

جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة القادسية

كلية القانون

أتباع القاضى التفسير المتطور للقانون

(دراسة مقارنة)

رسالة مُقدمة

الى مجلس كلية القانون في جامعة القادسية وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

من قبل الطالب

كاظم محمد عبد الرضا الكفائي

بأشراف

أ. أسعد فاضل منديل الجياشي

أستاذ قانون المرافعات المدنية

۲۲۰۲م





﴿ وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلِ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِ لِي الْعَظِيمُ

(سورة الفرقان/الأية: ٣٣)

الإهداء

الى كل من حرص على مستقبلي

أبي وأمي وأخوتي

الى كل من علمني حرفًا

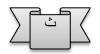
أساتذتي جميعًا

الى كل من ساندني في مسيرة البحث العلمي

ولو بكلمة

أهدي هذا الجهد العلمي المتواضع

الباحث



الشكر والثناء

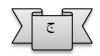
في البدء الحمد شرب العالمين، على توفيقي في أنجاز هذا العمل العلمي، داعيًا اياه أن يوفقني ليكون هذا العلم نفعًا للناس المتخصصين في القانون.

وبهذه المناسبة أسجل شكري وتقديري وكامل احترامي للسيد عميد الكلية الدكتور نظام جبار المحترم والسيد رئيس قسم القانون الخاص الدكتور عبد المهدي كاظم المحترم، لما قدماه لي من رعاية ونصح ودعم طيلة مدة الدراسة، كما أتوجه بشكري الى أستاذي المشرف ا. أسعد فاضل منديل المحترم لقبوله الإشراف على رسالتي ولما قدمه لي من فيض علمي قانوني دقيقٍ وإرشادي لغرض إكمال متطلبات البحث العلمي.

ومن الوفاء وجزء من رد الجميل أتوجه بشكري وكامل أمتناني الى أساتذتي في البكالوريوس والسنة التحضيرية في الماجستير، لما بذلوه من جهد كان سببًا في وصولي الى هذه المرحلة، ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر الى كادر مكتبة كلية القانون جامعة القادسية ومكتبة كلية القانون جامعة بغداد ومكتبة كلية الحقوق جامعة النهرين ودائرة البحوث والدراسات في مجلس النواب والى السادة القضاة والكوادر الإدارية في محكمة التمييز الاتحادية لقبولهم تزويدي بالقرارات القضائبة الحديثة.

كما أتوجه بشكري الى السيد رئيس اللجنة المحترم أ. د أحمد سمير والسادة أعضاء لجنة المناقشة المحترمون كذلك الى كوادر مكتبة المعهد القضائي، لما أبدوه من معونة علمية بتزويدي بنسخ من كتب وبحوث السادة القضاة.

وأخيرًا التمس العذر ممن ساعدوني وأسدوا لي الإرشاد والنصح ولم يتسنى لي ذكرهم، فلهم كامل الاحترام والتقدير والشكر الجزيل.



المستخلص

نتيجة عصر السرعة والتطور دخلت موجة من الوقائع المستحدثة التي افرزها التطور، وأصبحت النصوص القانونية عاجزة عن رفد هذه الوقائع بإحكام قانونية أو قد يكون الرفد بما لا يحقق العدالة القضائية المرادة.

فقد لفتت هذه الأمور المشرع العراقي، فعزز التشريعات بنص وجعل فيه إلزامًا للقاضي مفاده تطوير النصوص بتفسيرها تفسيرًا متطورًا مع عدم الانحراف عن المسار المرجو وذلك بمراعاة حكمة التشريع، إلا أنه لم يحدد ضوابط هذا التفسير ولم يضعه في قانون عام، فقد جعل نطاق النص عامًا وزجه بقانون خاص، الا وهو قانون الإثبات العراقي.

عليه القضاء العراقي ليسد تقليدية النص او يرفعها بحاجة في موارد عدة لتطوير احكام النصوص عن طريق تفسيرها تفسيرًا متطورًا وهذا ما لا يمكن أن نراه إلا في حال التحديد الدقيق لمعايير إعمال التفسير المتطور للقانون.

عليه عملت الدراسة على محاولة الوصول الى تأصيل نظري الى التفسير المتطور للقانون وكذلك تأصيلاً عمليًا، ثم ختمناها بجملة من الاستتناجات والتوصيات.



قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
V-1	المقدمة
٥٧-٨	الفصل الأول: الإطار النظري للتفسير المتطور للقانون
70-9	المبحث الأول: مفهوم التفسير المتطور للقانون
Y 1-1 •	المطلب الأول: المقصود بالتفسير المتطور للقانون
14-1.	الفرع الأول: تعريف التفسير المتطور
10-18	الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة من التفسير المتطور
Y1-17	الفرع الثالث: نطاق التفسير المتطور
70-77	المطلب الثاني: تمييز التفسير المتطور للقانون مما يشتبه به
70-77	الفرع الأول: تمييزه من التفسير التقليدي
٣٠-٢٥	الفرع الثاني: تمييزه من الأجتهاد القضائي
٣٥-٣٠	الفرع الثالث: تمييزه من القياس
٥٧-٣٦	المبحث الثاني: شروط التفسير المتطور للقانون
٥٣-٣٦	المطلب الأول: تحقق مبررات التفسير المتطور للقانون
٤٠-٣٧	الفرع الأول: الغموض الموجب للتفسير المتطور
٤٧-٤١	الفرع الثاني: التعارض الموجب للتفسير المتطور
٥٣-٤٨	الفرع الثالث: النقص الموجب للتفسير المتطور
٥٧-٥٤	المطلب الثاني: مراعاة الحكمة من التشريع



00-05	الفرع الأول: المراد بحكمة التشريع
0V-07	الفرع الثاني: مبتغى حكمة التشريع
111-01	الفصل الثاني: أعمال التفسير المتطور للقانون
VY-09	المبحث الأول: وسائل التفسير المتطور للقانون
77-7.	المطلب الأول: الوسائل الأصلية في إعمال التفسير المتطور للقانون
7٣-7.	الفرع الأول: أستخدام القاضي للمنطق القضائي
77-7 {	الفرع الثاني: استعانة القاضي بالمبادئ العامة للقانون
VY-7V	المطلب الثاني: الوسائل المساعدة في أعمال التفسير المتطور للقانون
V\V	الفرع الأول: الأعمال التحضيرية
VY-V1	الفرع الثاني: المصادر التاريخية للنصوص القانونية
111-44	المبحث الثاني: أثر أعمال التفسير المتطور للقانون
91-75	المطلب الأول: أثره في النصوص الإجرائية
۸٧-٧٤	الفرع الأول: أثره في تفعيل الإدارة الإلكترونية للإجراءات القضائية
91-44	الفرع الثاني: أثره في الحد من مغالاة التمسك بالشكلية
1.4-97	المطلب الثاني: أثره في الحد من الجزاءات الإجرائية
9 ٤ – 9 ٢	الفرع الأول: التعريف بالجزاء الإجرائي
1.4-90	الفرع الثاني: التفسير المتطور وسيلة للحد من الجزاء الإجرائي
111-1.5	المطلب الثالث: الرقابة على التفسير المتطور للقانون
1.4-1.5	الفرع الأول: جهة الرقابة على التفسير المتطور للقانون



111-1.4	الفرع الثاني: الزامية الرقابة على التفسير المتطور للقانون
174-117	الخاتمة
144-145	المصادر
А	المستخلص باللغة الانكليزية





بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على محمد والمحمد الطيبين الطاهرين، أما بعد:

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة وبيان أهميتها:-

ان على القاضي البحث عن الدوافع والمبررات من وجود النص ومحاولة الملائمة مع المستجدات والظروف الواقعية في المجتمع، وفي الوقت نفسه الحفاظ على حكمة التشريع عن طريق البحث وفق أدوات سليمة تجعل من النص لا ينحرف تفسيره عن حكمته مع ضرورة تدارس النص من قبل قاضي الموضوع للتأكد من تحقق مبررات هذا التفسير القضائي المتطور كون ما يترتب على هذا التفسير من آثار تتوزع على جانبين الجانب الأول تحقيق العدالة الناجزة والتطبيق السليم للنصوص القانونية وهذا الأثر المترتب ينعكس على العمل القضائي سلبًا أو أيجابًا على حسب رصانة التفسير المتبع من قبل القاضي.

أما الجانب الثاني فيتمثل في أن هذا التفسير يُشكل الوصول السريع من قبل المشرع الى مشاريع تعديل قوانين غاية في التطور والدقة وبقدر ما يكون التفسير رصينًا ومتطورًا يكون المشرع قد وصل الى وضع نصوص متطورة وبجهد أقل ودقة تنسجم مع التطور الحاصل في المجتمع.

هذا وتظهر أهمية موضوع الدراسة في كونه يعالج الزامًا قانونيًا غاية في الأهمية وهذا الإلزام سلاح ذو حدين فلو أجيد أعماله يكون الحكم على جادة الصواب ولو أهمل أو فعل بطريقة لا تنسجم ومقوماته يكون الحكم منحرفًا عن جادة العدالة القضائية، وعليه فلابد من دراسة مستفيضة لهذا الإلزام كونه يمثل مستقبل الحفاظ على التطبيق السليم للنص القانوني وكذلك تبرز الأهمية عند الإتيان بمحددات دقيقة لهذا الإلزام تنظم عمل القاضي عند إعماله التفسير المتطور في محاكم الموضوع، فتسليط الدراسات القانونية صوبه قد يؤدي الى توسع نطاقه عمليًا، وعلى الرغم من





أهميته وإتيان المشرع بنص صريح مطلق إلا انه يعاني من غياب الضوابط الواضحة في التطبيق القضائي وانطلاقًا من البديهي المتفق عليه عقليًا القائل بعدم أمكانية الالمام بجميع الوقائع أو الافتراضات المستقبلية من قبل المشرع، تظهر أهمية هذا الموضوع في معالجة أي قصور أو تعارض أو غموض يظهر عند محاولة تطبيق نص قانوني على واقعة، اي أنه ظهر نتيجة ظروف محيطة واقعية مستجدة تجعل من القاضي غير قادر على الإتيان بحكم عادل متطور وفقًا للنظرة القانونية وعادل متطور نسبيًا عند النظر اليه واقعيًا.

ثانيًا: إشكالية موضوع الدراسة:-

تتحصر أشكالية موضوع الدراسة، في عدم وضوح مدى أمكانية محاكم الموضوع في تفعيل التفسير المتطور او متى يكون القاضي ملزمًا ولا مناص للتخلي عن هذا التفسير هذا ولعدم وجود مبررات واضحة تفترق عن مبررات تفعيل التفسير التقليدي للنص، والامر هذا جعل من التفسير القضائي المتطور منحسرًا حقيقةً في محاكم الطعن ولا ظهور له على مستوى محاكم الموضوع نتيجة الضبابية التي أصابت هذا الإلزام، عليه ولما يقتضيه التطبيق العملي القضائي للتفسير المتطور ورغم ذلك لا يوجد تأسيس صريح لمبرراته وتمييزه ظهرت إشكالية الدراسة بصورة جلية، حيث دأبت المحاكم على أصدار أحكام وفق نصوص تقليدية مما جعلها عرضة للنقض من قبل المحاكم المختصة بالطعن.

هذا وتمتد الإشكالية أكثر من ذلك في أن هدف المشرع العراقي هو التفسير المتطور للنصوص التشريعية إلا ان ذلك لا نجد له بيئة تشريعية مناسبة، فعلى الرغم من هدفه السامي إلا ان معالجته كانت ليست بالدقيقة وذلك لزجه هذا الإلزام زجًا غامضًا جزافيًا دون أدنى تسهيل





تشريعي يُمكِن القاضي من تحقيق الهدف المراد من وضع هكذا إلزام، فقد جاء في غير محله، حيث جاء في قانون خاص وهو يمثل مبدأ عامًا يسري على النصوص الإجرائية والموضوعية.

هذا على عكس القوانين المقارنة التي أعطت القاضي السلطة الواسعة في التفسير عن طريق وضعها لنصوص بصياغة مرنة تكون بيئة قانونية مناسبة لتطوير الأحكام.

ثالثًا: تساؤلات الدراسة: -

- ١. ما هي الأسس أو القواعد أو الشروط التي يستند اليها القاضي في أتباعه التفسير المتطور
 للقانون؟
 - ٢. ما المقصود بالتفسير القضائي المتطور؟
- ٣. هل يعد التقسير المتطور الذي جاء به قانون الإثبات الزامًا جديدًا أم أنه تأكيدًا للالتزام السابق؟
 - ٤. ما هو نطاق إمكانية إعمال التفسير القضائي المتطور؟
 - هل كان المشرع العراقي موفقًا في زج هذا الإلزام في القوانين الخاصة؟
- ٦. ما الذي يُشكله التفسير المتطور من أثر على مسار التشريع او مشروعات تعديل النصوص النافذة؟
 - ٧. ما الذي يميز التفسير القضائي المتطور من التفسير التقليدي؟
 - ٨. ما الذي يميز التفسير القضائي المتطور من الاجتهاد القضائي والقياس؟
 - ٩. متى يكون القاضي مازمًا بالتفسير المتطور؟
 - ١٠. هل تنطبق الشروط التقليدية في التفسير على التفسير المتطور؟
 - ١١. هل بإمكان القاضي مراعاة الحكمة التشريعية في معناها العام في كل تشريع ؟





- ١٢. ما هو دور المنطق القضائي في تطوير النص القانوني؟
 - ١٣. هل للمبادئ العامة دور رئيس في تطوير النصوص؟
- 11. هل أهتم المشرع العراقي بوسائل التفسير المتطور، بصورة تنسجم مع تأكيده على تطوير النصوص في قانون الإثبات؟
- 10. هل بإمكاننا ان نتصور أثرًا للتفسير المتطور في تفعيل إجراءات التقاضي الالكترونية وتبسيط الشكلية ؟
- ١٦. من هي الجهة التي تُركن اليها الرقابة على التفسير المتطور، وما هي طبيعة الرقابة،
 ومدى الزاميتها؟

رابعًا: الدراسات القانونية السابقة: -

عند البحث في المصادر العلمية وجدت دراستين سابقتين، وقمت ببدأ دراستي من حيث انتهت هذه الدراسات جاعلين منها منطلقًا مهمًا في نتائجنا العلمية، حيث اعتمدت منهجًا تكامليًا من حيث النتائج التي توصلت اليها، بمعنى انني التقيت ببعض النقاط مع هذه الدراسات للوصول الى النتائج، وهذه الدراسات كالآتى:

الدراسة الأولى:

- أسم المؤلف: عواد حسين ياسين العبيدى.
- عنوان المؤلّف: إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط١،دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦م.

❖ الدراسة الثانية:

أسم المؤلف: جويتار عبدالله مصطفى أمين.





- عنوان المؤلف: فلسفة التفسير المتطور لنصوص قانون المرافعات المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة دهوك، ٢٠١٩م.

سادسًا: منهجية الدراسة:-

أتبعنا في بحثنا لموضوع الدراسة المنهج التحليلي المُقارن مع القوانين الموضوعية، وذلك للوصول الى حلول قانونية ناجعة، حيث قارنت الدراسة مع القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل، كأساس للمقارنة كون ما يدور عليه عنوان دراستنا نجد أساسه في هذه القوانين المقارنة، وتحديدًا كانت المقارنة والتحليل في نص المادة(٣) من قانون الأثبات العراقي والمادة (١/١) من القانون المدني العراقي مقارنة بالمادة (١/١) في كل من القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

وما قدمناه يُعد أساسًا للمقارنة والتحليل، أما في أثناء بحثنا بمنهج تحليلي مقارن نلجأ الى المقارنة بين القوانين الأجرائية التي تكون المواد المنقدمة الذكر (أساس المقارنة) هي أساس لتطويرها، حيث تمت المقارنة بين قانون المرافعات المدنية العراقي ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٦ المعدل وقانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٨ المعدل، وذلك لكون كل منهما له من الحداثة والعمق، حيث أمتاز وبالأخص القانون الإماراتي بحداثة النصوص القانونية المعالجة لكثير من الأمور المتطورة مما يجعل من دراستي متطورة، فيها من التغذية العلمية القانونية الحديثة، كذلك ساهمت هذه القوانين في إيجاد حلول قانونية وضعناها على شكل مقترحات لتعديل نصوص قوانين إجرائية وموضوعية عراقية،





وبالإضافة لذلك فقد أوردت في الدراسة التوجهات الحديثة للمحاكم المختصة في الطعن فقد تناولنا(٢٠) قرارًا تمييزًا حديثًا، غذى الدراسة بفيض من الدقة القانونية وراعيت الحداثة في التوجهات التطبيقية العملية القضائية لتكون الدراسة على قدر عالي من الانسجام وتطور المجتمع المنشأ للظروف المحيطة بالوقائع التي ينظرها القضاء.

سابعًا: هيكلية الدراسة:-

اعتمدت في تقسيم رسالتي تقسيمًا ثنائيًا للفصول، حيث تناولت في الفصل الأول الاطار النظري للتفسير المتطور للقانون وذلك في مبحثين، تضمن المبحث الاول مفهوم التفسير المتطور للقانون أما للقانون، مقسمًا على مطلبين، تناولت في المطلب الأول منه المقصود بالتفسير المتطور للقانون أما في المطلب الثاني فقد تناولت تمييز التفسير المتطور للقانون مما يشتبه به.

اما المبحث الثاني فقد تضمن شروط التفسير المتطور للقانون مقسمًا على مطلبين، تناولت في المطلب الأول منه تحقق مبررات التفسير المتطور للقانون اما في المطلب الثاني فقد تناولت الشرط الثاني المتمثل في مراعاة الحكمة من التشريع.

وفي الفصل الثاني أعمال التفسير المتطور للقانون وذلك في مبحثين، تضمن المبحث الأول وسائل التفسير المتطور للقانون مقسمًا على مطلبين، تناولت في المطلب الأول الوسائل الأصلية في أعمال التفسير المتطور للقانون أما في المطلب الثاني فقد تناولت الوسائل المساعدة في أعمال التفسير المتطور للقانون.

أما المبحث الثاني فقد تضمن أثر إعمال التفسير المتطور للقانون مقسمًا على ثلاثة مطالب لاقتضاء الحاجة لذلك، تناولت في المطلب الأول أثره في النصوص الإجرائية وذلك في





فرعين ، تتاولت في الفرع الأول أثره في تفعيل الإدارة الإلكترونية للإجراءات القضائية، أما الثاني تتاولت فيه أثره في الحد من مغالاة التمسك بالشكلية، وفي المطلب الثاني بحثت أثره في الحد من الجزاءات الإجرائية وختامًا في المطلب الثالث تتاولت فيه الرقابة على التفسير المتطور للقانون،.

وهذه هي معالم الرسالة، انتهيت بخاتمة تضمنت أهم النتائج والمقترحات قريبة الأمد





الفصل الأول

الإطار النظري للتفسير المتطور للقانون

تمهيد وتقسيم:

يعد مصطلح التفسير المتطور من المصطلحات المعروفة شكلاً في الأثبات القضائي العراقي فقد كان التفسير المتطور داخل نطاق منظومة الأثبات المدني إلا انه لم يشار اليه صراحة الا بعد صدور قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل وهذا الإلزام قد افرزه التطور الذي ظهر في المجتمع، ونتيجة للتطور بات لزامًا ضرورة التأكيد عليه في نص صريح واضح أي بمعنى ان التفسير المتطور كمصطلح صريح نجد جذوره في قانون الاثبات العراقي إلا انه كفكرة وجوهر نجده في معظم القوانين الوضعية التي سبقت هذا القانون(١١)، لذلك اصبح من اللازم الوقوف على حقيقة هذا المصطلح ليكون لدينا التصور الكامل والحقيقة الواضحة للوقوف بوجه الاجتهادات التي فتتت أبعاد المشرع العراقي وحكمته من وضع هكذا نص.

والأهمُ من ذلك في مضمار بحثنا العلمي لابد من أن تكون لنا محاولة علمية جادة لوضع محددات وضوابط وأبعادًا قانونية نستلهمها من عمق التطبيق العملي وفلسفة البحث النظري لنمهد من خلالها الدخول الى جوهر التفسير المتطور وتفكيك جزئياته لنخلق مسار سليم ويسير عند الركون اليه من قبل القضاء العراقي أثناء التصدي للوقائع العملية المستحدثة التي من جل معوقات التصدي لها غموض النص او قصوره أو تعارضه.

¹⁻ منها القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ المعدل ولكن بصياغة أقل وضوحًا من قانون الأثبات العراقي وسنبين ذلك في بحثنا للتأصيل القانوني للتفسير القضائي المتطور.





عليه ولما تقدم من تفصيل علمي للمراد الوصول اليه في هذا الفصل، سنعمل على تقسيمه على مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم التفسير المتطور للقانون وفي المبحث الثاني شروط التفسير المتطور للقانون.

المبحث الأول

مفهوم التفسير المتطور للقانون

مما لا خلاف فيه ان تطبيق القانون من قبل القضاء عند النظر في الدعوى ما هو الا صورةٌ عملية او مظهر عملي لنص القانون فيبعث في الأخير الحياة والتكيف مع صلب الواقعة.

وتطبيق القانون لا يمكن ان يكون سليمًا اذ لم يكن مُنطلقه سليمًا قويمًا ومنطلق التطبيق السليم القويم هو الوقوف على حدود النص أي بمعنى تحديد النص على سبيل الدقة و معرفة طاقته من حيث دخول الدعوى محل النظر في نطاقه من عدمه.

والامور سابقة الذكر لا يمكن ان يعملها القاضيي اذا لم يركن الي التفسير القضائي^(١) وهذا الأخير بدوره يوضح ما أبهم من الفاظ النص القانوني و يكمل ما اقتضب منه و يرفع التعارض الذي قد يجده القاضى بمناسبة تطبيق النصوص و يخرج الأحكام بما ينسجم و الحكمة من النص (۲).

لذلك وعلى وفق ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الاول المقصود بالتفسير المتطور للقانون وفي المطلب الثاني تمييز التفسير المتطور للقانون مما يشتبه به.

١ – ينظر : ضياء شيت خطاب، فن القضاء، بلا طبعة، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد،١٩٨٤م، ص٦٤. ٢- ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري بك، علم أصول القانون، بلا طبعة، مطبعة فتح الله ياس نوري و أولاده، مصر، ١٩٣٦م، ص ١١٨ وما بعدها.





المطلب الأول

المقصود بالتفسير المتطور للقانون

لا يمكن ان ينكر الفرد أن المجتمعات طبيعتها متحركة ومتغيرة وهذا التحرك او التغير نتيجة طبيعية لتغير الكثافة السكانية والمعاملات المرتبطة بها ومن ثــتم يترتب على ما تقدم ضرورة تطوير روح النص مع الحفاظ على ذات النص لمواجهة التطور الذي يطرأ على الوقائع التي يحكمها النص وهذا لا يمكن اعماله إلا بوجود التفسير المتطور للقانون.

عليه سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول تعريف التفسير المتطور وفي الفرع الثالث سنتناول الفرع الثاني موقف التشريعات المقارنة من التفسير المتطور اما في الفرع الثالث سنتناول نطاق التفسير المتطور.

الفرع الأول

تعريف التفسير المتطور

يعد الغموض والقصور والتعارض خللاً يعتري التشريع لابد من أن يواجه بمعالجة قانونية سليمة ومن هذه المعالجات المعالجة القضائية عن طريق التفسير المتطور للقانون وإلا عُد القاضي ممتنعًا عن أحقاق الحق وهذا ما أقرته المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية التي جاء فيها عدم الجواز لأي محكمة ان تمتنع عند نظر الدعوى المعروضة امامها من أصدار الحكم فيها وتسبب مرجع ذلك فقدان النص او قصوره او غموضه لان في هذه الحالة يُعد القاضي منكرا للعدالة أي ممتنعًا عن أحقاق الحق وذهب المشرع بأكثر من ذلك تشددًا عندما جعل التأخير غير المشروع في





اصدار الحكم يعد امتناعًا عن أحقاق الحق^(۱)، وهذا الخلل الذي يمكن ان يعترض محور جوهر عمل القاضي مرده في أغلب الأحيان الى ما طرأ من تغيرات على ظروف الحياة التي وجدت النصوص لوجودها ومن ثـتم يبرز دور القاضي هنا في أعمال التفسير المتطور للقانون ليحتوي مُجمل ما برز في الواقعة المعروضة امامه من تطور يخرج ونطاق النص القانوني ويصدر حكم قضائي مُسبب ومنطقي ينسجم والحكمة من التشريع^(۲).

وتفسيرًا لذلك يجب على القاضي ان يحاول قدر الإمكان الوصول الى توائم منهجي عملي بين التفسير القضائي المتطور وحكمة التشريع من خلال تقصيه الارادة الدافعة للمشرع والغايات عند وضعه للنص المراد تفسيره (۲) أي البحث في الاساس العقلي الموجد للتشريع وهنا يكون القاضي قد أعطى للنص بعدًا يلائم ما أستجد في المجتمع مع التقيد بما فرضه المشرع على هذا التفسير القضائي المتطور من ضرورة عدم الخروج عن الحكمة التشريعية (٤) وبذلك يكون النص قد أكتسب مع الزمن معنى واسعًا متجددًا يعالج الحالات الجديدة فالأخيرة تحتاج الى نصوص قانونية متطورة، فليس من المنطق ان يكون النص رافدًا بالأحكام لكل جزئية في المجتمع فمن هنا برزت

_

¹⁻ حيث نصت المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أنه (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه إلا عُدَ القاضي ممتنعًا عن أحقاق الحق، ويعد أيضًا التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعًا عن إحقاق الحق).

٢- حيث نصت المادة (٣) من قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه (الزام القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون، ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه).

٣- ينظر: د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)،
 بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩م، ص ٢٠.

٤- ينظر: د. عبد الرحيم حاتم الحسن، شرح قانون الأثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت،١٩٧٩م، ص٥٥.





أهمية التوائم بين ظروف المجتمع المتجددة والنص القانوني النافذ^(۱) وهذا المتقدم ذكره كله مصداق للقول القائل بأن" التشريع ابعد نظرًا من المشرع"^(۲) وهذا على المستوى العملي القضائي يعني ان للقاضي دورًا أيجابيًا بالتفسير بغية الوصول الى حكم عادل لتجنب النقض الذي تقرره المحكمة المختصة بالطعن نتيجة تغافل التفسير المتطور^(۳).

وهكذا يتبين من خلال ما سبق أن ما جاء في المادة (٣) من قانون الاثبات هو من أكثر مبادئ الاثبات حداثة وتأكيدًا صريحًا لمدى أهمية الأخذ بالمرونة التفسيرية للتشريع مع الأخذ بنظر الاعتبار الرقابة التي تجريها المحاكم المختصة بالطعن على هذه المرونة، هذا ولم نجد في الفقه المقارن تعريفًا للتفسير المتطور إلا أن الفقه العراقي قد جاء بتعريف لهذا الالتزام بأنه" هو أن يفسر القاضي النصوص القانونية بحيث يوائم بمضمونها بما طرأت من تغييرات على المجتمع، أي ملاءمة النص القانوني و ظروف المجتمع الجديد"(أ) الا إن هذا التعريف رغم ما وضحه لهذا الألتزام الا ان فيه ضعفًا، حيث ورد في التعريف "هو ان يفسر القاضي" وسكت، ففي هذا السكوت جعل التفسير المتطور كحالة التفسير التقليدي حيث ان الأخير يلجأ اليه القاضي قبل كل تطبيق للنص وبدون استثناء وكان من المفترض أن يكون التعريف هو "تفسير القاضي لنص تقليدي بغرض تطويره"، فهنا يكون التعريف أكثر أنسجامًا مع أهمية هذا الألتزام.

¹⁻ ينظر: عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط١، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠١٩م، ص ٢٨٢ و ص ٢٨٣.

۲- ينظر: د. ادم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، ج٢، ط٢، مطبعة دار
 القادسية، بغداد، ١٩٨٦م، ص٦٢.

٣- ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧م، ص ٤٤.

٤ - ينظر: ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٦٥.





واستخلاصًا لما سلف يمكن أن نضع تعريفًا للتفسير المتطور للقانون ملخصه هـو الملائمـة التـي يحققها القاضـي بـين مفردات النصـوص القانونيـة والظروف الأجتماعيـة المستحدثة بما ينسجم مع حكمـة التشريع وفقًا لإمكانيـة القاضـي القانونيـة القادرة على الأخذ بالنص للأبعاد المجتمعيـة المتجددة التـي فرضـت عليـه تطويـع الـنص وتطويره .

الفرع الثاني

موقف التشريعات المقارنة من التفسير المتطور

تماشيًا مع ما تم ذكره قد يبدو للوهلة الأولى ان المشرع بفرض التفسير المتطور على القاضي قد أتى بقاعدة قانونية جديدة الا أنه عند التقصي والتركيز نرى العلاقة الوطيدة بين المادة (۱) من القانون المدني العراقي والمادة (۳) من قانون الأثبات العراقي سالفة الذكر حيث أن الواضح إن نطاق النص التشريعي لا يقتصر على اللفظ فقط بل يتوسع ليشمل اللفظ والفحوى (۱).

وبعد أستعراض موقف القانون العراقي، من القوانين المقارنة محل الدراسة نجد أنها قد أنت بالالتزام نفسه حيث أن المادة الأولى من القانون المدني المصري^(۲) قد جاءت مطابقة شكلاً ومضموناً الى المادة الأولى من القانون المدني العراقي ومضموناً مع المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الأماراتي^(۳)، فقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ما تقدمنا به

٢- حيث نصت المادة (١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل على أنه (تسري النصوص
 التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها)..

۱- حيث نصت المادة (۱/۱) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل على انه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).

٣- حيث نصت المادة (١) من قانون المعاملات المدنية الأماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها).





بصورة جلية عند التعليق على نص المادة الأولى من القانون حيث جاء فيها " أن الإشارة الى روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من أشارة المادة الثالثة من التقنين المدني الإيطالي سنة ١٩٣٨ الى نية المشرع، فهذه النية أمر مستتر يُفترض وجوده في الغالب، وقد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان، وقد لا تدعو الحاجة للوقوف عليه في بعض الحالات، فالواقع ان النص متى خرج من يد واضعيه أتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الأجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها"(۱).

وتوضيحًا لموقف المشرعين العراقي والمصري فقد ذهب رأي أن قصد المشرع العراقي والمصري في هذا انه يريد في اللفظ، التفسير الحرفي الدقيق او المنطقي، إلا أنهم لم يوفقوا الى مرادهم في ذلك بفعل صياغتهم للنص لأن النصوص لا تسري على العلاقات القانونية باللفظ كونها مجرد قالب للمعنى وأنما تسري على العلاقات القانونية بمنطوقها ومفهومها، وإن مقصده من الفحوى هو روح النص وحكمته إلا انه كذلك لم يكن موفقًا بتعبير "فحواها" كون لم يشمل إلا صورة واحدة من دلالات النصوص بهذا التعبير الا وهي أن الحكم في ما سكت عنه أقوى مما هي عليه في المنطوق به (۱)، وبعد ما تقدم فالفحوى بمعناها روح النص وحكمته هي التي تنظبق والتفسير المتطور للقانون ففحوى النص هي حرية القاضي في التفسير ومراعاة الحكمة من التشريع ومن الممكن المقصود بالنصوص المتقدمة بفحوى النص هي كل الدلالات الأصولية التي من الممكن

¹⁻ ينظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، بلا طبعة، ج١ (الباب التمهيدي)، أحكام عامة من المادة (١-٨٨)، منشورات وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب، مصر، ص١٨٨.

۲- ينظر: نقلاً عن د. مصطفى أبراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، بلا طبعة، مطبعة شفيق، بغداد،
 ۱۹۸۲م، ص ۲۲ وما بعدها.





أستخلاصها من المعاني القريبة منها و البعيدة التي يحتويها النص اي الانغماس في صلب روح النص للوصول للحكم (۱).

فعلى القاضي عندما يتعارض ظاهر النص مع روحه، عليه أن يحاول وفق تفسيره، لتطبيق النص مراعاة روح النص قدر الإمكان وعدم استبعادها أو تناسيها عند التطبيق (٢).

عليه أقترح على المشرع العراقي تعديل النص المادة (١/١) من القانوني المدني العراقي لتصبح أكثر شمولية لدلالات النصوص والتي تنص على أنه (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها) ليكون النص بالصيغة الآتية: (يمتد حكم النصوص الواردة في هذا القانون على منطوق ومفهوم الفرضيات التي تتناولها).

ومما تقدم من عرض نجد أن المشرع العراقي في المادة الثالثة من قانون الأثبات قد جاء بمبدأ سبق ان جاء ضمنًا في القانون المدني العراقي إلا ان ما يميز ذكر هذا المبدأ في قانون الأثبات هو التأكيد والتوضيح لهذه الفلسفة التي سارت عليها غالبية القوانين وكذلك من العرض للتشريعات المقارنة وجدنا ان فحوى النص في قصد المشرع هي ذاتها روح النص وتتقارب لا بل تنسجم والتفسير المتطور للقانون، بمعنى ان التشريعات المقارنة ايضًا سعت جاهدة بطريقة أو بأخرى في تقنين هذا الإلزام المهم ضمنًا واعتمادها على أمكانية القاضي ودرايته وفكره المتطور الناصع بالعلم فالقاضي اما ان يكون اسيرًا للنصوص وأحكامه عرضة للنقض أو ان يكون نبراسًا يهتدى به للعدالة المعاصرة، المنسجمة والتطور، والتي تعد جوهر عمله.

¹⁻ ينظر: د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي)، بلا طبعة، مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية، بغداد،١٩٨٢م،ص ٢٢٥ و ص٢٧٧ وما بعدها.

²⁻Douglas Walton, Fabrizio Macagno and Giovanni Sartor, Statutory Interpretation (Pragmatics and Argumentation), Cambridge University Press, UK:2008, p.38, p39& p40.





الفرع الثالث

نطاق التفسير المتطور

بعد العرض المتقدم للمقصود بالتفسير المتطور وبيان ما يعطيه للقاضي من دور إيجابي في تطوير النص، أصبح من اللازم علينا أن نبين نطاق هذا التفسير المتطور من ناحية أي القوانين التي يشملها أيقتصر على القوانين الأجرائية أم يمتد الى القوانين الموضوعية؟

وهذا يمكن أن نجيبه بعد تفصيل ما جاء به قانون الاثبات حيث الزم في المادة (٣) منه القاضي بتفسير النص تفسيرًا متطورًا مراعيًا في ذلك حكمة التشريع^(١)، وبعد الرجوع للأسباب الموجبة نجد أن هذا الإلزام جاء استجابة صريحة لقانون اصلاح النظام القانوني العراقي^(٢)، حيث أوجب هذا الأخير في الفصل الأول بالبند (٢) على ضرورة توحيد أحكام الأثبات في المسائل المدنية والتجارية وتبسيط الشكليات وإقرار مبدأ المساواة وكذلك أوجب في الفصل الثاني منه بالبند (٢) على ضرورة توسيع سلطة المحكمة في تسيير الدعوى^(٣).

١- ينظر: المادة (٣) من قانون الأثبات العراقي.

٢- ينظر: الأسباب الموجبة لقانون الأثبات العراقي والتي نصت على أنه (تنفيذًا لأحكام إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ الذي أوجب توحيد أحكام الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص، تقوم قواعده على تبسيط الشكليات، وإقرار مبدأ المساواة بين المتقاضيين، فقد وضع هذه القانون.....).

