Legislative Policy, Procedure, Public Interest

المقدمة

ان التشريع قائم على مواجهة مشكلات المجتمع المتنوعة من خلال الخطاب الموجه إلى الحاضر والمستقبل، بمعنى انه قائم على الغايات والفرضيات ووضع الحلول المناسبة لها، وهذا قاد الفقه إلى تحليل القاعدة القانونية الى عنصري الفرض والحكم، لذا يمكن القول ان النص الجيد هو ذلك النص الذي يواجه الواقع بأفضل الفرضيات والطرق المحاكية لها.

ان النص التشريعي يعد عصب النظام القانوني او الجسر الذي يصل القاضي من خلاله الى حكم قضائي سليم، والذي يخص المخاطبين بنصوصه من المختصمين، والنص القانوني بوصفه وسيلة يخاطب بها المشرع الناس، انما يستلزم صياغته صياغة واضحة وسليمة وبعيدة عن الغموض والتعقيد اللغوي .

ان اعمال المصلحة العامة الوقائية لا يقف عند ظاهر النص التشريعي، بل يتعدى ذلك ليشمل ادوات وافكارا

تشريعية اراد المشرع الاجرائي ان تكون اساساً تشريعياً ثابتاً. ومن الافكار التي استعان المشرع بها لامكانية تفعيل المصلحة الوقائية خدمة للصالح العام هي فكرة الغاية من التشريع وفكرة الافتراض.

اهمية البحث: تتبع اهمية السياسة التشريعية الاجرائية من خلال الوظيفة التشريعية المتمثلة في اصرار القواعد العامة المجردة (قوانين) منظمة لسلوك الافراد في المجتمع، والتي تنص على حقوقهم وواجباتهم، فهي بهذا تخاطب كافة افراد المجتمع، فبلتزمون بها ويطبقونها، حيث تشير الى المبدأ القانوني الذي يحدد الغرض او الهدف الذي يسعى اليه القانون بتحقيق قضاء عادل وعاجل يحقق اهدافهم وغايتهم التي يسعون اليها.

مشكلة البحث: ١- عدم وجود تنظيم تشريعي ونظرية عامة شاملة لفكرة (الغاية) وهذا يعد قصوراً ونقصاً تشريعياً لابد من معالجته.

٢- ندرة الدراسات الفلسفية المتخصصة في اطار القوانين الاجرائية خصوصاً وان فكرة الافتراض تخالف الحقيقة الواقعية الى حد التقاطع .

٣- مواجهة السلوك السلبي للخصوم حال ركونهم الى الصمت او السكوت، فضلاً عن مواجهة سلوكهم الذي قد ينحرف بالخصومة واجراءاتها عن الغاية المنشودة منها.

اهداف البحث: ان الهدف من هذا البحث تنبثق من ضرورة تفعيل دور المحكمة بشكل يتخطى الاطر المحددة قانوناً، وما قد يشكله هذا الامر من نتائج ملموسة على ارض الواقع وما يحقق العدالة الاجرائية في العمل القضائي، ايماناً بقدرة المحكمة على تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية اذا ما اتيحت الفرصة امامها لتحقيق ذلك الغرض.

منهج البحث: سنعتمد في الدراسة على المنهج التحليلي المقارن الذي ينطلق من جانبين، الجانب الاول هو تحليل النصوص والاراء القانونية ، والجانب الثاني هو تحليل الاحكام القضائية التي تضمنت المصلحة العامة للتعرف على التطبيق العملي لموضوع محل البحث، كذلك المقارنة مع القوانين الاجرائية ذات الصلة خصوصا قانون المرافعات المدنية العراقي وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وقانون المرافعات الفرنسي وقانون المرافعات الانكليزي.

المبحث الأول

فكرة الغاية في قانون المرافعات

تبدو اهمية فكرة الغاية من خلال الدور الذي يمكن ان تقوم به في تفعيل نصوص قانون المرافعات، إذ ان من شأن توظيف هذه الفكرة الوصول الى الهدف الذي توخاه المشرع، وهو تحقيق القضاء العادل العاجل، فالعدالة في النصوص القانونية تستلزم الا تكون الاجراءات غاية في حد ذاتها، بل يجب ان تكون وسيلة لتحقيق الهدف الاسمى في النصوص، الا وهو الوصول الى مبتغى كل فرد وهي عدالة الاحكام القضائية .

ولكون قانون المرافعات هو احد القوانين المعبرة عن مفهوم فكرة الغاية، لذا سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، يتناول المطلب الأول التعريف بفكرة الغاية ويتناول المطلب الثاني دور فكرة الغاية في اعمال المصلحة العامة الوقائية .

المطلب الأول

التعريف بفكرة الغاية

يعد القانون من العلوم (المعيارية) التي تقوم على اساس ربط الوسيلة بالغاية، فهو لا يكتفي باصدار

الاحكام على الوقائع وفقاً لما يقضي به قانون السببية، وانما يتغلغل إلى ذلك فيقدر قيمة هذه الوقائع او يزنها حسب ما تقضي به فكرة الغائية، فالعلوم المعيارية تحاول وضع افضل القواعد على اساس حكم تقويمي، مبني بالدرجة الأولى على اساس الغاية المراد تحقيقها، لذلك فان الغاية من التشريع تعد من اهم المرتكزات التي ترتكز عليها السياسة التشريعية، بل ليس من المبالغة اذا قلنا انها المكون الأساسي والأول للفلسفة التشريعية[١].

وعليه يتحتم علينا اذا ما اردنا وضع قاعدة قانونية ان نحدد أولاً الغاية المقصودة من وراء وضع هذه القاعدة، إذ من دون بيان او تحديد هذه الغاية يصبح النص حبراً على ورق لا يمت للواقع بصلة، بل يصبح قيداً يعرقل تقدم الحياة الاجتماعية وتطورها.

وعليه فان غاية التشريع هي في نفس الوقت (القوة الخالقة له) وحدوده التي توضح كيفية تفسيره وطريقة تطبيقه، فمعرفة الغاية التي يرمي اليها تؤدي الى حسن فهمه وادراكه، كما تؤدي ايضاً الى دقة تفسيره وملائمة تطبيقة[٢].

ان التشريعات المختلفة ملزمة بشكل عام بأن تكون الصياغة القانونية معبرة عن غاية القانون وهي جلب المصالح البشرية ودرء المفاسد وهذه الغاية هي روح القانون[٣].

وقد نص القانون المدني العراقي في الفقرة (١) من المادة (١) على انه : (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها)[٤]. فالمشرع الجيد هو الذي يجعل عباراته مرنة يتغير تفسيرها بتغير الظروف دون ان يذهب في ذلك الى حد الغموض وعدم الدقة، نقصد من ذلك ان يكون التفسير على اساس الغاية[٥] من احكام القانون بصفة عامة، أو بمعنى اخر الغرض العام للارادة التشريعية، فالغرض من التشريع ان يرمي في الواقع الى تنظيم المجتمع تنظيماً من شأنه العمل على تحقيق الخير العام للأفراد، وكفالة المصلحة العامة للمجموع، فضلاً على صيانة حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة، فمهمة المشرع العمل على تنظيم المجتمع من خلال التوفيق بين مصالح

---

[١] بهار محمود فتاح، قيمة الخير في الفلسفة التشريعية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠١٤، ص ١٨

[٢] د.احمد ابراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠،ص ١١

[٣] روح القانون يرتبط دائماً بمفهوم آخر وهو حرفية النص، فما الفرق بين حرفية النص وروح القانون ؟ إذا كانت مجموعة النصوص والمواد القانونية والتشريعات المكتوبة يعني فرضية النص فان ماتحمله تلك النصوص القانونية من دلالات واهداف وغايات هو روح القانون و بعبارة أخرى تعني الاهداف والاسباب والدوافع من وراء وضع تلك النصوص والتشريعات . د. عيسى خليل خير الله، روح القوانين، مطبعة شهاب – اربيل، ٢٠١٠، ص ٥ – ١١ – ١٢ .

[٤] تقابلها المادة (١) من القانون المدني المصري اما في القانون الانكليزي تقابلها المادتين (٥،٦) من قانون التفسير التشريعي لعام ١٩٧٨ . اما في القانون المدني الفرنسي فهو يتقيد باللفظ والمضمون

François Terré, Introduction générale au droit, Paris: Dalloz, 2020, p. 214.

[٥] د. قائد هادي دهشان، علياء يونس، الصياغة المرنة واثرها على التجريد في القاعدة الجزائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون– جامعة بغداد، مجلد (٣٨)، العدد (٢)،٢٠٢٣ ، ص٤٦٨.

افراده وحرياتهم من جهة وبين المصلحة العامة للجماعة من جهة أخرى[٦].

ويثار التساؤل حول كيفية وصول القاضي إلى المصلحة العامة التي استهدفتها الارادة التشريعية من النص القانوني؟ في الحقيقة أن استنباط المصلحة التي تبتغي الارادة التشريعية تحقيقها او الغاية التي قصد تحصيلها، يسهل معرفتها من الفاظ النص ذاتها فتكون المصلحة واضحة من العبارات[٧]، وقد تكون الارادة التشريعية نصت على حكم دون بيان المصلحة المراد تحقيقها منه، في هذه الحالة على القاضي استنباط تلك المصلحة من روح النص، إذ لكل نص هدف يسعى اليه، يمثل الحكمة من وضعه، فالحكمة من التشريع هي الغرض الذي يبتغي المشرع تحقيقه، وهي سبب وجود التشريع اي غايته المباشرة[٨].

فالتفسير الغائي ما هو إلا ردة فعل طبيعية ضد افكار مدرسة الشرح على المتون[٩] والتي ترى ان تفسير النصوص القانونية، يجب ان يتم في ضوء المشرع والعبرة بنيته وقت وضع النص القانوني لا بالنية المحتملة وقت تطبيق النص، واذا تغيرت الظروف على نحو يجعلها لا تتطابق ونية المشرع، فلا يمكن تأويل نية المشرع والأخذ بفكرة النية المحتملة[١٠].

وعلى هذا الاساس نرى ان محور اهتمام الفكر او التفسير الغائي هو البحث عن (روح النص)، والتي هي أقصى غايات المفسر او القاضي وتمثل نقطة التقاء النصوص بالعدالة المرجوة، وهي في الحقيقة الأهتمام بروح النص لا بحرفيته، ولا فائدة للنصوص ما لم تكن هناك قوة حية تحركها.

