تطهير العيب الاجرائي بالإضافة
دراسة تحليلية مقارنة

أ.م.د. فارس علي عمر

نبذة عن الباحث :
أستاذ قانون المرافعات المدنية والاثبات المساعد في كلية الحقوق/ جامعة الموصل

تاريخ استلام البحث :
٢٠٢٠/٠١/٠٧
تاريخ قبول النشر :
٢٠٢٠/٠١/١٢

Procedural defect clearance by addition
A comparative analytical study

الكلمات الافتتاحية :
تطهير العيب الاجرائي ، الاجراءات القضائية، الهدر الاجرائي.

Abstract
Judicial procedures sometimes have procedural flaws that render those procedures inconsistent with the legally prescribed model. This means that the structure of the proceedings is flawed and ultimately makes them null and void.
In order to stay away from this equation, and the consequences of this, has been the most procedural legislation on the search for means aimed at saving the right procedures from the ugliness of invalidity, lest be referred to the first square in the litigation process and the liquidation of this hypothesis wasted effort and expenses, was clearance in addition One of those tools that can be used to achieve those goals.

الملخص
تعتري الاجراءات القضائية احياناً عيوباً اجرائية، تجعل من تلك الاجراءات غير متطابقة مع النموذج المحدد قانوناً، هذا الامر يعني وجود خلل في بنيه الاجراءات، ويجعلها في نهاية المطاف موضة للبطلان. ولأجل الابتعاد عن هذه المعادلة ، وما يترتب عليها من تبعات، فقد صرحت اكثر التشريعات الاجرائية على البحث عن وسائل هدفها انقاذ الاجراءات المصيبة من قبح البطلان، لئلا يتم الرجوع الى المربع الاول في عمليه التقاضي وما تصفيه هذه الفرضية من اهدار الجهد والنفقات، فكان تطهير بالاضافة واحدة من تلك الادوات التي يمكن الاستعانة بها لتحقيق تلك الاهداف.

تطهير العيب الاجرائي بالإضافة دراسة تحليلية مقارنة

Procedural defect clearance by addition- A comparative analytical study

★ أ.م.د. فارس علي عمر

المقدمة :

أولاً: مدخل تعريف بالموضوع: خلال مسيرة الاجراءات القضائية، والمفترض أن تستمر الى نهاياتها المقررة، قد يعتريها بعض الشوائب وحالات الخلل وبما يتنافى مع النموذج المحدد قانوناً، هنا تكون هذه الاجراءات قد اقتربت كثيراً من بؤر العيوب، الامر الذي يستوجب التدخل لتعديل مسارها لئلا تستمر في ذلك المنهج الخاطئ وبما يؤثر في المجمل على كافة مفاصل العملية القضائية.

أن القول بضرورة الرجوع الى نقطة الصفر في تلك الاجراءات، يعني تكبيد المتقاضيين المزيد من النفقات والوقت، ناهيك عن الوقت الذي استنزفته المحكمة في سبيل الوصول الى تحقيق مبتغى تلك الاجراءات.

ولكي لا يتم الدخول في حسابات الهدر الاجرائي، ومن اجل الحفاظ على الاجراءات من خطر الجزاءات الاجرائية، أصبح من الضرورة بمكان امكانية تطهير العيوب الاجرائية، ومن بين تلك الوسائل وجوب تكملة الاجراء القضائي بما ينقصه من مستلزمات لكي يصبح في نهاية المطاف اجراءاً متكاملاً شأنه في ذلك شأن باقي الاجراءات السليمة.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع: لعل من أهم دوافع اختيار الموضوع محل البحث هو اغفال المشرع الاجرائي العراقي له رغم الاهمية الذي يحتله على صعيد قانون المرافعات، فحري بالمشرع العراقي معالجة هذا الامر من خلال وضع نظرية عامة في مقدمة قانون المرافعات تتضمن سبل التصدي للعيوب الاجرائية والمسائل الكفيلة بتطهير تلك العيوب وبما يجعلها خالية من تلك الشوائب.

ثالثاً: أهمية الموضوع: تتجلى أهمية الموضوع محل البحث من خلال ما يمكن أن تؤديه النصوص –حال تشريعها– الى تلافي النتائج المتولدة من تلك العيوب والمتمثلة في حصول مشكلة الهدر الاجرائي، كما أن اعتناق المشرع الاجرائي العراقي لمبدأ تطهير العيب الاجرائي بالإضافة يعني الوقاية من الاجراءات الاجرائية المقررة.

رابعاً: نطاق البحث: سيكون محور البحث حول واحدة من أهم وسائل تطهير العيوب الاجرائية الا وهي تكملة الاجراء القضائي بما ينقصه من مستلزمات وبيانات، دون الخوض في الوسائل الاخرى المقررة في قانون المرافعات المدنية.

خامساً: منهجية البحث: وفيما يتعلق بمنهجية البحث، فقد اعتمدنا على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية من اجل الوصول الى أدقها وافضلها وبما يتناسب مع فلسفة قانون المرافعات، كما تم الاعتماد على المنهج المقارن خصوصاً مع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

سادساً: هيكلية البحث: أما بخصوص هيكلية البحث، فقد كانت خطة البحث على ضوء التقسيم الآتي:-

المبحث الاول:- التعريف بالعيب الاجرائي.

المطلب الاول:- مفهوم العيب الاجرائي.

المطلب الثاني:- سلطة القاضي في تقرير العيب الاجرائي.

المبحث الثاني:- مبررات تطهير العيب الاجرائي بالإضافة.

المطلب الاول:-الحد من الهدر الاجرائي.
المطلب الثاني:- الوقاية من الجزاء الاجرائي.
المبحث الثالث:- مستلزمات تطهير العيب الاجرائي بالإضافة وآثاره.
المطلب الاول:- مستلزمات تطهير العيب الاجرائي بالإضافة.
المطلب الثاني:- آثار تطهير العيب الاجرائي بالإضافة.

المبحث الاول: التعريف بالعيب الاجرائي

تعد المستلزمات الشكلية التي يحددها المشرع الاجرائي إحدى اهم الركائز الرئيسية في العمل الاجرائي، وبدونها لا تتحقق الغاية من ذلك العمل ولا يمكنها توليد الآثار القانونية فيما بعد، الأمر الذي يعني وجود خلل في الجانب الشكلي من العمل الاجرائي وهو ما يطلق عليه مفهوم العيب الاجرائي.

إن صور العيب الاجرائي تتنوع بتنوع المخالفة، فليست كل العيوب على نمط واحد، حيث يتطلب كل نموذج مقتضيات معينة، وعندما يتم العمل الاجرائي فيجب ان يتضمن المقتضيات التي تطلبها القانون في نموذجه فإن لم يتضمنها كان العمل معيباً.

من هنا تنهض مسؤولية القاضي في تقدير العيب ونوع المخالفة، ليتولى بعدها تحديد الجزاء المناسب، او قد يسعى الى اعطاء الخصوم بارقة أمل في امكانية تطهير ذلك العيب لتكون بمنأى عن تلك الجزاءات.

ولتسليط الضوء على ما تقدم، سيتم تقسيم هذا المبحث الى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم العيب الاجرائي

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقرير العيب الاجرائي.

المطلب الاول:مفهوم العيب الاجرائي

أن الاعمال في نطاق القانون الاجرائي، هي مجموعة من الاعمال والمراكز القانونية المتتابعة تتابعاً زمنياً وفقاً لنظام معين، وهذا النظام نظام منطقي مترابط فيما بينها، بحيث أن كل عمل يعتبر مفترضاً للعمل الذي يليه ونتيجة لما يسبقه[1].