٣- ينظر: الفصل الأول/ البند ٢و الفصل الثاني/ البند٢ من قانون أصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧. جدير بالإشارة أنه رغم ما قدمه القانون في وقت تشريعه من تقدم و تطور للتشريعات النافذة بعد العمل به وتعديلها وفقه الا انه في الوقت هذا أنسحب عنوانه ضمنًا كون التمسك بأنه قانون لإصلاح النظام القانوني في الوقت الحالي مُعرى من محتواه بفعل الظروف الأجتماعية و السياسية والاقتصادية التي تغيرت كذلك توجه الدولة الذي تغير من الاشتراكية الى نظام الأقتصاد الحر، وبفعل هذا الإصلاح بقت الدولة تقود المجتمع بقوانين اشتراكية لتنظيم قطاعات المجتمع مما جعل الفجوة تكبر والاختراقات وعجز النصوص تبرز، مما يجعلنا ذلك امام تحدي مهم يُنتصر عليه في إقرار قانون أصلاح نظام قانوني جديد يكون له من الثقل ما كان لقانون رقم(٣٥) ولكن بأفكار تنسجم وسياسة الدولة الحالية.





وكل ما تقدم هي اهداف وضع من أجلها المشرع الإلزام بالتفسير المتطور لتحقيقها، لكن النص لم يبين النطاق حيث جاء مطلقًا ومن ثـتم فالمطلق يجري على أطلاقه، هذا من جانب استقراء النص الملزم للتفسير المتطور أما من جانب قانون المرافعات المدنية فالزم القاضي بضرورة أصدار الحكم العادل والنأى بعيدًا عن أنكار العدالة التي يمكن أن يحدث لعدم أصدراه الحكم او التأخر في أصداره^(۱)، ففي حالة عدم تفسير النص وتطويره لا يمكن للقاضي أن يبسط الشكليات في القوانين الأجرائية ولا يمكن ان يُسير الدعوى لإصدار حكم عادل وفق نص قانوني نافذ فيجب ان يفسر النص ويطوره ليجعله ينطبق والواقعة محل النزاع، بمعنى أخر ان القضاء يكون أعماله للتفسير المتطور سواء كان النص إجرائيًا ام موضوعيًا ذلك لأطلاق النص المتعلق بالزام القاضى بالتفسير المتطور وكذلك تحقيقًا للهدف الذي جاء لأجله المشرع الا وهو اصلاح النظام القانوني عن طريق تشريع قانون الأثبات وذلك بتوسيع سلطة المحكمة بتطوير النصوص، لأن التمسك بالحرفية وكذلك الحكم وفق نصوص تقليدية يعد أنكار للعدالة لكن بصورة لا تظهر للعيان، عليه لتحقيق أهداف القانون يسرى هذا النص على القوانين الموضوعية والإجرائية وقد دأبت محكمة التمبيز الأتحادية على سريان نطاقه على القوانين الموضوعية في معرض تطبيق قانون التقاعد

١ – ينظر: المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

الذي نص على ان خلف المتوفى هم الزوج والزوجات والأبن والبنت والأم والأب والأخير هو الأخ

أو الأخت اذا كان المتوفى أعزب وتوفى والداه قبله^(٢)، إلا النص هنا سكت في حالة أذا كان الزوج

٢- ينظر: المادة (١٣) من قانون التقاعد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ المُلغى و التي تطابقها و تقابلها المادة (٢٦) من قانون التقاعد الموحد رقم ٩ لسنة ٢٠١٤ المعدل حيث نصت على أنه (أولاً: خلف المتوفى الذين يستحقون الراتب التقاعدي هم:...... و- الأخ او الأخت اذا كان المتوفى أعزب و توفى والداه)، حيث جاء هذا التفسير في معرض تطبيق المادة (١٣) من القانون الملغى ودأبت لجان تدقيق قضايا المتقاعدين على الأخذ به مما شكل ذلك مبدأ جديد يحقق ما يصبو اليه قانون التقاعد.





مُطلق لزوجته وتوفى ووالداه توفي قبله فهل يستحق الأخ أو الأخت ذلك، فلجان تدقيق قضايا المتقاعدين عمدت الى رفض طلبات الخلف في مثل هذه الحالة إلا ان محكمة التمييز الأتحادية شملت هذا القانون الموضوعي بالتفسير المتطور وجعلت الأخ المتوفى المُطلق بحكم الأعزب تحقيقًا لحكمة تشريع النص هذا حيث جاء في قرارها أنه (يعتبر الشخص المطلق بمثابة أعزب عند استشهاده وذلك باتباع التفسير المتطور للقانون الذي نص قانون الأثبات على وجوب أتباعه من قبل القاضي وأن يراعي في ذلك الأسباب الموجبة لتشريع القانون) (۱).

هذا ويُشكل ما تقدم قرارًا متطورًا من نص تقليدي، عليه لابد من أنتباه المشرع العراقي عليه وتعديل نصت المادة (٢٦) من قانون التقاعد الموحد رقم ٩ لسنة ٢٠١٤ المعدل بإضافة فقرة ثانيًا ليكون النص بالصيغة الآتية: (أولاً: خلف المتوفى الذين يستحقون الراتب التقاعدي هم: أ. النوج أو الزوجات ب. الأبن ج. البنت د. الأم هد. الأب و. الأخ أو الأخت إذا كان المتوفى أعزبًا وتوفى والداه.

ثانيًا: يُعد المتوفى الوارد ذكره في الفقرة (و) المُطلق قبل وفاته بحكم الأعزب لأغراض تطبيق هذا القانون).

ومن ثم نتيجة لما تقدم نصل الى وضع حد نهائي الى نطاق التفسير المتطور حيث يسري هذا التفسير المتطور على القوانين الموضوعية والإجرائية على حدٍ سواء، إلا أنه لا يسري على الأثبات الجزائي نظرًا للخصوصية التي قضت فصله عن الأثبات المدني او القواعد العامة المدنية الأ انه من الممكن أن يسري هذا الإلزام على الأجراءات المتعلقة في محاكم الجزاء في ما أذا خلى قانون أصول المحاكمات الجزائية من نص، ورجع في التطبيق الى قانون المرافعات كونه

۱- ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٧١١/ الهيئة المدنية/ منقول/تقاعد/٢٠١٣ في ٥٠/٩/٢٥ عير منشور.





المرجع للقوانين الأجرائية وفقًا للمادة الأولى منه، وبعد الرجوع وجد أن النص المراد تطبيقه تقليديًا لا يفي تطبيقه لأيجاد حكم عادل للواقعة المستحدثة ومن ثلَم يصبح من اللازم تطويره، وهذا الأفتراض الأخير الذي تقدمنا به ليس من الغريب في ظل التطور المستمر في المجتمع، ونسوق مثالاً يمكن أن يلوح التطبيق في ظل تطور وسائل التواصل الاجتماعي فمن موجبات رد القاضي حالة الصداقة بين القاضي وأحد الخصوم لكن لم نجد الحكم الواضح فيما يخص الصداقة على أحد مواقع التواصل الاجتماعي فبعد الرجوع لنصوص قانون المرافعات المدنية لرد القاضي الجزائي نجد أن النص تقليديًا فلم يبين هل الصداقة الافتراضية موجبة للرد ام لا، فهنا يبرز دور المحكمة المختصة في تطوير النص وشمولها للحالة المتقدمة إلا اننا في الواقع لم نشهد مثل هكذا تطبيقات قضائية في المحاكم العراقية (١).

١- ففي العراق وبعد أن أنتشر أستخدام مواقع التواصل الاجتماعي ومع قيام بعض القضاة باستخدام تلك الوسائل بأسمائهم وصفاتهم القضائية فقد قرر مجلس القضاء الأعلى في جلسته بتاريخ ٢٠١٤/٣/٣١ قرارًا تضمن عدم قيام السادة القضاة وأعضاء الإدعاء العام بإسناد صفاتهم القضائية الى أسمائهم في صفحات التواصل الاجتماعي والتحفظ عن الأشتراك في مثل تلك الصفحات وتجنبها قدر الإمكان تلافيًا للإساءة التي قد تصدر عن تلك الوسائل، وهذا ما تضمنه الاعمام الصادر عن هيأة الإشراف القضائي بالعدد ١٥٥٥ في ٢٠١٤/٤/٣، وتم التأكيد على ذات الأمر في جلسة مجلس القضاء الأعلى المنعقدة في ٢٠١٧/١/١٧، والتأكيد عليه بشكل مفصل بتاريخ ٢٠٢١/٢/٢٥ وهو ما تضمنه الاعمام الصادر عن مكتب السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى بالعدد ٢٠٢/مكتب/٢٠١ في ٢٠٢١/٣/٣، هذا في ما يخص العراق أما الدول العربية ومنها مصر فقد أصدر المجلس الأعلى للقضاة في مصر في عام ٢٠١٤ أعمامًا حذر فيه القضاة وأعضاء النيابة العامة من استغلال وسائل التواصل الاجتماعي وشكل لجنة من عدد من القضاة لمتابعة ذلك، وفي ما يخص ذلك في الدول الاخرى فقد كان لهذه الأمر الجدال الواسع وأشهر ما ورد في ذلك من جدل هي الدعوى التي حدث في الولايات المتحدة الأمريكية في ولاية ويسكونسن والتي كان موضوعها وجود علاقة صداقة عبر الفيسبوك بين القاضي وأحد أطراف الدعوى حيث صدر في هذا الأمر قرار من المحاكم العليا في ٢٠١٩/٢/٢٠ نص على أنه (ان قبول القاضي الصداقة في بيئة الفيسبوك من قبل أحد المتخاصمين خلف يقينًا كبيرًا بانحراف الحياد الفعلى لديه) ، نقلاً عن غالب عامر الغريباوي، المساس بالمؤسسة القضائية عن استخدام القاضي لوسائل التواصل الاجتماعي، مقال منشور في مجلة حمورابي، مجلة نصف سنوية تصدرها جمعية القضاء العراقي، السنة الثانية، العدد الأول، ٢٠٢١م، ص٨_ص٠١٠.





عليه ومن معطيات ما تقدم أرى بضرورة تعديل الفقرة (٢) و (٣) من نص المادة (١) من القانون المدنى العراقي والتي جاء فيهما على أنه (١٠٠٠٠ ماذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٣.وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) لتكون الصيغة النهائية للنص بعد تعديل فقراته الموجودة وإضافة فقرة، كالآتي: (١.يمتد حكم النصوص الواردة في هذا القانون على منطوق ومفهوم الفرضيات التي تتناوله. ٢. التزام القاضي بالتفسير المتطور عند تطبيق النص التشريعي على الواقعة محل النزاع، التزامًا ينسجم والحكمة التشريعية، حتى لو نص القانون على خلاف ذلك ما لم يُخالف ذلك نظام الحل والحرمة. ٣. فأذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة وفقًا للاجتهاد القضائي بمقتضى العرف فأن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فأذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٤. وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية)، وبهذا التعديل يكون نطاق التفسير القضائي المتطور يمتد على جميع القوانين الموضوعية والإجرائية جميعها ولا مجال لأنكار امتداد نطاقه كونه جاء بنص عام وبقانون يُعد المرجع.

وكذلك تعديل الفقرة (٢) و (٣) من المادة (٩٣) في قانون المرافعات استجابة للتطور الحاصل في العلاقات الاجتماعية والتي نصت على أنه (٢.إذا كان بينه وبين أحد الطرفين عداوة أو صداقة يرجح معها عدم استطاعة الحكم بغير ميل ٣. إذا كان قد أبدى رأيًا فيها قبل الأوان) ليكون النص بالصيغة الآتية: (يوجز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية: ١. ٢. إذا كان بينه





وبين أحد الطرفين عداوة أو صداقة واقعية أم افتراضية يرجح معها عدم استطاعة القاضي الحكم بغير ميل. ٣. إذا كان قد أبدى رأيًا فيها قبل الأوان واقعيًا ام افتراضية أو ابدى مداخلة أو موافقة صريحة أم ضمنية في واقعة مشابهة لها منشورة في مواقع التواصل الاجتماعي).

جدير بالإشارة ان تدارس ما تنتجه التطبيقات القضائية من مبادئ وصياغة نصوص جديدة تحل محل النصوص التقليدية أو المعيبة يشكل أمر غاية بالأهمية لصيانة الحق من الأنكار غير المباشر للعدالة عن طريق الحكم بنصوص تقليدية لا تصلح والتطور المستمر وثورة الحداثة المتسارعة في آثارها.





المطلب الثاني

تمييز التفسير المتطور للقانون مما يشتبه به

أن البحث الذي نقوم به في هذا الفصل المتمثل في أيجاد الاطار النظري للتفسير المتطور للقانون، لا يمكن ان نصل فيه الى النتيجة المرجوة إلا بعد وضع المعنى الدقيق للتفسير المتطور بتمييزه مما يشتبه من معاني بعض النظم القانونية.

عليه في هذا المطلب سنعمل على تمييز التزام التفسير المتطور للقانون عما يشتبه به وذلك في ثلاث فروع سنخصص الأول لتمييزه من التفسير التقليدي أما الثاني لتمييزه من الأجتهاد القضائي والفرع الثالث سنخصصه لتمييزه من القياس.

الفرع الأول

تمييزه من التفسير التقليدي

من البديهي أن القاضي لغرض الوصول الى الحكم العادل وقبل كل شيء يكيف الواقعة محل النزاع الى النص الذي يحكمها وهذا التكبيف لا يمكن أن يتم الا بعد ان يقوم القاضي بتفسير النص الا ان هذا الأخير قد يتداخل مع محور دراستنا المتمثل بالتفسير المتطور، إلا انه لا يمكن أن نصدق على ذلك لما لهذين المفهومين من عدة فوارق يمكن أن نلاحظها، ففي بادئ الأمر علينا أن نبين تعريف هذا التفسير التقليدي الذي يعد من لوازم عمل القاضي اليومي، حيث يُعرف التفسير التقليدي للنص على أنه" توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما أقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزاءه المتناقضة"(۱) ويعرف أيضًا على أنه "الأستدلال من قبل القاضي على الحكم القانوني والحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ

١- ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للقانون، ط١، الوفاء للطباعة و النشر، القاهرة، ٢٠٢٢م، ص٤٢٣.





التي عبر بها المشرع عن ذلك"^(۱)، مما يعني ذلك ان النص القانوني يحتاج الى التفسير أيًا كان مصدره قبل البدأ في تطبيقه وذلك لرسم حدود تطبيقه واستخلاص ما في النص من حلول للواقعة المعروضة أمام القضاء وهذا عن طريق جمع من العمليات الذهنية التي يقوم بها القاضي بأتباع قواعد علمية ليصل الى غرض النص^(۲)، كل ذلك يعني النقل الذي يقوم به القاضي للنص من المحيط النظري العام الى الواقعية التي يقتضيها تطبيق القانون^(۳).

وانسجامًا مع كل ما تقدم قد يظهر التداخل في مضامين التفسيرين إلا انه في واقع الحال يوجد اختلاف شاسع فالتفسير التقليدي ضرورة على القاضي متى ما بدى النص للقاضي عدم دقته في التعبير عن إرادة المشرع مما يستدعي ذلك الوصول الى المعنى الصحيح عن طريق البحث والتدقيق إلا ان هذا القول لا يعني المناداة باستعادة فكر المشرع القانوني وقت وضع التشريع لأن ذلك زعم من الخيال لا ينطبق والحقيقة الا في حالة عدم مرور الوقائع التي يحكمها النص بالتطور فالاتجاه الحديث أخذ باستقلال النص عن واضعه مما يجب على القاضي البحث عن المعنى الحالي عن طريق النظر الى أرادة القانون(أ)، اما موجبات التفسير المتطور فتفترق عما تقدم في التفسير التقليدي ففي المتطور يجعل القاضي من مضمون النص أوسع مما هو عليه في ذهن المشرع يعني ذلك كل ما أفرزت التطورات وقائع جديدة متمثلة بتجارب إنسانية محدثة أو معرفة

¹⁻ ينظر: د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية،ط٣، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٨م،ص١٩٧.

٢- ينظر: د. محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الأسلامية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ٢٣ وما بعدها.

٣- ينظر: د. أياد عبد الجبار الملوكي، قانون الأثبات، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص١٧. ٤- ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، دور القاضي المدني في تفادي حالات أنكار العدالة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة حمورابي، مجلة نصف سنوية تصدر من جمعية القضاء العراقي، السنة الثانية، العدد الثاني، ٢٠٠٠م، ص٨٩و ص٩٩٠.





علمية حديثة يلجأ القاضي لتطوير النص عن طريق هذا التفسير، وذلك لمواجهة الأوضاع الجديدة بنصوص متطورة (1) حيث ذهبت محكمة التمييز الأتحادية معرف المحامين الى التفسير التقليدي في معرض تفسير المادة $(A\xi)^{(7)}$ من قانون المحاماة على انه لا يجوز ان يتولى العضو عضوية مجلس النقابة أكثر من دورة، وذلك استشفته من نص المادة سالفة الذكر التي جاء بها على أنه يُنتخب النقيب والاعضاء في مجلس النقابة الاصليون والاحتياطيون لمدة ثلاث سنوات (7).

كذلك في قرار أخر لها في معرض تفسير نص المادة (٢٦/أولاً/و) من قانون التقاعد الموحد النافذ في أن النص المتقدم الذكر جاء مطلقًا والمطلق يجري على إطلاقه ومن ثبً وضعت إيضاحًا لما جاء فيه من شروط ولم تفسره تفسيرًا متطورًا كما قد بينا في قرار سابق لها في معرض تفسيرها لذات النص (٤)، أي بمعنى المحكمة في كلا القرارين بينت المقصود بالنص ثم طبقته ومن ثبً ما لجأت اليه هو التفسير التقليدي ولم تلجأ الى التفسير المتطور كونها لم تعالج

١- ينظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص٦٥.

حيث نصت المادة (٨٤) من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل على أنه (ينتخب النقيب و الأعضاء الاصليون و الاحتياطيون لمدة ثلاث سنوات ولا يجوز انتخاب النقيب اكثر من مرتين متتاليتين اعتبارًا من تاريخ نفاذ هذا القانون).

٣- ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد٢٣/٣٣/٣٤/٥٣/ هيئة شؤون المحامين/٢٠٢٢ في عرض تفسيرها وإيضاحها ٤ ٢٠٢٢/٣/١٤ م، الذي جاء في مضمونه (ان الأسباب الموجبة لقانون المحاماة في معرض تفسيرها وإيضاحها نص المادة المذكورة أشارت الى ان هؤلاء جميعًا والمقصود بهم النقيب والاعضاء الأصليون والاحتياطيون ينتخبون لمدة سنتين (أصبحت لاحقًا ثلاثة) بغية الاتاحة لباقي الاعضاء والكوادر الفرصة في تولي شؤون النقابة)، غير منشور.

٤- ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد٥٤٠ / الهيئة المدنية/ ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٨/١٧، الذي جاء في مضمونه (ان النص المذكور جاء مطلقًا حيث أشترط لمنح الراتب التقاعدي ان يكون المتوفى أعزب وتوفى والداه ولم يشترط ان تكون وفاة الوالدين قبل وفاته لمنح شقيقه الراتب التقاعدي)، غير منشور.

جدير بالإشارة هنا ان التفسير المتقدم جاء تقليديًا وذلك متأتٍ من أن النص لا يحتاج الى تطوير في ما يخص الواقعة المعروضة، على العكس من تداخلات الواقعة المعروضة والذي فسر النص الذي يحكمها قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٧١١/ الهيئة المدنية/ منقول/تقاعد/٢٠١ في ٢٠١٣/٩/٢٥، سابق الذكر تفسيرًا متطورًا، وهذا يُظهر جليًا الفرق بين التفسير التقليدي والتفسير القضائي المتطور.





مسائل مستجدة أنما مجرد إيضاح لمفاهيم النص دون تطويره أو اضافة حكم او فرضية له، وهذا هو مقصد ما تقدمنا بشرحه.

وبعد كل ما تقدم يبدو لنا الاختلاف ما بين المفهومين في ان التفسير التقليدي يلجأ اليه القاضي في العمل اليومي لحل كل ما يعتري الذهن من الشك في عدم دقة مراعاة المعنى الظاهر للنص لإرادة المشرع ، إلا ان التفسير المتطور على عكس ذلك فلا يمكن للقاضي أن يوظفه في العمل القضائي عند تكييف النص ولا يصبح عليه التزام بأعماله الا في حالة اذا كانت الواقعة المراد تحديد النص الذي يحكمها فيها من التطور يجعل من هذا النص غامضًا او ناقصًا او متعارض، وهذا يمكن معرفته بعد أن يفسر القاضي أبتداءً النص تفسيرًا تقليديًا، بمعنى ان التفسير القضائي المتطور لا يعمل به إلا اذا وجد أمر مستجد لابد أن يحكم بتفسير مستجد يوسع من نطاق النص ويطوره بصورة واضحة مع مراعاة الحكمة من التشريع، الا أن الحكمة لا يأخذ بها القاضي بل يراعيها عند التطوير ويلتزم بالمعنى الذي أستخلصه من النص ذاته المُفسر.

الفرع الثانى

تمييزه من الأجتهاد القضائي

يعرف الأجتهاد القضائي على أنه (بذل قاضي محكمة الموضوع كل ما في وسعه لإصدار الحكم القضائي في الدعوى المنظورة من قبله عند فقدان النص الذي يحكم الواقعة أو في حالة غموضه غموضًا يتعذر معه التفسير)(۱)، فكما ذكرنا سابقًا أن احكام قانون المرافعات المدنية تُلزم القاضي بإصدار الحكم في الدعوى المعروضة أمامه ولا يجوز له الامتتاع عن أصدار حكم قضائي لغموض او فقدان النص التشريعي ولما تقدم وبغية أتزان وديمومة العمل القضائي وعدم

^{1 -} ينظر: عباس الداقوقي، الأجتهاد القضائي (دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي معززة بالتطبيقات القضائية)، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت،١٨٠ ٢م، ص ٤٠.





انقطاع أحكامه وضع المشرع العراقي مصادر قانونية أخرى غير النص المُشَرع ليُمكن القاضي من أحقاق الحق بالرجوع لها وتتمثل تلك المصادر بالعرف المجتمعي و مبادئ الشريعة الأسلامية الغراء وقواعد العدالة وهذه المصادر يتوجب على القاضي الرجوع اليها عند عدم وجود نص تشريعي يحكم الدعوى المنظورة أمامه (۱).

بالإضافة الى ذلك هنالك مصادر أخرى يؤخذ بها على سبيل الأستئناس في كثير من الأحوال لا ترتقي من حيث الإلزام الى المرتبة التي توجد فيها المصادر الاحتياطية التي وضعها المشرع في المادة الأولى بفقرتها الثانية من القانون المدني، حيث أجاز المشرع العراقي في ذات المادة بفقرتها الثالثة على انه يجوز للمحاكم ان تسترشد بالأحكام التي يكون مصدرها الفقه وكذلك القضاء في العراق وفي ذات الوقت في الدول التي تتقارب مع العراق في قوانينه بغية الوصول الى حكم عادل (۲)، وعلى نفس المنوال ذهب المشرع المصري في ترتيبه للمصادر الاحتياطية وفي السياق ذاته ذهب المشرع الأماراتي الى أنه في حال اذا لم يجد القاضي نصاً يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى الشريعة الأسلامية على ان يراعي المذاهب التي حددتها المادة الأولى من قانون علمالات المدنية وإنْ لم يجد في كل ذلك حُكم حَكَمَ بمقتضى العرف مع مراعاة على ان كل عرف يكون خاص بأمارة يكون حاكمًا لها(۲).

_

^{1 -} حيث نصت المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي على أنه (فأذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فأذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الأسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فأذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

٢- حيث نصت المادة (٣/١) من القانون المدني العراقي على أنه (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء و الفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

٣ - حيث نصت المادة (٢/١) من القانون المدني المصري على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه،
 حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).





ولعل التطرق الى ما تقدم ذكره يفرز لنا سؤالاً مفاده هل الرجوع الذي يقوم به القاضي الى المصادر الأحتياطية متقدمة الذكر هو تفسير قضائي متطور أم اجتهاد قضائي؟ للإجابة عن هذا التساؤل لابد من القاء النظر على النصوص التي حددت نطاق الأجتهاد ضمنًا حيث جاء في المادة الثانية من القانون المدني العراقي على أنه لا يوجد مبررات أو مسوغات للاجتهاد في مورد النصوص التشريعية (۱) إلا انه عند استقراء نصوص القانون المدني المصري نجده سكت عن مثل هكذا نص فلم يقل بجواز او بعدم الجواز للقاضي بالاجتهاد إلا ان القضاء المصري قد أيد ما تقدم ومنع الأجتهاد والتفسير في النصوص القطعية فقد جاء في قرار لمحكمة النقض على أنه في النص قاطع الدلالة لا مجال للخروج عنه وفي ذات الوقت لا يمكن ان نجنح الى تفسيره و نستهدي بحكمته والأخيرة لا يمكن الأستهداء بها الا في حالة الغموض او اللبس في النص (۱) وفي السياق نفسه وأكثر خصوصية ما ذهبت البه المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الأماراتي التي منعت الأجتهاد في مورد النص قطعي الدلالة (۱) ومن مفهوم المخالفة للنصوص المتقدمة نجد ان نطاق الأجتهاد قد حدده المشرع العراقي في منطقة فقدان النص أي في حالة فقدان النص

وفي ذات السياق نصت المادة (۱) من قانون المعاملات المدنية الاماراتية على أنه (......فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الاسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الامام مالك والامام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الامام الشافعي والامام ابي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة . فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصًا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة).

١- حيث نصت المادة (٢) من القانون المدني العراقي على أنه (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص).

٢- ينظر: قرار محكمة النقض المصرية/ دائرة السبت المدنية (أ)، الطعن لسنة ٨٤ قضائية رقم ١٤٣٢٥ في ٢٧ فبراير سنة ٢٠٢١م،حيث جاء فيه (النص الواضح قاطع الدلالة عدم جواز الخروج عليه أو تأويله، و الأستهداء بالحكمة التي أملته وقصد الشارع منه عدم جواز اللجوء اليهما الا عند غموضه أو وجود لبس فيه)، غير منشور.
 ٣- حيث نصت المادة (١) من قانون المعاملات المدني الأماراتي على أنه (..... ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة......).





التشريعي إلا أنما يؤخذ عليه أنه جاء بعباراتٍ عامة لم يحدد فيها هل أن النص القطعي أم الظني إلا ان الفقه جاء بالقول على ان المقصود بالنص هنا هو النص قطعي الدلالة و ما جاء به من عموميات كان لابد من تفصيلها(۱).

هذا وقد يذهب البعض على العكس مما تقدم أن الأجتهاد هو نتيجة للتفسير القضائي وأن الأجتهاد هو من مبرزات مخاطر الأمن القضائي وذلك في حال العدول المفاجئ عنه والأخير نتيجة للتفسير المواكب للتطور، مما يعني ذلك ان العدول المفاجئ والذي يشكل خطرًا على الأمن القضائي هو نتيجة التفسير وبهذا يعني أن الاجتهادات القضائية هي نتاج تفسيرات قضائية متطورة (۲)، وهذا لا يمكن ان نتفق معه لسبب بسيط الا وهو ان القانون العراقي كما بينا قد حصر الأجتهاد وفق المعطيات العلمية اعلاه في حالة اللانص أما التفسير فهو نتاج تحليل النص اي من داخل مضامين النص لا خارجه.

ومن ثم ومما سبق تفصيله يظهر ان المشرع الاماراتي قد انسجم وقول الفقه العراقي وأكد ذلك في النص على انه لا يجوز الاجتهاد في مورد النص قطعي الدلالة ثم من مفهوم المخالفة فأنه اجاز الأجتهاد في حالة فقدان النص وفي مورد النص ظني الدلالة على عكس المشرع العراقي الذي جاء بعموميات على حد تعبير الفقه الا أننا رغم ذلك نتفق مع موقف المشرع العراقي مع جل التقدير لموقف الفقه والقوانين المقارنة وحسم الأمر المتقدم أرى حسن ما فعل المشرع العراقي بحصر نطاق الاجتهاد في حالة فقدان النص وهذه الحالة الاخيرة استنتجناها من

¹⁻ ينظر: د. مصطفى أبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج١، ط٥،المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة، ص٤٤١ و ص٤٤٢. و د. عدنان أبراهيم عبد جاسم الجميلي، الأجتهاد في مورد النص (دراسة أصولية مقارنة)، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٩٩٨م، ص٤٠ وما بعدها.

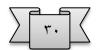
٢- ينظر: د. صفاء مهدي محمد الطويل، الطعن لمصلحة القانون في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، ط١، دار الوارث، ٢٠١٩م، ص٢٨٦٠.





مفهوم المخالفة لنص المادة الثانية منقدمة الذكر، وبناءً عليه فأنه في حالة النصوص الظنية يبرز دور القاضي في معالجة الاحتمالات الواردة للأحكام عن طريق تقريب وتحليل ومراجعة الحكمة من التشريع والظروف المستجدة للوصول الى اكثر الأحكام المحتملة في النص الظني، تتلاءم مع الواقعة، هذا وقد يُشكل البعض على ما تقدم بخصوص النص الظني بالقول أن التحليل والتقريب مع مراجعة الحكمة لا يعد تطويرًا للنص ومن ثــًم لا يعد تفسيرًا متطورًا الا أننا نجيب على ان الاحتمالات الواردة في النص الظني يختلف القاضي في اختيارها من زمن الى أخر نتيجة التطور المجتمعي ليختار أيهما الأكثر انسجامًا مع الحكمة من التشريع في زمن عرض الواقعة محل النزاع على القضاء.

ويعد ما تقدم ورغم التقارب والتواشج يبرز لنا جوهر الاختلاف بين الأجتهاد القضائي والتقسير القضائي المتطور فالأخير يكون مجال أعماله في حالة الغموض والنقص والتعارض الذي قد يصيب النصوص القانونية نتيجة الظرف المستجد الذي عصف بالواقعة التي يحكمها النص القانوني او نتيجة الغموض او التعارض الذي جاء وليدًا مع تشريع النص على عكس ما بيناه في ان نطاق الأجتهاد القضائي هو حالة اللانص في القانون العراقي وفي حالة اللانص والنصوص الظنية وهذا المستقر عليه عند القضاء المصري وعند المشرع الأماراتي في حالة فقدان النص والنص الظني والأخير مرجعه بأن يحتمل أكثر من معنى او أكثر من حكم من ثــتم يفرض علينا الأجتهاد لتحديد أي معنى مراد من بين هذه المعاني أو الأحكام، وفق موقف المشرع الأماراتي والفقه العراقي، إلا انه وفق موقف المشرع العراقي والذي نتفق معه فلا مساغ للاجتهاد القضائي في مورد النص بالتالي ففي حالة وجود نص ظني فلا مساغ للاجتهاد لأن المشرع أتى بعمومية جعلت وجود النص القطعي والظني كمانع للاجتهاد.





عليه أقترح تعديل نص المادة (٢) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص) ليكون النص بالصيغة الآتية: (١. لا يجوز الأجتهاد عند وجود النص ٢. يترك للقاضي في النصوص الظنية حرية أختيار الحكم المحتمل الوارد في النص وفقًا للقواعد العامة للتفسير مع مراعاة حكمة التشريع).

الفرع الثالث

تمييزه من القياس

يُعرف القياس بأنه (أعطاء واقعة لم يرد في شأنها نص، حكم واقعة أخرى منصوص عليها و متحدة العلة مع الواقعة المسكوت عنها)^(۱) و للقياس صورتين جليتين بارزتين اذا كانت النظرة من جانب المقيس عليه هما القياس القانوني والقياس التشريعي فالأول يكون في ما اذا برزت حالة لم ينظمها نص ففي هذا الأمر يتم قياس هذه الحالة على فحوى النظام القانوني ومجموعة المبادئ القانونية (۲).

ما تقدمنا به يعني أن هنالك نظام قانوني مقيس عليه نص القانون على كل الاحكام الخاصة بجزئياته بينما يكون المقيس نظامًا أخر أو موضوعًا خاصًا ينفرد بتنظيمه حالة خاصة لم ينص القانون على حكمها لكن ثمة مشابهة بين النظامين او الموضوعين (٢) ومن مصداق ذلك انصراف احكام العقود المسماة على العقود غير المسماة التي لم يفردها المشرع بأسم وتنظيم

٢- ينظر: د. عامر عاشور عبدالله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الرافدين،
 مجلد ١٥، بالعدد ٥٢، السنة ١٧، ص٥٥ وما بعدها.

١- ينظر: د. مصطفى أبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، مصدر سابق، ص ١١٣.

٣- ينظر: د. عبد الحميد متولي، مصادر الاحكام الدستورية في الشريعة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الناشر جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق، العدد ١٩٦١ ، ١٩٦٢م، ص ٢٠٥ وص٢٠٦.





مخصص ومرجع ذلك قلة التعامل بها بين الناس حين وضع التشريع من ثــ في حال تشابهها من حيث الجوهر مع العقود المسماة تخضع لما تخضع لها الأخيرة من أحكام فيسترشد القاضي بالأحكام الخاصة المقررة للعقود المسماة بطريق القياس (١).

واتساقًا مع ما خلقت التطورات في حياتنا المستجدة من نماذج العقود الخليطة من عقود مسماة كثرت التعقيدات امام القاضي، مثال ذلك عقد الفندقة (۲) ففي هذه العقود تمتزج عدة عقود مسماة مع عناصر مستجدة لتصبح عقدًا مركبًا واحدًا يهدف الى تحقيق أغراض تهدف العقود مُجتمعة المكونة للعقد المركب تحقيقها، من ثـتم فالقاضي يستخدم قياسًا على المبادئ العامة للعقود المسماة ليطبقها على العقد الجديد المركب (۳).

بينما الثاني المتمثل بالقياس التشريعي فيكون في حالة تطبيق النص التشريعي المنظم لحالة معينة على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص تشريعي ينظمها ومن ثــَّم يكون المقيس عليه نصًا من نصوص التشريع⁽³⁾.

_

¹⁻ ينظر: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع- الإيجار - المقاولة) دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية،ط٢،العاتك،القاهرة، بلا سنة، ص١٠ _ ١٢.

٢- ينظر: للمزيد في تفصيل ذلك: - حسين عبيد شعواط الحمداوي، النظام القانوني لعقد الإقامة في الفندق، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٢م، ص٤_ ٤٠.

٣- ينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، ج١٠ ببلا طبعة، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ١٥٧ وما بعدها ؛ وينظر د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (في البيع و الإيجار)، ط٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٤، ص٥.

٤- ينظر: د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المدني و الأسلامي)،
 مصدر سابق، ص٥٠٥.





ومثال ذلك قياس القتل كمانع من الميراث على القتل كمانع للوصية حيث الاخير نص عليه المشرع العراقي بنص تشريعي صريح والاول لم ينص عليه لذلك ولأتحاد العلة قيس الأول على الثاني (١).

ومما تقدم يظهر التداخل بين التفسير المتطور للقانون وتطويع النص عن طريقه و القياس فلذلك لابد من وضع مائز بين كل منهم وهذا المائز يمكن أن نصل اليه عن طريق رفد التساؤل بالإجابة والقائل، هل ان الحكم عن طريق القياس هو تطبيق للنص وبالتالي بمعنى تفسير له، ام ان ذلك لا ينصرف الى التفسير ؟

ورفد السؤال المتقدم بالإجابة يحتم علينا القاء نظرة على موقف التشريعات وعلى رأسها التشريع العراقي من القياس فقد نص القانون المدني العراقي على أنه "ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه" (٢) ولغرض تحليل النص المتقدم والوقوف على حيثياته لابد من أن نسلم أن النص المتقدم الذي جاء به المشرع العراقي ما هو إلا نقل للقاعدة الفقهية من بيئة الفقه الأسلامي الى القانون المدني مع تغيير صفتها من قاعدة فقهية الى نص تشريعي مدني يؤخذ على شكل قاعدة قانونية بوصفها ترد قيدًا على تطبيق المحكمة للنصوص التشريعية (٢) ومعنى هذه المادة في حال أعطاء التشريع للواقعة التي يحكمها حكم استثنائي يخالف القاعدة العامة السارية على الوقائع الأخرى المماثلة لها فلا يجوز القياس عليه (٤) ومثال ذلك في القانون حق الشفعة فأن النصوص

١ - حيث نصت المادة (٢/٦٨) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على أنه
 (يشترط في الموصى له: ١. ٢. أن لا يكون قاتلاً للموصى).