ولعل ما جاء به قانون الاثبات العراقي في المادة (٣) هو ابرز دليل على ضرورة التحرر من الشكليات والجمود والمضي قدماً نحو النص وغايته، حيث نصت على انه : (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)[١١].

ويقصد بالتفسير المتطور للقانون (هو ان يفسر القاضي النصوص القانونية بحيث يتلاءم محتواها بما طرأ من تغيرات على المجتمع، اي ملائمة النص القانوني لظروف المجتمع الجديد)[١٢].

وبذلك يمكن ان يكون للنص القانوني عند تطبيقه مضمون اوسع مما هو في ذهن المشرع عند وضعه للقانون، إذ كلما ظهرت تجربة انسانية جديدة أو معارف علمية مبتكرة تسمح باستخدام طرق افضل للكشف عن الحقيقة، فان للقاضي اللجوء اليها باتباع التفسير المتطور؛ لأن القانون كائن حي ينمو ويتطور

---

[٦] د.عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ٢٠١٤، ص ٢٧٤ – ٢٧٥ .

[٧] د. محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية،ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢٧٨ .

[٨] د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١ مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٢١ .

[٩] د.حيدر فليح حسن، ادوات القضاء في تطوير قواعد القانون المدني (فرنسا انموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، المجلد (٣٤) ، العدد (٤)، ٢٠١٩، ص٢٤٧.

[١٠] د. فارس علي عمر، فكرة الغاية في قانون المرافعات المدينة، بحث منشور في كلية القانون والعلوم السياسية، كركوك المجلد ٨ العدد ٣١، ٢٠١٩، ص ٣٨٨ .

[١١] لا يوجد ما يقابل هذا النص في القوانين المقارنة .

[١٢] القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤، ص ٦٥ .

في البيئة التي نشأ منها فهو اكثر مرونة من ان يعيش في نصوص جامدة[١٣] ما دامت الحياة في تطور مستمر، ويجب ان يقترب التفسير المتطور مع مراعاة الحكمة من القانون عند تطبيقه، اي ربط القانون بالواقع الحي للمجتمع[١٤] .

اما بخصوص حكمة التشريع – وهو الالزام المفروض على القاضي كذلك – إذ ان لكل نص قانوني هدفا يسعى اليه ، ومن ثم يجب لفهم النص القانوني ادراك حكمته التشريعية، إذ ان الحكمة من القانون هي مناط تحديد مضمون القاعدة القانونية التي وجدت لحماية مصالح معينة، فالحكمة المبتغاة من النص القانوني تشير إلى المصلحة التي اراد المشرع حمايتها[١٥].

وقد تتغير الحكمة التشريعية – الغرض من النص – مع مرور الزمن[١٦]، فقد يحدث أن قاعدة معينة وضعت لأجل تحقيق غاية معينة، تستهدف بعد ذلك تحقيق غاية أخرى، فالحكمة هي القوة المتحركة التي تبعث في النص مادام النص نافذاً، وبذلك يستطيع النص ان يكتسب مع الزمن معنى جديداً او ينطبق على حالات جديدة[١٧].

هذا ويتعين على القاضي عدم الوقوف عند ظاهر النصوص وحرفيتها عند تطبيق القانون، لان ذلك أمر يمكن لأي شخص ان يقوم به، بل يتحتم عليه الاهتمام بالبعد الغائي للقانون والتركيز على وظيفة القانون، لان القانون نظام يهدف إلى تحقيق مصالح معينة، وعلى القاضي ان يدرك أن العلاقة بينه وبين القانون ليست علاقة عبودية، بل له حق تطويع النص في ضوء الواقع، لأن القانون وسيلة ولا قيمة للوسيلة ان لم تتحقق الغاية[١٨].

يتضح لنا مما تقدم ان المشرع العراقي كان سباقا على التشريعات المقارنة محل البحث بالأخذ (بمبدأ التفسير المتطور للقانون) وهو احدث مبدأ في التفسير القانوني المعاصر، لما له من تأثير بالغ في استيعاب المتغيرات في المجتمع، مؤكداً في ذات الوقت على ضرورة تفعيل النصوص القانونية بالشكل الذي يجعلها تتحرر من جمود النص باتجاه الدوافع من وراء تشريعه.

ان الاساس القانوني لفكرة الغاية نجد صداها واساسها في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي (ان الغاية الاساسية للقضاء هي ضمان الحماية القانونية للناس كافة على سواء بينهم في ذلك، واذا كان قانون المرافعات هو الذي ينظم التقاضي؛ فانه يجب ان تكون الإجراءات التي رسمها قاصدة الى تلك "الغاية" غير متعثرة ولا يكفي ان تكون الاحكام عادلة

---

[١٣] د. كاظم عبد الله حسين وشاكر نوري اسماعيل، اصول الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون– جامعة بغداد، المجلد (٣٤)، العدد(١)، ٢٠١٩، ص١٨٩.

[١٤] القاضي ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٦٥ .

[١٥] د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٥٢١– ٥٢٢.

[١٦] د. عباس العبودي، الدور الاجتهادي لاحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون– جامعة بغداد، مجلد (٣٠)، العدد (٢)، ٢٠١٥، ص٨.

[١٧] القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور، ط ١، دار السنهوري، ٢٠١٥، ص ٨٢.

[١٨] بهار محمود فتاح، مصدر سابق، ص ١١٨.

بل يلزم الى جانب ذلك ان تكون سريعة ناجزة قليلة التكاليف مستوفية للضمانات محكمة الاجراءات)[١٩].

وتجدر الاشارة إلى ان هنالك جملة من العوامل ادت إلى تحول فلسفة القانون من الشكلية (الجمود) إلى الغائية وهي كالاتي [٢٠] :

اولاً: وضوح الاثار السلبية التي ترتبت على اتباع المنهج الشكلي الذي اورثته الوضعية القانونية للفكر القانوني.

ثانيا: وضوح العلاقة ما بين القانون والمجتمع، وهذا ما اكدته الدراسات الاجتماعية للقانون، والتي ارتبطت بنشأة علم الاجتماع القانوني، إذ ان ضرورة هذه الدراسات اقتضت ان يكون القانون مرتبطاً بالواقع الاجتماعي كي يكون اكثر ملاءمة وفعالية.

ثالثاً: ظهور المذهب الاجتماعي في القانون، والذي اكد على ان الجماعة هي (الهدف الاسمى) من الوجود وان غاية القانون تحقيق مصلحة الجماعة وسعادتها.

وتجدر الاشارة ان الفقه الاجرائي العراقي يعرف الغاية بانها (فلسفة المشرع الاجرائي من وضع النصوص القانونية التى تمتاز بطابع الشمول والبداهة، والتي يهدف المشرع من خلالها الوصول اليها بصورة مباشره او غير مباشرة)[٢١].

ويرى جانب من الفقه الاجرائي ان المقصود بالغاية، هي الغاية الموضوعية المجردة، إي تلك التي اتجه قصد المشرع إلى تحقيقها كوظيفة للأجراء، دون النظر للغاية الشخصية التي قد يستهدفها القائم بالاجراء، مما يتعين النظر الى هذه الغاية الموضوعية من خلال الواقعة المعروضة على القاضي[٢٢].

اما على صعيد الفقه المصري[٢٣] فالكل مجمع ان المقصود بالغاية هي الغاية من الشكل وليس الغاية من الاجراء، وغنى عن البيان ان الغاية من الشكل ليست الغاية الشخصية لمن يقوم بالأجراء، وانما الغاية الموضوعية التي يقصدها المشرع من الشكل او البيان، بمعنى الوظيفة التي يقوم بها وهي مسألة وقائع وعلى القاضي ان يبحث عن تحقق او عدم تحقق الغاية الموضوعية .

اما الفقه الفرنسي فيعرف الغاية بانها (الهدف الذي يسعى له المشرع عن طريق اقرار قاعدة قانونية)[٢٤].

ففي الفقه الاجرائي الفرنسي لاتعد الغاية مفهوماً شكلياً او تابعاً للمنظومة النصية فحسب بل تعتبر عنصراً

---

[١٩] وهذا ما جاء مطابقاً لما ورد في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي والانكليزي .

[٢٠] د. فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٥١ – ٢٥٢.

[٢١] م. محمد شاكر محمود، مبدأ الغائية في الدفوع ، بحث منشور في حولية المنتدى، النجف الاشرف، العدد ٥٢، ٢٠٢٢، ص ٤٣٥.

[٢٢] د . ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ط ١، بغداد، ١٩٨٨، ص ٩٧.

[٢٣] د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج ٢، دار الفكر العربي، ١٩٤٦، ص ٢٠١ _ ٢٠٢؛ د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣، ص٧٤٦؛ د.عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، ١٩٧٣-١٩٧٤، ص٤٩٣.

[24] Carbonnier, Droit civil. Introduction, 7e éd., PUF, 1999, p. 105, Malaurie, Philippe, Laurent Aynès, and Philippe Stoffel-Munck. Law of Obligations . 13th edition. Paris: LGDJ, 2024. pp. 45-50.

جوهرياً في فهم وتفسير وتطبيق القواعد الاجرائية فهي تتصل بمقصد المشرع من سن القاعدة[٢٥] ، اي لماذا وجد النص؟ وما الذي يسعى لتحقيقه؟.

اما في الفقه الانكليزي فان الغاية ترتبط بمبادئ النزاهة الاجرائية وحسن سير العدالة حيث ان الوظيفة الجوهرية للاجراءات ليست الشكلية فحسب، بل هي وسيلة مرنة لتطبيق مبادئ العدالة الفعلية وهذا ما اكده الفقه ومذهب اوستين الذي يرى ان القاعدة القانونية بما في ذلك(الاجرائية) وسيلة لتحقيق الغاية الاجتماعية العليا وهي الاستقرار والامن والعدل[٢٦].

المطب الثاني

دور فكرة الغاية في اعمال المصلحة العامة الوقائية

باتت فكرة الغاية من الافكار التي لاغنى عنها في نصوص قانون المرافعات كونها وسيلة فعالة لتطويع النصوص القانونية، بما يحقق المصلحة العامة الوقائية من جهة، وعدم التفريط بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى، ولما كانت هذه الفكرة ترجمة لروح النص وما يبتغيه المشرع من اجل الوصول الى اقصى درجات العدالة الإجرائية.

ومن الحالات التي تتجلى فيها فكرة الغاية ودورها في اعمال المصلحة الوقائية حالة تاجيل الدعوى وما يتعلق بها من احكام.