ووفقاً لقاعدة قانونية الشكل في القانون الاجرائي، والتي مؤداها أن القانون لا يترك للقائم به حرية اختيار وسيلة القيام، بل يحدد هذه الوسيلة ويفرضها عليه، فأن الخصم لا يملك سوى التقيد بتلك المقتضيات والاشكال وبالطريقة التي يحددها المشرع الاجرائي.

فالقاعدة الاجرائية شأنها في ذلك شأن كل قاعدة قانونية، انما تنظم بشكل عام ومجرد سلوكاً معيناً، وترتب اثراً معيناً على القيام بهذا السلوك او عدم القيام به، وعدم القيام بالسلوك المنصوص عليه اصلاً، أو بغير الكيفية التي حددها المشرع، أنما يجعله اجراءاً معيباً يترتب عليه جزاءاً اجرائياً[2].

من هنا يمكن القول، بان العيب الاجرائي هو عدم مطابقة الاجراء الذي باشره الخصم مع النموذج القانوني المحدد له وبما يؤدي الى عدم انتاج الآثار القانونية تمهيداً لتحقق الاثر السلبي للقاعدة الاجرائية الا وهو فرض الجزاء الاجرائي.

وبالجدير بالذكر، أن هناك ارتباطاً وتلازماً ما بين العيب الاجرائي والاخلال بواجب اجرائي فرضه المشرع و واوجب أن يتطابق السلوك الاجرائي معه.

والارتباط على حد رأي جانب من الفقه[٣] هو قيام صلة وثيقة بين امرين، بحيث يتعذر الفصل فيما بينهما، وتعذر الفصل هذا يولد العديد من النتائج، مما يقتضي وجوب معاملة الامرين معاملة واحدة رغم ما قد يوجد بينهما اختلافات تستوجب تفريداً لمعاملة كل منهما عل حدة.

من هنا يظهر جلياً الارتباط ما بين العيب الاجرائي والواجب الاجرائي، فحيثما يتحقق الواجب الاجرائي، فأنه يتعين الالتزام بأمر المشرع والقيام بالعمل على النحو المحدد، وأي مخالفة لذلك الامر يعني تحقق عدم المطابقة المقصودة ومن ثم انطلاق الاثر السلبي للقاعدة الاجرائية (الجزاء) مهدراً بذلك اثر العمل المتخذ بالمخالفة لذلك الواجب الاجرائي[٤]. تجدر الاشارة، ان عدم استعمال الحقوق الاجرائية، لا يعد بمثابة مخالفة لسلوك اجرائي نموذجي واجب الاتباع، كما لا يعد اخلالاً بواجب اجرائي مفروض، وليس من شأنه تبعاً لذلك أن يولد عيباً، وبالتالي لا ينطلق الاثر السلبي للقاعدة الاجرائية، كل ما يترتب عليه هو تفويت الشخص لحقه او سلطته التي كان يمكن استعمالها[٥].

فالحق الاجرائي، هي مكنه أو سلطة يمنحها المشرع الاجرائي للخصوم من اجل الحفاظ او حماية حقوقهم اثناء عملية التقاضي، و بالتالي فأن مباشرة تلك السلطات منوط بالخصوم دون وجود الزام مفروض عليهم.

اما فيما يتعلق بنوع العيب المتحقق من جزاء مخالفة الواجبات الاجرائية، فالملاحظ أن العيوب الاجرائية ليست على شاكله واحدة، بل تختلف باختلاف نوع المخالفة للقاعدة الاجرائية.

فالمخالفة المنشئة للعيب الاجرائي قد تأخذ صورة نشاط سلبي بحت، أو قد يكون على هيئة نشاط ايجابي، لكن ليست بالكيفية التي رسمها المشرع، او في غير الاوضاع التي حددها.

فعدم مباشرة الاجراء الواجب بشكل مطلق، ما هو الا موقف سلبي من نشاط اجرائي يفرضه القانون، ففي هذه الحالة يترتب الجزاء الاجرائي بسبب الاهمال أو التقصير.

ومثال على ذلك، ما نص عليه المشرع العراقي[٦]. في حالة استمرار وقف الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه لمدة ستة اشهر، حيث يشكل هذا الامر موفقاً سلبياً من قبل المدعي، حيث يترتب على هذا الموقف ابطال عريضة الدعوى بحكم القانون.

وقد ينشأ العيب الاجرائي بسبب المخالفة المتحققة بسبب مباشرة الاجراء بغير الكيفية التي حددها المشرع.

فعلى سبيل المثال، اذا أخطأ القائم بالتبليغ في عمله، كتسليم ورقة التبليغ لغير الاشخاص المحددين قانوناً، هنا يبرز العيب الاجرائي في التبليغ بسبب عدم تحقق الغاية من الاجراء ومن ثم يبرز جزاء البطلان كأثر لهذه المخالفة[٧].

كما يتحقق العيب الاجرائي في حالة اتخاذ الاجراء قبل موعده، حيث يترتب عليه وجوب تجاهله، وعدم الاعتداد به مهما كان صحيحاً من حيث اوضاعه الشكلية.

حيث اوجب المشرع العراقي[٨] ضرورة مراعاة محل عمل أو اقامة الشخص المطلوب تبليغه عند اصدار ورقة التبليغ اليه على الا تقل المدة عن ثلاثة ايام ما بين تاريخ التبليغ وموعد المرافعة، فلا يجوز اجراء المرافعة قبل هذا الموعد، واستثنى من ذلك الامور المستعجلة.

المطلب الثاني:سلطة القاضي في تقرير العيب الاجرائي

بعد تسليط الضوء على مفهوم العيب الاجرائي، وصور تحقق العيب، قد يثار تساؤل حول مدى دور القاضي المدني في تقرير العيب الاجرائي.

وبعبارة اخرى، ماهي سلطة القاضي في تقدير العيب أو مدى حصول الاخلال بالواجب الاجرائي من تلقاء نفسه؟

أن هذا التساؤل قد يبدو للوهلة الاولى محسوم الاجابة بالاستناد الى الثوابت العامة في العمل القضائي، فوفقاً للقاعدة المعروفة بأن الدعوى أو الخصومة هي ملك الخصوم، وأن القاضي لا يباشر وظيفته بالفصل في النزاع إلّا بناءً على طلب، وهذا الطلب هو بدوره شرط لتحريك النشاط القضائي، لا يسعنا سوى القول بانه لا مجال للحديث عن تلك السلطة.

لكن عند التمعن في المسألة، نجد ان هناك علاقة تكاملية ما بين هذه القاعدة وبين الدور الايجابي للقاضي في الخصومة، حيث يسمح له هذا الدور من التدخل لمعالجة نواحي الخلل وامكانية استكمالها، لان من وظيفته مراعاة اتباع قواعد المرافعات، كما يعد التزامه بأعمال القانون وتطبيقه من تلقاء نفسه من أساسيات عمله[٩].

من هنا ظهرت بوادر تمرير هذه السلطة للقاضي، متجاوزة بذلك النظرية التقليدية التي كانت تصور القاضي كمتفرج ومشاهد للدعوى دون أن يكون له دور مؤثر فيها، ايماناً من هذا الاتجاه بقدرة القاضي على ترجمة افكار المشرع وبما يحقق الاهداف التي توخاها في النصوص الاجرائية.

أن القاضي بوصفه سيد التكييف القانوني بلا منازع، عليه- وهو بصدد التكييف القانوني للعمل الاجرائي المتخذ أمامه- أن يكشف ما قد يوجد به من عيوب اجرائية وذلك من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب من الخصوم لأنه هنا يقوم بوظيفته المحددة في القانون، ولا يشترط لممارسة هذه الوظيفة تمسك الخصوم امامه بغض النظر عن تعلق العيب بالنظام العام من عدمه[١٠].

