المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:27-50
المجلد (7) – العدد (2)، كانون الأول 2023
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

# العدالة الشكلية مفهومها ووظيفتها (دراسة تحليلية في ضوء قانون الإثبات)

إسماعيل نامق حسين[1,2]، بەختیار رحمان حمەکەریم[3]

[1,3] كلية القانون، جامعة السليمانية، السليمانية، العراق
[2]كلية القانون، قسم القانون، جامعةجيهان- السليمانية، السليمانية، العراق

Email: esmail.hussain@univsul.edu.iq[1], bextyar24@gmail.com[3]

**الملخص:**

اعتمدنا في كتابة هذا البحث على منهج تحليلي، للبحث في مفهوم العدالة الشكلية ووظائفها. وبعد النظر والتحليل في نصوص قانون الإثبات العراقي النافذ، وبعد عرض وتقييم الآراء الفقهية المتعلقة بموضوع بحثنا، وجدنا أن العدالة الشكلية تعني بذل الجهد لتقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، إذ العدالة الشكلية لا تعني التطبيق الحرفي للقانون، وإنما تستوجب التطبيق السليم للقانون، وذلك بإلزام القاضي بتحري الوقائع، وبإجراء التفسير المتطور للقانون، وتبسيط الشكلية بما يضمن المصلحة العامة، إضافة إلى ذلك تفرض على المتخاصمين الالتزام بأحكام القانون وبمبدأ حسن النية في تقديم الأدلة. فتوصلنا إلى أن العدالة الشكلية هي الالتزام كما يتطلبه القانون بالمبادئ والقواعد القانونية الموضوعة لإثبات الحق، وذلك بهدف كشف الحقيقة أو الوصول إليها. ومن أجل الحفاظ على التوازن بين ضرورة استقرار الأوضاع القانونية ومتطلبات العدالة الشكلية اقترحنا، أن تكون صياغة وتقنين أدلة الإثبات بشكل يراعي الثوابت العقلية والمنطقية من جهة، ولا يتجاهل المستجدات الواقعية من جهة أخرى، أي أن ترد أدلة الإثبات على سبيل المثال، لكن مع ضوابط تضمن عدم التفريط بحق المتخاصم الآخر.

**الكلمات المفتاحية:** الإثبات، الفلسفة، التشريع، الحقيقة.

**پوختە:**

لە نووسینی ئەم توێژینەوەیەدا پشتمان بە رێبازی شیکاری بەستوە، بۆ لێکۆڵینەوە لە چەمکی دادپەروەری شێوەیی و ئەرکەکانی. پاش سەیرکردن وشیکردنەوەی دەقەکانی یاسای سەلماندنی عێراقی بەرکار، ودوای خستنەڕوو وهەڵسەنگاندنی بۆچوونە فیقهییەکانی پەیوەست بە بابەتی لێکۆڵینەوەکەمان، بۆمان دەرکەوت کە دادپەروەری شێوەیی واتە هەوڵدان بۆ نزیککردنەوەی ڕاستی دادوەری لە ڕاستی ڕاستەقینە، چونکە دادپەروەری شێوەیی بە مانای جێبەجێکردنی وشەیی یاسا نییە، بەڵکو پێویستی بە جێبەجێکردنی دروستی یاساکە هەیە، بە پابەندکردنی دادوەر بە لێکۆڵینەوە لە ڕاستییەکان، ئەمەش بە ئەنجامدانی لێکدانەوەی بێشکەوتوانە بۆ یاسا، وبە ئاسانکاری لە ڕۆتین بە شێوەیەک بەرژەوەندی گشتی بپارێزێت. جگە لەوەش داوا لە داواکاران دەکات کە پابەندبن بە بڕگەکانی یاسا و بنەمای نیەتپاکی لە پێشکەشکردنی بەڵگەدا. بۆیە ئێمە گەیشتینە ئەو ئەنجامەی کە دادپەروەری شێوەیی بریتییە لە پابەندبوون، وەک ئەوەی یاسا داوا دەکات، بەو بنەما وڕێسا یاساییانەی کە بۆ دامەزراندنی مافەکە دانراون، بە ئامانجی ئاشکراکردن یان دەستڕاگەیشتن بە ڕاستییەکان. بۆ ئەوەی هاوسەنگی لە نێوان پێویستی سەقامگیری پێگە یاساییەکان وپێداویستییەکانی دادپەروەری شێوەیی بپارێزین، پێشنیارمان کرد کە دانان ونوسینەوەی بەڵگەکانی سەلماندن لە یاسادا بە شێوەیەک بێت لە لایەکەوە نەگۆڕە عەقڵانی ولۆژیکیەکان لەبەرچاو بگیرێت، لە لایەکی دیکەوە پێشهاتە واقعیەکان پشتگوێ نەخات، واتە بەڵگەکانی سەلماندن، بۆ نموونە باس بکرێن، بەڵام لەگەڵ ڕگەوشوێنێکدا کە دڵنیمان بداتێ لەوەی کە مافی داواکەری بەرامبەر پشتگوێ نەخرێت.

**کلیلە وشەکان:** ساغ بوونەوە، فەلسەفە، یاسادانان، ڕاستی و دروستی.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلد (7) – العدد (2)، كانون الأول 2023
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

**Abstract:**

In writing this research, we have relied on an analytical approach to investigate the concept of apparent justice and its functions. After looking at and analyzing the articles of the applicable Iraqi Evidence Law, and after presenting and evaluating the jurisprudence opinions related to the subject of our research, we found that apparent justice means Make an effort to bring the judicial truth closer to the actual truth, but apparent justice does not mean the literal application of the law, but it requires the proper application of the law, by obliging the judge to investigate the facts, conduct a sophisticated interpretation of the law, and by facilitating routine in a way that protects the public interest. In addition, it requires applicants to comply with the provisions of law and the principle of good faith in presenting evidence. We therefore concluded that apparent justice is the commitment, as required by law, to the principles and legal rules established to establish the right, with the aim of revealing or accessing the truth. In order to maintain a balance between the necessity of stabilizing legal conditions and the requirements of apparent justice, we suggested that the formulation and codification of the evidence should be in a manner that takes into account the mental and logical constants on the one hand, and does not ignore the real developments on the other hand, that is, that the evidence is provided for example, but with controls that guarantee Not to compromise the right of the other antagonist.

**Key words:** Proof, philosophy, legislation, truth.

**المقدمة**

**أولا: التعريف بموضوع البحث وأهميته**

يتركز عمل القضاء على إرجاع الحق لصاحبه، ومن أجل ذلك استوجب القانون على القضاة أن يطبقوا القانون تطبيقا سليما، ويتحقق هذا التطبيق بالتحري و الكشف عن الحقيقة، ثم إجراء تفسير متطور للقانون ومراعاة الحكمة من تشريعه عند التطبيق لاعند التشريع، وتستلزم هذه الإجراءات تبسيط الشكلية الى الحد الذي لا يتعارض مع المصلحة العامة بل يخدمه. إضافة إلى تلك الواجبات المفروضة على القضاة لاصدار الحكم العادل وإحقاق الحق، وفرض القانون على المتخاصمين الالتزام باحكام القانون ومبدأ حسن النية في تقديم الأدلة.

إن الهدف من وراء كل هذه الواجبات سواء على القضاة أو المتخاصمين، هو تحقيق العدالة، لكن في حدود الشكل الذي رسمه القانون. والعدالة الكلية لا تعني إزدراء الشكلية وهجرها وانما تعني تفعيل وتوظيف الأدوات والوسائل التي وفرها المشرع، من أجل الوصول إلى الحقيقة ومن ثم إصدار الحكم العادل، واحقاق الحق. وعليه، تكمن أهمية هذا البحث في انه يريد أن يراعي التوازن بين ضرورة استقرار المراكز القانونية والالتزام بالشكل الذي رسمه القانون من جهة، وبين متطلبات العدالة وإحقاق الحق من جهة أخرى.

**ثانياً: مشكلة البحث**

تتبلور مشكلة هذا البحث في أن المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) يلزم القاضي تارة بتحري الوقائع لاستكمال القناعة كما في المادة (٢) من قانون الإثبات ويطلب منه تارة أخرى أن يبذل الجهد لكشف الحقيقة أو للوصول إليها، كما في المواد ( ١٧ و٨١ و٩٦) من قانون الإثبات. فالمشكل الرئيس هنا هل يقضي القاضي بناءً على القناعة أو استنادا إلى الحقيقة المكشوفة أو التي تم الوصول إليها؟

إضافة إلى ذلك إن المشرع العراقي بالقدر الذي يجيز تبسط الشكية بالقدر ذاته أو بمقدار أكثر يفرض على القضاة الالتزام بالشكلية، فالتساؤل المشكل للمشكلة البحثية هنا، هل بالإمكان التوافق مابين تلك الإجازة وهذا الفرض؟ وماهو موقع العدالة الشكلية من هذا وذاك؟ أي هل تستلزم العدالة الشكلية التوسع في الإجازة أو التشديد في الفرض؟

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

**ثالثاً: أهداف البحث**

نهدف من خلال هذا البحث إلى:

١/ بيان مفهوم العدالة الشكلية ووظيفتها.
٢/ توضيح أوجه الصلة بين العدالة الشكلية والعدالة الموضوعية.
٣/ تعريف الحقيقة كهدف للعدالة الشكلية.

٤/ تقييم نصوص قانون الإثبات والبحث والتحليل فيها، فيما يتعلق بمدى موفقيتها من عدمها في مراعاة العدالة الشكلية.

**رابعاً: منهجية البحث**

نتبع في كتابة هذا البحث منهجا تحليليا، إذ نعتمد على تحليل وتقييم نصوص قانون الإثبات العراقي والآراء الفقهية فيما يتعلق بالعدالة الشكلية، وذلك من أجل الوقوف على مواضع النقص والضعف والخروج بنتائج تخدم موضوع البحث.

**خامساً: خطة البحث**

نقسم هذا البحث الى مبحثين كمايأتي:

**المبحث الأول : مفهوم العدالة الشكلية وخصائصها**

المطلب الأول : مفهوم العدالة الشكلية
المطلب الثاني : خصائص العدالة الشكلية وصلتها بالعدالة الموضوعية

**المبحث الثاني: وظيفة العدالة الشكلية**

المطلب الأول : مفهوم الحقيقة
المطلب الثاني : صلة العدالة الشكلية بالحقيقة

## المبحث الأول: مفهوم العدالة الشكلية وخصائصها

إن العدالة لذاتها كجميع الافكار الانسانية الأخرى فكرة جدلية يختلف الفلاسفة والمفكرون حولها، لتوضيح معاني موضوع العدالة الشكلية ومعرفة مهماتها، نخصص هذا المبحث لتحديد مفهوم هذا النوع من العدالة، ثم نتعرض لمناقشة خصائصها. وتحقيقاً لذلك، نقسم هذا المبحث على مطلبين، نحدد في المطلب الأول مفهوم العدالة الشكلية، أما المطلب الثاني، فنخصصه لعرض خصائص العدالة الشكلية وصيلتها العدالة الموضوعية، وذلك كالآتي:

### المطلب الأول: مفهوم العدالة الشكلية

لا نستطيع ان نعرف العدالة الشكلية اذا لم نتعرض لتعريف العدالة نفسها، لذلك نحاول في هذا المطلب ان نعرف العدالة اولا، ثم نعرف العدالة الشكلية، لذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

- **الفرع الأول: تـــــــــعريف العدالـــــــــــــــة.**
- **الفرع الثاني: تعريف العدالـــة الشكليـــــة.**


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:27-50
المجلد (7) – العدد (2)، كانون الأول 2023
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

**الفرع الأول: تعريف العدالة**

يعد أصل العدالة من "العَدْل"، وتقابل كلمة (JUSTICE) في اللغة الانجليزية والفرنسية(تالّەبانى، ٢٠٠٤، ص١٦٤)، فالعدالة في اللغة معناها الاستقامة، وفي الشريعة عبارة عن الاستقامة على طريق الحق(بن زكريا، ١٩٧٩، ص٢٤٦). ان العدالة قاعدة اجتماعية أساسية لإستمرار حياة البشر فيما بينهم، ومحور أساسي في علم القانون وهي العدالة، وقد تم وضع نظريات العدالة المبكرة من عند أغلب الفلاسفة اليونانيين، فأرسطو الذي يعد واحد من أوائل الفلاسفة الذين درسوا مفهوم العدالة (حسن، ص١٣٤). وتنقسم العدالة إلى دلالتين: عامة، وخاصة. فالدلالة العامة: ترمز إلى علاقة الفرد بالمؤسّسات الاجتماعية، أي الامتثال إلى القوانين والتحلّي بالفضيلة، والإنسان الفاضل هو الذي يمتثل إلى القوانين ويعمل بها، شريطة أن يكون هذا القانون مبنياً على مبدأ الفضيلة، وفي دلالتها الخاصّة: تشير إلى ما ينبغي أن يكون عليه سلوك الفرد في تعامله مع غيره من أفراد المجتمع، وهنا تقترن العدالة بالفضيلة لكونها جزءاً لا يتجزأ منها، وتدلّ على السلوك الفاضل في شتّى مجالات النشاط الإنسانيّ(ذباينة، ٢٠١٦).

وللعدالة المفهوم المطلق والمفهوم النسبي، ففي مفهومها المطلق لا يتغير باختلاف الزمان أو المكان، إنها قيمة عليا والمسلمات الثابتة غير القابلة للتبديل أو التغيير، بغض النظر عما تحدثه التقلبات الاجتماعية من تغيير في المفاهيم في أذهان الناس. وذلك يشمل جميع القيم. فكما يقول أرسطو، العدالة فضيلة أخلاقية، ومن هنا جاء القول الشائع ان القانون يهدف إلى تحقيق العدالة، إذ يقترن كل منهما بالآخر، فمهمة القاضي تحقيق العدالة من خلال تطبيقه القانون. وهذا الارتباط بين العدالة والأخلاق يرجع إلى زمن بعيد، والعدالة بالمفهوم العام فضيلة أخلاقية، أي تعبر عن تطابق سلوك الفرد مع القانون الأخلاقي العام والشامل. فالعدالة بهذا المفهوم أهم الفضائل الأخلاقية، ولذا يعد العدل من ضمن مباحث علم الأخلاق إلا أنه يجب أن نلاحظ أن العدالة بهذا المفهوم العام لا يمكن أن تتطابق تمام التطابق مع الأخلاق. فكل قاعدة عدل هي في الوقت نفسه قاعدة أخلاقية ولكن العكس غير صحيح، فليس كل قاعدة اخلاقية قاعدة عدل. والعدالة بمفهومها النسبي، تختلف من مجتمع إلى آخر، بل تختلف من طائفة إلى أخرى داخل المجتمع الواحد، لإن الأمر يتعلق بالعدالة التي تعمل الدولة على تحقيقها، إنها العدالة التي تنظر إليها في مجتمع معين وفي زمن محدد. وباختصار فإن العدالة بمفهومها النسبي مثل القانون تعد أحد نتاج المجتمع بما فيه من ظروف مختلفة، وبمفهومها المطلق مثل أعلى محفور في النفس البشرية لا يمحى ولا يتبدل.(حسن، ٢٠٠٠، ص ١٣٣- ١٣٦).

إنَّ العدالة عند افلاطون هي ( ان يتلقى كل شخص ما يساوي انتاجه وان يؤدي العمل الذي يتناسب مع طبيعته ومقدرته، فالانسان العادل هو الانسان الذي يبذل جهده لاعطاء الحق وفقدغم مايساوي قدر مايتلقاه من هذا الجهد). ( الذنون، ص١٦٣). فالعدالة وفق هذا المفهوم تقضي: -اولا أن كل فرد يجب أن يحتل موقعا في المجتمع يتناسب مع الدور الذي يقوم به ومع الخدمات التي يقدمها، ويضمن العدالة(لويد، ١٩٨١، ص١١١)، - وثانيا ان المساواة قدر الامكان تكون بين القيم والخدمات المتبادلة بين الأفراد(الشاوي، ص٢٨٥)، وانّ العدالة هي ليست عدالة فرديةّ وإنّما هي عدالة مرتبطة بشكل مباشر مع العدالة العامّة.