إذ يعد التأجيل من الأمور التي تؤثر سلبا على سير الدعوى، وقد شاع منذ القدم بانه افة القضاء، كونه يؤدي احياناً وظيفة معاكسة وقصداً غير الذي قصده المشرع، فيسبب تأخيرا في حسم الدعاوي، مما يؤدي الى قضاء بطيء يؤدي في نهاية المطاف إلى الظلم[٢٧].

ويعرف تأجيل الدعوى[٢٨]، بأنه (قرار قضائي تنظيمي تصدره المحكمة اثناء نظر الدعوى ويجوز لها العدول عنه او تبديله او تعديله). ويعرفه رأي أخر بأنه (تعطيل السير في الخصومة إلى اجل معين وهو يعني في مفهوم أخر استهلاك جزء من وقت العدالة)[٢٩].

وقد نص قانون المرافعات العراقي النافذ في الفقرة (١) من المادة (٦٢) على ان (للمحكمة ان تؤجل الدعوى اذا اقتضى الحال ذلك او للحصول على اوراق او قيود من الدوائر الرسمية، ولها عند الضرورة أن تأمر بموافاتها بهذه الأوراق أو صورها الرسمية ولو كانت القوانين والانظمة لا تسمح بالاطلاع عليها او تسليمها).

وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها قضت فيه " ان المحكمة ملزمة عند تأجيل الدعوى ببيان سبب التاجيل، وان لايتكرر التأجيل للسبب نفسه، تطبيقاً لاحكام المادة (٥٦) مرافعات"[٣٠].

كذلك بالنسبة للمشرع المصري إذ نص قانون المرافعات المدنية والتجارية في المادة (٩٧) على

---

(25) Henri Motulsky, Méthode d'interprétation des lois (Paris: Dalloz, 1976), 98–102.

(26) Peter Cane and Herbert Kritzer, eds. The Oxford Handbook of Empirical Legal Research. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 153.

(٢٧) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدينة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص ٢١٧ .

(٢٨) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية، ط١، دار السنهوري ، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٤١ .

(٢٩) د. طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوى، منشاة المعارف، الاسكندرية، ص ١٤.

(٣٠) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٥٠/ هيئة استئنافية/ ٢٠٠٩) بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١١، غير منشور

(تجري المرافعة في اول جلسة واذا قدم المدعي او المدعى عليه في هذه الجلسة مستنداً كان في امكانه تقديمه في الميعاد المقدر في المادة ٦٥ قبلته المحكمة إذا لم يترتب على ذلك تأجيل نظر الدعوى، فاذا ترتب على قبول المستند تأجيل نظر الدعوى حكمت عليه بغرامة لا تقل عن مائة جنيهً ولا تجاوز خمسمائة جنيه. ومع ذلك يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه ان يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه او طلباته العارضة) .

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية "ان طلب تأجيل الدعوى لتقديم مستندات جديدة يجوز النظر فيه اذا كان يؤدي الى تحقيق العدالة، لكن يجب ألا يستخدم كذريعة لتعطيل سير القضية"[٣١].

اما قانون الاجراءات المدنية الفرنسي فقد نص في المادة (٣) منه على انه (يقع على عاتق الاطراف عبء تسيير الخصومة ومع ذلك يحرص القاضي على حسن سيرها، وله سلطة توجيهها) [٣٢].

كما اكدت محكمة النقض الفرنسية على "ضرورة ان يكون طلب تأجيل الجلسة لتقديم مستندات مدعوماً باسباب جدية، وان القاضي يملك سلطة تقديرية في قبول او رفض هذا الطلب بناءً على مصلحة العدالة وسير الاجراءات"[٣٣].

اما قانون الاجراءات المدنية الانكليزي فقد نص في الفقرة (٢) من المادة (3.1) على انه (...، للمحكمة الحق في أ- تحديد او تقصير المدة المحددة للأمتثال لأي قاعدة او توجيه او امر من المحكمة حتى لو طلب ذلك بعد انتهاء المهلة ب- تأجيل او تقديم موعد الجلسة)[٣٤].

ان التشريعات عندما وضعت نظام التأجيل، انما ارادت بذلك استيعاب الحالات الطارئة والقاهرة التي يمكن ان تعترض سير الدعوى، واعطاء الاطراف (المدعي والمدعى عليه) فرصة لتهيئة اوضاعهم لحين زوال السبب الموجب للتأجيل، حيث اجاز المشرع لمحكمة الموضوع سلطة تأجيل الدعوى بناءً على مقتضيات الحالة او من اجل الحصول على المستندات الضرورية في الدعوى[٣٥].

---

[31] قرار محكمة النقض رقم ٤١٥٩ لسنة ٨٨ قضائية (جلسة ١٢-١١-٢٠١٦)، منشور على الموقع الالكتروني awyerEgypt.٨،٢٠٢٥/٧ تاريخ الزيارة

[32] Article (3) "Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires. "

[33] **Decision of the French Court of Cassation, Commercial Chamber, 12 February 2020, Case No. 17-31.614**, published on the official website of *Légifrance*. https://www.acdedp-paris.fr/ . تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٧.

[34] Rule (3.1)"(2) Except where these Rules provide otherwise, the court may —

(a) extend or shorten the time for compliance with any rule, practice direction or court order (even if an application for extension is made after the time for compliance has expired);

(b) adjourn or bring forward a hearing".

[٣٥] د. فارس علي عمر، مصدر سابق، ص ٤٠٦.

كما ان التأجيل حق اجرائي للخصوم لا يجوز للمحكمة ان تقف بوجه استخدامه، الا اذا عُد وسيلة للمماطلة والتسويف بغية إطالة أمد النزاع، إذ في يتوجب في هذه الحالة على المحكمة التصدي لذلك، لأن من شأن التأجيل دون وجود سبب يقتضيه تعطيل سير العدالة واقتضاء الحقوق بسهولة ويسر، لا سيما في الدعاوى التي يجد فيها الخصم ان المناورة في الوقت هو ما تبقى لديه[٣٦].

وعليه نجد ان القانون العراقي عندما اجاز للمحكمة تأجيل الدعوى فانه في ذات الوقت قيد المحكمة بضرورة ان يكون هناك مبرر او سبب مشروع، كما منع تأجيل الدعوى لاكثر من مرة لذات السبب، الا اذا رأت المحكمة ما يقتضي ذلك لحسن سير العدالة[٣٧].

حيث جاء في احد القرارات القضائية "ان تأجيل الدعوى لا يكون الا لسبب مشروع، ويعد طالب التأجيل مبلغاً بيوم الجلسة الجديدة، ولا يدعو الامر لاصدار ورقة تبليغ جديدة ولا يجوز تكرار التأجيل للسبب نفسه، الا اذا اقتضى حسن سير العدالة " [٣٨].

كما قد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها "بعدم جواز تأجيل الدعوى الا لسبب مشروع، واكدت على ان طلب التاجيل يجب ان يبنى على اسباب قانونية جدية، وان التكرار غير المبرر لطلبات التاجيل يعد تعطيلاً للاجراءات ويضر بحقوق الخصوم" [٣٩].

لذلك يمكننا القول، ان فكرة الغاية في تحقيق المصلحة العامة الوقائية تتجسد بأن التأجيل لا ينبغي ان ينحرف عن المسار المحدد له بحيث يؤدى الى الاخلال بسير العدالة وتأخير الفصل في الدعوى اذا كان التأجيل لذات السبب، فالغاية الاساسية من التأجيل هي لضرورة تقتضيها العدالة من خلال منح المتخاصمين الوقت الكافي لأبداء دفوعهم وتمكين الخصم الأخر من تفنيد او رد الدعوى، فضلاً عن ان التأجيل يعطي للمحكمة فرصة لدراسة الدعوى وعدم التسرع في اصدار الحكم وتكوين قناعتها بما آلت اليه الأدلة المقدمة من قبل الخصوم من اجل بناء حكم سليم، إذ ان التسرع في اصدار الحكم في القضية المنظورة من شأنه ان يفضي الى حكم لا تسعفه اسانيده في اقناع الخصوم.

فضلا عما تقدم يمكن ان نجد فكرة الغاية تتجسد في حجية الاحكام، حيث جعل القانون حجية الأحكام من القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام، ويقصد بالحكم القرار الحاسم الذي تنتهي به الدعوى، فما يقرره الحكم يعتبر حقيقة قضائية ثابتة[٤٠].

ان حجية الاحكام لا تثبت الا للأحكام التي تفصل في وقائع متنازع فيها، فلا تثبت الحجية للقرارات والأوامر التي تصدرها المحكمة بموجب سلطتها الولائية، وسواء

---

[٣٦] القاضي لفته هامل العجيلي، إجراءات التقاضي في الدعوى المدنية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص٥٨.

[٣٧] الفقرة (٢) من المادة (٦٢) من قانون المرافعات العراقي، تقابلها المادة (٩٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وكذلك المادة (3.1) من قانون الإجراءات الانكليزي و المادة (٣) من قانون الاجراءات الفرنسي.

[٣٨] قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ٤٢٤/مستعجل/١٩٩٣ بتاريخ ١١ آب ١٩٩٣. منشور على الموقع الالكتروني almerja.com. تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٧.

[٣٩] قرار محكمة النقض رقم ١٩٨٣ لسنة ٨٢ قضائية (جلسة ٢٣-٤-٢٠١٤) منشور على الموقع الالكتروني: https://lawyeregypt.net تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٧.

[40] د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، ص ١٢٩ .

كانت هذه الاحكام ابتدائية او نهائية، حضورية او غيابية، ولو كانت صادرة من محكمة غير مختصة[٤١].

يتضح من هذا بان الاحكام القطعية هي التي تحوز حجية الشيء المحكوم به، اما الاحكام الوقتية فليست لها هذه الحجية سواء امام القاضي الذي اصدرها او امام قاضي أخر، لأنها بطبيعتها عرضة للتعديل تبعاً لتغير الظروف[٤٢].

وحجية الامر المقضي به (حجية الشيء المحكوم فيه) معناها ان للحكم حجية بين الخصوم، مانعة من اعادة النظر فيها امام القضاء فيما فصل فيه، وتثبيت الحجية لكل حكم يفصل في نزاع، الى ان تزول بابطال الحكم او فسخه او نقضه، اما قوة الأمر المقضي به (قوة الشيء المحكوم فيه) فهي صفة تثبت للحكم الذي يكون نهائيا، اي غير قابل للطعن فهي تعني قابلية الحكم للتنفيذ الجبري [٤٣] .