٢- ينظر: المادة (٣) من القانون المدني العراقي.

٣- ينظر: فوزي كاظم المياحي، القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني العراقي (شرحها وتأصيلها وتطبيقاتها العملية و القضائية)، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٢٠م، ص٣٣.

٤- ينظر: د. محي هلال السرحان، تبسيط القواعد الفقهية، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٥م، ٢٠٠٥م.





المُنظمة لهذا الحق قد جاءت استثناءً على الأصل العام، المقرر عدم جواز تملك مال الغير من دون أرادته من ثــًم فلا يجوز التوسع في تفسيرها ولا القياس عليها(١).

أما القانون المصري فقد صرح الفقه العراقي بعدم وجود نص مادة فيه يطابق نص المادة الثالثة من القانون المدني العراقي^(۲) إلا أن القضاء المصري قد جاء بالتوجيه نفسه حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن الاصل في النصوص الأستثنائية لا يمكن للقاضي القياس عليها لمد حكم النص ليشمل حالات سكت عنها وكذلك عدم أمكانية أضافة أمر لعبارة النص يمكن أن يؤدى الى توسيع نطاق النص الاستثنائي^(۳).

أما موقف المشرع الأماراتي فقد كان أكثر وضوحًا وتبيانًا من المشرع العراقي فقد نص صراحة بعدم أمكانية القياس على الاستثناء المتضمن مخالفة قاعدة عامة والوارد في نص تشريعي وكذلك عدم جواز التوسع في تفسيره (٤).

وفي ضوع ما تقدم نصل الى نتيجة مفادها أن القياس القضائي يمكن أعماله في مرحلة اللانص، حيث يلجأ القاضي الى القياس في حالة وجود واقعة مشابهة من حيث العلة الى واقعة

1- ينظر: د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، الحقوق العينية، ج١،بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت 17٠٢م، ص١٧٧ ود. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، ج٢، ط١، مطبعة أكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، ١٩٩٠م، ص٣٤٨و ص ٣٤٩ وما بعدهما.

۲- ينظر: د. سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، ط۲، مكتبة الذاكرة، بغداد ۲۰۰۹م، ص۲۵۲ وما
 بعدها.

٣- ينظر: قرار لمحكم النقض المصرية الطعن رقم ١٤٦٩ لسنة ٨٤ قضائية في ٢٧ فبراير ٢٠٢١م، حيث جاء فيه (الأصل التزام القاضي في تفسير النصوص الاستثنائية عبارة النص دون مجاوزتها . عدم جواز القياس لمد حكم النص لأمور سكت عنها أو يضيف لعبارته أمراً لم يرد فيه من شأنه أن يؤدى للتوسع في تطبيق النص)،غير منشور .

٤- حيث نصت المادة (٣٠) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي على أنه (الاستثناء لا يقاس عليه و لا يتوسع في تفسيره).





أخرى يحكمها نص قانوني ليصل من خلال ذلك الى حكمه العادل، ومن ثــ ًم لا يعد تفسيرًا وهذا ما ذهبت اليه محكمة تمييز العراق في قرار لها^(۱)، وهنا قد يرد خلط في أن الاجتهاد يقع في مرحلة اللانص مثل ما تقدمنا والقياس كذلك فلأي ايهما يلجأ القاضي في بادئ الأمر الى الأجتهاد ام القياس؟

فنجيب على ذلك في أن القياس يقع ما بين التفسير والاجتهاد وذلك في حالة عدم تمكن القاضي من رفد الفرضية بالحكم فيذهب الى ايجاد نص يحتوي حكم ينطبق من حيث العلة مع الواقعة المسكوت عنها وفي حال عدم وجود مثل هكذا نص يتحد بالعلة مع المسكوت عنها يلجأ القاضي الى الأجتهاد عن طريق الاستعانة بالمصادر الاحتياطية، وهذا التفصيل سالف ذكر نستنجه من طبيعة العمل القضائي الذي يحاول قدر الإمكان الحفاظ على أسس العدالة النسبية عن طريق تطبيق النصوص التشريعية وأبعاد الأجتهاد في مواردها وبما أن القياس منطلقه وجود نص تشريعي منطبق العلة مع المسكوت عنه بالتالي من البديهي أن يقدم على الأجتهاد.

عليه أقترح على المشرع العراقي وليكون موقفه أكثر وضوحًا في ما يخص القياس تعديل نص المادة (٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه) ليكون النص بالصيغة الآتية: (١. يُصار الى القياس في حالة فقدان النص الذي يحكم النزاع مع وجود نص آخر تتفق علة حكمه مع النزاع المعروض على القضاء. ٢. ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يُقاس عليه).

¹⁻ ينظر: قرار محكمة التمييز بالعدد٤٠٢ /مدنية أولى/ ١٩٧٩ في ١٩٨٠/٤/١٦م، حيث جاء فيه (وحيث ترى هذه المحكمة هو أن العقد المبرم بين الطرفين عقد توريد لم ينظم أحكامه القانون المدني و لا القانون التجاري، لذا تطبق عليه أحكام عقد البيع قياسًا) نقلاً عن الاستاذ ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص٧٤.





وبعد كل ما تقدم نستنتج ان القياس يختلف عن التفسير المتطور رغم تداخله معه في

بعض الجزئيات في أن التفسير المتطور يكون في حالة وجود النص عكس القياس ومن ثعم يكون التفسير المتطور أسبق من القياس بل المنفرد في ذهن القاضي في حالة وجود النص بالإضافة الى ذلك فأن القياس يُحجم دوره الشرط الأساسي الذي لابد من تحققه الا وهو ان يكون المقيس عليه لم يرد على سبيل الاستثناء وهذا المعوق ما لا يمكن تصوره في التفسير المتطور الذي يساهم القاضي من خلاله في تطويع النصوص على الحالات المستجدة والأخير ،أي بمعنى التطويع، يسهم في تطوير النص التشريعي وقد يكون بمثابة المقترح المثالي أمام المشرع الفطن لتعديل النص المدون وفق الأوضاع المستجدة.





المبحث الثاني

شروط التفسير المتطور للقانون

بعد أن بينا مفهوم التفسير المتطور للقانون بصورة عامة بوضعنا تعريفًا له وتمييزًا مما يشتبه به لابد من أن نقف على خصوصية هذا التفسير من حيث شروطه، وذلك من خلال تحديد هل أن كل عارض يصيب النص يكون موجبًا للتفسير المتطور وهل كل رجوع الى الحكمة من التشريع يعد تطويرًا للنص التشريعي؟

ومن ثــم فأن للتفسير المتطور خصوصية في الشروط تجعله يختلف مما هو عليه في التفسير التقليدي؟ وهل أن ما يبحثه القاضي في التفسير التقليدي هو ذاته في التفسير المتطور؟

عليه ومما تقدم من تساؤلات تستحق البحث سنقسم هذا المبحث على مطلبين لتبيان الشروط الواجب توفرها في النص التشريعي المراد تفسيره تفسيرًا متطورًا، المطلب الاول سنتناول في مضامينه الشرط الاول المتمثل بضرورة تحقق مبررات التفسير المتطور أما المطلب الثاني سنتناول فيه الشرط الثاني المتمثل في مراعاة الحكمة من التشريع.

المطلب الأول

تحقق مبررات التفسير المتطور للقانون

لا يمكن أن نسلم بأن ما يكون دافعًا او مبررًا للتفسير التقليدي هو نفسه للتفسير المتطور والسبب بديهي من أن التفسير المتطور جاء لتطوير النص الذي اعتراه عيب نتيجة التطور الحاصل في تعاملات المجتمع أما التفسير التقليدي هو من بديهيات عمل القاضي، عليه ولنكون أكثر دقة في حديثنا المتقدم، سنبحث الشرط الأول من شروط التفسير المتطور في ثلاثة فروع





حيث سنتناول في الفرع الأول الغموض الموجب للتفسير المتطور أما الفرع الثاني سنتناول فيه التعارض الموجب للتفسير المتطور أما الفرع الثالث سيكون لبحث النقص الموجب للتفسير المتطور.

الفرع الأول

الغموض الموجب للتفسير المتطور

يعد التشريع مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة من قبل السلطة المختصة في الدولة ووفقًا للإجراءات والقواعد التي تنظم هذا الأمر، وقدر ما يهمنا من السياق المتقدم أنها من وضع البشر الخطاء بنتيجة جهده بقصد أو من دون قصد، ومن ثلَّم فأن محصلة قولنا أنه لا يوجد جهد بشري يصل حد الكمال وهذا يعني انه لا يوجد تشريع يبلغ حد الكمال وهذا الأمر أصبح ظاهرة قانونية متفق عليها من قبل الكافة(۱)، وأقرب مصداق على ذلك ما دأبت اليه التشريعات بإحالة القاضي لتحصيل حكم الواقعة المعروضة أمام القضاء الى المصادر الأحتياطية في حالة غياب النص، والتفسير والتطوير في حالة وجود النص الذي اعتراه عارض(۱۲)، وأول مؤرقات هذا الكمال هو الغموض الذي يعتري النص التشريعي والذي يكون موجبًا للتفسير والذي يُعرفه البعض على أنه "أبهام اللفظ أي خفاءه، وعدم وضوحه على نحو يقتضي جهدًا من المفسر لتحديد المعنى

١- ينظر: د. أحمد محمد علي الحريثي، قواعد تفسير النصوص القانونية (بين الفقه والقانون وأحكام القضاء)،

ط۱، دار السنهوري، بيروت، ۲۰۲۰م، ص۷۰.

٢- ينظر: المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والمادة (١) من قانون المعاملات
 المدنية الأماراتي.





المقصود"(۱) وبما أن دراستنا ترد على التفسير المتطور يتبادر سؤال أثناء الولوج في الغموض وهو هل أن كل غموض هو مبرر أو موجب للتفسير المتطور؟

لنصل الى أجابة لابد من تبيان أسباب الغموض فهذه الأخيرة تتعدد، فقد يكون الغموض ناتجًا عن الصياغة القانونية كأن يحتوى النص على عبارات غير دقيقة لا تقرر حلاً ثابتًا سويًا وقد يكون الغموض تقتضيه طبيعة الموضوع فيُجبر المشرع على الغموض في النص وقد يرى البعض ذلك بنظرة سطحية بأن ما وضعه المشرع جاء بصياغة ولغة مبهمة تاركًا القاضي في حيرة من أمره إلا أنه في الواقع هذه الصياغة لو دخل المشرع في جزئياتها وأدق تفاصيلها لأزداد الأمر سوءًا لذلك دأب المشرع على الوقوف لدى أمهات المسائل الكلية وترك ما عداها من الجزئيات الدقيقة لسلطة القاضي مثال ذلك مسائل العقود التجارية فقد بلغت من الاتساع والتعقيد مرجلة أجبرت المشرع على إحالة ذلك الى العرف التجاري، وقد يكون الغموض نتيجة المعالجة اللغوية المحدودة لدى المكلف بأعداد التشريع حيث يقوم بوضع عبارات جمل تبلغ من الصعوبة اللغوية أوجها بحيث لا يمكن ان يطبق النص إلا بعد ان يعرض القاضي هذه النصوص على المراجع العلمية المتخصصة في اللغة ومحاولة الربط بين هذه الجمل والعبارات وحكمة التشريع للوصول الي المقصود (٢) ، او قد يقوم المشرع باستخدام لفظ يدل دلالة ظاهرة على معناه لكن عند محاولة تطبيق معنى هذا اللفظ على أفراده يجد القاضي فيه غموض وخفاء ويحتاج الى تأمل وموازنة لأجلاء هذا

¹⁻ ينظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بـ لا طبعة، بيروت، ٢٠١٥م، ص ١١ ؛ د.حيدر أدهم الطائي، مُحاضرات في المبادئ الأساسية للصياغة التشريعية، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١م، ص ٤٦ وص٤٧.

٢- ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للقانون، مصدر سابق ، ٢٦٤.





الغموض، نتيجة لهذه الصياغة المعيبة (۱)، وقد يكون السبب هو كون أن النص تقليدي لا يعالج مسألة مستجدة نتيجة قصور تصور المشرع هذا الكم من الوقائع المستقبلية التي قد تنبثق نتيجة التطور الحاصل في معظم جزئيات التعامل في المجتمع الحديث، مما يترتب على ذلك غموض في الحكم الذي يحتويه النص للواقعة (۲).

وهذا الأخير هو الموجب للتفسير المتطور لمعالجة حالة مستجدة اما ما ورد اعلاه من أسباب فلا نكون عند استجلاء الغموض أمام تفسير متطور وهذا ما يؤكده توجه سابق الذكر لمحكمة التمييز الأتحادية حيث جاءت في قرار لها ان القاضي عندما سبب الحكم لم يكن تسبيبه منطقي ولا ينسجم مع ما جاء في المادة (١٥٩) بفقرتها الأولى من قانون المرافعات التي اشترطت ان تكون الأحكام مسببة وفق ما جاء بالقانون، وبينت للقاضي فلسفة تشديد المشرع على التسبيب وذلك برجوعها الى الاسباب الموجبة للقانون (٦)، إلا ان المحكمة يلاحظ رغم رفعها الغموض لم تعد هذا الرجوع تفسيرًا متطورًا وأنما رفعًا للغموض الذي جاء نتيجةُ النص غير المُفصل للجكمة التي

١ - ينظر: عواد حسين ياسين العبيدي، تأويل النصوص في القانون (دراسة موازنة بالفقه الأسلامي ومعززة بالتطبيقات القضائي)،ط١، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠١٩م، ص ١٣٨ و ص ١٣٩.

٢- ينظر: عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص،. مصدر سابق، ص ٩٦.

٣- ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٨٥١/حياد القاضي/٢٠١٣ في ٢٠١٣/ ٢٠١٣، حيث جاء فيه (ان العبارات التي كتبت في الفصل الاخير من القرار لا تأتلف مع حياد القاضي ولا تستقيم مع ما توجبه احكام المادة ٩٥١/أ من قانون المرافعات المدنية التي توجب ان تكون الاحكام مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد اسباب الحكم المبنية في القانون وان ذهاب القانون كما ورد في الاسباب الموجبة ان الغاية من التشدد في تسبيب الاحكام هي لحمل القضاة على الا يحكموا في الدعوى على اساس فكرة مبهمة لم تتضح معالمها او مجملة غابت او خفيت تفاصيلها)، منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى بالرابط مجملة غابت او خفيت تفاصيلها) أخر زيارة في ٢٠٢٧٥/١٠م في الساعة ٨:٣٠ ص.





دفعت للتسبيب، مع تبيان لضرورة التسبيب القضائي للحكم، لما يمثله من بيان لمهارة وإمكانية عقلية القاضي عند كتابة التسبيب ومدى فهمه للوقائع والأسلوب الذي اتبعه للوصول للحكم (۱).

و استخلاصًا لما سبق أن تفسير النص عن طريق رفع الغموض، الذي قد يسبب الانحراف عن المسار الإجرائي الصحيح من ثوابت الأمور في عمل القاضي، لكن ذلك لا يعني بالضرورة تفعيل الإلزام بالتفسير المتطور المفروض على القاضي، حيث أن هذا الأخير لا يكون منه القاضي ملزمًا في أعماله إلا اذا كان امام نص، الغموض فيه نتيجة الصياغة التقليدية أي عدم وضع المشرع نصب أعينه ضرورة وضع نص بصياغة مرنة يُمكن للقاضي من خلالها سحب النص على أكبر قدر من الوقائع ومن ثم امام هذا الغموض يبرز دور القاضي في الاستجلاء ومع مراعاة الحكمة من التشريع لتطوير هذا النص، منذ انطلاقه بصياغة جامدة قاصرة معيبة، وبعد ما تقدم نحسم نتيجة القول بأن الغموض الموجب للتفسير التقليدي هو الذي يكون نتيجة عدم التعمق في منطقية النص والفاظه ومن بديهيات عمل كل قاضي لفهم النص وتطبيقه أما الغموض الموجب للتفسير المتطور فهو المتأتِ من نص تقليدي لم يعالج الكم الهائل من التطورات المستقبلية أما لقصور تصور المشرع عند وضعه أو التطور الهائل الذي هدم كل التصورات المتوقعة وخرج عن نطاق حكم النص.

١ - ينظر: شوان محي الدين، الحيثية القضائية (دراسة تحليلية تطبيقية لأصول صياغة الأحكام المدنية وتسبيبها)،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢م، ص١٠٩.





الفرع الثانى

التعارض الموجب للتفسير المتطور

يراد بالتعارض هو التصادم والتناقض بين النصوص التشريعية مما يؤدي الى عدم أمكانية تطبيقها جميعًا دون ان يرفع هذا التعارض، وهذا التعارض لا يقتصر نطاقه على تشريع واحد وانما يمكن أن يكون هنالك نص في تشريع يتعارض مع نص في تشريع أخر ومنشأ هذا التعارض هو انطباق نصين أو أكثر على واقعة معينة وكل منهما يقرر حكمًا مختلفًا(۱)، فهنا السؤال الذي يطرح ،هل كل تعارض يمكن أن نعتده موجبًا للتفسير المتطور؟

لكي نصل الى المطلب لابد من أيجاز بسيط عن صور التعارض لنحدد أي منهما هو الموجب للتفسير المتطور فقد يكون التعارض كلي كأن يتعارض أحكام تشريع قديم وأخر حديث على نحو يستحيل التوفيق بينهما مما يترتب على ذلك استحالة تطبيق القاضي لأي منهما، ومن ثم يصبح من اللازم على القاضي الغاء التشريع القديم ضمنًا كونه منسوخًا بالتشريع الحديث (٢)، وهذا يمكن أن نصدق به كلاً في مضمار المنطق القانوني النظري ونسبيًا في الواقع كون ما يصدر من قوانين غالبًا يتضمن نص يلغى كافة القوانين السابقة.

وقد تكون صورة التعارض جزئية بين أحكام القانونين عندئذ يبرز دور القاضي في التوفيق، فالتعارض بين قانون المرافعات وقانون المحاماة جزئي في ما يخص بعض الوقائع فمن تطبيقات ذلك ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأتحادية ففي معرض تحديد الاختصاص النوعي

1- ينظر: ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي، الصياغة القانونية لنصوص التشريع(دراسة تحليلية)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩م، ص٢٠٩.

٢- ينظر: د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م، ص٣٣٣.





للمحكمة المختصة في نظر دعوى أتعاب المحاماة، حيث أن ما يحكم ذلك نصين، الأول هو نص المادة (٦٢) من قانون المحاماة (١) والثاني هو نص المادة (٤٠) من قانون المرافعات (٢) مما سبب أرباكًا في تحديد المحكمة ذات اختصاص في نظر الدعوى، ففي معرض تطبيق ذلك أحالت المحكمة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها، الدعوى الي المحكمة التي قضت في أساس الدعوى بزعم أنها غير مختصة في نظر الدعوى الا ان المحكمة التي قضت في أساس الدعوى رفضت الإحالة مما دفع بالمحكمة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها الى الطلب، من الهيئة الموسعة المدنية المختصة في تحديد الاختصاص، رفع التعارض فرفعت هذه الهيئة التعارض عن طريق تحديد الاختصاص النوعي للمحكمة المختصة في نظر دعوى أتعاب المحاماة بقولها ان المادة (٦٢) حددت الاختصاص وأن ما ورد من تعارض ترفعه صراحة نص المادة الأولى من قانون المرافعات التي نص على أنه المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات ما لم يوجد نص يتعارض معه صراحة، بالتالي وبما أن نص المادة (٦٢) يتعارض مع ما ورد في المادة (٤٠) فأن المادة (٦٢) تقيد وتكون المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بنظر دعوى أتعاب المحاماة هي المحكمة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها وبذلك رُفع التعارض الكلي بين النصوص $^{(7)}$ ، وهذا أتجاه

_

¹⁻ حيث نصت المادة (٦٢) من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل على أنه (يرفع كل نزاع يتعلق بأتعاب المحاماة الى المحكمة المختصة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها).

٢- أذ نصت المادة (٤٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (نقام الدعوى بمصاريف الدعوى وأجور المحاماة أمام المحكمة التي قضت في أساس الدعوى ولو لم تدخل أصلاً في اختصاصها أو صلاحيتها، وذلك بأستثناء محاكم الجنح والاستئناف والتمييز).

٣- ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٣٠٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/١٣م، حيث
 جاء فيه (يكون الاختصاص النوعي للمحكمة التي تنظر الدعاوى المتعلقة بأتعاب المحاماة في المحكمة التي يقع
 مكتب المحامي في دائرتها استنادا لنص المادة الثانية والستين من قانون المحاماة)، غير منشور.

وقرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٣١/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢ في ٢٠٢٢/٤/٢م، حيث جاء فيه (أن النص الوارد في قانون المحاماة حسب أطلاقه يشمل في حكمه الأتعاب التي يستحقها المحامي عن





محكمة التمييز الأتحادية متقدم الذكر قد عدلت عنه مؤخرًا وذهبت الى أن المحكمة المختصة في نظر دعوى أتعاب المحاماة هي المحكمة التي قضت في أساس الدعوى وأن ما جاء في قانون المحاماة ملغي بدلالة نص المادة (٣٢٣) من قانون المرافعات الذي صدر بعد قانون المحاماة، بالتالي يطبق نص المادة (٤٠) من قانون المرافعات على التنازع السلبي القائم بين المحكمة التي قضت في أساس الدعوى و المحكمة التي يقع مكتب المحامي في دائرته بالتالي نكون أمام تطبيق سليم للنصوص بلا تعارض (١)، وهذا التوجه الأخير لمحكم التمييز لا أتفق معه لأن قانون المحاماة هو قانون خاص جاء لحكمة متمثلة في تنظيم عمل المحامي وتذليل الصعوبات التي تواجهه في العمل المهنى، ومن هذه الصعوبات المماطلة التي يقوم بها الموكل لغرض التهرب من دفع الأتعاب المُستحقة للمحامي عليه أرى بضرورة تعديل نص المادة (٦٢) من قانون المحاماة والتي نصت على أنه (يرفع كل نزاع يتعلق بأتعاب المحاماة الى المحكمة المختصة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها) لتكون بالصيغة الآتية: (١٠. يرفع كل نزاع يتعلق بأتعاب المحاماة الي المحكمة المختصة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها وفي حال عدم تدوين المحامي لعنوان مكتبه فترفع أمام المحكمة التي تقع فيها غرفة تسجيله. ٢. لا يعمل بأي نص لاحق أو سابق يتعارض مع أحكام هذا النص).

كل الأعمال التي يتوكل فيها عن موكله سواء كانت دعاوى او غير ذلك وبما يحقق مصلحة المحامي التي ابتغاها المشرع من تشريع هذا النص وهو نص خاص يقيد النص العام الوارد في المادة (٤٠) من قانون المرافعات المدنية بشأن المحكمة المختصة في النظر بدعوى أتعاب المحاماة)، غير منشور.

1- ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١١/ الهيئة العامة/ ٢٠٢٢ الصادر في ٢٠٢٢/٨/٢م، حيث جاء فيه (أن قانون المرافعات صدر بعد قانون المحاماة وقد نصت المادة ٣٢٣ منه على الغاء كل نص في القوانين الأخرى يتعارض صراحة أو دلالة مع أحكام هذا القانون، لذا فالاختصاص النوعي والمكاني في الدعوى موضوع التنازع ينعقد للمحكمة التي قضت في أساس الدعوى)، غير منشور.





وكذلك تعديل نص المادة (٤٠) من قانون المرافعات المدنية بإضافة فقرة والتي نصت على أنه (تقام الدعوى بمصاريف الدعوى وأجور المحاماة أمام المحكمة التي قضت في أساس الدعوى ولو لم تدخل أصلاً في اختصاصها أو صلاحيتها، وذلك بأستثناء محاكم الجنح والاستئناف والتمييز) لتكون الفقرة المضافة بالصيغة الآتية: (يتبع في أقامة دعوى أتعاب المحاماة استثناءً من الاختصاص المكاني ما جاء في قانون المحاماة).

هذا ونضيف لصور التعارض، صورة التعارض الذي يرد بين نصين في الذهن لا في الواقع ونسميه التعارض الوهمي مثاله التعارض الناشئ عن عدم التفرقة بين حجية الأمر المقضي به وقوة الأمر المقضي به مثال ذلك حيث يذهب رأي^(۱) بالقول على ورود تعارض بين نص المادة $(14)^{(1)}$ من قانون الاجراءات المدنية الأماراتي والمادة $(14)^{(1)}$ من قانون الأثبات، وأن جوهر هذا التعارض على قولهم يكمن في إجازة المشرع بالمادة $(14)^{(1)}$ الحق للنائب العام في الطعن بطريق النقض او التمييز من نفسه او بناء على طلب يقدمه وزير العدل او رئيس الجهة القضائية

۱- ينظر: د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، فن الصياغة التشريعية للقاعدة القانونية الإجرائية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١م، ص ١٠١.

٢- حيث نصت المادة (١/١٧٤) من قانون الأجراءات المدنية الأماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ المعدل على أنه (للنائب العام أن يطعن بطريق النقض أو التمييز من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب من وزير العدل أو رئيس الهيئة القضائية المحلية حسب الأحوال، مرفقًا به أسباب الطعن، وذلك في الأحكام الأنتهائية أيًا كانت المحكمة التي أصدرتها أذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله وذلك في الحالات الأتية: أ. الأحكام التي لا يجيز القانون للخصوم الطعن بها. ب. الأحكام التي فوت الخصوم ميعاد الطعن فيها أو نزلوا فيها عن الطعن أو رفعوا طعنًا فيها قضى بعدم قبوله).

٣- حيث نص المادة (٤٩) من قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ على أنه (الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة و لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية الا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون تغيير صفاتهم و تعلق بذات الحق محلاً و سببًا وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها).





المحلية في الحكم النهائي البات أيًا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم وذلك في حالات حددها على سبيل الحصر ولو مرت مدة الطعن المقررة في القانون او لم يكن القانون بالأصل يجيز الطعن فيها او نزلوا فيها عن الطعن او رفع الطعن الا ان القضاء قضى بعدم قبوله وهذا ما يعارض على حد قولهم نص المادة (٤٩) التي جاء في مضمونها على أنه الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضى به تكون على الخصوم حجة فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة بشرط عدم تغير صفات الخصوم او الحق محلاً وسببًا، الا انه في واقع الحال هذا التعارض مرده الالتباس الوارد في فهم مضامين النص حيث ما جاء في المادة (١٧٤) يمثل قوة الأمر المقضى به اذ لو حاز الحكم قوة الأمر المقضى به اي عدم أمكان الطعن فيه لسبب وأخر فيجوز بموجب هذا النص على سبيل الاستثناء الطعن في الحكم الأنتهائي رغم ما تقدم أما نص المادة (٤٩) فقد جاءت بشيء مغاير الا وهو حجية الأمر المقضي به حيث هذا المبدأ الأخير يثبت للحكم ولو لم تتته طرق الطعن المقررة اي تثبت الحجية بمجرد صدور الحكم من محكمة مُشكلة وفق القانون وان كانت هذه الحجية يشوبها القلق من الفسخ او النقض إلا ان قبل كل هذا تُكتسب الحجية التي تمنع من عرض النزاع امام القضاء مرة أخرى على عكس قوة الأمر المقضى حيث يثبت للحكم الذي لم يعد بالإمكان الطعن به لسبب وأخر (١).

من كل ما تقدم تفصيله لا يمكن أن نسند هذه الصور من التعارض كموجبات للتفسير المتطور، كون منشأ هذا التعارض ليس الوقائع المستجدة أنما الصياغة المعيبة، او الفهم الخاطئ

¹⁻ ينظر: لفتة هامل العجيلي، شرح قانون الاثبات (دراسة مقارنة في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء)، ط١، بيروت، ٢٠٢١م، ص ٢٤٦؛ د. عبد الله عبد الحي الصاوي، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالفقه الإسلامي)، ج٢، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨م، ص ٢٨ ص ٣٤.





لمضامين النص التشريعي في معرض تطبيقه، فكما عبرنا مضمونًا في تعريفنا لمفهوم التفسير القضائي المتطور بأنه معالجة الوقائع المستجدة نتيجة التطور في المجتمع، فلنكون أمام النتيجة التي توصلنا اليها لابد من ربط المفهوم الذي أوجدناه للتفسير القضائي المتطور مع ما تقدم لنصل الى أنه لابد من التصديق على صورة ثالثة للتعارض الا وهو التعارض الناتج عن وضع مستجد يقع في نطاق أكثر من نص، أي بمعنى أن القاضي يكون عند التكييف متحير في ركنه الواقعة من المستجدة لنص ما، اي عند محاولة التكييف يتناحر أكثر من النص، نتيجة لما يشوب الواقعة من ضبابية في الفهم يجعلها خاضعة لأكثر من النص، مثالها الأضرار الناشئة بفعل الروبوت صوفيا(۱) والذي أتخذ شكل الأنسان وتصرفاته فهل تقع أعمالها في أحكام المسؤولية التقصيرية عن المكائن و الآلات ام ماذا؟ وهل تكتسب الجنسية؟ وفي حال اكتسبت الجنسية في بعض الدول وسافرت نحو العراق فهل يُعترف بهذا الاكتساب؟

فالقاضي لا تسعفه النصوص ولا يمكنه أنكار العدالة لعدم وجود النص وكذلك غياب التنظيم القانوني للذكاء الاصطناعي المتطور، فهذا النوع من التعارض يوجب على القاضي التفسير المتطور لمعالجة هذا الوضع او الوقائع الناتجة بفعل هذا التطور عن طريق تفسير كل نص تفسيرًا متطورًا بالاستعانة بوسائل التفسير ومراعاة الحكمة التشريعية لتكييف أحد النصوص لا نقل الأكثر أنسجامًا مع الواقعة بل نقل الأكثر تحقيقًا للعدالة القضائية بمنظور القاضي ورقابته الذاتية المستمدة من روحه الإنسانية.

.

¹⁻ روبوت شبيه بالبشر صممته شركة «هانسون روبوتيكس» الموجودة في هونغ كونغ، صممت كي تتعلم وتتأقلم مع السلوك البشري وتصرفاته، ولكي تعمل مع البشر، وقدمت بعدة مؤتمرات إلى العلن، حصلت صوفيا في أكتوبر ٢٠١٧ على الجنسية السعودية، لتكون بذلك أول روبوت يحصل على جنسية للمزيد: ينظر: - كرستيان مازا ، المملكة العربية السعودية تمنح الجنسية لرجل آلي، مقال متاح في الرابط أدناه https://2u.pw/fxYNh أخر زيارة في ١٨٤٠٠ م الساعة ٨:٠٠ م.





عليه فأن هذا الإلزام الذي جاء به المشرع العراقي فسح المجال الواسع أمام القضاء العراقي لأيجاد الحلول القانونية المُحققة للعدالة، حيث إن الأمر هذا يُشكل تطورًا تشريعيًا يُشار اليه بالبنان رغم بعض القصور الذي ورد أثناء تشريعه، أو بمعنى أدق رغم بعض الضبابية التي تولدت نتيجة عدم وضع هذا الإلزام بنصٍ مفصل.





الفرع الثالث

النقص الموجب للتفسير المتطور

يُعرف النقص على أنه (الأغفال في اللفظ الوارد في النص التشريعي مما يجعل من الاستقامة في الحكم القانوني غير ممكنة)، وهذا ما اتفق عليه الفكر القانوني منذ زمن بعيد بأنه لا يمكن ان يكون التشريع كاملاً بل لابُد من أن يشوبه النقص كسابق مؤرقات كمال التشريع التي القاعدة القانونية الواردة في النص أو حكمها، إلا أن هذا النقص كسابق مؤرقات كمال التشريع التي تتاولناها يضعنا أمام تساؤل مهم، هو هل كل نقص يكون في عناصر القاعدة القانونية يجعل القاضي مجبرًا على أعمال التفسير المتطور؟ للإجابة على ذلك لزامًا علينا ان نبدأ مسيرنا على عناصر القاعدة القانونية الواردة في النص التشريعي لتبيان النقص الذي يصيبها في عناصرها و عناصر القاعدة القانونية الواردة في النص التشريعي لتبيان النقص الذي يصيبها في عناصرها و عنصر الفرضية هذا النقص في أعمال التفسير المتطور، و ذلك في مقصدين، الأول سنضمنه قصور عنصر الفرضية و الثاني سنضمنه قصور عنصر الحكم.

المقصد الأول

قصور عنصر الفرضية

أن الشرط الذي لابد من تحققه لتطبيق القاعدة القانونية التي يحملها النص هو الفرضية أي بمعنى أن الفرضية تمثل الواقعة التي لابد من تحققها لينطبق الحكم الذي يقرره النص عليها فلا حكم يقرره القاضي من غير تحقق للفرضية التي جاء بها النص القانوني (۲)، فمثلاً ما جاءت به

1 - ينظر: د. ياسر باسم ذنون السبعاوي، فن الصياغة التشريعية للقاعدة القانونية الإجرائية (دراسة مقارنة)،مصدر سابق،ص٩٦.

۲- ينظر: د. منذر أبراهيم الشاوي، فلسفة القانون،ط۳، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، ۲۰۱۷م، ص





المادة (2 ۲) من قانون المرافعات فأن الواقعة في هذا النص تتمثل في مصادفة يوم المرافعة عطلة رسمية فالحكم المترتب على ذلك أنه يكون اليوم الذي يلي العطلة هو يوم المرافعة فلولا الواقعة المتمثلة بالعطلة الرسمية في يوم المرافعة فلا حكم يمكن تطبيقه $^{(1)}$ ، ومثله ايضًا نص المادة ($^{(2)}$) من قانون المرافعات المصري حيث جاء في فرضيتها شرط وجود المصلحة لقبول الدعوى فلولا تحقق الواقعة المتمثلة بالمصلحة الشخصية و المباشرة فلا يمكن الحكم بقبول الدعوى $^{(3)}$ ، كذلك نسوق مثالاً من قانون الأجراءات المدنية الأماراتي حيث ورد في المادة ($^{(1)}$ 1) شروط أو فرضيات عدة لإمكانية تحقق الحكم المتمثل في منع القاضي من نظر الدعوى فواحدة من هذه الفرضيات هي اذا كان القاضي أو لزوجه خصومة مع أحد الخصوم وما زالت قائمة لوقت المرافعة فتكون هذه الفرضية محققة للحكم الذي يقرر وجوبًا عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى المعروضة أمامه $^{(7)}$.

ومن ثــ مفأن النقص الذي يعتري الفرضية في النص التشريعي يكون موجبًا للتفسير المتطور وذلك في حالة ما اذا كان هذا النقص يجعل النص لا ينسحب حكمه على الواقعة المستجدة، أي بمعنى أن هذا النقص في الفرضية او الواقعة نتيجة الظروف المستجدة لا الصياغة الناقصة منذ نشأتها وهذا هو مسلك محكمة التمييز الأتحادية في قرار لها في معرض تطبيقها

١ - حيث نصت المادة (٢٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (إذا صادف يوم المرافعة عطلة رسمية، فيعتبر تأريخ المرافعة هو يوم العمل الذي يلى العطلة).

٢- حيث نصت المادة (٣) من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل على أنه (لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع أستتادًا لأحكام هذا القانون أو أي قانون أخر ، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة و قائمة يقرها القانون) .

٣- حيث نصت المادة (١١٤) من قانون الأجراءات المدنية الأماراتي المعدل على أنه (يكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى، ممنوعًا من سماعها ولو لم يرده أحد من الخصوم في الأحوال التالية: أ........... بإذا كان له أو لزوجه خصومة قائمة مع أحد الخصوم).