ويذهب جانب من الفقه[١١]، ونحن معه، الى أن القاضي يجوز له تشخيص مواطن العيب الاجرائي ومن ثم الأمر بتصحيحه من تلقاء نفسه دون ان ينتظر طلباً من الخصوم بذلك، ويرى هذا الاتجاه أن هذه السلطة لا تعد مخالفة لمبدأ حياد القاضي ولا توجيهاً للخصوم، وانما هي محاولة من القاضي لتصيح شكل الدعوى وردها الى الوضع الطبيعي لها.

ويستطرد هذا الاتجاه الفقهي بالقول ان التشخيص والتصحيح متعلق بالمصلحة العامة الوقائية، ولو كان العيب المطلوب تصحيحه متعلق بالمصلحة الخاصة، فالمصلحة العامة الوقائية تقضي عدم اجبار المحكمة علي السير في اجراءات مهددة

بالزوال والبطلان، واذا تم حرمان القاضي من حقه في القضاء بالجزاء من تلقاء نفسه، فلا أقل من منحه السلطة في رقابة الاجراءات لضمان صحتها وسلامتها.

من كل ما تقدم، نتفق مع جانب من الشراع[١٢] على ضرورة الاعتراف للقاضي بسلطة كشف العيب والتحقق منه من تلقاء نفسه، وذلك بالاستناد الى المبررات الآتية:-

اولاً:- أن الاعتراف للقاضي بسلطة تقرير العيب من تلقاء نفسه سواء تعلق العيب بالنظام لعام ام لم يتعلق به، انما يقوم على اساس أن بحث القاضي للمسائل الاجرائية ما هو الا قيام بدوره في مراقبة صحة الاجراءات وسلامة الخصومة من العيوب، اذ أن تعرض القاضي لموضوع النزاع، رهن بصحة هذه الاجراءات.

ثانياً:- ينبغي عدم الخلط بين طبيعة القواعد الاجرائية بما فيها من جزاء اجرائي من جهة، وطبيعة المصلحة التي تحميها هذه القواعد من جهة اخرى، اذ ليس من المنطق أو القانون ما يحول دون أن تكون المصلحة خاصة، لكنها تحمى بقواعد آمرة، فهذه الاعتبارات ترقى بالقاعدة الاجرائية الى مصاف القاعدة الآمرة، وهو ما يتعين على القاضي اعمالها من تلقاء نفسه، والقول بغير ذلك وبضرورة تمسك الخصوم بإعمال القواعد الآمرة انما يهدر كل قيمة لهذه القواعد.

ثالثاً:- أن من المستقر عليه ان القاضي يعلم القانون، وهو ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه وإلاّ عُدّ منكراً للعدالة، لذلك فإن علم القاضي بالقانون إنما يجب ان ينصرف الى القانون بمعناه الشامل، أي يجب ان يكون دور القاضي واحداً بالنسبة للقانون الموضوعي والقانون الاجرائي، لان من واجبه إعماله بغير تمسك الخصوم به، وهو ما يعني من الناحية الفنية ان على القاضي مراعاة احترام الخصوم للأشكال الاجرائية التي يفرضها قانون المرافعات.

وازاء الثوابت سالفة الذكر، وامام خلو قانون المرافعات العراقي من النص الصريح لسلطة القاضي على تقرير العيوب الاجرائية في اجراءات نظر الدعوى، نجد من الضروري أن يتصدى المشرع الاجرائي لهذه المسألة، وذلك بمنح القاضي سلطة تقرير العيب الاجرائي بغض النظر عن تعلقه بالنظام العام من عدمه، ونقترح النص الآتي:-

((١- للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم استبعاد الاجراء المشوب بعيب ما، متى رأت أن الاجراء المعيب من شأنه التأثير في صحة الاجراءات المتخذة.

٢- للمحكمة عند الضرورة، السماح بتطهير العيب الاجرائي، متى ما ثبت لها أن ذلك الاجراء مهم في الدعوى ومن الممكن تطهيره وذلك خلال مدة تحددها المحكمة)).

المبحث الثاني: مبررات تطهير العيب الاجرائي بالإضافة

إن الحديث عن مبررات أو الحكمة من تطهير العيب بالإضافة، يقودنا الى معرفة المردودات الايجابية التي يمكن جنيها من هذا الاسلوب من المعالجات التشريعية، والتي تلقي بظلالها على مجمل عملية التقاضي.

ولعل من بين تلك المزايا هو حماية الاجراءات من الضياع بسبب ما أعترى الاجراء من عيوب أبعده عن مصاف الاجراءات السليمة، من هنا تبرز فعالية اسلوب التطهير كوسيلة للحد من ضياع الاعمال الاجرائية التي تم اتخاذها بمناسبة خصومة معينة دون الوصول الى النهاية الطبيعية لهذه الخصومة بسبب العيب.

كما إن الدعوة الى تطهير العيب بالإضافة، يشكل طوق نجاة للأجراء القضائي من خطر الجزاء الاجرائي، فالأجراء المعيب انما هو على شفا الوقوع في دائرة البطلان بسبب عدم مطابقة ذلك الاجراء للنموذج المحدد.

المطلب الاول: الحد من الهدر الاجرائي

من اولى مكتسبات التطهير بالإضافة، هي الحيلولة دون الوقوع في حالة الهدر الاجرائي أو على الاقل الحد من آثاره، من خلال الحفاظ على الاجراءات، والاموال التي صرفت عليها، والوقت الذي بذل في اتخاذها والنتائج الاجرائية والموضوعية التي نشأت عنها.

ويكمن جوهر التطهير بالإضافة، بإمكانية تكملة العمل الاجرائي الباطل من خلال اضافة المقتضى الشكلي أو الموضوعي الذي ينقصه[١٣].

أن تطهير العيب الاجرائي بهذا الاسلوب، يعني تحاشي الآثار السلبية التي ترافق اهدار العمل الاجرائي بسبب عيب فيه، حيث إن أهدار الاجراءات قد يؤدي الى ضرورة اتخاذ اجراء جديد لإعادة السير فيها مجدداً بعد استيفاء المقتضى الذي ترتب عليه الاهدار، ناهيك عن زيادة النفقات والكلفة الاقتصادية، وهو ما يؤدي الى مضاعفة الثمن الاساسي للعمل الاجرائي، وتجعله مكلف الى درجة عالية من الناحية الاقتصادية[١٤].

ورغم الاهمية القصوى لأسلوب التطهير بالإضافة، الا المشرع العراقي لم يعالج هذا الاسلوب بالشكل المناسب، بل جاءت الاشارة اليه بصورة مقتضبه للغاية، وفي فقرة واحدة في قانون المرافعات النافذ[١٥]، الامر الذي يثير الكثير من علامات الاستفهام من هذا الموقف.

لقد اوضح المشرع حالة واحدة فقط وهي حالة فيما إذا رأت المحكمة ان هناك خطأ او نقص في عريضة الدعوى، عندها يطلب من المدعي اصلاحه خلال مدة مناسبة، والا تبطل العريضة.

من هنا، ندعو المشرع الاجرائي العراقي الى اعطاء هذا الموضوع الاهتمام المناسب، وعدم الركون الى هذه الفقرة فقط كونها لا تتناسب مع الوظيفة الكبيرة التي تؤديها هذه الوسيلة، بل على المشرع وضع نظرية عامة لا تختزل بعريضة الدعوى فقط، وانا تمتد لتشمل كافة الاجراءات القضائية الاخرى.