اما بالنسبة للغير فالأصل في حجية الاحكام انها نسبية لا يضار ولا يفيد منها غير الخصوم الحقيقيين[٤٤]، وان الغير لم يكن طرفاً في الخصومة ومن ثم لا يحتج بها عليه ولا تؤثر على حقوقه[٤٥].

وهذا ما نص عليه قانون الاثبات العراقي في المادة (١٠٥) على انه (الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية، التي حازت درجة البتات بما فصلت فيه من الحقوق، تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً).

وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية بقولها " ان الاحكام الصادرة التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة وفق المادة (١٠٥) من قانون الاثبات اذا اتحدت اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسبباً"[٤٦].

كذلك الأمر بالنسبة لقانون الاثبات المصري الذي نص في المادة (١٠١) على ان (الاحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية، ولكن لا تكون لتلك الاحكام هذه الحجية الا في نزاع

---

(41) د. سليمان مرقس، اصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج ٢، ط ٤، ١٩٨٦، ص١٤٢ .

(42) د. احمد ابو الوفاء، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٦، ١٩٨٩، ص ٤٩٩ .

(٤٣) تجدر الاشارة ان عبارة حجية الشيء المحكوم فيه في القانون الفرنسي معنى أخر فوق هذا المعنى يقصد به ان الحكم قابل للتنفيذ، وهو يكون كذلك عندهم ما دام لم يطعن فيه باحدى طرق الطعن العادية ولو كانت مواعيد هذه الطعون لم تنقضي، إذ ان التنفيذ لا يقف لمجرد عدم انقضاء ميعاد الطعن، ولا يوقفه الا رفع الطعن، فأصبح لهذه العبارة معنيان احدهما متعلق بقوة الحكم في الاثبات، والثاني متعلق بقوته التنفيذية د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٥٤.د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الاثبات، ط ١، اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٢، ص ٣٦٠.

(44) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات المدني، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٢٩١ .

(45) د عصمت عبد المجيد بكر، أصول الاثبات، مصدر سابق، ص ٣٦٠ .

(46) "قرار محكمة التمييز الاتحادية المدنية رقم ٣٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠ بتاريخ ٢٥ فبراير ٢٠٢٠." منشور على الموقع الالكتروني: https://www.sirwanlawyer.com/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٧.

قام بين الخصوم انفسهم، دون ان تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً).

وقد اكدت محكمة النقض المصرية " ان المادة (١٠١) من قانون الاثبات تنص على ان الاحكام التي حازت قوة الامر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ، ويمنع قبول دليل ينقض هذه الحجية ، لكن هذه الحجية تكون فقط في نزاع قائم بين نفس الخصوم دون تغير في صفاتهم ، ويجب ان يتعلق الامر بذات الحق محل النزاع "[٤٧]

اما في القانون الفرنسي فقد وردت قاعدة (حجية الأمر المقضي به) في القانون المدني حيث نصت المادة (١٣٥٥) منه على (لا تكون لحجية الأمر المقضي به قوة الا فيما تم الفصل فيه بموجب الحكم ويجب ان تكون الدعوى المطلوبة هي ذاتها، وان تكون مبنية على نفس السبب، وان تكون بين ذات الأطراف، وبنفس الصفة، سواء من حيث المدعي او المدعى عليه)[٤٨].

وكذلك نص قانون الاجراءات المدنية الفرنسي في المادتين في المادة (٥٠٠) على (يكتسب الحكم، منذ النطق به حجية الأمر المقضي به فيما يتعلق بالنزاع الذي فصل فيه)[٤٩]، اما المادة (٥٠١) فقد نصت على (يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ من اللحظة التي يكتسب فيها قوة الشيء المقضى به)[٥٠].

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بقولها "تتمتع الاحكام النهائية الصادرة عن المحاكم الفرنسية بحجية مطلقة، ولا يجوز اعادة النظر او الطعن فيها الا في الحالات التي حددها القانون"[٥١].

اما في القانون الانكليزي فلا يوجد نص قانوني صريح ينص على مبدأ حجية الاحكام، حيث يعد هذا المبدأ جزءاً من القانون العام ويعتمد بشكل اساسي على السوابق القضائية لا على نصوص قانونية مكتوبة، لكنه يستند اليه في الممارسة القضائية بصورة صارمة، ويتم تطبيق المبدأ عندما تتوافر الاركان

---

[٤٧] قرار محكمة النقض المصرية رقم ٧٢١٣ لسنة ٨١ تاريخ الجلسة ١٤/ فبراير/ ٢٠٢٣ بوابة مصر للقانون والقضاء منشور على الموقع الالكتروني https://egyls.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٧.

[48] Article (1355) : "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité".

[49] (Article 500): " À force de chose jugée, le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution.

Le jugement susceptible d'un tel recours acquiert la même force à l'expiration du délai du recours si ce dernier n'a pas été exercé dans le délai.".

[50] (Article 501):"Le jugement est exécutoire, sous les conditions qui suivent, à partir du moment où il passe en force de chose jugée, à moins que le débiteur ne bénéficie d'un délai de grâce ou le créancier de l'exécution proviso ire".

[51] . "Pourvoi n° 21-14.787." *Cour de cassation*1- march- 2023. على الموقع الالكتروني :https://www.courdecassation. تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٨.

الاتية: وجود حكم قضائي نهائي، الخصوم ذاتهم، الموضوع ذاته، عدم الطعن في الحكم السابق[٥٢].

حيث جاء في احد القرارات القضائية ما نصه " رفض المحكمة اعادة سماع دعاوى كانت جزئياً متضمنة في تسوية صادرة سابقا او كان من الممكن طرحها فيها، مستندة الى مبدأ حجية الاحكام"[٥٣].

مما تقدم يتضح ان فكرة الغاية تتجسد في تحقيق المصلحة العامة الوقائية في هذه النصوص، إذ تمنح الحجية حصانة للحكم القضائي في مواجهة الخصوم والقاضي بحيث يتعذر عرض النزاع على القضاء مرة أخرى، فلو اجيز لكل خصم تجديد النزاع لما انتهت الاشكالات ولتابدت الخصومات ولفقد القضاء هيبته واحترام الناس له، فالغاية من حجية الاحكام هو استقرار الحقوق والمراكز القانونية ووضع حد لتجدد الخصومات وعدم تأبيدها.

ومن الجدير بالذكر ان الحجية تسمو بالحكم حيث تجعل منه (قاعدة قانونية) وقاعدة لاستنفاذ الولاية للقاضي وهذا يظهر من خلال ما نص عليه قانون المرافعات العراقي في الفقرة (٣) من المادة (١٦٠) والتي تنص على (الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعياً و معتبراً مالم يبطل او يعدل من قبل المحكمة نفسها او يفسخ او ينقض من محكمة اعلى منها وفق الطرق القانونية)[٥٤].

المبحث الثاني

فكرة الافتراض في قانون المرافعات

نشأ القانون وارتبط بظهور البشرية، فما من مرحلة من مراحل التاريخ الا وكان لها قانون ينظم علاقات الافراد ببعضهم، فالحياة البشرية متجددة ومتطورة تبعاً لتطور الانسان وتغير حياته، ولا خلاف بان ثبات القانون وجموده مع تجدد حاجات الافراد وتطورها امران لا يتفقان تماماً، فلا يمكن ان تستقيم الحياة الا بتطور القانون مع مواكبته لتلك التغيرات التي تلاحق الحياة، فالمشرع عندما يضع القانون يكون من المستحيل عليه التنبؤ بكل ما يحيط من ظروف، فكان لابد من ايجاد ادوات او وسائل لتطوره وايجاد الحلول لكل مايعيق تطبيق القانون وعليه جاءت فكرة الحيلة القانونية او الافتراض القانوني للتغلب على شدة القاعدة القانونية وضيق نطاقها لمواجهة الصعوبات الواقعية التي تتعلق بتطبيق احكام القانون.

بناءً على ما تقدم سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، يتناول المطلب الاول التعريف بفكرة الافتراض القانوني ويتناول المطلب الثاني دور فكرة الافتراض في اعمال المصلحة العامة الوقائية.

المطلب الاول

التعريف بفكرة الافتراض القانوني

---

(52) Adrian Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2020), 962–968.

(53) Mondaq, “High Court Reminds Us Of The Principles Of Res Judicata And Abuse Of Process,” Mondaq, June 8, 2021, accessed August 7, 2025, https://www.mondaq.com/. تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٨

(54) تقابلها المادة (٤٨١) من قانون الإجراءات المدينة الفرنسي ولا يوجد مقابل لها في القانون المصري.

تمثل الحيلة القانونية[٥٥] او الافتراض القانوني الوسيلة الاولى التي اهتدى اليها الفكر الانساني في تطوير القانون، حيث لعبت دوراً كبيراً في مختلف الشرائع القديمة، بل ولا يزال لها دور حتى في الشرائع الحديثة، حيث لا تزال اثارها باقية في مختلف النظم القانونية، بل ان الكثير من الافكار القانونية الموجودة في القانون الحديث مرجعها او مردها لفكرة الحيلة[٥٦].

وتعرف الحيلة القانونية (الافتراض) بأنها (افتراض امر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير في حكم القانون دون التعرض الى نصوصه بالتعديل)[٥٧].

ورأي اخر يعرفها على انها (وسيلة عقلية لازمة لتطور القانون على اساس افتراض امر مخالف للواقع يترتب عليه تغير حكم القانون دون تغيير نصوصه)[٥٨] .

كما تعرف بانها (اعطاء وضع من الاوضاع حكماً بخلاف الحقيقة للتوصل الى ترتيب اثر قانوني معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة)[٥٩] .

ويتضح لنا من هذه التعاريف ان وسيلة الافتراض او الحيلة القانونية قد تبدو كذباً واحتيالاً على الحقيقة والواقع، إذ – تقوم على تصور ذهني معين– لا تجعل منه انعكاساً لحقيقة صورته الطبيعية بل قلباً وتحريفاً له، بقصد التوصل لتحقيق تنظيم قانوني على نحو معين.

و من هنا يبدو الفارق البعيد بين (القرائن القانونية) و (الافتراض او الحيلة القانونية) فالحيلة القانونية تقوم على امر مخالف للحقيقة والواقع مخالفة صريحة، وذلك بعكس القرينة القانونية التي تقوم على اساس فكرة الاحتمال الراجح (الغالب الوقوع) وتجعله يقيناً وصحيحاً، حيث تقوم على افتراض يتفق مع الحقيقة، فكل من القرنية والحيلة تقوم على تصوير ذهني للواقع بقصد الوصول إلى غايات معينه[٦٠].