لنص المادة (الرابعة/أولاً) من قانون رواتب القضاة وأعضاء الإدعاء العام (۱) فوجدت أن الواقعة محل النظر لا يشملها نص المادة كونها مستجدة فقررت سد القصور التي شاب عنصر الفرضية في النص وذلك عن طريق تفسيرها للنص تفسيرًا متطورًا بالرجوع الى الحكمة من التشريع التي نادت بحفظ مكانة القضاة وبذلك عالجت الخلل الذي أعترى النص بإيجاد فرضيته لتطبيق حكمه(۲).

مما تقدم نستنتج أن النص المراد تطبيقه على الواقعة أحتوى على الحكم المتمثل باستحقاق القاضي وعضو الادعاء العام راتبًا نظير خدمته التقاعدية بنسبة ٨٠% مما يتقاضاه من هم بنفس درجته ومستمرين في الخدمة في حالات حددها النص وهذه الأخيرة تمثل الفرضية فهنا القصور اصاب الفرضية نتيجة لظرف مستجد الا وهو خروجه عن الخدمة لشموله بإجراءات المسائلة والعدالة وما تقدم ذكره لا يقع ضمن فرضية النص ومن ثبًم يستوجب سد النقص في الفرضية عن طريق التفسير المتطور بعد التقيد بالحكمة من التشريع التي أرادت صيانة حقوق القضاة وبما أن الواقعة محل التقاضي تضمنت حق مصون لا يمكن إهداره بأصبح من الإلزام تطوير النص

^{1 -} حيث نصت المادة (٤/أولا) من قانون رواتب القضاة واعضاء الادعاء العام رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل على أنه (يستحق القاضي وعضو الإدعاء العام /راتبا تقاعديا بنسبة ٨٠% مما يتقاضاه أقرانه من هم في الخدمة من راتب ومخصصات في أحدى الحالات الأتية:

أ- اذا أحيل الى التقاعد بسب إكماله السن القانونية للإحالة الى التقاعد.

ب- أذا أحيل الى التقاعد لأسباب صحية جراء عجزه عن أداء واجباته بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة . ج- أذا توفي أثناء الخدمة).

⁷⁻ ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٥١/الهيئة الموسعة المدنية في ١٥/٤/٢٠، ٢م، حيث جاء فيه (اذا كانت أسباب احالة المدعي الى التقاعد ليست من بين الحالات التي اشار اليها قانون رواتب القضاة واعضاء الإدعاء العام نكون امام فراغ قانوني مما يقتضي معالجته بالتفسير المتطور للقانون وذلك بالرجوع الى نية المشرع التي أوضحها في الاسباب الموجبة لذلك القانون...)، منشور في مجلة التشريع والقضاء ،السنة الثامنة، العدد الثانى،٢٠١٦م، ص١٧وص ١٨ وص ١٩.



القانوني لتفادي أنكار العدالة وهدر الحقوق وهذا مسلك حميد من قبل القضاء العراقي لصيانة الحقوق عن طريق تطوير النصوص والنأي بعيدًا عن هدرها غير المحمود والذي يكون عن طريق التمسك بحرفية النص القاتلة لجوهر وجود القانون.

وانسجامًا مع ما تقدم وللوقوف بوجه الهدر الذي قد يلحق الحق نتيجة التفسيرات القضائية المختلفة أرى ضرورة تعديل نص المادة (٤/ أولاً) من قانون رواتب القضاة وأعضاء الإدعاء العام أنسجامًا مع ما جاء به التفسير المتطور من مبدأ يعد بمثابة نقص جوهري في فرضية النص بإضافة فقرة تتضمن فرضية مرنة .

المقصد الثاني

قصور عنصر الحكم

عنصر الحكم أو الحل هو العنصر الثاني، والذي يراد به الحكم الذي يقرره النص القانوني على الواقعة محل النزاع المعروض أمام القضاء أو هو النتيجة المترتبة على تحقق الفرضية (۱) وهو يمثل جوهر القاعدة القانونية كونه قاعدة توجه سلوكًا اي بمعنى أنه يوجه سلوك الأفراد ومتعلق به (۲).

وأستنادًا الى ما سبق قد يشوب الحل المقرر للواقعة محل النزاع عارضًا يجعل من الصعب على القاضي الوصول اليه نتيجة لقصور النص فهنا يبرز دور القاضي في أعمال التفسير المتطور لسد هذا العارض، المؤخر لإصدار الحكم، و الذي اعترى النص التشريعي وذلك عن طريق الرجوع الى حكمة التشريع و محاولة تطويع و تطوير النص لجعله يحتوي عنصر الحكم

۱- ينظر: د. مجدي حسن خليل ود. أبراهيم الشرقاوي، المدخل لدراسة القانون، ط١، دار أثراء للنشر و التوزيع، ٢٠٠٨م، ص٣١ .

۲- ينظر: د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مصدر سابق، ص١٨٧.





للواقعة محل النزاع، على سبيل المثال ما جاء في مضمون المادة (٧٠) من قانون المرافعات المدنية على أنه الشخص الثالث بعد التحقق من مصلحته و قبوله من قبل المحكمة طرفًا في الدعوى يحكم له أو يحكم عليه لكن المادة كانت قاصرة في حالة أذا ردت الدعوى الأصلية لعدم توجه الخصومة فما هو مصير الشخص الثالث الذي أدخل بدعوى حادثة هل ترد تبعًا لها؟

هنا في هذه الواقعة قد يتبادر الى الذهن ان ترك المشرع لهذا الأمر قاصر يستوجب رد الدعوى الحادثة تبعًا للأصلية و هذا ما جرت عليه محاكم الأستئناف إلا ان محكمة التمييز المتطور الأتحادية أتت بخلاف ذلك حيث أسست حكمًا يسد القصور الوارد بالرجوع الى التفسير المتطور وقالت قولها بأن مثل هكذا أحكام لا يمكن أن تصدق بعد صدور قانون الاثبات العراقي حيث ان القانون المذكور الزم القاضي بأتباع التفسير المتطور وتبسيط الشكلية الى الحد الذي لا يؤدي الى التفريط بأصل الحق بالتالي فأذا ردت الدعوى عن المدعى عليه يجوز الحكم على الشخص الثالث ولا يشكل ذلك خرقًا جسيمًا لإجراءات التقاضي بل العكس يساهم في تحقيق العدالة ويمنع أنكارها(۱).

ومما تقدم نصل الى نتيجة مفادها أن التحليل الذي بيناه لعناصر النص القانوني المراد تفسيره تفسيرا متطورًا هو الذي يحكم النزاع المعروض أمام القضاء فالفرض كما بينا يمثل الواقعة، والحكم هو الذي يأتي في الحل للنزاع بالتالي لو أعترى أي من العنصرين خللاً يصبح القاضي عليه الزام التفسير المتطور الذي أقره قانون الأثبات، فهنا النص المتقدم ذكره جعل الواقعة المتمثلة

¹⁻ ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٢٨١/ الهيئة الموسعة المدنية/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/١٠ حيث جاء فيه (إدخال المحكمة شخصًا ثالثًا بالدعوى بجانب المدعى عليه يحكم له أو عليه يجعل الخصومة متوجهة في الدعوى إن كانت غير متوجهة أبتداءً وإن المادتين (٣) و (٤) من قانون الإثبات الزمت القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون مراعاة لحكمة التشريع....)، أشار اليه القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ط١، مطبعة الكتاب، بغداد،٢٠١٢م، ص٧.





بدخول الشخص الثالث جائزة واعطاها حكم هو أمكان المحكمة من الحكم للشخص الثالث أو عليه لكن هذا الحكم كان قاصرًا في جانب وهو لو تحققت الفرضية بدخول الشخص الثالث فسنكون أمام نص تحققت فرضيته إلا انه أعطى حكم جزئي في جانب وأغفل الجانب الأخر منها المتمثل، في حالة دخل الشخص الثالث وردت الدعوى الأصلية، فهنا على المشرع إكمال عنصر الحكم في النص، ونوضح بمعنى أكثر دقة دخل الشخص الثالث واصبح بالإمكان كأساس الحكم له او عليه إلا ان ذلك الدخول الذي يمثل الواقعة لم نجد له حكم ببقائه أم رده في حالة رد الدعوى الأصلية عليه لجأ القاضى الى تطوير النص على سبيل العموم وعنصر الحكم على سبيل الخصوص.

ومن ثـ فأن هذا الامر ولأهميته يتطلب تدخل تشريعي لما نراه من رد مستمر للدعاوى القضائية في مثل هذه الحالات نتيجة لما تتبعه المحاكم المختصة من حرية في تفسيرها القضائي وفقًا لرؤيتها وإمكانياتها ومعطياتها، ولكون الموضوع دقيق جدًا وبه مساس صريح بالحقوق فهذا يجعله لا يتحمل هذا التغير في التفسير عليه أقترح تعديل نص المادة (١/٧٠) من قانون المرافعات المدني العراقي والتي نصت على أنه (تقدم الدعوى الحادثة إلى ما قبل ختام المرافعة بعريضة تبلغ الخصم أو بإبدائها شفاهًا بالجلسة في حضوره، ويعتبر دخول الشخص الثالث أو أدخاله دعوى حادثة، ويصبح الشخص – بعد قبوله – طرفًا في الدعوى ويحكم له أو عليه) ليكون النص بالصيغة الآتية: (تقدم الدعوى الحادثة إلى ما قبل ختام المرافعة بعريضة تبلغ الخصم أو بإبدائها شفاهًا بالجلسة في حضوره، ويعتبر دخول الشخص الثالث أو أدخاله دعوى حادثة، ويصبح الشخص – بعد قبوله – طرفًا في الدعوى ويحكم له أو عليه ولا يمنع من ذلك رد الدعوى الأصلية).





المطلب الثاني

مراعاة الحكمة من التشريع

أن هذا الشرط متأتٍ من نص القانون الصريح حيث ورد في قانون الأثبات كما بينا سابقًا ضرورة ان يراعي القاضي حكمة التشريع عند تفسيره للنص التشريعي بصورة متطورة، الا ان هذه الحكمة يشوبها الغموض بعض الشيء في المفهوم، عليه سنتناول هذا الشرط بتفصيله بفرعين، الأول سنبين فيه المراد بحكمة التشريع أما الثاني سنتناول فيه مبتغي حكمة التشريع.

الفرع الأول

المراد بحكمة التشريع

ان لجوء القاضي الى التفسير الشكلي للنص القانوني على نمط الرياضيات يؤدي الى الأخذ بالنص بمفهومه الشكلي وفصل المضمون عنه، ونتيجة ذلك عزل النص التشريعي عن المجتمع، وواجب على القضاء الخضوع الواعي للقانون وتطبيق هدف المشرع دون التقيد بحرفية النص، اذا أن كل نص تشريعي يجب أن يعيش البيئة التي يطبق بها بعد أن وضع وقُنن فلا يجب أن يكون النص تباعًا الى مصدره التأريخي بل من الضروري أن يتأقلم مع ما يحيط فيه ويكون قائم بنفسه (۱).

فالقانون وجوده وسيلة لتحقيق غاية اجتماعية وهذا ما لا يمكن للقاضي ان يتجنبه عند تفسيره النص، أي بمعنى أن على القاضي عند التفسير ان يتحدد بأمرين اولهما التكوين الحرفي للنص والثاني مراعاة الهدف الاجتماعي الذي أنبثق منه النص التشريعي فالأمر الأول هو الثابت اذا بقى دون تفسير متطور اما الثاني فهو المتحرك والذي يصدق عليه وصف الحكمة التشريعية او

١- ينظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء ، مصدر سابق، ص ٦٦ و ص٦٧.

__





الحكمة من التشريع، الا أنه من الضروري للقاضي عدم الخلط عند تفسيره للنص بغرض تطويره بين الحكمة التشريعية سابقة التفصيل والمناسبة التشريعية فالأخيرة لا يمكن أن يعول عليها القاضي في تحديد البعد الاجتماعي الذي وضع من أجله النص لأن النص ناشئ لظرف اقتصادي أو اجتماعي معين على سبيل الحصر ولا يمكن أن يتم تطويعه لغير ما جاء به من حكم استثنائي (۱).

وانسجامًا علميًا مع ما تقدم ذكره فأن الحكمة من التشريع يراد بها القوة التي تبعث الطاقة الحركية مجازًا المغيرة للحكم الوارد في النص وذلك كونها تتبلور وتتغير بمرور الزمن وترتيبًا على ما تقدم يصبح على القاضي عند بحثه في النصوص التشريعية التي وضعت منذ زمن بعيد أن لا يبحث في القصد الجامد عند وضع النص التشريعي بل لابد ان يبحث في مدى المرونة الموجودة في النص التي من خلالها تنطلق قدرة القاضي على المواءمة مع الوقائع المستجدة المعروضة أمامه (۲)، وهذه المرونة التي تكون منطلق قدرة القاضي على المواءمة تتحصر في نشاط القاضي الذهني، اي تختلف من قاضٍ لأخر، حيث يقوم ببحث عناصر النص التشريعي مع المطابقة في ذات النص، ولا يتم هذا العمل إلا بعد أن يحدد القاضي المصلحة المتوخى حمايتها بهذا النص (۳).

_

١- ينظر: عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، مصدر سابق، ص٢٧٨- ص٢٨٠.

٢- ينظر: لفتة هامل العجيلي، شرح قانون الاثبات (دراسة مقارنة في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء)،مصدر سابق، ص ٢٠.

٣- ينظر: د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص١١٨.





الفرع الثانى

مبتغى حكمة التشريع

ان للقانون هدفًا وضع لأجله يسعى الى تحقيقه من خلال النص التشريعي، وهذا الهدف لم يوضع اعتباطًا أنما وضع من خلال القراءة الدقيقة للواقع الذي يحاول القانون معالجة مشاكله الناشئة عن التعامل وقت وضع النص أو في المستقبل وهذا الأخير لا يمكن معالجة وقائعه إلا من خلال الابتعاد عن اعتاب حرفية النص التشريعي والاقتراب من المرونة عليه فأن مبتغى الحكمة التشريعية ينصب على ايجاد تحليل للواقع الاجتماعي قبل وضع النص التشريعي وهذا التحليل يكون بدقة ينسجم وحاجات الحياة الأجتماعية(۱) وفي الوقت نفسه يكون مرنًا يمكن من يأتي للتطبيق في المستقبل أن يستخدمه كعنصر أساس في الوقوف على طاقة النص التشريعي(۱).

لأن للنص التشريعي روحًا قبل ان يكون مجرد حرف ومعنى واسع مرن قبل ان يكون لفظًا ظاهريًا، فلذلك ينتقل من حالة الجمود الى الحقيقة النابضة بالحياة من خلال تطبيقه بصورة تنسجم وروحه (٢)، ومن ثـتم فأن القاضي لابد من أن يعي اثناء تفسيره بأن المواءمة مع الحكمة لابد من أن تحقق مبتغاها اي بمعنى ان القضاء عندما يعرض عليه النزاع يصبح أمام الزام مقرر في القانون بعدم أنكار العدالة عن طريق تطوير القانون بالملاءمة بين مضمون النص وبين

ا د د ا د د الله

¹⁻ حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٥/الهيئة العامة/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٥/٣١ في معرض تحليلها لنص المادة (٢٤٦) من قانون الكمارك رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ المعدل على أنه (أن الحكمة التشريعية من الاختصاص المزدوج الذي جاء به هذا القانون نابع من الأهمية الكبرى لقضايا الكمرك والتي يحكمها النص وفي خلاف عدم وجود النص فلا يجوز الذهاب بأكثر من ذلك...)، غير منشور.

۲- ينظر: عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون، ط١، دار السنهوري، بيروت،
 ٢٠١٦م، ص٩٦٠.

٣- ينظر: ضياء شيت خطاب، رسالة الى القضاء، مقال منشور في مجلة العدالة، العدد٣، لشهر (تموز ،اب،ايلول)، بغداد، ٢٠٠١م، ص٨ وما بعدها.





المستجدات المجتمعية التي تواجهه، وقد أطلق على ذلك الفقه القانوني "سلطة تجديد الشباب"، وتجديد شباب النص او القاعدة القانونية يعني ترميمها مما يعتريها من عارض وفقًا لمقتضيات العصر المتقدم (۱).

مما تقدم من عرض علمي لمبتغى حكمة التشريع لا مناص من القول أنه على المشرع ان يميل في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الواقعية وهذا الميل غير المقصود تفرضه طبيعة العمل القضائي ومبدأ الاستقرار الذي يتطلبه المجتمع مما يعني ذلك ان الحكمة التشريعية التي يجب مراعاتها عند تطوير النص تعد شرطًا لا لتحقيق العدالة الواقعية وأنما تحقيق العدالة النسبية القضائية، بذلك يكون القاضي باحثًا عن هذا الشطر من العدالة أثناء مراعاته للحكمة التشريعية للنص في مرحلة تفسيره المتطور للنص بالإضافة الى ذلك نصل الى نتيجة مفادها لابد من ان يحقق القاضي في هذه المراعاة للحكمة المبتغى الذي جاء قبل وبعد وضع النص وهذا القبل يجب أن يكون بعد التطوير هو ذاته لأن الاختلاف الذي يقع في الحكمة ما بين قبل وضع النص وبعده يمكن أن يكون بابًا لفسخ الحكم او نقضه من قبل المحاكم المختصة في الطعن.

١- ينظر: ضياء شيت خطاب، فن القضاء، مصدر سابق، ص٧٥.





الفصل الثاني

أعمال التفسير المتطور للقانون

تمهيد وتقسيم:

أن ما يسعى اليه قانون المرافعات رغم دقته هو الأبتعاد عن التعقيد المُفضى الى الأنكار غير المباشر للعدالة، المتمثل في تأخير اصدار الحكم أو تقليدية الحكم حيث ان هذا التأخير والتقليدية هو القاتل لقيمة العدالة بل الجاعل منها عدالة صورية تختلف واقعيًا عن حاجة المدعى بالحق، فهذا السعى الذي دأب عليه القانون لابد من أن تكون نهايته تحقيق المسعى متقدم الذكر والمسعى هذا لا يمكن أن يصار ما لم نجد فسحة من الحرية تحكمها جملة من القواعد وهذه الفسحة لا يمكن ان نشهدها في أيجاد حكمًا مستجدًا عادلاً واقعيًا إلا عن طريق التفسير المتطور بمعنى أن الإلزام الذي اقره القانون العراقي المتمثل بضرورة ركون القاضي الي التفسير المتطور عند أستنباط الحكم القانوني لوضع مستجد، تحكمه جملة من القواعد الا وهي الاستعانة بالوسائل العملية من قبل القاضي لمنع الأنكار غير المباشر للعدالة، وهذه الوسائل هي الشغل الشاغل للقاضي لكي يُرتب الأثر المراد من التفسير المتطور لذا يصبح من اللازم للوصول الي أثر ذا قيمة، الاستعانة الصحيحة بهذه الوسائل العملية، وهذه الاستعانة مقيدة من حيث نتيجتها، فلا يترك هذا الأمر دون أدنى رقابة لأنه سيكون عالة لما يرتبه من أثر مضطرب في ما لو أنحرف معنى النص عند تطويره الى معنى لا يمكن للعقل والمنطق السليم تقبله (١)، لذلك وضعت له قيود رقابية من قبل المحاكم المختصة بالطعن، لتجعل منه إلزامًا مثمرًا في تحقيق المسعى المراد، وهذه الرقابة تكون على الأثر الذي جاء به التطوير.

^{1 -} Sir Rupert Cross, 3ed. by John Bell and George Engle, <u>Statutory Interpretation</u>, LexisNexis:2006,p.40.





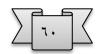
عليه ولما تقدم من عرض موجز لمدخلات هذا الفصل سنعمد على تقسيمه وفق الاتي، حيث سنتناول في بادئ الأمر كيف للقاضي الاستعانة بالوسائل لتحقيق أثر التفسير المتطور وذلك في المبحث الأول تحت عنوان وسائل التفسير المتطور للقانون، أما بعد ذلك سنتناول الأثر المترتب نتيجة الاستخدام السليم لهذه الوسائل وسنتناول أيضًا الرقابة على هذه الأثر بعد تبيانه وذلك في المبحث الثاني تحت عنوان، أثر أعمال التفسير المتطور للقانون.

المبحث الأول

وسائل التفسير المتطور للقانون

لابد من الوقوف على مصدر النص وحكمة التشريع، ليستطيع القاضي من أعمال التفسير المتطور وهذا الوقوف على الأمور سابقة الذكر لا يمكن أن يتم إلا بعد الوصول الى المعنى البعيد للنص، لذلك يفترض على القاضي ان يكون شموليًا في نظرته للنص، باحثًا عن أصله لربطه بالحكمة والحصول على حكم قضائي من هذا النص بعد بحثه وتطويره من كل الجوانب، وكل ذلك لا يتم إلا بعد الاستعانة بوسائل عملية محددة.

عليه ولما تقدم من تفصيل، سنتناول في هذا المبحث وسائل وصول القاضي الى التفسير المتطور الدقيق وأعماله وذلك في مطلبين، سيتضمن الأول الوسائل الأصلية في إعمال التفسير المتطور للقانون اما المطلب الثاني الوسائل المساعدة في إعمال التفسير المتطور للقانون.





المطلب الأول

الوسائل الأصلية في إعمال التفسير المتطور للقانون

من الأستحالة ان نكون أمام تفسير متطور منتج لنص وحكم متطورين ما لم يكن هنالك قاضِ يتسلح بوسائل يوسع من خلالها الدور الإيجابي الذي يمارسه أثناء نظر الدعوى.

وتعد هذه الوسائل من البديهيات الواجب توفرها في شخصية القضاة العلمية، وأي قصور في هذه الأدوات قد يؤدي الى أمور لا يحمد عقباها كون القصور هذا يمس جوهر التفسير القضائي، وهذا المساس يترتب عليه انحراف بالمراد من النص، مما يجعل الحكم عرضة للنقض من قبل المحاكم المختصة في ذلك.

عليه سنتناول هذا المطلب في فرعين، الأول سنتناول فيه أستخدام القاضي للمنطق القضائي اما الفرع الثاني استعانة القاضي بالمبادئ العامة للقانون.

الفرع الأول

أستخدام القاضى للمنطق القضائي

يعد المنطق الوسيلة القضائية المهمة في تحديد النص القانوني الواجب التطبيق ومن ثم في فهم النص والوقوف على أبعاده القانونية، وهو بشكل عام "علم يضع القواعد العامة للتفكير السليم بغض النظر عن الموضوعات التي يتناولها التفكير" أو يُعرف على أنه " قواعد تعصم مراعاتها الذهن عن الخطأ في الفكر" (١)أما كمنطق قضائي يعرف على أنه " مسار ذهني يسلكه

¹⁻ ينظر: عبد الستار ناهي عبد عون الجبوري، المنطق القانوني والقضائي للأحكام القضائية، مقال منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى ، متاح على الرابط https://www.hjc.iq/view.68709/اخر زيارة في ٢٠٢٢/٧/١٥، الساعة ٢٠٠٤م.





القاضي عند التصدي للفصل في الخصومة المعروضة عليه" في حين عرفه البعض بمعناه العام على أنه " قانون التفكير الصحيح"(١).

هذا وله الأهمية البالغة في مجال القانون حيث يقسم في هذا المجال الى منطق قضائي ومنطق قانوني وأن المجهود الذي بذل لتبيان العلاقة بين المنطق والقانون لغرض استعانة القاضي به هو مجهود كبير الا أنه يعاني من ابتسار التنظيم والهيكلية بمعنى أنه قد أصابه التشتت والغموض وهذا يبدو في الاختلاف الجلي في تعريف المنطق القانوني والمنطق القضائي فتارة يعرفون المنطق القانوني ويطابقونه مع المنطق العام في تعريفه وتارة أخرى يصفونه على أنه جملة من الدلالات والتصورات وهنا يقترب من أصول الفقه وقواعد اللغة العربية، أما المنطق القضائي فقد جاء إيضاحه على نفس الشاكلة لم تُوضع له أسس رصينة دقيقة تميزه فقد أستشف ضمنًا على أنه "الاستعانة من قبل القاضي في تطبيق أدوات المنطق في الواقع القضائي عندما يريد استصدار قرار قضائي"، مما يعني ذلك لا يوجد أسس للتفريق بين كل من المنطقين سوى مدى تعلقهما بالواقع ورغم عدم دقة هذا المعيار لكن هو المنطقي في الغالب للتمييز بين كلاهما(٢).

وإن ما يهمنا في مضمار بحثنا هو المنطق القضائي كون الاخير ذو طبيعة عملية الجرائية متحركة وهو أكثر ما يحتاجه القاضي لأعمال التفسير المتطور فمنه ما هو متعلق بالقانون ومنه ما هو متعلق بالواقع فيجعل من القاضي يبحث في شقين الأول الشق المتعلق بالقانون المتمثل بمدى قيام الخصوم بأثبات الواقعة المعروضة أمامه وفق قانون الأثبات اما الشق الثاني

١- ينظر: على حرب، الماهية والعلاقة نحو منطق تحويلي، ط١، المركز الثقافي العربي، بيروت، ١٩٩٨، ص١٣٠.

٢- ينظر: د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستتباط القانوني، ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١م، ص٤٨- ص٧٦.





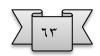
فيبحث القاضي في الواقع بعمق وتفنيده وتكييفه وتحديده ثم مقاربته مع النص القانوني بغرض تطويره، وهذا ما لا يمكن تصوره لو ان القاضي لجأ الى المنطق القانوني كونه يتمتع بطبيعة نظرية ساكنة لا تعير أي اهتمام للجانب الإنساني وأبعاد النص الواقعية انما تقتصر على الفهم النظري (۱).

وهذا لا يعني ان القاضي يوظف قواعد المنطق القضائي على نحو حر وأنما يكون محكومًا بجملة من قواعد أستخدام المنطق، لكي يكون تكبيفه صحيمًا وأولها أن على القاضي أن يستدل استدلالا ذهنيًا يقوم من خلاله بالدراسة العميقة لجزئيات كافة الواقعة محل النزاع التي تشَبَئتُ في ذهنه تشبئًا متأتٍ من الأدلة المعروضة والقائمة في إضبارة الدعوى والتي يجب أن تؤدي الى هذه الصورة الذهنية، وبعد هذا يقوم باختيار الوصف القانوني والذي ينزله على الواقعة التي تتطابق في خصائصها مع النموذج القانوني المستقر في الذهن وهذا الأنزال يُسمى التكبيف القانوني الصحيح، أما ثاني هذه القواعد عند الاستعانة بالمنطق هو تجنب القاضي التحريف المتعمد والمسخ اي توجيه الكلام لغير مقصده بحيث يُفهم منه خلاف المقصود منه وهذا المتقدم قد يلحق بالنشاط الذهني المنطقي للقاضي مما يجعله يصد عن المقصود ودلالاته وذلك عن طريق نفسيره النص بمعنى لا يتفق وينحرف كثيرًا عن المعنى الحقيقي مما يستتبع ذلك نتائج عكسية لا يغي الوصول اليها، بمعنى أخر يصيب نتائجه الفساد في الأستدلال(٢).

مما تقدم طرحه نلاحظ أن وضع تعريف دقيق للمنطق ليس بالأمر اليسير وذلك لمرور المنطق كما لاحظنا بمراحل هيكلية غير منتظمة، فقد أنتقل من المنطق الصوري النظري الى المنطق الذي يركن على الحجج والاستدلالات، ومن ثــتم يكون المائز ما بين كلا المنطقين

1 - ينظر: د. ياسر باسم ذنون السبعاوي ود. أجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص (دور قواعد المنطق في عملية الأثبات المدنى) ،ج٤، ط١، مكتبة الجيل العربي، ص٢٣٢و ص٢٤٩.

٢- ينظر: محمود محمد علي صبره، المُشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، ط١، معهد صبرة للتدريب القانوني، دبي، ١٩٠م، ص٩٢ وص ٩٣.





القانوني والقضائي هو أن المنطق القانوني ذو صلة بالقاعدة القانونية ونشوئها وتفسيرها النظري وهذا ما لا يسعف القاضي عند تفسير النص تفسيرًا متطورًا أما المنطق القضائي فصلته بتطبيق القاعدة القانونية عمليًا على الدعوى المنظورة أمام المحكمة لذلك يكون التفسير بالاستعانة به أكثر قربًا واتصالاً بالحقيقة المراد الوصول اليها من قبل القضاء (۱).

وبعد كل ما بيناه يمكن تعريف المنطق القضائي على أنه الاستخدام الثانوي من قبل القاضي الى عنصر القانون والاعتماد الرئيس على عنصر الواقع في تفسير النص تفسيرًا متطورًا لغرض الوصول الى الحكم المتطور العادل والاقتصاد في الهدر غير المباشر للعدالة.

وأنسجامًا مع ما ذُكر فالركون للمنطق القضائي من قبل القاضي في أعمال التفسير المنطور أمر غاية في الأهمية للحد من جمود النص المتأتِ من تقليدية النص لا من صياغته، فيأتي القاضي وعن طريق وسائل منطقية ليحد من هذا الجمود بتفسيره تفسيرًا متطورًا بالتالي عندما يكون أمام القاضي واقعة مستجدة يحكمها نص تشريعي غامض او قاصر يصبح عليه الزام بتفسير هذا النص تفسيرًا مستجدًا فأي ضعف في استخدام المنطق القضائي يترتب عليه ضعف في معالجة الواقعة محل النزاع بحكم متطور كذلك يكون الحكم غالبًا يجافي مبادئ الانسانية ويبتعد كثيرًا عن حكمة التشريع، مما يجعلنا أمام ضرورة التوسع في ميدان الدراسة المنطقية سواء في الدراسة الأولية او العليا وكذلك الدراسات القضائية.

¹⁻ للمزيد من التفصيل: ينظر: - عبد الستار ناهي عبد عون الجبوري، المنطق القانوني والقضائي للأحكام القضائية، مصدر سابق.





الفرع الثاني

استعانة القاضى بالمبادئ العامة للقانون

تُعرف على أنها" مجموعة القواعد العامة التي تمس جوهر القانون وتمثل فلسفته وأهدافه"(۱)، وتُشكل الاستعانة بها أهمية كبيرة في فهم مدارك النص التشريعي المراد تطبيقه على الواقعة محل النزاع، وتكون هذه المبادئ العامة المستعان بها من قبل القاضي في نصوص صريحة تتضمن جوهر أبعاد القانون وفلسفته وأهدافه، بمعنى أنها تُصاغ تحت عنوان المبادئ العامة للقانون أو تصاغ على شكل حقوق، و يكون سريان نطاق هذه المبادئ العامة أو الحقوق او القواعد العامة شامل على كل النصوص التي تضمنها مشروع هذا القانون عند إقراره هذا وتقسم هذه المبادئ الى المكتوبة وغير المكتوبة فالأولى هي المقيدة بنص القانون والثانية هي المُستقِرة في ضمائر الناس بالأجماع المجتمعي والتي ترتقي بعضها الى منزلة المكتوبة عند بعض أوساط أهل الاختصاص(۲).

ومن هذه المبادئ المكتوبة التي وضعها المشرع في قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة الأولى، بجعله المرجع لكافة قوانين المرافعات والاجراءات في حال لم يوجد نص صريح يتعارض مع هذا المبدأ وكذلك من المبادئ العامة في القانون هو المصلحة حيث أشترط قانون المرافعات المدنية العراقي وكذلك قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري وقانون الأجراءات المدنية لدولة الأمارات العربية المتحدة على أنه لا يمكن أن تقبل ما لم يكن هنالك مصلحة من أقامتها وتكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الدعوى دفع ضرر او خوفًا من

١- ينظر: محمود محمد على صبره، مصدر سابق، ص٧٢.

٢- ينظر: د. فايز محمد حسين، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه، دراسة في فلسفة القانون، دار
 المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٩م، ص٢٤٧ وما بعدها.





ضياع معالم، فهذا المُتقدم هو عام يسري على كل دعوى وبما أن هذه القوانين هي المرجع لكافة قوانين المرافعات والإجراءات فكل دعوى لا يجد القضاء بها مصلحة وفق المعنى المتقدم تُرد^(۱) وتختلف هذه المبادئ وحسب كل دولة و تشريع فقد تنفرد تشريعات بعض الدول عن الأخرى في مبدأ عام وذلك لاحتياجها اياه او لأمور مستجدة أو تطورات في التعاقدات المدنية الاستثمارية في البلاد فقد أنفرد قانون الأجراءات المدنية الأماراتي بمبدأ عام تأخذ به قوانين مصر والعراق لكن ليس بهذه الصراحة بالنص في قانون أجرائي حيث أكد هذا المبدأ العام بأن لغة المحاكم هي اللغة العربية وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود أو غيرهم مما تتطلبه الدعوى بواسطة مترجم مُحلف او يتم تحليفه ان لم يكن معينًا وتم تحليفه عند التعيين، ووضع هذا المبدأ في الباب التمهيدي ضمن الأحكام العامة وهذا دليل على أن الأحكام العامة أو المبادئ العامة تختلف على حسب حاجة المشرع. (۱)

وهذا ما تقدمنا به هو المبادئ العامة المكتوبة، أما غير المكتوبة وهي التي عبرت عن الإرادة الجماعية وتم قيدها في التشريع بصورة ضمنية فمن هذه المبادئ في القوانين الأجرائية مبدأ حياد القاضي فيشكل هذا مبدأ عام لا يمكن أن يجهله الجميع وأقرته التشريعات كما تقدمنا بالذكر، بطريقة ضمنية غير مباشرة، لضمان سير العدالة وعدم أنكارها بالتأخير أو التسويف أو المماطلة أو الانحياز، وهذا المبدأ أخذ بالازدهار رغم أنه غير مكتوب بعد أن كان وجيزًا مقتصرًا على مفهوم محدد متمثل في الوقوف موقفًا سلبيًا من الخصوم في ما يتعلق بأثبات الدعوى، الا ان هذا الموقف

⁻¹ ينظر: المادة (1) و (7) من قانون المرافعات المدني العراقي و المادة (7) من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري والمادة (7) من قانون الأجراءات المدنية لدولة الأمارات العربية المتحدة.

Y – ينظر: المادة (٤) من قانون الاجراءات المدنية الأماراتي والتي نصت على أنه (لغة المحاكم هي اللغة العربية، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود أو غيرهم الذين يجهلون اللغة العربية بوساطة مترجم بعد حلفه اليمين، ما لم يكن قد حلفها عند تعيينه أو عند الترخيص له بالترجمة).





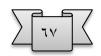
تغير فأصبح للقاضي التقصي و البحث عن الحقيقة بالتالي فأن هذا المبدأ عكف من الدور السلبي الى الدور الإيجابي للقاضي. (١)

بعد كل ما ذُكر نصل الى نتيجة وتساؤل ملخصه هل أن القاضي يستعين بالمبادئ العامة لتطوير النص بتفسيره تفسيرًا متطورًا ، لكن التساؤل وكيف يتم ذلك ؟ وهل يمكن أن يستعين القاضي بمبدأ عام لأعمال الزام ورد تحت مسمى مبادئ عامة في قانون الأثبات؟ (٢) بمعنى أخر هل يمكن أن يكون أعمال الزام في مبدأ عام بواسطة مبدأ عام؟ للوصول الى نتيجة ترفع ما ورد من تواشج أفكار لابد من وضع تعريف أكثر دقة للمبادئ العامة حيث يمكن أن نعرفها على أنها مجموعة من الالتزامات تمتاز بالعمومية والتجريد والمرونة وتتفوق على القواعد القانونية الخاصة كونها تهيمن على التشريع بقواعده القانونية كافة.

بعد التعريف المتقدم نجد أن الاستعانة بهذه المبادئ يكون تكامليًا لأعمال التفسير المتطور للنصوص القانونية، أي ان بذلك نعني ان القاضي عن طريق هذه المبادئ والرجوع اليها او الاستعانة بها يكمل ما ورد في النص لرفع غموض او تعارض او سد قصور كونها مبادئ ذات عمومية وتجريد ومرونة وذات ارتباط بالواقع، وهذا الدور التكاملي يمكن أن ينهض من خلاله التفسير المتطور.