أن هذه الدعوة للمشرع العراقي لم تأتِ من فراغ، بل هي تأكيد على حقيقة مفادها أن اهدار الاجراءات دون الوصول الى نهاياتها المقررة يعني خسارة فادحة تقع على عاتق الخصوم، فضلاً عن زيادة نفقات التقاضي وخلل في اقتصاديات الاجراءات، مما يؤدي في نهاية المطاف إلى شعور المتقاضي بالظلم.

تجدر الاشارة أن احتواء الهدر الاجرائي هي مسؤولية مشتركة لا تقتصر على جهة أو طرف ما، بل هي عملية تضامنية تبدأ بالمشرع وتنتهي بالخصوم، فالكل ملتزم بضرورة عدم تفاقم هذه المشكلة ولعل العلاج الاساسي للهدر الاجرائي هو مراعاة حسن النية في الاعمال الاجرائية، واحترام القانون، وهو الخطاب الموجه الى جميع اشخاص العملية القضائية[١٦].

من هنا يتضح أهمية التطهير بالإضافة من خلال دوره في تحجيم أو تحييد مشكلة الهدر الاجرائي من خلال السماح بإضافة المستلزمات التي تنقصه، أو تصحيح المقتضى المعيب فيه، فأن أمكن تكملة الاجراء القضائي، فإنه يعد اجراءاً صحيحاً، متحاشين بذلك الوقوع في بطلان الاجراء وما قد ينشأ عنه من عواقب سلبية على عملية التقاضي.
كما لا يخفي إن التطهير بالإضافة لا يعني اعطاء فرصة للمتقاضيين بإمكانية تكملة اجراءاتهم الناقصة وحسب، بل تعد فرصة ذهبية لتلافي زوال الاجراءات السابق اتخاذها لأي سبب من الاسباب، وما يعينه هذا الامر من عودة الخصوم الى نقطة الصفر وقد يؤدي في نهاية المطاف الى زوال اصل الحق ذاته، هذا الامر بلا شك يولد آثاراً مدمرة لفكرة العدالة.

المطلب الثاني:الوقاية من الجزاء الاجرائي

يعرف جانب من الفقه[١٧] الجزاء الاجرائي، بأنه الأثر الذي يرتبه قانون المرافعات في مواجهة الخصم الذي خالف النموذج القانوني لقاعدة قانونية معينة من قواعد قانون المرافعات، وهذا الجزاء قد يتعلق بالخصومة كوحدة وقد يتعلق بعمل اجرائي معين في الخصومة.
أن القاعدة القانونية بوصفها وسيلة تنظيم السلوك البشري، فإن مخالفتها من الامور المتصورة على خلاف الحال في القوانين و النواميس الطبيعية، لما للأفراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو طريق المخالفة، لهذا يكون لزاماً أن تكون هناك أداة أو وسيلة تكفل تلك الطاعة وتحد إن لم تمنع من سلوك طريق المخالفة[١٨].
والوسيلة التي تكفل طاعة ذلك الامر أو النهي ما هو الا الجزاء، فالجزاء لازمة من لوازم القانون، وفيصل التفرقة بين قواعده والقواعد السلوكية الاخرى، فهو محقق الفعالية والاحترام للقاعدة التي تقترن به، ومن خلاله تستطيع القاعدة تحقيق العدل في المجتمع[١٩].
أن الحديث عن اهمية الجزاء الاجرائي، كوسيلة لاحترام القواعد الاجرائية، لا يعني خلوه من تأثيرات سلبية تترك أثرها على الاجراءات وعلى الحقوق الموضوعية، حيث أن الافراط في فرض الجزاءات، يعني امكانية حصول اهدار في الإجراءات والحقوق الموضوعية.
من هنا تبدو اهمية الوقاية من الجزاء الاجرائي، من أجل ايجاد نقطة توازن بين ما للجزاء من أثر في احترام القاعدة الاجرائية، وضرورة أن يكون الجزاء فعالاً لتحقيق ذلك الاحترام، وبين ما للجزاء من أثر في اهدار الاجراءات والحقوق الموضوعية.
أن الآثار السلبية للجزاء لا تدرك الحقوق الموضوعية فحسب، وإنما تمتد وتنال بتأثيرها اجراءات اخرى تم اتخاذها، وقد تكون صحيحة في ذاتها، فضياع الخصومة كلها، وضياع صحيفة افتتاح الدعوى كنتيجة للحكم ببطلان الصحيفة[٢٠].
ويؤكد جانب من الفقه[٢١] ونحن معه، أن التنظيم الاجرائي الواعي، إنما يربط بين الاجراءات وأشكالها، وبين الغاية المرجوة منها، لكي لا يتعطل سير الخصومة وتتكدس القضايا وتترهل العدالة، لكن من ناحية اخرى تقتضي عقلانية هذا التنظيم الاجرائي عدم المغالاة في التطبيق غير البصير للجزاء وآثاره.

تجدر الاشارة ان الوقاية من الجزاء لا يتأتى دائماً من التدخل التشريعي المباشر له، وانما يكون كذلك من خلال تفعيل الدور الرقابي للقاضي، وتكمن هذه الرقابة في تنبيه الخصوم على وجود المخالفات والعيوب التي تستوجب إعمال الجزاء الاجرائي والطلب منهم لإصلاحها، وهذا من شأنه أن يؤدي الى إدخال عنصر الملائمة وجعل هذه الرقابة اداة في يد القاضي، يحافظ بها على الحقوق والمراكز القانونية من خطر الهدر الاجرائي[٢٢].

إن تفعيل الدور الرقابي للقاضي إنما تنبع من السياسة التي يتبعها المشرع عن تصميمه للجزاء الاجرائي، أذ يتبع سياسة تميل الى الترشيد في تقرير الجزاءات الاجرائية، وهي سياسة تقوم على التساهل وغض الطرف عن العديد من العيوب الاجرائية والتصدي على استحياء وتعفف للجسيم منها، فتعتمد تلك السياسة في سبيل ذلك الى الاكثار من حالات الابقاء على الاجراء المعيب وامكانية تطهيره[٢٣].

ونتفق مع من يرى[٢٤]، أن مقولة الوقاية من الجزاء خير من علاج آثاره، إن صدقت واعتمدتها السياسة التشريعية، فأنها تعكس إدراك واعي من المشرع الاجرائي لخطورة الجزاء على الاجراءات ، وعلى الحقوق الموضوعية، كما إنها تنم عن فهم واضح لفلسفة الاجراءات، وأنها ما وجدت إلا لتعبّد طريق العدالة امام الحقوق الموضوعية.

ولعل جوهر التدابير الوقائية في التطهير بالإضافة، هي المحافظة على الاجراءات الصحيحة التي تم اتخاذها، مما يؤدي الى الحفاظ الضمني على الاموال التي انفقت عليها، والحفاظ على الوقت الذي بذل في اتخاذها والنتائج الاجرائية والموضوعية التي تولدت منها. كما تكمن التدابير الوقائية بتدعيم دور القاضي الرقابي وبما يؤمن تلافي العيب الاجرائي والحيلولة دون وقوعه، وفي حالة عدم الامتثال لأوامر القاضي فإن الجزاء سيلوح في الافق، بمعنى اذا لم يستجب الخصوم لطلب القاضي بتطهير العيب بالإضافة، حينذاك سينهض جزاء البطلان.

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في قرار لها بأنه[٢٥]، ((لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر الى قرار الابطال وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام المادة (٥٠) من قانون المرافعات، لان المحمة لم تمهل المدعي مدة مناسبة لبيان عنوان المدعى عليه بصورة واضحة لغرض التبليغ، لذا تقرر نقض القرار التمييزي ورد الطعن وتحميل المميز رسم التمييز..)).