كما ان كلاهما يعد من الطرق المعنوية لصياغة القاعدة القانونية الا ان الاختلاف بينها يكمن ان القرينة تجعل من الشيء المحتمل صحيحاً اما الحيلة

---

[٥٥] كانت الحيلة القانونية اولى الوسائل التي استعملها الانسان في تطوير حكم القانون، ذلك ان القانون كان في العصور القديمة داخلاً في نطاق الدين وكان الانسان يكن لقانونه كل الاحترام الذي يبلغ حد التقديس، ولكن الاحكام القانونية وان كانت صالحة في وقت وضعها فانها قد تصبح غير ملائمة في فترات لاحقة فقلما شعر الانسان بالحاجة الى الغاء بعض الاحكام القانونية او تعديلها او اضافة غيرها اليها لم يجرأ على ان يمس نصوصها لأتصالها بالأديان التي كان يتبعها، فيصبح في حرج من امره وليتخلص من هذا المأزق هداه عقله الى التحايل على النصوص بافتراض امور لا سند لها من الواقع، للوصول الى تغيير حكم القانون دون المساس بنصوصه، لذلك كانت الحيلة القانونية الاسلوب الشائع في تطور الشرائع القديمة وعلى الاخص في القانون الروماني .د. ادم وهيب النداوي و د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، ط ١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥، ص ٥٥ .

[٥٦] د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم القانونية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٨١ .

[٥٧] د. منذر الفضل، تاريخ القانون، ط٢، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ص ٤٠ .

[٥٨] جو تيار عبدالله مصطفى، الافتراض في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين _ اربيل، ٢٠٠٨، ص ٢٥ .

[٥٩] د. حسين كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧١، ص ٢٠١ .

[٦٠] د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١٠٤، ص ١٥٧ .

فهي تجعل من الشيء غير الصحيح شيئاً صحيحاً[٦١].

وتجدر الاشارة ان كل وسيلة من وسائل الصياغة القانونية، تنطوي على شيء من الحيلة، أي على شيء من مخالفة الواقع وتشويهه ؛ لان الصياغة القانونية وهي تحاول ضبط الواقع تؤدي حتماً إلى تشويهه لأن الواقع متغير دائماً وغير منضبط، ومع ذلك فان التشويه يصل درجته القصوى في الحيلة القانونية فهي بحسب التعريف احتيال على الواقع وتزوير له، فالحيلة لا تشوه الواقع من حيث هي متجهة إلى التعبير عنه، بل هي تشوه الواقع لانها متجهة في الاساس الى تشويهه و انكاره ومخالفته[٦٢].

فالحيلة القانونية (الافتراض) بهذا المعنى هي من اشد وسائل الصياغة القانونية تطرفاً، فهي لا تدعو الحاجة اليها الا بسبب قصور الفكر القانوني وعجزه عن خلق تصورات فكرية تتلائم مع الواقع ولا تخالفه؛ لذلك ينبغي ان تبقى الحيلة من وسائل الصياغة الاستثنائية التي لا يلجأ اليها الا في حالات الضرورة، لتحقيق اهداف القانون في اقامة العدل والمحافظة على المصلحة العامة، حيث تعجز وسائل الصياغة الأخرى عن ادراك هذه الاهداف[٦٣] .

وتعتبر الحيلة القانونية من الاساليب التي يستعين بها القاضي لتطوير وتفسير القانون، فالنص القانوني عند صدوره لا يمكن ان يستوعب كل الوقائع في المجتمع الحاضرة والمستقبلة، وانما لابد ان يصاحب النص القانوني الجمود بعد فترة من الزمن الامر الذي يستدعي تعديله لمواكبة هذا التطور، ولما كان التعديل ليس بالأمر السهل، لذا كانت الحيلة هي الوسيلة التي لا بد منها للحكم بالقضية المعروضة، فالحيلة املتها الضرورة لتطوير القانون[٦٤].

ورغم ما تحققه هذه الوسيلة (الحيلة القانونية) من مزايا عملية لا يمكن انكارها، فلا ينبغي اغفال ما تنطوي عليه من اخطار جسيمة ؛ نتيجة قيامها على اساس مخالف للحقيقة والواقع، لذلك ينبغي ان يظل لجوء القانون اليها محصوراً في نطاق ضيق، عندما يكون الالتجاء اليها امراً لازماً لتحقيق العدل والنفع الاجتماعي، عندئذ تكون مثل هذه الغاية هي المبرر الوحيد للأفتراض، وعلى اي حال فان تحديد مدى هذا الافتراض يجب ان لا يتجاوز حدود الغرض المقصود من تقريره، فيكون محلاً للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون[٦٥].

المطلب الثاني

دور فكرة الافتراض القانوني في إعمال المصلحة العامة الوقائية

ان الافتراض في قانون المرافعات المدينة لا يكون الا من خلال نص قانوني يقرره المشرع بشكل صريح او ضمني، فقد يصرح المشرع بالافتراض في القاعدة القانونية، عندما يستخدم من الألفاظ والعبارات ما يدل على ذلك، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية العراقي بقولها (١- إذا تحقق للمحكمة بعد الاستفسار من جهة ذات اختصاص ان ليس للمطلوب تبليغه محل اقامة او مسكن معلوم اولم

---

[٦١] د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، الاسكندرية، ص ٤٠٠ .

[٦٢] د. عبد الناصر توفيق العطار، الوجيز في تاريخ القانون، ج ١، مطبعة السعادة، القاهرة، ص ١٧٨.

[٦٣] د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص ٤٠١ .

[٦٤] د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٤٠ .

[٦٥] د.حسن كيرة، مصدر سابق، ص٢٠٢-٢٠٣.

يكن موجوداً، فيجري تبليغه بالنشر في صحيفتين يوميتين تصدر في منطقة المحكمة او أقرب منطقة لها ان لم يكن في منطقة المحكمة صحيفة تصدر، ويعتبر تاريخ النشر المتأخر تاريخاً للتبليغ، ويجوز بالأضافة الى النشر في الصحيفة إذاعة التبليغ بواسطة الإذاعة ووسائل الاعلام الأخرى، ٢- إذا كان المطلوب تبليغه قد اختار محلاً للتبليغ او ذكر عنوانا في العقود والوثائق موضوع الدعوى،... فإن كان مجهولا فيبلغ طبقاً للفقرة الأولى ٣- إذا كان المحل المختار او العنوان الذي ورد بالعقود والوثائق موضوع الدعوى وهميا ... يجري التبليغ وفقاً للفقرة الأولى).

كذلك الأمر بالنسبة لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري حيث نصت المادة (١٣) منه على (إذا لم يكن للمطلوب اعلانه موطن معلوم او محل إقامة في مصر، تسلم صورة الاعلان للنيابة العامة، وعلى المحضر ان يرفع الأمر في اليوم ذاته إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الابتدائية التابع لها موطن طالب الاعلان، ليأمر بما يراه في شأن الاعلان، ويعين القاضي ميعاداً يظهر انه كافٍ لحضور المعلن اليه، ويعلن الأمر الصادر اليه مع صورة الاعلان ويترتب على هذا الاعلان كافة الاثار القانونية).

وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها قضت فيه بأن" الافتراض القانوني يقضي بان اجراء التبليغ يتم قانونياً حتى في حالات تبليغ الاشخاص مجهولي الاقامة، بناءً على ما تقتضيه الاجراءات القانونية"[٦٦].

اما قانون الاجراءات المدنية الفرنسي فقد نص في المادة (٦٥٩) على (اذا لم يكن للمطلوب اعلانه موطن او محل اقامة او مقر عمل معروف، ... يقوم المحضر القضائي بارسال نسخة من هذا المحضر، مرفقة بنسخة من الورقة القضائية المراد إعلانها، إلى اخر عنوان معروف للمطلوب اعلانه، وذلك برسالة مضمونة مع اشعار بالاستلام، وفي اليوم نفسه يرسل المحضر ايضا إلى نفس العنوان اشعاراً باتمام هذا الأجراء بواسطة رسالة عادية)[٦٧].

اما قانون الاجراءات المدنية الانكليزي فقد نص في المادة (6.15) على (١- عندما يكون من غير العملي تبليغ استدعاء الدعوى بالطرق المعتادة المنصوص عليها في قواعد الاجراءات المدنية، يجوز للمدعي ان يطلب من المحكمة إذناً للتبليغ بوسائل بديلة ٢ عند تقديم طلب للمحكمة بموجب هذه القاعدة، يجوز للمحكمة ان تقرر ان الاجراءات التي تم اتخاذها بالفعل لايصال استمارة الدعوى الى علم

[٦٦] قرار محكمة النقض المصرية رقم ٥٢٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٠ فبراير ١٩٧٠ . مشار اليه لدى خلف محمد ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، القاهرة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، ص١٩١-١٩٢.

[67] Article (659) : "Lorsque la personne à qui l'acte doit être signifié n'a ni domicile, ni résidence, ni lieu de travail connus, l'huissier de justice dresse un procès-verbal où il relate avec précision les diligences qu'il a accomplies pour rechercher le destinataire de l'acte. ...par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une copie du procès-verbal, à laquelle est jointe une copie de l'acte objet de la signification. Le jour même, l'huissier de justice avise le destinataire, par lettre simple, de l'accomplissement de cette formalité".

المدعى عليه بطرق بديلة او في مكان بديل تعد تبليغاً صحيحا)[٦٨] .

وقد جاء في احد القرارات القضائية للمحاكم الانكليزية ما نصه " ان المحكمة اوجبت تبليغ الافراد المجهولين بوسائل بديلة اعلانات على الموقع الالكتروني، اشعارات في الصحف والمواقع المحلية، وغيرها)، موكدة ان الهدف هو ضمان وصول المعرفة بالامر القضائي"[٦٩].

ويتفق القانون العراقي مع القوانين المقارنة من حيث ان التبليغ بالنشر في الصحف المحلية والوسائل البديلة الأخرى دون حصر هي الوسيلة الاستثنائية الأخيرة التي لا يجوز اللجوء اليها الا بعد تعذر تبليغ الخصم (مجهول الاقامة)، لذا فان التبليغ بهذا الشكل هو الملاذ الأخير للمحكمة، لأن من خلالها يتحقق العلم الافتراضي حيث يفترض المشرع ان المطلوب تبليغه قد علم بموعد المرافعة او الحكم الصادر بحقه او اية وثيقة او مستند متعلق به .