¹⁻ ينظر: جعفر كاظم المالكي، المفهوم المتطور لفكرة حياد القاضي، من بحوث القضاة منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي على الرابط: https://www.hjc.iq/view.3764/ أخر زيارة في ٢٠٢٢/٦/١٤م في الساعة ٥:٢٣م.

٢- حيث ورد الزام التفسير المتطور في المادة (٣) من قانون الأثبات العراقي النافذ والتي تقع في الفصل الأول المنضوي تحت عنوان مبادئ عامة.





المطلب الثاني

الوسائل المساعدة في إعمال التفسير المتطور للقانون

ان هذه الوسائل تتعدد الأ اننا سنسلط الضوء على الوسائل التي تساهم في تفعيل القاضي للتفسير المتطور والأخذ بالمعنى البعيد للنص لمعالجة حالة مستجدة لذلك سندرس هذه الوسائل في فرعي، حيث سنتناول في الفرع الأول الأعمال التحضيرية كوسائل مساعدة في تطوير النصوص القانونية وفي الفرع الثاني سنتناول المصادر التاريخية للقانون.

الفرع الأول

الأعمال التحضيرية

يُقصد بالأعمال التحضيرية، (عدة وثائق رسمية أعدت اثناء الأعداد للتشريع، وكذلك محاضر المناقشات التي جرت بين اللجان والهيئات الموكول اليها أعداد التشريع وتحضيره) وتعد قيمة هذه الوثائق كبيرة في معرفة نية المشرع من وضع النص التشريعي وكذلك أبعاد هذا النص وكل ذلك مشروط بأن لا تكون هذه الوثائق باب للخروج عن أحكام القانون او مخالفة نصوص صريحة (۱).

وتكون بصيغة التعليق على كل نص لتبيان معناه والوقوف على أبعاده ولكنها ليست بذات الزام على القاضي لأنها قد تكون في بعض الأحيان اجتهادات شخصية لا تنطبق وحقيقة الحكم، أي يجب أن ينظر لها بأنها إرشادات فكرية تقويمية والغرض المبتغى منها المساعدة وإنارة الفهم لا

¹⁻ ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، مُشكلاتُ التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)،ط۱، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤م، ص٢٠٤؛ د. يوسف حسن يوسف، مدخل علم القانون، ط۱، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص٢٠١٠.





أعاقته في الوصول الى المعنى المراد من النص^(۱)هذا وتعد المذكرة الإيضاحية أو الأسباب الموجبة من أهم الأعمال التحضيرية التي تلحق بالقانون وتعبر عن خلجات المشرع عند وضعه النص إلا ان ذلك لا يعنى أنها ترتقي من حيث القوة الملزمة مستوى النصوص بالتالي تكون للاستعانة بها لفهم النصوص دون أضافتها لقوة النص لذلك يذهب أحد الفقهاء الى ضرورة التأني والتعامل بحذر عند الرجوع الى الأعمال التحضيرية اذ كثيرًا ما تكون مخالفة لحقيقة النص^(۱)، وفي السياق نفسه لابد من الإشارة الى أن الأسباب الموجبة تعد بمثابة المصالح التي فرضت سن التشريع أو تعديله الا ان دورها كالبقية لا يتعدى إيضاح الغرض الذي وجد النص لأجله او لتبيان تفصيله وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز الأتحادية حيث جاء في مضمون قرار لها أن التسبيب لابد من ان يكون بأسباب قانونية حصرًا فلا مجال لذكر عبارات تجعل من مبدأ حياد القاضي مختلاً وأن التشديد على التسبيب في قانون المرافعات كما وضحته الأسباب الموجبة هو لعدم جعل القضاء يحكمون على اساس أفكار مبهمة لم تتضح معالمها او مجملة غابت او خفيت تفاصيلها(۱۰).

¹⁻ David Lowe and Charlie Potter, <u>Understanding Legislation: a practical Guide to Statutory Interpretation</u>, Oxford, UK: 2018, p.30. "In interpreting statutory language, the courts employ various so - called 'rules', 'maxims', 'principles', 'canons' or 'presumptions'. A number of these are discussed immediately below. They are valuable tools, even if they point in different directions from one another, but they must always be seen as 'guidelines rather than railway lines, as servants rather than masters'; they' exist to illuminate and help, but not to constrain or inhibit'.13 In every case, all relevant factors must be taken into account."

٢ - ينظر: د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مصدر سابق، ص٢٨٥.

٣- ينظر: قرار محكمة النمييز الأتحادية بالعدد ٥١/حياد القاضي/٢٠١٣ في ٢٠١٣/ ٢٠١٣، منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى بالرابط https://www.hjc.iq/qview.1924/ اخر زيارة في ٢٠٢٢/٤/١م، الساعة ٣٠٠٠م.





وتماشيًا مع ما تم ذكره، يمكن القول بأن دور الأعمال التحضيرية يقتصر على كونها وسيلة للوقوف على نية المشرع، لابد ان نسوق مثالاً جليًا من التشريع الاماراتي لهذا الدور فعندما يكون القاضي في معرض تطبيق نص المادة الثانية من قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأماراتي(۱) يلتبس عليه المقصود بالحكم القطعي وما نية المشرع من القول الحكم القطعي؟ وما هو معيار قطعية الحكم وهل المعيار في تحديد القطعية منضبط ام لا ؟ كل هذه التساؤلات تضع القاضي في مسار التشتت ما لم يتم الوقوف على المقصود، الأمر الذي يقضي أن يرجع القاضي للأعمال التحضيرية للقانون لتبيان المقصود فعند الرجوع يجد أن المذكرة الايضاحية في معرض تعليقها على المادة متقدمة الذكر عرفت الحكم القطعي بأنه " هو الذي يضع حدًا للنزاع في جملته أو في جزء منه او في مسائل متفرعة منه بفصل حاسم لا رجوع من جانب المحكمة التي أصدرته (۱) ومن ثــتم فالقاضي برجوعه أستطاع أن يحدد أي الأحكام الصادرة بإجراءات التضمن حكمًا قطعيًا موجبًا للتفسير وهل هنا الرجوع الذي قام به القاضي أتم التفسير ؟

بالطبع لا وذلك لأن من كل ما تقدم نصل الى نتيجة مفادها ان الاعمال التحضيرية وسيلة خارجية تساهم اذا طورت النص في أعمال التفسير المتطور، هذا وقد يشكل البعض على هذا القول بأنها كيف يمكن أن تساهم في تطوير النص وهي كتبت بذات الوقت الذي كتب فيه النص، نفسر ذلك أنها عندما تكتب تكون بأكثر تفصيلاً من نص التشريع وبتوضيح دقيق لكل مفردة مع جملة من المناقشات التي جرت بين أعضاء لجنة أعداد التشريع مما يؤدي ذلك الى

١ - حيث نصت المادة (١/٢) من قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأماراتي المعدل على أنه
 (الأحكام الصادرة بإجراءات الأثبات لا يلزم تسبيبها ما لم تتضمن حكمًا قطعيًا في دفع أو طلب).

٢ - ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأماراتي، نقلاً عن د. أسامة الروبي، مبادئ و أجراءات الأثبات المدني في النظام القانون الأماراتي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،
 ٢٠١٤م، ص٨٦٠.





جعلها وسيلة لفتح آفاق الفكر القضائي عند العمل على تطوير النص وبهذا تكون قد ساهمت في التطوير، لكن أسفنا الشديد في ما يخص التشريعات العراقية نرى أنه لا يوجد اهتمام في حفظها وإيضاح طريقة الوصول الى هذه الإعمال التحضيرية لأغلب القوانين وكذلك لا يوجد تفصيل لها عندما تقيد على الورق وهذا الأمر غاية في الخطورة ولا يمكن تجافيه والسكوت عليه، لذا أدعو أصحاب الشأن الى إبداء الاهتمام الكافي لهذه الأعمال كذلك جعلها في متناول أيدي أصحاب الاختصاص من فقهاء القانون والقضاة والمحامين لتكون آرائهم وأحكام اهل القضاء منسجمة مع مراد النصوص التشريعية.

وبعد كل ما ذكر نؤكد أنها لا تدخل بطاقة النص أي طاقة إلزامه ولا تكون ملزمة للقاضي المدني بل تعد وسيلة تفسيرية لرفع اللبس الحاصل عند تطبيق النص والحد بعض الشيء من الأخلال الذي يصيب المبادئ القانونية التي جاء بها المشرع.

أي أن الاحتفاظ بها وقيدها، يجعل القاضي لا يحكم وفق المعنى البعيد للنص وفي الوقت نفسه تمكن القاضي من معالجة الحالات المستجدة وتفادي حالات أنكار العدالة بالتالي في معرض تطبيق المادة الثاني من قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأماراتي سابقة الذكر أستطاع القاضي برجوعه أن يحدد أي الأحكام الصادرة بإجراءات الأثبات تتضمن حكمًا قطعيًا موجبًا للتسبيب، لكن هذا الرجوع لم يكن اصلي حاسم في التفسير بل كان مساعد فعملية الرجوع هذه تلحقها عملية أخرى متمثلة بمقايسة الواقعة مع حكمة التشريع أي البعد الاجتماعي للنص والاعمال التحضيرية وفق حنكة القاضي العلمية ووفق المنطق القضائي الإجرائي.





الفرع الثاني

المصادر التاريخية للنصوص القانونية

يقصد بها المراجع التي يأخذ منها المشرع القواعد القانونية، فالقوانين الغربية تعتبر جزءًا من مصادر التشريعات العربية عامة والعراقية خاصة وكذلك الشريعة الأسلامية الغراء والقانون المدني المصري يُعتد من المصادر المهمة للقانون المدني العراقي ومن شمّ عندما يكون امام القاضي نص يراد تطبيقه على الواقعة محل النزاع لكن هذا النص يشوبه غموض لا يعالج بوضوح جوانب الواقعة وفي نفس الوقت لا يستطيع القاضي أن يركن الى الأجتهاد، ففي هذه الحالة للقاضي ان يرجع الى المصادر الذي أفرز المشرع منها هذا النص ويفسره على ضوئها(۱)، بمعنى أخر اذا كان للنص عبارات وهذه العبارات غير واضحة في دلالتها على ما يراد بها من قصد بما ينسجم ونية المشرع العراقي، فيمكن للقاضي الرجوع الى خلفية النص التاريخية وكيف كان ميلاده وكذلك يمكن الرجوع الى نصوص قديمة كانت مطبقة قبل النص لينظر عن كثب للظروف التي أدت الى صياغة هذا النص وفق التغيرات المجتمعية المُستجدة و كذلك الرجوع الى المبادئ أدت الى صياغة هذا النص وفق التغيرات المجتمعية المُستجدة و كذلك الرجوع الى المبادئ أن يكون مُثمرًا في تحديد دوافع صياغة النص و المراد منه (۱).

إلا ان ذلك يشكل عليه بالقول ان النص عندما يوضع في التشريع الوطني تكون له حياة جديدة متسقة مع مبادئ المجتمع ومن ثـــًم فالرجوع الى مصدره التأريخي أمر غير مبرر ولا يمكن

١ ينظر: عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

۲- ينظر: محمود محمد علي صبره، مصدر سابق، ص٧٧و ص٧٤. ؛ د. أسماعيل نامق حسين، أصول علم
 القانون، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩م، ص ١٦٦ وص١٦٧.



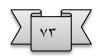


أن نجد منه نية المشرع ولا يمكن ان يندمج وحكمة التشريع فالنص القانوني أخذ من مصادر تاريخية لكن بمجتمع مختلف فما يصدق من حكم في ذلك المجتمع ليس بالضرورة ان يقبل في مجتمع اخر وكذلك وضعه في التشريع المأخوذ عنه لنية غالبًا ما تختلف من نية المشرع في التشريع الوطني (۱).

ونتفق مع هذا الأشكال بصورة نسبية بأن النص لا يمكن أن نصل الى نية المشرع عند وضعه، او الى تبيان حقيقته و أحكامه بصورة كاملة عن طريق الرجوع الى المصادر التاريخية أو الخلفية التاريخية للنص أو المبادئ القضائية التي فسرته عمليًا أثناء تطبيقه الا انه في ذات الوقت لا ننكر ما للمصادر التاريخية الدور النسبي في الوقوف على حكم النص بشرط دمج المصدر التأريخي مع حنكة القاضي للوصول الى حكم يحكم واقعة مستجدة في المجتمع مراعبًا في ذلك عند أصدار الحكم الالتزام بالحكمة من التشريع وهذا ما يتفق مع جاءت به محكمة النقض المصرية التي جعلت من المصادر التاريخية تشد من سعي القاضي في الوصول الى الحكم حيث جاء بقرار لها (أنه متى شاب عبارة النص غموض أو لبس واحتملت أكثر من معنى مقبول أو كان المعنى الظاهر للنص يجافي العقل أو مقاصد التشريع كان على القاضي أن يسعى للتعرف على الحكم الصحيح والإرادة الحقيقية للمشرع خلال الربط بين النص وغيره من نصوص القانون وأن يستهدى بمصادره التاريخية وأعماله التحضيرية)(*).

¹⁻ ينظر: عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الأسلامي، ط۳، مطبعة النصر، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ١٦١.

٢- قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٤٦٢٥ لسنة ٨٧ قضائية دوائر الايجارات - جلسة ٢٠٢١/٢/٢٨ اخر https://www.cc.gov.eg/civil_judgments اخر
 نيارة في ٢٠٢٢/٤/١م في الساعة ٤٠٠٠م.





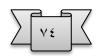
المبحث الثانى

أثر إعمال التفسير المتطور للقانون

أن لهذا الإعمال الأثر البالغ في العمل القضائي والتشريعي حيث له الدور في العمل القضائي في أحقاق الحق ومنع الأنكار المباشر وغير المباشر للعدالة، كون الأخير متأتٍ من الحكم على نسق النص التقليدي دون تطويره بذلك يكون الوقت قد مضى والجهد تضاعف بالنسبة لصاحب الحق، عليه تبرز أهمية هذا الإعمال للتفسير المتطور الذي يترتب عليه التقليل من الأثار السلبية للنصوص التقليدية الحاكمة للواقعة في وضع مجتمعي تحكمه السرعة ويتطلب التطور.

هذا وبالإضافة الى ذلك، يمتد التفسير القضائي المتطور بأثره الى المستقبل ليكون خارطة ترسم مسار التطور التشريعي وذلك عن طريق ما يقره هذا التفسير من مبادئ تكون مُعالجة لتقليدية النصوص، أي بمعنى ان لهذا الأثر الأهمية البالغة في الحاضر والمستقبل وبديهي لا يترك من دون رقابة شديدة عليه، لذلك لابد من تبيان هذه الرقابة بعد تبيان الأثر المترتب على إعمال التفسير المتطور.

وبعد كل ما تقدمنا به من تمهيد، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول أثره في النصوص الإجرائية، وفي المطلب الثاني أثره في الحد من الجزاءات الأجرائية، أما المطلب الثالث سنخصصه إلى الرقابة على التفسير المتطور للقانون.





المطلب الأول

أثره في النصوص الإجرائية

استحالة ان نكون امام احكام عادلة بنصوص تقليدية وضعت في الزمن البعيد، وهذا يعني أننا لنكون أمام حكم عادل صادر في حينه ومنسجم مع التطور في المجتمع، لابد من العمل في التفسير المتطور بعد تحقق مبرراته.

عليه سنتاول في هذا المطلب الأثر الذي يترتب نتيجة أستعمال التفسير القضائي المتطور في العمل القضائي بفرعين، الأول نتناول فيه أثره في تفعيل الإدارة الإلكترونية للإجراءات القضائية أما الفرع الثاني سنتاول فيه أثره في الحد من مغالاة التمسك بالشكلية.

الفرع الأول

أثره في تفعيل الإدارة الإلكترونية للإجراءات القضائية

يشهد العراق في جميع مرافقه فجوة كبيرة تتمثل في عدم تنظيم وبلورة وسائل التقدم العملي، وبقدر تعلق الأمر في دراستنا فالتشريع العراقي أغفلها كثيرًا في مجال الأثبات المدني وكذلك اجراءات النقاضي المدنية كافة (۱)، وكل ما تقدم الامر وازدادت الحاجة اليها كل ما أبتعد عنها المشرع وقيدها بنصوص محددة.

وعليه نثير تساؤلنا المعتاد لنكون أكثر دقة في الوصول الى المراد، فمضمون التساؤل الذي يثيره الذهن هو هل بإمكان التفسير القضائي المتطور ان يترك أثرًا في تفعيل وسائل التقدم

^{1 -} ينظر: د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلة الأثبات بوسائل التقنيات العلمية، بحث منشور في مجلة القضاء، بالعدد ٢و٣، السنة السادسة والخمسون، بغداد، ٢٠٠٢م، ص١٨ و ص١٩.





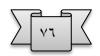
العلمي في ادارة أجراءات الدعوى المدنية عن طريق تطوير النصوص المنظمة لها؟ أم أن هنالك تضييق، يجعل من الزام التفسير المتطور منهار مضمونًا في هذا الخصوص؟

في بادئ الأمر لابد من الوقوف على موقف المشرع العراقي من هذه الوسائل، حيث جاء المشرع العراقي في المادة (١) من قانون الأثبات بضرورة توسيع سلطة القاضي في الدعوى المنظورة أمامه وما له علاقة بها من أدلة شريطة أن يكون هذا التوسيع لا يخالف أحكام القانون بغية الوصول الى حكم عادل في الدعوى (١)، وهذا مبدأ عام ثم بعد ذلك أبتسر نطاق هذه السلطة الممنوحة للقاضي في ما يخص استخدامه لوسائل التقدم العلمي في الأثبات المدني فقيد القاضي بنص صريح يقضي بأن للقاضي الاستفادة او توظيف وسائل التقدم العلمي في أستتباط القرائن القضائية التي لم يقررها القانون في نطاق ما يجوز أثباته بالشهادة (٢).

وهذا يعني أن على القاضي الاستفادة من كل ما يوصله الى الحكم العادل من خلال الاستعانة بوسائل التقدم العلمي التي بات واقع الحال يفرضها بشدة مثل بصمات الأصابع أو التحليل او التسجيل الصوتي او عن طريق الحمض النووي أو كل ما من شأنه أن يشكل وسيلة حديثة لتقرير الحكم العادل السريع المتطور، حصرًا كوسيلة لاستنباط القرائن ومن التطبيقات العملية في ما يتعلق بذلك، هو نسبة الأبن الى الأب بعد أجراء الفحوص الطبية المخصصة لذلك، فأذا

١- حيث نصت المادة (١) من قانون الأثبات العراقي على أنه (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما
 يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة).

٢ - حيث نصت المادة (١٠٢/ثانيًا) من قانون الأثبات العراقي على أنه (القاضي أستنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز أثباته بالشهادة) ونصت المادة (١٠٤) من القانون ذاته على أنه (القاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في أستنباط القرائن القضائية).



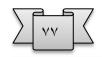


كانت نتيجة الأخير تثبت علاقة الطفل بالأب فالقاضي يستطيع أن يستنبط قرينة قضائية للحكم بنسب الطفل مستعينًا بوسائل التقدم العلمي (١).

بعد كل ما تقدم نجد أن نطاق الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في التشريع العراقي هو في أستتباط القرائن القضائية فقط، مما يجعل ذلك في تصور أنه لا يوجد أساس قانوني مشروع يجعل من القاضى يأخذ بوسائل التقدم العلمي بباقي الأجراءات، وهذا التصور ليس بالتصور الدقيق حيث يمكن للقاضى وعن طريق التفسير القضائي المتطور الاستفادة من وسائل التقدم العلمي في العديد من الأجراءات القضائية ومنها التبليغات القضائية فعند تفسير النصوص المتعلقة بهذا الأجراء لابد من تفسيرها تفسيرًا متطورًا في ظل عصر السرعة التي فرضت به نفسها الوسائل الإلكترونية الحديثة وأخذت مأخذها الوفير في المجتمع، فهذا الفرض الذي مارسته هذه الوسائل يفرض على القاضى الأخذ بها في مجال التبليغات القضائية بالاستعانة بالتفسير المتطور، أي بمعنى العمل بالغرض الأساس الذي جاء به التبليغ المتمثل في أعلام المدعى عليه وبما أن هذا الغرض يمكن تحقيقه بما ينسجم وعصر السرعة وصولاً به الى علم الشخص المطلوب تبليغه بغض النظر عن الألية المستخدمة لأجراء التبليغ (٢) اذن لابد من أدخال الوسائل الإلكترونية

١- ينظر: د. عبد الرحيم حاتم الحسن، شرح قانون الأثبات العراقي، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

٢- جدير بالإشارة هنا أن المشرع العراقي قد تمسك في الشكلية الى الحد المبالغ فيه حيث جعل كل من يقوم بالتبليغ غير الذي يعينهم مجلس القضاء، هم استثناء بالتالي في حال توافر الأول والقيام بالتبليغ من قبل البقية كرجال الشرطة فالتبليغ هنا باطل وهذا ما نستشفه من نص المادة (١٣) من قانون المرافعات المدنية التي نصت على أنه (يقوم بمهمة التبليغ من يعينهم رئيس مجلس القضاء الأعلى، ويجوز إجراء التبليغ برسالة رسمية من المحكمة بواسطة البريد المسجل المرجع أو ببرقية مرجعة في الأمور المستعجلة بقرار من المحكمة، وفي حالة عدم وجود مكاتب للبريد في المكان المطلوب التبليغ فيه، يقوم بالتبليغ رجال الشرطة) وهو ما اكدته محكمة التمييز الموقرة في قرار لها بالعدد ١٧٨/الهيئة الأستئنافية منقول/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٧/٤م والذي جاء فيه (ان رجل الشرطة يتولى مهمة التبليغ في حالة عدم وجود مكتب البريد في المكان المطلوب التبليغ فيه وبالتالي فهو ليس





المتقدمة في التبليغ^(۱)، وهذا التوجه في التبليغ الإلكتروني أخذت به المحاكم العراقية في سابق عهدها^(۲)، إلا أننا في الوقت الحاضر لم نجد مثل هذا التوجه في قرارات محكمة التمييز الأتحادية، بل تعتمد المحاكم الطرق التقليدية في التبليغات القضائية والتي تؤدي الى عدم حسم الدعاوي

= بديلاً للمبلغ القضائي الذي يعينه رئيس مجلس القضاء مما يجعل التبليغ عن طريق رجل الشرطة مع وجود المبلغين القضائيين في المحكمة ومكاتب البريد في المنطقة باطلاً قانونيًا ولا يعتد به)، غير منشور.

1- ينظر: د. فارس علي عمر الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢م، ص ١٨٨ وما بعدها.

Y - جدير بالذكر نصت تعليمات السقوف الزمنية الخاصة بحسم الدعاوى في المحاكم رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ والصادرة تنفيذًا للفقرة الثانية من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل بالعدد ٦٦٩ في ١٩٨٧/٨/٢٣ على أنه (تلتزم المحاكم بحسم الدعاوى التي تنظرها خلال السقوف الزمنية المحددة لها على النحو المبين في هذه التعليمات، الا اذا كانت طبيعة الدعوى تتطلب اجراءات خاصة بها او كان العائق في حسمها خلال هذه السقوف سببًا لا دخل لإدارة المحكمة فيه، كدعاوى المحاسبة ودعاوى المقاولات ودعاوى الحسبة، على ان تذكر المحكمة سبب تجاوز السقوف في محاضر الجلسات .

اولا - المحاكم المدنية:

- 1. يكون السقف الزمني الاقصى لحسم الدعاوى التي تختص بنظرها محاكم البداءة ولامحاكم الادارية ومحاكم ايجار العقار ومحاكم العمل ومحاكم الاحوال الشخصية ومحاكم الاحوال المدنية، اربعة اشهر اعتبارا من تاريخ اكمال التبليغات فيها .
- ٢. يكون السقف الزمني الاقصى لحسم الدعاوى التي تختص بنظرها محاكم الاستئناف بصفتها الاصلية اربعة اشهر اعتبارًا من تاريخ إكمال التبليغات فيها .
- ٣. يكون السقف الزمني الاقصى لتدقيق الاحكام التي تختص محكمة الاستئناف بالنظر فيها تمييزًا، ثلاثة اشهر
 اعتبارا من تاريخ ورودها اليها، ويكون هذا السقف شهرًا واحدا بالنسبة لتدقيق القرارات.
- ٤. تلتزم محكمة الاستئناف عند وقوع الأستئناف او الطعن لديها بطلب اضبارة الدعوى او المعاملة فورا او في اليوم التالي على الاكثر ،وتلتزم المحكمة المختصة بأرسال اضبارة الدعوى الى محكمة الاستئناف خلال خمسة ايام من تاريخ طلبها او من تاريخ تقديم اللائحة الاستئنافية او التمييزية اليها، وتلتزم محكمة محل اقامة المستأنف او المميز بأرسال اللائحة الاستئنافية او التمييزية، اذا قدمت بواسطتها، الى محكمة الاستئناف فورًا او في اليوم التالي على الأكثر، واشعار المحكمة التي اصدرت الحكم او القرار المطعون فيه لأرسال اضبارة الدعوى الى محكمة الاستئناف مباشرة).





القضائية ضمن السقوف الزمنية المحددة في القانون وبالأخص اذا كان المطلوب تبليغه خارج العراق (١).

وهذا المتقدم تأمل الكثير أنه قد يرى النور في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية الا أنه أنتفى جملة وتفصيلاً وأهدرت قيمة التفسير المتطور في مجال الأجراءات في المحاكم العراقية وبقت حبيسة النصوص التقليدية بعد صدور قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية حيث جاء فيه على عدم امكانية سريان هذا القانون في ما يخص الاجراءات التي تقوم بها المحاكم والتبليغات القضائية وأوامر التفتيش وأوامر القاء القبض والأحكام القضائية.

هذا وقبل القول بضرورة تعديل نصوص المواد المتعلقة بالإجراءات القضائية وجعلها الكترونية لنصل من خلاها الى الحكم العادل، لابد من التمسك بالواقع وعدم الخوض في مضمار الخيال النظري، حيث يعتقد البعض في نسجه وسائل التقدم العلمي بالنصوص التقليدية سوف يزيل المشاكل الادارية ويقضي على المصاعب كافة إلا ان الواقع يسير بخلاف هذا الاعتقاد فتطبيق نظام الإدارة الإلكترونية عن طريق وسائل التقدم العلمي يحتاج لتأمين استمراره، وفق ما ينسجم والعدالة المرجوة في العمل القضائي، الى التدقيق المستمر لتأمين جودة الأجراء المقدم عن طريق هذه الإدارة الممزوجة بوسائل التقدم العلمي مع رفد هذه الإدارة بخطط بديلة في حال الإخفاق

¹⁻ حيث ذهبت محكمة التمييز في قرار لها بالعدد ٥٣٥/ م٢/منقول في ١٩٩٠/٩/٤ على أنه (أذا حضر وكيل المدعي ولم يحضر وكيل المدعى عليه رغم تبليغه بموجب السند الإلكتروني "التلكس" تقرر المحكمة أجراء المرافعة غيابيًا وعلنًا وذلك لثبوت تبليغه عن طريق التلكس)، أشار اليه د. عباس العبودي، في بحثه الموسوم التبليغ القضائي بواسطة الرسائل الإلكترونية ودوره في حسم الدعوى، منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد٣، ١٩٩٧م، ص ٢٨ وما يليها.

حيث نصت المادة (٣/ثانيًا/ه) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٦ على
 أنه (لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي: هـ .اجراءات المحاكم والإعلانات القضائية والإعلانات بالحضور واوامر التفتيش اوامر القبض والاحكام القضائية).





المتوقع للنظام مهما بلغت حداثته، مما يعني ذلك أن الوصول الى سيناريو سليم لاستراتيجية الادارة القضائية الممزوجة بوسائل التقدم العلمي مع الاستغلال الدقيق للوقت والمال والجهد يكون بتقسيم الخطة الموضوعة عند الانتقال من التقليدية الى الالكترونية الى عدة مراحل مسبوقة بإصلاح شامل للنظام التقليدي وبعد هذا الإصلاح ببدأ العمل وفق نظامين متوازيين الاول هو التقليدي الذي تم أصلاحه وتطويره والثاني الموازي له المتمثل بالنظام الإلكتروني، ففي هذه المرحلة يستطيع المواطن العادي القيام بالإجراءات القضائية بشكل يسير وبدون مماطلة مستعينًا بالنظام الموازي الإلكتروني في تسهيل الأجراءات ومن بعد ذلك الانتقال للعمل بالنظام المزبوج في المؤسسات ليكون المواطن في هذه الحالة شبه متوجه الى نظام مزدوج يحلحل الروتين، وبعد تحقيق ذلك يتم الانتقال الى مرحلة الهاتف النقال وذلك بتمكين المواطن من استخدامه في الاستعلام عن الأجراءات والأوراق وتبليغات الحضور ليكون أكبر عدد من المواطنين قد أستخدم أو سمع هذا النطام الإلكتروني البسيط، وبعد تحقق هذه المراحل يمكن الانتقال بسلامة تقنية إجرائية الى النظام الإلكتروني في الأجراءات القضائية (۱).

وفيما يخص موقف القوانين المقارنة فقد جاء قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بنصوص تقليدية (٢) لإدارة الأجراءات القضائية كافة وضيق على القاضي أمكانية تطوير النصوص

١- ينظر: أمير فرج يوسف المستشار، المحاكم الإلكترونية والنقاضي الإلكتروني، ط١، المكتب العربي الحديث للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص٩٢ - ص٩٩.

٢- جدير بالإشارة هنا أن المشرع المصري كالعراقي قد أخذ بالإدارة الإلكترونية في بعض المحاكم بموجب تعديله الأخير لقانون أنشاء المحاكم الأقتصادية رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ و المعدل بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ٢٠١٩ حيث جاء في نص المادة (٥) على أنه (يصدر وزير العدل بالتسيق مع وزير الاتصالات وتكنلوجيا المعلومات، القرارات المنظمة للقيد في السجل المشار اليه في المادة (١٧) من هذا القانون المرافق وتنظيم إقامة وسير الدعوى الكترونيًا وإعلانها وطرق حمايتها وربط المحاكم الأقتصادية إلكترونيًا، وتلترم الجهات ذات الصلة بتنفيذها.......). كذلك ما جاء في نص المادة (٨/مكررًا/أ) على أنه (يخطر قاضي التحضير الخصوم





او اللجوء الى الوسائل الحديثة وخصوصًا في أهم أجراء قضائي يتطلب الإدارة الإلكترونية الا وهو التبليغ القضائي حيث حصر كل اعلان او تنفيذ بالمبلغين وذلك بناءً على طلب الخصم او قلم المحكمة أو بناءً على أمر المحكمة، ويتكفل الخصوم او من هو وكيلٌ عنهم بتوجيه أجراءات التبليغ او الاعلان وتقديم أوراقه الى المحضرين، واخلى مسؤولية المحضرين الوارد على هذه الأجراءات او الأوراق المقدمة لهم وجعله مسؤول فقط في ما يخص الخطأ الناتج عن القيام بوظائفهم وقيد المشرع هذا الأجراء في وقت ما بعد السابعة صباحًا الى الثامنة مساءًا وفي أيام الدوام الرسمي، مما يعني كل ما يخرج عن هذا النطاق الوقتي فهو باطل(۱).

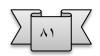
أما موقف المشرع الأماراتي فقد جاء بنصوص متطورة أدخلت التقنيات الحديثة في أدارة أجراءات الدعوى كافة، فقد جاء الباب السادس من قانون الأجراءات المدنية من المادة (٣٣٢) تحت عنوان "أستخدام تقنية الاتصال عن بعد في الإجراءات المدنية" فعرفت المادة (٣٣٢)

= بالحضور أمام الهيئة بأي وسيلة يراها مناسبة ومن بينها، البريد الإلكتروني أو الاتصال الهاتفي أو الرسالة النصية، وتعتبر الخصومة منعقدة في حالة حضور المدعى عليه أو من يمثله قانونًا، فأذا تخلف أحد الخصوم عن تقديم مستند له مسوغ في الاوراق بعد طلبه منها، جاز لقاضي التحضير تغريمه بغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه).

= وهنا يقصد بقاضي التحضير هو القاضي المختص بتحضير الدعوى للنظر فيها خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يومًا من تأريخ قيدها، ويتولى مهمة تسوية النزاع بين الأطراف وديًا في حال الموافقة على ذلك من قبلهم، وهذا ما بينته المادة (٨/مكررًا/ج)، حيث حددت مهامه ونطاق المدة الزمنية لها.

1 - حيث نصت المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه (كل إعلان أو تنفيذ يكون بواسطة المحضرين بناء على طلب الخصم أو قلم الكتاب أو أمر المحكمة، ويقوم الخصوم أو وكلاؤهم بتوجيه الإجراءات وتقديم أوراقها للمحضرين لإعلانها أو تنفيذها، كل هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ولا يسأل المحضرون إلا عن خطئهم في القيام بوظائفهم).

كما نصت المادة (٧) من القانون ذاته على أنه (لا يجوز إجراء أي إعلان أو تنفيذ قبل الساعة السابعة صباحًا ولا بعد الساعة الثامنة مساءً، ولا في أيام العطل الرسمية إلا في حالة الضرورة وبإذن كتابي من قاضي الأمور الوقتية).





من الباب سالف الذكر، المقصود بهذه التقنيات حيث جاء فيها "يُقصد باستخدام تقنيات الاتصال عن بعد في الإجراءات المدنية استخدام وسائل التواصل المرئي و المسموع بين طرفين أو أكثر لتحقيق الحضور عن بعد وتبادل المستندات والتي تشمل قيد الدعوى واجراءات الإعلان والمحاكمة والتنفيذ التي تتم عبر استخدام هذه التقنية"(١)، وخول المشرع الأماراتي للقاضي الاستعانة بهذه الوسائل التقنية السلطة التقديرية الواسعة وذلك من خلال تمكينه وبموجب نص صريح من أتخاذ الإجراءات عن بُعد متى أرتأى القيام بذلك دون التقيد في مرحلة معينة من مراحل الدعوى، أي جعل هذه السلطة التقديرية ممنوحة للقاضي في أي مرحلة من مراحل الدعوى بما يحقق سهولة القيام بالإجراءات القضائية^(٢) وجعلت للمحاكم جوازًا ،استثناءً من الاختصاص الولائي لأي أمارة نظر إجراءات الدعوى المدنية بواسطة تقنيات الاتصال عن بعد ذلك ضمانً لتيسير الأجراءات المدنية وترك للقضاء حرية التتسيق مع الجهات المختصة التي يتواجد من يُراد أتخاذ الأجراءات القضائية بشأنه او التنسيق لغرض الحصول من هذه الجهات ما تتطلبه إجراءات الدعوي المدنية من مستندات^(٣)، هذا وبعد كل ما تقدم تسجل وتحفظ سجلات أجراءات التقاضي الكترونيًا ويكون · لها صفة السرية ولا يجوز التصرف بها بأي شكل إلا بعد أخذ الأذن من المحكمة المختصة، لكن

_____ ٣٣٢) من قانون الأحراءات المدنية الأمارات و التي وردت في الياب السادس المضا

^{1 -} ينظر: المادة (٣٣٢) من قانون الأجراءات المدنية الأماراتي و التي وردت في الباب السادس المضاف بالمرسوم بقانون أتحادي رقم ١٠ لسنة ٢٠١٧ والمنشور بالجريدة الرسمية لدولة الأمارات العربية المتحدة في العدد ٢٢ (ملحق) في ٢٠١٧/٩/٢٨م.

٢- حيث نصت المادة (٣٣٥) من قانون الإجراءات المدنية الأماراتي على أنه (لرئيس المحكمة أو رئيس الدائرة أو من يتم تقويضه من أي منهم، اتخاذ الإجراءات عن بعد متى أرتأى القيام بذلك في كل مرحلة من مراحل الدعوى المدنية، بما يحقق سهولة إجراءات التقاضي).