يتضح من هذا القرار، أن محكمة الطعن رأت ان قرار محكمة الموضوع قد جانب الصواب وابتعد عنه كونه لم يعطي فرصة لتطهير العيب الذي شاب الاجراء، حيث كان بالإمكان تلافي ذلك العيب فيما لو أعطيت فرصة للمدعي من اجل بيان عنوان المدعى عليهم لغرض التبليغ.

من كل ما تقدم، يبدو جلياً أهمية تطهير العيب الاجرائي بالإضافة، هذه الوسيلة التي تأخذ على عاتقها مهمةانقاذ الاجراءات من خطر الجزاء الاجرائي، وتعطي فرصة للمتقاضين من الاستمرار في اجراءاتهم من دون أن تطالها تلك الجزاءات وما قد ينجم عنها من خسارة الجهد والنفقات، وقد تعيد بتلك الاجراءات الى المربع الأول.

لذا بات من الضروري أن يعطي المشرع الاجرائي العراقي هذا الموضوع الاهمية التي يستحقها، من اجل الوصول الى مكتسباتها، وهذا الامر لا يتأتى من فراغ، بل من خلال تفعيل النصوص الاجرائية في هذا المضمار وبما يساعد على تحقيق الاهداف السالفة الذكر.

المبحث الثالث:مستلزمات تطهير العيب الاجرائي بالإضافة وآثاره

من اجل امكانية التطهير بالإضافة، كان لابد من توافر جملة مستلزمات أو شروط محددة لكي تتسم عملية التطهير بالصحة، وبخلافها يتعذر القيام بذلك، وهذا الامر يعني بطبيعة الحال أن التطهير هي عملية دقيقة وينبغي أن تكون في حدود معينة لكي لا يتم استخدام هذه الوسيلة بشكل غير دقيق، وقد يكون بنتيجة ذلك حصول أمور لا تخدم عملية التقاضي، تؤدي الى غير ما افترضه المشرع من هذه العملية.

أن اتمام عملية التطهير بالإضافة تُنشئ آثاراً قانونية تؤثر في العمل الاجرائي، وتؤدي الى ظهور عمل اجرائي صحيح مكتمل العناصر بعد ان كان عملاً يشوبه عيب اجرائي قبل عملية التطهير بالإضافة.

المطلب الاول: مستلزمات تطهير العيب الاجرائي بالإضافة

يتطلب التطهير بالإضافة جملة من المقتضيات أو المستلزمات لأجل اخراج العمل الاجرائي من دائرة العيوب الاجرائية الى مصاف الاعمال الاجرائية السليمة المنتجة لآثاره القانونية.

ويمكن إجمال هذه المستلزمات بما يأتي:-

أولا: أن يكون تطهير الاجراء المعيب ممكناً:

من اولى مستلزمات التطهير بالإضافة، هي أن يكون تطهير العمل الاجرائي ممكناً أي غير مستحيل.

إن الاستحالة قد تكون مادية او قد تكون الاستحالة قانونية، فالاستحالة المادية قد تتحقق بعدة صور، وعلى سبيل المثال كأن تهلك الاشياء موضوع عمل الخبير بعد قرار بطلان تقريره، ففي هذه الحالة يتعذر أجراء عملية التطهير بسبب هلاك الشيء محل الخبرة[٢٦].

وقد يتعذر تطهير العيب الاجرائي بسبب الاستحالة القانونية، كانقضاء الميعاد المحدد لمباشرة الاجراء، فسقوط الحق في مباشرة الاجراء يعد سبباً قانونياً لهذه الاستحالة، ويترتب عليه عدم امكانية تطهير العيب، ولعل مواعيد الطعن خير مثال سقوط الحق وعدم امكانية مباشرة الاجراء القضائي المحدد[٢٧].

تجدر الاشارة أن امكانية تطهير العيب يقتضي أن يكون العيب الذي أصاب هذا الاجراء من العيوب التي تقبل التطهير، فالعيوب الشكلية من الممكن دائماً تصحيحها، أما العيوب الموضوعية، فقد تكون في بعض الاحيان غير قابلة للتطهير[٢٨].

فعلى سبيل المثال رفع الدعوى من شخص أو ضد شخص توفي قبل رفع الدعوى، حيث أن البطلان الذي أصاب صحيفة الدعوى لا يقبل التطهير، لان المتوفى قبل رفع الدعوى يفقد وبصفة مطلقة ودائمة أهلية الاختصام.

ولا يكون ممكناً في هذه الحالة الا رفع دعوى جديدة من أو ضد الورثة لا باعتبارهم خلفاً للمتوفى، لكن باعتبارهم الخصوم الأصليين في الدعوى[٢٩].

أما العيوب الشكلية فالمبدأ العام أنه يقبل التطهير وذلك لتعلق الامر باجراءات رفع الدعوى، وهي في الغالب قواعد شكلية يقوم بها الخصوم، ومثال على ذلك وجود خلل في بيانات عريضة الدعوى.

فاذا كانت المطالبة باطلة لعدم توقيع محام عليها، فيجوز أن يقوم محام بتوقيعها في الجلسة[٣٠].

تجدر الاشارة أنه يتعين على المحكمة ان تتحقق من توافر هذا الشرط عند منحها الاذن للخصم أو تكليفها له بالقيام بالتطهير، فاذا وجدت أن تصحيح الاجراء غير ممكن، وجب عليها أن ترفض الاذن بالتطهير.

ثانياً: أن يضاف الى العمل الباطل ما ينقصه:

أن التطهير بالإضافة إما يتطلب اضافة بيانات جديدة للاجراء المعيب (الباطل)، أو قد يتطلب تصحيح للبيانات القائمة، فقد يستلزم الأمر اضافة مقتضى ناقص أو تعديل مقتضى معيب، لكن يجب في كل الاحوال أن تكون الاضافة تامة، بحيث يتوافر في العمل بعد تكملته سائر ما يقتضيه القانون وعلى النحو الذي يريده[٣١].

ولا يشترط في الإضافة أن تتم بنفس الوسيلة التي تم بها العمل المراد تكملته، ما دامت الوسيلة المستعملة تؤدي الى التكميل التام، كما لا يشترط أن يكون البيان المضاف مماثلاً لنفس البيان الناقص، بل يكفي أن يؤدي نفس الوظيفة التي يريدها القانون من البيان الناقص[٣٢].

وبالرجوع الى قانون المرافعات العراقي، نجد ان المشرع الاجرائي قد فرط في نصوصه كل هذه المرونة والمعالجة التشريعية الفعالة، فلا نكاد نجد نصاً يتصدى لكل لهذه الفرضيات، ولم يتطرق المشرع لهذه الحالات رغم ما يمكن أن تؤديه من نتائج ملموسة على ارض الواقع.

فعندما نتأمل في المادة (٥٠) من قانون المرافعات، نجد أن المشرع لم يعطي حلولاً جذرية لمسألة التطهير بالإضافة فيها، وحصر الخصم في زاوية ضيقة، وجعل من جزاء الابطال أمراً لا مفرَّ منه عندما يتعذر تبليغ المدعي بضرورة اكمال النقص في عريضة دعواه.

من هنا ندعو المشرع الاجرائي الى السعي الحثيث من أجل اعطاء الخصم فرصة اكبر لتطهير اجراءه الناقص، والابتعاد قدر الامكان من الجزاءات الاجرائية.

فضلاً عما تقدم، فانه يتعين أن يكون الاجراء المضاف أو المكمل اجراءاً صحيحاً، فالتطهير لا يتم الا من خلال اجراء أو شكل، إذا الاجراء الباطل لا يصححه ولا يطهره إجراء باطل مثله ولو اختلف سبب البطلان[٣٣].