وتحدث أرسطو عن العدل فجعل أساسه المساواة، وميز بين صورتين له: " العدل التوزيعي" في مجال الأموال، ثم " العدل القانوني أو التعويضي " في نطاق المعاملات"، وما دامت العدالة هي المساواة أيضاً، والظلم عدم المساواة، فالعدالة يمكن أن تكون توزيعية وتعويضية، والعدالة التوزيعية تقتضي أن تعالج الحالات المتساوية معالجة سوية، ومن ثم إذا وجد شخصان غير مساويين، وجب أن لا يحصلان على ما هو متساو. ومنبع للشجار والشكوى، وأن تعطي المتساويين انصبة غير متساوية، أو تمنح غير المتساويين انصبة متساوية (الاحمد، ٢٠١٧أ، ص٥٠٨، ٥٠٩). والعدالة، آي العدل ينقسم إلى ثلاثة أنواع هي(منصور، ص٥٧، ٥٨)، (حسين، ٢٠١٩، ص٥٣، ٥٤):

١/ العدل التوزيعي، ويقصد به توزيع الحقوق والواجبات على أعضاء الجماعة وقد أساس المساواة، فيكون مجردا إن كان على أساس المساواة الحسابية المطلقة، وسمي العدل آنئذ العدل التوزيعي المجرد، أما إذا كان التوزيع على أساس المساواة التناسبية، سمي العدل التوزيعي المعتبر. فمثلا إعطاء مبالغ متساوية لموظفي دائرة معينة دون الأخذ بالاعتبار مؤهلاتهم ودرجة إخلاصهم وأعمالهم واختصاصاتهم ودرجاتهم الوظيفية، يصبح العدل عدلاً توزيعيا مجردا، أما جعل مبلغ معين أساسا يعطى للكل، وفوق ذلك المبلغ تعتمد المؤهلات والدرجة الوظيفية وغيرها من أسس التفضيل والتناسب، فإن ذلك وشكل عدلا توزيعيا معتبرا.
٢/ العدل التبادلي، يهتم بتبادل الأشياء والخدمات بين الأفراد داخل الجماعة، وفقا للتصرفات الإرادية، وسمي العدل التصحيحي، ايضا لأنه يعني بتصحيح الاختلال الناجم عن العدل التوزيعي في الذمم المالية. مثل احترام الإرادة التعاقدية وترتيب آثار العقد التي تشكل عدلاً تبادليا، وبهذا التبادل تتغير الذمم سلبا وإيجابا.
٣/ العدل الجماعي، يحصل من خضوع الجماعة خضوعا يتمثل في إعطائها ماهي تستحقه لها. كالالتزام بدفع الضرائب، وعدم مخالفة القوانين، و الالتزام بصورة عامة بأداء الواجبات التي يستلزمها عيش الفرد في الجماعة.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ويختزل بعض الشراح (منصور، ص٥٨) صور العدل الثلاث إلى اثنتين، العدل العام والعدل الخاص، كما سبق ذكرناه.

والمساواة التي تحدث عنها "أرسطو" هي مركز وسط بين وضعين غير متساويين، مثل مكان التقاء مساحتين متفاوتين، ولما كانت العدالة هي المساواة، فالعدالة أيضا مركز الوسط بين النفع والضرر، وخط يلتحم عنده هذان النقيضان، فيؤخذ من النفع لجبر الضرر حتى يتساوى الوضعان. لذا سميت العدالة باليونانية " ديكايون "، لأنها قسمة بين جزئين متساويين " ديكا "، وغدا القاضي هو من يقسم بالتساوي، أي من يقيم العدالة.(الاحمد، ٢٠١٧أ، ص٥٠٩). وينظره اليها من اربعة جوانب، الجانب الاول العدالة بمعنى الامانة في القول و المعاملة و يفرض على الانسان ان يقول الحق وان يدفع الديون. ثانيا العداله هي اعمل الخير للاصدقاء والحاق الضرر بالاعداء. ثالثا العدالة هي مصلحة الاقوى. و الجانب الاخير للعداله هو ان تكون أمثلة وسطا بين أحسن الأشياء وأسوئها (المنياوي، ص٨٠، ٨١).

تعد العدالة من اقدم الفضائل الانسانية التي تعبر عن رغبة أصيلة لدى الانسان في إحقاق الحق ورد الظلم، ولهذا تبنتها القوانين كغاية يسعى القانون لادراكها(حسين، ٢٠١٠، ٥٠) فجاءت العدالة في علم القانونية بمعانٍ هي: أولا: مـــا كان مثاليا عادلا يتوافق مع متطلبات الإنصاف والعقل والعدالة وبهذا المعنى هي إحساس، وفضيلة، ومثال أعلى(كورنو، ص١٠٧٨، ١٠٧٩) ثانيا: ما كان عادلا موضوعيا، و ما يجوز لكل واحد أن يتوق إليه شرعا (إستنادا إلى الشرع)، فالعدالة بهذا المعنى إعطاء كل ذي حق حقه، ومن يطلب العدالة فانه يطلب بما يوجب له أي حقه. أما تحت الإنصاف ( Equate) فقد وردت هذه المعاني، عدالة مبنية على المساواة، وهي جهد لإعطاء كل واحد ماله، من الحقوق. وكانت جهداً لإقامة المساواة في المعالجة بشكل غير متساو، لأشياء غير متساوية وطريقة في حل النزاعات خارج قواعد القانون وفقا لمعايير نحو العقل والمنفعة وحب السلام والأخلاق. او العدالة هي تخفيف للقانون بمراعاة الظروف الخاصة. وفي بعض أحيان العدالة هي طريقة في حل النزاعات خارج قواعد القانون وفقا لمعايير كالعقل والمنفعة وحب السلام والأخلاق. وفي الحقيقة عدالة سميت في القانون الوضعي عدالة مثالية. وقد قيل ان العدالة هي أن نتعامل مع القضايا المماثلة معاملة مماثلة، و أن يكون للقضايا المختلفة تعامل مختلف أو هي التسوية بين المتماثلين والتفرقة بين المختلفين أي المماثلة على قدر المناسبة، وهذا التعريف ينطبق على جزء من العدالة وأنه تفسير غير جامع للعدالة، إذ لا يمكن اقتصار العدالة على مبدأ المعاملة المناسبة أو المماثلة على قدر المناسبة فقط، بل وإنما تتعداه لتشمل غيره من المبادئ، ولكنه مع ذلك تعريف تظهر حقيقة العدالة في جزء كبير منها(حسين، ٢٠١٠، ٥٠-٥٢).

ولقد جاء في فاتحة الكتاب الأول لمدونة جستيان(فهمي، ص٥): ان العدل هو (حمل النفس على ايتاء كل ذي حق حقه، والتزام ذلك على وجه الثبات و الاستمرار). و العدل بمعنى حمل النفس على إيتاء كل ذي حق حقه والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار. أو هو إقامة المساواة بين الناس في الحصول على حقوقهم، وكذلك يستمر على هذا التعريف مع من يخطون خطوة أبعد من ذلك بالتحدث عن العدالة (ابو طلب، ص٣٢٢). والعدالة هي: (شعور كامن في النفس البشرية يكشف عن العقل السليم، ويوحي به الضمير المستنير، ويهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه). في حين يرى بعض الكتاب(البزاز، ١٩٥٨ب، ص ١٢٠) أن هذا التعريف يصح للعدل وليس للعدالة، وكان الفيلسوف الإغريقي (سيموندس) قد قرره قبل (جستنيان) بمئات السنين، اذ يقول (العدل هو الرغبة المستمرة في إعطاء كل إنسان ما يستحقه). و في تعريف(حسين، ٢٠١٠، ص٥٩) آخر للعدالة ورد أنها (ما يمليه العقل السليم إستجابة للمصالح الأكثر إحتراماً).

لا يكون الفرق بين العدل والعدالة الا زيادةً جمالية في وضع الحدود والفواصل، فكلاهما يؤدي الغرض نفسه،(الاحمد، ٢٠١٧أ، ص٥١٠) وفي الحقيقة العدالة والعدل ليسا نقيضين لايتوافقان ولا يجتمعان معا وانما مشتقان، من مادة واحدة هي (عدل) فكما يختلفان، يتوافقان فالعدالة اضافة او زيادة على العدل في الحالات التي يفترقان فيها(حسين، ٢٠١٩، ص٥٤، ٥٥). وكذلك فإن القول إن ما يصدق على العدالة، لا يصدق على العدل غير سديد، وأن التمييز بينهما على أساس أن العدل هو المساواة، والعدالة هي الانصاف، غير دقيق، فالعدل لا يعني المساواة في جميع الأحوال، وكذلك فالعدالة لا تعني الإنصاف في جميع الأحوال، فالإنصاف قد يطلق على الإحسان، وكل من الإحسان والعدل محله في قواعد الأخلاق، فالعدل فضيلة من فضائل الإنصاف. الأخلاقية، وأن التسوية بين متشابهين والتفرقة بين مختلفين، يصدق على العدل مثلما يصدق على العدالة، والفرق بينهما في الصفة التجريدية للعدل مقابل الصفة التشخيصية للعدالة(الاحمد، ٢٠١٧أ، ص٥١٠). والجدير بالاشارة ان هناك خلطا في تعريف العدل والعدالة قد عرفوا العدل و قصدوا به العدالة ايضا، وكذلك عرفوا العدالة و قصدوا العدل،(حسين، ٢٠١٩، ص٥٤، ٥٥). وبعبارة اخرى، فالعدل مفهوم تجريدي عام، وذو أبعاد موضوعية، أما العدالة فهي مفهوم شخصي خاص، وذات أبعاد شخصية، ولهذا قيل عن القانون إنه يسعى الى تحقيق العدل، في حين أن القاضي يسعى الى تحقيق العدالة، ذلك أن القانون في مسعاه الى تحقيق العدل، يضع قواعد عامة ومجردة وافتراضية، اما القاضي فيواجه القضايا المعروضة عليه ويقضي فيها بالعدالة، ولهذا قيل في العدالة أنها إحساس أو شعور


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير الذي يهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه(الاحمد، أ٢٠١٧، ص ٤٠٤، ٤٠٥).

ويتبين لنا من خلال هذا، ان الاختلاف في تعريفات العدالة ومعانيها يرجع الى النظر في جوانب مختلفة لها، وأنَ كثيرا من التعريفات السابقة قد أخرج العدالة من دائرة التشريع وحصرها في دائرة القضاء، فعلينا ان ننظر الى العدالة بمعنى قيمة عليا تحكم تشريع القانون وتطبيقه معا، اي تفرض على المشرع سن قانون عادل، وتفرض على القاضي ان يتبع هذه القيمة عند تطبيق الأحكام القانون، وفي استعمال سلطته التقديرية. وتبين لنا مما تقدم ان العدالة ( هي القوة الكامنة الملزمة التي تدعو العقل الى إعطاء كل ذي حق حقه). ومفردات التعريف هي :

الاول: العدالة هي القوة الكامنة الملزمة.
الثاني: العدالة تدعو العقل الى وضع الحلول القانونية.
الثالث: الغرض من العدالة إعطاء كل ذي حق حقه.

**الاول:** العدالة هي القوة الكامنة الملزمة: ومعناها لديها صفة الزامية سواء قام المشرع بتشريع القانون او بعدم تشريعه، فالعدالة هي القوة، أي القوة التي تتبلور نتيجة إمتزاج الشعور والإحساس، و تفاعلهما داخل النفس أو الجماعة، تتحرك هذه القوة المحدثة و تتوجه صوب العقل، وتكمن في ضمير الفرد أو الجماعة على شكل إعتقاد ديني أو قيم إنسانية أو مبادئ عليا تمس كيان الفرد والجماعة معاً. وهذه المبادئ قد تتجسد في المبادئ التي قال بها أنصار القانون الطبيعي، أو قد تكون مبادئ دينية بحتة، مثال ذلك مبادئ الأخوة والمحبة التي ربما تفرض على الإنسان أن يضحي بمصالحه، بل بحقوقه ايضا من أجل الآخرين، و توصف بأنها (ملزمة) لإعتقاد الناس بإلزامية العدالة، سواء أكانت ملزمة حقيقة كما هو منصوص عليها، أو ليست كذلك(حسين، ٢٠١٩، ص٥٦، ٥٧).

**الثاني:** العدالة تدعو العقل الى وضع حلول قانونية، نقصد بالعقل إنه، آلة لادراك الحلول اي لادراك الحكم(احمد، ص٤٧)، وهذا الحكم قد يتجسد في نصوص و قواعد قانونية يشرعها المشرع، لأن القانون وإن كان واضعه شخصاً من الأشخاص إلا أنه بصياغته العامة يتجرد من العواطف والمحاباة، وإذا كانت هذه مؤثرات الابصار، فإن "القانون، خلافا لذلك، هو العقل المجرد عن العاطفة". أما إذا خضع الأفراد لإرادة الحكام وليس للقانون، فإنهم يتعرضون بذلك لأهواء الحكام وعواطفهم، أي يتعرضون لحكم الحيوان، فالعواطف تحول الناس جميعاً إلى حيوانات، في حين لا ينبغي أن يكون خضوع الإنسان إلا لحكم العقل. والقانون هو العقل، أو هو القائد الذي ينبغي الإهتداء بحكمه، ولا شك أن إتباع قائد مجرد من الأهواء أكثر أماناً من إتباع قائد تكون الأهواء داخلة في تكوينه. والقانون مجرد من الأهواء. ولذلك يجب أن يكون الحكم للقانون، وأن يكون العدل عاماً بالنسبة للجميع(تناغو، ص٥٢). ويوجد بجانب العقل التشريعي عقل آخر وهو العقل القضائي، ووظيفته تنفيذ ما يأمر به العقل التشريعي منطوقاً و روحا، و قد يحل محل العقل التشريعي في بعض الأحيان في المسائل المدنية فقط دون الجنائية (حسين، ٢٠١٠، ص٥٩).

**الثالث:** الغرض من العدالة إعطاء كل ذي حق حقه، وقد سبق تعريف العدالة بانها فضيلة أخلاقية، وهي الغاية المثلى للقانون، تمكن ان أقول هي عقل القانون وفحواه، فالقواعد القانونية تستهدف بالضرورة أن يتحقق العدل، فالقانون لا يجد مضمونه الصحيح إلا في فكرة العدل، ويكون عادلا إذا اعطئ لكل شخص حقه وبخلاف ذلك يكون القانون ظالما، و من هنا يقول(لويد، ١٩٨١، ص١٥٠): إن العدل هو اعطاء كل شخص ما يستحقه. والناس يتفقون على أن العدالة في التوزيع يجب أن تجري وفقا للاستحقاق، ثم يختلفون في فهم المقصود بالاستحقاق(الاحمد، ٢٠١٧أ، ص٥٠٨، ٥٠٩). لكن ما هو الإستحقاق ؟ وكيف يثبت الإستحقاق؟ للإجابة على هذا السؤال هناك ستة معايير، وهي(حسن، ٢٠٠٠، ص١٣٦-١٤١)، (لويد، ١٩٨١، ص١١٢، ١١٣):

**اولا: معيار المساواة المطلقة بين الأفراد:** ومعناه اعطاء كل شخص الشي نفسه، وبهذا تتحقق المساواة في التوزيع بين الأفراد مساواة مطلقة، دون الأخذ في الاعتبار الفروق التي توجد بينهم.

**ثانيا: معيار الجدارة:** ويعني مجموعة صفات جوهرية وشخصية تتوفر في الفرد. وان العدالة هي اعطاء كل شخص بحسب جدارته، فالجدارة تعد معيارا أخلاقيا بحتا، وهي لا تعني تحقيق المساواة المطلقة بين الأفراد في التوزيع، وإنما يتم توزيع الخيرات والأعباء طبقا لمعيار يتناسب مع مجموعة صفات جوهرية وشخصية تتوفر في الفرد.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

**ثالثا: معيار العمل:** ما يقوم الشخص به من عمل فهو معيار يحدد مايستحق له، فالتوزيع يقتضى عملية حسابية سهلة ومحددة المعالم. ويتم الأخذ بهذا المعيار حاليا في الأنظمة القانونية الوضعية في تحديد صرف المرتبات والأجور، اذ يأخذ كل فرد الأجر أو المرتب الذي يتناسب مع ما يقوم به من عمل.

**رابعا: معيار الحاجة:** وقد يعنى عدالة التوزيع بحسب الحاجة، أي اعطاء كل شخص ما يحتاجه، وتعمل على الايفاء بالحاجات الضرورية التي يحتاجها الأفراد وتعامل على الايفاء بالحاجات، والعدالة بهذا المفهوم ترتبط ارتباطا وثيقا بفكرة الاحسان.

**خامسا: معيار الطبقة الاجتماعية:** يعتمد هذا المعيار على اساس طبقة الاجتماع لتوزيع الاعباء والإلتزامات، والأعطاء بحسب الطبقة أو التوزيع وفقا لطبقة الأفراد.

**سادسا: معيار الشكلي:** يعني توزيع عادل طبقا لما يخصصه القانون، أي يعطى كل فرد على ما يحدد له القانون، فهو العدل الشكلي ويتطلب المساواة في المعاملة وفقا للتصنيف الذي أعده القانون، ومن خلالها يحصل كل فرد على ما يحدده القانون له ( a chacun selon ce que la loi lui attribue)، ويقتصر دور القاضي، طبقا لهذا المفهوم (للعدالة)، على تطبيق القواعد نفسها على المراكز القانونية(حسن، ٢٠٠٠، ص ١٤٠، ١٤١).