٣ - حيث نصت المادة (٣٣٦) من قانون الأجراءات المدنية الأماراتي على أنه (يجوز اتخاذ الإجراءات عن بعد خارج الاختصاص الولائي لمحاكم أي أمارة تنظر إجراءات مدنية عن بعد، ويكون النتسيق – عند الاقتضاء – مع الجهة المختصة في الإمارة التي يتواجد فيها من يراد اتخاذ الإجراء بشأنه، أو توجد فيها أي مستندات يراد تقديمها في الدعوى).





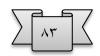
هذا الأجراء الأداري المتقدم يمكن ان تستغني المحكمة عنه إذا قامت مباشرة بتدوين إجراءات التقاضي الإلكترونية أثناء الجلسة في ملف الدعوى الإلكتروني، (١) أما في ما يخص محاضر الأجراءات عن بعد فقد أوكل المشرع الأماراتي للجهة المختصة صلاحية تفريغ إجراءات التقاضي المثبتة في المحاضر الإلكترونية عن طريق تثبيتها في محاضر أو مستندات ورقية أو الكترونية معتمدة لدى المحاكم دون الحاجة للتوقيع عليها من قبل أصحاب العلاقة (١)، ولم يكتفي المشرع بهذا الحد بل ادخل التقنيات عن بعد حتى في مجال الإجراءات مع الدول الأجنبية في سبيل تيسير الإجراءات القضائية الى ابعد حد (١)، هذا وجعل من حجية المستندات المنظمة إلكترونيًا والتواقيع الإلكترونية ذاتها الحجية المقررة للتوقيع والمحررات الورقية الرسمية والعرفية المنصوص عليها في قانون الأجراءات المدنية النافذ متى استوفت الشروط المقررة في نص القانون (١) ولم يلزم المشرع من يقدم المستند الناتج عن طريق تقنية الاتصال عن بعد، أن يقدم أصله في الدعوى إلا اذا اقتضت

¹⁻حيث نصت المادة (٣٣٨) من قانون الأجراءات المدنية على أنه (١. تُسجل وتحفظ سجلات التقاضي عن بعد الكترونيًا قبل تفريغها، ويكون له صفة السرية، ولا يجوز تداولها أو الاطلاع عليها أو نسخها أو حذفها من النظام المعلوماتي الإلكتروني إلا بأذن من المحكمة المختصة حسب الأحوال. ٢. ويجوز للمحكمة الاستغناء عن التسجيل إذا دونت إجراءات التقاضي عن بعد مباشرةً أثناء الجلسة في ملف الدعوى الإلكتروني واعتمدت من رئيسها).

٢- حيث نصت المادة (٣٤٠) من قانون الإجراءات المدنية على أنه (١. للجهة المختصة تفريغ إجراءات التقاضي عن بعد في محاضر أو مستندات ورقية أو إلكترونية تعتمدها، دون الحاجة للتوقيع من أصحاب العلاقة.
 ٢. وللمحكمة أن تكتفي بمحاضر إجراءات التقاضي عن بعد إذا تم تدوينها مباشرة أثناء الجلسة في ملف الدعوى الإلكترونية واعتمدت من رئيسها).

حيث نص المادة (٣٤١) من قانون الإجراءات المدنية على أنه (يجوز استخدام تقنية الاتصال عن بعد لطلب أو تتفيذ الإنابات والمساعدات القضائية مع الدول الأجنبية، وفقًا لأحكام الاتفاقيات والمعاهدات التي تصادق عليها الدولة).

^{3 -} حيث نصت المادة (٣٤٢) على أنه (يكون للتوقيع الإلكتروني وللمستندات ذات الحجية المقررة للتوقيع أو للمحررات الورقية الرسمية والعرفية المنصوص عليها في القانون رقم(١٠) لسنة ١٩٩٢ المشار اليه، متى استوفت الشروط و الأحكام المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم(١) لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه).





ذلك الضرورة للبت فيها، مما يعني جعل تقدير ذلك للقاضي في تسيير الأجراءات وفق ظروف الدعوى المعروضة أمامه (۱).

أما فيما يخص الإعلان القضائي وكيفية أجراءه فقد جاء، قرار مجلس الوزراء المعدل للائحة التنظيمية المُعدلة لقانون الأجراءات المدنية الأماراتي الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢، بصيغة متطورة مُنظمة للإعلان القضائي فقد أستثتى الإعلان الذي يتم بواسطة وسائل التقنيات الحديثة من أمكانية القيام به من قبل الخصوم أو وكيلهم وكذلك من الوقت الرسمي للإعلان الذي يتم بوسائل تقليدية والذي يبدأ من الساعة السابعة من صباح ايام الدوام الرسمي حتى تمام الساعة التاسعة مساءً من أيام الدوام الرسمي، وخلاصة ما تقدم عدم أمكانية المحكمة اناطة المهمة المتمثلة في القيام بالإعلان للخصوم أو وكلائهم وكذلك عدم التقيد في الوقت المحدد الذي بيناه سلفً وانما يوكل ذلك للجهات المختصة في المحكمة (١٠)، وانسجامًا مع هدف تفصيلنا المتقدم للكيفية التي يسر المشرع الأماراتي الإجراءات فلابد من ذكر التيسير الذي جاء منسجمًا مع التوجه

1 - حيث نصت المادة (١/٣٤٣) على أنه (تقبل صور المستندات في الإجراءات المدنية التي تتم عن طريق تقنية الاتصال عن بعد، ولا يحول ذلك دون تكليف المحكمة من قدم المستندات بتقديم أصولها إذا وجدت ذلك ضروريًا للبت بالدعوى).

٢- حيث نصت المادة (٢/٣) من اللائحة الصادرة وفق قرار مجلس الوزراء رقم ٥٧ لسنة ٢٠١٨، والمعدلة بقرار رقم ٣٣ لسنة ٢٠٢٠ وقرار مجلس الوزراء رقم ٥٧ لسنة ٢٠٢١، على أنه (للمحكمة أن تصرح للخصم أو وكيله القيام بالإعلان وفقًا لإجراءات الإعلان المقررة في هذه اللائحة، عدا الإعلان بوسائل التقنيات الحديثة المنصوص عليها في البند"١" من المادة (٦) من هذه اللائحة) ونصت المادة (٢/٤) من اللائحة ذاتها على أنه (إذا كان الإعلان بأحد وسائل التقنية الحديثة سواء لأشخاص طبيعية أو اعتبارية خاصة فلا تسري المواعيد المنصوص عليها في البند (١) من هذه المادة).

جدير بالإشارة هنا أن ما جاءت به المادة (٦) في البند (١) من وسائل تقنيات حديثة يمكن من خلالها إعلان الشخص المُعلن اليه هي بالنص هي (المكالمات المسجلة الصوتية أو المرئية، أو الرسائل على الهاتف المحمول أو التطبيقات الذكية، أو البريد الإلكتروني أو الفاكس أو وسائل النقنية الحديثة الأخرى أو بأية طريقة أخرى يتفق عليها الطرفان من الطرق الواردة في هذه اللائحة).





الحديث، فقد أبتسر المشرع من البيانات التي يشملها الإعلان في حال إذا تم بواسطة التقنية الحديثة التي ببنت وسائلها في المادة (٦)، وهذا تم عن طريق الاكتفاء بذكر أسم طالب الإعلان ولقبه والمهنة التي يمارسها او الوظيفة وموطنه الذي يستقر فيه، مع نسخة ضوئية من الهوية بالإضافة الى ذلك رقم هاتفه المحمول والبريد الإلكتروني أو الموطن المختار ومحل العمل مع ذكر أسم من يمثله واللقب الذي يحمله أو وظيفته و موطنه ومحل عمله إن كان يعمل لغيره، أما البيانات التي تَخصُ المطلوب تبليغه أو إعلانه فتتمثل باسمه المدني واللقب والمهنة أو الوظيفة التي يشغلها والموطن الدائم الذي يستقر فيه أو الموطن المُختار فإن كان موطنه ليس بالمعلوم وقت إجراء الإعلان فيذكر آخر موطن كان له ومحل عمله، مع رقم الهاتف المحمول والفاكس وبريده الإلكتروني إن وجدا مع اسم المحكمة المطلوب حضوره أمامها والموضوع الذي دفع لإصدار الإعلان و ورقم الدعوى والجلسة إن وجدت مع ذكر التأريخ باليوم والشهر والسنة والساعة التي نُفذ

مما تتقدم يتبين إن المشرع الإماراتي في موقفه من الإدارة الإلكترونية للإجراءات القضائية، قد أخذ مأخذًا كبيرًا من التطور حيث زج التقنيات الحديثة وفق نصوص مُتقنة الصياغة ولم يكتف بالنص الجامد بل جعل من سلطة القاضي التقديرية واضحة للعيان عن طريق الصياغة المرنة للنص القانوني والمفصلة للحكم الذي تتضمنه، مبتعدًا عن كل ما يعكر صفوة التيسير الذي يهدف اليه في الإجراءات القضائية، وجاعلاً الى جانب هذه الإدارة الإلكترونية، إدارةٍ تقليدية لبعض الإجراءات التي قد تكون ظروفها في الدعوى مُختلفة او لطبيعة الإجراء الذي يقتضى ذلك.

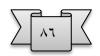
^{1 -} حيث نصت المادة (٢/٥) من اللائحة المُشار اليها سلفًا على أنه (في حالة الإعلان بالوسائل التقنية يُكتفى بالبيانات المحددة في البنود (أ)، (ب)،(د)،(هـ)، من البند (١) من هذه المادة).





خلاصة ما تقدم وبقدر تعلق الأمر بموضوع الدراسة ففي ما يخص العاملين في المجال القضائي او القانوني بصورة عامة لابد من سياسية تدريجية قبل الخوض في أعمال وسائل التقدم العلمي وذلك عن طريق تعديل نصوص المواد التي تتعلق في الجانب المراد تطويره ليكون للقاضي السلطة التقديرية الواقعية في التفسير المتطور، وذلك بوضع تعديل بصياغة مرنة يسمح له بالتفسير وفقًا لما في المجتمع من وسائل علمية حديثة تُساهم في الوصول الى الحكم العادل الصادر وفق نص متطور بوقت قياسي لتفادي الأنكار غير المباشر للعدالة وهذا الأخير نقصد به تفادي صدور حكم وفق نص تقليدي واجراءات تنظمها نصوص تقليدية مما يجعله فاقدًا لقيمته في جبر الضرر وإرجاع الحق، وانسجامًا مع طرحنا المتقدم بضرورة البدأ التدريجي في تعديل النصوص المتعلقة بالتبليغات أقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢/٤٠) من قانون المحاماة والتي نصت على أنه (يعتبر مكتب المحامي محلاً للتبليغات القانونية) ليكون نص الفقرة (٢) من المادة بالصيغة الآتية: (٢. في تبليغ المحامي: أ. يعـَّد البريد الإلكتروني للمحامي، المعتمد لدى الجهات ذات محلاً للتبليغات القانونية وفي حال تعذر ذلك يكون مكتب المحامي بدلاً منه. ب. ترسل نسخة ورقية من التبليغ الإلكتروني الى غرفة محامي المحكمة المسجل فيها في اليوم التالي للتبليغ الإلكتروني).

هذا من جانب القوانين الخاصة أما في القوانين العامة الأجرائية كقانون المرافعات لابد من التريث في تعديل النصوص الأجرائية التي يتضمنها القانون الى حين أنضاج التجارب الفتية التي تبدأ بأهل الاختصاص ثم بعد تحقق المراحل التي بيناها أعلاه وتشخيص الأخطاء والمعوقات ليُصاغ بعد ذلك نص ينسجم والبيئة التي يُفعل فيها، مع ضرورة أعادة النظر في المادة المتقدمة من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية والتي أصابت التطور الأداري القضائي الذي





نحتاجه نتيجة عصر السرعة بمقتل، وقد جاء بخلاف توجه المشرع من إقرار وسائل بديلة التبليغ لتسيير اجراءات التبليغ حيث جاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات أنه " عُني القانون الجديد بتسيير أجراءات التبليغ فأستحدث، بالإضافة الى طرق التبليغ الأصلية وأسوة بما جرت عليه كثير من التشريعات أجراء التبليغ بواسطة البريد المسجل المرجع، بأستثناء تبليغ عريضة الدعوى والحكم لأهمية التبليغ فيها وحاجته الى الإحاطة بكثير من الضمانات....)، حيث وفق الاسباب الموجبة وفي حين تشريع قانون المرافعات المدنية عُني المشرع العراقي في تسيير اجراءات التبليغ مما يعني ذلك ان توجه المشرع عن وضع النصوص حينها هو التقدم والقضاء على التأخير غير المبرر ولكن التطبيق اليوم نراه في عصر السرعة والتطور على عكس ما جاء في الأسباب الموجبة(١).

عليه أرى ضرورة تعديل المادة (٢١/٥) من قانون المرافعات المدنية والتي نصت عليه أرى ضرورة تعديل المادة (٢١/٥) من قانون المرافعات المدنية والتي نصت على أنه (إذا كان المطلوب تبليغه وزارة أو دائرة رسمية أو شبه رسمية أو أحدى مؤسسات القطاع العام، ترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد أو البريد المسجل، ويعتبر تاريخ التسلم المدون بدفتر اليد أو في وصل التسلم تاريخًا للتبليغ) ليكون نص الفقرة (٥)

_

¹⁻ جدير بالإشارة في هذا الموضع أن المشرع العراقي قد عمل بالنظام الإلكتروني في مجال التبليغات القضائية حيث جاء في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٦ على انه ضرورة توافر جملة من الشروط لقبول الدعوى امام هذه المحكمة من هذه الشروط ما جاء في الفقرة رابعًا من المادة (٢٠) أنه يجب (ان تتضمن عريضة الدعوى البريد الالكتروني وعنوان المدعى عليه او بريده الالكتروني، وبيان واضح للنص المطعون فيه) وكذلك ما جاء في المادة (٢١/أولاً) من ذات النظام على أنه (تبلغ عريضة الدعوى ومستنداتها الى المدعى عليه بواسطة عنوانه او بريده الالكتروني او بواسطة الأجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات انف الذكر، ويلزم بالإجابة عنها تحريريًا، خلال(١٥) خمسة عشر يومًا من تأريخ استلام البريد الالكتروني او ورقة التبليغ......) وكذلك ما جاء في المادة (٨٤) من ذات النظام على انه (يستخدم الموقع الإلكتروني الخاص التبليغ......) وكذلك ما جاء في المادة (٨٤) من ذات النظام على انه (يستخدم الموقع الإلكتروني الخاص بالمحكمة للاتصال بالسلطات و الهيئات واطراف الدعاوى او اصحاب الطلبات، والاعلان عن جداول جلسات المحكمة و مواعيد إصدار احكامها وقرارتها، ونشرها وتغطية مختلف نشاطات المحكمة ونشر الثقافات الدستورية).





بالصيغة الآتية: (إذا كان المطلوب تبليغه وزارة أو دائرة رسمية أو شبه رسمية أو أحدى مؤسسات القطاع العام، يُرسل التبليغ بواسطة البريد الإلكتروني المعتمد لهذه المؤسسات وأستلام أشعار بالاستلام يحفظ ورقيًا في إضبارة الدعوى).

وكذلك الفقرة (١١) من ذات المادة والتي نصت على أنه (يبلغ منتسبو دوائر الدولة الرسمية وشبه الرسمية ومؤسسات القطاع العام بواسطة دوائرهم او مؤسساته، وترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد أو بالبريد المسجل المرجع، ويعتبر المخاطب مبلغًا بتاريخ التسلم ما لم يرد اشعار الى المحكمة بانتقاله الى دائرة اخرى أو تمتعه بإجازة، وكذلك يجوز تبليغهم في محال إقامتهم) ليكون نص الفقرة (١١) بالصيغة الآتية: (يُبلغ منتسبو دوائر الدولة الرسمية وشبه الرسمية ومؤسسات القطاع العام بواسطة البريد الإلكتروني المعتمد لدوائرهم أو مؤسساتهم، ويُستلم أشعار بالرد ويحفظ ورقيًا في إضبارة الدعوى، ويعـتد مبلغًا في حال عدم الرد ما لم يرد أشعار إلى المحكمة بانتقاله إلى دائرة أخر أو تمتعه بإجازة، ويكون الإشعار مثبت فيه تاريخ انتهاء الإجازة وأسباب منحها).





الفرع الثاني

أثره في الحد من مغالاة التمسك بالشكلية

يعد التمسك بالشكلية من آثار عدم أدراك مفهوم الحكم العادل الذي يصور في مدارك البعض على أنه الحكم الصادر وفق نص القانون، الا انه على العكس من ذلك تمامًا فالمقصود به هو ما يصدر من القضاء وفق نص القانون والتفسير المتطور له وفي وقت قياسي متعدى على المغالاة في الشكلية، بالتالي نتيجة لما تقدم فقد أقر المشرع العراقي هدفًا ساميًا وقيده في نص، مؤداه ان يستعين القاضى بالشكلية التي تكون توأمًا للحق وتكون بأعتبارها مظهرًا تنظيميًا تحافظ على أصل الحق^(١) بمعنى جعله الزامًا على القاضي تطبيقه وفق الظروف الأجرائية للدعوى حيث جاءت المادة (٤) بضرورة تبسيط الشكلية عند تطبيق النص التشريعي الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يتعداها بالتفريط بأصل الحق المتنازع عليه^(٢)، وهذا يُقصد به أن تقدم أجراءات الأثبات بالشكل الذي من شأنه الوصول الى الغرض الذي شرع من أجله النص المنظم لها مما يترتب على ذلك تحقيق العدالة الواقعية بالبلوغ الى الحكم العادل قدر الإمكان وذلك بالابتعاد عن الشكليات المؤدية لجمود النص المُرتب لعرقلة في حسم الدعوى وايصال الحق الي صاحبه^{٣)}، فأذا كانت التشريع الموضوعي هو موطن العدل بما يتضمنه من لفظ وفحوى فإن التشريعات الأجرائية هي الموصلة الى هذا الموطن^(٤).

١- ينظر: د. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الأثبات، مصدر سابق، ص٤٤.

٢- حيث نصت المادة (٤) من قانون الأثبات العراقي على أنه (تبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي الى التفريط بأصل الحق المتنازع عليه).

٣ - ينظر: د. عبد الرحيم حاتم الحسن، مصدر سابق، ص٤٧.

٤ - ينظر: إياد أحمد سعيد الساري، الواضح في قانون الأثبات (شرح مفصل بطريقة السؤال والجواب وفقًا لآخر تعديلات ومعززًا بأحكام القضاء)، ط١، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، ٢٠٢٠م، ٢٨٠٨م.





أما موقف التشريعات المقارنة فلا يوجد نص صريح بضرورة تبسيط الشكلية الا أن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات في المواد التجارية والمدنية المصري جاءت بذلك بقولها " أن الرسالة الأولى والأخيرة للتشريعات الأجرائية أن تكون طيعة ومطيه ذلولاً لعدل سهل المنال، مأمون الطريق لا يحتفل بالشكل ولا يلوذ به الا مضطرًا يصون به حقًا أو يرد به باطلاً"، فهذا يدل أن تبسيط الشكلية يعني تجاوز كل ما يقع مؤخرًا لحسم الدعوى وتحقيق العدل القضائي وإيصال الحقوق لمن يطلبها، وذلك باستخدام وسيلة الشكلية للوصول الى الغاية (۱).

أما موقف المشرع الأماراتي فهو لم يضع نصبًا صريحًا بضرورة تبسيط الشكلية عند تطبيق أي نص، لكنه عمل على تبسير أجراءات الأثبات وتحقيق مزيد من إيجابية القاضي وفاعليته عن طريق إعطاءه الحرية الكافية بعد الأخذ بالنظام المختلط في الاثبات لأبعاد الحقيقة عن رهن المبارزة بين الخصوم، مما يعني ذلك لم تعد الخصومة في الدعوى المدنية تُسير من قبل الخصوم بشكلية تعد غاية بل بشكلية تُعد وسيلة للوصول للغاية المتمثلة في الحقيقة (٢).

ونتيجة لما تقدم ولكون شكل الإجراء ليس غاية بحد ذاته بل هو الوسيلة لتحقيق الغاية المرادة من وضع النص، وضع الفقه الإجرائي نظرية للحد من مغالاة التمسك بشكلية التبليغ القضائي وذلك تجنبًا لقسوة نظام البطلان الإجرائي الا وهي نظرية تكافؤ المرادفات أو تكافؤ البيانات ومضمونها يسعى الى أنه في حال اذا حدث نقص في أحد بيانات الإجراء القضائي فأن هذا النقص لا يكون موجبًا للجزاء إذا أمكن استكماله ببيان مرادف للبيان الناقص ولا يشترط مطابقته تمامًا على أن يكون هذا البيان المماثل او المرادف للبيان الناقص قد ورد في ذات ورقة

1- ينظر: المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري مشار اليه من قبل د. عبد الرحيم حاتم الحسن، شرح قانون الاثبات ، مصدر سابق، ص ٤٧.

۲- ينظر: د. اسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الأثبات المدني في النظام القانوني الأماراتي، مصدر سابق، ص
 ٦٢ و ص ٦٢ و ص ٦٣.





الإعلان المعيب او ملحقة به او مبلغة معها في ذات الوقت وذلك لكي لا يؤدي الى ضياع الضمانات التي يقصده المشرع في النص القانوني من وجوب اشتمال ورقة التبليغ القضائي على بيانات مقررة قانونًا وفي ذات الورقة(١).

بعد كل ما تقدم من طرح علمي قانوني أعتقد لابد من التغريق بين التبسيط الأول الذي تداركه المشرع بنص صريح وبين الثاني المتمثل بالتبسيط الذي يكون من ضمن سلطة القاضي التقديرية، فمثال الأول ما جاء به المشرع العراقي في المادة (١٥) في قانون الأثبات حيث أجاز المشرع للقاضي تبسيط الشكلية عن الشاهد الذي يتعذر عليه الحضور الى المحكمة لأداء شهادته وذلك بالانتقال الى محل سكنه(٢) وأيضًا من مظاهر تبسيط الشكلية التي جاء بها المشرع العراقي هو أمكان المحكمة العدول عما أمرت به من إجراءات الأثبات بشرط أن تبين ذلك في محضر الجلسة القضائية(٣) وكذلك من هذه المظاهر القانونية المحققة للتبسيط هو أمكانية الأثبات بجميع

-

١- ينظر: موقف الفقه نقلاً عن د. خيري عبد الفتاح السيد البتنانوني، الإعلان القضائي وضماناته في القانون المقارن، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م، ص ٨٠_ ص ٨٩.

٢ - حيث نصت المادة (١٥/أولاً) من قانون الإثبات العراقي على أنه (إذا قام عذر مقبول يمنع حضور الخصم بنفسه لاستجوابه، أو لحلف اليمين، أو يمنع حضور شاهد لسماع شهادته جاز للمحكمة أن تتنقل اليه، أو تتندب أحد قضاتها للانتقال إلى مكانه، أو تنيب المحكمة التي يقيم الخصم أو الشاهد أو المطلوب تحليفه في دائرتها للقيام بذلك)؛ للمزيد بالتفصيل حول ذلك ينظر: د. على الدراجي، منهجية الإثبات في قانون الإثبات العراقي، ط١، مكتبة القانون المقارن للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٠٠م، ص٣٧_ ص٣٩.

٣- حيث نصت المادة (١٧/ثانيًا) من قانون الأثبات العراقي على أنه (للمحكمة أن تَعْدِل عما أمرت به من إجراءات الإثبات، بشرط أن تُبَين أسباب ذلك في محضر الجلسة).





طُرق الاثبات ما كان يجب أثباته بالكتابة في حال اذا وجد مانع أدبي او مادي حال دون الحصول على الدليل الكتابي الذي أشترطه القانون لأثبات التصرف القانوني(١).

أما الثاني، وهو محل دراستا، الا وهو التبسيط الذي يُنتجه القاضي تطبيقًا لهدف قانون الأثبات بالاستعانة بالتفسير القضائي المتطور ونظريات الفقه أي ان التبسيط للحد من مغالاة التمسك بالشكلية يكون مرده التطوير الذي وقع على النص نتيجة مدركات القاضي الواسعة في البحث عن الأساس العقلي للقاعدة القانونية وهذا الذي تقدمنا بتفصيله هو الذي يُشكل أثر التفسير القضائي المتطور في تبسيط الشكلية وليس الأول كون الأخير حُكم بنص واضح وبين التبسيط فيه وهذا ليس ما نقصده، الا ان كل ذلك لا يعني ان النصوص التي تُشكل في تقليديتها الشكلية التي تجعل من الأجراء غير سليم وهادرًا للحق، لا تحتاج الى تعديل بل على العكس تمامًا فهذا التبسيط الذي يُنتجه القاضي نتيجة تفسيره المتطور للنص يكون مستقبلاً خارطة للمُشرع الفطن في وضع نصوص تبسط الشكلية التي تكون غاية لا وسيلة لأحقاق الحق وترتقي بالشكلية التي تكون وسيلة نصوص تبسط الشكلية التي تكون غاية لا وسيلة لأحقاق الحق وترتقي بالشكلية التي تكون وسيلة

والاستعانة بالتفسير المتطور لابد من أن لا تكون بابًا للتفريط بأصل الحق المتنازع عليه، وهذا يعني أن كل استعانة لابد من أن يوازيها حذرًا شديدًا من هذا الأمر وهذا ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء في مضمونه ان القاضي يكون ملزمًا بالتفسير المتطور للقانون

^{1 -} حيث نص المادة (١٨/ثانيًا) من قانون الأثبات العراقي على أنه (إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي).





ومراعاة الحكمة من التشريع وتبسيط الشكلية الى الحد الذي لا يؤدي الى التفريط بأصل الحق المتنازع عليه (١).

المطلب الثاني

أثره في الحد من الجزاءات الإجرائية

يلجأ الفرد الى القضاء للحصول على حقه ومتى اتخذت الأجراءات القضائية بصورة صحيحة والتي نص عليها القانون الإجرائي وانعقدت الخصومة، يبرز دور المحكمة في أدارة الإجراءات، ولعل مخالفة ما قرره القانون من سبل إجرائية قد يرتب جزاء أجرائي لو أخذ به بصورة مطلقة أدى الى هدر الأعمال الإجرائية وأنكار العدالة بصورة مباشرة أو بأخرى، عليه سنبحث أثر التفسير القضائي المتطور في الحد من الجزاءات الأجرائية وذلك في فرعين، الأول سنتناول فيه التعريف بالجزاء الإجرائي ، أما الفرع الثاني سنتناول فيه التفسير المتطور وسيلة للحد من الجزاء الإجرائي.

الفرع الأول

التعريف بالجزاء الإجرائي

يعرف الجزاء الإجرائي على أنه (الوصف القانوني للإجراء القضائي عند مخالفته النماذج الإجرائية التي حددتها القاعدة القانونية ورسمت كيفية صحتها وشروطها)(١)، ومن ثــم يمكن القول

^{1 -} ينظر: قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٤٤/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/٢ والذي جاء فيه (أن القاضي ملزم بأتباع التفسير المتطور ومراعاة الحكمة من التشريع وتبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي الى التقريط بأصل الحق المتنازع عليه)، منشور في مجلة القضاء، مجلة حقوقية دورية تصدرها نقابة المحامين العراقيين، السنة الستون، ٢٠٢٠م، ص ٢٣٧.





بأن الجزاء الإجرائي في هذا المقام هو عبارة عن الأثر الذي يفيد معنى الجزاء والذي يكون مُنظم في نصوص القوانين الإجرائية في مواجهة الخصوم المُخالفة لقواعد القانون الإجرائي، هذا وقد يوجه الجزاء الإجرائي الى الإجراءات المتولدة نتيجة أقامة الدعوى، او قد يتوجه الى كل عمل أجرائي منفرد يُتخذ داخل الخصومة وكذلك الى الخصم بكونه يشكل مركزًا إجرائيًا قانونيًا كما يمكن أن نرى بحكم القانون الإجرائي لأنه يوجه الى أعمال إجرائية سابقة على بدأ الخصومة أو تالية لنهاية الخصومة، بالإضافة الى ما تقدم فأن نطاقه في القوانين الإجرائية يمتد للقواعد الإجرائية المكتوبة وغير المكتوبة فمبدأ ضمان حسن سير العدالة ومبدأ المواجهة بالأدلة ومبدأ الحياد الذي يلزم به القاضي، هذا ومن الجدير بالإشارة أن القانون الإجرائي عند إعماله لا يحل محل القوانين الموضوعية في تنظيم الروابط الاجتماعية وأنما يكون مبتغى التطبيق هو توجيه النشاط القضائي في بصورة فعلية الى تحقيق القانون الموضوعي، أي ان القانون الإجرائي يقود النشاط القضائي في الاتجاه الذي يحدده القانون الموضوعي ، ومنها يُثار التساؤل هل هذا الهدف الذي يحمله القانون الإجرائي؟

هنا لابد من التفريق بين أمرين، نجدهما من الطرح المتقدم الأمر الأولى يتمثل في التلازم الصريح بين القانون الإجرائي والقانون الموضوعي ويكون تفسير ذلك أن القانون الإجرائي هو العامل النفسي أبتداءً في أعمال القانون الموضوعي، فبدونه يفقد عنصر الإجبار اللازم لقانونيته، وبوجوده يكون أداة لتحقيقه، لأن ما يأتي في النصوص الموضوعية من قاعدة اذا ما خرقت وتحقق وجوب أعمال الجزاء الوارد فيها، ولم يقم به من وجه اليه فهنا يقال ان القاعدة الموضوعية عاجزة عن تحقيق المصالح المقررة للمضرور من دون القضاء بالتالي يجب اللجوء الى الأخير والحصول

_

¹⁻ ينظر: د. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، ط١، المكتب الجامعي الحديث للطباعة و النشر، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ١٥.





على حمايته للمراكز التي أصابها الضرر ثم تنفيذ أمر القضاء جبرًا، وهذا هو ذاته الحكم الذي يكمن في القاعدة الموضوعية التي أهدرت او كادت ان تهدر، وهنا يبرز التلازم بين القانون الإجرائي والموضوعي في نطاق فكرة الجزاء الاجرائي، اما الأمر الثاني التلازم غير الصريح بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية فبعض القواعد القانون الإجرائي تكون مستقلة استقلال تام عند تطبيقها عن القواعد الموضوعية عند قيام القاضي بالنشاط القضائي مثال ذلك القواعد المتعلقة بالتبليغات القضائي وكذلك الإجراءات المتعلقة بالأحوال الطارئة على الدعوى فهي تسير بمعزل عن القواعد الموضوعية إلا ان ما يصدر بها من جزاءات إجرائية تأثر بشكل وآخر في المراكز القانونية التي تقرها القواعد الموضوعية (١)، فلو أن الخصومة والتي هي نظامًا قانونيًا مسعاه تحقيق هدف معين فأذا تحقق هذا الهدف أستنفذ الغرض الذي وجد من أجله النظام ويؤدي ذلك الي أنقضاء الخصومة وهذا لا يهمنا كونه الطريق السليم لتحقيق الهدف المرجو، أما لو سقطت لإهمال من المدعى بالتالى زوالها واعتبارها كأن لم تكن واعادة الخصوم الى الحالة التي كانوا عليها قبل أقامة الدعوى وهنا المدعى في هذا الأمر يكون هو المحرك للنشاط القضائي ويقع عليه عبئ أثقل في تسيير الخصومة ومتابعة إجراءاتها فأن أهمل في القيام بهذه الواجب المناط به وجب زجره بجزاءً إجرائيًا عن طريق أزالة كل أجراء، و الجزاء المقرر هنا مرده عدم القيام بمبدأ الوجاهية وذلك لتغافل تواجه الخصوم أثناء الخصومة بالإجراءات القضائية بمعنى أن كلُّ من الخصوم خملت همتهم من جانب الإجراءات وهذا ما يتبعه على أن جميع الآثار الموضوعية كالتقادم وسريان

¹⁻ ينظر: د. نبيل أسماعيل عمر، عدم فاعلية الجزاء الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، بلا طبعة، مطبعة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة ، ص١٧- ص٢٦؛ ينظر: د. شامي ياسين، الاقتصاد الإجرائي والحد من الجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية- البطلان والسقوط نموذجًا، بحث منشور في مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، مجلة دولية نصف سنوية، العدد الخامس، ٢٠١٨م، ص٧٧ وص٧٩.





الفوائد وغيرها ما يرتبها القانون الموضوعي بقواعده كذلك تعتبر كأن لم تكن، ومن هنا يبرز لنا التلازم غير الصريح في ظاهر الحال بين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية(١).

الفرع الثانى

التفسير المتطور وسيلة للحد من الجزاء الإجرائي

بعد أن بينا التعريف بالجزاء الاجرائي لابد من تبيان أهم الجزاءات الاجرائية وطرق الحد منها، حيث يعد البطلان الإجرائي من أهم الجزاءات الإجرائية وأكثرها شيوعًا، فعند أتخاذ إجراءات قضائية بغير الطريق الذي يرسمه القانون يكون هذا الإجراء عرضة لجزاء عام الا وهو البطلان مما يترتب على ذلك وصف الإجراء على أنه معيب غير مُنتج لأثاره التي حددها القانون، مما يعني هذا ان للبطلان الأهمية العليا في أنه يُشكل صورة الجزاء العام في القوانين الإجرائية ليضمن احترام القاعدة الإجرائية التي جاءت بها، الا انه في ذات الوقت قد يُشكل مخاطر على الحق الموضوعي الذي يهدف القانون الإجرائي الى حمايته وذلك عند المبالغة في تقرير البطلان من قبل القضاء(٢).

حيث يعرف البطلان على أنه (تكييف قانوني لعمل يخالف النماذج القانونية التي رسمها المشرع في القواعد الإجرائية مما يجعل من هذا الأجراء غير مُنتجًا لأثره مثل ما لو كان

١- ينظر: د. نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة،

نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية، مصدر سابق، ص ١٠٥ وما بعدها.

٢- ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ١٥ وص٦١و ص١١؟ د.

۱۹۹۹م، ص۲۹۵ و ص۲۹۲.





مكتملاً) (۱) هذا وقد يلتبس البطلان مع العديد من المفاهيم، منها السقوط الإجرائي والذي يُعرف على أنه (زوال المكنة أو الرخصة أو القدرة التي منحها القانون لشخص معين لممارسة حق أجرائي في خلال المدة المحددة وقبل انتهاء اللحظة الأخير من هذا الميعاد)، فمما تقدم نجد انه يتميز عن السقوط في كونه يرد على الإجراء القضائي ذاته لا وصفًا للحق وكذلك بوصفه تكييف قانوني لكل إجراء، أما السقوط فلا يكون إلا لبعض الإجراءات، بالإضافة الى ذلك قد يتداخل البطلان مع الانعدام في أن كلاهما تقرير لمصير الإجراء الا انهما يختلفان في كون البطلان يقرر في حالة عدم توافر أحد الشروط المقررة في القاعدة الإجرائية لصحة الإجراء القضائي أما الانعدام فيتقرر ون الحاجة الى حكم قضائي يقرر بحكم القانون كون الحاجة الى حكم قضائي يقرر دلك، مثال ذلك لو صدر حكم من شخص ليس له صفة قاضي، على عكس البطلان فلابد أن يقرر بحكم قضائي كاشفًا له (٢).

ولم يعالج قانون المرافعات المدنية العراقي البطلان بوصفه نظرية عامة، بل جاء بمعالجات توزعت في عدة نصوص في القانون فقد جاء في المادة (٢٧) على أنه اذا سلمت ورقة التبليغ وفق ما رسمه القانون فأن هذا التبليغ يكون منتجًا لآثاره بمواجهة الخصم ولا يمكن له الاحتجاج ببطلانه، ولكن يمكنه ذلك في حالة اذا شابه عيب أو نقص جوهري يجعله غير محققًا للغاية المرجوة منه (٣)، مما يعني ذلك ان المشرع في هذا السياق قد خفف من حدة البطلان المقرر

1- ينظر: فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٩٥٩م، ص٦.

