الرقم الدولي: ISSN 2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والانسانية

مجلة علمية فصلية

محكمة تصدر

عن كلية القانون

بجامعة بابل

بعض البحوث التي

وردت ضمن هذا العدد:

- التنظيم الدستوري والتشريعي لحق المشاركة السياسية
- النظام القانوني لإبرام عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص(دراسة مقارنة).
- الأساس القانوني للجزاءات الانفرادية في القانون الدولي وانواعها
- الغاية من الشكل كوسيلة للحد من البطلان الاجرائي (دراسة تحليلية مقارنة)

- أ.د. رافع خضر صالح
- أ.د. علاء عبد الحسن كريم
- سامر حسين فاضل
- أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان
- م.اقبال عبد العباس يوسف
- أ.د. طيبة جواد حمد
- مصطفى عماد محمد
- أ.د. وسن قاسم غني
- م. م احمد خضير عباس

السنة الثالثة عشر

٢٠٢١

العدد الثاني

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN :2075-7220

ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mohaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal

Issued By

College of Law in Babylon University

- Prof. Rafe Kheder Saleh
  Professor of Public law
- Prof. Ala'a Abdul-Hassan Al
  Professor of Political Systems
- Samer Hussien Fadil
- Prof. Dr. Ismail Sasa' Ghaidan
  University of Babylon College of Law
- M. Iqbal Abdel Abbas Youssef
  University of Babylon College of Law
- Prof. Teiba Jawad Hamad
  College of Law/Babylon University
- A.Lec. Mustafa Imad Mohammed
  College of Law/Babylon University
- Dr.P. wasan qasim alkhfajy
  University of Babylon/College of Law
- Ahmed Khudair Abbas Ahmed
  Al-Kafeel University/College of Law

Some of the research included in this issue:

- Constitutional and legislative organization for the right of political participation.
- The legal system for concluding electricity service partnership contracts between the public and private sectors (A comparative study)
- The Legal Basis for Unilateral Sanctions in International Law and its Types
- means to reduce invalidity The purpose of the shape As a (contrastive and analytics study

Second Issue 2021 thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office-office 1291 for the national Baghdad in 2009

ت	الباحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١	التنظيم الدستوري والتشريعي لحق المشاركة السياسية	أ.د. رافع خضر صالح أ.د. علاء عبدالحسن كريم سامر حسين فاضل	٩-٤٢
٢	النظام القانوني لإبرام عقود شراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص(دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	٤٣-٦٩
٣	الأساس القانوني للجزاءات الانفرادية في القانون الدولي وانواعها	أ.د. طيبة جواد حمد مصطفى عماد محمد	٧٠-١١٤
٤	الغاية من الشكل كوسيلة للحد من البطلان الاجرائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م.احمد خضير عباس أحمد	١١٥-١٤٨
٥	سلطة فرض العقوبة الانضباطية على أعضاء مجالس الدولة (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي عدي ورد رسول	١٤٩-٢٠٦
٦	جريمة أنشاء مصرف صوري - دراسة مقارنة –	أ.م.د. نافع تكليف مجيد حيدر علي ناموس	٢٠٧-٢٥٦
٧	أثر اثبات محكمة العدل الدولية للصفة الالزامية لتدابيرها المؤقتة في منع تفاقم النزاعات الدولية	أ.م.د. محمد خالد برع	٢٥٧-٢٨٢
٨	أسباب استرداد الشَعب لحقهِ في السيادة	أ.م.د. ليلى حنتوش ناجي يسرى عادل حميدي	٢٨٣-٣٢٣
٩	التكييف القانوني لأساس فرض الضرائب	م.م. كاظم خضير السويدي	٣٢٤-٣٤٢
١٠	قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة ٢٠٠٦ بين الواقعية والمثالية	م.م. ارم عصام خضير	٣٤٣-٣٧١

الغاية من الشكل كوسيلة للحد من البطلان الاجرائي

(دراسة تحليلية مقارنة)

أ .د. وسن قاسم غني الخفاجي / جامعة بابل – كلية القانون

م. م احمد خضير عباس أحمد / جامعة الكفيل – كلية القانون

الملخص

يتشكل الاجراء القضائي من مقتضيات شكلية وموضوعية لازمة لصحته، وبمجرد تخلف اي مقتضى منهم يقع الاجراء باطلا، مما ينهدم الاجراء ذاته وتنهدم ايضا الاجراءات اللاحقة المتصلة به، ويمكن ان يصل تأثيره الى الحقوق الموضوعية المراد حمايتها بالإجراء، فالتبليغ القضائي يشترط القانون فيه شكل معين يتمثل في بيانات ورقة التبليغ، بتخلف احدها يقع التبليغ باطلا، ويستتبع ذلك بطلان كل الاجراءات الاخرى اللاحقة وصولا الى الحكم القضائي .

ونظراً للتأثير الممتد لجزاء البطلان، ركزت التشريعات جهدها من اجل المحافظة على الاجراء قدر الامكان، من خلال تكريس وسائل للحد منه، ومن ابرزها فكرة الغاية من الشكل في الاجراء القضائي، وبذلك نقلت التشريعات الفكر القانوني من كونه مقدس للشكل ومتزمت به الى النظر الى صحة الاجراء من زاوية اخرى تركز على الغاية منه دون الالتفات الى مطابقته الاجراء لنموذجه القانوني من عدمه.

المقدمة

يقتضي بحث موضوع (الغاية من الشكل كوسيلة للحد من البطلان الاجرائي) بيان كل من جوهر فكر البحث واهميته واسباب الدراسة ومنهجية البحث فضلاً عن هيكليته وكما يأتي:-

أولا : جوهر فكرة البحث :-

لا تكتفِ التشريعات بتكريس الوسائل التقليدية للتقليل من البطلان سواء كان اجرائيا ام موضوعيا، انما ابتدعت وسائل اكثر فاعلية تنسجم مع طبيعة البطلان الاجرائي وتتناغم مع سياستها في الحد منه كونه جزاء له اثار متعددة.

ومن الوسائل الحديثة التي ابتدعتها القوانين الاجرائية فكرة الغاية، اذ تحتل فكرة غائية الشكل مركز القمة في التطور التاريخي والتشريعي لنظرية البطلان في القوانين الاجرائية، بفضلها اصبح ينظر الى الشكل على انه غير مطلوب لذاته، بل كونه يرمي الى تحقيق غاية معينة يدور الشكل حيثما دارت، واصبحت العيوب غير جديرة بنظر المشرع لتقرير حق للخصم بالتمسك ببطلانها.

اذا لم يعد ينظر للشكل في الاجراء القضائي نظرة مقدسة لا يمكن مساسها او تجاوزها، انما اصبحت الغاية منه هي المقياس الذي يؤسس عليه جزاء البطلان، ولذلك تعد هذه الوسيلة ثورة في الفكر القانوني الاجرائي الذي كان يقدس الشكل وينظر اليه باحترام شديد، وتعد في ذات الوقت وسيلة تحد من البطلان الاجرائي لان العيب في الشكل مهما كان، لا ينظر اليه ولا يرتب اثر في بطلان الاجراء القضائي طالما تحققت الغاية بشكل اخر او بواقعة اخرى. فالعيب

الاجرائي بفضل هذه الوسيلة يبقى ملتصقا بالإجراء القضائي ولكن لا قدرة لديه على هدم الاجراء ومن هذا المنطلق تبرز اهمية دراسة هذه الوسيلة وبيان ابرز ملامحها ونطاقها واثرها.

ثانياً : أهمية البحث:- لبحث فكرة الغاية من الشكل أهمية بالغة في ظل الدراسات القانونية ، لاعتبارات عدة وعلى النحو الاتي :-

١. تتركز اهمية دراسة فكرة الغاية من الشكل من دراسة وسائل الحد من البطلان الاجرائي بشكل عام، فالقوانين الحديثة تركز جهودها من اجل ابقاء الاجراء القضائي صحيحا بالرغم مما يصيبه من عيوب شكلية، وتبرز على راس هذه الوسائل، فكرة الغاية من الشكل الاجرائي.
٢. لفكرة غائية الشكل اهمية كبيرة تظهر بالنسبة لعدة أطراف في وقت واحد، فهي مهمة لعمل القاضي لأنه ينظر في كل الاجراءات التي تقدم اثناء النظر في الدعوى، ومهمة للمحامين وللخصوم ايضا في ذات الوقت، لان هذه الجهات تصدر من قبلهم اجراءات قضائية معرضه للبطلان في كافة مراحل الدعوى.
٣. اعداد دراسة قانونية متكاملة لبحث كل ما يتعلق بفكرة الغاية كوسيلة للحد من الجزاء الاجرائي، لتكون منطلقاً لدراسات مماثلة في القوانين الاخرى كالقانون الجنائي والاداري، نظراً لأهمية هذه الفكرة ودورها الكبير في احياء فكرة روح القانون.

ثالثا : اسباب الدراسة

١. لم تول الدراسات القانونية اهمية كبيرة لفكرة غاية الشكل الاجرائي، فلم تتصدى الدراسات الاكاديمية على صعيد الرسائل الجامعية والبحوث لهذه الفكرة رغم اهميتها، كما ان القانون لم يركز عليها في اطار قاعدة عامة تنطبق على كل الاجراءات وانما حصرها في بعض الاجراءات دون غيرها بالرغم من نطاق الذي يمكن ان يمتد لكل اجراءات القضائية.
٢. تبقي فكرة الغاية، الاجراء القضائي معيباً، ولكنها ترتب عليه اثار الاجراء السليم، مما يعني ان كل العناصر اللازمة لإبطال الاجراء قد تحققت، الا انه الجزاء لم يقع بل على العكس ترتب اثر الاجراء كما لو كان صحيحا، وكل ذلك تم تحت انظار المشرع ومباركته، وهو ما يشكل تناقضا فنيا وقع به المشرع يقتضي دراسته وبيان اسبابه واثره على الاجراء القضائي نفسه وعلى غيره من الاجراءات.
٣. تمثل الغاية من الشكل الاجرائي، ابرز مظاهر التطور التي وصلت اليها التشريعات الحديثة، فالنظر الى الغاية من الشكل اصبح المعيار الاساس لقياس مدى صحة الاجراء من عدمه، دون النظر بأهمية الى الالتزام بشكل الاجراء ذاته. اذ اصبح من الممكن ان يبقى الاجراء صحيحا بالرغم من مخالفته لنموذجه الشكلي، نجد من الضروري التركيز عليه ومناقشته بشيء من التفصيل.

رابعا : منهجية البحث:- يتناول هذا البحث وسيلة اجرائية للتقليل من البطلان الاجرائي تناولها الفقه الاجرائي في كتابته الاخيرة بشكل مميز، واخذت حيزاً مهما في بعض

التشريعات، ولذلك سنعرض موقف قانون المرافعات المدنية العراقي بالدراسة والتحليل مقارنة بالتشريعات الاخرى كالقانون المصري والفرنسي.

خامساً : خطة البحث :- ولأهمية فكرة الغاية من الشكل في الحد من البطلان الاجرائي، ارتئينا بحث كل ما يتصل بهذه الفكرة، وذلك بتقسيم هذا المبحث على ثلاثة مباحث ، في الاول، نتناول مفهوم فكرة الغاية من الشكل، اما الثاني، سنركز فيه عن نطاق فكرة الغاية، والاخير سيكون لدور فكرة الغاية في الحد من البطلان.

المبحث الاول

مفهوم الغاية من الشكل الاجرائي

لا احد ينكر اهمية الشكل في الاجراءات القضائية، فهو الطريق الذي يرسمه المشرع لتبسيط اجراءات التقاضي وتنظيمها وصولا لحماية الحقوق الموضوعية، واذا كان ضروري لتبسيط اجراءات التقاضي وتوفير الحماية القانونية، فهو بالمقابل قد يشكل عائقا يهدر الاجراءات القضائية والحقوق الموضوعية ايضا، من هنا اتجهت التشريعات للنظر الى الشكل نظرة مختلفة عما كان ينظر اليه، واصبحت الغاية منه هي محور نظر المشرع عند تصميم الاجراء القضائي .

وامام اهمية ذلك نجد من الضروري التعريف بالغاية من الشكل، من خلال بيان معناها في المطلب الاول، وتمييزها عن الغاية من الاجراء في المطلب الثاني.

المطلب الاول

معنى الغاية من الشكل

غاية الشي، نهايته، مداه، اخره [١]، وغاية النشاط او العمل هي نتيجته واثاره النهائية بالنظر للوضع الطبيعي للأمور واخذاً بالاعتبار طبيعة النشاط ومجاله [٢]، فلكل عمل او نشاط غاية يسعى للوصول اليها، ولا نتصور عمل من دون غاية اياً كانت هذه الغاية سواء كانت موضوعية ام شخصية مشروعة كانت ام غير مشروعة.

وفي مجال النظم القانونية، كل جزء منها له هدف، وهذا الهدف يعمل في اطار نطاق شامل بالتنسيق مع غيره من الجزئيات لتحقيق هدف الكل' فالمشرع حينما يصمم الاجراء القضائي فانه يواجه وظيفة معينة يتم استخدام الاجراء لإدائها، سواء تم ذلك بواسطة العمل الاجرائي نفسه او بالاشتراك مع اعمال اجرائية اخرى داخل المنظومة الاجرائية، سواء كانت هذه المنظومة هي الدعوى القضائية ام الحكم القضائي ام التبليغات القضائية او الطعن بالأحكام وغيرها، فعلى هذا الاساس تتم الاعمال الاجرائية لتؤدي وظائف مطلوبة داخل هذه المنظومات، وتعمل الاجراءات مع غيرها في اطار الخصومة لبلوغ الغاية التي تسعى الأخيرة للوصول اليه، وهي الفصل في النزاع وصدور حكم عادل بين الطرفين.

والشكل[٣]، كونه احد مقتضيات الاجراء القضائي له ايضا غاية تصب في اطار الهدف النهائي للأجراء القضائي برمته [٤]، فلا يكتفِ المشرع بالأخذ بالوظيفة التي تؤديها هذه الاعمال الاجرائية وانما يأخذ بنظر شديد الاعتبار للغاية من الشكل الذي يتشكل الاجراء القضائي منه، وفي اطار المقتضى الشكلي، فان المشرع حينما يصمم شكل الاجراء القضائي سواء تمثل هذا الشكل بالوسيلة التي يظهر فيها الاجراء القضائي ام في ظرف زمان ام مكان، فانه لا يصممه خاليا من الغاية، وانما يهدف من خلاله لتحقيق مصلحة قصد حمايتها وصيانتها.

فالمشرع حينما يصمم الحكم القضائي يفترض توفر مقتضيات شكلية معينة تهدف الى تحقيق غايات معينة في اطار الحكم القضائي، وما وجدت هذه الاشكال الا لتحقيق هذه الغايات، فربط شكل الاجراء بالغاية منه انما يستهدف جعل الشكل اداة نافعة في الخصومة، وليس مجرد قالب كالشكليات التي كانت تعرفها القوانين القديمة[٥]، وهذه الغايات لا شك توفر ضمانات للخصوم وللنظام القضائي بصورة عامة وعلى راسها الوصول الى حكم عادل فاصل في النزاع.

وعلى اساس ذلك فهو يشترط في الحكم القضائي توقيع القاضي وان يشتمل على الاسباب وان يتلى منطوق الحكم علناً، وكل هذه انما هي اشكال لم يضعها المشرع لتقييد المحكمة وعرقلة اجراءات التقاضي وانما يبغي من ورائها الوصول الى غايات معينة، فالحكم الذي يجب ان يوقع غايته إضفاء الصفة الرسمية عليه ولتأكيد ان القضاة اصروا على الحكم لأخر لحظة، وكذلك اشتراط تدوين اسباب الحكم هو للتأكد من ان المحكمة اطلعت على جميع وقائع الدعوى واخذتها في نظر الاعتبار عند تقرير الحكم القضائي وهكذا بالنسبة لبقية الاشكال.

واخذت بهذه الفكرة عدد من التشريعات، اذ ربطت الشكل بالغاية عند تصميم الاجراء القضائي، وهذا يبدو واضحا في الكثير من النصوص في القوانين التي تؤكد هذا الربط.