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المعايير الستة ستكون مفيدة في قياس درجة العدالة، لمعرفة إلى أي مدى يمكن للعدالة التوزيعية أن تحقق العدالة الحقيقية في توزيع الحقوق بين أفراد المجتمع. على الرغم من، أنه يجب على صاحب السلطة التوزيع أن يعتمد على أنسب المعايير لتوزيع الحقوق، والتي ستكون أساسًا لتوزيع الحقوق والعدالة، فإن هذا الاعتماد سيكون وفقًا لطبيعة الحق، ومع الهدف الذي يراد تحقيقه من هذا التوزيع، ولكن يجب أيضًا مراعاة أكثر من معيار واحد. فعلى سبيل المثال، لتحديد راتب الموظف، تتطلب رغبة الدولة في التنمية الاقتصادية استخدام معيار ثالث وفيه زيادة الراتب أو خفضه يعتمد على وقت العمل، أو على كمية الانتاج، ذلك لتشجيع للزيادة الانتاج، ومن ثم تحقيق النمو الاقتصادي. ومع ذلك، يجب على الدولة أيضًا أن يأخذ فيها معيار الحاجة لضمان حد أدنى من المعيشة.

ويرتبط المعيار الشكلي للعدالة بفكرة المساواة امام القانون ويعني أن يطبق القانون بالتساوي في جميع الحالات وعلى جميع الأشخاص الذين يتناولهم دون خوف أو محاباة، ودون تفريق بين غني وفقير، أو قوي وضعيف، والقانون الذي يطبق على الجميع بدون تمييز على هذا النحو هو تجسيد للعدل، وتجدر الإشارة أيضا إلى أن العدل بهذا المعنى لا يعدو كونه المبدأ الشكلي للمساواة، ولا يمكن للعدل أن يعد حتى كمبدأ للمساواة بدون توفر هذه الصفة(لويد، ١٩٨١، ص١١٢). ففي الحقيقة العدالة الشكلية بمعنى المعيار الشكلي للعدالة لاتكون عدالة ولا عدل، لانه لا تتجسد فيها صفة المساواة ولا الانصاف. ومع ذلك قد يختلف مفهومها من عصر إلى آخر، ومن مجتمع الى آخر. فإن العدالة بهذا المعيار الشكي هي فهم نسبي لها، وهي مرادف مثل للقانون وتعد أحد نتاج المجتمع مع ما فيه من ظروف مختلفة.

ان العدالة هنا عدالة وضعية تعني التزام القاضي بتطبيق القانون حرفيا حتى يكون حكمه عادلا، ومعاملة الحالات المتماثلة معاملة متماثلة تعني أن العدالة يتم ادراكها، طبقا لهذا المعيار، عن طريق التطبيق الحرفي للقواعد القانونية، فهي تعم الجميع ولا يستثنى منها أحد، لذا إن الصورة التقليدية التي ترسم لها تظهرها مغمضة العينين لأن انتباهها لا يجب أن ينصب إلا على ذراع الميزان، والمشكلة في هذا المعيار أنه يؤدي بالقطع إلى نسبية فكرة العدالة اذ يجعلها تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، فما يعد عادلا في وقت ما، ومكان ما، قد لا يكون كذلك في وقت آخر وفي مكان مختلف، فيترتب على هذا المعيار الشكلي للعدالة أن كل تغيير في القانون يؤدى بالقطع إلى التغيير في مضمون فكرة العدالة، ومن ثم فإن هذا المعيار يؤدي إلى مسخ جوهر فكرة العدالة(حسن، ٢٠٠٠، ص ١٤٠، ١٤١).

ويتبين من خلال هذا أن العدالة هي اضافة او زيادة على العدل في الحالات التي يفترقان فيها، والعدل هو معيار للتوازن وأساسه المساواة، فانواعها في علاقات خاصة، (إي في التعامل بين الافراد) والعدل التوزيعي، هو معيار المساواة في توزيع الحقوق والواجبات. والعدل التبادلي، هو معيار المساواة في تبادل الأشياء والخدمات بين الأفراد داخل الجماعة، وفقا للتصرفات الإرادية، وبهذا التبادل تتغير الذمم سلبا وإيجابا. فإذا أتت الأضافة الى العدل التوزيعي يكون عدالة توزيعية، وإذ أضيف الزيادة الى العدل التبادلي يكون عدالة تبادلية، فالقواعد التي تنظم الحقوق والواجبات، هي في الأصل قواعد ترمي إلى تحقيق العدالة الموضوعية، أى العدالة فى حقوق أفراد المجتمع، على نحو لا يحصل فرد على أكثر أو أقل من حقه.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

**الفرع الثاني: نحو تعريف للعدالة الشكلية**

لا تكفي القواعد الموضوعية لقيام العدالة، التي تقرر للأشخاص حقوقاً متساوية، وإنما يجب أن تكون هناك قواعد شكلية، كي تكفل إثبات هذا الحق إذا تم النزاع عليه. ذلك أن الحق دون الدليل لا قيمة له. تضمن مبادئ وقواعد الإثبات حماية هذا الحق، وهذه الحماية تتم من خلال الإلتجاء الى القضاء في الدولة، إذ توجد القواعد التي تنظم إثبات الحق أمام القضاء، وهذه القواعد يجب أن تستهدف تحقيق العدل بين الأفراد، وذلك بوسائلها لإثبات الحق، وبتوزيع الدور بين تلك الوسائل وبين الخصوم بصورة يعرض الحقيقة امام القضاء، ويضمن عدم تحريف الواقع ويكفل لكل صاحب حق أن يحصل على حقه، ولا قيمة للقواعد التي ترسي العدالة الموضوعية دون القواعد التي تكفل تحقيق العدالة الشكلية، فهذه القواعد الأخيرة هي القوام الذي يحمي حقوق الأفراد ويضمنها، عند النزاع. ولانقصد بالعدالة الشكلية المعيار الشكلي للعدل التوزيعي في العدالة الموضوعية، بل نقصد بها العدالة في القواعد التي تكفل إثبات الحق أمام القضاء، اي قواعد قانون الإثبات المدني كوسيلة لعرض الحقيقة.

فالعدالة تأتي لتسد فراغا موجودا في القانون، أو لتخفف من قسوة القانون(حسين، ٢٠١٠، ص٨٧)، فهذا هو حقيقة مهمة العدالة سواء أ كانت العدالة موضوعية (وذلك في القواعد الموضوعية) ام كانت شكلية (وذلك في القواعد الشكلية)، اي العدالة في القوانين الموضوعية (كالقانون المدني) وفي القوانين الشكلية (كقانون الإثبات)، إن قواعد العدالة الشكلية قد تتحد مع قواعد العدالة الموضوعية في تمسكه بالإنصاف، والمساواة، أي تدافع عن الحق من أجل العدالة لكونها متساوية، فالعدالة لاتنزل إلى حد تعتد بجزئيات بسيطة، وإنما تتدخل كي لا يقف القانون عاجزا عن احقاق الحق(حسين، ٢٠١٠، ص٨٧). وخير مثال في هذا المجال على قواعد العدالة الشكلية القرائن القضائية حينما يعجز المدعي عن اثبات الواقعة المنشئة للحق المدعى به، اجاز اللمشرع أن يثبت واقعة اخرى قريبة منها ومتصلة بها، واذا ثبتت يتمكن القاضي ان يستنتج منها الواقعة المراد اثباتها، والامثلة على القرائن القضائية لاتقع تحت الحصر، وذلك لتنوع المعاملات في الحياة العملية، واختلافها ومن الامثلة عليها ان تقام دعوى بين أب وابنه بالاستناد إلى سند دين، فيدفع الدائن الى احد الطرفين بوجود الصورية في التصرف بسبب القرابة بينها، فيستطيع القاضي عن طريق الاستنباط العقلي ان يستخلص من واقعة القرابة، قرينة قضائية يستدل بها على الصورية(بكر، ص٢٤٢). وفي القرائن القضائية قد يتدخل القاضي في الإثبات، لعجز وسائل عرض الحقيقة التي تمكن القانون الخصم ان يستعين بها. ومن هذا المنطلق يمكن القول ان العدالة الشكلية هي (استخدام السلطة التقديرية لحماية الحقوق والمصالح الأولى بالحماية او لرعاية المصالح الاولى بالرعاية)، ويعطي المشرع القاضي سلطة التقديرية فقد نصت المادة (١٠٢) الفقرة ثانيا من قانون الأثبات العراقي على ان " للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق مايجوز إثباته بالشهادة")، وتفسير الوقائع الثابتة، او الدلائل او الامارات التي هي وقائع مادية مقر بها من قبل الطرفين كأن تكون قرابة او صداقة وذلك لكي يصل إلى الواقعة الأخرى المجهولة التي يراد اثباتها(بكر، ص٢٤٣).

وفي الحقيقة اذا عرفنا العدالة الشكلية باستخدام السلطة التقديرية من قبل القاضي، نكون قد حصرنا موضوع العدالة الشكلية في زاوية ضيقة. وبهذا، فاننا نكون في محور الخطأ، لانه لا يمكن حصر العدالة الشكلية في نطاق القرائن القضائية فقط، او في السلطة التقديرية للقاضي، او حتى في نطاق مهمات القاضي من إجراء التفسير المتطور للقانون، وتبسيط الشكلية، في قواعد العدالة الشكلية، لان العدالة الشكلية قد تتجلى في كثير من الأحيان في التشريع، ويلزم العدالة الشكلية المشرع بسن قانون معين استجابة لامور في تعامل معين. وأحسن الأمثلة لهذا الإلزام هو قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية، قد سنه المشرع بغاية تنظيم خدمات التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الالكترونية وتطويع النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة. وذلك لانسجاما مع التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وانشطة الانترنت (ينظر الاسباب الموجبة لقانون رقم (٧٨) لسنة (٢٠١٢) قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية). وقد تتجلى في كثير من نصوص وقواعد قانون الاثبات المقارن موضوع العدالة الشكلية ومن أحسن الأمثلة لهذا قانون الاثبات العراقي إذ أقر المشرع فيه بأصل عدم المديونية (ينظر المادة: ٦) وقانون الإثبات المصري(ينظر المادة: ١) وكذلك القانون المدني الفرنسي (ينظر المادة: ١٣٥٣) وبهذا يقر المشرع بالواقع الاصل في الانسان، وهي براءة الذمة وعدم المديونية من كل إلتزام، فاذا ادعى احد دينا على آخر وجب عليه اثباته، لانه ادعى شيئا خلاف الثابت اصلا، وهو مشغولية ذمة (الصوري، ص٣٨). وقضت محكمة النقض المصرية بـــإن" انشغال ذمة المدين بالالتزام بمجرد اثبات الدائن نشأته. على المدين إثبات براءة ذمته منه "(القرار الرقم: ٦١٤٥ /الدوائر المدنية / ٢٠١٨).

وتبير إشكالية العدالة الشكلية عندئذ ينظر عليها على نحو تطبيق الحرفي لإجراءات القانونية، اي اتباع الحرفي لاجراءات الشكلية القانونية في قانون الإثبات. وإذ جدنا العدالة في تطبيق إجراءات محددة للإثبات، تطبيقا حرفيا، بهذا المنطلق العدالة الشكلية تعني التطبيق الحرفي لقواعد قانون الاثبات، فهذا لا يكون الا مجرد تطبيق للمعيار الشكلي، آي المعيار الشكلي للعدالة على قواعد

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

قانون الإثبات، في حين نحن نـؤيد القول(الاحمد، ٢٠١٧أ، ص ٨٠٧، ٨٠٨): " وجب على القاضي ان تكون حارسا على العدالة وعليه لا يطبق قانون اذا كانت القانون ظالما، وجب على القاضي الركون إلى حنكته والاعتماد على ذكائه وفطنته، فيعمل على تحقيق العدالة دون أن يمس النص بسوء".

ان قواعد الشكلية، على العموم، لا تنشأ الحق ولا تشارك في توزيع الثروة بين افراد المجتمع، بل يتدخل في إثبات الحق وحمايته، لأن العدالة الشكلية قد تشارك بوسائلها في البحث عن الحقيقة الواقعية وذلك بإظهار مصدر المنشىء للحق امام القضاء، (آي قد تشارك في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية)، وعلى هذا الأساس يمكن تعريف العدالة الشكلية بأنها (بذل الجهد العقلي للوصول الى الحقيقة الواقعية وإقرارها في سياق الحكم القضائي). والناس حينما يتخاصمون على حق معين يبذلون جهودهم العقلية لاثبات حقوقهم بإقامة الدليل على الواقعة المنشأ لهذا الحق امام القضاء(عبد الرحمن، ص٣)، وتبين لنا قد يتجلى هذه المجهودات المتشاركون في العدالة الشكلية وهم ثلاثة: المشرع في سن القوانين، فقد يحدد الطرق المعتبرة للإثبات وحجيتهم، فيتوقف ذلك، على طبيعة الدليل لبيان الحقيقة الواقعية، وقدرته في نقل الحقيقة الواقعية إلى مسرح القضاء، وكذلك بتوفير وسائل لضمان عدم تحريفها. وقد يشارك فيها الخصوم في مسعاهم لإظهار الحقيقة، والقاضي بسلطته لضمان التطبيق السليم لأحكام القانون والوصول الى الحكم العادل.

على الرغم من الإختلاف الرأي حول فهم العدالة الموضوعية، فإن الشيء الثابت في كل هذه المفاهيم هو، ان قواعد العدالة الموضوعية يدور في فلكة انشاء الحق، فتأتي لكي يعطى لكل ذي حق حقه. وسبق ان ذكرنا انه لا تمنح قواعد الشكلية الحق للمتنازعين وإنما ترجعه لصاحبه، استنادا الى ثبات هذا الحق في الذمم، اذ كان المدعي ناجحا في إقامة الدليل، يحكم القاضي لمصالحته على اساس الدليل الذي يقدمه للقضاء. وسيرجع اليه حقه، بناء على الحكم. بل إذا كان المدعي في الحقيقة الواقعية ليس مالكا لهذا الحق محل الحكم لايثبت له الحق بسب الحكم، لا يدخله في ذمة المدعي قانونا(الحكيم، والأخرون، ص٣١٥)، ولا يحل له شرعا، قال النبي صلى الله عليه وسلم: " إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ فَأَقْضِي عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْهُ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ النَّارِ"( البخاري، ٢٠١٢، ص٧١٦٩).

إذا نظرنا إلى العدالة الشكلية من حيث تأثيرها على ضمير المشرع والخصوم والقاضي، وهي القوة تتأثر على ضمير المشرع لوضع حل معين لمشكلية، وتتأثر على ضمير القاضي لإستنتاج حقيقة الواقعية من الواقعة قريب من الواقعة المنشئة للحق، وكذلك تتأثر على ضمير الخصم لتجعله يقر بحق خصمه، دون إكراه عليه إلا ضميره، أو كانت ينكل عن أداء اليمين وذلك في حين عدم وجود دليل ضده. كما أن العدالة الموضوعية هي قوة الكامنة، وأيضا العدالة الشكلية هي (القوة الكامنة الملزمة التي تتجسد في مجموعة من المبادئ، والقواعد، والوسائل التي تمكن الخصوم حماية حقوقهم، وتساعد القاضي في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، ووفقا لهذا التعريف تقوم العدالة الشكلية على المفردات الثلاث، وهي:

اولا: العدالة الشكلية هي قوة كامنة ملزمة.
ثانيا: العدالة الشكلية تتجسد في مجموعة من المبادئ والوسائل.
ثالثا: العدالة الشكلية مبنية على الظاهر.

تتحد العدالة الشكلية مع العدالة الموضوعية في انها قوة كامنة ملزمة، شأنها شأن العدالة الموضوعية، وذلك في كونها تتجسد في مجموعة من المبادئ والقواعد والوسائل، ولكنها تفترع منها لان العدالة الشكلية تخصص لغرض المعين والمحدد وهو كشف الحقيقة أي الواقعة المنشئة للحق، وهي معيار لقياس المساواة في عملية عرض الحقيقة وحق الخصوم في الاثبات، وايضا هي معيار لكشف مركز الخصم في الدعوى، فالمدعي هو الخصم يدعي شيئا بخلاف الحقيقة، فعليه أن يؤيد هذا الإدعاء بالدليل. وكذلك هي معيار لفحص قوة والدليل في نقل الحقيقة الواقعية الى القضاء، آى العدالة الشكلية تبحث في وسائل اثبات الحق من حيث قوتها الطبيعية لبيان الحقيقة، أي لعرض الحقيقة الواقعية في ساحة العدل. وتخصص العدالة الشكلية نفسه لأداء وظيفة المعينة، فحيث ان وظيفة قواعد العدالة الموضوعية هي توزيع الحقوق والإلتزامات بين افراد المجتمع على اساس المساواة (بهاوي، ص٥٦)، في حين إن وظيفة قواعد العدالة الشكلية هي تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، وذلك من خلال توفير وسائل الإثبات والإقرار بحجيتهم في الإثبات.

وإن العدالة تكمن في ضمير الفرد أو الجماعة على شكل اعتقاد ديني أو قيم إنسانية أو مبادئ عليا تمس كيان الفرد و الجماعة معا(حسين، ٢٠١٠، ص ٥٦)، وهذه القوة الكامنة الملزمة تتجسد في مبادئ العدالة الموضوعية وفي مبادئ العدالة الشكلية ايضا. من هذه المبادئ التي اقام عليها قواعد العدالة الشكلية هي: حرص الناس على حماية الحق، وإن الناس يحرصون على حيماية حقوقهم،


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

يوثقون معاملاتهم بوسائل قد تفيد منها إثبات حقهم (السبكي، ص ٦٩). والخصوم متساوون في حق الأثبات والإستعانة بالوسائل الإظهار الحقيقة.