ويقصد بالتبليغ القضائي (اعلام الشخص المطلوب تبليغه بالأوراق القضائية وبما يتخذ ضده من إجراءات وذلك طبقاً للشكل الذي حدده القانون) [٧٠] .

ويعد التبليغ القضائي من ابرز تطبيقات مبدأ احترام حق الدفاع الذي يهدف الى اعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم، فلا يجوز اتخاذ اجراء ضد الخصم، دون تمكينه من الدفاع عن نفسه، والوسيلة الى ذلك هي ضرورة تبليغه بالاجراءات المتخذة ضده، سواء من المحكمة او بناء على طلب الخصم الأخر[٧١].

كما تعد التبليغات القضائية من الاجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام وحسن سير التقاضي، إذ ان من ابرز اسباب تأخر حسم الدعاوى المدنية، الاخفاق الذي يصاحب عملية تبليغ الأوراق القضائية، فكلما كانت اجراءات التبليغ غير منظمة بصورة صحيحة او

---

[68] Rule (6.15) " Service of the claim form by an alternative method or at an alternative place.

(1) Where it appears to the court that there is a good reason to authorise service by a method or at a place not otherwise permitted by this Part, the court may make an order permitting service by an alternative method or at an alternative place.

(2) On an application under this rule, the court may order that steps already taken to bring the claim form to the attention of the defendant by an alternative method or at an alternative place is good service".

[69] *Goodwin Law*, "High Court Delivers Guidance On Service Of Injunctions On 'Persons Unknown'," https://www.goodwinlaw.com/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٥/٨/٧

[٧٠] يطلق المشرع المصري مصطلح (الاعلان) بدلاً من (التبليغ)، ونرى ان المصطلح الأول اكثر دقة من الثاني، وهذا ما اوضحته المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري، حيث جاء فيها (ان المشرع اكتفى بلفظ (الاعلان) لأنه يشمل التنبيه والاخبار والتبليغ والاخطار والانذار والاعذار)، كذلك الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي د. احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط ٥، الاسكندرية، ١٩٨٧، ص ١١٠ ؛ د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، ط ١، الاسكندرية، ١٩٨١، ص ١٢، القاضي عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص ٢١٣.

[٧١] د.فتحي والي، المبسوط في قانون القضاء المدني، الجزء الأول، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٧ص ٣٦٩، ود عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص ١٥٨ .

مرسلة بوسائل تقليدية، فأنها تؤثر على الحقوق الموضوعية التي تُتخذ اجراءات التبليغ حماية لها[٧٢].

ومن هنا تتجسد فكرة الافتراض في تحقيق المصلحة العامة الوقائية من خلال رغبة المشرع باعتبار الخصم مبلغاً متى تم النشر في الصحف ووسائل الاعلام الأخرى وبذلك قطع الطريق على الشخص المماطل، كما حال دون الوقوع في الهدر الأجرائي لتفادي ضياع جهد ووقت الخصوم والقاضي عبثاً في حسم الدعاوى بوقت مفيد نسبياً.

كما نجد ان المشرع العراقي قد استخدم فكرة الاقتراض في حالة حضور الخصوم وهو ما نصت عليه الفقرة (١) من المادة (٥٥) بنصها (تعتبر المرافعة حضورية إذا حضر الخصم في اية جلسة ولو تغيب بعد ذلك).

كما نصت المادة (١٦١) من ذات القانون على (يتلى منطوق الحكم علناً بعد تحرير مسودته وكتابة اسبابه الموجبة في الجلسة المحددة لذلك، ويعتبر الطرفان مبلغين به تلقائياً اذا كانت المرافعة حضورياً، حضر الطرفان ام لم يحضرا في الموعد الذي عين لتلاوة القرار).

كذلك الأمر بالنسبة لقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٨٢) على (إذا حضر المدعى عليه في اية جلسة او اودع مذكرة بدفاعه اعتبرت الخصومة حضورية في حقه ولو تخلف بعد ذلك).

كما نصت الفقرة (١) من المادة (٨٤) من ذات القانون على (... ويعتبر الحكم في الدعوى في الحالتين حكماً حضورياً) ونص في الفقرة (٢) على (ويعتبر الحكم في الدعوى حكماً حضورياً في حق المدعى عليهم جميعاً).

اما قانون الاجراءات المدنية الفرنسي فقد نص في المادة (٤٧٢) على (اذا لم يحضر المدعى عليه ولم يقدم اي مذكرة، ولكن تبين للمحكمة انه قد تم تبليغه بشكل صحيح، فان المحكمة يمكن أن تصدر حكماً في مواجهته. ولكن يعتبر الحكم حضورياً اذا تبين ان الخصم قد سبق له ان حضر الاجراءات)[٧٣].

اما قانون الاجراءات المدينة الانكليزي فقد نص في المادة (٩ .٢٧) على (١ – اذا غاب طرف عن الجلسة النهائية بعد ان: أ–كان قد قدم اخطارا كتابياً للمحكمة وللطرف الاخر قبل موعد الجلسة بما لايقل عن سبعة ايام بعدم حضوره. ب– اذا كان قد قام بتبليغ الطرف الاخر، قبل موعد الجلسة بما لايقل عن سبعة ايام، باي مستندات اخرى سبق له تقديمها الى المحكمة. ج– اذا طلب في اخباره الكتابي من المحكمة ان تنظر الدعوى في غيابه، واكد التزامه بالفقرتين (أ) و (ب) اعلاه فان المحكمة ستاخذ بعين الاعتبار بيان الدعوى واي مستندات اخرى قدمها وتم تبليغها عند البت في الدعوى. ٣– اذا غاب المدعى عليه عن الجلسة او لم يقدم الاخطار المشار اليه في الفقرة (١) ، بينما أ– حظر المدعي الجلسة . ب – قدم المدعي الاخطار المشار اليه في الفقرة (١) يجوز

[٧٢] د.عصمت عبد المجيد بكر، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ص ٣٥٨.

[73] Article (472): "Si le défendeur ne comparaît pas, il est néanmoins statué sur le fond.

Le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime régulière, recevable et bien fondée".

للمحكمة البت في الدعوى بناء على ادلة المدعي وحده)[٧٤].

وتظهر المصلحة العامة الوقائية بافتراض المشرع لحضور الخصم واعتباره سبباً كافياً للمضي في نظر الدعوى وعدم جعل الدعوى رهينة بيد الخصم والقول بخلاف ذلك يعني بقاء الدعوى دون حسم لفترة طويلة فكان لابد من تضيق نطاق غياب الخصم عن المرافعة والتقليل من حالات اصدار الاحكام الغيابية التي تكون قابلة للاعتراض مما يترتب عليه إطالة أمد النزاع وضياع جهد ووقت القاضي عبثا[٧٥].

ونلاحظ ان قانون المرافعات المدنية العراقي قد نص في الفقرة (١) من المادة (٥٥) على ان حضور الخصم جلسة واحدة يكفي لاعتبار الحكم الصادر حضوريا (وهو ذات الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي، المادة (٤٧٢) من قانون الأجراءات المدنية الفرنسي)، وهذا بخلاف القانون المصري والانكليزي[٧٦] اللذين اعتبرا المرافعة حضورية في حال حضور الخصم احدى الجلسات او اودع مذكره او وثيقة او مستند بدفاعه ولو تخلف بعد ذلك. وبالمقارنة بين القانون العراقي والفرنسي من جهة وبين المصري والانكليزي من جهة اخرى، نجد ان موقف القانون المصري والانكليزي أكثر دقة اذا انهما قد وسعا من نطاق الحضور مما يساهم من التقليل من حالات الهدر الاجرائي فضلاً عن تقليل حالات الطعن بالحكم الغيابي.

اما بالنسبة للافتراض الضمني فقد لا يصرح المشرع بالافتراض في القاعدة القانونية، لكن القاضي

---

(74) Rule (27.9): "(1) If a party who does not attend a final hearing–

(a) has given written notice to the court and the other party at least 7 days before the hearing date that he will not attend;

(b) has served on the other party at least 7 days before the hearing date any other documents which he has filed with the court; and

(c) has, in his written notice, requested the court to decide the claim in his absence and has confirmed his compliance with paragraphs (a) and (b) above,

the court will take into account that party's statement of case and any other documents he has filed and served when it decides the claim.

(3) If –

(a) a defendant does not –

(i) attend the hearing; or

(ii) give the notice referred to in paragraph (1); and

(b) the claimant either –

(i) does attend the hearing; or

(ii) gives the notice referred to in paragraph (1),

the court may decide the claim on the basis of the evidence of the claimant alone".

[٧٥] جاء في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية العراقي للأخذ بها الافتراض بالقول : (قد ذهب القانون الى تضيق نطاق الغياب والاعتراض على الحكم الغيابي توفيراً لمراحل التقاضي واخذاً بما درجت عليه التشريعات الحديثة من الغاء الطعن بطريق الاعتراض على الحكم واختط القانون طريقاً وسطاً اعتبر فيه المرافعة حضورية في حتى المدعي والمدعى عليه إذا حضر في اية جلسة ولو تخلف في الجلسات التالية (م٥٥)، ذلك ان الحضور في احدى الجلسات كفيل بالتعرف بالدعوى وتتبع سيرها) .

[٧٦] المادة (٨٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري و المادة (27.9) من قانون الاجراءات المدنية الانكليزية .

يستخلصه بقصد تبرير حكمه وتطبيقه، بمعنى أن القاعدة القانونية وان لم تصرح بالافتراض فان حكمها يبنى عليه ضمناً، وذلك عندما يقوم القاضي برد القاعدة القانونية الى الاساس المنطقي الذي تقوم عليه، ويسمى هذا الافتراض (بالأفتراض المفسر) نظرا إلى الدور الذي يؤديه[٧٧].

فضلا عما تقدم لم تخلو جميع القوانين محل المقارنة من الاشارة إلى نزاهة القضاء ومظاهر الأمن القضائي، فالقانون وضع مبادئ عامة تؤثر بشكل عام بصحة وعدالة الاحكام القضائية وتسري على جميع النشاطات القضائية وحرر قواعد خاصة بشأن الاحكام القضائية التي تقوم عليها نزاهة القضاء واستقلاله، ومن اهمها مبدأ استقلال القضاء، الذي نص عليه القانون العراقي والقوانين المقارنة في اكثر من موضع قانوني، حيث نص قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (٢) على ان (القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون)[٧٨].