ولا يشذ القانون العراقي عن هذه القوانين، فالغاية لم تغيب عن فكر المشرع العراقي اذ نص عليها بشكل صريح في المادة (٢٧) من قانون المرافعات العراقي "يعتبر التبليغ باطلا اذا شابه عيب او نقص جوهري يخل بصحته او يفوت الغاية منه "، وكذلك في المادة (٥٠) اشار اليها ضمنا " اذا وجد خطا او نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى من شأنه ان يجهل المدعى به او المدعي او المدعى عليه او المحل المختار لغرض التبليغ، بحيث لا يمكن اجراء التبليغ يطلب من المدعي اصلاحه ..." فالنص الاخير ربط تصحيح البطلان بتخلف الغاية من بعض البيانات التي لا يمكن بتخلفها اجراء التبليغ او معرفة مضمون الدعوى وعد النقص في هذه البيانات التي لا يترتب عليها منع قيام التبليغ او معرفة المدعى به عيبا مؤثرا موجبا لإجراء التصحيح.

ولم يكتف بذلك، فهو اشار الى بعض تطبيقات فكرة الغاية [٦]، ومنها ما جاء في المادة (٢/١٣) من قانون المرافعات، اذ عّد توقيع الخصم على عريضة الدعوى يغني عن التبليغ لتحقق الغاية منه [٧]، وما جاء ايضا في المادة (٣/٧٣) معتبراً حضور الخصم يزيل بطلان

التبليغ القضائي [٨]. وبالإضافة الى ذلك، فقد اقر القضاء العراقي فكرة الغاية في كثير من احكامه وان لم يكن يصرح بذلك، وسنورد هذه القرارات في مضمون هذا البحث.

ويسّجل على المشرع العراقي حصر إعمال فكرة الغاية في بعض الاجراءات دون ان يمدها الى غيرها كونها نظرية عامة تنطبق على كل الاجراءات، ويرجع سبب ذلك لعدم تنظيمه للبطلان في اطار نظرية عامة، خلاف ذلك قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الذي اشار بشكل صريح الى فكرة الغاية، ووردت في المادة (٢٠) منه، في باب الاحكام العامة لقانون المرافعات، مما يجعلها قابلة للتطبيق على جميع الاجراءات القضائية، اذ جاء "يكون الاجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه او اذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الاجراء ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الاجراء"[٩]، اما القانون الفرنسي، فانه يعتمد فكرة الضرر كبديل عن فكرة الغاية [١٠].

وتستوعب فكرة الغاية تفسيرات متعددة وتثير تساؤلات منطقية [١١]، ونجد من مقتضيات بيان معناها اثارة هذه التساؤلات هل يقصد الغاية الشخصية التي يرمي اليها القائم بالعمل الاجرائي، ام الغاية الموضوعية التي يحددها القانون للعمل الاجرائي ؟، ويطرح سؤال اخير يتعلق بتقدير الغاية، فهل يجب على القاضي ان يقدر الغاية على ضوء كل حالة مطروحة عليه ام يقدرها وفق الوضع المعتاد ؟.

اما التساؤل الاول، فجوابه هو ان الغاية التي تؤخذ بنظر الاعتبار هي الغاية الموضوعية للعمل الاجرائي اي الوظيفة الاجرائية التي رسمها القانون للإجراء القضائي من بين مجموعة الاجراءات المكونة للخصومة، فلا ينظر الى الغاية الشخصية لمن يقوم بالإجراء [١٢]، اذ ان الإجراء الذي يقوم به موظف عام في اطار الدعوى القضائية كالمبلغ القضائي، فالمفروض الا يكون له غاية سوى القيام بوظيفته التي حددها القانون، ولا يمكن الاخذ بنظر الاعتبار غايته الخاصة، وكذلك بالنسبة للإجراء الذي يقوم به الخصم، فلا ينظر الى غايته الخاصة منه، فرافع الدعوى الذي يقوم بهذا الاجراء لا ينظر الى غايته الخاصة في رفع الدعوى لتقرير مدى تحقق الغاية من عدمها لان الغاية الخاصة له قد تكون مخالفة للغاية النهائية من الخصومة.

ومن جانب اخر، ان الاخذ بالغاية الخاصة للقائم بالإجراء والقول بصحته بمجرد تحقق الغاية الشخصية فسح المجال امام القائم بالإجراء بإبقاء الاجراء صحيحا رغم تعيب شكله اذا ادعى بان الاجراء يتناسب مع غايته الشخصية لأنه الوحيد الذي يستطيع تقدير ما يلزم لتحقيق غايته [١٣]، والمعنى هذا تؤكده المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بتقريرها "ان القاضي يجب ان ينظر الى الغاية الموضوعية من الاجراء ولذلك فبمجرد تخلف الغاية الموضوعية من الشكل يكون الاجراء باطلا بصرف النظر عن حسن نية القائم به او سوئها، فلا يجدي في دفع التمسك بالبطلان بحسن نيته" [١٤].

اما التساؤل الاخر : فنقول ان القاضي عليه ان يبحث عن الغاية في كل حاله على حدة عما اذا كانت الغاية من الشكل قد تحققت او لا، فلا ينظر الى اهمية الشكل في ذاته وبصورة مجردة بمعزل عن الواقعة المعروضة بظروفها الخاصة وملابساتها الذاتية، لان نفس الشكل قد يكون

جوهريا في حالة معينة وذلك اذا لم تتحقق الغاية منه، وغير جوهري في حالة اخرى اذا تحققت الغاية منه [١٥]، فغاية العلم باسم المحكمة وتاريخ الجلسة في التبليغ ينظر اليه من خلال ما معروض على القاضي من وقائع، دون النظر الى الوسيلة ذاتها، وفيما اذا كانت في الوضع المعتاد تؤدي الى ايصال العلم من عدمه، فيجب على القاضي ان يبحث في كل حالة على حدة عما اذا كانت الغاية من الشكل قد تحققت ام لم تتحقق حتى لو تعلق الشكل بالنظام العام [١٦].

وعلى ذلك، فان تحديد ماهية الغاية من الشكل مسالة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز[١٧]، فلا يجوز لقاضي الموضوع ان يقرر غاية لشكل معين ليست الغاية التي ارادها القانون[١٨]، فالبحث عن الغاية انما هو بحث عن المصلحة التي يقصد المشرع حمايتها من هذا الشكل، وعلى القاضي ان يسأل دائما عن فائدة الشكل في الاجراء، وماهي الضمانة التي ارادها المشرع تحقيقها، وما اثر خلوه على حقوق الخصم و إجراءات القضائي بصورة عامة، وعليه بذلك ان يستعين بالأسباب الموجبة للقانون، وشروحات الفقه والاحكام القضائية ليصل الى تلك المصلحة وليزن المصالح المتعددة والمتعارضة بالنسبة للقاعدة القانونية التي تفرض الشكل وغرض المشرع من فرضه، اما مدى تحقق الغاية الموضوعية في الواقعة المعروضة، فيرجع تقديرها لقاضي الموضوع ، ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز (النقض) متى ما بنى تقديره على اسباب معقولة، وكذلك لا يجوز اثارتها امام محكمة التمييز اول مرة لأنها ليست من مسائل القانون [١٩].

من خلال العرض السابق، يمكن القول بان الغاية من الشكل هو (وظيفته في الاجراء القضائي كي ينتج الاجراء اثاره القانونية والخاضعة لتقدير القاضي في ضوء كل واقعة تعرض عليه).

المطلب الثاني

تمييز الغاية من الشكل من الغاية من الاجراء

الاجراء القضائي يتكون من عنصر موضوعي واخر شكلي لازمين لصحته، وللإجراء القضائي، كشكل للخصومة، وللشكل كعنصر للإجراء ،غاية اقتضت وجوده، قدرها المشرع عند تصميم الاجراء القضائي وعند تصميمة للشكل ايضا، وافترض المشرع بمجرد تحقق الاجراء تتحقق الضمانة والغاية المرصودة له، كذلك الامر بالنسبة الى الشكل اذا اعتبر ان بمجرد استفاء الاجراء لشكله القانوني تحققت الغاية، ولكن ليس بالضرورة ان يحدث العكس فقد يتخلف الشكل دون ان يترتب عليه تخلف الغاية من الاجراء وذلك اذا ما تحققت الغاية بشكل اخر او بواقعة معينة .

الا ان السؤال الجوهري : أي غاية يأخذها القاضي بنظر الاعتبار عند الحكم بالبطلان، هل الغاية من الشكل ام الغاية من الاجراء، فهناك غايتان واحدة للإجراء بصورة عامة واخرى للشكل القانوني الذي يتشكل منه الاجراء ؟.

بالرجوع الى نصوص القوانين، فالمادة (٢٧) من قانون المرافعات العراقي تنص "يعتبر التبليغ باطلا اذا شابه عيب او نقص جوهري يخل بصحته او يفوت الغاية منه "، وكذلك

نص المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري " يكون الاجراء باطلا اذا نص القانون صراحة على بطلانه او اذا شابه عيب ولم تتحقق الغاية من الاجراء .... ". ويتضح من نصوص القوانين انها تربط بين البطلان والغاية من الاجراء وليس الغاية من الشكل، فقانون المرافعات العراقي ربط البطلان بتحقق الغاية من التبليغ، والنص المصري ربط بين البطلان والغاية من الاجراء بصورة عامة، والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل الغاية من الاجراء تحقق الضمانة التي قصدها المشرع ؟.

للإجابة على هذا التساؤل سنضرب امثلة تجيبنا على الاسئلة المتقدمة .

فالتبليغ الذي يخلو من توقيع المبلغ، يحقق الغرض منه كإجراء وهو تمكين المعلن اليه من العلم بأمر معين، ولكن الشكل الذي رسمه القانون بضرورة توقيع المبلغ على ورقة التبليغ لإضفاء الصفة الرسمية عليه لم تتحقق غايته رغم تحقق الغاية من الاجراء[٢٠]، وكذلك التبليغ الذي يجري في اوقات غير مقبول اجراء التبليغ فيها، كما في القانون المصري الذي يمنع التبليغ في مواعيد معينة [٢١]، فالغاية من الاجراء تتحقق رغم تخلف الغاية من الشكل [٢٢]، وكذلك الحكم القضائي الذي يخلو من التسبيب او الذي يصدر في عطلة رسمية، يحقق الاجراء الغاية منه وهو الفصل في النزاع ولكن الغاية من الشكل لم تتحقق رغم تحقق الغاية من الاجراء[٢٣].

في كل الامثلة السابقة يتضح ان هناك انفصال قد يحدث بين الغاية من الشكل والغاية من الاجراء، ويتبين ان الاخيرة قد تتحقق رغم عدم تحقق الغاية من الشكل، فالمغايرة جد واضحة بينهما، فالغاية من الشكل هي الضمان المقرر لمصلحة الموجه اليه الاجراء ، فكل بيان يفرضه القانون للإجراء يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة به، بينما الغاية من الاجراء هي ما يهدف مباشر الاجراء الى تحقيقها دون النظر بالضرورة الى مصلحة من وجه اليه [٢٤]، وعلى اثر ذلك يظهر عدم الترابط بين الشكل والاجراء .

واذا كان الخلاف بارز في الغاية بين الشكل والاجراء، يتضح ان بمجرد تحقق الغاية من الاخير لا يحقق ضمانة كافية للخصوم، ولا يحقق الغاية التي اقرها المشرع للشكل، ولذلك يجب الاخذ بنظر الاعتبار الغاية من الشكل عن تقدير البطلان، فلا يكفي تحقق الغاية من الاجراء، وانما لابد من النظر الى تحقق الغاية من الشكل من عدمها، فاذا تحقق هذه الاخيرة فيحكم بصحة الاجراء وان كانت الشكلية معيبة [٢٥].

فمناط الحكم بالبطلان انما يدور مع الغاية من الشكل وذلك في الحالات التي يحدث فيها الانفصال بين الغايتين، واما في الحلات التي لا يحدث فيها هذا الانفصال بحيث يعتبر تحقق الغاية من الاجراء في ذات الوقت تحقق للغاية من الشكل [٢٦]، فالنظر الى اي من الغايتين يحقق هدف المشرع، فالشكل الذي يلزم المبلغ بذكر تاريخ الحضور والساعة الواجب الحضور فيها، فالغاية من الشكل تتطابق مع الغاية من الاجراء لأنه لا يمكن التيقن بإيصال العلم بالتبليغ مالم تحدد الساعة والمحكمة والتاريخ الذي يجب حضور المراد تبليغه فيها .

وبعد ان توصلنا الى هذه النتيجة، نتساءل مرة اخرى، الا يعد هذا التفسير لفكرة الغاية يصطدم مع نصوص القانون التي تشير بشكل صريح الى فكرة الغاية من الاجراء ؟

في ظل القانون المصري، فالمشرع رغم انه نص على تحقق الغاية من الاجراء لكن الفقه[٢٧]، والقضاء [٢٨]، يُجمع بان الغاية من الاجراء المنصوص عليها ما هي الا الغاية من الشكل، وهي تمنع الحكم بالبطلان سواء كان البطلان منصوص عليه ام غير ذلك، ويبررون وجهة نظرهم، بان الاخذ بفكرة الغاية من الاجراء بصورة عامة لا تحقق الضمانة وهدف المشرع لإمكانية انفصال الغايتين عن بعضهما، وبالتالي تنعدم فائدة الشكل والغاية منه .كما ان ان مشروع قانون المرافعات المصري كان ينص على " لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من الشكل او البيان المطلوب)، وجاء في المذكرة الايضاحية تعليقا عليه " ان هناك اشكال للعمل الاجرائي او بيانات في الورقة الاجرائية قد ترمي الى تحقيق ضمانات معينة للخصوم لا تتصل اتصالا مباشرا بالغاية من الاجراء، واذا نص القانون على البطلان وتخلف الشكل او البيان ولم تتحقق الغاية من الشكل فيجب الحكم بالبطلان ولو تحققت الغاية من الاجراء". ولكن لجنة الشؤون التشريعية استبدلت عبارة الاجراء بعبارة الشكل او البيان الواردة في المشروع. وجاء في تقريرها ان الاستبدال " جرى توحيدا للاصطلاح باستعمال تعبيرا واحدا اكثر إحكاماً، على انه من المفهوم ان تحقق الغاية من الاجراء يقتضي تحقق الغاية من الشكل او البيان ".

ولكن الاستبدال لم يكن موفقاً لا في صياغته ولا في تبريره، فمصطلح الاجراء ليس مرادفا للشكل حتى يمكن القول بان جرى الاستبدال توحيدا للاصطلاح، وهذا ما يشكل مخالفة واضحة لواضعيه في التعويل على الغاية من الشكل وليس على الغاية من الاجراء، اما بشأن التبرير، فالتبرير خلط بين الغاية من الشكل والغاية من الاجراء واعتبرهما امرا واحدا بحيث تحقق احدهما يحقق الثاني تلقائيا، وهذا الاطلاق لا يستقيم في كل الحالات .

اما في اطار القانون العراقي، فالمشرع في المادة (٢٧) من قانون المرافعات النافذ نص على "يعتبر التبليغ باطلا اذا شابه عيب او نقص جوهري يخل بصحته او يفوت الغاية منه "، ويفسر بعض الكتّاب مستندا الى نص المادة بانها ربطت بين البطلان والغاية من الاجراء ككل[٢٩]، واستناد الى هذا الراي يعد التبليغ صحيحا لو خلى من توقيع المبلغ القضائي، باعتبار ان الغاية من التبليغ تحققت وهي تمكين المراد تبليغه من وصول العلم اليه بأمر معين، مع ان الغاية من هذا البيان (الشكل) لم تتحقق وهي نسبة البيان الى المبلغ ومنحه صفة الرسمية.

ومن ثم فان الاتجاه المتقدم لا يمكن تصور قبوله والا انتهت فائدة بعض البيانات في ورقة التبليغ وخاصة البيانات التي تحقق غاية لا تتفق مع غاية التبليغ القضائي .

وما يؤكد ذلك ما جاء في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات التي تشير الى ان الغاية ليست الغاية من الاجراء وانما الغاية من الشكل او البيان الذي شابة العيب فتنص "فلم يعد البطلان مترتبا بصورة مطلقة ولكنه منوطا بالخطأ الجوهري الذي ترى المحكمة انه يفوت تحقيق الغاية من الشكل او البيان الذي شابه العيب "، وهذا ما يقطع الشك باليقين بان المشرع لم يأخذ بفكرة الغاية من الاجراء وانما يأخذ بفكرة الغاية من الشكل او البيان وان كان النص يشير الى الغاية من الاجراء.

المبحث الثاني

نطاق فكرة الغاية من الشكل

ان الغاية التي ينظر اليها المشرع قد تختلف طبيعتها طبقا لطبيعة الهدف او المصلحة المراد حمايتها، وعلى اساس ذلك فقد تكون هناك غايات لا تتحقق الا بشكل واحد رسمه المشرع، وهناك من الغايات تهدف الى حماية مصلحة قد تتحقق بوسائل اخرى او بأشكال اخرى غير التي رسمها المشرع، وعلى اساس ذلك، سنتناول نطاق فكرة الغاية بتقسيم المبحث على مطلبين، في الاول، نتناول نطاق فكرة الغاية اذا كان الشكل لازما لتحقق الغاية، وفي المطلب الثاني، نتناول نطاق فكرة الغاية اذا كان الشكل غير لازم لتحققها .