وقد تتجلى بوضوح هذه القوة الكامنة في موضوع الاقرار (ينظر المادة: ٥٩ من قانون الاثبات العراقي). فالعدالة قد تدفع ضمير الخصم وتلزمه بإخبار حق عليه لصالح الغير، دون أي إجبار قانوني على المقر، وهذا الاقرار اساسه ضمير المقر كما قال به أنصار القانون الطبيعي، أو قد تكون مبادئ دينية بحتة، ربما تفرض على الإنسان الاقرار على نفسه لمصلحة الغير، بل الإضرار حتى بحقوقه لمصلحة الآخرين، وذلك من اجل العدالة والحق.

وقد تتكون العدالة الشكلية من مجموعة من مبادئ والقواعد والوسائل تكون الغاية منها تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية بالوصول الى الحقيقة المعقولة، والقاعدة هي وصف او حكم كلي ينطبق على أوصاف جزئية(الزلمي، ٢٠١٢، ص١٨). ويضم قانون الإثبات مجموعة من القواعد والوسائل التي تبيّن كيفية إثبات الحق عند نشوب النزاعات بين الخصوم، وإن هذه القواعد تبين كيفية إقامة الدليل أمام القضاء، وبآي الطرق التي يحددها القانون. وحدد التشريع العراقي وسائل الإثبات بتسعة طرق هي: ( ١- الدليل الكتابي. ٢- الإقرار. ٣- الإستجواب. ٤- الشهادة. ٥- القرائن. ٦- حجية الأحكام. ٧- اليمين. ٨- المعاينة. ٩- الخبرة )، فتعطي قواعد العدالة الشكلية كل واحدة من هذه الوسائل دوراً في إظهار الحقيقة حسب طبيعتها او قدرتها لنقل الحقيقة ويتمكن الخصوم ان يستعينوا بهما، وتدعم القاضي في الإظهار الحقيقة.

وبناء على ما قدمناه يمكن ان نقول: إن التجسيدات المختلفة لقواعد العدالة الشكلية في كثير من مبادئ وقواعد قانون الإثبات، يساعدنا على فهم العدالة الشكلية من زوايا مختلفة، وإستنتاج اكثر من تعريف لها، وفي أبسط تعبير العدالة الشكلية هي بذل الجهد لتقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، من حيث الوظيفة. وبذلك تكون العدالة الشكلية هي ما يثبت على الظاهر او ما اكتفى بالحقيقة المعقولة، ولا يطلب من القاضي ان يحكم على الحقيقية المطلقة، من حيث النتيجة. وإن النتيجة التي توصل اليها قواعد العدالة الشكلية هي الحكم القضائي، فقد يبني القاضي حكمه على الظاهر، ولا يكون الحقيقة نفسها، بل يكون حكمه عنوانا للحقيقة، اذا وصل الى درجة البتات، وقضت محكمة التمييز الأتحادية بـــإن " إن الأحكام المكتسبة درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق في نزاع بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً فلايجوز إقامة الدعوى مجدداً بذات الموضوع"(القرار الرقم: ٥٦٦/ ٢٠٠٨). وقضت محكمة تمييز إقليم كوردستان بإن " الحكم غير صحيح ومخالف للقانون لان تكييف الدعوى خطأ لوجود قرار سابق مكتسب الدرجة القطعية تحت عدد٢١٥١/ب/٢٠١٤، فلا حاجة اللجوء المحكمة الى الاثبات ثانية. والقرار المكتسب الدرجة القطعية يكتسب حجية الامر المقضي بـه عليه قرر نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها".(القرار الرقم: ١٠٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٦، السليفاني، ص٢٥٥).

**المطلب الثاني: خصائص العدالة الشكلية وصلتها بالعدالة الموضوعية**

تتميز العدالة الشكلية بمجموعة من الخصائص، وهذه الخصائص تختلف تبعا للزاوية التي ينظر منها إلى العدالة الشكلية، فإذا نظر إليها كمبدأ، تكون لها خصائص، أما إذا نظر إليها كوسيلة لاستكشاف الحقيقة فتكون لها خصائص أخرى، ثم من خلال هذه الخصائص يمكننا تمييزها عن العدالة الموضوعية. وبيانا لما سبق، نقسم هذا المطلب على فرعين، نتكلم في الفرع الأول عن خصائص العدالة الشكلية، أما الفرع الثاني فنخصصه لمناقشة موضوع صلة العدالة الشكلية بالعدالة الموضوعية، وذلك كالآتي:

**– الفرع الاول: خصائص العدالة الشكلية.**

**– الفرع الثاني: صلة العدالة الشكلية بالعدالة الموضوعية.**

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

**الفرع الاول: خصائص العدالة الشكلية**

للعدالة الشكلية خصيصتان اساسيتان تتفرع عنهما عدة خصائص اخرى، اولاهما: خصيصة العدالة الشكلية كمبدأ وثانيتهما خصيصتها كوسيلة لاستكشاف الحقيقة.

**الاول:** خصائص العدالة الشكلية كمبدأ: فهي كمبدأ لها الخصائص الآتية:

١/ العمومية وهي تعني أنَ مبادئ العدالة الشكلية تعم جميع البشر دون استثناء, لأن ما يعد هنا عادلاً ليس من المعقول ألا يعد كذلك في مكان آخر من هذا العالم، أي أن هذه المبادئ لا يحدها مكان لأنها عالمية المحل تمس الإنسانية جمعاء, فالعمومية هنا لا تعني عدم اقتصار هذه المبادئ على حالات معينة أو أشخاص معينين بالذوات داخل حدود بلد ما كما نلمسها بشأن خصائص القاعدة القانونية، لأن مصدرها الأساس هو الله خالق البشر وهو الذي أمر بها أن تطبق على الناس جميعاً وفي كل مكان(حسين، ٢٠١٠، ص ٨١). وكذلك إن هذه المبادئ أبدية، بمعنى أنها لا تتأثر بمرور الزمان، غير أنه قد يكون التعبير عن هذه المبادئ متغيراً من مكان إلى آخر، و من زمان إلى آخر، مع بقاء جوهرها على شاكلته. وقد يتغير أشكال التعبير عن العدالة الشكلية تأثراً بالزمان والمكان. فالعدالة من حيث هي تدخل في دائرة الإيمان، لأن المؤمن يفعل أعمالاً مغايرة و مختلفة تماما، مثل إغاثة الملهوف، وقتل الناس في ساحة الجهاد، ذلك عملان متفاوتان تمام التفاوت، يتطلبهما منه إيمانه الديني، أي هما تعبيران صادقان لإيمانه الديني، مع بقاء الأخير واحدا و ثابتا، فنحن نعتقد أن الحالة نفسها تنطبق على العدالة، إذ إنها تستلزم أعمالا متفاوتة غاية التفاوت مع بقائها دون أي تغيير يطرأ عليها(حسين، ٢٠١٠، ص ٨٢). والمثال على ذلك مبدأ: " البينة على من أدعى واليمين على من أنكر " وهو مبدأ عالمي لا يتاثر مضمونه بالزمان والمكان، لكن من الممكن أن يتأثر التعبير عنه بالزمان والمكان.

٢/ هي مبادئ اجتماعية، لأنها تعبير عن الشعور بالمساواة والمساواة مبدأ من مبادئ التنظيم الاجتماعي يهدف إلى رسم العلاقات بين الأفراد في المجتمع، وهي مبادئ ملزمة لاقترانها بجزاء يقع على مخالفيها، غير أن هذا الجزاء ليس من طبيعة واحدة وإنما يختلف بتفاوت دورها في الحياة القانونية فقد تقترن بجزاء مادي في الحالات التي يحيل النص القضاء إليها عند افتقار المصادر الرسمية المعروفة للقانون، ويكون جزاء مخالفتها أدبياً فيما سوى ذلك من الحالات(هجيج، علي، ص٢٢٨، ٢٢٩). والمساواة هنا ليست حسابية فحسب بل مساواة تناسبية كذلك.

٣/ إنها تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية وصلاح المجتمع بما يلي على المشرع في تشريعه وعلى القاضي في قراراته من لزوم توخي الإنصاف فيما يضع من حلول. وايضا هي مبادئ لا ترشد إلى حلول قاطعة ثابتة، لأن فكرة المساواة التي ترتكز عليها العدالة هي وحدها الحقيقة الأبدية، أما مظاهر العدالة وما توحيه من حلول فلا يمكن وصفها بالثبات لأن الشعور بالعدالة يكون رد فعل لأحداث إجتماعية وما يرتبط بالحياة الإجتماعية يقبل التغيير بطبيعته تبعا لتفاوت الزمان و اختلاف المكان.(حسين، ٢٠١٠، ص ٨٣) و (بكر، ٢٠١٩، ص٣٦٦، ٣٦٧).

٤/ إنها مبادئ لا تقوم على فكرة الخير المطلق أو المجرد, وهو الخير في ذاته مجرداً من أي اعتبار آخر كما هو شأن قواعد الأخلاق التي تهدف إلى خير الإنسان في ذاته بالعمل على نقاء ضميره وطهارة الفكرة والجماعة معاكونها تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية وصلاح المجتمع بما يملي على المشرع في تشريعه وعلى القاضي في قراراته من لزوم الإنصاف فيما يضع من حلول.(هجيج، علي، ص٢٢٩).

٥/ إنها فكرة قائمة بذاتها، لا تستند الى غيرها من الأفكار، ولكنها تتفاعل مع أفكار قانونية أخرى، لتقدم للبشرية نموذجاً مثالياً من القوانين، فليس من الغرو أن نقول، إن القانون المثالي هو القانون الذي يراعي مبادئ العدالة في مجموع النوعية رعاية كاملة(حسين، ٢٠١٠، ص ٨٤). علماً أن العدالة الشكلية في هذه الخصائص الخمس تتحد مع العدالة الموضوعية، لأنها عبارة عن الشعور أو الفكرة، شانها شان العدالة الموضوعية.

**الثاني:** خصائص العدالة الشكلية كوسيلة لاستكشاف الحقيقة، سبق الإشارة الى ان العدالة الشكلية هي بذل جهداً عقلياً للوصول الى الحقيقة، أما بإعتبارها وسيلة لإستكشاف الحقيقة، فهي تعرض بانها تبرز فيها بوضوح خصيصة الاستكشافية، ومجرد اللجوء الى القضاء معناه الحق متنازع عليه والحقيقة مجهولة وغير متفق عليها. وفي الواقع تعود الاختلافات في الرأي حول الحقيقة إلى اختلافات في المصالح بين الطراف النزاع. والعدالة الشكلية تعتمد على المجهود الإنساني العقلي لكشف الحقيقة التي قد يختصم به الخصوم، فالعدالة الشكلية تهدف إلى تحقق الحق في واقعة غير معروفة أو المتنازع فيها عن طريق مجموعة من الوسائل المعتبرة، وذلك بهدف كشف الحقيقة والوصول الى الحكم العادل، لذا يلزم القاضي بتحرى الوقائع وقد نصت المادة (٢) من قانون الاثبات العراقي


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

على " إلزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته". وله ان يتخذ كل اجراء من اجراءات الاثبات لكشف الحقيقة وبذلك نصت المادة (١٧) من قانون الاثبات العراقي على انه " للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها، او بناء على طلب الخصم، اتخاذ اي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازما لكشف الحقيقة". وتفرض العدالة الشكلية على القاضي أن يواصل بحثه في الدعوى المعروضة امامه الى النتيجة النهائية، والا يكون القاضي منكراً للعدالة. يهدف الاستكشاف في ظل العدالة الشكلية الوصول إلى الحقيقة النسبية، اي الحقيقة الراجحة، والفصل في النزاع لكي يستقر التعامل بالحكم الذي يصدر في النزاع، وإذا ما صدر الحكم القضائي وأصبح باتاً اكتسب حجية الأمر المقضي فيه ومن ثم فلا يجوز نقضه وهذا ما نصت عليه المادتان (١٠٥) و(١٠٦) من قانون الاثبات العراقي. إن طرق الإثبات المعتمدة في العدالة الشكلية محددة تحديداً مرناً في اغلبية قوانين الاثبات الحديث، ولا يستطيع القاضي أن يثبت الحق بغير الوسائل المحددة قانوناً، فالمرونة تظهر في الاثبات القضائي ظل الإثبات بالقرائن القضائية، فالقاضي يثبت وجود واقعة غير ثابت من الواقعة الثابتة في الدعوى، فيوسع القانون يد القاضي في الإستنباط بكل قرينة لم يقرها القانون نص المادتان (١٠٢) و(١٠٣) من قانون الاثبات العراقي.

ووضع القانون للقاضي دوراً هما في استكشاف الحقيقة قد نصت المادة (٩٦) الفقرة (٣) من قانون الإثبات العراقي على أنها "اذا انتهى الشاهد من اقواله توجه اليه المحكمة من الاسئلة ما تراه مفيدا لكشف الحقيقة". وهذا يبرز التوسيع في سلطة القاضي. وجعل للقاضي دوراً إيجابياً في تقدير الأدلة وفي التحرك الذاتي الموصل إلى الحكم العادل وإلى الحسم السريع، وأقام كل ذلك على ما ينبغي أن يتوفر للقاضي من ثقة يوليها له المشرع. وقد جاء القانون بقواعد مستحدثة تتناسب والأهداف التي يرمي إليها، فمثلاً أعطى السلطة التامة لقاضي الموضوع في تقدير حجية الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية (ينظر نص المادة: ٨٢ من قانون الاثبات العراقي)، وأجاز للمحكمة الإفادة من التقدم العلمي في استنباط القرائن (ينظر نص المادة: ١٠٤ من قانون الاثبات العراقي)، والسماح لها برفض اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها وإعطاءها سلطة تعديل هذه اليمين (ينظر نص المادة: ١١٥ من قانون الاثبات العراقي).

وفي الحقيقة تبرز بوضوح صيغة الإستكشافية للعدالة الشكلية من تلك الخصيصة التي من خلالها يمكن كشف الحقيقة وتقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، وأحيانا يمكن حصول تطابق بينهما، علما أن العدالة الموضوعية قد تتحقق مع العدالة الشكلية، اذ تتطبق الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية.

**الفرع الثاني: صلة العدالة الشكلية بالعدالة الموضوعية**

تتحد العدالة الشكلية مع العدالة الموضوعية، من حيث الغاية الإجتماعية إذ تهدفان إلى تحقيق السعادة لكل أفراد المجتمع، بغض النظر عن انتماءاتهم الطبقية التي حددتها الطبيعة بمنحها قدرات مختلفة للأفراد في إجادة هذا النوع من العمل أو ذاك. وانسجاماً مع هذا الهدف الاجتماعي فان العدالة بوجوهها المتعددة، تبقى هي النقطة التي يوليها افلاطون جل اهتمامه.(جزاع، ص٤٥، ٤٦) غير أن العدالة الشكلية تفترع عن العدالة الموضوعية من حيث:

١/ الوظيفة: ان وظيفة العدالة الموضوعية هي توزيع الثروات والحقوق والواجبات في المجتمع على أساس المساواة سواء أكانت هذه المساواة تناسبية او كانت المطلقة(حسن، ٢٠٠٠، ص١٤٨-١٥٠)، ولكن وظيفة العدالة الشكلية هي تقريب الحقيقة القضائية الى الحقيقة الواقعية وذلك بوسائلها الخاصة.

٢/ التوزيع في الأدوار: تركز العدالة الموضوعية على توزيع الأدوار بين افراد المجتمع، وبهذا تتحقق العدالة، اذ كل فرد من أفراد المجتمع يؤدي وظيفته الخاصة(لويد، ص١١١) و(الذنون، ص١٦٣). ولكن العدالة الشكلية توزع الادوار في ساحة احقاق الحق، أي تمنح لكل من الخصوم والقاضي ووسائل الإثبات دورا في ساحة العدل. ففي الوهلة الاولى يفرض على الخصوم ان يتمسكوا بمبدأ حسن النية في تقديم الادلة( ينظر نص المادة: ٥ من قانون الاثبات العراقي) لعرض الحقيقه امام القضاء، ويلزم القاضي بتحري الوقائع واتباع لتفسير المتطور للقانون ( ينظر نص المادتان: ٢ و٣ من قانون الاثبات العراقي)، حتى يكفل تطبيق الاحكام تطبيقا سليما. ومن هذا المنطلق تؤدي العدالة الوظيفة كما هي في الطبيعة، او تـؤديتها على النحو الامثل(جزاع، ص٤٦). ولكن تأدية الوظيفة في العدالة الشكلية تلزم تأديتها على نحو يتطلبه المركز الذي يتمسك به الخصم.