و هذا المبدأ يعد ضمانة هامة يرتكز عليها القضاء، على اساس انه لكي تتحقق المساواة والعدل في الاحكام القضائية، يستلزم ان يتمتع القاضي بالاستقلال التام والارادة السليمة في عملية اتخاذ القرار القضائي عند نظر الدعوى وتطبيق القانون[٧٩].

و عليه فقد حدد القانون العراقي جملة من الاسباب التي اوجب فيها على القاضي عند توافر اي منها ان يتنحى عن نظر الدعوى، وهو ما يعرف بالتنحي الوجوبي (عدم الصلاحية المطلقة) حيث نصت المادة (٩١) على (لا يجوز للقاضي نظر الدعوى ا – إذا كان زوجاً او صهراً أو قريباً لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة ٢– إذا كان له او لزوجه او لأحد اولاده او احد أبويه خصومة قائمة مع احد الطرفين او مع زوجه أو أحد اولاده او احد ابويه ٣– إذا كان وكيلاً لأحد الخصوم او وصياً عليه او قيماً او وارثاً ظاهراً له او كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة بوكيل احد الخصوم او الوصي او القيم عليه او باحد اعضاء مجلس ادارة الشركة التي هي طرف في الدعوى او احد مديريها. ٤ – إذا كان له او لزوجه او لأصوله او لأزواجهم أو لفروعه او ازواجهم او لمن يكون هو وكيلاً عنه او وصياً أو قيماً عليه، مصلحة في الدعوى القائمة ٥ – إذا كان قد أفتى او ترافع عن احد الطرفين في الدعوى او كان قد سبق له نظرها قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو كان قد ادى شهادة فيها)[٨٠] .

---

[٧٧] د. السيد عبد الحميد فوده، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، ط ا، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٥ .

[٧٨] النص ذاته ورد في الدستور العراقي بحسب المادتين (١٩ / اولاً،٨٨)، ونص عليه الدستور المصري في المادتين (١٨٤، ١٨٦) ولا مقابل له في قانون السلطة القضائية المصري؛ وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، ونص عليه الدستور الفرنسي النافذ لعام ١٩٥٨ في المادة (٦٤)؛ ولا مقابل له في قانون الاجراءات المدنية والتنظيم القضائي الفرنسي، ونص عليه في قانون الاصلاح القضائي الانكليزي لسنة ٢٠٠٥ في المادة (٣) ولا مقابل له في قانون الاجراءات الانكليزي .

[٧٩] د. اياد عبد الجبار الملوكي، قانون المرافعات المدنية، العاتك الصناعة الكتاب، القاهرة، ص ١٤ .

[٨٠] تقابلها المادة (١٤٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، و المواد (٣٣٩ – ٣٦٦) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي و المادة (٦– ١١١ L) من قانون التنظيم القضائي الفرنسي.

اما بالنسبة للقانون الانكليزي فلا تحتوي قواعد الاجراءات المدنية فيه على نص صريح يحدد الحالات التي يجب فيها على القاضي التحي بسبب قرابة او عداوة، ولكن المحاكم تعتمد على السوابق القضائية والمبادئ العامة المستقرة ضمن القانون العام.

حيث جاء في احد السوابق القضائية " تم الطعن في قرار صادر عن مجلس اللوردات لان احد القضاة مرتبط بمنظمة Amnesty International ، التي قدمت مرافعات في الدعوى، وكان زوج ابنته يعمل مع فرعها الخيري حيث تم رفض القرار واعيدت المحاكمة، رغم عدم وجود دليل على تحيز فعلي"[٨١].

كما ان المشرع زيادة في الحيطة ولدفع الحرج عن القاضي فقد سمح له اذا ما استشعر حرجا من نظر الدعوى ان يطلب تنحيته عن نظرها بحسب الاجراءات المنصوص عليها قانوناً، وهو ما يعرف بالتنحي الجوازي حيث نصت المادة (٩٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي على (يجوز للقاضي إذا استشعر الحرج من نظر الدعوى، لأي سبب، ان يعرض امر تنحيه على رئيس المحكمة للنظر في اقراره على التنحي)[٨٢].

وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية على انه" من حق القاضي اذا استشعر الحرج من نظر الدعوى ان يطلب تنحيه ويعرض امر التنحي على رئيس المحكمة للنظر في اقراره وفق المادة (٩٤) مرافعات"[٨٣].

كما أجاز المشرع لأطراف الدعوى طلب رد القاضي عن نظر الدعوى عند توافر احد الاسباب المنصوص عليها في المادة (٩٣) وهو ما يعرف (بعدم الصلاحية النسبية) إذ نصت على (يجوز رد القاضي لأحد الاسباب الاتية : ١ – إذا كان احد الطرفين مستخدماً عنده او كان هو قد اعتاد مؤاكلة احد الطرفين او مساكنته او كان قد تلقى منه هدية قبيل اقامة الدعوى او بعدها.

٢– إذا كان بينه وبين احد الطرفين عداوة او صداقة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل.

٣– إذا كان قد ابدى رأياً فيها قبل الأوان)[٨٤].

وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها " على القاضي ان يمتنع من تاريخ تلقيه طلب من الخصم لرده عن النظر في القضية لحين الفصل في هذا الطلب، وفي حالة رفضه او تجاهله فان القرار يحال مباشرة الى محكمة الاستئناف للفصل فيه دون اي تأخير "[٨٥].

---

[81] *In re Pinochet (No. 2), R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, [2000] 1 AC 119 (HL), Oral judgment 17 December 1998, Reasons delivered 15 January 1999.

[٨٢] تقابلها المادة (١٥٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادتين (٣٣٩، ٣٤١) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي والمادة (٧– ١١١ L) من قانون التنظيم القضائي الفرنسي.

[83] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٥٢٤/تنحية القاضي/٢٠١٠، جلسة ٢٠١٠/١٠/٢٧، منشور على موقع . تاريخ https://www.sirwanlawyer.com الالكتروني: الزيارة ٢٠٢٥/٨/٨.

[٨٤] تقابلها المادة (١٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمواد (٩ –٨–٧–٦–L١١١)(٩–L١١١)(١٠– ١١١ L) من قانون التنظيم القضائي الفرنسي .

[85] Cass. civ. 1, 12 juillet 2017, n° 16-22.966 Lexbase تاريخ الزيارة ٨/٢٠٢٥،٨.

وتتجسد فكرة الافتراض في تحقيق المصلحة العامة الوقائية بعدم السماح للقاضي اساساً من نظر الدعوى لتحقيق ضمانات التقاضي ومنع الخصم لاحقاً من الطعن في قرارات القاضي لوجود شبهة التحيز والمحاباة، لأن المصلحة العامة تقتضي أن تكون الاحكام عادلة ومقنعة للخصوم في ذات الوقت فهي حماية للقاضي من المتقاضين وحماية لهم من القاضي، اعمالاً لمبدأ حياد القاضي الذي يهدف لغاية موضوعية بحتة، الا وهي حماية الحقوق والمراكز القانونية ووزن مصالح الخصوم بالعدل ومعاملتهم على قدم المساواة، كما ان عدم السماح للقاضي بالاستمرار في دعوى تتعلق باقاربه واصهاره دليل واضح بعدم رغبة المشرع في النظر لدعوى مهددة بالإلغاء لاحقا وهو ما يترتب عليه ضياع الجهد والنفقات وهي مسألة تنبع من قاعدة الوقاية من الجزاء خير من علاج الاثار .

الخاتمة

وفي نهاية موضوع البحث الموسوم بـ (السياسة التشريعية الاجرائية لاعمال المصلحة العامة الوقائية) تم التوصل الى جملة من النتائج، وكذلك التوصيات التي نأمل ان ترى النور، وياخذ بها المشرع الاجرائي العراقي.

اولاً: النتائج

١- تعد فكرة الغاية من الوسائل والادوات الاكثر فعالية للحد من المغالاة في الشكلية ، حتى لا تتعقد الاجراءات وتزداد النفقات وذلك لدورها في الحد من الهدر الاجرائي، والتحرر من سطوة النصوص الجامدة قدر المستطاع، والعمل على تبسيط الشكلية في الاجراءات القضائية وصولا الى الهدف الاسمى وهو تحقيق القضاء العادل العاجل .

٢- باستقراء النصوص القانونية ، تشكل فكرة الغاية تاثيرا بارزاً حيث يمكن القول ان الغاية من تشريع اي حكم اجرائي هو حماية المصالح الخاصة من جهة ولتحقيق المصلحة العامة من جهة اخرى .

٣- كشفت لنا الدراسة ان عدم تفعيل فكرة الغاية يعني انحراف الشكل عن الاهداف التي حددها المشرع وما يترتب على ذلك من تبعات تمتد اثرها ليس على المتقاضين فحسب، بل تشمل العملية القضائية ككل.

٤- يعد الافتراض من الافكار والادوات المهمة التي يستعين بها الصائغ التشريعي، للتقليل من حالات الهدر الاجرائي، واعطاء اكبر قدر ممكن للنص المصاغ في اطار الخصومة الاجرائية ، لمواجهة الصعوبات الواقعية التي تتعلق بتطبيق احكام القانون.

٥- ان فكرة الافتراض تتمثل بوجود نص قانوني يقرر الافتراض، فهو وضع من صنع المشرع يهدف من خلاله الى ترتيب اثار قانونية معينة يتعذر الوصول اليها الا من خلاله، بقصد التوصل لتحقيق تنظيم قانوني على نحو معين.

٦- تبين ان الافتراض في قانون المرافعات المدنية ، يمثل فكرة اساسية وعامة، ويصعب الاستغناء عنه الان او في المستقبل لما يحققه من مزايا عملية ، لكنه في نفس الوقت له خطورته البالغة؛ لقيامه على اساس مخالف للحقيقة والواقع لذلك ينبغي ان يضل لجوء القانون اليه محصورا في نطاق ضيق، لايتم اللجوء اليه الا في حالات الضرورة لتحقيق العدل والنفع الاجتماعي والمحافظة على المصلحة العامة .

ثانيا: التوصيات

١- ندعو المشرع العراقي الى اعداد نظرية عامة شاملة لفكرة الغاية في المجال الاجرائي، لتكون اكثر تحقيقاً للاهداف المتوخاة منه في تبسيط الاجراءات القضائية، للحد من الهدر الاجرائي وذلك من اجل الحد من بعض الاثار السلبية للجزاء الاجرائي، وكذلك للحد من الاستعمال الكيدي للحقوق الاجرائية.