المطلب الاول

الشكل لازما لتحقق الغاية

ويقصد به ان النموذج الشكلي المنصوص عليه في القانون يتمتع بصفة اللزوم الدائمة لتحقق الغاية من الشكل، فلا انفصال بين الشكل وغايته، اذ لا يتصور مطلقاً ان تتحقق الغاية من دون الشكل المرسوم لها .

ويتحقق هذا التلازم فيما اذا كانت الغاية تتمثل بضمانة قانونية يفترضها المشرع ويصوغ لتحقيقها شكلا معينا، فيفترض ان هذا الشكل بمجرد تخلفه، تتخلف الغاية بشكل تلقائي لان الضمانة من صنع المشرع وافتراضه، والشكل هنا يعتبر نفس الواقعة المادية التي تتوقف عليها مباشرة الحماية القانونية، وبتخلفها لا تتحقق الاخيرة بغير هذا الشكل، ومما يعني ان الغاية من الشكل متخلفة بمجرد تخلف الشكل [٣٠]، مثال ذلك توقيع القاضي على الحكم، فالشكل القانوني - توقيع المبلغ - والغاية منه - اضفاء الرسمية على الحكم -، لا نتصور تتحقق الغاية من الشكل (الرسمية) الا وفق الشكل المنصوص عليه في القانون، وكذلك الحال بالنسبة الى تسبيب الحكم القضائي، فالغاية منه لا تتحقق الا بطريق التسبب، وينطبق الحال بالنسبة لاشتراط نطق الحكم في جلسة علنية في يوم دوام رسمي او اشتراط تأدية اليمين من قبل الشاهد والخبير، فهذه الاشكال لازمة لا يمكن تتحقق الغاية منها الا بطريقها .

وبصورة عامة لو اردنا اجمال ابرز الحالات التي يكون فيها الشكل لازما لتحقق الغاية فانه يمكن اجمالها بالاتي :-

اولا : اذا كان الشكل لازما لإضفاء صفة الرسمية على الورقة الاجرائية، كتوقيع القاضي على الحكم او توقيع المبلغ على ورقة التبليغ او توقيع الخبير على تقريره [٣١]. اما ذكر اسم المبلغ او القاضي فهو ليس ضروريا لتحقق الغاية، لأنه ليس لازما لإضفاء صفة الرسمية على الاجراء القضائي ويمكن تحقق الغاية منه من خلال التوقيع.

ثانيا : اذا كانت الغاية توفير الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع طرفيه، فلا يعتد القانون في الحالة هذه الا بالطريق الذي رسمه لتحقيق الرقابة، كما في

الزام القاضي بذكر الاسباب الواقعية في الحكم القضائي [٣٢]، او بإصدار الحكم في الدعوى علناً او اجراء المداولة سراً.

ثالثا : اذا كان الشكل المطلوب هو ميعاد يتعين اتخاذ الاجراء قبله او خلاله او موعدا لا يتم فيه الاجراء او ترتيبا معينا للإجراء، كأن يتعين تمام التبليغ خلال ثلاثة ايام من الموعد المعين للمرافعة [٣٣]، او ان لا يتم التبليغ في ساعة او يوم معين[٣٤]، فلا يمكن نفي البطلان بتحقق الغاية من الشكل، بشكل اخر او بواقعة اخرى.

رابعا : اذا كان الشكل المطلوب يجب اجراءه في مكان معين، كأن يتم النطق في الحكم في الجلسة المحددة او ان تم الاقرار او اداء اليمين او امام القاضي.

ويترتب على اعتبار الشكل لازما لتحقق الغاية ما يلي :-

١. بمجرد تخلفه يرتب حتماً بطلان غير قابل لإثبات العكس، بمعنى ان تخلف الشكل القانوني يرتب البطلان بشكل تلقائي ولا يمكن معه نفي البطلان بتحقق الغاية من الشكل، طالما ان الشكل هو لازم لتحقق هذه الغاية [٣٥].
فالمتمسك بصحة الاجراء يستحيل عليه مطلقا اثبات تحقق الغاية من الشكل بغير الشكل المخالف لنموذجه القانوني، ولذلك بمجرد اثبات تخلف الشكل يثبت حق للخصم بالتمسك بالبطلان ويكفي للحكم به دون النظر الى غاية الشكل.
٢. في هذا النوع من الاشكال (الشكل اللازم لتحقق الغاية) لا يمكن لفكرة الغاية من الشكل ان تلعب دورها في الحد من البطلان الاجرائي، فهذه الفكرة تصطدم بطبيعة الشكل، فالعيب في الاجراء متى ما تحقق(تخلف الشكل في الاجراء عن نموذجه القانوني)، فالغاية منه تفوت ايضا ولا يتصور طريق اخر تتحقق الغاية منه، ومن ثم يقع البطلان حتما ولا يمكن لفكرة الغاية ان تحد منه.

المطلب الثاني

الشكل غير لازم لتحقق الغاية

في احيان كثيرة قد لا يكون النموذج الشكلي المنصوص عليه في القانون هو الاداة الفنية الوحيدة لتوليد غاية الشكل او اثاره، فغاية الشكل قد تتحقق بطريقة اخرى قد لا يتصوره المشرع وقت تصميم الشكل، ويكون ذلك بتحقق واقعة مادية تتوافر بتحققها حماية قانونية معينة لا ترتبط ارتباطا وثيقا ومباشرا بالشكل القانوني[٣٦]، بمعنى اخر ان الغاية من الشكل تهدف الى توفير حماية او ضمانة معينة، لا ترتبط بطبيعتها بواقعة افترضها المشرع وصاغ لها شكلا معيناً، بحيث لا يكون النموذج الشكلي الطريق الوحيد للوصول الى هذه الضمانة، فأي واقعة او شكل اخرى تصل بنا الى نفس الحماية، تكون مقبولة وتترتب عليها الاثار القانونية.

فمثلا، يهدف المشرع الى حماية حق الخصم بالدفاع عن حقوقه، وهذه الضمانة تفترض ايصال علم للخصم، للحضور امام المحكمة في ساعة معينة، لسماع دفوعه حول ادعاء خصمه،

ولضمان ذلك صاغ المشرع اجراء يتمثل في التبليغ القضائي، واشترط فيه اشكال معينة للوصول الى الغاية، ومن هذه الاشكال ببيان اسم المحكمة وساعة الحضور، ولان طبيعة الضمانة او الغاية في هذه الاشكال ترتبط بواقعة مادية وهي معرفة الخصم للمحكمة وللوقت اللازم الحضور فيه، فالغاية اذا ارتبطت بواقعة يمكن ان تتحقق بوسائل اخرى غير الشكل القانوني المعيب.

ويسوغ الفقه والقضاء عدة امثلة اخرى لعدم تلازم الشكل مع الغاية منها :

اذا اودع الخصم مذكرة دفاعه في الميعاد القانوني يسقط حقه بالتمسك ببطلان التبليغ [٣٧]، واغفال توقيع المطلوب تبليغه على النسخة الثانية من الورقة المراد التبليغ بها، فانه قصد من ذلك التحقق من علم الشخص المطلوب تبليغه بالواقعة المراد التبليغ بها، واطمئنان المحكمة من وصول العلم الى المخاطب ذاته، ويتحقق ذلك بحضور المطلوب تبليغه. واذا خلا الحكم من الاسباب القانونية، فلا يؤثر ذلك في صحته طالما النتيجة التي توصل اليها القاضي صحيحة[٣٨]، واذا لم يذكر اسم احد القضاة الذين اصدروا الحكم، فان الحكم يعد صحيحا اذا ثبت ان اسم القاضي ثابت في محاضر كل الجلسات وحضر بالفعل جلسة النطق بالحكم [٣٩]، ولا بطلان كذلك اذا لم يذكر في الحكم اسم المحكمة او تاريخ اصداره اذا يمكن معرفة ذلك من خلال محاضر الجلسة او محضر جلسة النطق بالحكم [٤٠] ، واغفال اسم المبلغ في ورقة التبليغ لا يترتب عليه البطلان اذا كان توقيع المبلغ واضحا بحيث يمكن من خلاله الوصول الى الاسم. واغفال البيان المتعلق باسم المراد تبليغه او الطاعن ولقبه ومهنته او وظيفته يعد الاجراء صحيحا مادام تحققت الغرض من البيان وهو تعيين شخصية المراد تبليغه او الطاعن[٤١]. وذكر موطن الطاعن عند الطعن بالحكم، تتحقق الغاية منه من إعلام ذوى الشأن به كي يمكنهم إبلاغ الطاعنين فيه بالأوراق اللازمة لسير الطعن، بذكر موطن المحامي الموكل بالدعوى [٤٢]. وقضت محكمة التمييز العراقية بان توقيع الخصم اسفل الحكم يغني عن التبليغ به لان الغاية من التبليغ تحققت بمجرد اجراء التوقيع [٤٣]. وقضت بان عدم ذكر ساعة تبليغ التبليغ لا يخل بصحة التبليغ اذا تمت مصادقته من قبل موظف لتحقق الغاية منه بالتأكد من إتمام التبليغ ضمن الميعاد القانوني[٤٤]. وقضت ايضا بان حضور المميز امام المنفذ العدل يعد كأنه مبلغاً في الحكم القضائي الغيابي [٤٥]. وعدم كتابة مسودة الحكم بخط اليد تتحقق الغاية منه بصدور الحكم مطبوعا تحت اشراف القاضي الذي اصدره [٤٦]. وعدم اطلاع الخصم على المعلومات التي ارسلها الطرف الاخر الى الخبير تشكل عيبا جوهريا (في القانون الفرنسي) يحكم به اذا لم تفوت الغاية (يلحق الخصم ضرر) جراء ذلك[٤٧]. واذا لم يوقع المدعي او وكيله على عريضة الدعوى، تحقق الغاية منه اذا ثبت انها كتبته بخط يده، وفي ضوء القانون المصري، اذا لم يوقع المحامي على صحيفة الطعن امام محكمة النقض المصرية ، لا يتحقق البطلان اذا ثبت انها بخط المحامي لتحقق الغاية من الشكل، وهي ضمان جدية الطعن الذي يقدم بواسطة احد المحامين المقبولين امام محكمة النقض [٤٨]، في حين لو كان التوقيع لإضفاء الرسمية، فلا يمكن تحقق الغاية بغير التوقيع.

ولان الغاية التي يتكفل الشكل حمايتها لا ترتبط ارتباطاً وثيقاً به، فيترتب على هذه النوع من الاشكال عكس النتائج التي تطرقنا لها في الفرع السابق وهي ما يلي :-

اولا : لا يكون الشكل جوهريا ومن ثم لا يرتب عيبا جوهريا، ولذلك يكون البطلان قابل للنفي ولإثبات العكس من قبل المتمسك به باي طريق من طرق الاثبات، طالما ان الغاية يمكن ان تتحقق بطريق اخر غير الشكل القانوني.

ثانياً : بمجرد وجود العيب في الشكل لا يترتب البطلان مباشرة، وانما ينظر الى الغاية، فيما اذا تحققت بطريق اخر، ومن هذا يتبين بان الغاية من الشكل تلعب دورا جوهريا في تقليل حالات البطلان، فالعيب بحد ذاته لا يعد كافيا لتقريره وتثبيت حق للخصم بالتمسك به سواء كان منصوصاً عليه او لم يكن كذلك، مما يؤكد ان فكرة الغاية في ضوء هذا النوع من الاشكال تعد من قبيل الوسائل التي تحد من البطلان الاجرائي.

المبحث الثالث

اثر الغاية من الشكل في البطلان الاجرائي

لا شك ان الغاية تؤدي دورا اساس في منع العيب الاجرائي من الوصول الى نتيجته النهائية في ابطال الاجراء المعيب، هذا الدور تلمسناه في المطالب السابقة، بقى اخيرا تلمس دور الغاية في اطار البطلان الاجرائي وما تؤديه باعتبارها وسيلة تحد من البطلان وهذا هو مدار بحثنا في المطلب الاول، اما المطلب الثاني، سنسلط فيه الضوء على ابرز الوسائل التي من شأنها زيادة فعالية الغاية كوسيلة تحد من البطلان الاجرائي، ويكون ذلك من خلال تفحص مواقف الفقه والقوانين التي اشارت اليها.

وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في الاول نتناول دور فكرة الغاية في الحد من البطلان الاجرائي، وفي الثاني نخصصه لبيان الوسائل التي تزيد من فاعلية فكرة الغاية.

المطلب الاول

دور الغاية من الشكل في الحد من البطلان الاجرائي

مارست هذه الفكرة دورا وظيفيا في الجزاء الاجرائي وتحديدا في جزاء البطلان سواء كان ذلك في اطار النظرية العامة للبطلان في القانون المصري او في نطاق اجراء من الاجراءات كما في القانون العراقي، وبالنظر الى وظيفة هذه الفكرة في جزاء البطلان، نجد انها تعد من الوسائل القانونية المهمة التي تحد من البطلان الاجرائي، وبفضلها اصبح بطلان الاجراء ليس نتيجة حتمية لتعيبه من حيث الشكل، فعندما تشير المادة (٢٠) من القانون المصري بان " ... ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه اذا ثبت تحقق الغاية من البطلان" وعندما يأتي النص العراقي في المادة (٢٧/مرافعات) " يعتبر التبليغ باطلا اذا شابه عيب او نقص جوهري يخل بصحته او يفوت الغاية منه " فهذا يدل بشكل لا يقبل الشك ان هذه الفكرة تعمل على تلافي جزاء البطلان الاجرائي والمحافظة على الاجراء القضائي المعيب، فبدلا من

تقرير البطلان نتيجة العيب الشكلي تقف فكرة الغاية داعمة لإجراء معيب كان من المفروض اعمال الجزاء المحدد له.

وتؤدي فكرة الغاية هذا الدور في اطار البطلان دون الامتداد لغيره من الجزاءات الاجرائية [٤٩]، كما انها تمارس هذا الدور الايجابي في نطاق جزاء البطلان الاجرائي ولا تمارسه في البطلان المنصوص عليه في القانون المدني، لان الاول يستند الى قواعد شكلية ليست مقصودة لذاتها، ولهذا فهو جزاء يرتبط بالوسيلة لا بجوهر الاجراء، لذلك يوصف بانه جزاء بغيض على نفس القاضي ولا يحكم به الا مضطرا[٥٠]، لما يؤديه في احيان كثيرة الى التضحية بالحق الموضوعي من اجل المحافظة على الشكل، ولان البطلان الاجرائي يستند في احيان كثيرة الى فكرة الشكل وهي التي يفرضها القانون على القائمين بالإجراء القضائي كمستلزم لصحته تنهض فكرة الغاية كوسيلة للتخفيف من حدة الجزاء الاجرائي ومحاولة اطفاء من حدته، وهذا مالا يؤسس عليه البطلان في القانون المدني.

ويمكن القول، بان دور فكرة الغاية في الحد من البطلان ينحصر في البطلان الاجرائي للمقتضيات الشكلية، وفي هذا النطاق فهي تمارس دورا ايجابيا في الاقتصاد من اعمال هذا الجزاء وعدم انزاله على اي عيب اجرائي يشوب الاعمال الاجرائية طالما ان الغاية المحددة لهذه الاعمال تم الوصول اليها رغم العيب الذي يشوب الاجراء القضائي، والقاضي يرتب الاثار المسندة الى العمل الاجرائي في حال صحته وسلامته ويتم تقريرها بالنسبة للعمل الاجرائي المعيب حال تحقق الغاية منه، فيعامله من حيث توليد الاثار معاملة الاجراء السليم[٥١]، وعلى ذلك فان القاضي يقوم بفحص الاجراء القضائي النموذجي في اطار المنظومة الاجرائية التي يتخذ العمل المعيب فيها ويرتب على الاجراء المعيب الذي يخالف النموذج القانوني ذات الاثار فيما لو كان الاجراء مطابقا لنموذجه في حال تحقق الغاية، ذلك لان العيب يحول دون توليد الاثار السلبية للإجراء بفعل فكرة الغاية التي تؤدي الى اعدام فعالية العيب الاجرائي وجعله عديم الاثر في الخصومة.

وفي هذا المسلك يضيق اعمال جزاء البطلان وتكثر فرص الاعفاء القانوني من تطبيق الجزاء الاجرائي، كل ذلك يؤدي الى الوقاية من الهدر الاجرائي، من خلال الاحتفاظ بالإجراء القضائي رغم بقاء العيب، ومن ثم يعامل الاجراء كانه صحيحا وتترتب عليه كل الاثار الموضوعية والاجرائية[٥٢].