ان توزيع الادوار في العدالة الموضوعية يكون توزيعا بين ابناء المجتمع على اساس مهاراتهم في الاداء(بهاوي، ص٤٥). ولكن توزيع الادوار في العدالة الشكلية يعتمد على اساس المكانة، فمثلا القاضي يكون في مكانة صاحب الرئاسة والسلطة، وله ولاية القضاء يحكم وفقا للقانون بين المتنازعين، ممن حيث إنه عالم بالقانون وحكم عادل ومحايد بينهم. وتعطي دورا للخصوم على اساس تمسكهم بالحقيقة، اذا كان الخصم يدعي امرا بخلاف الحقيقة سواء أ كانت هذه الحقيقة هي الحقيقة المؤيدة او الحقيقة القانونية او هي


Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ما يعرضها الخصم في دعواه ودفوعه فهو في مركز المدعي، وتعطي لأدلة الإثبات دوراً على أساس قوتهم في نقل الحقيقة وضمان عدم تحريف الواقع، وعلى أساس الحق الذي يتمسك به الخصم من حيث مصدره، ومن حيث قيمته، اي ان الوقائع المادية يمكن اثباتها بكافة طرق، و في التصرفات القانونية كالاصل يثبت فقط بالكتابة.

٣/ المرونة: التوزيع الأدوار في العدالة الموضوعية يكون على الحتم والجزم، ولا يجوز لشخص ان يجمع بين وظيفتين، ولا يكون له تغيرها حسب راي سقراط (بهاوي، ص٤٦ – ٤٨)، بل هذا التوزيع للأدوار بين الخصوم (المدعي والمدعى عليه) ظلت العدالة الشكلية توزع توزيعا مرنا ومتغيرا بينهما، فمثلا في امر بدائي للدعوى يتمسك احدهم بخلاف الحقيقة المؤيدة، وهو في مركز المدعي، وعليه عبء الاثبات، ولكن بعد تقديم الادلة فيغير دوره الى مركز المدعى عليه، فالشخص الذي يقدم ضده البينة يكون في مركز المدعي في الدفعات(السنهوري، ص٦٨، ٦٩).

فنقول: إن العدالة الشكلية لا تنشئ الحق لمن يتمسك بها، حينما يحكم القاضي لمصلحته، بل تستطيع ان تنشأ مركزا قانونيا محميا حماية نسبية، هذا المركز من تعرض القانوني واعادة عرض الموضوع في ساحة العدل لسبق الحكم فيه (ينظر نص المادتان: ١٠٥ و١٠٦ من قانون الاثبات العراقي)، ولكن أنماط العدالة الموضوعية تأسست على انشاء الحقوق والواجبات، سواء كان هذا الانشاء على اساس المساواة التناسبية في العدل التوزيعي، أو كان على اساس المساواة الحسابية المطلقة في العدل التبادلي(حسين، ٢٠١٠، ص ١٠٥- ١١٠).

٤/ ارتباط قواعد العدالة الشكلية بالحق: تتصل قواعد العدالة الشكلية بالحق بشكل غير المباشر، في حين تتصل قواعد الموصوعية بالحق اتصالا مباشرا، بذلك تتفرع العدالة الشكلية عن العدالة الموضوعية في ارتباطها بالحق، فمثلا حين تعطي السلطة امتيازا ما لشخص معين على اساس خدمته الوظيفية، ينشأ الحق لهذا الموظف، بناء على ذلك، فالعدالة الموضوعية قد تتحقق إذا كانت الخدمة التي قدمها الموظف مقابل ذلك الحق. وسؤال العدالة الموضوعية هنا هو، هل هذا الحق متساو مع الواجب الذي قام به الموظف؟ قد وتتحقق بذلك العدالة الموضوعية، إذ الجواب، هو نعم، معناه يعطى الموظف ما يستحقه. ولكن هذا السؤال ليس سؤال العدالة الشكلية، بل سؤالها هو: هل القانون يمهله ان يثبت الموضف حقه بالوسائل الموضوعة لإثبات الحق؟ هل الخصوم متساوون في الإستعانتهم بهذه الوسائل؟ هل يؤسس القاضي حكمه على تلك الوسائل، أو يؤسسه على غيره، كالمصالح والمحبة؟ فالعدالة الشكلية لا تبحث عن المساواة في إنشاء الحق، بل هي تبحث عن تقريب بين الحكم من واقع المنشأ للحق. واذا تمهل الفرص المتساوية للخصوم، ويبذل القاضي جهده المعتاد للوصول الى مصرد المنشأ للحق. ويبنا حكمه على اساس برهان، فهذا يعني إرجاع القاضي الحق لصاحبه في الظاهر الحال، وتتحقق بذلك العدالة الشكلية. وذلك سواء كانت العدالة الموضوعية قد تتحققت ام لا.

٦- تخصص وسائل العدالة الشكلية لكشف الحقيقة، أي لكشف مصرد المنشأ للحق، فوسيلة تحقيق العدالة الموضوعية، هي مصادر الحق من: القانون والارادة والفعل ضار والفعل نافع، والقانون مثلا هو المصدر لإنشاء الحق، لأن الدولة في المجتمع توزع الثرواة من خلال قوانين وتعليمات. فالعدل التوزيعى يحرص على قيمة العدالـة الموضوعية في إقامة التوازن بين الحقوق والواجبات. وكذلك في العدل التبادلي فإن الإرادة حرة في انشاء الحقوق، وذلك بمصادر معتبرة. ولكن وسائل العدالة الشكلية هي وسائل لبيان الحقيقة ونقلها الى القضاء من حيث إنها ساحة للعدل، وذلك لإثبات الحق الموزع في ظل العدلة الموضوعية، ووسائل العدالة الشكلية لا تنشأ الحق، آي تدخل في دائرة توثيق الحق.

لقد تبين مما تقدم، أن العدالة الموضوعية تدور في فلكة إنشاء الحق،(آي بتوزيعه)، ولكن العدالة الشكلية قد تخصص قواعدها ومبادءها لتقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، (آي ببذل الجهد لكشف المصدر المنشىء للحق). وقد تجسدت قواعد العدالة الشكلية في مجموعة من القواعد والوسائل القانونية لضمان إرجاع الحق لصاحبه، وتخص العدالة الشكلية قواعدها ووسائلها لهذا المهمات، وذلك بالتحري لكشف الحقيقة الواقعية، عن طريق إستنتاجه من دليل الذي يقدمه الخصم.

إن الحق الذي توزعه قواعد الموضوعية لاقيمة له إذ لم يؤيد بالدليل المعتبر في القواعد الشكلية، لذلك قد تكون علاقة العدالة الشكلية بالعدالة الموضوعية كعلاقة الدليل بأصل الحق، فتتوقف تحقيق العدالة الموضوعية على تحقيق العدالة الشكلية، عند النزاع، وتبين من هذا لا قيمة للعدالة الموضوعيـة، من حيث الواقع العملي، اذا لم تــؤيد العدالة الشكلية بقواعدها ووسائلها المعتبرة والمحددة.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

## المبحث الثاني: وظيفة العدالة الشكلية

العدالة الشكلية لها عدة وظائف، وكل هذه الوظائف متفرعة عن وظيفة اساسية، وهي تقريب الحقيقية القضائية الى الحقيقة الواقعية اي استكشاف الحقيقة بغرض الوصول الى الحكم العادل. وتتفرع منها وظائف توزيع الأدوار بين الخصوم والقاضي ووسائل الاثبات، وذلك بهدف الوصول الى غايتها. وفي هذا المبحث نتطرق الى وظيفة العدالة الشكلية في كشف الحقيقة. فنجد الغاية الاساسية لقانون الاثبات هي الوصول الى الحكم العادل، والتطبيق السليم لنصوصه، غير ان الشرط الأساسي لتحقيق تلك الغاية، هو الوقوف على ماهو حقيقي وواقعي، أو في الأقل، افتراض الأمر أو اعتقاد والأقتناع به كذلك، ولبيان هذا الشرط، نتناول في هذا المبحث الحقيقة بأبعادها وأقسامها المختلفة. عليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

- **المطلب الاول: مفهوم الحقيقة.**
- **المطلب الثاني: صلة العدالة الشكلية بالحقيقة.**

### المطلب الاول: مفهوم الحقيقة

لفهم الحقيقة فهما كاملا علينا ان ننظر إليها من زوايا مختلفة، وان نتوقف على معناها العام ومعناها القانوني أيضا وعليه نتطرق الى المفهوم العام للحقيقة اولا، ثم الى مفهومها القانوني، وذلك من خلال الفرعين الاتيين:

- **الفرع الاول: المفهوم العـــــــام للحقيقة.**
- **الفرع الثاني: المفهوم القانوني للحقيقة.**

#### الفرع الاول: المفهوم العـــــــام للحقيقة

بعيدا عن الخوض في تفصيلات تعريف الحقيقة في اللغه نشير إلى إن كلمة الحقيقة تعني الثبات و اليقين(الجرجاني، ١٤١٣ه، ص٧٣، ٧٤) وعند الأصوليين: هو اللفظ المستعمل فيما وضع له في التخاطب(الزلمي، ٢٠١٤، ص١٩٥). وفي الاصطلاح: الحقيقة هي من المفاهيم التي يصعب على الباحث تعريفها(سبيلا والعالي، ص٥)، نظراً لما يدور حولها في ميدان العلوم المختلفة من العلوم اجتماعية وسياسية وغيرها. ويختلف تعريفها وماهيتها باختلاف العلوم ولكل علم حقيقة خاصة به ولكون دراستنا ليست منصبة على مفهوم الحقيقة كلها بجميع تفاصيلها، وإنما تطرق الى جزء من الحقيقة، وهو المفهوم القانونى للحقيقة، وبقدر ما يساعدنا لفهم وظيفة العدالة الشكلية في التقريب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، لذا نحاول أن نتعرض إلى تعريف الحقيقة، دون التعمق في معانيها والخوض في إشكالاتها.

مفهوم الحقيقة مطلقا: يعني اليقين، وهذا الأخير على مراتب، اضعفها علم اليقين، والأقوى منه عين اليقين، والأقوى حق اليقين. فمثلا يعلم الشخص ان طائرة ما سوف تطير من مطار الموصل إلى مطار بغداد، فهذا علم اليقين، وإذا رآها تطير فهذا عين اليقين، لكنه لو ركب اصبح هذا حق اليقين، والحقيقة المطلقة هي حق اليقين، أما ما دون اطلاقها فتبقى نسبية، لان المشاهدة قد لا تعطي المصداقية التامة للأمور، كما في حالة السراب، والعلم والمعرفة والسماع، قد لا يعني ان المرء قد اصاب الحقيقة باطلاقها، والحقيقة بهذا المعنى هي الحقيقة الواقعية، أي الحقيقة الواقعة الحاصلة، لا تلك التي تحصل، أو ربما تحصل في المستقبل من جانب التخمين(الاحمد، ٢٠١٧ب، ص٢٧، ٢٨)، وعند سقراط هي ما يمكن إدراكه بالعقل، بل في الحقيقة هناك حقائق تدرك دون العقل كالحقائق التي تدرك بالحواس، وهناك حقائق أخرى يعجز العقل عن إدراكها، إضافة إلى الحقائق التي يدركها العقل (حسين، ٢٠١٠، ص١٥٤، ١٥٥)، وللحقيقة ثلاثة معان، عند اندريه لالاند، وهي ( الاحمد، ٢٠١٧ب، ص٣٦، ٣٧)، (هەورامى، ٢٠١٢، ص٣٩، ٤٠):

**المعنى الأول:** الحقيقة من حيث كونها شيئاً واقعياً، وتطلق عليها الحقيقة الواقعية، أو الحقيقة الجوهرية، وهذه الحقيقة ذات طابع مطلق وكامل، ومن الممكن ان توجد، ولو لم يكن هناك من يعرفها أو يكشفها.

**المعنى الثاني:** الحقيقة كما يدركه الانسان، ويسميها حقيقة المعرفة، وتعتمد أساسا على الفهم والادراك، أي على وسائل المعرفة الانسانية المختلفة، وهذه الوسائل قد تكون نافعة أو يشوبها القصور، ومن ثم فان هذا الفرع من الحقائق يتسم بالنسبية.

**المعنى الثالث:** الحقيقة كما يعبر عنها الانسان، تسمى حقيقة التعبير، وهي تعتمد على مفردات اللغة وتركيبات الجمل والعبارات والقدرة على صب الأفكار في القالب اللفظي الذي يتناسب معها.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

نستنتج من هذا ان الحقيقة هي: الحقيقة الواقعية، وحقيقة المعرفة، وأخيراً حقيقة التعبير. وقد تسمح المجال للعدالة الشكلية لكي تشارك الحقائق الثلاث في الوصول الى المصدر المنشىء للحق، وفي الاطلاق عليها بوسيلة المعاينة، وفي القرائن القضائية يمهل القاضي ادراك الحقيقة (آي حقيقة المعرفة). ويستفيد من الحقيقة التعبيرية في الشهادة والخبرة ويبنى الحقيقة القضائية على تعبير الاخرين حسب الحدود و الاجراءات التي حددها القانون.

**الفرع الثاني: المفهوم القانوني للحقيقة**

لم تعرف الحقيقة في القانون، لكنها ذكرت من بين نصوصه، غير أن المعنى المراد للحقيقة في النصوص القانونية يقابل المجاز أو الحكمي التقدير(ينظر نص المادة: ١٥٥ و١٥٦ من القانون المدني العراقي)، سبق الإشارة الى ان العدالة الشكلية هي معيار لكشف مركز الخصم في الإثبات، فالمدعي هو الخصم يدعي شيئا بخلاف الحقيقة، فالحقيقة تكون الحقيقة القانونية او الحقيقة المؤيدة، لبيان مفهوم القانونية للحقيقة يستلزم التوقف عند الحقيقة القانونية والحقيقة المؤيدة، كالاتي:

**أولاً: الحقيقة القانونية**

الحقيقة القانونية هي الاحكام القانونية الفنية التي صنعها المشرع بنفسه، وهي من صنع المشرع وعمله، بمحض تقديره، ووفقاً لما يقدره من الاعتبارات، فيضع من القواعد ما يراه مناسباً لحماية الاوضاع القانونية المختلفة، فتارة يكتفي بالقرائن القانونية وأخرى يرتفع عن نطاق القرائن وقواعد الاثبات واحياناً يرى أن الحماية المناسبة هي حماية من خلال إقرار قاعدة موضوعية. ولكن المشرع عندما يقرر مضمون القواعد القانونية، فأنه لايقرره إعتباطاً، وانما يستخلصه من الحقائق الموضوعية والحقائق الاعتبارية(هەورامى، ٢٠١٢، ص٤٧، ٤٨).

والحقائق الموضوعية هي من العوامل التي تسهم في تكوين القواعد القانونية إسهاما فعالا وهي حقيقة اتفق او يتفق عليها الجميع، وتشارك فيها الحقائق الطبيعية والحقائق العقلية، فالحقائق الطبيعية او الواقعية هي تلك الحقائق التي تتكون من الظروف الواقعية المحيطة بالناس في المجتمع وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية او سياسية او اجتماعية. وفي الحقيقة الطبيعية هناك ثلاثلة انواع من الحقائق: الحقيقة التاريخية، والحقيقة العلمية، والحقيقة النفسية. فالحقائق الموضوعية هي حقائق ثابتة وجازمة، والمبني على الثابت ثابت إذن، يعود الفضل لهذه الحقائق في أنها لم تدع أن تصبح القواعد القانونية جامدة وهذه الحقائق تشمل حقائق جمة، تأريخية، مثالية، أو المصالح التي يراها المشرع أنها جديرة بالحماية وما إلى ذلك من الحقائق، وهذه الحقائق على سبيل المثل و ليس الحصر.(حسين، ٢٠١٠، ص١٥٩- ١٧٣). فالحقيقة القانونية كما يتبين لنا هي القواعد القانونية وتتدخل أيضا في نطاق الحقيقة القانونية القرائن القانونية.

**ثانيا: الحقيقه المؤيدة**

الحقيقه المؤيدة تعني الثابت أصلا و(نصت المادة: ٦ من قانون الاثبات) على أن "الأصل براءة الذمة"، وهي ظاهر الحقيقة التي يـؤيدها العقل، ومن يتمسك بحق من الحقوق في حدود الحقيقة المؤيدة لاحجة له لاقامة الدليل، لتطابق مضمونها مع الواقع الظاهر وطبيعة الاشياء، قد تتجلى بسهولة لانها هي الحقيقة الظاهرة من وجه وثابت في الاصل، فهي مؤيدة في ظل العدالة الشكلية، لانها قد تثبت بنفسها، وتعطي هذه الحقيقة لصاحبها مركزاً قانونياً محمياً، لانها سميناها بالحقيقة المؤيدة وتحفظ من يتمتع بها من عبء إثبات الحق، حينما يكون محلا لنزاع.

والمقصود بـــــالـظاهر هنا الوضع الراهن الطبيعي للأشيا، ويظهر للناس بصفة عامة ويمثل العادي والمألوف، ويعتمد عليه الناس في معاملاتهم في أكثر الأحوال والثابت يحسب ما هو مألوف في عادات الناس ومعاملاتهم أياً كان سبب ثبوته. وهذا الظاهر يحتمل أن يكون مطابقاً للحق، أي يتطابق الأصل العام مع الحقيقة الواقعة. أذن فالظاهر علم الإثبات ثلاثة أنواع : الظاهر أصلاً والظاهر عرضاً والظاهر فرضاً، ومن المقرر في الفقه أن هذا الظاهر يحتمل أن يكون مطابقاً للحق. (هەورامى، ٢٠١٢، ص٥٩، ٦٠).