٢- ان العبارات التي صاغ بها المشرع الاجرائي موضوع تأجيل الدعوى لم تكن موفقة على الاطلاق، حيث تفتح هذه العبارات الباب امام التاويلات والاجتهادات، مما يؤدي الى هدر اجرائي، وما يترتب على ذلك من اثر سلبي في حسم الدعوى في وقت مناسب، لذلك ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (٦٢) من قانون المرافعات المدنية لتكون كالاتي (١- للمحكمة ان تؤجل الدعوى اذا وجدت ضرورة تستدعي ذلك او لاجل الحصول على اوراق او قيود من الدوائر الرسمية، ولها ان تأمر بموافاتها بهذه الاوراق او صورها الرسمية، ولو كانت القوانين والانظمة لاتسمح بالاطلاع عليها او تسليمها. ٢- للمحكمة ان ترفض طلب تأجيل الدعوى لذات السبب اكثر من مرة ، الا اذا وجدت ضرورة توجب التأجيل ، وفي كل الاحوال لايجوز ان تتجاوز مدة التأجيل (٢٠) عشرين يوماً).

٣- الافتراض القانوني بحسب تعريفه احتيال على الواقع وتزوير له، وهو بهذا يعد من اشد وسائل الصياغة القانونية تطرفاً، لكن مقابل ذلك نجد ان النص القانوني عند صدوره لايتصور ان يستوعب كل الوقائع التي تواجه المجتمع كما لابد ان يصاحب النص الجمود بعد فترة من الزمن مما يستدعي تعديله لمواكبة التطور، ولما كان التعديل ليس بالامر السهل ، لذا نرى انه لايمكن الاستغناء عن الافتراض كليا، وندعو المشرع الابقاء عليه والاخذ به في حدود الضرورة فقط ، كما ندعو القضاة بالاستعانة بهذه الفكرة لتطوير وتفسير القانون عند الضرورة.

٤- نقترح على المشرع العراقي اعادة صياغة نص الفقرة (١) من المادة(٥٥) من قانون المرافعات المدنية بان ينص على الحضور الافتراضي ليشمل الحضور الشخصي والحضور التمثيلي ويكون النص على النحو الاتي: (١- تعتبر المرافعة حضورية اذا حضر الخصم في اية جلسة او قام بايداع مذكرة (لائحة) بدفاعه ولو تغيب بعدها).

المصادر

اولاً: المصادر العربية

١. د.ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣.

٢. د.احمد ابراهيم حسن، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

٣. د.احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ط ٥، الاسكندرية، ١٩٨٧.

٤. د.احمد ابو الوفاء، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط ٦، ١٩٨٩.

٥. د.ادم وهيب النداوي و د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، ط ١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٥.

٦. د.ادم وهيب النداوي، المرافعات المدينة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.
٧. د.ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت.
٨. د.ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، ط ١، بغداد، ١٩٨٨.
٩. د.السيد عبد الحميد فوده، الافتراض القانوني بين النظرية والتطبيق، ط ا، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
١٠. د.اياد عبد الجبار الملوكي، قانون المرافعات المدنية، العاتك الصناعة الكتاب، القاهرة.
١١. بهار محمود فتاح، قيمة الخير في الفلسفة التشريعية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠١٤.
١٢. جو تيار عبدالله مصطفى، الافتراض في قانون المرافعات المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين _ اربيل، ٢٠٠٨.
١٣. د.حسين كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧١.
١٤. د.حيدر فليح حسن، ادوات القضاء في تطوير قواعد القانون المدني (فرنسا انموذجاً)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، المجلد (٣٤) ، العدد (٤)، ٢٠١٩.
١٥. خلف محمد ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض ، القاهرة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠.
١٦. د.سليمان مرقس، اصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج ٢، ط ٤، ١٩٨٦.
١٧. د.سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف ، الاسكندرية.
١٨. د.طلعت محمد دويدار، تأجيل الدعوى، منشاة المعارف، الاسكندرية.
١٩. د.عباس العبودي، شرح احكام قانون اصول المحاكمات المدنية، ط١، دار السنهوري، ٢٠١٥ .
٢٠. د.عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات المدني، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.
٢١. د.عباس العبودي، الدور الاجتهادي لاحكام محكمة التمييز الاتحادية في صياغة القاعدة القانونية للقانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون– جامعة بغداد، مجلد (٣٠)، العدد (٢)، ٢٠١٥.
٢٢. د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١ مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
٢٣. د.عبد الناصر توفيق العطار، الوجيز في تاريخ القانون، ج ١، مطبعة السعادة، القاهرة.
٢٤. د.عصمت عبد المجيد بكر، أصول الاثبات، ط ١، اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١٢.
٢٥. د.عصمت عبد المجيد بكر، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩.
٢٦. د.عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ٢٠١٤.
٢٧. د.عيسى خليل خير الله، روح القوانين، مطبعة شهاب – اربيل، ٢٠١٠.
٢٨. د. كاظم عبد الله حسين وشاكر نوري اسماعيل، اصول الصياغة التشريعية للقاعدة الاجرائية الجزائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون– جامعة بغداد، المجلد (٣٤)، العدد(١)، ٢٠١٩.
٢٩. د.فارس علي عمر، فكرة الغاية في قانون المرافعات المدينة، بحث منشور في كلية القانون والعلوم السياسية، كركوك المجلد ٨ العدد ٣١، ٢٠١٩.
٣٠. د.فايز محمد حسين، تاريخ النظم القانونية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٣١. د.فايز محمد حسين، فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
٣٢. د. قائد هادي دهشان، علياء يونس، الصياغة المرنة واثرها على التجريد في القاعدة الجزائية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، مجلد (٣٨)، العدد (٢)،٢٠٢٣ .
٣٣. د.محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠١٠٤.
٣٤. د.محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩.
٣٥. د.محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج ٢، دار الفكر العربي، ١٩٤٦.
٣٦. د.منذر الفضل، تاريخ القانون، ط٢، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
٣٧. د.نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، ط ١، الاسكندرية، ١٩٨١.
٣٨. القاضي ضياء شيت خطاب، فن القضاء، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، ١٩٨٤.
٣٩. القاضي عبد الرحمن العلام، قانون المرافعات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، ٢٠٢٣.
٤٠. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور، ط ١، دار السنهوري، ٢٠١٥.
٤١. القاضي لفته هامل العجيلي، إجراءات التقاضي في الدعوى المدنية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
٤٢. محمد شاكر محمود، مبدأ الغائية في الدفوع ، بحث منشور في حولية المنتدى، النجف الاشرف، العدد ٥٢، ٢٠٢٢.

ثانياً: المصادر الاجنبية

1. Adrian Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2020).
2. Carbonnier, Droit civil. Introduction, 7e éd., PUF, 1999.
3. François Terré, Introduction générale au droit, Paris: Dalloz, 2020.
4. Henri Motulsky, Méthode d'interprétation des lois (Paris: Dalloz, 1976).https://www.acdedp-paris.fr/p/rjcc.html?utm_source=chatgpt.com .
5. Peter Cane and Herbert Kritzer, eds. The Oxford Handbook of Empirical Legal Research. Oxford: Oxford University Press, 2010,.

ثالثاً: التشريعات

أ- التشريعات الوطنية

١- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٣- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.
٤- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.
٥- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

ب- التشريعات العربية

١- الدستور المصري لسنة ٢٠١٤ المعدل.
٢- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨,
٣- قانون السلطة القضائية المصري رقم (٤٦) لسنة ١٩٧٢.
٤- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(١٣) لسنة ١٩٦٨.
٥- قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

ج- التشريعات الاجنبية

١- الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.
٢- القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

٣- قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم(١١٣٤) لسنة ١٩٧٥.
٤- قانون التنظيم القضائي الفرنسي رقم ٢٠٠٩- ٥٢٦ في ١٢ مايو ٢٠٠٩.
٥- قانون التفسير التشريعي الانكليزي لسنة ١٩٧٨.
٦- قانون الاجراءات المدنية الانكليزي لسنة ١٩٩٨.
٧- قانون الاصلاح القضائي الانكليزي لسنة ٢٠٠٥.

رابعاً: القرارات القضائية

١. قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ٤٢٤/مستعجل/١٩٩٣ بتاريخ ١١ آب ١٩٩٣. منشور على الموقع الالكتروني almerja.com.
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٥٢٤/تنحية القاضي/٢٠١٠، جلسة ٢٧/١٠/٢٠١٠، منشور على موقع الالكتروني: https://www.sirwanlawyer.com.
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المدنية رقم ٣٥/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠ بتاريخ ٢٥ فبراير ٢٠٢٠." منشور على الموقع الالكتروني: https://www.sirwanlawyer.com/.
٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (١٥٠/ هيئة استئنافية/ ٢٠٠٩) بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١١، غير منشور.
٥. قرار محكمة النقض المصرية رقم ٥٢٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٠ فبراير ١٩٧٠ .
٦. قرار محكمة النقض المصرية رقم ٧٢١٣ لسنة ٨١ تاريخ الجلسة ١٤/ فبراير/ ٢٠٢٣ بوابة مصر للقانون والقضاء منشور على الموقع الالكتروني https://egyls.com .
٧. قرار محكمة النقض رقم ١٩٨٣ لسنة ٨٢ قضائية (جلسة ٢٣-٤-٢٠١٤) منشور على الموقع الالكتروني: https://lawyeregypt.net .
٨. قرار محكمة النقض رقم ٤١٥٩ لسنة ٨٨ قضائية (جلسة ١٢-١١-٢٠١٦)، منشور على الموقع الالكتروني awyerEgypt .

القرارات الاجنبية

1. Decision of the French Court of Cassation, Commercial Chamber, 12 February 2020, Case No. 17-31.614, published on the official website of *Légifrance*. https://www.acdedp-paris.fr/p/rjcc.html?utm_source=chatgpt.com .
2. Pourvoi n° 21-14.787." *Cour de cassation*1- march- 2023. على الموقع الالكتروني : https://www.courdecassation.
3. *Goodwin Law*, "High Court Delivers Guidance On Service Of Injunctions On 'Persons Unknown'," https://www.goodwinlaw.com/ .
4. *In re Pinochet (No. 2), R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, [2000] 1 AC 119 (HL), Oral judgment 17 December 1998, Reasons delivered 15 January 1999.
5. Cass. civ. 1, 12 juillet 2017, n° 16-22.966 Lexbase .
6. Mondaq, "High Court Reminds Us Of The Principles Of Res Judicata And Abuse Of Process," Mondaq, June 8, 2021, accessed August 7, 2025, https://www.mondaq.com/.