تبعا لذلك يتبين ان دور فكرة الغاية في الحد والتقليل من البطلان انما يوثر بشكل تلقائي في الابقاء على الدعوى والمحافظة على الاجراء المعيب وغيره من الاجراءات التي يمكن ان تهدر نتيجة اعمال جزاء البطلان، وكذلك الحقوق الموضوعية التي يمكن ان يهدرها البطلان، وعلى اساس ذلك يمكن القول بان اثار فكرة الغاية لا يقتصر دورها على الاثار الاجرائية وانما لها اثار موضوعية ايضا [٥٣].

واذا كانت فكرة الغاية تلعب دوراً لا يمكن نكرانه في الحد من البطلان الاجرائي، نتساءل عن كيفية ممارسة هذا الدور ؟، وما اثرها على العيب اجرائي ؟، وفي هذا الصدد يتسأل

الفقه هل تعد الغاية من الشكل وسيلة لتصحيح الاجراء الباطل، ام مسقطة للحق للتمسك بالبطلان، ام يبقى الاجراء القضائي معيبا ولكن تعدم الغاية فعالية العيب ؟.

يمكن رد الآراء التي قيلت في هذا الموضوع الى اتجاهيين :-

الاتجاه الاول : يرى ان فكرة الغاية من الاجراء مصححه للبطلان [٥٤]، فيتناولها تحت عنوان (تصحيح البطلان بإزالة العيب)، فاذا كان العيب في الاجراء يؤدي الى البطلان، فالأخير لا يقع اذا ثبت تحقق الغاية من الشكل المعيب، ويتم ذلك بتصحيحه بشكل اخر او بواقعة اخرى، ، ويعد العيب في كل الاحوال كانه لم يوجد من الاصل بالرغم من بقاؤه باثر رجعي الى تاريخ القيام بالإجراء، وقد استقرت بعض احكام المحاكم على ذلك [٥٥].

ويترتب على الاخذ بهذا الراي عدة نتائج :-

١. ان الشكل و الاجراء القضائي، بعد تحقق الغاية من الشكل يصحّح، بحيث يتحول من اجراء باطل الى اجراء صحيح، ويكون الشكل صحيحا من وقت القيام به .
٢. لا يستقيم هذا الراي الا بالأخذ بفكرة الاثر الرجعي كوسيلة لاعتبار الشكل صحيحا من لحظة اتخاذه، كي يبقى الاجراء فعالا ولا يؤثر سلبا على الاجراءات الاخرى .
٣. وفق هذا الراي، فان الغاية لا تثبت حقا للخصم في التمسك بالبطلان، فمن تقرر الاجراء لمصلحته لا يمكنه التمسك ببطلان الاجراء لعدم وجود عيب في الاجراء اساساً، واذا انتفى العيب، انتفى حق الخصم في التمسك بالبطلان، فكيف يتمسك به والعيب زال بتحقق الغاية منه !.

الاتجاه الثاني : يرى ان فكرة الغاية من الشكل ليست مصححة للبطلان [٥٦]، وانما مسقطه للحق بالتمسك به، فالأمر لا يتعلق بتصحيح الاجراء وذلك بإضافة مقتضى ناقص له او ازالة العيب، فيظل الاجراء معيباً ولكن يعامل معاملة الاجراء الصحيح ولا يفترق عنه من ناحية الاثار القانونية، فالجميع يعملون بالعيب والجميع لا يستطيعون شيئا ازائه، لان هناك افتراض يحيط به اقامه المشرع، اسقط بمقتضاه حق الخصم بالتمسك بالبطلان.

ويستند هذا الراي الى فكرة مفادها ان تصحيح البطلان يقصد به ازالة العيب الذي يشوب الاجراء سواء بتجديد الاجراء بحيث يحل محل الاجراء الباطل اخر صحيح او بتصحيح شق منه بتغير العنصر المعيب او بالإضافة له [٥٧]، ولذلك لا ينطبق على دور الغاية المفهوم المتقدم للتصحيح، اذ لا يعد تحقق الغاية من الشكل وسيلة من وسائله، فهي وان منعت ترتب اثر البطلان ولكن لا تزيله، فتقرير القاضي بتحقق الغاية من الشكل لا يضيف اي بيان للإجراء المعيب.

وينتهي هذا الراي الى ان الشكل يبقى معيبا، ولكن تنعدم فعاليته في ترتيب الاثر على الاجراء نفسه او غيره من الاجراءات، لسقوط الحق بالتمسك به بقوة القانون، اذ ان القانون هو من يقرر هذه الفعالية مباشرة بمجرد تحقق الغاية حتى ولو لم يكن الخصم على علم به او بحقه في التمسك بالجزاء، ودون اشتراط قيام نية صريحة او ضمنية لسقوط هذا الحق [٥٨].

ويترتب على الاخذ بهذا الراي عدة نتائج :-

١. ان الشكل المعيب يظل معيبا من لحظة اتخاذه، ولكن فكرة الغاية تعدم فعاليته في ترتيب اثره، فيظل بدون اي تصحيح فعلي بشكل او بواقعة اخرى.
٢. الأخذ بفكرة الافتراض القانوني، فهو يقيم افتراض قانوني يسقط الحق بالتمسك به نتيجة تحقق الغاية منه.
٣. يعتد هذا الراي بالإجراء من لحظة القيام به، على اساس ان الاجراء من حيث الاصل صحيحا روعيت فيه مقتضيات صحته ومرتبا لأثاره من لحظة اتخاذه مالم يحكم بإبطاله، وطالما انه لم يبطل فانه اثاره الصحيحة تترتب وان كان معيبا.
٤. وفق تصور هذا الراي، فان حق الخصم في التمسك بالبطلان يسقط بتحقق الغاية من الشكل المعيب[٥٩]، اي ثبت له حق بالتمسك بالبطلان بثبوت العيب، واستتبعه سقوط للحق بتحقق الغاية.

وبعد استعراض الرائيين، نجد ان الخلاف بينهما ليس خلافاً جوهرياً اساسياً، اذ لا فائدة عملية بين القول بان الغاية مصححة للبطلان او ان العيب يبقى غير فعال وذلك لعدة اسباب:-

١. الاثار التي يرتبها الرائيين واحدة، فالأثار الصحيحة هي التي تترتب على الشكل المعيب، فلا بطلان في الحالتين بتحقق الغاية من الشكل، فسواء صحح العيب الشكلي بالغاية منه ام بقى العيب، فالنتيجة واحدة هي عدم استجابة المحكمة لطلب المتمسك بالبطلان لأنه وفق الرائيين انتفى سبب التمسك بالبطلان بتصحيحه او بسقوط الحق بالتمسك به، ويصبح المتمسك غير ذي مصلحة لأنه لم يقع عيب مؤثر يتقرر لمصلحته او يفترض تضرره منه.
٢. لا تلعب الارادة اي دور في الحالتين فأثار الاجراء الصحيح تترتب بقوة القانون دون تدخل ارادة اي طرف من الاطراف.
٣. كلا الرائيين يستند الى فكرة الافتراض القانوني، والافتراض في الجزاء الاجرائي هي فكرة يصنعها المشرع ليخالف بها المنطق القانوني ، فهي تقلب الامور راسا على عقب [٦٠]، فالراي الاول يستند الى فكرة الافتراض في ترتيب الاثر الرجعي المترتب على العيب، بحيث يفترض ان الاجراء صحيحا من وقت اتخاذه وليس من وقت اجراء التصحيح، كما ان الراي الثاني، يأخذ بفكرة الافتراض على اساس ان سقوط الحق بالتمسك بالبطلان تم بقوة القانون.
٤. ان البطلان الاجرائي في كل الاحوال يحتاج الى تقرير من القاضي لترتب اثره، فهو لا يقع بحكم القانون، واذا تحققت الغاية فان الاجراء يضل صحيحا ولا يهم بعد ذلك اذا كانت الغاية من الشكل صححت الاجراء ام سقط الحق بالتمسك به.

من كل ما تقدم نرى ان الخلاف ليس في حقيقته الا خلافاً نظريا يكمن في الوسيلة التي تمنع من ترتب اثر الاجراء المعيب، ولكن مع ذلك، وللمقتضيات النظرية، نقول، ان الرأي الاول لا يمكن قبوله باي شكل من الاشكال لعدة اسباب منها :-

١. يصّور فكرة الغاية كونها مصححة للبطلان ومؤديه الى زوال العيب فيه، ولكن بالنظر الى مفهوم فكرة تصحيح البطلان، نجده بانه اضافة مقتضى معيب او تكملة اجراء ناقص،

ولابد من وجود ارادة لدى من تقرر الاجراء لمصلحته، تتجه الى تكملة الاجراء او ازالة العيب فيه ، خلاف ذلك بالنسبة لفكرة الغاية التي هي من افتراض المشرع وخلقه وليس لإرادة من قام بالإجراء اي دور فيه، فهي قد تتحقق بمعزل عن ارادة وتصور من قام بالإجراء.

٢. يتعارض هذا الراي مع القواعد العامة في تصحيح البطلان التي لا تأخذ بفكرة الاثر الرجعي، اذ لا يعتد بالإجراء وفقا لقواعد تصحيح البطلان الا من تاريخ تصحيحه وليس من تاريخ قيام الاجراء القضائي كما يفترض هذا الراي.

٣. ان المتبني لهذا الراي، يذهب بان الشكل الذي تتحقق الغاية منه بشكل او بواقعة اخرى هو شكل غير جوهري بنظر القانون [٦١]، بمعنى ان العيب موجود ولكنه غير جوهري لتحقق الغاية، وهذا ما يتناقض مع مفهوم فكرة التصحيح التي تزيل العيب من الاجراء.

ومن جانب اخر، وعند النظر الى الرأي الثاني، فلا يمكن تأييده بالمطلق، اذ نتفق معه في فكرة بقاء العيب في الاجراء بتحقق الغاية منه، وترتيب الاثر السليم على الاجراء من لحظة اتخاذ الاجراء لأنه في الاصل صحيحا ومالم تبطله المحكمة بقرارها.

الا اننا لا نتفق معه من جانب افتراض اسقاط حق الخصم في التمسك بالبطلان بقوة القانون نتيجة تحقق الغاية من الشكل المعيب، ونرى ان سقوط الحق بالتمسك بالبطلان ليس افتراض اقامة المشرع اسقط به حق الخصم مع وجود عيب موثر قادر على ابقاء حقه، بل لان العيب اصبح غير فعال نتيجة تحقق الغاية من الشكل، وانتفاء حق الخصم بالتمسك به، فالسقوط هو اثر نتيجة الشكل المعيب الذي تحققت غايته وليس نتيجة افتراض المشرع كما يتصوره الرأي الثاني، ولذلك فإننا لم ندرس الغاية ضمن الوسائل المسقطة للحق بالتمسك بالبطلان، لان المشرع لم يفترضها مع وجود عيب مؤثر قادر على ترتيب اثر البطلان، وانما سقط الحق لان الشكل اصبح غير مؤثر في تقرير ثبوت حق لصاحب المصلحة، فاصبح عند تحقق الغاية غير ذي مصلحة بالتمسك به.

ونرى ان تحقق الغاية من الشكل ليست مصححه وليست مسقطة للحق بالتمسك بالبطلان بقوة القانون، وانما انتفى حق الخصم لعدم وجود عيب جوهري في الاجراء يتقرر على اساسه للخصم، حق للتمسك ببطلان الاجراء [٦٢].

ويترتب على الاخذ بهذا التصور نتائج منها :-

١. ان العيب الاجرائي ثابت في الاجراء القضائي، فهناك مخالفة في الشكل لنموذجه القانوني لم تُصحح، انما يبقى العيب على حالة، ولكن لا يمنح الخصم حقا للتمسك ببطلان الاجراء، لان العيب غير جوهري لتحقق الغاية منه، ولا يعد العيب مؤثرا بنظر القانون ليمنح الخصم حقا اجرائيا للتمسك بالبطلان.

٢. لا داعي لإقامة افتراض قانوني يسقط حق الخصم بالتمسك بالبطلان، فالأخذ بهذا التصور ينفي الحاجة للافتراض من قبل المشرع، لأنه يقوم اذا خالف به المشرع المنطق القانوني، ذلك في حال اسقاط حق الخصم مع وجود عيب مؤثر، الا انه في حال انقضاء حق الخصم

بالتمسك بالبطلان لعدم فعالية العيب بتحقق الغاية منه، لا تقوم الحاجة الى الافتراض ومخالفة المنطق القانوني.

مما سبق، يتضح ان فكرة الغاية تلعب دورا مهما في الحد من البطلان الاجرائي نتيجة عدم الاعتداد بإثار العيب لأنه عيب غير جوهري بنظر القانون، ولذلك فهي من الوسائل التي تحد من البطلان في اطار العيب الاجرائي وليس في اطار الجزاء كما يرى انصار الاتجاه الذي يسقط التمسك بالبطلان لتحقق الغاية منه.

المطلب الثاني

زيادة فعالية الغاية في الحد من البطلان

في اطار الحد من البطلان، ومن خلال دراسة مواقف التشريعات من فكرة الغاية (الضرر)، نلاحظ وجود وسائل من شأنها زيادة اثر الفكرة كوسيلة تحد من البطلان الاجرائي، بحيث تزيد من معدلات صحة الاجراء بالرغم من مخالفته لنموذجه القانوني.

ولدراسة هذه الوسائل، نقسم الفرع الى فقرتين، الاولى تتعلق بأثبات فكرة الغاية، فطالما ان الغاية من الشكل الاجرائي وسيلة فعالة للحد من البطلان، فالمتوقع من المشرع اكمال دورها الايجابي بكل ما يتصل بها للوصول الى الغاية المنشود لها، وذلك باتخاذ وسائل معينة يجعل من اثبات الغاية وسيلة سهلة لبلوغها الغاية النهاية لهذه الفكرة وليس العكس، ويتحقق ذلك اذا وفر المشرع ادوات لتبسيط اثبات الغاية لمن يقع عليه عبء اثباتها، او على الاقل ان لا يجعل من اثباتها وسيلة تعيقها من لعب دورها الايجابي في البطلان.

اما الفقرة الثانية، فستكرس لدراسة شمولية هذه القاعدة واتساع نطاق تطبيقها بالنسبة لصور البطلان الاجرائي، ويكون من شأن هذه الشمولية توسيع دور فكرة الغاية من الحد من البطلان. وذلك على التفصيل الاتي :

اولا : اثبات الغاية

تتجه التشريعات نحو فكرة النص على البطلان، اي النص ان جزاء مخالفة البيانات الشكلية هو البطلان [٦٣]، وربطت التشريعات ذلك بمعيار الغاية كما يبرز ذلك بوضوح من نص المادة (٢٠) من قانون المرافعات المدنية التجارية المصري، ويتفق الفقه لتفسير هذا الربط[٦٤]، بان الفائدة من النص على البطلان، تنحصر في اثبات الغاية، فالنص على ترتيب البطلان لمخالفة الاجراء الشكل المنصوص عليه، يعني ان المشرع قدر اهمية الاجراء وافترض تخلف الغاية او وقوع الضرر نتيجة المخالفة بشكل مباشر، ويقع على القاضي واجب الحكم بالبطلان بمجرد تخلف ثبوت المخالفة، وعلى من يدعي خلاف ذلك، اثبات تحقق الغاية للمحافظة على الاجراء رغم النص على البطلان، فتخلف الغاية من الشكل مفترض بمجرد النص على البطلان .

واذا كان العيب منصوصا عليه، ومقرر لمصحة احد الخصوم، وتمسك به الخصم ببطلانه، فلا يقع عليه الا اثبات المخالفة، اي اثبات ان الاجراء القضائي كان مخالفا لنموذجه القانوني، وبالمفهوم المخالف فانه لا يحكم بالبطلان اذا استطاع من يدعي صحة الاجراء اثبات ان الاجراء بالرغم من مخالفته لنموذجه الشكلي (تعيبه) حقق الغاية من الشكل [٦٥] .

وفي هذا الصدد، من المهم جدا التساؤل عن وظيفة فكرة النص على البطلان في تحقيق ما تصبو اليه فكرة الغاية، فهل تعد هذه الفكرة وسيلة داعمة لفكرة الغاية بحيث تستطيع الاخيرة تحقيق كامل دورها الايجابي وتزيد من فعاليتها في التقليل من البطلان ؟. وبصورة اخرى هل يعد دور فكرة النص على البطلان وسيلة تقف في جانب من يتمسك به ام من يتمسك بصحة الاجراء القضائي ؟.