ومن يتمسك الحقيقة المؤيدة ليس عليه عبء الاثبات فعلى خصمه اثبات ما يدعيه، وبهذا المعنى ورد في قانون الإثبات " البينة على من ادعى،..." وكذلك نص على ان: " المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر،..." (ينظر نص المادة: ٧ من قانون الاثبات العراقي) فمعنى هذا أن من يدعي شيئا بخلاف الحقيقة المؤيدة فعليه الاثبات. والأصل هنا بمعنى الثابت بنفسه غير محتاج إلى دليل، أي الحقيقة المؤيدة هي الحقيقة التي لا تحتاج الى برهان لاثباتها والبراءة هي عدم وجود المسؤولية فعلاً مع الصلاحية لها بوجود القوة المؤهلة لذلك، وهو ما يسمونه الذمة أو العهدة(هەورامى، ٢٠١٢، ص٦١).


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ويعبر عن الحقيقة المؤيدة بقاعدة "الاصل" في العلاقات بين الاشخاص وما يتعلق بالحقوق الشخصية. ويعبر عنها في الملكية وما يتعلق بالحقوق العينية في "الظاهر". والاصل هو براءة الذمة في الالتزام واما فيما يتعلق بالحقوق العينية، فلا يمكن ان يقال ان الاصل هو براءة الذمة كما تقرر ذلك في الديون بل يرجع فيها الى قاعدة اخرى ليست هي (الثابت اصلا او عرضا) بل هي ( الثابت ظاهرا ) وتطبق هذه القاعدة على رأس الحقوق العينية جميعا وهو حق الملكية(الصوري، ص٣٨، ٣٩). والحكم السائد في التشريعات الحديثة (ينظر المادة: ١ من قانون الإثبات المصري، والمادة: ١ من قانون الإثبات الإماراتي، والمادة: ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي): هو ان على الدائن أو المدعي إثبات الدين، بناء على قاعدة : (الأصل براءة الذمة ).

والجدير بالذكر ان الشريعة الإسلامية قد سبقت غيرها من القوانين والتشريعات الأخرى فقد قررت أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وهذه القاعدة الشرعية مأخوذ بها في مختلف قوانين الإثبات العربية والأجنبية ومن بين القوانين العربية قانون الإثبات العراقي(بن حيدر، ٢٠١٢، ص٨٣). فالاصل في الانسان براءة الذمة وعدم المديونية من كل التزام فاذا ادعى احد دينا على آخر وجب عليه اثباته لانه ادعى شيئا يخالف الحقيقة المؤيدة و الثابت اصلا وهو مشغولية ذمة خصمه - الذي هو اصلا بريء الذمة (السنهوري، ص٧١). والحقيقة المؤيدة في نطاق الحقوق العينية هي الظاهر وهو الوضع الراهن الطبيعي للأشياء، فالحق العيني يخول صاحبه سلطة المباشرة على شيء معين وهذه السلطة تخلق وضعا ظاهراً لصالح من يباشرها(بن حيدر، ٢٠١٢، ص٩٢). ان وضع الظاهر هو المحسوس ويتوصل إليه بالعقل دون حاجة لأفتراضات قانونية، اذ الحيازة دليل حق الملكية في الظاهر. فمن كان الظاهر يؤيده لايلزم بالاثبات. لهذا كان واضع اليد هو المدعى عليه والخارج هو المدعي ويجب عليه إثبات ملكيته والأصل في الملك انه قام محرراً من الاثقال، اى من حق الغير كحق الارتفاق مثلا او حق الانتفاع ان الاصل، هو تحرير العقار من حق الغير الذي يعطل الاستفادة منه كاملة وصفوة القول: أن عبء الاثبات يقع دائما على من يدعي شيئا مخالفا لما هو ثابت اصلا او عرضا او ظاهرا(هەورامی، ٢٠٠٩، ص٢٤، ٢٥).

مما تقدم يتبين لنا، ان التشريعات الحديثة، كلها تعترف بالحقيقة المؤيدة وبعبارة كأنها هي الاصل في الامور وكل إدعاء بخلافها عارض. وأن الأصل في الأمور العارضة العدم، وعلى من يتمسك بها ان يثبتها بالبينات التي يحددها القانون. فتترك الحقيقة المؤيدة، حين لاتتطابق مع الحقيقة الواقعية، وهي لم يكن تعبيراً صادقاً عن الحقيقة الواقعية فلا يجوز الأخذ به لأنه ليس هو المقصود لذاتها وإنما بوصفها دليلاً على الباطن، فإذا لم يكن كذلك ووجدت دلائل مادية أقوى منها، بذلك فقد أنتهت وظيفته، وعندئذ يجب علينا تركها.

**المطلب الثاني: صلة الحقيقة بالعدالة الشكلية**

للحقيقة في ظل العدالة الشكلية مركزان، مركز في حالة المهاجمة لرد الحقيقة القانونية ولرد الحقيقة المؤيدة، ومركز آخر في حالة الدفع، ونحن نحاول في هذا المطلب ان نناقش هذين المركزين، ونبين أبعادهما ومعالمهما.فاستجابة لذلك نقسم هذا المطلب على فرعين كالاتى:

**– الفرع الاول: دحض الحقيقة القانونية والحقيقة المؤيدة.**

**– الفرع الثاني: الإستقامـــــــــة على الحقيقة المعقولـــــــــة.**

**الفرع الاول: دحض الحقيقة القانونية والحقيقة المؤيدة**

حين يقدم المدعي البينة على ما يدعيه بالطريقة التي يحددها القانون تترك الحقيقة المؤيدة والحقيقة القانونية محلهما الثابتين للحقيقة الجديدة التي هى ممثلة صادقة للحقيقة الواقعية في مسرح احقاق الحق، لاظهارها امام القضاء اقوى من ثبوت هاتين الحقيقتين، وتبقى على ثباتها حتى تعرض حجة اقوى منها. ولمعرفة كيفية رد هاتين الحقيقتين علينا أن نعرض كيف يرد الحقيقة القانونية اولا، ثم كيف يرد الحقيقة المؤيدة ثانيا.

**اولا/ دحض الحقيقة القانونية**

الحقيقة القانونية هي ما يثبتها المشرع كالحقيقة، بالقرينة القانونية البسيطة (وهي الحقيقة القانونية الظنية الثبوت) أو بالقرينة القانونية القاطعة (وهي الحقيقة القانونية القطعية الثبوت). فالقرينة القانونية يتولى المشرع بنفسه اقرارها ويبني عليها إستنباط المشرع أمرا مجهولا من أمر معلوم، والذي يغلب وقوعه عملاً في طائفة معينة من الحالات التي يبنى عليها قاعدة ينص عليها في صيغة مجردة(النداوي، ٢٠١٨، ص١٢٣)، وهذه القرائن القانونية، عرفنا بالحقيقة القانونية. وللقرينة ركنان، ركن معلوم وآخر مجهول، واذا عرف الركن المعلوم أمكن الوصول الى الركن المجهول، فاذا وجد مـال منقول بيد المدعي، وهو الركن المعلوم، يعد ذلك دليلا

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

على ملكيته لذلك المنقول، وهو الركن المجهول، فاذا ثبتت الحيازة كانت قرينة على الملكية والحيازة في المنقول سند الملكية(الصوري، ص٨٩١).

إن الدور الذي تـؤديه الحقيقة القانونية في الإثبات، أنها تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة من طرق الإثبات، ولاثبات هذه الحقيقة بالقانون. نص قانون الإثبات في الفقرة (٢) في المادة (٩٨) من قانون الاثبات على أن " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل آخر من أدلة الإثبات". في الحقيقة القرينة القانونية لاتغني من الإثبات بل يجب على من يتمسك بها أن يثبت تحقق الواقعة التي تقوم عليها القرينة، فالقرينة القانونية تنقل محل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها إلى واقعة أخرى متصلة بها يحددها المشرع. وبذلك يتعين ثبوتها أولا، وللخصم الذي يحتج عليه بالقرينة أن ينازع في توفر الشروط التي يتطلبها القانون لقيامها(النداوي، ٢٠١٨، ص١٢٣، ١٢٤).

يتبين مما سبق ان القرائـن القانونية، هي دليل استنتاجي غير مباشر، لايرد الاثبـات بها على الواقعة نفسها المراد اثباتها مباشرة وانما ينصب على واقعة أخرى معلومة ومتصلة بها اتصالا وثيقا وبسيط أثباتها. فيترتب على اثبات هذه الواقعة المعلومة ثبوت الواقعة المجهولة المدعى بها امـام القضاء. وهذا ما يطلق عليه بتحول الاثبات من محل الى آخر(الصوري، ص٨٩٠).

وعلى القاضي أن يتمكنه من ذلك احتراماً لحق الدفاع، وعليه إذا ثبت قيام الواقعة التي هي أساس القرينة تعين على القاضي أن يأخذ بحكم القرينة فيجعلها أساساً لحكمه حتى إن بدا له عدم مطابقته للواقع في الدعوى المنظورة، وإلا كان حكمه عرضة للنقض(النداوي، ٢٠١٨، ص ١٢٤).

ان الحقيقة القانونية، تثبت بالقرينة القانونية وهي من النصوص الاستثنائية التي ينبغي عدم التوسع في تفسيرها او القياس عليها، وذا كان القياس بحجة التطبيق، فلا تقـاس عليها قرينة قانونية اخرى وان كانت مماثلة لها وكانت الدوافع لها في الحالة الاخيرة اشد واقـوى(الصوري، ص٨٩٢). وفي القرينة يقرر المشرع القوة الإثباتية لوقائع معينة بصورة مستقلة عن كل فحص للعناصر التي تنم عن تلك القرينة، وإن هذا الطابع المجرد للقرائن القانونية من شأنه أن يقلل كثيراً من قيمتها كوسيلة للوصول إلى الحقيقة. غير أن المشرع لا يغفل عادة الاحتمال في عدم مطابقة القرينة لكل حالة على حدة لذا فهو يسمح للخصم الذي يهجم عليه بالقرينة أن يثبت عكسها. فالقاضي لا يقضي بمقتضى القرينة القانونية إلا إذا عجز من يضاربها عن إثبات عكسها، وعندئذ يكون القاضي مقيداً بالقرينة القانونية ولا يملك تقدير مطابقتها أو عدم مطابقتها للواقع(النداوي، ٢٠١٨، ص ١٢٤).

ووفقا لقانون الاثبات العراقي النص على ان الأصل في القرينة هو جواز اثبات العكس والاستثناء هو عـدم جواز ذلك. ومؤدى هذا ان المشرع جعل بساطة القرينة قاعدة عامة وانزل القرائن القاطعة من هذه القاعدة منزلة الاستثناء. على ان القواعد العامة في الاثبات تنهض لتوجيه هذا الأصل، ذلك ان الدليل الكتابي يجوز نقضه إما بطريق الطعن بالتزوير واما باقامة الدليل العكسي، والقرينة القانونية ليست الا حجة يقيمها المشارع، فاذا لم يقم الدليل بوجه عام على صحة هذه الحجة، فهي، لاتعدو ان تكون احتمالا يصـح فيـه الخطأ في بعض الاحوال. ولذلك يكون الاصل هو جواز اقامة الدليـل العكسي لنفي القرينة فيما عدا الاحوال التي ينص فيها القانون صراحة على عدم جواز ذلك والاحوال التي تؤسس فيهـا القرينة على النظام العام(الصوري، ص٨٨٩).

وبناء على ذلك، فالحقيقة القانونية النسبية هي القرينة القانونية البسيطة، ويمكن دحضها بالكتابة أو بمبدأ الثبوت بالكتابة المعززة بالشهادة أو القرائن القضائية ووفقاً للقواعد العامة في الإثبات(النداوي، ٢٠١٨، ص ١٢٥). ولكن الحقيقة القانونية القاطعة هي القرينة القاطعة، ولا يعني كون القرينة قاطعة أنها لا تقبل إثبات العكس؟ و كيف يرد هذه الحقيقة ؟ لأننا إذا قلنا أن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس فليس ذلك أنها لا تدحض أبداً، لأن عدم الدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية، والصحيح أن الحقيقة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالإقرار أو اليمين، وذلك في الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام، وهذا ما نص عليه صراحة قانون الإثبات العراقي الذي جاءت فيه المادة (١٠١) من قانون الإثبات العراقي نصت على أنه " يجوز قبول الإقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس في الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام". ويستنتج منها، أن القرائن القانونية القاطعة قد لا تتعلق بالنظام العام أي الموضوع لحماية مصلحة خاصة وهذا يقبل إثبات العكس بالإقرار واليمين فقط. وأن القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام، لايجوز إثبات عكسها (النداوي، ٢٠١٨، ص ١٢٥). وكذلك ما نصت عليه القوانين الحديثة من أن القرينة القانونية تغني من قررت لمصلحته ولكنه يجوز نقض هذه القرينة بحسب نوع القرينة المنصوص عليها في القانون(بكر، ٢٠١٩، ص٤٥٢، ٤٥٣). والسؤال الذي يثار هنا هو هل يمكن دحض الحقيقة القانونية الظنية الثبوت بالشهادة أو بالقرينة القضائية؟ ولما كانت الحقيقة القانونية الظنية الثبوت هي ما افترضها المشرع للحقيقة بقرينة بسيطة، ويكون اثبات عكس ما تدل عليه القرينة وفقاً للقواعد العامة في الاثبات.(العبودي، ص٢٣٩) و(الصوري، ص٩١٣). بذلك يمكن دحض الحقيقة القانونية الظنية الثبوت، خيلافا


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

عن الحقيقة القانونية القطعية الثبوت، بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو القرائن القضائية، وإذا استحال الحصول على الكتابة أو استحال تقديمها بعد الحصول عليها جاز الإثبات بالبينة أو بالقرائن القضائية. وفي إثبات واقعة مادية وتصرف قانوني لا تزيد قيمته على القيمة التي حدده المشرع لإثبات بالشهادة، فانه يمكن إثبات عكسها بالبينة أو بالقرائن القضائية. بل أذا تزيد على هذه القيمة لا يدحض الحقيقة القانونية الظنية الثبوت الا بالكتابة وما في حكمها، وعلى الرغم الإختلاف حولها، لم ينص القانون على شيء يخالف هذه القواعد القامة في هذه المسألة.(السنهوري، ص٦٢٦- ٦٢٨).

**ثانيا/ دحض الحقيقة المؤيدة**

سبقت الإشارة الى أن قواعد العدالة الشكلية تعبر عن الحقيقة المؤيدة بـــ (الأصل براءة الذمة) في الالتزام و بـ (ظاهر الحال) وفي الملكية في فمن يتمسك بخلاف هذه الحقائق عليه إثبات ادعائه، ولكن كيف يثبت المدعي حقه وهو عندئذ يدعي خلاف الحقيقة المؤيدة؟ إن الحق ليس له كيان لكي يثبت عند القضاء بنفسه ان ذلك الأثبات لايرد على الحق المدعى به وانما يرد على الواقعة القانونية التي تنشيء هذا الحق، ذلك ان الحق ماهو الا الأثر الذي يترتب على الواقعة القانونية، لذلك يعتمد الإثبات على مصدر المنشيء للحق. فاذا امكن للمدعي ان يقيم الدليل على هذه الواقعة فانه يكون بذلك قد اثبت الحق المدعى به. والواقعة القانونية بوصفها محلا للإثبات هي كل سبب منشئ للحق المدعى بوجوده او زواله او وصفه(السنهوري، ص٤٦)، وهي تكون إما واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً (البزاز، ١٩٥٨أ، ص٣٣٧، ٣٣٨). ولمعرفة كيفية دحض الحقيقة المؤيدة عليه نعرف يثبت الحق في الواقعة القانونية او التصرف القانونية، لذا نتعرض للموضوع على النحو الآتي:

**الاول: دحض الحقيقة المؤيدة في الواقعة القانونية**

إن الواقعة القانونية، اي الواقعة المادية وتعني كل عمل مادي، طبيعي أو اختياري، يرتب القانون عليه أثرا قانونيا وتندرج تحت الواقعة المادية الواقعة الطبيعية كالزلزال الذي تنشأ عنه حالة القوة القاهرة، والوفاة التي يترتب عليها الحق في الميراث، والأفعال المادية التي تحدث بفعل الأنسان إما دون قصد، فترتب آثارا قانونية كما في حالة الشخص الذي يصطدم الغير بسيارته ويحدث له ضرراً، او بقصد ترتيب اثار قانونية، كما لو قام شخص بوضع يده على شيء مملوك لغيره بقصد تملكه وتتصف الواقعة المادية سواء كانت طبيعية ام من فعل الأنسان بأن القانون هو الذي يقوم بتحديد آثارها(العبودي، ص٤٤)، فيندرج كل من العمل غير المشروع، الكسب دون سبب، والقانون تحت عنوان المصادر غير الارادية فتكون المصادر غير الارادية الواقعة القانونية، وعلى هذا فالواقعة قد تكون بفعل الطبيعة أي لا أثر لإرادة الانسان فيها، وقد تكون اختيارية له الإرادة في وقوعها (البزاز، ١٩٥٨أ، ص٣٣٨). السؤال الذي يثار هنا هو كيف ترد الحقيقة المؤيدة في الواقعة القانوية؟

نقول في الجواب: لما كانت الواقعة القانونية لا يمكن تصور انشاء دليل فيها لاثباتها، لان في حدوثها لا تتجه إرادة الأطراف الى الحصول على هذه الآثار القانونية، فإن الأمور تعني انها لا يمهل الفرصة لأطرافها باعداد دليل بشأنها(العبودي، ص٤٥). لذا يجوز إثبات الواقعة المادية بطرق الأثبات كافة ايا كان مبلغها(بكر، ٢٠١٩، ص٤٧). ويجوز الإثبات بالشهادة في إثبات الإخلال بالتزام عقدي لإمكان المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا الإخلال، وكذلك فإن ما يشوب الإرادة من عيوب تعد من قبيل الوقائع التي يمكن إثباتها بشهادة الشهود. على أن الغش نحو القانون (التحايل) كما في الصورية يمكن إثباته بشهادة الشهود بالنسبة للغير(النداوي، ٢٠١٨، ص ١٠٨). وفي عيوب الإرادة كالاكراه أو التغرير الذي يعيب العقد، ليس من المعقول ان يطالب من له الحق في ابطال العقد بالاكراه، بتقديم دليل كتابي.(بكر، ٢٠١٩، ص٤٧).