۲- ينظر: د. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص٣٠٧ و ص٣١٦ ص٣١٨.

٣- حيث نصت المادة (٢٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي نصت على أنه (يعتبر التبليغ باطلاً إذا
 شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية منه).





في هذا النص، فلم يجعله جزاءً مرتبطًا بعدم الألتزام بالشكل الذي قرره القانون، بل ربطه بالغاية المرجوة او بالأحرى غلب الغاية على الشكل فمتى تحققت بحضور الخصم بالموعد المعين للمرافعة بناءً على التبليغ المعيب فلا قيمة للشكل بعد ذلك^(۱)، مما يعني ذلك أن المحكمة لها السلطة الواسعة في تقرير البطلان من عدمه وذلك في حالتين يمكن أن نراهما بارزتين في النص الا وهما حالة النقص او العيب الجوهري الذي يخل بشكل التبليغ او في حالة النقص او العيب الجوهري الذي يفوت الغاية المرجوة من التبليغ القضائي، ومن ثــتم فأن القاضي يراعي في تقريره البطلان غايتين الأولى هي الغاية من الإجراء والتي يكون هدفها هو المضمون الموضوعي للإجراء القضائي أما الثانية هي التي يكون هدفها حماية واحترام الشكل الذي رسمه القانون لصحة الإجراء أله الثانية هي التي يكون هدفها حماية واحترام الشكل الذي رسمه القانون لصحة الإجراء أله الثانية هي التي يكون هدفها حماية واحترام الشكل الذي رسمه القانون لصحة

اما موقف القوانين المقارنة، فقد جاء المشرع المصري بنظرية شاملة للبطلان على عكس المشرع العراقي التي لم يعالجها فقرر على انه يكون الاجراء القضائي بصورة عامة باطلاً اذا جاء القانون بنص صريح يقضي ببطلانه او اذا شابه عيب يجعل منه غير محقق للغاية المبتغاة، أما لو رغم ذلك وتحققت الغاية فلا يحكم بالبطلان^(۲)، وان هذا الجزاء المقرر لا يمكن التمسك به إلا لمن شرع لمصلحته فالمتسبب فيه لا يمكن ان يتمسك به فقط في حالة اذا كان البطلان متعلقاً

1- ينظر: لفتة هامل العجيلي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء)، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠م، ص ٧١.

۲- ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ۸۳ لسنة ١٩٦٩،
 ج١،ط١،مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧١-١٩٧٢م، ص١٤٣؛ عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية
 رقم ۸۳ لسنة ١٩٦٩، ج١، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص٣٠٦ وما بعدها.

٣- حيث نصت المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه (يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء).





بالنظام العام، ثم حدد المشرع الية الزوال في حالة اذا نزل عنه من شرع لمصلحته أثناء نظر الدعوى صراحةً أو ضمنًا لكن هذا الحال لا يستقيم في ما اذا كان البطلان متعلقًا بالنظام العام (۱)،أما المشرع الأماراتي، فقد جاء بموقف مشابه لموقف المشرع المصري، فقرار مجلس الوزراء المتضمن اللائحة التنظيمية لقانون الإجراءات المدنية تضمن نصوص مُنظمة لنظرية البطلان (۲).

بعد كل ما تقدم نلاحظ ان كلاً من المشرع العراقي والمصري والإماراتي قد وضعوا معيارًا موحدًا غير منضبط، ليستطيع القاضي من خلاله الحكم الدقيق ببطلان الإجراء من عدمه، عن طريق البحث عن مدى تحقق الغاية من الأجراء فأذا تحققت فلا يحكم بالبطلان على الرغم من العيب الذي لحق الشكل، فهذا يعني تحققت الغاية من العمل الإجرائي يتبعه تحقق الغاية من الشكل كون الأخيرة ترتبط بالغاية من العمل الإجرائي ارتباطًا مباشرًا.

_

^{1 -} حيث نصت المادة (٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه (لا يجوز التمسك بالبطلان التي الإ من شرع لمصلحته ، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عد الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام).

Y - حيث نصت المادة (١٠) من اللائحة التنظيمية لقانون الإجراءات المدنية على أنه (١٠. يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو أذا شابه عيب أو نقص جوهري لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء. ٢. في جميع الأحوال لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء)؛ و نصت المادة (١٢) من اللائحة ذاتها على أنه (فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام: ١. لا يجوز أن يتمسك به إلا من شرع لمصلحته ٢. لا يجوز التمسك به من الخصم الذي تسبب فيه ٣. يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحةً أو ضمنًا).





إلا ان ما توصلنا اليه لا يكون صامدًا أمام ما ذهب اليه أحد الفقهاء (١)، حيث يرى أنه على الرغم من ان اغلب الإعمال الأجرائية تتفق الغاية منها مع الغاية من شكلها إلا إن ذلك لا يمكن الأخذ به على سبيل العموم أو الأطلاق فبعض الشكليات المحددة بنص القانون للإجراء القضائي تشكل ضمانات للخصوم ولا ترتبط كما بينا مع الغاية من العمل الإجرائي ارتباطًا مباشرًا، بالتالي فأي مخالفة للنصوص المنظمة لها رغم تحقق الغاية من الأجراء، توجب الحكم بالبطلان على الإجراء القضائي منها التوقيع على الحكم القضائي حيث ذهبت التشريعات على بطلان الحكم في حالة خلوه من توقيع القاضي أو رئيس الهيئة التي أصدرته، وهذا ما أشار اليه المشرع العراقي إلا ان ذلك لم يكن نصنًا صريحًا وأنما نجده نتيجة استقراء النص الذي يشير منطقيًا الى عدم انطباق الغاية من الشكل مع الغاية من الأجراء مما يدل على ضرورة التوقيع للتأكيد على صدوره منه وبهذا جزاء التخلف عنه هو البطلان (١).

وهذا المتقدم شرحه جاء موقفه على عكس المشرع المصري فقد ذهب بالنص الصريح على الزام القاضي بالتوقيع على المحضر وعلى مسودة الحكم الأصلية والنسخة الأصلية للحكم وإلا على الزام القاضي بالتوقيع على المتسبب بالبطلان فيما يخص مسودة الحكم، الإلزام بالتعويض أن كان له مقتضى أما في ما يخص التوقيع على نسخة الحكم الأصلية فمجرد التأخر عن المدد المحددة في القانون لا البطلان والتي هي أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة في الدعاوى المستعجلة

¹⁻ ينظر: د. أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٦٣٧ وص٦٣٨.

٢- حيث نصت المادة (١٦٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (يوقع القاضي أو رئيس الهيئة على نُسنَخ من الحكم بقدر ما تدعو اليه حاجة كل دعوى ثم تختم بختم المحكمة......).





وسبعة أيام في الدعاوى الأخرى يصبح المُتسبب مُلزمًا بالتعويض (١)، أما موقف المشرع الإماراتي فقد جاء مطابقًا لموقف المشرع المصري من حيث بطلان المحضر والحكم في حال عدم التوقيع عليه من قبل القاضي او الهيئة الذي أصدرته إلا ان المشرع لم يرتب تعويضًا على المتسبب(٢).

بعد كل ما تقدم نجد أن البطلان بوصفه الجزاء العام لو أخذ به دون مراعاة الغاية التي يبغى المشرع الوصول اليها من وضع العمل الإجرائي سيترتب عليه التأخير في حسم الدعاوى والأنكار غير المباشر للعدالة وذلك للتأخر في أصدار الحكم، عليه نقف أمام تساؤل هل بإمكان قاضي الموضوع الحد من الجزاء الإجرائي المتمثل في البطلان أثناء نظر الدعوى؟

دأبت التشريعات على أيجاد حلول لهذا الأمر من خلال أعطاء السلطة لقاضي الموضوع للحد من البطلان الإجرائي المترتب على مخالفة القاعدة الإجرائية، وذلك من خلال وضع فلسفة تشريعية لمعالجة هذه المشكلة وحصرها في أضيق نطاق، لأن المغالاة في تقرير البطلان نتائجها تكون ممتدة على المجال الاقتصادي والاجتماعي مما يجعلها تتعارض مع قواعد العدالة، لهذا

¹⁻ حيث نصت المادة (٢٥) من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه (يجب أن يحضر مع القاضي في الجلسات وفي جميع أجراءات الإثبات كاتب يحرر المحضر ويوقعه مع القاضي وإلا كان العمل باطلاً) ؛ ونصت المادة (١٧٨) من القانون ذاته على أنه (..... يوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق وتحفظ في ملف الدعوى وذلك خلال ؟أربع وعشرين ساعة من إيداع المسودة في القضايا الأخرى وإلا كان المتسبب في التأخير ملزمًا بالتعويضات).

٢- حيث نصت المادة (١٤) من اللائحة النتظيمية لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه (يعد محضر الجلسة سندًا رسميًا بما دون فيه ويتولى تحريره كاتب ويوقع عليه مع القاضي إلكترونيًا أو ورقيًا، وإلا كان المحضر باطلاً)؛ ونصت المادة (٥٠) من اللائحة ذاتها على أنه (١. يجب في جميع الأحوال أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها، وتودع عند إصدارها في ملف الدعوى موقعة من الرئيس وأعضاء الدائرة من القضاة أو الخبراء حسب الأحوال سواء الكترونيًا أو يدويًا ٢...... ٣. يترتب على مخالفة الأحكام الواردة في البندين (١)،
 (٢) من هذه المادة بطلان الحكم).





وضعت بعض التشريعات سياسة تشريعية حديثة لتصحيح الجزاء الإجرائي المعيب للحد من أثار البطلان الخطيرة في نطاق القانون الإجرائي، عن طريق جملة من الوسائل منها:

أولاً: تصحيح الإجراء القضائي عن طريق التحول: - والذي يقصد به تحول الإجراء الباطل الي إجراء صحيح حال ما أذا توافرت فيه عناصر إجراء آخر صحيح $^{(1)}$.

ثانيًا: تصحيح الإجراء القضائي عن طريق الانتقاص: - والذي يراد به بأن يكون الإجراء القضائي المركب الذي أتخذ اثناء نظر الدعوى باطلاً في جزء منه وصحيحًا في جزءً آخر، فينتقص المعيب الباطل، وينتج أثره الجزء الصحيح (٢).

ثالثًا: تصحيح الإجراء القضائي بزوال العيب الموجب للبطلان: - وذلك بتحقق الغاية من الشكل المعيب كحضور المطلوب تبليغه رغم الشكل المعيب للتبليغ القضائي أو بتكملة الإجراء القضائي عن طريق إضافة المستلزمات اللازمة للأجراء في الميعاد الذي يحدده القانون وقبل التمسك بالبطلان تطبيقًا للقاعدة العامة في القانون الإجرائي التي تأتي بالقول على أنه في حال قدم شخص طلب او دفع الى المحكمة فأن الحقوق تكون مُلزمة بحدود الوقت الذي قدم فيه هذا الطلب او الدفع وليس في وقت الحكم فيه، وذلك لمنع الضرر الناتج عن التأخر في نظر طلبه أو دفعه، بالتالي في حال إكمال النقص تتحقق الغاية مما يترتب على ذلك عدم الحكم بالبطلان $^{(7)}$.

١- ينظر: د. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدنى الإجرائي والموضوعي، مصدر سابق ، ص٤٨.

٢- ينظر: أنور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١م، ص

٣- ينظر: د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية)، ط۱، دار السنهوري، بيروت، ۲۰۱٦م، ص۲۱۱.





ولكي نكون على قدر عالٍ من القرب من موضوع بحثنا لهذا الفرع لابد من قيد سؤال مفاده، هل يمكن أن يكون التفسير المتطور وسيلة بارزة للحد من الجزاءات الإجرائية؟

نعم، ذلك يمكن أن نجده في ما تقدم من أيجاز علمي للجزاء الإجرائي فالمشرع العراقي كما تقدمنا بإيضاح موقفه لم يضع نظرية عامة للبطلان إلا أنه أتفق، رغم ابتسار نصه على البطلان في التبليغات، مع المشرع المصري والإماراتي على أنه متى تحققت الغاية من الأجراء وكانت منطبقة مع الغاية من الشكل فلا بطلان يلحق الإجراء، عليه وفي نسق ما وصلنا اليه يكون للقاضي الدور الكبير في البحث عن الحكمة التي يرمي المشرع حمايتها في الشكل المقرر بالنص أي بمعنى البحث عن الغاية التي أراد المشرع الوصول اليها من صياغته للشكل، فالمرونة التي وضعت بالنص (..... إذا شابه عيب أو نقص جوهري يخل بصحته أو يفوت الغاية من الإجراء، الأفاق واسعة أمام القاضي في تحديد جوهرية العيب او النقص الذي يفوت الغاية من الإجراء، بالتالي فللقاضي تفسير وتطوير النص وفق المتغيرات في الحالة المعروضة أمامه، فما قد يكون عيبًا أو نقصًا جوهريًا في دعوى أخرى، وفقًا لرؤية واستقراء القاضي عيبًا أو نقصًا جوهريًا في دعوى لا يكون كذلك في دعوى أخرى، وفقًا لرؤية واستقراء القاضي

إلا ان ما تقدم يُهدَمْ في باقي الإجراءات لخصوصية النص حيث جاء المشرع العراقي في نصه على بطلان التبليغات ولم يجعل من ذلك نظرية عامة ليمكن للقاضي البحث بواسطة التفسير المتطور عن تحقق الغاية من الإجراء دون الألتزام بالشكل، عليه أدعو المشرع العراقي الى وضع نظرية عامة للبطلان وكذلك نظرية لتصحيحه وفق نصوص مرنة تُمكن القاضي من تفعيل التفسير المتطور للبحث عن تحقق الغاية من الإجراء رغم العيب الشكلي، وهذا كلامنا نقصد به في حالة الأرتباط الذي بيناه سلفًا، بين الغاية من الإجراء والغاية من الشكل أما في الحالات المشار اليها





سلفًا والذي لا تتصل فيه الغايتين، كالتوقيع على الحكم، فلا يمكن إعمال التفسير المتطور، كون الشكل بحد ذاته يُشكل النتيجة المرادة من وضع النص وبذلك يكون التنظيم القانوني لنصوص هذه النظرية والتي تضاف الى قانون المرافعات كالآتي:

- المادة (٢٧) مكررة (١. يكون الإجراء القضائي باطلاً إذا نص القانون صراحةً على ذلك، أو اذا شابه عيب أو نقص مؤثر يفوت الغاية من وجود الإجراء وفي جميع الأحوال يعتبر الإجراء صحيحًا أذا ثبت تحقق الغاية منه ٢. يلتزم القاضي بتسبيب التقدير الذي توصل اليه، بتحقق الغاية من عدمها).
- المادة (٢٨) مكررة (يحق التمسك بالبطلان من قبل: ١. من شرع البطلان لمصلحته صراحةً أو ضمنًا، ولا يجوز التمسك من الخصم الذي تسبب فيه. ٢. الكل في حالة تعلق البطلان بالنظام العام.)
- المادة (٢٩) مكررة (الزام القاضي بأتباع التفسير المتطور عند تصحيح الإجراء القضائي المعيب للحد من البطلان الإجرائي، ويتم التصحيح وفق الآتي على سبيل الحصر ١. إذا كان الإجراء باطلاً وفيه عناصر إجراء آخر فأنه يكون صحيحًا بأعتبار الإجراء الذي توفرت عناصره ٢. إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل. ٣. يراعي في كل ما تقدم حكمة التشريع).





المطلب الثالث

الرقابة على التفسير المتطور للقانون

عندما تعرض على القاضي واقعة يتطلب منه أصدار الحكم فيها، فهنا يتحتم على القاضي أصدار الحكم لا محال وإلا عُد منكرًا للعدالة، وفي الأمر هذا قد يكون الحكم القضائي المتضمن التفسير مقنعًا للأطراف ومن ثــّم لا يطعن فيه أحد الأطراف، أما في حالة إذا كان الحكم غير مقنع بادر أحد أطراف الدعوى، أي الخاسر الى الطعن في الحكم أمام المحاكم المختصة في نظر الطعن، فهنا تكون للمحكمة المختصة في الطعن دورًا رقابيًا على الحكم المتضمن تفسيرًا قضائيًا متطورًا.

عليه لما تقدم سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول جهة الرقابة على التفسير المتطور، أما في الفرع الثاني سنتناول مدى الزامية الرقابة على التفسير المتطور.

الفرع الأول

جهة الرقابة على التفسير المتطور

بغية الإطمئنان وتحقيق القدر العالي من الثقة بما يصدر من القضاء من أحكام، فقد وضعت طرق الطعن بالإحكام لتكون هذه الطرق هي الوسيلة التي من خلالها يطلب المتقاضين أو تقرض بحكم القانون، الرقابة على الحكم القضائي، وذلك حفاظًا على حق المتقاضين الذي يكون قد خسر أحدهم الدعوى عند تقاضيه في الدرجة الأولى، وهذه الخسارة تكون قد جاءت نتيجة لحكم





أنحرف عن جادة الصواب لسببٍ وأخر مما يتطلب ذلك رقابة المحاكم المختصة بالطعن للحد من الانحراف عن جادة العدالة القضائية النسبية (١).

وبقدر تعلق الأمر ببحثنا لموضوع الدراسة، فقد يكون التفسير القضائي المتطور منحرفًا عن جادة العدل المرجو، وذلك في ما إذا تجاوز السلطة التقديرية الممنوحة له بالتفسير والحدود والضوابط التي من واجبه التقيد بها، إذا بتجاوزه الحد أو الضوابط فأنه ينتقل من مجال التفسير الى مجال التشريع، عليه لابد من رقابة كون مسائل التفسير غير متعلقة بالواقع وتترك لأمر القاضي بل أنها تتعلق بالقانون، فلابد من رقابة عليها(۱)، فأي المحاكم تضطلع بمهمة الرقابة على التفسير؟

أن محكمة الموضوع اي التي تنظر في النزاع هي التي تضطلع بمهمة التفسير القضائي المتطور حسب الواقعة وتداخلاتها وحيثياتها والظروف المحيطة بها وأن هذه الإحكام التي تصدر منها وتتضمن تفسيرًا قضائيًا تقليديًا أو متطورًا تكون خاضعة لرقابة محاكم الطعن فإذا كان الحكم صادرًا من محكمة الأحوال الشخصية فإن الرقابة على التفسير الذي تصدره محكمة الأحوال الشخصية يكون تحت رقابة محكمة التمييز الأتحادية ولا سلطان لأي جهة أخرى على ما تصدره من قرارت كونها الجهة المختصة بالطعن (٦)، وهذا ما فصلته محكمة التمييز في قرار لها (١).

١ - ينظر: د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٧، دار النهضة العربية،
 ١٩٦٧م، ص٧٦٢.

۲- ينظر: د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الأجتهاد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)،
 ط۱،المركزي العربي للنشر والتوزيع، مصر، ۲۰۱۸م، ص ٤٧.

٣- حيث نصت المادة (٣٥) من قانون المرافعات المدنية على أنه (تختص محكمة التمييز بالنظر في الإحكام الصادرة من محاكم الأستثناف ومحاكم البداءة، وفي الأحكام الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية، وبالأمور





مما يعني ذلك أن الجهة المختصة بالرقابة على التفسير القضائي المتطور هي وحدها الجهة التي حددها القانون للطعن بقرار محكمة الموضوع، وعليه وإنساقًا مع ما تقدم فأن ما تصدره محكمة البداءة من أحكام قضائية في الدعاوى التي تنظرها بدرجة أولى تكون الجهة المختصة بالرقابة على ما تأتي به هذه الإحكام من تفسير متطور هي محكمة الأستثناف بصفته الأصلية ومحكمة التمييز الأتحادية، فلو صدر حكمًا قضائيًا من محكمة البداءة في دعوى تنظرها المحكمة بدرجة أولى وطعن به بالاستثناف بصفتها الأصلية ولم يقتنع الطرف الخاسر بنتيجة الطعن وبادر الى التمييز فهنا تكون الرقابة على التفسير المتطور بمرحلتين، الاولى تتمثل برقابة محكمة الأستثناف بصفتها الأصلية والثانية تتمثل في محكمة التمييز الأتحادية، وهذا المتقدم قد يُبتسر الى مرحلة واحدة في حال إذا بادر الطرف الخاسر الى الطعن تمييزًا أمام محكمة التمييز الأتحادية دون محكمة الأستثناف بصفتها الأصلية، أما في حال إذا كان الحكم صادرًا من محكمة البداءة أيضًا لكن في دعوى تنظرها بدرجة أخيرة ،هنا تكون الجهة المختصة بالرقابة على ما تصدره هذه المحكمة من أحكام تتضمن تفسيرًا متطورًا هي محكمة الاستثناف بصفتها التمييزية كونها المحكمة المحكمة من أحكام تتضمن تفسيرًا متطورًا هي محكمة الاستثناف بصفتها التمييزية كونها المحكمة المحكمة من أحكام تتضمن تفسيرًا متطورًا هي محكمة الاستثناف بصفتها التمييزية كونها المحكمة

الأخرى التي يحددها القانون)؛ ينظر: للمزيد من التفصيل مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ و ص ٤٩٤.

1- حيث أكدت محكمة التمييز الأتحادية في القرار بالعدد ١٤/الهيئة العامة/ ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٨/٣١ م، حيث جاء فيه على أنه (إن موضوع تفسير النص القانوني يدخل من صميم عمل المحكمة التي تنظر النزاع المعروض أمامها والهدف منه تحديد معنى النص القانوني ومدى فاعليته بالتطبيق على الوقائع المختلفة وذلك عندما يحتاج النص القانوني الى التوضيح بسبب الغموض الذي يكتنفه ويعتبر التفسير القضائي من أهم مظاهر استقلال القضاء والقضاة في عملهم إذ لا سلطان عليهم من أي جهة حتى لو كانت قضائية عند تصديهم لتفسير النص القانوني ومدى انطباقه من عدمه على الواقعة المعروضة امامها المراد الفصل فيها وتبقى صحة هذا التفسير للنص القانوني من عدمه خاضعًا لرقابة محكمة التمييز الأتحادية كونها أعلى هيئة قضائية في سلم النظام القضائي)، غير منشور.





المختصة بالطعن في ما يصدر من محاكم البداءة في الدعاوى التي تنظرها بدرجة أخيرة^(۱)، أما في حال اذا كان الحكم المتضمن تفسير متطور صادر من محكمة العمل فتكون الجهة المختصة بالرقابة على هذه التفسير هي محكمة التمييز عن طريق الطعن بما يصدر منها خلال (١٥) يوم من تاريخ ورود الطعن اليها ويكون القرار باتًا^(۱).

عليه وبعد ما تقدم من تفصيل نصل الى أن التفسير الذي يصدر من محكمة الموضوع يمثل وجه من وجوه استقلال القضاء ويبين معنى النص وفقًا لظروف الواقعة محل النزاع، حيث أن القانون المدني العراقي جعل من الأحكام القضائية مرشدة للمحاكم في تطبيق القانون، وهذا يعني إن ما يصدر لا يكون واجب الإنباع بالنسبة للمحاكم الأخرى إلا في المسائل المحكوم فيها، عليه للمحاكم المختصة بنظر النزاع تفسير النص بما ينسجم والوقائع المعروضة بالنزاع ومستجدات الأمور التي تحدث أثناء نظر الدعوى ولا علاقة لها بما هو صادر من محاكم أخرى (٢) والمحكمة المختصة بالرقابة عليه هي المحاكم التي حدد القانون في كون أنها المحكمة المختصة بالطعن، بالتالى لا رقابة لغير هذه المحاكم على ما يصدر من أحكام متضمنة لتفسير متطور.

_

١- حيث نصت المادة (٣٤) من قانون المرافعات المدنية على أنه (تختص محكمة الأستئناف بالنظر فيما يأتي:

١. في الطعن أستئنافًا في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة أولى، وبالمسائل المُبينة في القانون.

٢. في الطعن تمييزًا في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة أخيرة كاف، وفق أحكام هذا القانون والقوانين
 الأخرى ٣.).

٢- حيث نصت المادة (١٦١/سادسًا) من قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥على أنه (تبت محكمة التمييز بالطعن خلال ١٥ يومًا من تاريخ وروده اليها ويكون قرارها باتًا).

⁷⁻ د. فرات رستم امين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط۱، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ۲۰۱٤م، ص ٤٠؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح أحكام قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٢١٩ص ٩١٧ و ٩١٨؛ د. جمال عبد كاظم الحاج ياسين وعلي شمران حميد الشمري، وسائل تطور النصوص القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت – كلية القانون، بالعدد ٢٢، ٢١٠٨م، ص ٢١٤.





عليه فأن المحكمة المختصة بالرقابة على التفسير المتطور الذي يصدر من محكمة الأحوال الشخصية هي محكمة التمييز الاتحادية وكذلك الحال في ما يخص محاكم العمل، أما محاكم البداءة فلابد من التمييز بين أمرين، ففي حالة اذا كانت الدعوى منظورة أمام محكمة البداءة بدرجة أخيرة فتكون محكمة الأستئناف بصفتها التمييزية هي المحكمة المختصة في الرقابة، أما لو كانت الدعوى منظورة أمام محكمة البداءة بدرجة أولى فتكون المحكمة المختصة بالرقابة هي محكمة الأستئناف بصفتها الأصلية ومحكمة التمييز الأتحادية.

الفرع الثاني

الزامية الرقابة على التفسير المتطور

للوصول الى نتيجة البحث في الزامية الرقابة لابد من الإجابة على التساؤل الذي يطرح نفسه في ذهن كل قارئ وباحث والمتمثل في انه متى تكون هذه الرقابة ملزمة على محاكم الموضوع، من حيث في حالة صدور حكم من المحاكم العليا، التي نسميها الرقابية (١)، يتضمن تفسيرًا متطورًا مخالفًا لما فسرته محكمة الموضوع، فهل يكون هنا التفسير ملزمًا لمحكمة الموضوع؟ أو بفرضٍ ثانٍ في حالة اذا صدر حكمًا قضائيًا من محكمة الموضوع وفقًا لنص تقليدي، فهل تمتلك المحاكم الرقابية المختصة بالطعن سلطة التفسير القضائي المتطور، ومدى الزامية هذا التفسير؟

^{1 –} لما لها من دور أساس في الرقابة على التفسير القضائي بصورة عامة والتفسير القضائي المتطور خاصة، ولا نعني هنا أن الشغل الشاغل للمحاكم المختصة بالطعن هو الرقابة على التفسير المتطور بل أن هذه المحاكم تضطلع بالرقابة على الأحكام وما تضمنتها من تفسيرات وهذه الأخيرة يدور العدل القضائي مع صحتها وجودًا وعدمًا، فكل ما أنحرف التفسير أنحرف الحكم عن جادة العدل القضائي.





للإجابة على التساؤل المتقدم لابد من التمييز في حال أن التفسير قد صدر من محكمة الموضوع المتمثلة في محكمة الأحوال الشخصية ومحكمة البداءة التي نظرت الدعوى بدرجة أخيرة، وفي حال ان التفسير قد صدر من محكمة الاستثناف بصفتها الأصلية أو محكمة البداءة التي نظرت الدعوى بدرجة أولى، ففي حال صدور الحكم المتضمن التفسير المتطور من محكمة الأحوال الشخصية فهنا يكون قرار المحكمة المختصة بالطعن واجب الإتباع ولو جاء القرار بتفسير متطور غير الذي جاءت به محكمة الموضوع، أو كان لا يتضمن تفسيرًا متطورًا وقرار المحكمة المختصة بالطعن تضمن تفسيرًا متطورًا وقرار المحكمة المختصة بالطعن تضمن التفسير المتطور أو لم يتضمن تفسيرًا متطورًا صادر من محكمة البداءة كان الحكم الذي تضمن التفسير المتطور أو لم يتضمن تفسيرًا متطورًا صادر من محكمة البداءة بدرجة أخيرة فهنا يكون قرار المحكمة المختصة بالطعن، والتي حددها القانون في محكمة الإستثناف بصفتها التمييزية، واجب الإتباع مطلقًا وهذا ما نستشفه من نص المادة (١/٢١٥) في قانون المرافعات المدنية (١/٢١٠) في

أما في حال أذا كان الحكم صادرًا من محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية أو محكمة البداءة بدرجة أولى ولم يطعن به بالاستئناف بصفتها الأصلية، وتضمن تفسيرًا متطورًا فهنا قرار المحكمة المختصة بالطعن والمتضمن الرقابة على هذا التفسير لا يُتبع إلا في ما تضمنه القرار التمييزي من إجراءات أصولية فقط، هذا في حال صدوره من الهيئات الخاصة لمحكمة التمييز الاتحادية أما في حال إذا كان القرار التمييزي تضمن تفسيرًا متطورًا يخالف التفسير الذي جاءت به محكمة الموضوع أو أنه جاء بالضد من التفسير المتطور وحكم بعدم أمكانية تفسير النص تفسيرًا

^{1 -} حيث جاء في نص المادة (١/٢١٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (إذا كان الحكم المميز صادرًا من محكمة احوال شخصية أو بداءة يكون قرار المحكمة المختصة بنظر الطعن واجب الاتباع مطلقًا).





متطورًا وكان صادرًا من الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية فهنا يكون واجب الإتباع في جميع ما تضمن وهذا ما نستشفه من نص المادة (٢/٢١٥) في قانون المرافعات المدنية (١).

وفي هذا السياق فيما لو كان القرار صادرًا من الهيئات الخاصة وخالفته محكمة الموضوع بعد أعادة الدعوى اليها، ففي هذه الحالة عند الطعن بالحكم الصادر من محكمة الموضوع ينظر أمام الهيئة العامة ويكون القرار واجب الأتباع مطلقًا، بمعنى أنه لو نقض الحكم الصادر من المحكمة المختصة وقضت محكمة التمييز بتفسير النص تفسيرًا متطورًا أو بنقض التفسير الذي قد قامت به محكمة الموضوع، فأن هذا القضاء واجب الأتباع ولا مجال لمخالفته (٢).

مما تقدم يتضح أن هذه الرقابة تكون مطلوبة من قبل أحد الخصوم، بمعنى أدق الخصم الذي خسر الدعوى هو الشخص الطالب لهذه الرقابة على الحكم القضائي الصادر من محكمة الموضوع والمتضمن تفسيرًا متطورًا، إلا إنه على الرغم من ذلك قد تكون هذه الرقابة وجوبية في حالات حددها القانون حيث أن ما تصدره محاكم الموضوع من أحكام تتعلق ببيت المال والأوقاف أو الصغار أو الغائبين أو المجانين أو المعتوهين أو غيرهم من ناقصي الأهلية و كذلك احكام فسخ عقد الزواج، أذا لم تميز هذه الأحكام من قبل الأطراف فأن القاضي ملزم بأرسال هذه الأحكام المحددة لإجراء التدقيقات التمييزية، بمعنى أن الحكم لو تضمن تفسيرًا متطورًا في مثل هذه الأحكام المحددة

^{1 -} حيث جاء في نص المادة (٢/٢١٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (إذا كان الحكم المميز صادرًا من محكمة الاستثناف أو محكمة البداءة، يقتصر في أتباع قرار النقض على ما تضمنه من أجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادرًا من الهيئة العامة فإنه يكون واجب الاتباع في جميع الأحوال).

٢- حيث نصت المادة (٣/٢١٥) على أنه (أذا أصرت محكمة الأستثناف أو محكمة البداءة على حكمها بعد إعادة الدعوى اليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز؛ وجب نظر الطعن الثاني أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز).





بنص المادة (1/7.9) من قانون المرافعات المدنية، فأن الرقابة التمييزية عليه وجوبية بنص القانون على عكس باقى الأحكام التى تكون فيها الرقابة مطلوبة (1).

عليه نصل الى نتيجة مفادها أن التفسير المتطور الصادر من محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة البداءة بدرجة أخيرة، في حال الطعن بالحكم الذي تضمنه يكون قرار المحكمة المختصة بالطعن في حال النقض واجب الأتباع ومن ثــّم هنا تلزم هذه المحاكم بضرورة عدم المخالفة حتى لو جاءت المحاكم المختصة بالطعن، بتفسير قد ينهي كل تفسير أتت به محكمة الموضوع، أما الأحكام الصادر من محكمة الأستئناف بصفته الأصلية أو محكمة البداءة بدرجة أولى ولم تستأنف، فهنا ما تتضمنه هذه الأحكام من تفسير متطور تستطيع الإصرار عليه إلا أذا كان قرار نقضه أو الرقابة عليه من الهيئة العامة ولا مجال هنا لمخالفته ومن ثــًم هنا تكون محكمة التمييز هي المفسرة للنص تفسيرًا واجب الأتباع مطلقًا.

-

^{1 -} حيث نصت المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (١. الاحكام الصادرة على بيت المال او الاوقاف او الصغار او الغائبين او المجانين او المعتوهين او غيرهم من ناقصي الاهلية والاحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج وكذلك الحجج المعتبرة بمثابة الاحكام كالحجج المتعلقة باستبدال الاوقاف والاذن بالقسمة الرضائية اذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي ارسال الاضبارة في اقرب وقت ممكن الى محكمة التمييز لإجراء التدقيقات التمييزية عليها ٢. لا تنفذ الاحكام والحجج المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تصدق من محكمة التمييز).





بعد نهاية دراستي البحثية لموضوع رسالتي الموسوم ب (أتباع القاضي التفسير المتطور للقانون - دراسة مقارنة)، توصلت الى جملة من الاستنتاجات والمقترحات العلمية القانونية، والتي سأعرض أهمها في فقرتين:

أولاً: الاستنتاجات:-

- ١. من خالل البحث العلمي لموضوعنا حاولت وضع تأصيل قانوني للتفسير المتطور حيث عرفته القضائي المتطور عن طريق تعريف جامع مانع للتفسير المتطور حيث عرفته على أنه الملائمة التي يحققها القاضي بين مفردات النصوص القانونية والظروف الأجتماعية المستحدثة بما ينسجم مع حكمة التشريع وفقًا لإمكانية القاضي القانونية القادرة على الأخذ بالنص للإبعاد المجتمعية المتجددة التي فرضت عليه تطويع النص.
- ٢. وجدت من خلال البحث أن هذا الالزام المتمثل في تفسير القاضي للنص تفسيرًا متطورًا الزامًا ليس بجديد وأنما هو تأكيد لما جاء به القانون المدني العراقي في المادة (١/١) حيث تمثل الفحوى روح النص وحكمته وتنطبق والتفسير المتطور وكذلك الحال موقف المشرع المصري والإماراتي لم يشيروا صراحة لمثل هكذا التزام إلا أن ذلك يمكن أن نستشفه ضمنًا من لفظ الفحوى الوارد في القانون المدنى المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- 7. توصلت الى نطاق التفسير القضائي المتطور حيث يسري هذا التفسير على القوانين الموضوعية والإجرائية على حدٍ سواء إلا أنه لا يمكن أن نتصور سريانه على الأثبات الجزائي نظرًا للخصوصية التي قضت بفصله عن الأثبات المدنى أو





القواعد العامة المدنية، إلا أنه من الممكن سريانه عليها في حال أذا خلى قانون المحاكمات الجزائية من النص.