قبل الخوض في مناقشة هذه الفكرة، لابد من التوضيح مقدما، بان فكرة النص على البطلان كي تؤدي دورا تكامليا ايجابيا مع فكرة الغاية للحد من البطلان الاجرائي، لابد ان تكون هذه الفكرة بكل ما تحمله من معاني داعمة للحد من البطلان وتزيد من فعاليتها، اي ان تؤدي دورا بجانب من يتمسك بصحة الاجراء لا بجانب من يتمسك ببطلانه، اما اذا لعبت دورا معاكسا، فتعد وسيلة تقلل من فعالية فكرة الغاية وتؤدي نتائج عكسية تزيد من حالات بطلان الاجراءات القضائية .

ومعلوم ان القاعدة العامة في الاثبات هي ان المدعي هو من يتمسك بخلاف الاصل، والمنكر هو من يتمسك لإبقاء الاصل [٦٦]، ومن يدعي خلاف الاصل وهو (الوضع الطبيعي والمعتاد للأمور) عليه تقديم دليل على ما يدعيه، وفي نطاق الاجراء القضائي، فالأصل ان الاجراء قد تم وفق الشكل القانوني المنصوص عليه الى ان يحكم ببطلانه[٦٧]، فمن يدعي خلاف الاصل عليه اثبات ذلك.

بصورة اوضح من يدعي ان الاجراء القضائي - ايا كان هذا الاجراء - تم خلاف الشكل القانوني المرسوم، يقع عليه اثبات المخالفة، واثبات ان الغاية من الشكل لم تتحقق او ان ضررا قد اصابه جراء المخالفة لان الاصل تم سليما وتحققت الغاية منه.

ولكن مع النص على البطلان، يقيم المشرع في اطار البطلان المقرر لمصلحة احد الخصوم قرينة بسيطة مفادها ان تخلف الشكل يؤدي الى تخلف الغاية منه، ولذلك فان من يتمسك بالبطلان بدل ان يكلف بإثبات تخلف الغاية من الشكل في الاجراء [٦٨]، تقيم بعض النصوص قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس تسهل عليه مهمته [٦٩]، وعلى اثر ذلك فان وجود القرينة لا يقف بجانب من يتمسك بصحة الاجراء لان هذا الطرف يقف الاصل بجانبه وهو مطابقة الشكل لنموذجه ومن ثم لا يحتاج الى القرينة التي يقيمها النص لتقرير ذلك .

فالخصم المتمسك بالبطلان - في حال النص عليه - لا يكلف الا بإثبات ان الشكل قد خالف نموذجه القانوني وهو امر يسير في الغالب، اما تخلف الغاية من الشكل او تحقق الضرر، فهو مفترض نتيجة النص على البطلان، اذ ينساب الاخير من ذات القاعدة القانونية التي تحدد الشكل واثاره[٧٠] .

ولذلك ووفقا للتفسير المتقدم، فان النص على البطلان اصبح وسيلة لزيادة حالات البطلان، لأنه مقرر لمصلحة من يدعي عدم تحقق الغاية من الشكل او عدم وقوع الضرر نتيجة مخالفة الشكل، اذ يقيم النص القانوني قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس مفادها تخلف الغاية بمجرد تخلف الشكل المنصوص علية، ولذلك فان افتراض تحقق الغاية لمجرد النص على البطلان اجراء يقلل من فعالية فكرة الغاية كوسيلة للحد من البطلان الاجرائي، اذ يلعب دورا معاكسا بالضد من الدور الايجابي الذي تلعبه فكرة الغاية في المحافظة على الاجراء.

وعلى اساس ذلك، فان العلاقة بين فكرة افتراض البطلان بمجرد النص عليه وفكرة الغاية او الضرر، ليست تكاملية، اذ لا تكمل فكرة النص ما تتجه اليه فكرة الغاية من الابقاء على الاجراء القضائي صحيحا قدر الامكان، بل هي على العكس تلعب دورا سلبيا في تقليل فعاليتها من خلال تقديم قرينة قانونية للمتمسك بالبطلان تسهل له مسعاه في هدم الاجراء القضائي نتيجة مخالفة نموذجه الشكلي.

واذا كان الوضع كذلك، فالسؤال الجوهري هنا، كيف يمكن معالجة هذا الدور السلبي الذي تلعبه فكرة الافتراض ؟، او بعبارة اخرى ماهي الوسيلة لجعل فكرة النص على البطلان تؤدي دورا يصب في مصلحة هدف فكرة الغاية في الحد من البطلان الاجرائي او على الاقل لا تمنعها من ممارسة دورها الايجابي المنشود ؟.

قبل الحديث عن المعالجة القانونية لابد من الاشارة، الى ان فحوى اعتراضنا لا ينصب على فكرة النص على البطلان جراء مخالفة الاجراء لنموذجه القانوني، انما ينصب على ما تقيمه هذه الفكرة من قرينة تمنحها للمتمسك بالبطلان تعفيه من اثبات تخلف الغاية من الشكل او وقوع الضرر، فالمعالجة اذاً تنحصر في هذه الجزئية فقط، فالافتراض الذي يقيمه النص يعد السبب الرئيس في جعل فكرة النص على البطلان تمارس دورا سلبيا في الحد من البطلان، ولذلك من البديهي ان يطرح التساؤل عن كيفية هذه المعالجة ؟.

برأينا تتم المعالجة من خلال نفي الافتراض الذي تقيمه فكرة النص على البطلان، اي نفي ان يترتب على النص على البطلان، قرينة قانونية مقرره لمصلحة الخصم المتمسك به، تعفيه من اثبات عدم تحقق الغاية او الضرر نتيجة المخالفة الشكلية، من خلال نص قانوني صريح يلزم المتمسك بالبطلان اثبات عدم تحقق الغاية من الشكل او وقوع الضرر بشكل مطلق سواء مع النص على البطلان او عدم النص عليه.

فاذا استجوبت المحكمة احد الخصوم بناء على رغبة الخصم الاخر، دون قرار استجواب مسبق من المحكمة مبني على طلب اصولي منه [٧١]، فله التمسك ببطلان الاجراء، ويقع عليه لكي يصل الى مراده، اثبات وقوع العيب وهو عدم وجود قرار سابق من المحكمة بالاستجواب، وهذا الامر يسير وغير معقد، وبالإضافة الى ذلك، يفترض عليه اثبات ان العيب في الاستجواب قد فوت عليه الغاية من الاجراء وهي فرصة اعداد دفاعه والتهيا له لان الاصل صحة الاجراء وتحقق الغاية، ولكن مع قيام الافتراض بمجرد النص على البطلان - كما يتصور القانون المصري ذلك - فان الخصم يلزم بإثبات وجود العيب فقط، مما يسهل عليه مهمته في

هدم الاجراء بالكامل، ويقع على من يتمسك بصحة الاجراء إثبات تحقق الغاية- اي عدم وقوع ضرر جراء عدم صدور قرار سابق بالاستجواب، وهو امر عسير نسبيا عليه. وكذلك لو وجد عيب في تاريخ الحضور ووقته في التبليغ القضائي، فالعيب بمجرد اثباته من قبل الخصم يكفي لهدم الاجراء، بينما يقع على الخصم الاخر اثبات تحقق الغاية منه بالرغم من العيب، في حين يفترض كي يكون اثبات الغاية داعم لدورها في الحد من البطلان، ان يقع على المتمسك بالبطلان عليه بالإضافة الى اثبات العيب، اثبات انتفاء الغاية والمساس بحقه في العلم بوقت وتاريخ الحضور، وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي.

وما ندعو اليه ليس غريبا على الفكر القانوني، فهذه المعالجة لم تغيب عن نظر المشرع الفرنسي، اذ نصت المادة (١١٤) من قانون اصول المرافعات المدنية على " ... واي بطلان لا يمكن الحكم به الا اذا اثبت الخصم الذي تمسك بالبطلان ان العيب قد سبب له ضرراً، ولو تعلق العيب بشكل جوهري او بشكل من النظام العام".

فهو بذلك يشير ان اي بطلان دون تخصيص سواء كان منصوص عليه ام غير منصوص، يترتب على المتمسك به اثبات وقوع الضرر – عدم تحقق الغاية - ولو كان متعلق بالنظام العام او ناشئ عن شكل جوهري [٧٢]، بذلك نفى قيام القرينة التي يقيمها النص على البطلان.

ونعتقد ان السبب الرئيس وراء موقف المشرع الفرنسي من فكرة نفي افتراض القرينة حين النص على البطلان، يكمن في رغبة المشرع في جعل فكرة الضرر تؤدي دورها الايجابي بشكل كامل في التقليل منه دون ان تشكل عائقا في الوصول لذلك، وبهذا يتجسد دور القانون الفرنسي في زيادة فعالية فكرة الضرر في الحد من البطلان الاجرائي .

بخلاف القانون المصري والقوانين الاخرى التي اخذت بفكرة الضرر او الغاية، التي اقامت هذه الحكم دون الالتفات بان هذه القرينة لا تتناسب مع دور الغاية الايجابي، فهي من باب تسمح بالرغم من وجود النص على البطلان اثبات تحقق الغاية للحد من البطلان، ومن باب اخر تعفي المتمسك بالبطلان في حالة النص على البطلان من اثبات انتفاء الغاية جراء تخلف الشكل القانوني.

اما في ظل القانون العراقي، فالمشرع لم يرسم سياسة واضحة المعالم حيال البطلان ولم يتضمن نصوص تشير بان البطلان لا يقع الا اذا نص القانون عليه، وعلى اساس ذلك، فالقواعد العامة تطبق في هذا الفرض ومن ثم من يدعي خلاف الاصل وهو المتمسك بالبطلان عليه ان يثبت تخلف الغاية من التبليغ بالإضافة الى اثباته وجود العيب الشكلي.

اما في حالة عدم النص على البطلان كجزاء لتخلف الشكلية القانونية، اي ان المشرع ينص على شكل معين دون الاشارة الى جزاء البطلان جراء تخلفه، فيوثر عدم النص في اثبات البطلان، فاذا اشترط المشرع شكل معين في الاجراء القضائي ولم يشير الى الجزاء المترتب على تخلف هذا الشكل بنص صريح او ضمني –على اختلاف توجه التشريعات-، فالمشرع في هذه الحالة لا يقيم قرينة قانونية بان الشكل لازم لتحقق الغاية منه، ومن ثم، لا تقوم بجانب من يتمسك

بالبطلان قرينة تعفية من الاثبات، اما من يتمسك بصحة الاجراء القضائي فيقوم بجانبه الاصل بان الاجراء القضائي تم وفق الشكل القانوني المرسوم له.

ولذلك في الاحوال التي لا ينص القانون على البطلان، فالمتمسك بالبطلان يقع عليه اثبات امرين [٧٣]، الاول : اثبات العيب الذي شاب شكل الاجراء، اي يثبت ان هناك مخالفة في الاجراء للنموذج القانوني المرسوم له وثانيا : اثبات ان هذا العيب ادى الى عدم تحقق الغاية من الشكل، فلا يكفى إثبات العيب لأنه بحد ذاته - وفق توجه القوانين الحديثة – لا يعد سببا كافيا للبطلان، مالم يثبت ان العيب ادى الى فوات الغاية من الشكل كونها الاساس الذي يقوم عليه البطلان.

واذا كانت القوانين تقيم قرينة قانونية لمن يتمسك بالبطلان حينما ينص القانون عليه، فانه في حالة عدم النص تكون المهمة اشق على عاتقه، وهذا ما يصب في مصلحة من يتمسك بصحة الاجراء القضائي، ويتناسب تماما مع سياسة التشريعات في الحد من البطلان الاجرائي لأنها تصعب المهمة على من يتمسك به، ولذلك لا تواجه فكرة الغاية من الاجراء اي معوقات في ممارسة دورها الايجابي في البطلان.

فاذا لم تتضمن عريضة الدعوى في ظل القانون المصري، احد البيانات الواردة في المادة (٦٣) من قانون المرافعات المدنية والتجاري النافذ، فانه ينبغي للمتمسك ببطلان عريضة الدعوى اثبات، اولا العيب فيها، واثبات ان العيب قد فوت الغاية من البيان، على سبيل المثل تجهيل تاريخ رفع الدعوى في الوقت الذي يلزم فيه الخصم معرفته للتمسك بالتقادم لمصلحته، وبخلاف ذلك يترتب اثر الاجراء الصحيح بالرغم من وجود العيب الاجرائي.

ثانيا : اتساع تطبيق فكرة الغاية لكلا صورتي البطلان

ان اتساع دور فكرة الغاية ليشمل كلا صورتي البطلان - البطلان متعلق بالمصلحة الخاصة او بالنظام العام -، عامل يزيد من دور فكرة الغاية كوسيلة للحد من البطلان الاجرائي، اذ تشمل وظيفتها البطلان دون النظر الى طبيعته [٧٤]، وهذا التوجه يتناسب مع التشريعات التي عالجت فكرة البطلان، لان النص الخاص بربط الاخير بفكرة الغاية يعّد من النصوص المطلقة التي لا تقصره على نوع دون اخر، فطالما لا يعد النص مقيد بشرط فلا يمكن تخصيصه وحصره في نوع دون اخر، فالمطلق يجري على اطلاقه كما هو معروف .

وعلى اساس ذلك، لا مسوغ لإعمال قواعد البطلان اذا تحققت الغاية من الشكل الاجرائي المرتبط بالنظام العام بشكل او باي واقعة اخرى، لان قواعد النظام العام لا تتعارض مع هذه الفكرة، بل على العكس ينسجم ذلك معها، باعتبار ان الغاية في ظل الفكر الاجرائي الحديث هي ما يصبو اليها المشرع الحديث دون التزمت بالقوالب الشكلية الجامدة.

وبالرغم من وجاهة ما سبق، الا ان هناك من يرى[٧٥]، ان عمومية معيار الغاية يثير صعوبة خاصة في الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، الذي يجب على القاضي اثارته من تلقاء نفسه، وذهب هذا الراي الى القول بانه يتعين على المشرع ان يواجه هذه

المشكلة وان يعفي البطلان المتعلق بالنظام العام من نطاق تطبيق فكرة الغاية كوسيلة للحد من البطلان، بحيث تتعطل فكرة الغاية من تأدية دورها الايجابي في البطلان على اساس ان المحافظة على النظام العام الذي يتمثل بالشكل القانوني اولى بالاهتمام من فكرة الغاية، فبطلان عريضة الدعوى لعدم توقيعها من محامي كما يفرض القانون المصري ذلك، مقرر لمصلحة عامة [٧٦]، ولكن لا يبطل الاجراء اذا ثبت تحقق الغاية من الشكل، بإثبات كتابة عريضة الدعوى من قبل المحامي ذاته.

ويتناسب هذا الرأي مع ما كان ينص عليه مشروع قانون المرافعات المصرية حيث كان يرد في المادة (٢٠) على " وفي جميع الاحوال يجب الحكم بالبطلان اذا كان متعلقا بالنظام العام"، ولكن حذفت الفقرة من قبل اللجنة التشريعية في مجلس الامة، ويستفاد من ذلك بان المشرع وسع نطاق فكرة الغاية وجعلها فكرة عامة تسري على كل صور البطلان [٧٧]، والواقع ان الاخذ بهذا المبدأ في كل صور البطلان يتناسب تماما مع فكرة الغاية من الشكل التي ترسخت في العصر الحديث، والاتجاه في القانون المصري النافذ يتناسب مع ما اخذ به قانون المرافعات الفرنسي الحالي الذي يوجب اثبات الضرر للحكم بالبطلان ولو كان البطلان متعلقا بالنظام العام، وفي هذا القانون، فان اثبات الضرر بالخصم وهو الاساس الذي يؤسس عليه البطلان ولو اتصل بالنظام العام، مما يعني ان المحكمة لا يمكنها الحكم بالبطلان ولو وقعت مخالفة بعيب شكلي متصل بالنظام العام مالم يتضرر الخصم شخصيا ويثبت المتمسك ذلك.

اما القانون العراقي، فتناول فكرة الغاية من البطلان في التبليغ القضائي وعريضة الدعوى، والمعروف ان البطلان المترتب على التبليغات القضائية بطلان منه ما يتصل بالنظام العام ومنه ما يتصل بالمصلحة الخاصة[٧٨]، ولذلك يمكن القول بتعميم تطبيق هذه الفكرة دون النظر الى طبيعة الشكل الذي اصابه العيب.