ويذهب جانب من الفقه[٣٤] الى القول، بانه يجوز الإضافة أو تكملة الاجراء الباطل سواء كان البطلان نتيجة لتخلف مقتضى أو مستلزم شكلي أو موضوعي، فمثلاً إذا كان البطلان نتيجة توجيه الاجراء الى القاصر نفسه، فيجوز تصحيحه بتوجيه الاجراء الى الممثل القانوني لهذا القاصر.

ثالثاً: أن تتم الإضافة في الميعاد المحدد:

يحدد قانون المرافعات مواعيد لاتخاذ الاجراءات المقررة فيه، لذلك حق القول بأن قوام المرافعات اجراء وميعاد، من هنا كانت أهمية دراسة المواعيد في قانون المرافعات على اساس التلازم بينها وبين الاجراءات، إذ ان الاجراء لا يعد صحيحاً إلاّ اذا أتخذ في الميعاد الذي قرره المشرع[٣٥].

أن سلوك طريق التطهير بالإضافة، يعني ضرورة التقييد بمواعيد ثابتة شأنها في ذلك شأن باقي الاجراءات من أجل أن تتسم في النهاية بالصحة، وبخلافها يتعذر ابعاد ذلك الاجراء من خطر الجزاءات المقررة.

أن الشرط الثالث من شروط التطهير بالإضافة يوجب التفريق ما بين الحالتين، الاولى أن يكون للاجراء ميعاد محدد في القانون، أما الثانية وهي حالة ألا يكون للاجراء ميعاد قانوني لمباشرته.

فاذا كان للاجراء ميعاد، وجب أن يحصل التطهير بالإضافة خلال الميعاد القانوني، اي في الميعاد المحدد له، وإلاّ أصبح التطهير غير ممكن، فالقانون إذ يحدد ميعاداً للقيام بالعمل، فيجب أن يتم العمل بجميع مقتضياته في هذا الميعاد، ولما كانت الإضافة ليست سوى اضافة مقتضى ناقص أو تصحيح مقتضى معيب، فأنها يجب ان تتم في الميعاد المحدد للقيام بالعمل[٣٦].

فعلى سبيل المثال لو تم تبليغ عريضة الاستئناف وكانت مشوبة بعيب ما خلال الميعاد المحدد للطعن الاستئنافي، وبعدها تم تدارك ذلك العيب لكن بعد فوات الميعاد المحدد للطعن، ففي هذه الحالة لا يمكن القول بصحة عريضة الاستئناف الاولى بحجة أنه تم تدارك العيب، لأن التصحيح حصل بعد الميعاد المحدد قانوناً.

أما الحالة الثانية والتي لا يكون فيها للاجراء ميعاد محدد في القانون لاتخاذه، فأن على القاضي أن يعين ميعاداً لاجراء ما يلزم من تصحيح، هنا تنهض سلطة المحكمة التقديرية في تقدير الميعاد وبما تراه مناسباً ومتلائماً مع الوقت من أجل تطهير ذلك العيب[٣٧].

وفي حالة عدم إضافة البيان الناقص، أو تصحيح العمل المعيب خلال المدة التي منحها القاضي للخصم، عندها يحق الحكم بالبطلان بسبب إهمال الخصم الذي وقع البطلان منه في اجراء التصحيح في الموعد الذي حددته المحكمة، وهذه الحالة الوحيدة التي حددها المشرع العراقي من حالات التطهير بالإضافة[٣٨].

وإذا كان التطهير لا يشترط فيه عدم التمسك بالبطلان طالما تم في الميعاد، ألا ان التساؤل الذي يطرح نفسه هو عن مصير التطهير، أو مدى إثارته إذا انقضى الميعاد ولم يتمسك صاحب المصلحة به بسبب غيابه؟.

يرى اتجاه في الفقه[٣٩] ونحن معه انه ينبغي التمييز بين حالتين.. الاولى هي حالة إذا كان الميعاد المقرر لاتخاذ الاجراء متعلقاً بالنظام العام، وكان البطلان متعلقاً بالنظام العام، فانه يترتب على انقضاء الميعاد عدم امكان تطهير الاجراء الباطل.

أما الحالة الثانية، فهي إذا كان الميعاد متعلقاً بالنظام العام، لكن البطلان الذي شاب الاجراء متعلق بالمصلحة الخاصة، ففي هذه الحالة يجوز تصحيح البطلان رغم فوات الميعاد.

رابعاً: أن يتم التطهير في ذات درجة التقاضي:

أستقر القضائي المصري[٤٠] على ان التطهير ينبغي أن يتم في ذات مرحلة التقاضي الذي أتخذ فيه الاجراء المعيب، سواء كان للأجراء ميعاد محدد لاتخاذه قانونا أو لم يكن له هذا التحديد، وسواء حدد القاضي ميعاداً للتصحيح في الحالة الاخيرة أم لم يحدد، ففي جميع الاحوال يجب على صاحب الشأن القيام بالتطهير في ذات درجة التقاضي الذي أتخذ فيه الاجراء المعيب.

والجدير بالذكر، أنه يلزم أن يتم اجراء التطهير قبل صدور الحكم بتقرير البطلان، أي أنه يجوز تطهير الاجراء المعيب في الفترة ما بين التمسك بالبطلان، وقبل صدور الحكم المقرر للبطلان، أما اذا حكم ببطلان الاجراء، فلا مجال للحديث عن التطهير[٤١].

ويترتب على ذلك، انه بصدور الحكم بانتهاء الخصومة التي أتخذ فيها الاجراء المعيب، أمتنع تطهير هذا البطلان امام محكمة الدرجة الثانية، سواء تعلق العيب بالنظام العام ام بالمصلحة الخاصة[٤٢].

وبعد استعراض مستلزمات تطهير العيب بالإضافة، نجد أن هذا الاسلوب في التطهير يبدو كنظام متكامل، هدفه الاساس الحفاظ على ما يمكن الحفاظ عليه من الاجراءات وابعادها عن دائرة العيوب الاجرائية، وما يترتب على ذلك من جزاءات اجرائية مقررة.

المطلب الثاني:آثار تطهير العيب الاجرائي بالإضافة

يترتب على تطهير العيب بالإضافة آثاراً مهمه على صعيد صحة العمل الاجرائي المعيب، فبعد توافر المستلزمات الخاصة بالتطهير سالفة الذكر، فأن ذلك العمل يأخذ منحاً جديداً وتظهر فيه بوادر العمل الاجرائي الصحيح.

فإذا تم التطهير على نحو ما سبق، فأن العيب سيزول عن الاجراء القضائي، فيعد العمل صحيحاً، وليس لأحد التمسك ببطلانه، كما لا يجوز للقاضي أن يقضي ببطلان هذا الاجراء الذي تم تطهيره، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب صاحب المصلحة، حيث زال البطلان ولم يعد محلاً للتمسك به[٤٣].

وهنا قد يثار تساؤل حول تاريخ الاعتداد بآثار الاجراء الذي تم تطهيره هل العبرة بوقت اتخاذ الاجراء المعيب.. أم من تاريخ التطهير؟..

لقد تصدى الفقه الاجرائي[٤٤] لهذا التساؤل بالقول انه وعلى الرغم من أن الاجراء الباطل يكون قائماً مولداً لجميع آثاره الى أن يحكم بتقرير بطلانه، فأنه إذا ما تم تطهير الاجراء، فلا يعتد به الا من تاريخ تصحيحه أو تطهيره وليس من تاريخ اتخاذ الاجراء المعيب.