وأن القانون في بعض الأحيان يستلزم الكتابة لاثبات واقعة مادية وذلك لاسباب خاصة، خشية نسيانها مثلا، وهذا ما يحدث بالنسبة لاثبات الميلاد والوفاة(العبودي، ص٤٥)، وقد نصت المادة (٣٥) من القانون المدني، على ان: " الولادة والوفاة تثبت بالسجلات الرسمية المعدة لذلك، فاذا لم يوجد هذا الدليل أو يتبين عدم صحة ما ادرج بالسجلات جاز الأثبات بأية طريقة أخرى". فتبين من ذلك ان الحقيقة المؤيدة ترد في الواقعة المادية بطرق الإثبات كافة.

**الثاني: دحض الحقيقة المؤيدة في التصرف القانوني**

التصرف القانوني هو: اتجاه الأرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، والتصرف القانوني اما ان يكون من جانبين، آي بطرفين كما نص عليه (المادة: ٧٣ من القانون المدني العراقي)، كعقود بصفة عامة او من جانب واحد كما في الوصية اذ تتم بإرادة الموصي وحده وكذلك في الاقرار(العبودي، ص٤٤، ٤٥). وقد تتم التصرفات القانونية بإرادتين، او بارادة منفردة أي بطرف واحد، لان التصرفات القانونية قوامها الإرادة، وقد تتم بمجرد ابراز الارادة بالتعبير عنها في اغلبية التصرفات القانونية فلا حاجة لاي شكلية،

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

كالكتابة او اي عمل معين لانشاء الاثر القانوني الذي توجه اليه الارادة، فمثلا العقد: الرضائي في العقود هي القاعدة العامة في القانون العراقي، والعقد الرضائي هو الذي يكفي لانعقاده بمجرد التراضي، أو بعبارة أخرى بمجرد توافق الإرادتين(الحكيم، وآخرون، ص٢٣)، (البزاز، ١٩٥٨أ، ص٣٣٩).

والشكلية غير مفترضة قانونا لإنشاء ذلك الأثر القانوني، ولكن من الناحية العملية تفرض الشكلية نفسها، فمثلا في هذا العقد الرضائي (كالإصل) تشترط الكتابة لإثبات الأثر القانوني الذي تتوجه إليه إرادة أطراف العقد عند النزاع عليه امام القضاء، فبذلك نعرف ان تقل وتقلص قيمة الرضائية في التصرفات القانونية من منظور العدالة الشكلية، اذ ينزع الحق من قيمته المالية مالم يؤيد ذلك الحق بدليل مقبول قانونا.

أما السؤال المطروح هنا هو كيف ترد الحقيقة المؤيدة امام القضاء في التصرفات القانونية؟ فالأصل في التصرفات القانونية انه لا يجوز اثباتها الا بالكتابة اذا تجاوزت قمة النصاب الذي حدده القانون(المادة (٧٧) من قانون الاثبات العراقي)، على اساس انها تسمح طبيعتها باعداد الدليل الكتابي قديما، اي الاتفاق بين العاقدين يثبت مباشرة المحرر الذي اعد لاثباته، ووقع عليه كل منهما(زكى، ٢٠٠١، ص١٠٤). فبهذا توثق معاملاتهم بالكتابة، من حيث إن الناس يوثقون معاملاتهم بوسائل قد تفيد منها إثبات حقهم، وأحيانا يلجؤن الى وسائل تستفيدون منها إستيفاء الحق، كالرهن، والكفالة(السبكي، ص ٦٩). والتوثيق بالكتاة أمر مالوف من قديم الزمان، كما قال تعالى{ يا أيها الذين ءامنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فأكتبوه..... (البقره الاية:٢٨٢) }. إن وسائل التوثيق في القرآن الكريم، وفي السنة، وما دارت على ألسنة الفقهاء هي: الكتابة، والإشهاد،، والإقرار، واليمين، والشاهد واليمين، والقرائن والرهن، والضمان، والكفالة(للمزيد ينظر السبكي، ٢٠١٩، ص ٦٧- ٦٩). أن الفرق الاساسي من حيث التكوين بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني يؤدي الى الإختلاف الجوهري بين الطرق المعتبرة قانونا لإثبات أثره القانوني(العامري، ص١٩).

وأذا برز إعتبار اخر وهو اهم واولى من توثيق الحق بالنسبة الأطرف التصرف، كإعتبار القرابة والصداقة او إذا وجد ظرف طارئ في وقف التعامل. فالعدالة الشكلية هي ترجح هذا الاعتبار الاخير ويعفى المدعى عن الإثبات بالكتابة، فله اثبات حقه بكافة طرق الاثبات. ذلك في التصرفات المدنية.

ولتغليب إعتبارات الثقة والسرعة عند التجار في التصرفات التجارية على اعتبار توثيق الحق بالكتابة أجازت قواعد العدالة الشكلية الإثبات بكافة الطرق (وهذا نهج متبع في قوانين الاثبات الحديثة عدا قانون الإثبات العراقي)، لان النشاط التجاري يقوم على السرعة والثقة (نص المادة (٣) من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنه: ١٩٨٤)، فكل تعقيد يهز المبدأين الأساسيين والكتابة إذا فرض القانون على المعاملات التجارية- كما فعل المشرع العراقي- لإثبات الحقوق التي تنشأ فيها تلك تكون تعقيدا مهددا في بعض التصرفات التجارية، لذا يمهل القانون المدعي في المعاملات التجارية، وذلك في المعاملات المدنية، وفي حالات إستثنائية له أن يستعين بطرق الاثبات القانونية كافة لرد الحقيقة المؤيدة، اذا لم يوجد الاتفاق او العرف او النص القانون الذي يقضي بغير ذلك. ولما كان عبء الإثبات لا يتعلق بالنظام العام، ثم جاز الاتفاق على خلافه، يستطيع الافراد أن يتفقوا فيما بينهم على نقل عبء الإثبات من المكلف به قانونا إلى غيره، ويعد ذلك الاتفاق صحيحا سواء تم قبل حدوث الواقعة المتنازع عليها أو بعد حدوثها (بن حيدر، ص ٩٧، ٩٨).

ويتبين من الواقعة القانونية انه يجوز للمدعي إثبات حقه بكافة طرق الإثبات القانونية، أي أن الحقيقة المؤيدة ترد بكافة وسائل الإثبات، أما في التصرف القانوني فالحقيقة المؤيدة لاترد بشهادة وبقرائن قضائية، عدا حالات المشار اليه سبق، اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة الاف دينار(وفق لتعديل الأول في سنة ٢٠٠٠). وكان في الحقيقة هذه القيمة لا تتناسب مع الظروف الاقتصادية في الحال، وحاجة على تعديلها، وأفضل ما يمكن أن يفعله المشرع، وهو، تكليف لجنة مكونة من وزير المالية ووزير العدل بمهمة تحديد هذا المبلغ إستجابة للظروف الإقتصادية الراهنة.

وإذا زادت قيمة التصرف على هذا المبلغ فان الحقيقة المؤيدة في قانون الإثبات العراقي لاترد في التصرف القانوني بشهادة أو بقرينة قضائية سواء أ كان هذا التصرف مدنيا او كان تجاريا، ونظرا لخصوصية هذا الإخير نوصي المشرع العراقي بتعديل في المادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي:

**اولا-** يدخل التصرفات القانونية التجارية في نطاق الإثبات بالقرينة القضائية والشهادة، بناء على طبيعته الخاص في الثقة والسرعة.
**ثانيا-** عدم تحديد المبلغ في القانون، وبدلاً من ذلك تتولى صلاحية هذا الموضوع لجنة خاصة مؤلفة من وزير العدل ووزير المالية، حتى لايحتاج القانون الى تعديل في حال تغيير القوة الشرائية للنقود.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

والجدير بالذكر ان الحقيقة القانونية الظنية الثبوت والحقيقة المؤيدة لا تردان بشهادة أو بقرينة قضائية إذا زادت قيمة التصرف على هذا المبلغ الذي حدده قانون الإثبات العراقي سواء أ كان هذا التصرف مدنيا او كان تجاريا.

**الفرع الثاني: الإستقامة على الحقيقة المعقولة**

إن عملية إثبات الحقيقة تقوم في أساسها على إثبات الوقائع التي يجب ان يطبق عليها القانون، مما يستلزم تقديم الأدلة لإثبات تلك الوقائع وكشف حقيقتها، فالمدعي بعرض الحقيقة الجديدة في مسرح القضاء ويثبت حقيقة ادعائه بالبرهان خلاف ما تثبته الحقيقة المؤيدة في البداية، فدحض الحقيقة المؤيدة، تولد هنا حقيقة جديدة هي في الظاهر والعرض، نسبة لظهورها عارضا، وبناء على الدليل الجديد، فهذه الحقيقة المعروضة ترد بعرض جديد، ويستمر الخصوم على ذلك حتى يتوقف أحد منهم على عرض الدليل فتولد هنا الحقيقة القضائية، بإستفاء شروط القانونية فتكون هذه الأخيرة عنوانا للحقيقة أي تكون لها حجية الأمر المقضي فيه.

فإذا ما تعرض الحق للإنكار أمام القضاء من قبل الغير فإن صاحبه مضطر إلى إثبات حقيقة ما يدعيه بالطرق التي رسمها القانون، وبدون هذا الإثبات لا يستطيع ان يحصل على هذه الحماية عن طريق الأحكام التي يصدرها القضاة في ضوء الأدلة المقدمة التي ادت إلى تكوين قناعاتهم بصدد وقائع محل النزاع، فإذا تحققت تلك الغاية من خلال هذه الأدلة تكون أمام حقيقة قضائية(هەورامی، ٢٠١٢، ص٧٣)، فلا ينشأ الحقيقة القضائية إلا بعد سماع القاضي لدعوى المدعي ودليله، ودفوعات المدعى عليه. فالدفوع هي الوجه الآخر السلبي لكفالة حق التقـــاضي فمن مقتضيات هذا الحق أن يضمن حرية الادعاء وحرية الدفع في وقت واحد ويحقق العدل ضمن معادلة عادلة بين طرفي الدعوى. والدفع لا يضيف عنصراً جديـــداً إلى الدعوى وإنما هو يهدف إلى تفادي الحكم على المدعى عليه بكل ما يدعيه المدعي أو بجزء منه (النداوي، ٢٠١١، ص٢٢١). فهنا لانتطرق الى الدفوعات الشكلية ونركز على الدفوعات التي يبرزها الخصم لرد الدعوى موضوعا، أي لرد الحقيقة المعروضة في الدعوى. ومن هذا الصدد عرفته (نص المادة (٩) من قانون المرافعات المدني): بانه " الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلا أو بعضاً". ولما أعطي الحق للمدعي في تقديم أدلته، ففي المقابل أعطي للمدعى عليه الحق في رد ونفي ادعاءات المدعي وتفنيدها وإقامة الدليل على خلاف ما يدعيه وهذا المبدأ يعرف بالمجابهة بالدليل(بكر، ص١٥٩).

وفي الحقيقة فهذا الترتيب بين الدعوى والدفوع اي بين الحقائق مجرد افتراض نظري محض، وذلك على أساس أن واقع الخصومة لدى المحاكم، هو في الحقيقة صراع مرير من أجل إثبات الحقوق، فالمدعي عندما يرفع دعواه يكون مقتنعا في كل الحالات ان الحق يكون في جانبه، ومن ثم تعد الوسائل الملائمة والأسانيد القانونية للتدليل على أحقيته بالحماية، وأن المدعى عليه لايقف إطلاقا موقفا سلبيا منتظرا عجز المدعي عن إثبات ما يدعيه، فمجرد انعقاد الخصومة يشرع في إعداد وسائل دفاعه مستعينا بخبرة محاميه في ذلك، ويجد القاضي نفسه في أحيان كثيرة في موقف الموازنة من البداية بين الأدلة التي يقدمها المدعي والمدعى عليه(بن حيدر، ص٩٦، ٩٧).

وعلينا ان ننظر في قوة الدليل الذي تثبت به الحقيقة أمام القضاء، لكي نعرف كيف ردت هذه الحقيقة والمبدأ الاساسي هنا هو ان الدليل لايرد الا بدليل في قوته او اعلى منه في القوة الثبوتية. وبناء على ذلك لا يجواز الإثبات بالبينة عن طريق الشهادة والقرائن القضائية فيما يخالف الدليل الكتابي أو يتجاوزه ولا يصلح للشهادة والقرائن القضائية في إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يتجاوزها، لما للدليل الكتابي من قيمة في إثبات تعلو البينة. وقضت محكمة التمييز الاتحادية بإن " اذا احضر احد الخصمين شهودا لاثبات دعواه جاز لخصمه ان يحضر شهودا لرد هذه الدعوى وتقوم المحكمة بترجيح احدى البينتين وتمنح من تعتبره عاجزا عن اثبات دعواه". (القرار الرقم: ٢٦٣١/ ٢٠٠٨). ويقتصر تطبيق قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة على التصرفات المدنية، ولا يسري على التصرفات التجارية، إذ يجوز إثبات ما يخالف الكتابة فيها بجميع الطرق، ولتطبيق هذه القاعدة تلزم توفر هذه الشروط الخامسة (للمزيد ينظر، عبد الرحمن، ص١٠٨- ١١٤): أولا: أن يوجد محرر مكتوب موقعا ممن نسب إليه. وثانيا: أن يكون المراد إثباته مخالفا أو مجاوزا لمضمون المحرر. وثالثا: أن يكون مدعي المجاوزة أو المخالفة طرفا في المحرر. ورابعا: عدم وجود غش أو تحايل على القانون. وخامسا: أن يتم الحصول على المحرر العرفي بطريق مشروع.

لذلك مهما كانت الرغبة في الحصول على الحقيقة الواقعية، فإن مقتضيات العمل القضائي، وطبيعة الوقائع القانونية وقبل ذلك تحول طبيعة البشر دون معاملة الحقيقة على وجه ثابت وبمقياس صارم، بل بحقيقة أقل صرامة وأدنى درجة لا تنشيء الا فرضاً مرجحاً، وهذا يعني في الغالب الاكتفاء بظاهر الحق القضائي، ويؤدي بنا إلى القول أن الحقيقة القضائية ليست الا مظهراً للحقيقة أو ظاهر الحقيقة، ومادام الأمر كذلك فإنه يجب أن يكون هذا الظاهر عنصراً غالباً وبمستوى الحقيقة نفسها، فهو شيء على جانب كبير من الأهمية والخطورة، ومع ذلك يكتفي الإنسان في أغلب الأحوال بهذه النتيجة حين يجد نفسه ازاء وصف يتصف بالتعقيد والارتباك،


Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ولهذا فقد لا تتفق الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، ومع ذلك يجب احترامها ولا يجوز الانحراف عنها إذا ما تقرر لها حجية معينة، ومادام الوصول إليها يتم على وفق القواعد والضوابط التي حددها القانون(هەورامی، ۲۰۱۲، ص۷۵).

فإن الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح وليست حقيقة قاطعة(بكر، ص٥٠)، وهي ما يثبته القاضي في حكمه نتيجة لتحريه حقيقة الواقع، أو لفظ يوصف به قرار المحكمة الحاسم للنزاع كلياً أوجزئياً، باتباع ما يقرره القانون من اجراءات خلال نظر الدعوى، وبما يثار امامها من ادعاءات ودفوع وأدلة بما يجعل الدعوى مهيأة للفصل فيها، وتحمل قناعة القاضي الفصل في الخصومة، فتصدر حكمها القطعي فيها فيكتسب تلك الصفة(هەورامی، ۲۰۱۲، ص۷۳، ۷٤). وإن الحكم القضائي يكون مجرد حقيقة نسبية اثبتها القضاء وجعلها حقيقة ثابتة من خلال اعتماده على ادلة راجحة الصحة، وهذا ما تقرره النظرية المعروفة في علم الاثبات المدني بنظرية الرجحان(من الجدير بالملاحظة هنا ان الأحكام سواء في القضاء المدني أو في القضاء الجنائي، جميعها تبقى على الاحتمال الراجح. للمزيد ينظر، الاحمد، ب۲۰۱۷، ص۲٦- ۲۹).