٢. الخاتمة

انتهينا في دراستنا الى جملة من النتائج والتوصيات وهي :

اولا : النتائج

من الوسائل التي تؤثر في العيب الاجرائي وتعدم فعاليته في ابطال الاجراء القضائي سواء كان متصل بالنظام العام او بالمصلحة الخاصة، فكرة الغاية من الشكل، فحينما تتحقق الغاية من الشكل تمنع اثر العيب الاجرائي ولو كان الاجراء معيبا مخالف لنموذجه الشكلي.

وتعد فكرة الغاية من الافكار الحديثة المستجدة في القانون الاجرائي، فالنظرة الى الاجراء كونه وسيلة ليست غاية بحد ذاته، نظرة حديثة قياسا بالأفكار التي كانت تقدس الشكل، وتعده المعيار لصحة الاجراء من عدمه، واخذت بعض التشريعات بهذه الفكرة في اطار نظرية عامة لكل الاجراءات كما في القانون المصري، وبعضها الاخر اخذ به في نطاق تطبيقات معينة كما في القانون العراقي، اما القانون الفرنسي، فقد اعتمد معياراً اخرا مرادفا لفكرة الغاية الا وهو معيار الضرر من العيب الاجرائي وطبقه بشكل عام على كل صور البطلان .

ويقصد بالغاية من الشكل، الوظيفة او الضمانة الموضوعية التي يحددها القانون للشكل الاجرائي،، ويخضع تحقق الغاية لتقدير القاضي في ضوء كل واقعة تعرض عليه، ولا تؤسس الغاية استناداً لفكرة التعسف باستعمال الحق، فبتحقق الغاية من الشكل لا يثبت حق للخصم كي يمكن القول ان الخصم قد تعسف باستعمال حقه، وانما اصبح العيب غير قادر على ترتيب اثره بتقرير حقا للخصم يسمح له التمسك ببطلان الاجراء، ولذلك، فالغاية لا تؤدي دورا مصححا في الاجراء، انما دوراً مسقطاً للحق بالتمسك بالبطلان، ليس لان القانون افترض هذا السقوط بنصوص قانونية خاصة، وانما لان العيب الاجرائي انتهت فعاليته، فسقط حق الخصم الثابت بوجود العيب.

ولا تعمل فكرة الغاية كوسيلة للحد من البطلان في كل الاشكال القانونية في الاجراء القضائي، فهناك اشكال ترتبط بها الغاية، بحيث لا يمكن تصور وجود انفكاك بين الشكل والغاية، بخلاف ذلك بالنسبة لبعض الاشكال التي يمكن تحقق الغاية منها بشكل او بواقعة اخرى، ويرجع ذلك الى طبيعة هذه الاشكال لأنها ترتبط بوقائع مادية يمكن ان تتحقق بوسائل اخرى، وهنا يتركز دور هذه الاشكال في الحد من البطلان الاجرائي.

ولكي تؤدي الغاية كوسيلة تحد من البطلان الاجرائي دورها على اتم وجه، يفترض ان لا يقف امام المتمسك بالبطلان اي وسيلة تسهل عليه اثبات تخلف الغاية، ولذلك لا نقف مع توجه القانون المصري بافتراض تخلف الغاية بمجرد ثبوت العيب اذا كان البطلان منصوص عليه ، فالمفترض نفي هذه القرينة كما فعل القانون الفرنسي حينما الزم الخصم بإثبات الضرر بالرغم من ثبوت المخالفة الاجرائية ولو كان البطلان منصوص عليه اوكان العيب متصل بالنظام العام، وهنا يتضح اقصى ما يمكن ان تأدية فكرة الغاية – الضرر- للحد من البطلان الاجرائي، خاصة في اطار القانون الفرنسي لأنه ربط العيب الشكلي ولو تعلق بالنظام العام بإثبات المتمسك بالبطلان تضرره من العيب.

ثانيا : التوصيات

١. اعداد نظرية متكاملة في البطلان الاجرائي تأخذ بنظر الاعتبار بصور البطلان سواء كان شكلي ام موضوعي، متصل بالنظام العام او بالمصلحة الخاصة، لما لذلك من دور في رسم سياسة واضحة المعالم للحد من البطلان الاجرائي.
٢. ربط البطلان الاجرائي بفكرة الغاية من خلال النص عليه كقاعدة عامة تطبق على كل الاجراءات القضائية ، بحيث تكون الاساس لمعيار صحة الاجراء من عدمه.
٣. التأكيد على جعل وظيفة اثبات الغاية داعم لهدف المشرع من الاخذ بفكرة الغاية كوسيلة للتقليل من البطلان، بحيث يكون النص بالشكل (لا يبطل الاجراء المعيب بتحقق الغاية من الشكل، ويقع على المتمسك بالبطلان اثبات عدم تحقق الغاية). او يكون بالنص (لا يقع البطلان بمجرد مخالفة الشكل في الاجراء، مالم يثبت المتمسك به عدم تحقق الغاية منه).

٣.الهوامش

(١). ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، ج٦، دار الحديث، القاهرة – مصر، ٢٠٠٣، ص٧٥٦ .
(٢). د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية، بحيث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، مطبعة جامعة الاسكندرية، السنة السادسة (١٩٥٢-١٩٥٤)، ص٥٢.
(٣). ويتخذ شكل الاجراء صوراً متعددة تتفق مع طبيعة الاجراء، فقد يكون وسيلة للقيام بالإجراء، وقد يكون ظرفا يجب ان يتم من خلاله.
فالقانون قد يرسم طريقة معينة يتم فيها الاجراء القضائي كان يتم التبليغ لشخص معين او ان يصدر الحكم بطريق العلانية، بالإضافة الى ذلك قد يرسم القانون شكل خارجي للعمل الاجرائي بحيث يكون هذا الشكل عنصر من عناصر الجراء القضائي، فقد يشترط الكتابة كوسيلة يتم فيها ويحدد بيانات يتم من خلالها الاجراء، وحينها لا يقبل الاجراء ان يتم شفاها كما في التبليغ القضائي ورفع الدعوى والطعن بالحكم والخبرة، فكل هذه الاجراءات القانون يرسم مظهر خارجي كتابي يتمثل بالبيانات الخاصة بها، وبالمقابل قد يشترط القيام بالأجراء شفاها كما هو الحال بالنسبة الى الشهادة، والنطق بالحكم، وفي حالات اخرى يشترط في الاجراء ان يكون بصورة عينية بطريق المعاينة والكشف كما في حالة قيام المحكمة بالمعاينة او انتقال الخبير المعين الى الموقع المعين المتنازع فيه.
ويقصد بظرف الاجراء، مجموعة الظروف الخارجية عن تكوين الاجراء ذاته بحيث تكون موجودة كي ينتج الاجراء اثاره القانونية، والشكل حينما يكون ظرفا للعمل الاجرائي فهو يتصل، اما بمكان العمل الاجرائي او بزمانه .
مكان الاجراء : قد يستلزم القانون مكان معين يتم فيه الاجراء القضائي بحيث لا ينتج الاجراء اثره الا اذا تم فيه، وغالبا ما تتم الاجراءات القضائية في مقر المحكمة الا ان القانون قد يشترط اماكن معينة للقيام بالإجراء ، ومن الامثلة على ذلك : التبليغات القضائية، اذا يشترط بالنسبة للشركة التجارية او الجمعية اجراء التبليغ في مركز ادارتها .
اما زمان الاجراء : ويظهر في صور متعددة، فقد يحدد وقت يشترط حصول الاجراء خلاله كما في مدد الطعون، وقد يكون وقت يمنع فيه اتمام الاجراء، كما في صدور الحكم في عطلة رسمية. : للمزيد : انظر د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، ط١ – مكتبة السنهوري – بغداد – العراق، ٢٠١٥، ص١٤٦- ١٥٦. د. فتحي والي ، د. احمد ماهر زعلول ، ط٢، نظرية البطلان في قانون المرافعات، بدون مكان طبع، ١٩٩٧، ص٦٠٧ وما بعده.
(٤). د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية – دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط١، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٨١، ص١٦٨.
(٥). ابراهيم المنجي، دعوى البطلان الاصلية في حالات بطلان الاجراء الشكلي والحكم القضائي، ط١، بدون مكان طبع، ٢٠١٣، ص٢٩١. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المعنى "إن المشرع - وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات - عنى بعلاج نظرية البطلان عناية تتفق وأثرها البالغ على إجراءات التقاضي، وصدر في تنظيمه لها عن اعتباره الإجراءات وسيلة لتحقيق الغاية المقصودة منها، واعتباره الشكل أداة نافعة في الخصومة وليس مجرد شكل يحجب العدالة عن تقصي الحقيقة". الطعن رقم ٢٠١٠ لسنة ٥٧ جلسة ٢٠٠١/١٢/١١، منشور على موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg .
(٦). واشارت بعض التشريعات الى فكرة الغاية في اجراءات معينة منها المادة (٤٣) من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل " لا يبطل الاخطار والاستمارات والمعاملات التي اجريت وفق هذا القانون لنقص في شكلها او خطأ او سهو لا يخل بما كان مقصوداً منها ...".
(٧). تنص المادة (٢/١٣) من قانون المرافعات على " يعتبر تبليغاً توقيع الخصم او وكيله بحضور الموظف المختص على ورقة التبليغ او على عريضة الدعوى للحضور في الموعد المعين " .
(٨). تنص المادة (٢/٧٣) من قانون المرافعات على " يزول بطلان التبليغ اذا حضر المطلوب تبليغه او من يقوم مقامه في اليوم المحدد"، وسنخصص مبحثا كاملا لفكرة الحضور ودورها في الحد من بطلان التبليغات القضائية، لأهمية هذا الموضوع في الواقع العملي.
(٩). تعتمد بعض التشريعات ايضا على معيار الغاية ومنها المادة (٤٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري رقم ١لسنة ٢٠١٦.
١٠. ويرى جانب من الفقه ان الغاية هو التعبير القانوني عن فكرة الضرر والوجه الاخر له، اذ ان الاخير يعني فوات الغاية من الشكل ايا كان، سواء كان شخصيا ام غير ذلك، اذ ان فوات الغاية من الاجراء يستتبع بالضرورة ضررا. انظر د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، بدون مكان طبع، ١٩٩٧، ص٣٥٢-٣٥٣. د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، منشأة

المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٧٧، ص٣٠٣. وقد ايدت المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري السابق ذلك (المقصود بالضرر هو ان يكون العيب من شأنه ان يفقد الاجراء احدى صفاته الخاصة به والمميزة له بحيث لا يتحقق الغرض المقصود منه على الوجه الذي يريده القانون).

(١١). تندرج فكرة الغاية في قانون المرافعات وخصوصا دورها في البطلان الاجرائي تحت ما يسمى بالصياغة الغامضة، وهي فكرة معروفة في فلسفة القانون، خلاصتها ان المشرع ازاء جمود او غموض بعض الافكار والنظم القانونية وازاء الرغبة في تحقيق اهداف يراها المشرع جديرة بالحماية، يستخدم صياغة لأفكاره فيها قدر من الغموض بحيث تختلف حولها الآراء تمهيدا لمرحلة متقدمة يصوغ فيها هذه الافكار بشكل اكثر تحديدا بعد ان تثريها مختلف الآراء والتطبيقات بحثا واجتهادا، وبصدد عيوب الاجراءات ربط المشرع هذا العيب بمعايير مختلفة منها معيار الغاية او معيار الضرر وكلاهما معيار غامض يحتاج الى تفسير وتختلف فيه الآراء والاجتهادات كونها بالأصل فكرة مرنة تستوعب هذا الاختلاف. د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٦، ص١٥-١٢٦ .، د. علي ابو عطية هيكل، فكرة الاعفاء من الجزاء الاجرائي رغم بقاء العيب، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠١٧، ص١٦٦.

(١٢). د. ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، مطبعة التعليم العالي، بغداد – العراق، ١٩٨٨، ص٩٧. د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج١، ط٨، المركز القومي للإصدارات القانونية – القاهرة – مصر، ٢٠١٨ ، ص٥٢٢، ص٥٢٣. د. ابراهيم امين النفياوي، مبادى الخصومة المدنية، دار النهضة العربية – القاهرة – مصر، ط١، ٢٠١٥، ص٢٨٧. د. الانصاري حسن النيداني، العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، ط١، دار الجامعية الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩، ص١٦٨.

(١٣). د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، مصدر سابق، ص٣١٤.

(١٤). نقلا عن. د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص ١٥٩.

(١٥). د. علي ابو هيكل، مصدر سابق، ص١٦١. د. احمد مليجي، مصدر سابق، ص٥٢٣. ابراهيم امين النفياوي، مصدر سابق، ص٢٨٤. د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٩، بدون طبعة، ص٤١٥.

(١٦). د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩، ص٦٤٦. د. ايمن احمد رمضان، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص ٦٤٠. د. عز الدين الدناصوري، د. حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج١، ط١٣، دار محمود للنشر والطباعة، القاهرة – مصر، بدون سنة طبع، ص ٣٤٧.

(١٧). وقضت محكمة التمييز الاتحادية (فقد كان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لان الثابت من اضبارة الدعوى عدم تبليغ المميزة بالحكم الغيابي ... لان التبليغ المعتد به هو التبليغ بموجب ورقة التبليغ بالحكم المعدة لهذا الغرض والتي تنظم عادة بعد صدور الحكم الغيابي وان اتجاه المحكمة باعتبار المميزة قد تبلغت بمذكرة الاخبار بالتنفيذ وعلى فرض صحة هذا التبليغ فانه لا يعد تبليغا بالحكم وانما تبليغ بالإجراءات التنفيذية ...)، القرار ٥٢٠ / الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٥/٧ منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية www. iraqld.hjc.iq. وهنا يتضح ان محكمة التمييز قدرت ان الغاية من التبليغ بالحكم الغيابي لا تتحقق بالتبليغ بمذكرة الاخبار بالتنفيذ. ولذلك هي لم تجز لمحكمة الموضوع اعمال فكرة الغاية لعد تطابقها.

(١٨). وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بانه "تفسير ماهية الغاية من الشكل القانوني مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض " الطعن رقم ٩٤٠٥ لسنة ٨٠ جلسة ٢٠١٢/٣/٢٧. وقضت ايضا "التعرف على الغاية من الشكل او البيان وتحديد ماهية هذه الغاية مسالة قانونية يتعين على محكمة الموضوع التزام حكم القانون بشأنها، فاذا جنحت عنها الى غاية اخرى وانتهت في حكمها الى ثبوت تحقق الغاية ورتبت على ذلك رفض القضاء بالبطلان لتحقق الغاية فان حكمها يكون قد اخطأ في تطبيق القانون " حكم محكمة النقض رقم ١٧٢٨ س ٤٩ ق في ٤/١٠/ ١٩٨٣. منشور الحكمان في موقع محكمة النقض المصرية منشور على موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg/Madany .

(١٩). د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٤٢. د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، مصدر سابق، ص ٢٠١. د.احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥٢٢. د. جمال ابراهيم عبد الحسين، تصحيح الخطأ في الحكم الجزائي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص١٠٤ هامش (٤) .

(٢٠). تنص المادة (١٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي " يجب ان تشتمل الورقة المراد تبليغها على البيانات الاتية .....٥. اسم القائم بالتبليغ وتوقيعه ".

(٢١). المادة (٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادة (٦٦٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي، والمادة (١٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي الملغي.

(٢٢). وقد قضت محكمة التمييز العراقية " ان تبليغ المدعى عليه بالذات ولو لم يذكر انه جندي يتعين تبليغه وزارة الدفاع وفقا للتبليغات العسكرية، فلا يعد تبليغا صحيحا موافق للقانون ". القرار رقم ١٣٠/ هيئة عامة في ١٩٧٤/٤/١٣. مشر اليه لدى جاسم جزاء جافر، الجامع لاهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، - قسم المرافعات المدنية، ج١، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية – العراق، ٢٠١٨، ص٤٠٠.

(٢٣) تنص المادة (١/١٥٩) من قانون المرافعات العراقي " يجب ان تكون الاشكال مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها ...".

(٢٤). د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥٢٠ .

(٢٥). د. جمال ابراهيم عبد الحسين، مصدر سابق، ص١٠٤.

(٢٦). د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص١٥٤. د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥١٢.

(٢٧). د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، المصدر نفسه، ص ٣٩٨، د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص٣٢٢، د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص١٣٥. د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥٠٩، ص٥١٦. د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص١٥٥. د. ابراهيم امين النفياوي، مصدر سابق، ص٢٨٥ .