يتضح مما تقدم، أن المعتد به هو وجود الاجراء صحيحاً كاملاً، بمعنى أن تطهير الاجراء الباطل ليس له أثر رجعي، وتكون آثار العمل التي تترتب هي آثار العمل الجديد وحده، ومن تاريخ القيام به.

من هنا تبدو اهمية وسيلة التطهير كونه أمر طارئ على البطلان ومؤثر فيه، فعند مراعاة مستلزمات التطهير بالإضافة آنفة الذكر، فأن ما كان يعد عملاً معيباً لا يعد كذلك فيما بعد، بل يعد عملاً صحيحاً، وترتد إليه الآثار المتولدة عنه بشكل صحيح، وبالتالي لا يبقى الحديث عن الهدر الاجرائي قائماً وكان من الممكن حدوثه لو لا إدراك هذا الاجراء وتطهيره، وهو ما يتفق في نهاية المطاف مع الغايات التي يتوخاها المشرع متمثلة في التبسيط والتيسير، حتى لا تكون المبالغة في التمسك بالشكل سبباً في ضياع الحقوق.

وبالرغم من كل ما يحتويه هذا الاسلوب من مزايا، ألا ان المشرع الاجرائي العراقي قد أغفل تنظيم موضوع التطهير بالإضافة في قانون المرافعات، وهو ما يمكن أن نسميه فراغاً تشريعياً مؤثراً.

صحيح أن المشرع العراقي قد تطرق في فقرة واحدة فقط الى جزئية من هذا الموضوع، ألا ان المعالجة لم تكن بالمستوى المطلوب، وغير قادر على استيعاب الامر بكافة أبعاده.

من هنا، نجدد الدعوة للمشرع الاجرائي العراقي، بضرورة أخذ الموضوع على محمل الجد، مع صياغة نظرية عامة له من شأنها وضع حد للاجتهادات غير المنضبطة.

وازاء هذا النقص التشريعي في قانون المرافعات العراقي نقترح النص الآتي:

((١. يجوز تطهير الاجرائي القضائي المعيب ولو بعد التمسك ببطلانه على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الاجراء.

٢. إذا لم يكن للاجراء ميعاد تقرر في القانون، حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتطهيره)).

ولأجل تحديد نطاق التطهير بالإضافة وعدم الوقوع في حالة غموض النص نقترح الآتي:

((١. يشمل التطهير بالإضافة العيوب الشكلية والموضوعية للاجراء القضائي دون المنعدم.

٢. يجوز تطهير الاجراء القضائي المعيب سواء كان البطلان متعلقاً بالنظام العام ام كان مقرراً لمصلحة أحد الخصوم)).

ولكي لا يعد التمسك بالبطلان مانعاً من اجراء التطهير بالإضافة، وهو ما قد يحرم صاحب المصلحة من حقه في تصحيح اجراءه المعيب، نعتقد بضرورة ان يبقى هذا الحق قائماً طالما لم ينتهي الميعاد المحدد له، عليه نقترح النص الآتي:

((يجوز تطهير الاجراء القضائي المعيب بالإضافة، ولو بعد التمسك ببطلانه طالما تم التطهير في الميعاد القانوني المحدد)).

كما لا يخفى اهمية الآثار المترتبة على تطهير العيب الاجرائي بالإضافة، لتلافي الوقوع في اشكالية تاريخ سريان تلك الآثار، لذا من الضروري تصدي المشرع الاجرائي لهذه المسألة ونقترح ايراد النص الآتي:-

((لا يعتد بالإجراء القضائي المعيب الا من تاريخ تطهيره وليس من تاريخ القيام بالعمل القضائي المعيب)).

الخاتمة

في نهاية موضوع البحث المرسوم ب ((تطهير العيب الاجرائي بالإضافة)) تم التوصل الى جملة من الاستنتاجات، وكذلك المقترحات التي نأمل أن ترى النور، ويأخذ بها المشرع الاجرائي العراقي.

أولاً:- النتائج:-

١- أن العيب الاجرائي هو عدم مطابقة الاجراء الذي باشره الخصم مع النموذج القانوني المحدد له، وبما يؤدي الى عدم أنتاج الآثار القانونية، تمهيداً لتحقق الأثر السلبي للقاعدة الاجرائية متمثلة بفرض الجزاء الاجرائي.

٢- العيوب الاجرائية ليست على شاكلة واحدة، بل تختلف باختلاف نوع المخالفة للقاعدة الاجرائية.

٣- من واجبات القاضي هي ضرورة تشخيص مواطن العيب الاجرائي، ومن ثم الامر بتصحيحه من تلقاء نفسه، دون ان ينتظر طلباً من الخصوم بذلك، في محاولة منه لتصحيح شكل الدعوى، وردها الى الوضع الطبيعي لها.

٤- أن من اولويات التطهير بالإضافة، هي الحيلولة دون الوقوع في حالة الهدر الاجرائي، أو على الاقل الحد من آثاره، من خلال الحفاظ على الاجراءات، والاموال التي صرفت عليها، والوقت الذي بذل في اتخاذها، والنتائج الاجرائية والموضوعية التي نشأت عنها.

٥- يعد التطهير بالإضافة وسيلة هامة للوقاية من الجزاء الاجرائي وما قد يتركه من آثار على الحقوق الموضوعية، من خلال اعطاء المتقاضين فرصة لتصحيح اجراءاتهم من دون ان تطالها تلك الجزاءات، وما قد ينجم عنها من خسارة الجهد والنفقات.

٦- من أجل تفعيل وسيلة التطهير بالإضافة، كان لا بد من توافر جملة من المستلزمات لأجل اخراج العمل الاجرائي من دائرة العيوب الاجرائية الى مصاف الاعمال الاجرائية السليمة المنتجة لاثارها القانونية.

٧- إذا تم التطهير وفق الشروط اللازمة له، فأن العيب سيزول عن الاجراء القضائي، حيث يعد العمل صحيحاً، وليس لأحد التمسك ببطلانه ويعد هذا العمل صحيحاً من تاريخ التطهير، وليس من تاريخ اتخاذ الاجراء معيباً.

ثانياً:- التوصيات:-

١- أمام خلو قانون المرافعات العراقي النافذ من النص الصريح لسلطة القاضي على تقرير العيوب الاجرائية في الدعوة المدنية، نجد من الضروري ان يتصدى المشرع الاجرائي لهذه المسألة، وذلك بمنح القاضي سلطة تقرير العيب الاجرائي، بغض النظر عن تعلقه بالنظام العام من عدمه، عليه نقترح النص الآتي:-

((١. للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، إستبعاد الاجراء المشوب بعيب ما، متى رأت أن الاجراء المعيب من شأنه التأثير في صحة الاجراءات المتخذة.

٢. للمحكمة عند الضرورة، السماح بتطهير العيب الاجرائي، متى ماثبت لها أن ذلك الاجراء مهم في الدعوى، ومن الممكن تطهيره، وذلك خلال مدة تحددها المحكمة)).

٢- ندعو المشرع الاجرائي العراقي الى اعطاء موضوع ((التطهير بالإضافة)) الاهتمام المناسب وعدم الركون الى الفقرة الاولى من المادة (٥٠) من قانون المرافعات فقط، كونها لاتتناسب مع الدور الكبير الذي تؤديه هذه الوسيلة، فحري بالمشرع العراقي وضع نظرية عامة لهذا الموضوع، وعدم اختزاله بعريضة الدعوى فقط، وانما ينبغي أن تمتد لتشمل كافة الاجراءات القضائية الاخرى.