- ٤. يختلف التفسير القضائي المتطور عن التفسير التفليدي في كون الأخير ضرورة على القاضي يستعمله يوميًا لحل كل ما يعتري الذهن من شك في عدم مراعاة المعنى الظاهر لإرادة المشرع، على خلاف ذلك التفسير المتطور فلا يمكن للقاضي أن يوظفه في العمل القضائي عند تكييف النص ولا يُشكل الزامًا عليه إلا في حالة ما أذا تحققت مبرراته عند محاولة تطبيق النص على الواقعة محل النزاع، كذلك من خلال الدراسة توصلت الى أنه يختلف التفسير القضائي المعيب بعيب المتطور من الاجتهاد القضائي في كونه حالة وجود النص القانوني المعيب بعيب النقص أو الغموض أو التعارض الموجبات للتفسير المتطور، على عكس ذلك في الاجتهاد فيكون في حالة فقدان النص أي لا وجود لنص يحكم الواقعة محل النزاع.
- من خلال البحث توصلت الى نطاق الاجتهاد في التشريع العراقي من خلال مفهوم المخالفة للنص حيث جاء في القانون المدني العراقي على أنه " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" فمفهوم المخالفة يعني في حالة وجود النص لا يوجد مجال للاجتهاد، ولم يحدد أي نص بالتالي فالمطلق يسري على أطلاقه فالاجتهاد يكون في منطقة اللانص.
- توصلت الى أن التفسير المتطور يقع بعد التفسير التقليدي وقبل القياس ثم بعد ذلك
 في حال عدم إمكانية القياس يُصار الى الأجتهاد القضائي.





- ٧. أن رفع الغموض الذي قد يسبب الانحراف عن المسار الإجرائي الصحيح، عن طريق التفسير القضائي، من ثوابت الأمور في عمل القاضي، إلا ان ذلك لا يعني بالضرورة تفعيل الإلزام بالتفسير القضائي المتطور المفروض على القاضي، حيث هذا الأخير لا يكون القاضي مُلزمًا في أعماله إلا اذا كان امام نص، الغموض الذي فيه نتيجة للصياغة النقليدية أي عدم وضع المشرع نصب أعينه عند وضعه النص ضرورة الصياغة المرنة تستجيب لتطورات الوقائع ومستحدثات تفاصيلها، أو نتيجة التطور الهائل الذي هدم كل التصورات المتوقعة وخرج عن نطاق حكم النص.
- ٨. أن التعارض الموجب للتفسير المتطور هو التعارض الناتج عن وضع مستجد يقع حكمه في نطاق أكثر من نص، أي ان النصوص لا تسعف القاضي للحكم كونها تقليدية وتداخل نطاق الواقعة في أكثر من نص، ومن ثيم يكون تفسير النص تفسيرًا متطورًا مع مراعاة الحكمة من التشريع هو الوسيلة لرفع التعارض وتحديد النص لا نقل الأكثر أنسجامًا مع الواقعة بل الأكثر تحقيقًا للعدالة القضائية بمنظور القاضي ورقابته الذاتية المستمدة من روحه الإنسانية.
- ٩. أن الـنقص الموجـب للتفسير المتطـور قـد يصـيب فرضـية الـنص أو حكـم الـنص،
 نتيجة لواقعة مستجدة تخرج من نطاق النص.
- ١٠. قد تتداخل الحكمة من التشريع او وضع النص مع المناسبة التشريعية، إلا أنهما يختلفان في كون الأولى تمثل التطلعات العامة للمشرع غير المحفوفة بمخاطر أو تغيرات، على خلاف المناسبة التشريعية والتي وضع النص بموجبها او مراعاتها





نتيجةً لظرف اقتصادي أو اجتماعي معين على سبيل الحصر، بالتالي لا يعول عليها في تحديد بعد النص عند تفسير النص تفسيرًا متطورًا.

- 11. تعد المبادئ العامة من الوسائل المهمة التي يستعين بها القاضي عند تفسير النص والتي يمكن أن نعرفها على أنها مجموعة من الالتزامات تمتاز بالعمومية و التجريد والمرونة وتتفوق على القواعد القانونية الخاصة كونها تهيمن على التشريع بقواعده القانونية كافة.
- 11. تكون استعانة القاضي بالمبادئ العامة استعانة تكاملية مع ما ورد في النص التشريعي وذلك لإكماله ورفع غموضه او تعارضه أو لسد قصوره كونها ذات ارتباط بالواقع ولها من المرونة ما يجعلها وسيلة لتطوير التفسير.
- 17. أن نطاق الاستفادة من وسائل النقدم العلمي في التشريع العراقي محصور في أستنباط القرائن القضائية فقط، إلا أن القاضي باستطاعته عن طريق النفسير القضائي المنطور تفعيل هذه الوسائل في العديد من الإجراءات القضائية وعلى رأسها التبليغ القضائي وهذا هو التوجه السابق لمحكمة التمييز الأتحادية.
- 11. لتبسيط الشكلية صورتين صورة جاء بها المشرع بنص صريح ومرونة واضحة وصورة تُعد من آثار التفسير القضائي المتطور، عن طريق تبسيط ينتجه القاضي تطبيقا لهدف قانون الأثبات للحد من مغالاة التمسك بالشكلية بالصورة التي تحفظ الحق المتنازع عليه وسلامة الإجراء.
- 10. يضاف التفسير المتطور كوسيلة للحد من البطلان الإجرائي المترتب على مخالفة شكلية يفرضها القانون.





17. توصلت الى أن المشرع العراقي والمصري والإماراتي رغم اختلافهم في تنظيم نظرية البطلان الإجرائي إلا انهم يتفقون في وضعهم معيارًا موحدًا غير منضبط، من خلاله يتمكن القاضي من الوصول الى حكم دقيق ببطلان الإجراء من عدمه، وهذا المعيار يتمثل في البحث عن مدى تحقق الغاية من العمل الإجرائي، فتحقق الغاية من الأخير يستتبعه تحقق الغاية من الشكل كوها مرتبطة ارتباطًا مباشرًا بغاية العمل الإجرائي كون وجودها هو لتحقيق غاية العمل الإجرائي.

1٧. توصلت الى ان المحكمة المختصة بالرقابة على التفسير القضائي المتطور، هي المحكمة المحكمة المختصة بالطعن حيث لهذه المحكمة السلطة الواسعة في نقض أو فسخ الحكم الذي جاء بتفسير متطور منحرف عن جادة العدالة القضائية أو إذا كان التفسير تقليديًا، فلهذه المحاكم سلطة الإتيان بتفسير قضائي متطور للنص يكون ملزمًا لمحاكم الموضوع إتباعه مطلقًا.

ثانيًا: المقترحات:-

سنعمل على تقسيم المقترحات التي توصلنا اليها في دراستنا على قسمين، تفرضهم علينا طبيعة الموضوع، القسم الاول سيتضمن المقترحات قريبة الأمد، والتي تشكل الأهداف والدخول في التفصيلات الفرعية أما القسم الثاني سيتضمن المقترحات بعيدة الأمد، لتكون الأخيرة مستندة على الاولى ومحتوية لها دون الدخول بالتفصيل:





أ- المقترحات قريبة الأمد:

القترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١/١) من القانون المدني العراقي لتصبح وفق الصيغة الأتية: (يمتد حكم النصوص الواردة في هذا القانون على منطوق ومفهوم الفرضيات التي تتناولها) وبما أن التفسير لا يمكن أن يسري او يتم إلا على النصوص القانونية المكتوبة، أي التشريعات فعليه أقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٣) من قانون الإثبات لتكون على الصيغة الآتية: (التزام القاضي بالتفسير المتطور عند تطبيق النص التشريعي على الواقعة محل النزاع، التزاماً ينسجم والحكمة التشريعية).

وحيث أن التفسير المتطور يسري على القوانين الموضوعية منها والإجرائية عليه لزامًا أن يكون تنظيمه في القانون المدني العراقي عليه أقترح دمج ما ورد في المادة (٣) من قانون الإثبات ونقلها، بعد تعديلها وفق المتقدم، الى المادة (١) من القانون المدني العراقي بعد تعديلها لتكون المادة (١) من القانون المدنى وبعد التعديل والإضافة بالصيغة الأتية:

(١.يمتد حكم النصوص الواردة في هذا القانون على منطوق ومفهوم الفرضيات التي تتناوله. ٢. التزام القاضي بالتفسير المتطور عند تطبيق النص التشريعي على الواقعة محل النزاع، التزامًا ينسجم والحكمة التشريعية، حتى لو نص القانون على خلاف ذلك ما لم يُخالف ذلك نظام الحل والحرمة. ٣. فأذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة وفقًا للاجتهاد القضائي بمقتضى العرف فأن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلمية الأكثر ملائمة





لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فأذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة ٤.وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

٧. على المشرع العراقي الاستعانة عند وضع النصوص بالمبادئ القضائية التي تعرز نتيجة التفسير المتطور للنصوص التشريعية كونها تمثل الوجه الحقيقي للعدالة المراد تحقيقها عليه أقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢٦) من قانون التقاعد الموحد رقم ٩ لسنة ١٠٠٤ المعدل بإضافة فقرة ثانية لتكون المادة بالصيغة الآتية: (أولاً: خلف المتوفى النين يستحقون الراتب التقاعدي هم: أ. السزوج أو الزوجات ب. الأبن ج. البنت د. الأم هد. الأب و. الأخ أو الأخت إذا كان المتوفى أعزب وتوفى والداه.

ثانيًا: يعبُّد المتوفى الوارد ذكره في الفقرة (و) المُطلق قبل وفاته بحكم الأعزب لأغراض تطبيق هذا القانون).

٣. أقترح على المشرع العراقي استجابة للتطور الحاصل في العلاقات الاجتماعية تعديل الفقرة (٢) في المادة (٩٣) من قانون المرافعات المدنية لتكون بالصيغة الآتية: (يوجز رد القاضي لأحد الأسباب الآتية: ١. ٢. إذا كان بينه وبين أحد الطرفين عداوة أو صداقة واقعية أم افتراضية يرجح معها عدم استظاعة القاضي الحكم بغير ميل. ٣. إذا كان قد أبدى رأيًا فيها قبل الأوان واقعيًا ام افتراضية أو ابدى مداخلة أو موافقة صريحة أم ضمنية في واقعة مشابهة لها منشورة في مواقع التواصل الاجتماعي.).





٤. أقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢) من القانون المدني العراقي لتكون وفق الصياغة الآتية: (١. لا يجوز الاجتهاد عند وجود النص ٢. يترك للقاضي في النصوص الظنية حرية أختيار الحكم المحتمل الوارد في النص وفقًا للقواعد العامة للتفسير مع مراعاة حكمة التشريع).

ومرد ذلك لجعل الأجتهاد في حالة اللانص والتفسير في حالة النصوص الظنية لاختيار الأحكام الواردة في النص الظني والأكثر ملائمة وانسجام مع الواقعة.

- أقترح على المشرع العراقي تعديل نيص المادة (٣) من القانون المدني العراقي لتكون بالصيغة الآتية: (١. يُصار الى القياس في حالة فقدان النص الذي يحكم النزاع مع وجود نيص آخر تتفق علة حكمه مع النزاع المعروض على القضاء. ٢. ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يُقاس عليه.).
- 7. أقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٦٢) من قانون المحاماة كونها مادة بقانون خاص وجاءت لحكمة بالغة الأهمية متمثلة في حماية حق المحامي وعدم تحميله مشاق مضافة الى مشاق تتصل الموكل عن دفع أتعاب المحاماة لتكون بالصيغة الآتية: (١. يرفع كل نزاع يتعلق بأتعاب المحاماة الى المحكمة المختصة التي يقع مكتب المحامي في دائرتها وفي حال عدم تدوين المحامي لعنوان مكتبه فترفع أمام المحكمة التي تقع فيها غرفة تسجيله. ٢. لا يعمل بأي نص لاحق أو سابق يتعارض مع أحكام هذا النص).





- ٧. أقترح على المشرع العراقي الى تعديل المادة (٤٠) من قانون المرافعات المدنية بإضافة فقرة لتكون الفقرة المضافة بالصيغة الآتية: (يتبع في أقامة دعوى أتعاب المحاماة استثناءً من الاختصاص المكاني ما جاء في قانون المحاماة).
- ٨. أقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١/٧٠) من قانون المرافعات المدني العراقي لتصبح بالشكل الآتي: (تقدم الدعوى الحادثة إلى ما قبل ختام المرافعة بعريضة تُبلغ الخصم أو بإبدائها شفاهًا بالجلسة في حضوره، ويعتبر دخول الشخص الثالث أو أدخاله دعوى حادثة، ويصبح الشخص بعد قبوله طرفًا في الدعوى ويحكم له أو عليه ولا يمنع من ذلك رد الدعوى الأصلية).

وبعد هذا التعديل الذي قد يظهر في مظهر بسيط إلا انه يسهم في تصحيح المسار الإجرائي والحد من الهدر الذي يصيب جهد الطرف الثالث، فما يجري حاليًا في المحاكم رد الدعوى الأصلية يرتب رد دعوى الطرف الثالث رغم أنه أصبح من الأطراف وحقه قائم بذاته ومعزل عن الدعوى الأصلى.

- ٩. أقترح على المشرع العراقي الى تعديل قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية بإلغاء نص المادة (٣/ثانيًا/ه)، وتضمين القانون أمكانية القيام ببعض الإجراءات القضائية الميسرة للعمل القضائي.
- ١٠. أقترح على المشرع العراقي أن يكون تعديل النصوص المتعلقة بالتبليغ القضائي بسياسة تدريجية تبدأ بمن هم عاملين في المجال القضائي او القانوني وموظفي دوائر الدولة ومؤسسات الدولة عليه أرى بضرورة تعديل المادة (٢١/٥) من قانون المرافعات المدنية لتكون بالصيغة الآتية: (إذا كان المطلوب تبليغه وزارة أو دائرة رسمية أو شبه رسمية أو أحدى مؤسسات القطاع العام، يُرسل التبليغ بواسطة رسمية أو شبه رسمية أو أحدى مؤسسات القطاع العام، يُرسل التبليغ بواسطة المسلمية أو شبه رسمية أو أحدى مؤسسات القطاع العام، يُرسل التبليغ بواسطة المسلمية أو أحدى مؤسسات القطاع العام، يُرسل التبليغ بواسطة المسلمية أو شبه رسمية أو أحدى مؤسسات القطاع العام، يُرسل التبليغ بواسطة المسلمية أو شبه رسمية أو شبه أو شبه رسمية أو شبه رسمية أو شبه رسمية أو شبه رسمية أو شبه أو شبه





البريد الإلكتروني المعتمد لهذه المؤسسات وأستلام أشعار بالاستلام يحفظ ورقيًا في إضبارة الدعوى).

وكذلك الفقرة (١١) من ذات المادة لتكون بالصيغة الآتية: (يُبلغ منتسبو دوائس الدولة الرسمية وشبه الرسمية ومؤسسات القطاع العام بواسطة البريد الإلكتروني المعتمد لدوائرهم أو مؤسساتهم، ويُستلم أشعار بالرد ويحفظ ورقيًا في اضبارة الدعوى، ويعبَّد مبلغًا في حال عدم الرد ما لم يرد أشعار إلى المحكمة بانتقاله إلى دائرة أخر أو تمتعه بإجازة، ويكون الإشعار مثبت فيه تاريخ انتهاء الإجازة وأسباب منحها).

- 11. أنسجامًا مع طرحنا المتقدم بضرورة البدأ التدريجي في تعديل النصوص المتعلقة بالتبليغات أقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢/٤٠) من قانون المحاماة لتكون بالصيغة الآتية: (في تبليغ المحامي: أ. يعتد البريد الإلكتروني للمحامي، المعتمد لدى الجهات ذات محلاً للتبليغات القانونية وفي حال تعذر ذلك يكون مكتب المحامي بدلاً منه. ب. ترسل نسخة ورقية من التبليغ الإلكتروني الى غرفة محامى المحكمة المسجل فيها في اليوم التالى للتبليغ الإلكتروني).
- 11. أقترح على المشرع العراقي وضع نظرية عامة للبطلان الإجرائي في قانون المرافعات ليكون النتظيم القانونية في الدول المقارنة وبالصيغة المرافعات ليكون النتظيم القانونية في الدول المقارنة وبالصيغة الآتية: المادة (٢٧) مكررة (١.يكون الإجراء القضائي باطلاً إذا نص القانون صراحةً على ذلك، أو اذا شابه عيب أو نقص مؤثر يقوت الغاية من وجود الإجراء وفي جميع الأحوال يعتبر الإجراء صحيحًا أذا ثبت تحقق الغاية من عدمها).





- المادة (٢٨) مكررة (يحق التمسك بالبطلان من قبل: ١. من شرع البطلان لمصلحته صراحةً أو ضمنًا، ولا يجوز التمسك من الخصم الذي تسبب فيه. ٢.الكل في حالة تعلق البطلان بالنظام العام.)
- المادة (٢٩) مكررة (النزام القاضي بأتباع التفسير المتطور عند تصحيح الإجراء القضائي المعيب للحد من البطلان الإجرائي، ويتم التصحيح وفق الآتي على سبيل الحصر ١. إذا كان الإجراء باطلاً وفيه عناصر إجراء آخر فأنه يكون صحيحًا بأعتبار الإجراء الذي توفرت عناصره ٢. إذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل. ٣. يراعي في كل ما تقدم حكمة التشريع).

ب- المقترحات بعيدة الأمد:

- 1. أقترح أن يكون الإصلاح بعد التعديلات المتقدمة، وفق مراحل، المرحلة الأولى تكون في ترصين النظام التقليدي وتهيئة متطلبات الانتقال نحو نظام تقاضي أجرائي الكتروني، أما المرحلة الثاني تتمثل في وضع تشريع لنظام موازي للتقليدي، من خلال تدارس أخفاقات النظام التقليدي المطور، وعلى أساس ذلك يؤسس نظام رصين.
- ٢. أقترح أن يكون الانتقال من النظام التقليدي الى النظام الإلكتروني بصورة غير مباشرة، أي عن طريق توفير أساس فكري لدى المستخدم والعمل في النظامين بصورة يكمل فيها الالكتروني النظام التقليدي وبيسر استخدامه ثم بعد ذلك تمكين الفرد من أستخدام هذا النظام المزدوج عن طريق الوسائل المتاحة للفرد، ليستجيب

الخاتمة



المجتمع للانتقال كون الاستجابة تُشكل الرضا المجتمعي وهذا الرضا يشكل مبادئ العدالة التي يقوم النص عليها أبتداءً.

٣.أقترح وعلى الأمد الطويل تشريع قانون التقاضي الإلكتروني كقانون منفرد، بعد أنضاج التجربة الفتية التي تبدأ بأهل الاختصاص، لنكون أمام أصحاب اختصاص لهم القدرة على أتقان العمل على النظام الإلكتروني والحفاظ على ما يجري عليه من إجراءات قضائية، كون العمل وفق الذي لدينا من نظام يعتبر بمثابة المجازفة الفعلية بحقوق الناس وزج القضاء وإجراءات بمشاكل كبيرة، لأن البيئة القضائية تتطلب النظام شبه التقليدي مع دراسة جادة له وللإخفاقات التي تصييه ثم الانتقال لنظام حديث منفرد قائم بذاته.





- القرآن الكريم

أولاً: الكتب القانونية العربية: -

- د. أحمد محمد علي الحريثي، قواعد تفسير النصوص القانونية (بين الفقه و القانون
 و أحكام القضاء)، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠م.
- ۲. د. ادم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، ج٢، طبعة دار القادسية، بغداد، ١٩٨٦م.
- ٣. د. أسامة الروبي، مبادئ وإجراءات الأثبات المدني في النظام القانون الأماراتي، ط١،
 دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.
- ٤. د. أسماعيل نامق حسين، أصول علم القانون، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت،
 ٢٠١٩م.
- أمير فرج يوسف المستشار، المحاكم الإلكترونية والتقاضي الإلكتروني، ط١، المكتب العربي الحديث للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
- 7. إياد أحمد سعيد الساري، الواضح في قانون الأثبات (شرح مفصل بطريقة السؤال والجواب وفقًا لآخر تعديلات ومعززًا بأحكام القضاء)، ط١، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، ٢٠٢٠م.
- ٧. د. أياد عبد الجبار الملوكي، قانون الأثبات، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،
 ٢٠٠٩م.
- ٨. د. أيمن أحمد رمضان، الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، بلا طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.



- ٩. ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي، الصياغة القانونية لنصوص التشريع (دراسة تحليلية)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩م.
- ١٠. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع الإيجار المقاولة) دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، ط٢، العاتك، القاهرة، بلا سنة.
- 11. د. حامد شاكر محمود الطائي، العدول في الأجتهاد القضائي (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، ط١،المركزي العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٨م.
 - ١٢. د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧١م.
- 17. د. حيدر أدهم الطائي، مُحاضرات في المبادئ الأساسية للصياغة التشريعية، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١م.
- 11. د. خيري عبد الفتاح السيد البنتانوني، الإعلان القضائي وضماناته في القانون المقارن، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.
- 10. د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٧، دار النهضة العربية، ١٩٦٧م.
- 17. د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (في البيع و الإيجار)، ط٣، مطبعة العانى، بغداد، ١٩٧٤.
- 11. د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ط٣، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ٩٥٨م.
- ۱۸. د. سهیل حسین الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون، ط۲، مكتبة الذاكرة، بغداد،
 ۲۰۰۹م.

141



- 19. شوان محي الدين، الحيثية القضائية (دراسة تحليلية تطبيقية لأصول صياغة الأحكام المدنية وتسبيبها)،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢م.
- ۲۰ د. صفاء متعب الخزاعي، علم الاستتباط القانوني، ط۱، مكتبة القانون المقارن،
 بغداد، ۲۰۲۱م.
- ۲۱. د. صفاء مهدي محمد الطويل، الطعن لمصلحة القانون في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، ط۱، دار الوارث، ۲۰۱۹م.
- ۲۲. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، بلا طبعة، معهد البحوث و الدراسات العربية،
 بغداد، ۱۹۸٤م.
- 77. عباس الداقوقي، الأجتهاد القضائي (دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي معززة بالتطبيقات القضائية)، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨م.
- ۲٤. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية)، ط۱، دار السنهوري، بيروت، ۲۰۱٦م.
- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بـ لا طبعة، بيروت،
 ٢٠١٥.
- 77. د. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، ط١، المكتب الجامعي الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠م
- 77. د. عبد الخالق حسن أحمد، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، ج٦، ط١، مطبعة أكاديمية شرطة دبي، الامارات العربية المتحدة، ٩٩٠م.

177



- ۲۸. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ۸۳ لسنة ۱۹۲۹، ج۱،
 ط۲،العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ۲۰۰۹م.
- ۲۹. د. عبد الرحيم حاتم الحسن، شرح قانون الأثبات العراقي رقم ۱۰۷ لسنة ۱۹۷۹،
 ط۱، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ۲۰۱۸م.
- .٣٠ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري بك، علم أصول القانون، بلا طبعة، مطبعة فتح الله ياس نوري و أولاده، مصر، ١٩٣٦م.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، ج١، بلا طبعة، دار أحياء التراث العربي، بيروت، بلا سنة طبع.
- ٣١. د. عبد الله عبد الحي الصاوي، نظرية القرائن في قانون المرافعات المدنية والتجارية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالفقه الإسلامي)، ج٢،ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٨م.
- ٣٢. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه وخلاصة التشريع الأسلامي، ط٣، مطبعة النصر، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ٣٣. د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للقانون، ط١، الوفاء للطباعة و النشر، القاهرة، ٢٠٢٢م.
 - شرح قانون الاثبات، ط۲، المكتبة القانونية، بغداد، ۲۰۰۷م.
- مُشكلاتُ التشريع (دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة)،ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٤م.
- ٣٤. د. علي الدراجي، منهجية الإثبات في قانون الإثبات العراقي، ط١، مكتبة القانون المقارن للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠٢٠م.



- ٣٥. علي حرب، الماهية والعلاقة نحو منطق تحويلي، ط١، المركز الثقافي العربي، بيروت، ١٩٩٨.
- ٣٦. عواد حسين ياسين العبيدي، الزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون،ط١،دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٦م.
- تأويل النصوص في القانون (دراسة موازنة بالفقه الأسلامي ومعززة بالتطبيقات القضائي)، ط١، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، ٢٠١٩م.
- ٣٧. عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية بأتباع الحكمة التشريعية من النصوص، ط١، المركز العربي للنشر و التوزيع، القاهرة، ١٩، ٢٠١م.
- .٣٨. د. فايز محمد حسين، دور المنطق في تكوين القانون وتطبيقه، دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٩م.
- ٣٩. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٥٩م.
- ٠٤٠ د. فرات رستم امين الجاف، الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٤م.
- ٤١. فوزي كاظم المياحي، القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني العراقي (شرحها و تأصيلها و تطبيقاتها العملية و القضائية)، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠٢٠م.
- 25. لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية،ط١،مطبعة الكتاب، بغداد،٢٠١٢م.



- شرح أحكام قانون المرافعات المدنية (في ضبوء آراء الفقه وأحكام القضاء)، ط١، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢٠م.
- شرح قانون الاثبات (دراسة مقارنة في ضوء أراء الفقه وأحكام القضاء)،ط١، بيروت، ٢٠٢١م.
- ٤٣. د. مجدي حسن خليل ود. أبراهيم الشرقاوي، المدخل لدراسة القانون، ط١، دار أثراء للنشر و التوزيع، ٢٠٠٨م.
- 33. د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية (دراسة مقارنة بين الفقهين المحدني و الأسلمي)،بلا طبعة، مطبعة وزارة الاوقاف والشوون الدينية، بغداد،١٩٨٢م.
- 23. د. محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الأسلامية(دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٧٧م.
- 23. د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج١،بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت ٢٠١٦م.
- 22. محمود محمد علي صبره، المُشكلات العملية في تفسير النصوص التشريعية والعقدية، ط١، معهد صبرة للتدريب القانوني، دبي، ١٩٠٨م.
- ٤٨. د. محي هلال السرحان، تبسيط القواعد الفقهية، بلا طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت،٢٠٠٥م.
- 29. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، ط٤، الرافدين، بيروت، ٢٠١٩.

74.



- .٥٠ د. مصطفى أبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج١، ط٥، المكتبة القانونية ، بغداد، بلا سنة.
 - الصلة بين علم المنطق والقانون، بلا طبعة، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٦م.
- د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة
 ١٩٦٩، ج١،ط١،مطبعة الأزهر ، بغداد ، ١٩٧١–١٩٧٢م.
- د. منذر أبراهيم الشاوي، فلسفة القانون، ط۳، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،
 الاردن، ۲۰۱۷م.
- ٥٣. د. نبيل أسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، بلا طبعة،
 دار الجامعة الجديدة، ١٩٩٩م.
- عدم فاعلية الجزاء الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، بلا طبعة، مطبعة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة.
- ٥٤. د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، بلا طبعة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩م.
- ٥٥. د. ياسر باسم ذنون السبعاوي ود. أجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص (دور قواعد المنطق في عملية الأثبات المدني) ،ج٤، ط١، مكتبة الجيل العربي.
- فن الصياغة التشريعية للقاعدة القانونية الإجرائية (دراسة مقارنة)،بلا طبعة، دار
 السنهوري، بيروت، ٢٠٢١م.
- ٥٦. د. يوسف حسن يوسف، مدخل علم القانون، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣م.



ثانيًا: البحوث والدراسات والمجموعات:-

- انور طلبة، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، ج١، منشأة المعارف، الاسكندرية،
 ٢٠٠١م.
- جعفر كاظم المالكي، المفهوم المتطور لفكرة حياد القاضي، من بحوث القضاة منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي على الرابط: https://www.hjc.iq/view.3764.
- ٣. د. جمال عبد كاظم الحاج ياسين وعلي شمران حميد الشمري، وسائل تطور النصوص
 القانونية، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت كلية القانون، بالعدد ٢٠، ٢٨، ٢٨.
- ٤. د. شامي ياسين، الاقتصاد الإجرائي والحد من الجزاءات الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية البطلان والسقوط نموذجًا، بحث منشور في مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، مجلة دولية نصف سنوية، العدد الخامس، ٢٠١٨م.
- ٥. د. عامر عاشور عبدالله، القياس في القانون المدني والفقه الإسلامي، بحث منشور في
 مجلة الرافدين، مجلد ١٥، بالعدد ٥٢، السنة ١٧٠.
- ٦. د. عباس العبودي، التبليغ القضائي بواسطة الرسائل الإلكترونية ودوره في حسم الدعوى،
 بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد٣، ١٩٩٧م.
- ٧. د. عبد الحميد متولي، مصادر الاحكام الدستورية في الشريعة، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، الناشر جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، العدد ١٩٦٢، ١٩٦٢م.

144



- ٨. د. عصمت عبد المجيد بكر، دور القاضي المدني في تفادي حالات أنكار العدالة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة حمورابي، مجلة نصف سنوية تصدر من جمعية القضاء العراقي، السنة الثانية، العدد الثاني، ٢٠٢٠م.
- ٩. د. عصمت عبدالمجيد بكر، مشكلة الأثبات بوسائل التقنيات العلمية، بحث منشور في مجلة القضاء، بالعدد ٢و٣، السنة السادسة والخمسون، بغداد، ٢٠٠٢م.
- ١. كرستيان مازا ، المملكة العربية السعودية تمنح الجنسية لرجل آلي، مقال متاح على الرابط: https://2u.pw/fxYNh.
- 11. ضياء شيت خطاب، رسالة الى القضاء، مقال منشور في مجلة العدالة، العدد ١٠٠٠ الشهر (تموز ،اب،ايلول)، بغداد، ٢٠٠١م.
- 11. عبد الستار ناهي عبد عون الجبوري، المنطق القانوني والقضائي للأحكام القضائية، مقال، https://www.hjc.iq/view.68709
- 11. غالب عامر الغريباوي، المساس بالمؤسسة القضائية عن استخدام القاضي لوسائل التواصل الاجتماعي، مقال منشور في مجلة حمورابي، مجلة نصف سنوية تصدرها جمعية القضاء العراقي، السنة الثانية، العدد الأول، ٢٠٢١م.





ثالثًا: الاطاريح والرسائل الجامعية:-

- 1. د. عدنان أبراهيم عبد جاسم الجميلي، الأجتهاد في مورد النص (دراسة أصولية مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٩٩٨م.
- ٢. د. فارس علي عمر الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل،
 ٢٠٠٢م.
- ٣. حسين عبيد شعواط الحمداوي، النظام القانوني لعقد الإقامة في الفندق، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٢م.

رابعًا: النشرات والدوريات القضائية والمجموعات:

- ١. مجلة التشريع والقضاء، السنة الثامنة، العدد الثاني، ١٦٠١م.
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، بـ لا طبعة، ج١ (البـاب التمهيدي)، أحكام عامة من المادة (١-٨٨)، منشورات وزارة العدل، مطبعة دار الكتاب، مصر.
- ٣. مجلة القضاء، مجلة حقوقية دورية تصدرها نقابة المحامين العراقيين، السنة الستون،
 ٢٠٢٠م.



خامسًا: القرارات القضائية غير المنشورة:

- ١. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٧١١/ الهيئة المدنية/ منقول/تقاعد/٢٠١٣ في
 ٢٠١٣/٩/٢٥.
- ٢. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٣٠٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢١ في
 ٢. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٣٠٢/٩/١٣
- ٣. قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم ١٤٦٩ لسنة ٨٤ قضائية في ٢٧ فبراير
 ٢٠٢١م.
- ٤. قرار محكمة النقض المصرية/ دائرة السبت المدنية(أ)، الطعن لسنة ٨٤ قضائية رقم
 ١٤٣٢٥ في ٢٧ فبراير سنة ٢٠٢١م.
- ٥. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد٣٣/٣٣/٣٢/ هيئة شؤون المحامين/٢٠٢٢ في
 ٢٠٢٢/٣/١٤.
- ٦. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٣١/ الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٢ في
 ٢٠٢٢/٤/٢٠م.
 - ٧. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٥/الهيئة العامة/٢٠٢٢ في ٣١/٥/٣١.
- ٨. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٧٨/الهيئة الأستئنافية منقول/٢٠٢٢ في
 ٢٠٢٢/٧/٤م.
- ٩. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١١/ الهيئة العامة/ ٢٠٢٢ الصادر في
 ٢٠٢٢/٨/٢م.





۱۰. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٦٧٤٥/الهيئة المدنية/ ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٨/١٧

١١. قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ١٤/الهيئة العامة/ ٢٠٢٢ في
 ٢٠٢٢/٨/٣١م.

سادساً: القوانين:

أ- القوانين الوطنية:

- ١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.
- ٢. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ.
 - ٣. قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل النافذ.
 - ٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل النافذ.
 - ٥. قانون أصلاح النظام القانوني العراقي رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.
 - ٦. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ.
 - ٧. قانون التقاعد العراقي رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ المُلغي.
- ٨. قانون رواتب القضاة واعضاء الادعاء العام العراقي رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ المعدل النافذ.
 - ٩. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ النافذ.
 - 1. قانون التقاعد الموحد العراقي رقم ٩ لسنة ٢٠١٤ المعدل النافذ.
 - 11. قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ النافذ.





ب- القوانين المقارنة:

- ١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل النافذ.
- ٢. قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل النافذ.
 - ٣. قانون المعاملات المدنية الأماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل النافذ.
- ٤. قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الأماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل النافذ.
 - ٥. قانون الأجراءات المدنية الأماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ المعدل النافذ.
 - ٦. قانون أنشاء المحاكم الأقتصادية المصري رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨ المعدل النافذ.

سابعًا: الأنظمة والتعليمات القانونية والقرارات التنفيذية: -

- 1. تعليمات السقوف الزمنية الخاصة بحسم الدعاوى في المحاكم العراقية رقم ٤ لسنة ١٩٨٧.
 - ٢. قرار مجلس الوزراء الأماراتي رقم ٥٧ لسنة ٢٠١٨ المعدل.
 - ٣. النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية رقم ١ لسنة ٢٠٢٢.

ثامنًا: المواقع الإلكترونية:-

- 1. الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي: https://www.hjc.iq
- 1. الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية: https://www.cc.gov.eg

تاسعًا: المصادر الأجنبية:-

- 1. David Lowe and Charlie Potter, <u>Understanding Legislation: a</u> practical Guide to Statutory Interpretation, Oxford, UK: 2018.
- 2. Sir Rupert Cross, 3ed. by John Bell and George Engle, <u>Statutory</u> Interpretation, LexisNexis: 2006.





3. Douglas Walton, Fabrizio Macagno and Giovanni Sartor, Statutory Interpretation(Pragmatics and Argumentation), Cambridge University Press, Uk: 2008.



Abstract



As a result of the era of speed and development, a wave of newly developed facts emerged from development, and legal texts have become unable to provide these facts with judicial provisions, or the supplementation may be in a manner that does not achieve the desired judicial justice.

Accordingly, these matters drew the Iraqi legislator, so he strengthened the legislation with a text and made it obligatory for the judge to develop the texts with an advanced interpretation without deviating from the desired path, taking into account the wisdom of the legislation. However, he did not specify the controls of this interpretation and did not place it in a general law. He married him to a special law, which is the Iraqi Evidence Law.

Accordingly, and when we preceded, we worked according to a comparative analytical approach with Egyptian and Emirati law, to find what distinguishes it from other legal situations that may be suspected of it, and we discussed the determinants or conditions of the developed judicial interpretation.

After finding and defining the controls and conditions for the establishment of this obligation, our study worked to show its impact, on electronic management and simplification of formality and as a means to reduce procedural penalties, then we showed the control body for this advanced judicial interpretation, with our proposal for a number of updated texts stemming from the development brought by judicial applications. , to be in front of a conclusion that included results and legal proposals, and in



Abstract



line with the dimension of the study and its close connection with development, it did not lead to the development of long-term proposals.

Republic of Iraq

The Ministry of Higher Education

and Scientific Research

Al-Qadisiyah University

College of Law



The judge followed evolving interpretation of the law

(A comparative study)

Master's dissertation presented to

the Council of the College of Law, University of Al-Qadisiyah,

It is part of the requirements for obtaining a master's degree
in private law

by the student

kadhim Mohammed Abdul Reda Al Kafai

Supervised by

pro. Asaad Fadel Mandel Al-Jiashi

Professor of Civil Procedure Law

1444 AH 2022AD