(٢٨). حكم محكمة النقض المصرية، رقم ١٥٣١ س٤٩ ق في ٥/١٣/ ١٩٨٥ " ان الشكل المقصود من العمل الاجرائي قد تم تحقيقه دليل ذلك قيام المطعون ضده بالرد على الاجراء بتقديمه صحيفة الدفاع او الرد على الطعن المرفوع ضده "، مشار اليه عند الدكتور نبيل اسماعيل عمر، دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لإعمال الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص٨٤، وكذلك حكم محكمة النقض رقم ٢٠٩٦، في ١٩٩٤/٧/١٠ مشار الية في نفس المصدر ص ٧٧-٧٨.

(٢٩). يرى القاضي مدحت المحمود بان الغاية المقصود بها في هذه المادة هي الغاية من التبليغ لذلك فهو يشير بشكل صريح " اذا تايد للمحكمة وجود نقص جوهري يفوت الغاية من التبليغ تقرر بطلانها ". انظر : الاستاذ مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ط٤، المكتبة القانونية – بغداد – العراق، ٢٠١١، ص٣٩. ويذكر ايضا من نفس المصدر في الصفحة (٢٩) بان " اغفال اي بيان من البيانات في ورقة التبليغ يجعل ذلك باطلا، اذا كان في اغفال هذا البيان ما يفوت الغاية من التبليغ "، وهنا علق البطلان على الغاية من التبليغ كإجراء، بينما الغاية من التبليغ يمكن تحققها بالرغم من اغفال بعض البيانات في ورقة التبليغ. وانظر في هذا الصدد ايضا، د. فارس علي عمر، الاوراق الاجرائية في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد (٩)، السنة (١٢)، العدد (٣١) / اذار ٢٠٠٧، ص١٢١، اذا يقول " على ضوء هذه المادة – المادة ٢٧ من قانون المرافعات المدنية العراقي – يمكن التفرقة بين غاية الاجراء وغاية الشكل، فالعبرة في هذه الفرضية، بتحقق الغاية من ورقة التبليغات، فحيث ما تحققت هذه الغاية لا يمكن عندئذ مجالا للحكم بالبطلان رغم النص عليه، وحيث لا تتحقق الغاية من ورقة التبليغ يحكم بالبطلان ". وانظر كذلك، فوزي كاظم المياحي، في المرافعات المدنية (الدعوى المدنية واشكاليات التبليغ القضائي)، دار السنهوري، بغداد – العراق، ٢٠٠٨، ص١٩٥.

(٣٠). د. نبيل اسماعيل عمر ،اعلان الاوراق القضائية، مصدر سابق، ص١٨٥. د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥١٨.

(٣١). وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية " ان خلو ورقة التبليغ من توقيع المبلغ، تكون الورقة غير ذي قيمة قانونية وان احضار المبلغ وتأييده كون الخط كان بخط يده لا يرقى الى اضفاء الصفة القانونية على ورقة التبليغ ..." قرار غير منشور رقم ٩١١ / الهيئة المدنية / عقار ٢٠٠٦، في ٢٠٠٦/١١/١٤، وفي هذا الحكم يلاحظ ان هذا البيان لا تتحقق الغاية منه الا بذات الشكل المرسوم قانونا. وقد قضت كذلك محكمة النقض المصرية بان "اغفال البيان الخاص بالتوقيع على صورة الاعلان متعلق بالنظام العام لان توقيع المحضر هو الذي يكسب الورقة صفتها الرسمية وهذه الغاية لا تتحقق الا باشتمال صورة الاعلان على التوقيع ولا يسقط البطلان بالحضور ولا بالنزول عنه ". الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٥٣ جلسة ١٩٩١/٣/٧. منشور على موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg/Madany.

(٣٢). وقضت محكمة التمييز الاتحادية " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث ان المحكمة ردت دعوى المدعية والتي طالبت بعدم نفاذ التصرف الواقع على العقار موضوع الدعوى دون ان تبين اسباب هذه الرد في حكمها وعلى ماذا اعتمدت وحيث ان التسبب هو حجة القاضي للناس والتحقق من مدى استيعابه لوقائع الدعوى وان الاحكام يجب ان تكون مشتملة على الاسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد اسباب الحكم المبينة في القانون وانه على المحكمة ان تذكر في حكمها الاوجه التي حملتها على قبول او رد الادعاءات والدفوع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت عليها وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وحيث فات عليها ذلك قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم مع الاحتفاظ بالرسم المدفوع وصدر القرار بالاتفاق في ٢١/محرم/١٤٣٧ هـ الموافق ١١/٤ /٢٠١٥، القرار بالرقم ٤٧٣٢ / الهيئة المدنية في ٢٠١٥/١١/٤، منشور على موقع قاعدة التشريعات العراقية www. iraqld.hjc.iq.

وقضت محكمة النقض المصرية " إن الغاية الأساسية من تسبيب الحكم وعلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٣ بتعديل نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات هي الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيه وعلى ذلك فإن مراقبة تطبيق القانون وتقرير أو نفي المدعى به من مخالفة أحكامة لا تكون إلا من خلال النظر فيما أقام الحكم عليه قضاءه من أسباب واقعية كانت هذه الأسباب أو قانونية ولا يكفي في هذا الصدد مجرد النظر في منطوقه". الطعن رقم ١٥٠٥ لسنة ٧٠ قضائية، الصادر في ٢٠١٩/٦/٢٠. منشور على موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg.

(٣٣). المادة (٢٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(٣٤). د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص٣٠٥.

(٣٥). د. احمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٥، ص٥٩. د. ابراهيم امين النفياوي، مصدر سابق، ص ٢٨٨.

(٣٦). د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، مصدر سابق، ص٤٠٥. د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥١٨.

(٣٧). وقد قضت محكمة النقض المصرية "و كان الثابت أن المطعون عليهم الأربعة الأول قد علموا بالطعن و قدموا مذكرة في الميعاد القانوني بالرد على أسبابه فإن الغاية التي كان يبتغيها المشرع من إعلانهم تكون قد تحققت ، و لا يقبل منهم التمسك ببطلان إعلان الطعن أياً كان وجه الرأي في طريقة الإعلان" . الطعن رقم ٩٣٦ لسنة ٤٨ جلسة ١٢/٢٠/ ١٩٨١، وقد قضت محكمة النقض المصرية ايضا " إذ كان الثابت أن المطعون عليه الأول علم بالطعن المودع صحيفته في الميعاد ، و قدم مذكرة في الميعاد القانوني بالرد على أسباب الطعن مما تتحقق به الغاية التي يبتغيها المشرع من إعلانه ، فإن الدفع ببطلان الطعن - لأن صحيفته لم تشتمل على بيان الموطن الصحيح للمطعون عليه - يكون في غير محله. الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ جلسة ١٩٧٦/١١/١٦. كلا الحكمين منشوران في موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg/Madany.

(٣٨). د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ٤٣٧. والمفهوم المخالف للمادة (١٨٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ. وقضت محكمة النقض المصرية " لا يبطل الحكم مجرد القصور في أسبابه القانونية. ما دام أنه لم يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى إليها " الطعن رقم ١٤٥٣٠ لسنة ٧٦ قضائية، الصادر في ٢٠٠٧/١٢/٢٧. منشور على موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg .

(٣٩). وهناك من يشير الى حالة مشابه، ويصورها بانها صورة من صور التصحيح المادي للحكم القضائي وفي حقيقتها غير ذلك ، فيقول " عدم ذكر اسم عضو الادعاء العام او الخطأ فيه لا يضر بجوهر الحكم مادام قد ثبت في محضر الجلسة ان هذا العضو كان ممثلا في الجلسة او ابدى طلباته لان محضر الجلسة يكمل الحكم في هذا البيان " د. جمال ابراهيم عبد الحسين، مصدر سابق، ص٣٢. وفي الحقيقة ما منع من وقوع البطلان ليس لان الخطأ مادي لا يؤثر في جوهر الحكم، وانما لتحقق الغاية منه بغير الشكل القانوني المرسوم.

(٤٠). د. الانصاري حسن النيداني، العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، مصدر سابق، ص١٧٤.

(٤١). د. فارس علي عمر الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية، ط١، منشاة المعارف – الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص٩٤ .ابراهيم المنجي، مصدر سابق، ص٢٨٨. وقريب من هذا المعنى، عبد الرحمن العلام، ج١، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني – بغداد – العراق، ١٩٧٠، ص٣١١.

(٤٢). وقضت محكمة النقض المصرية "اذا كانت صحيفة الطعن قد تضمنت بيانا لموطن المحامي الموكل عن الطاعنين في الطعن بالنقض، وكان هذا الموطن معتداً به في إعلان الأوراق اللازمة لسير الطعن عملاً بالمادة

٧٤/١ من قانون المرافعات، فإن تعيينه في صحيفة الطعن يجعل منه موطناً مختاراً للطاعنين يكون هو الموطن بالنسبة لهم في كل ما يتعلق بالطعن وفقاً لما تقضى به المادة ٤٣/٣ من القانون المدني وتتحقق لذلك الغاية من ذكر موطن الطاعنين في صحيفة الطعن وهى إعلام ذوى الشأن به حتى يمكنهم إعلان الطاعنين فيه بالأوراق اللازمة لسير الطعن وطبقاً لما تقضى به المادة ٢٠/٢ من قانون المرافعات فإنه لا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء."الطعن رقم ١٥٤٨ لسنة ٦٢ جلسة ١٩٩٩/٣/٢١ منشور على موقع محكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg.

(٤٣) ." ان التوقيع في اسفل الحكم يعتبر تبليغاً به تسري المدد القانونية من تاريخه ". القرار رقم ١٠٧ / مدنية ثالثة عقار، في ١٩٧٣/٦/٧. منشور في النشرة القضائية، العدد الثانية، السنة الرابعة، ١٩٧٣، ص٢٦٤ – ص٢٦٥.

(٤٤). " ان عدم ذكر ساعة التبليغ في تبليغ الاعلام المشار اليه لا يعتبر نقصا جوهريا يخل بصحته خصوصا وان الكاتب الاول قد صدقه ضمن الدوام في نفس اليوم مما يدفع كونه واقعا في يوم اخر ولا يفوت الغاية منه .. ولذلك فان التبليغ ليس معيباً بموجب المادة (٢٧) من قانون المرافعات المدنية ". القرار رقم ٧٩٢ / مدنية عقار، في ١٩٧٢/٩/١٠ منشور في النشرة القضائية – العدد الثالث – السنة الثالثة، ١٩٧٤، ص١٢٨ – ص١٢٩. وقضت ايضا " اذا لم يذكر المبلغ تاريخ التبليغ يعتبر تاريخ توثيق كاتب المحكمة هو المعول عليه " حكم محكمة التمييز العراقية في ١١/ ٥/ ١٩٦٨ مشار الية عند القاضي عبد الرحمن العلام، ج١، ص٢٣٧ .

(٤٥) ." نصت المادة ١٧٢ من قانون المرافعات المدنية على كيفية التبليغ بالقرار والاحكام واعتبرت المدد القانونية من اليوم التالي لتبليغ الحكم، وبما ان المميز حضر امام المنفذ العدل في دائرة تنفيذ عفك بتاريخ ٢٠١٤/٣/٦، واعترض على الحكم الغيابي بتاريخ ٢٠١٤/٩/٨، وعليه طبقا لنص المادة ١٧٢ من قانون المرافعات المدنية كأنه يعتبر مبلغاً وذلك لان القانون المذكور وسع من صلاحية المحكمة بالتبليغ بالأحكام والقرارات خلافا لما نصت عليه المواد ١٣-٢٨ من القانون نفسه .... " قرار غير منشور بالرقم ٢٢٤/ الهيئة الموسعة المدنية في ٢٠١٥/٧/٥، ويلاحظ ان الحكم طبق فكرة الغاية وان كان المحكمة لم تشير الى ذلك وانما بررته بتوسع صلاحيات المحكمة طبقا للمادة (١٧٢) من قانون المرافعات. ويتعارض هذا المبدأ مع قرارات اخرى لمحكمة التمييز الاتحادية، فقضت " وجد انه لم يثبت تبليغ المميز (المعترض) بالحكم الغيابي وفق الطريق الذي رسمه قانون المرافعات المدنية بالمواد ١٤-٢١ منه وان علمه بالحكم الغيابي عند مراجعة مديرية التنفيذ لا يعتبر تبليغا من الناحية القانونية" القرار رقم ٧٨٦ / م٩٩/٣ في ١٩٩٩/٥/٢ مشار اليه لدى فوزي كاظم المياحي، مصدر سابق، ص٤٧.

وقريب من ذلك قضت " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا وبعد عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المدعى عليه / المميز وان كان قد تبلغ بمذكرة التنفيذ المرسلة له من مديرية التنفيذ ..... بتاريخ ٢٠١٨/٧/٣٠ الا انه لا يوجد ما يشير الى تبليغه اصوليا بقرار الحكم الغيابي مما يكون اعتراضه ضمن المدة القانونية وكان على المحكمة التصدي للاعتراض موضوعاً ...) قرار غير منشور رقم ٦٠٥/ الهيئة الاستئنافية منقول / في ٢٠١٩/٢/٢٤.

ونتيجةً لهذا التعارض، فلابد من مناقشة هذه الفكرة، فالغاية من التبليغ بالحكم الغيابي هي اعلام الخصم بصدور الحكم ضده كي تسري مدد الطعن بحقه من اليوم التالي لوصول العلم اليه بالشكل الذي حدده القانون المتمثل بالتبليغ، اذ ان سلوك طرق الطعن يقتضي اولاً علمه بالحكم الغيابي ومضمونه بشكل كاف كي يعد دفوعه ويذكر اسباب الطعن في عريضة الطعن بالاعتراض او بالاستئناف، وطالما ان الغاية من التبليغ بالحكم هي واقعة مادية يمكن تحققها بطريق اخر، كأن يصل اليه العلم بالحكم وبمضمونه عن طريق مذكرة التبليغ بالتنفيذ او يتأكد علمه ،بالحضور بناء على هذه المذكرة، فحينها يقوم التبليغ او الحضور بناءً على المذكرة – وليس الحضور المجرد او بالصدفة - مقام التبليغ بالحكم وفق الطرق القانونية، وذلك لتحقق الغاية من الاجراء وكل الشكليات المتعلقة به، وعليه لا نتفق مع قرارات محكمة التمييز الاخيرة التي تلزم اجراء التبليغ بالشكل الاصولي لان ذلك تمسك بالشكليات دون الى النظر الى الغاية ومدى تحققها في ضوء كل واقعة.

(٤٦). ويفهم ذلك من المفهوم المخالف لحكم محكمة التمييز الاتحادية " ... ان طباعة الحكم لا تغني عن كتابة المسودة بخط اليد خاصة وان الحكم البدائي خلا من الاشارة الى انه طبع تحت اشراف القاضي الذي اصدره .....) القرار رقم ١٩١/الهيئة الموسعة المدنية الصادر في ٢٠١٩/٧/٢٢. منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى www.hjc.iq/qview. فلو طبع الحكم تحت اشراف القاضي فلا يؤثر ذلك في عدم كتابة المسودة بخط يده لان الغاية من هذا الشكل هو التحقق من صدوره من قبله واصراره على الحكم لحين طباعته، وهي تتحقق بطباعه الحكم تحت اشرافه.

(٤٧). وقضت محكمة النقض الفرنسية " أن غياب الاتصال بجزء من الحجة التي أرسلها طرف آخر إلى الخبير الذي أخذها بعين الاعتبار في تقريره ، يشكل عيبا في إجراء شكلي كبير يقره بطلان العيب في الشكل ، والذي لا يمكن تقريره إلا إذا أثبت الطرف الذي يستدعيها، الضرر الناجم عن المخالفة ؛ وطالما أن الضحية التي لم تجادل في أن الانتهاك المزعوم قد تسبب له ضرر في حق الدفاع ، فيكون حكم المحكمة ، له ما يبرره قانونًا ". وبمفهوم المخالفة اذا اثبت المتمسك بالبلطلان تحقق ضرر – انتفاء الغاية من الشكل – فيبطل الاجراء. Arrêt n°76 du 23 janvier 2020 (19-10.584) - Cour de cassation - Deuxième chambre civil. منشور على موقع محكمة النقض الفرنسية www.courdecassation.fr.

(٤٨). د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، مصدر سابق، ص١٩٦ -١٩٧ .