٣- ان الدعوة للمشرع الاجرائي العراقي بضرورة تبنّي موقف واضح من مسألة التطهير بالإضافة لم يأتِ من فراغ، بل لأهمية الموضوع ودوره في تجاوز كل ما من شأنه التأثير على سير الدعوى، حيث نقترح النص الآتي كمحاولة أولى لتنظير موضوع التطهير بشكل عام والتطهير بالإضافة على وجه الخصوص:-

((١. يجوز تطهير الاجراء القضائي المعيب، ولو بعد التمسك ببطلانه، على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الاجراء.

٢. إذا لم يكن للاجراء ميعاد مقرر في القانون، حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتطهيره)).

٤- ولكي لايتم الوقوع في فراغ تشريعي بالنسبة لتحديد نطاق التطهير بالإضافة، والحيلولة دون ظهور الاجتهادات المختلفة، نقترح تحديد نطاق التطهير من خلال ايراد النص الآتي:

((١. يشمل التطهير بالإضافة، العيوب الشكلية والموضوعية للاجراء القضائي، دون المنعدم.

٢. يجوز تطهير الاجراء القضائي المعيب سواء اكان البطلان متعلقاً بالنظام العام أم كان مقرراً لمصلحة أحد الخصوم)).

٥- من اجل الا يعد التمسك بالبطلان مانعاً من اجراء التطهير بالإضافة، وهو ما قد يحرم صاحب المصلحة من حقه في تطهير اجراءه المعيب، نعتقد بضرورة أن يبقى هذا الحق قائماً، طالما لم ينتهي الميعاد المحدد له، عليه نقترح النص الآتي:-

((يجوز تطهير الاجراء القضائي المعيب بالإضافة ولو بعد التمسك ببطلانه طالما تم تطهير في الميعاد القانوني المحدد)).

٦- لا يخفى أهمية الآثار المترتبة على تطهير العيب الاجرائي بالإضافة، هذه الاهمية تأتي من أجل تلافي الوقوع في اشكالية تاريخ سريان تلك الآثار، وامام خلو قانون المرافعات من نص صريح يعالج هذه المسألة، نقترح النص الآتي في قانون المرافعات:

((لا يعتد بالاجراء القضائي المعيب الا من تاريخ تطهيره، وليس من تاريخ القيام بالعمل القضائي المعيب)).

قائمة المصادر

اولاً:- الكتب القانونية:

١. د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٢. د. امينة النمر، اصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، بلا سنة نشر.

٣. د. ايمن احمد رمضان، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٤. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، الموصل، ٢٠٠٠.
٥. د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠.
٦. د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني،ج٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٤.
٧. د. نبيل اسماعيل عمر، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١.
٨. د. نبيل اسماعيل عمر، التكامل الوظيفي للاعمال الاجرائية والاجراءات الموازية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١.
٩. د. نبيل اسماعيل عمر، الهدر الاجرائي واقتصاديات الاجراء، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
١٠. د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.

ثانياً:- الاطاريح الجامعية:

زياد محمد شحاذة، فاعلية الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات المدني، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة الموصل، ٢٠٠٧.

ثالثاً:- القوانين:

١. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

الهوامش :

(١) د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٥؛ د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ج٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٤، ص١٥٣.
(٢) د. ايمن احمد رمضان، الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،٢٠٠٥، ص١٤٦.
(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، الارتباط الاجرائي في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص١٢.
(٤) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠، ص٤٨٩.
(٥) د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص١٤٨.
(٦) راجع:- الفقرة(٢) من المادة (٨٣) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل، كذلك المادة (٩٩) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨).
(٧) راجع:- المادة (٢٧) مرافعات عراقي، تقابلها المادة (٢٠) مرافعات مصري.
(٨) راجع:- المادة (٢٢) مرافعات عراقي.
(٩) د. نبيل اسماعيل عمر، التكامل الوظيفي للأعمال الاجرائية والاجراءات الموازية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٩١؛ د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص١٥٨.
(١٠) د. ايمن احمد رمضان، المصدر نفسه، ص١٥٩.
(١١) د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والجزاء الاجرائي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٢٠٦-٢٠٧.
(١٢) د. ايمن احمد رمضان، المصدر اعلاه، ص١٦٠.
(١٣) د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٢٠٥.
(١٤) د. نبيل اسماعيل عمر، الهدر الاجرائي واقتصاديات الاجراء، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٥٢-٥٤.

(١٥) راجع:- الفقرة (١) من المادة (٥٠) مرافعات عراقي.
(١٦) د. نبيل اسماعيل عمر، الهدر الاجرائي، مصدر سابق، ص٩٢.
(١٧) للمزيد من التفصيل راجع:- د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص٧٢؛ د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص١٩٤؛ د. امينة النمر، اصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، بلا سنة نشر، ص١٨٥.
(١٨) د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٢٩.
(١٩) د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٧.
(٢٠) نقض جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧_ الطعن رقم ٢٥٠٩_ السنة٦٠ ق/ اشار اليه د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٣٠٣.
(٢١) د. ايمن احمد رمضان ، مصدر سابق، ص٣٠٥.
(٢٢) زياد محمد شحادة، فاعليه الجزاء الاجرائي في قانون المرافعات المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٧، ص١٢٤.
(٢٣) د. نبيل اسماعيل عمر، التكامل الوظيفي، مصدر سابق، ص٣٤.
(٢٤) د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٣١٩.
(٢٥) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية، رقم ٢٩٩/ت. ب/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٧/٢٥ (غير منشور). أشار اليه زياد محمد شحادة، مصدر سابق، ص١٣٠.
(٢٦) د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٢٠٧.
(٢٧) تنص المادة (١٧١) من قانون المرافعات العراقي على أن ((المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية، يترتب على عدم مراعاتها، وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة-من تلقاء نفسها- برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية)). تقابلها المادة (٢١٥) مرافعات مصري.
(٢٨) د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق ص٦٥٥.
(٢٩) الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص ٢٠٧.
وتنص المادة (٥) من قانون المرافعات العراقي ((يصح ان يكون أحد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت أو له، ولكن الخصم في عين من أعيان التركة هو الوارث الحائز لتلك العين)).
(٣٠) د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص٩٢.
(٣١) د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٢٠٨؛ د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، طبع جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص١٩١.
(٣٢) د. نبيل اسماعيل عمر، التكامل الوظيفي، مصدر سابق، ص٤٢.
(٣٣) راجع هذا الخصوص: نقض مصري في ١٩٨٧/٢/٢٢، الطعن ٧٢٨ س٥٣ق/ والنقض في١٩٧٦/٢/٢ الطعن رقم ٤٣٧ س ٤٠ ق، أشار اليه د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٥٦.
(٣٤) د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص٢١٢؛ د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص ٩٢.
(٣٥) د. عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص٤٨٠.
(٣٦) د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٥٧-٦٥٨؛ د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٩١.
(٣٧) د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص٩٣.
(٣٨) راجع: المادة (٥٠) مرافعات عراقي.
(٣٩) د. الانصاري حسن النيداني، مصدر سابق، ص٢٠٩-٢١٠.
(٤٠) نقض١٩٧٦/٢/٢ س٢٧، أشار اليه النيداني، مصدر سابق، ص٢١١.
(٤١) د. ايمن احمد رمضان، مصدر سابق، ص٦٦٢
(٤٢) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٩١-١٩٢.
(٤٣) د. ايمن احمد رمضان، المصدر السابق، ص٦٧٢-٦٧٣.
(٤٤) راجع هذا الخصوص: د. وجدي راغب، مصدر سابق، ص٩٢؛ د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص٢١٣.