ويتبين من ذلك ان قواعد العدالة الشكلية قد تتمسك بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية، أي أن القاضي لا يلزمه أن يتطبق حكمه على الواقع المجهول امامه، أي الحقيقة الواقعية. فتعتمد قواعد العدالة الشكلية في تمسكها بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية على اعتبارين، اعتبار نسبية قدرة الإنسان في فهم الواقع وضرورة حسم النزاع، ويستكفى بحث عن الحقيقة الواقعية في زمن معقول، فهذه القواعد لاتطلب من القاضي ان يستقر حكمه على الحقيقة المجردة، أي الحقيقة المطلقة. ولا يطلب القاضي المستحيل(القانون لا يطلب المستحيل)، حتى بوصف القرار القضائي بالحكم العادل، بل عليه أن يبذل أقصى جهده للتطابق بين الحقيقتين. وفي الوقت نفسه تعتمد قواعد العدالة الشكلية على إعتبار رغبة الإنسان وحرصه على حماية حقوقه، قد توفر للخصوم الفرصة لهذه الحماية في مبدأ المواجهة بالدليل في ظل قواعد العدالة الشكلية، ولتكامل هذه الحماية يفرض على القاضي أن لا يحكم بناء على علمه الشخصي بالحقيقة الواقعية.

ومع أن إدراك القاضي للحقيقة الواقعية، هو إدراك نسبي، لأن القاضي هو انسان بنفسه، لعدم اكتمال الوسائل الإنسانية في المعرفة الحقيقة، وأن وسائل التعبير عن الحقيقة الواقعية ونقلها إلى مسرح القضاء تتصف بالنسبية، فقد لا يستطيع القاضي ان يصل إلى كل الحقيقة الواقعية، لذا تتطلب منه قواعد العدالة الشكلية ان يستقر على الحقيقة المعقولة والمعروضة امامه، فهذه هي الحقيقة القضائية.

**الخاتمة:** توصلنا من خلال هذا البحث إلى النتائج والتوصيات الآتية:

**أولا: النتائج:** يمكننا تلخيص النتائج التي توصلنا إليها بما يأتي:

1. ليس المقصود من العدالة الشكلية التطبيق الحرفي للقانون، وإنما المقصود منها القواعد التي تكفل إظهار مصدر منشيء للحق أمام القضاء، اي قواعد قانون الإثبات المدني كوسيلة لعرض الحقيقة. إذ تعطي قواعد العدالة الشكلية لكل واحد من هذه الوسائل دورا في إظهار الحقيقة حسب طبيعتها او قدرتها لنقل الحقيقة.
2. العدالة الشكلية هي القوة الكامنة الملزمة التي تتجسد في مجموعة من المبادئ والقواعد والوسائل التي تساعد القاضي في تقريب الحقيقة القضائية إلى الحقيقة الواقعية.
3. تتمتع العدالة الشكلية كمبدأ بعدة خصائص، كالعمومية وهي تعني هنا أن هذه المبادئ تعم جميع البشر دون استثناء، شأنها في هذه الخصيصة شأن العدالة الموضوعية. وأما خصائص العدالة الشكلية كوسيلة لاستكشاف الحقيقة، فعبارة عن بذل جهد عقلي للوصول الى الحقيقة، لذا تعد وسيلة لإستكشاف الحقيقة، لان الحق متنازع عليه وحقيقة إنشائها مجهولة في مسرح القضاء. إذ تعتمد العدالة الشكلية على المجهود الإنساني العقلي للكشف ومن خلالها يتم التوصل الى الحكم العادل.
4. تتحد العدالة الشكلية مع العدالة الموضوعية من حيث الغاية، لانهما يهدفان إلى تحقيق السعادة لكل أفراد المجتمع، لكنها تفترق عن العدالة الموضوعية من حيث الوظيفة. ان وظيفة العدالة الموضوعية هي توزيع الثروات والحقوق والواجبات في المجتمع على أساس المساواة، أما الوظيفة الأساسية للعدالة الشكلية فهي تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية وذلك بوسائلها الخاصة.
5. تتجسد العدالة الشكلية في مجموعة من القواعد والوسائل القانونية لضمان إرجاع الحق لصاحبه، وذلك عن طريق التحري والكشف عن الحقيقة الواقعية(آي المصدر المنشأ للحق)، من خلال إستنتاجه من الدليل الذي يقدمه الخصم. فالحق الذي توزعه العدالة الموضوعية يبقى بلا جدوى إذ لم يؤيد بالدليل المعتبر في قواعد العدالة الشكلية. لذلك تكون علاقة العدالة الشكلية بالعدالة


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الموضوعية كعلاقة الدليل بالحق، فيتوقف تحقيق العدالة الموضوعية على تحقيق العدالة الشكلية، وعند النزاع، فلا قيمة للعدالة الموضوعية اذا لم تؤيدها العدالة الشكلية بقواعدها ووسائلها المعتبرة والمحددة، ولاقيمة للحق إذا لم يؤيد بالدليل.

6. نظراً لعدم اكتمال الوسائل الإنسانية لمعرفة الحقيقة، فقد تتمسك قواعد العدالة الشكلية بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية، أي أن القاضي لا يلزمه ان يطبق حكمه على الواقع الخفي امامه. وبناء على ذلك تعتمد قواعد العدالة الشكلية في تمسكها بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية على اعتبارين، اعتبار نسبية قدرة الإنسان في فهم الواقع وضرورة حسم النزاع، ويكفي البحث عن الحقيقة في زمن معقول، فهذه القواعد لا تطلب من القاضي ان يستقر حكمه على الحقيقة الجوهرية، أي الحقيقة المطلقة، لكي لا يطلبه المستحيل، والقانون لا يطلب المستحيل. وبهذا نفهم حدود العدل الذي يطلبه المشرع من القضاة، ويوصف قراره بالحكم العادل عندما يبذل أقصى جهده للتطابق بين الحقيقتين. وفي نفس الوقت تعتمد هذه القواعد على إعتبار رغبة الإنسان وحرصه على حماية حقوقه، وقد توفرت للخصوم الفرصة لهذه الحماية في مبدأ المواجهة بالدليل في ظل قواعد العدالة الشكلية، ولتكامل هذه الحماية يفرض على القاضي أن لا يحكم بناء على علمه الشخصي بالحقيقة الواقعية.

**ثانيا: التوصيات:** نوصي كل من المشرعين العراقي والكوردستاني أن يقوما بما يلي:

1. مراجعة وإعادة صياغة وسائل الإثبات بشكل يراعي الثوابت العقلية والمنطقية من جهة، ولا يتجاهلان المستجدات الواقعية من جهة أخرى، أي لا بد من أعطاء وسائل الإثبات دورًا يتوافق مع طبيعة الوسيلة، ومع توفير ضوابط تضمن عدم تحريف الحقيقة الواقعية، وان تضمن في الوقت نفسه عدم التفريط بأصل الحق المتنازع عليه.
2. أن يتم التخفيف من شكلية وسائل الإثبات، وذلك بهدف أن لا تصبح الشكلية عائقاً أمام القضاء لكشف الحقيقة والوصول اليها ومن ثم جعلها أساساً للحكم. وفي سبيل ذلك أن يتم إلزام القاضي بالاعتماد على جميع الوسائل المتاحة للإثبات سواء أكانت قديمة أم حديثة.
3. الغاء النصوص التي تشترط الإثبات بالدليل الكتابي في التصرفات التي تزيد قيمته عن (٧٥٠٠) سبعة آلاف وخمسمائة دينار، ودرج المعاملات التجارية في نطاق الإثبات بالقرينة القضائية والشهادة، وذلك بناء على طبيعتها الخاصة في الثقة والسرعة.
4. عدم تحديد المبلغ في القانون لإثبات التصرفات القانونية المدنية، وبدلاً من ذلك تولى صلاحية هذا الموضوع للجنة خاصة مؤلفة من وزير العدل ووزير المالية، حتى لايحتاج تعديل القانون في حال تغيير القوة الشرائية للنقود.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

**قائمة المصادر**

بعد القرآن الكريم

**أولا: الكتب**

1. بن زكريا، أبو الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج ٦، دار الفكر، دون مكان النشر، ١٩٧٩.
2. النداوي، ٢٠١١، د. ادهم وهيب النداوي، المرافعات المدنيه، ط١، العاتقه لصناعه الكتاب، القاهره، ٢٠١١.
3. النداوي،،٢٠١٨ د. ادهم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠١٨.
4. الجرجاني، على بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ١٤١٣ه.
5. حسن، أحمد ابراهيم حسن، الدكتور، غاية القانون، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، ٢٠٠٠.
6. عبد الرحمن، احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدكتور، الدراسات البحثيه في قانون الاثبات، دار الكتب والوثائق القوميه، القاهرة، ٢٠٠٧.
7. المنياوي، احمد المنياوي، جمهوريه افلاطون، دار الكتاب العربي، القاهرة، ط١، ٢٠١٠.
8. حسين، ٢٠١٩، اسماعيل نامق حسين، الدكتور، اصول القانون، مكيبتة السنهورى، بيروت.
9. حسين، ٢٠١٠، اسماعيل نامق حسين، الدكتور، العدالة بين الفلسفة والقانون، مكتب الفكر والوعي في الاتحاد الوطني الكوردستاني، سليمانية.
10. الذنون، حسن علي الذنون، الدكتور، فلسفة القانون، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥.
11. لويد، دينيس لويد، فكرة القانون، الدكتور، ترجمة، سليم الصويص، عالم المعرفة، الكويت، ١٩٨١.
12. العامري، سعدون العامري، الدكتور، موجز نظريه الاثبات، ط١، مطبعه معارف، بغداد، ١٩٦٦.
13. تناغو، سمير تناغو، الدكتور، جوهر القانون، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤.
14. هەورامى، ٢٠١٢، سەركەوت اسماعيل حسين، الدكتور، الحقيقة التقديرية، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٩.
15. هەورامى، ٢٠١٩، سەركەوت اسماعيل حسين، الدكتور، الظاهر ودوره في الإثبات المدني، منشورات الحلبي الحقوقة، بيروت، ٢٠١٩.
16. ابو طلب، صوفي ابو طلب، الدكتور، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، ١٩٦٥.
17. جزاع، طه جزاع، يوتوبيا جدل العدالة والمدينة الفاضلة من الافلاطون الى ابن، بدون اسم الناشر ومكانه، ١٩٩٧.
18. العبودي، عباس العبودي، الدكتور، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، ط٢، وزاره التعليم العالي وبحوث العلمي والبحث العلمي جامعه الموصل كليه القانون، ١٩٩٧.
19. البزاز، ١٩٥٨ب، عبد الرحمن البزاز، الدكتور، أبحاث و أحاديث في الفقه والقانون، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٨.
20. البزاز، ١٩٥٨أ، عبد الرحمن البزاز، الدكتور، مبادئ اصول القانون، ط٢، مطبعه العالى بغداد، ١٩٥٨.
21. السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، الدكتور، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام، اثبات – اثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
22. الحكيم، وآخرون، عبد المجيد الحكيم، الدكتور، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظريه الالتزام في قانون مدني العراقي، ج١، ط٤، العاتك لصناعه الكتاب القاهره، ٢٠١٠.
23. بكر، عصمت عبد المجيد بكر، الدكتور، النظريه العامه للاثبات في القانون المقارن، ط١، منشورات الزين الحقوقيه، بيروت لبنان، ٢٠١٩.
24. هجيج، علي، ٢٠١٩، د. حسون عبيد هجيج، الدكتور، وفخري جعفر احمد علي، فلسفه العداله القانونيه، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة الحادية عشر، ع١، ٢٠١٩.
25. بن حيدر، عيسى بن حيدر، شرح قانون الاثبات بين القانون الاماراتي وقانون المصري، ط١، دار النهضه العربيه، ٢٠١٣.
26. كورنو، ١٩٩٨، جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، مؤسسة (المجد) الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٩٩٨.
27. بهاوي، محمد بهاوي، الحق من التنظير الفلسفي الى الممارسة الفعلية، افريقيا الشرق، المغرب، ٢٠١٦.
28. منصور، محمد حسين منصور، الدكتور، مدخل الى القانون القاعده القانونيه، ط١، منشورات الحلبي الحقوقة، بيروت، ٢٠١٠.
29. سبيلا والعالي، محمد سبيلا، وعبد السلام بنعبد العالي، الحقيقه، ط٢، دار توبقال للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
30. الاحمد، ٢٠١٧أ، محمد سليمان الاحمد، الدكتور، فلسفة الحق، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

31. الاحمد، ٢٠١٧ب، محمد سليمان الاحمد، الدكتور، قاعده نصل اوكام ودورها في تكوين ملكة القانونية السليمة، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٧.
32. احمد، محمد شريف احمد، فكره القانون الطبيعي عند المسلمين، منشورات منتدى فكر الاسلامي في اقليم الكردستان اربيل، ٢٠٠٦.
33. السبكي، محمد عبد اللطيف السبكي، التوثيق في المعاملات، ط١، هيئه كبار العلماء، القاهرة، ٢٠١٩.
34. الصوري، محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، ج١، ج٢، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.
35. فهمي، مدونة جستنيان، ترجمة. عبد العزيز فهمي، دار الكاتب المصري، القاهرة، ١٩٤٦.
36. الزلمي، ٢٠١٢، مصطفى ابراهيم الزلمي، الدكتور، ايضاح الفوائد في شرح القواعد الفقهية على نمط جديد، ط١، دار نشر احسان، ايران- طهران، ٢٠١٢.
37. الزلمي، ٢٠١٤، مصطفى ابراهيم الزلمي، الدكتور، دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، ط١، نشر احسان للنشر والتوزيع، ايران- طهران، ٢٠١٤.
38. الشاوي، منذر الشاوي، الدكتور، فلسفة القانون، ط٢، دار الثقافة، عمان، ٢٠١١.

**ثانيا: الأبحاث والدراسات**

1. القرار الرقم: ٥٦٦/ ٢٠٠٨، قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٦٦/ ٢٠٠٨، بتاريخ ١٠/٢٦ /٢٠٠٨، قرار موجود على الرابط الالكتروني الآتي:/https://www.hjc.iq/qview.920 ، تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٩/٢٠.
2. القرار الرقم: ٢٦٣١/ ٢٠٠٨، قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٦٣١/ ٢٠٠٨، بتاريخ ١٠ /١١ /٢٠٠٨، قرار موجود على الرابط الالكتروني الآتي: https://cc.gov. https://www.hjc.iq/qview.933/، تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٩/٢٦.
3. القرار رقم: ١٠٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٦، السليفاني، قرار صادر من محكمة تمييز إقليم كوردستان بالعدد ١٠٨ / الهيئة المدنية / ٢٠١٦ بتاريخ ٥ /٤ /٢٠١٦، منشور لدى: القاضي. د. محمد عبدالرحمن السليفاني، قبسات من احكام القضاء، مكتبة هەولێر القانونية للنشر والتوزيع، ٢٠١٧.
4. القرار رقم: ٦١٤٥/الدوائر المدنية / ٢٠١٨، قرار صادر من محكمة النقض المصري بالعدد ١٧٠٨٤/ الدوائر المدنية / ٢٠١٨، بتاريخ ١٦ /٩ /٢٠١٨، قرار موجود على الرابط الالكتروني الآتي: https://cc.gov.eg/judgment_single?id=111392740&ja=162631، تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٩/٢٣.
5. تالّەبانی، نوري تالّەبانی، دكتور، فەرهەنگی قانونی، ط١، دەزگای ئاراس، هەولێر، ٢٠٠٤.
6. ذباينة، فراس، موضوع، ٢٠١٦/٩/٢٦، مفاهيم عامة/ مفهوم العدالة في الفلسفة، تم الاطلاع عليه في ٢٠٢٢/٢/١٦، رابط الموقع: مفهوم العدالة في الفلسفة - موضوع(mawdoo3.com) .

**ثالثاً: التشريعات**

1. قانون العقود الفرنسي الجديد، ترجمه، نافع بحر سلطان، الدكتور، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مركز التعليم المستمر ومتابعه الخريجين، جامعة الفلوجة ٢٠١٤.
2. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنه (١٩٥١) المعدل.
3. قانون الاثبات المصرى في المواد المدنية والتجارية رقم (٣٥) لسنة (١٩٦٨).
4. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) المعدل.
5. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) المعدل.
6. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنه (١٩٨٤) المعدل.
7. قانون الإثبات الإماراتي (١٠) لسنة (١٩٩٢).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/7.2.3
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)