(٤٩) .د. نبيل اسماعيل عمر، دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لإعمال الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص٩٢. وقد قضت محكمة النقض المصرية بالنص " اذا كان الدفع المبدي من الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي رسمته المادة (٦٣) من قانون المرافعات هو في حقيقته دفع بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القانوني، فلذلك لا محل لما ذهب اليه الحكم المطعون فيه ان الغاية من الاجراء قد تحققت بطرح الدعوى على المحكمة بما يصحح الاجراء ..... فتحقق الغاية من الاجراء حسبما تنص المادة (٢٠) مرافعات لا يكون الا بصدد جزاء البطلان ولا يتعداه الى غير ذلك من الجزاءات " حكم محكمة النقض المصرية رقم ١١٤٥ في ١٩٧٩/٦/٢٠، وبنفس المعنى، حكم محكمة النقض رقم ١٦٠٩ في ١٩٨٣/١٢/١٤ مشار اليه عند د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص١٥٣ هامش رقم (٦).

(٥٠). د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٩٠. ابراهيم المنجي، مصدر سابق، ص٨٤ .

(٥١). د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص١٦٧.

(٥٢). د. نبيل اسماعيل عمر، دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لإعمال الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص٧٦.

(٥٣). ومن اثر البطلان على الحقوق الموضوعية، كان ترفع دعوى باطلة، وتستمر الاجراءات مدة طويلة ثم يتمسك المدعى اليه بالبطلان، فاذا كانت مدة تقادم الحق الموضوعي قد اكتملت اثناء سير الخصومة، فان بطلان الدعوى يودي الى زوالها وزوال اثارها، ومن هذه الاثار قطع التقادم، فيعد التقادم كأنه لم ينقطع، وبالتالي تكتمل مدته ويضيع الحق الموضوعي على صاحبه، د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٤٩ .

(٥٤). د. فتحي والي، د. احمد ماهي زعلول، مصدر سابق، ص٦٠٧. د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، مصدر سابق، ص١٩٨، د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٤١٨.

(٥٥). انظر حكم محمة النقض المصرية رقم ٢٠٩٦ لسنة ٦٢ ق في ١٠ / ١١/ ١٩٩٤، وكذلك طعن رقم ٣٣٦ لسنة٥٤ ق في ١٩٩٥/٢/١٢. مشار اليه عند د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص١٦٤-١٦٥.

(٥٦). د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات، ص ٢٧٨. د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص١٦٥.

(٥٧). د. علي ابو عطية هيكل، المصدر نفسه، ص ١٦٥.

(٥٨). د. علي ابو عطية هيكل، المصدر نفسه، ص ٥٠.

(٥٩). د. علي ابو عطية هيكل، المصدر نفسه، ص١٦٦.

(٦٠). د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات ، مصدر سابق، ص٢٧٩ وما بعدها.

(٦١). ويقول الدكتور فتحي والي " ان الشكل الجوهري هو الشكل الذي يترتب على تخلفه بطلان العمل الاجرائي، وتحديد ما هي الاشكال الجوهرية وغير الجوهرية يرمي الى هذه الغاية " ثم يتسأل الدكتور عن هذه الغاية ويصل الى المقصود بالغاية هي الغاية من الشكل وليس الغاية من الاجراء فيقول " ولكننا مع ذلك نرى انه يجب لمعرفة ما اذا كان الشكل جوهريا او غير جوهري النظر لا الى الغاية من العمل وانما الى تحقق الغاية من الشكل القانوني، ولو كانت الغاية من العمل الاجرائي قد تحققت ". انظر د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، مصدر سابق، ص٣٢٤. وانظر ايضا مؤيدا لهذا الراي د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٤١٥.

(٦٢). وتأكيداً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية " ان عدم ذكر ساعة التبليغ في تبليغ الاعلام المشار اليه لا يعتبر نقصا جوهريا يخل بصحته خصوصا وان الكاتب الاول قد صدقه ضمن الدوام في نفس اليوم مما يدفع كونه واقعا في يوم اخر ولا يفوت الغاية منه .. ولذلك فان التبليغ ليس معيباً بموجب المادة (٢٧) من قانون المرافعات المدنية ". القرار رقم ٧٩٢ / مدنية عقار، في ١٩٧٢/٩/١٠ منشور في النشرة القضائية – العدد

الثالث – السنة الثالثة، ١٩٧٤، ص١٢٨ – ص١٢٩، فاعتبر الحكم تحقق الغاية تجعل النقص في الاجراء غير جوهري ولا يخل بصحة الاجراء.

(٦٣). ويقصد بالنص على البطلان ان يأتي المشرع بعبارات تفيد البطلان جراء تخلف الشكل القانوني المنصوص عليه، كأن يأتي المشرع بشكل اجرائي وينص على البطلان كجزاء لعدم التمسك به، وتحصر بعض التشريعات النص على البطلان بالصريح وبلفظ البطلان فقط كالقانون المصري في المادة (٢٠) والمادة (١١٤) من قانون الاجراءات الفرنسي. والمادة (٥٩) من قانون اصول المحاكمات اللبناني. والمادة (٤٠) من قانون اصول المحاكمات السوري. اما العبارات الناهية او النافية كمثل (لا يجوز)، او(لا يقبل) او العبارات التي توجب القيام بأمر معين كعبارة (يجب) او (يلتزم) فأنها لا تفيد النص على ذلك، بينما بعض التشريعات لا تشترط النص الصريح، ومن ثم فان كل لفظ صريح او ضمني يتعلق بعبارات ناهية او نافية او توجب القيام بأمر معين تعني نصا على البطلان، انظر المادة (١٩) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة (٢٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، والفصل (١٤) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسي. اما المشرع العراقي فقد نص في بعض نصوصه على البطلان منها المادة (٢٧) والمادة (٧٣) والمادة (٣/٨٦) لكنه لم ترتب ذلك الاثر للنص كما التشريعات التي اخذت بالبطلان كنظرية عامة.

(٦٤). د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص٣٠١–٣٠٢. د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، مصدر سابق ،ص ١٨٣. د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٣٣. د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥١٢. ابراهيم المنجي، مصدر سابق، ص٢٨٩. ابراهيم امين النفياوي، مصدر سابق، ص٢٨٦. د. انور طلبة، مصدر سابق، ص٣١٦.

(٦٥). ابراهيم المنجي، مصدر سابق، ص -٥٥.

(٦٦). المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٩، وتقابلها المادة (١) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨. وتقابلها المادة (١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٦٧). د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص٣٣٣، د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص٣٦٦، د .احمد هندي، مصدر سابق، ص٤٤. د. علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص٤٨. د. احمد مليجي، ج١، مصدر سابق، ص٥١٥.

(٦٨). اما في البطلان المقرر لمصلحة عامة، لا يكلف الخصم حتى بإثبات المخالفة لان القاضي يبطل الاجراء بمجرد تخلف شكله، الا اذا اثبت الخصم تحقق الغاية منه رغم تخلفها وهذا ما يختلف به المشرع المصري عن الفرنسي كما سيتبين لاحقاً.

(٦٩). د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، مصدر سابق، ص ٣٩٤، ص٤٠٨. د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، مصدر سابق، ص ١٨٤. د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٣٣. وقد وردت ايضا في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المصري هذه القواعد بتقريرها " .... فاذا نص القانون على وجوب اتباع شكل معين او اوجب ان تتضمن الورقة بيانا معينا وقرر البطلان صراحة جزاء على عدم احترامه، فان الاجراء يكون باطلا، وليس على من تقرر الشكل لمصلحته الا ان يثبت تحقق العيب ويتمسك بالبطلان ...".

(٧٠). د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص١٦٥.

(٧١). المادة (٧٢) من قانون الاثبات العراقي "على طالب الاستجواب ان يوضح في طلبه الوقائع المراد استجواب خصمه عنها توضيحاً تاما ". والمادة (١٠٥) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(٧٢). وقد قضت محكمة النقض الفرنسية "إعلان الاستئناف الذي يفسده عيب شكلي ، ولا يمكن إعلان بطلانه إلا إذا أثبت الخصم الذي يستشهد به وجود ضرر ، يقطع الحد الزمني للاستئناف ، بحيث يبقى تنظيمه ممكنًا على الرغم من انتهاء فترة الاستئناف" . Arrêt n° 796 du 7 juin 2018 (17-16.661) - Cour de cassation - Deuxième chambre civile مشار اليه في موقع محكمة النقض الفرنسية www.courdecassation.fr.انظر ايضا. د. الياس ابو عيد، ٢١. د. الياس ابو عيد، اصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه، ط١،ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠٠٤ ، ص٣٣٩.

Lobin (Yvette). La notion de grief dans les nullités des actes de procédure ،in Mélanges dédiés à Jean Vincent ،Paris ،Dalloz ،1981 ،p. 233. Michel REDON. Enquête ،témoins ،attestations. Dalloz. paris. 2015 .p.353.

(٧٣). د. احمد ابو الوفا، مصدر سابق، ص٣٠٥، د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية، مصدر سابق، ص١٩٣.

(٧٤). د. احمد فتحي سرور، مصدر سابق، ص ٤١٨. وقد قضت محكمة النقض المصرية "المقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة ٢٠ من تقنين المرافعات " يدل على أن الأساس في تقرير البطلان هو تحقق الغاية من الشكل أو عدم تحققها دون تفرقة بين حالة النص على البطلان أو عدم النص عليه وذلك أياً كان العمل الإجرائي ولو كان حكماً قضائياً وسواء تعلق الشكل بالمصلحة الخاصة أو بالنظام العام حماية للمصلحة العامة عندما تكون مخالفة الشكل من شأنها المساس بأسس التقاضي كتخلف مبدأ المواجهة القضائية سواء في الإجراءات أو الإثبات لما يسمى حضورية الأدلة وكل ما يخل بحق الدفاع" . الطعن رقم ٩٤٠٥ لسنة ٨٠ جلسة ٢٠١٢/٣/٢٧. منشور في موقع محكمة النقض المصرية www.cc.gov.eg.

(٧٥). مصطفى محمد الصاوي، الشكل في الخصومة المدنية في التشريع الفرنسي والمصري، اطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة الزقايق – مصر، ١٩٩٢، ص٣٠٢.

(٧٦). وقد قضت محكمة النقض المصرية على" النهي الوارد في المادة (٢٥) من قانون المحاماة - التي تقابل المادة (٣٧) في القانون الجديد - ..... يرتب بطلانا يتعلق بالنظام العام ويجوز الدفع به في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو امام محكمة الاستئناف " طعن رقم ٢٤٥ في ٢٥ /١٩٦٧/١٠ لسنة ٢٣ ق، مشار اليه عند د. محمد علي سكيكر، موسوعة البطلان في الدعاوى المدنية في ضوء التشريع والفقه والقضاء ط١ دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر ، ٢٠١٢ ، ص٥٨.

(٧٧). علي ابو عطية هيكل، مصدر سابق، ص١٥٧ هامش رقم ٢.

(٧٨). بخلاف ذلك بعض الفقه، يعد البطلان المتصل بالتبليغات متعلق بالمصلحة الخاصة، د. عبد الرحمن العلام، ج١، مصدر سابق، ص٣١٤. وانظر في هذا الاتجاه قرار محكمة النقض المصرية "المقرر - في قضاء محكمة النقض - أن بطلان أوراق التكليف بالحضور لعيب في الإعلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام وبالتالي فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، وإنما يجب على الخصم الذى تقرر هذا البطلان لمصلحتــه أن يتمسك به أمام محكمة الموضوع ، وإذا تخلف عن حضور الجلسات أمام محكمة الاستئناف ولم يقدم مذكرة بدفاعه فله أن يتمسك ببطلان الإعلان لأول مرة أمام محكمة النقض "، الطعن رقم ٤٢٠٣ لسنة ٨٦ جلسة ٢٠١٧/٢/٢٨، منشور في موقع محكمة النقض المصرية .www.cc.gov.eg

.....

٤. المصادر

اولا : الكتب العربية

١. د. ابراهيم امين النفياوي، مبادى الخصومة المدنية، دار النهضة العربية – القاهرة – مصر، ط١، ٢٠١٥
٢. ابراهيم المنجي، دعوى البطلان الاصلية في حالات بطلان الاجراء الشكلي والحكم القضائي، ط١، بدون مكان طبع، ٢٠١٣.
٣. . ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، ج٦، دار الحديث، القاهرة – مصر، ٢٠٠٣.
٤. د. ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، مطبعة التعليم العالي، بغداد – العراق، ١٩٨٨.
٥. د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، ط٥، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٧٧
٦. د. احمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الاجراءات الجنائية، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٥٩، بدون طبعة، ١٩٥٩.
٧. د. احمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات، ج١، ط٨، المركز القومي للإصدارات القانونية – القاهرة – مصر، ٢٠١٨.
٨. د. احمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٥.
٩. د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩.

١٠. د. الانصاري حسن النيداني، العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، ط١، دار الجامعية الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٩.
١١. د. الياس ابو عيد، اصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه، ط١،ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠٠٤.
١٢. د. ايمن احمد رمضان، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.
١٣. جاسم جزاء جافر، الجامع لاهم المبادئ القانونية لقضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من خمسة عقود، - قسم المرافعات المدنية، ج١، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية – العراق، ٢٠١٨.
١٤. د. جمال ابراهيم عبد الحسين، تصحيح الخطأ في الحكم الجزائي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت، لبنان، ٢٠١١.
١٥. عبد الرحمن العلام، ج١، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني – بغداد – العراق، ١٩٧٠.
١٦. د. عز الدين الدناصوري، د. حامد عكاز، التعليق على قانون المرافعات، ج١، ط١٣، دار محمود للنشر والطباعة، القاهرة – مصر، بدون سنة طبع.
١٧. علي ابو عطية هيكل، فكرة الاعفاء من الجزاء الاجرائي رغم بقاء العيب، ط١، دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر، ٢٠١٧.
١٨. د. فارس علي عمر الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية، ط١، منشاة المعارف – الاسكندرية، ٢٠٠٧.
١٩. د. فتحي والي، د. احمد ماهر زعلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، بدون مكان طبع، ١٩٩٧.
٢٠. فوزي كاظم المياحي، في المرافعات المدنية (الدعوى المدنية واشكاليات التبليغ القضائي)، دار السنهوري، بغداد – العراق، ٢٠٠٨.
٢١. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ط٤، المكتبة القانونية – بغداد – العراق، ٢٠١١.
٢٢. د. محمد علي سكيكر، موسوعة البطلان في الدعاوى المدنية في ضوء التشريع والفقه والقضاء ط١ دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – مصر ، ٢٠١٢.
٢٣. د. نبيل اسماعيل عمر، اعلان الاوراق القضائية – دراسة تحليلية وعملية لقانون المرافعات والفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط١، منشأة المعارف – الاسكندرية – مصر، ١٩٨١.
٢٤. د. نبيل اسماعيل عمر، دراسة في السياسة التشريعية والقضائية لإعمال الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٨ .
٢٥. د. نبيل اسماعيل عمر، عدم فعالية الجزاءات الاجرائية في قانون المرافعات، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر، ٢٠٠٦.

- البحوث

١. د. رمسيس بهنام، فكرة القصد وفكرة الغرض والغاية، بحيث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الاول والثاني، مطبعة جامعة الاسكندرية، السنة السادسة (١٩٥٢-١٩٥٤) .
٢. د. فارس علي عمر، الاوراق الاجرائية في قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد (٩)، السنة (١٢)، العدد (٣١) / اذار ٢٠٠٧.

ثالثا : الكتب الفرنسية

1. Lobin (Yvette). La notion de grief dans les nullités des actes de procédure ،in Mélanges dédiés à Jean Vincent ،Paris ،Dalloz ،1981.
2. Michel REDON. Enquête ،témoins ،attestations. Dalloz. paris. 2015.

رابعا: القوانين

١. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٣. قانون ضريبة الدخل العراقي رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢.

٤. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
٥. قانون اصول المحاكمات المدنية السوري رقم ١ لسنة ٢٠١٦.
٦. قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥ المعدل

خامساً : المواقع الالكترونية

١. موقع قاعدة التشريعات العراقية www. iraqld.hjc.iq
٢. موقع مجلس القضاء الاعلى www.hjc.iq/qview
٣. موقع محكمة النقض المصري www.cc.gov.eg
٤. موقع محكمة النقض الفرنسية www.courdecassation.fr

Abstract

The judicial procedure consists of formal and substantive requirements ،and as soon as any required of them fails ،necessary for its existence which destroys the procedure itself and ،the procedure is null and void and its effect may reach ،also the subsequent procedures related to it for judicial ،the substantive rights to be protected by the procedure notification requires the law to have a specific form represented in and it ،is null and void ،one of which fails to report ،Notice sheet data follows that all other subsequent measures leading to a judicial ruling are null and void.

means to reduce The purpose invalidity of the shape As a

(contrastive and analytics study)

DR.P. wasan qasim alkhfajy

University of Babylon/College of Law

Ahmed Khudair Abbas Ahmed

Al-Kafeel University / College of Law