مجلة

المعهد القضائي

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سـنوية تصدر عـن المعهد القضائي
تعنى بنـشر البحوث والدراسـات القانونية والقضائية

- الجرائم ضد الإنسانية .. سبايكر أنموذجاً
- احكام حبس المدين في القانون العراقي
- توحيد الدعاوى الشرعية للارتباط
- مخاصمة الشخص المعنوي
- عوارض الخصومة في الدعوى المدنية
- واجب الادعاء العام في حماية الدستور
- الأمان التعاقدي في العقود الذكية(دراسة مقارنة)
- الاثار القانونية لجائحة كورونا على العقود الحكومية/ الجزء الأول
- إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات / الجزء الأول
- محور مبادئ القضاء الدستوري
- محور المبادئ التمييزية
- محور مبادئ القضاء الاداري

مجلة علمية نصف سنوية – المجلد الأول – العدد (٠) أيلول لسنة

٢٠٢٢

الترميز الدولي

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق [٢٥٦٤]

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – المجلد الأول – العدد (٠) أيلول لسنة ٢٠٢٢

رئيس التحرير: القاضي الدكتور فائق زيدان

مدير التحرير: فاتن محسن هادي

هيأة التحرير:

أ.د. أمين عاطف صليبا

أ.د.فوزت فرحات

أ.د. محمد عيسى عبد الله

أ.د. جليل حسن بشات الساعدي

أ.د. علي هادي عطية الهلالي

أ.د.رائد ناجي احمد

أ.د. أكرم محمد حسين التميمي

أ.م. د. محمد حميد عبد

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – المجلد الأول – العدد (٠) أيلول لسنة ٢٠٢٢

الهيـــأة الاستشـــــــارية

القاضي كاظـم عباس حبيب

القاضي محمد سلمان محمد

القاضي نـاصر عمران طاهر

القـاضي عـلي كمـال جابـر

القـاضي أيـاد محسـن ضمد

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – المجلد الأول – العدد (٠) أيلول لسنة ٢٠٢٢

وحدة ادارة المجلة

سكرتير التحريـــــــر : علي فاضل البدراوي

مسؤول العلاقـــــــات : رائد عصام جلال

الإدارة : محمد زنزل

التدقيق اللغوي : د. حسن زهراو غانم

الترجمة : د. خنساء محمد جاسم علي

طبـع : دار الوارث للطباعة النشر

البريد الالكتروني للمجلة : institutemagazine@yahoo.com

دار الوارث للطباعة والنشر
DARALWARITH Printing & Publishing
منتج عراقي
IRAQI PRODUCT

ضوابط النشر في مجلة المعهد القضائي

تنـشر (مجلة المعهد القضائي) البحوث والدراسـات القانونية والقضائيـة باللغة العربية، وهي تعنى بنشر كل مايتصل بمجال إهتمام المجلة، من بحوث ودراسـات فضلاً عن التعليق على الاحكام القضائيـة، والمقالات المختصة بالمجال ذاته وفق القواعد الاتية:

البحوث والدراسات العلمية:

أ. قواعد عامة:

١. البحوث يجب أن تتضمن بهدفها العام تطوير العمل القضائي وتطوير القانون.
٢. التعهد من الباحث بأن البحث أو الدراسـة التي يرفد بها المجلة لم يسـبق نشرها –ورقياً أو الكترونياً- وألا تكون مقدمة للنشر إلى أية جهة أخرى.
٣. أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والاضافة الجديدة الى المعرفة القانونية.
٤. الإلتـزام بأصـول البحـث العلمي وقواعـده العامة، ومراعـاة التوثيق العلمـي الدقيق لمواد البحث.
٥. ألا يكـون البحـث أو الدراسـة جزءاً مـن أطروحة دكتوراه أو رسـالة ماجسـتير تقدم بها الباحـث، أو جزءاً من كتاب سـبق نشره.
٦. لايجوز نشر البحث في أية مجلة أخرى بعد إقرار نشره في مجلة المعهد القضائي.
٧. ترسـل البحـوث مطبوعة، بصيغة مسـتند وورد الى البريد الالكترونـي للمجلة، مع مراعاة التصحيح الدقيق في النسـخة المرسـلة من قبل الباحث.
٨. أن يرفق الباحث سيرته الذاتية.
٩. أن يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والانكليزية.

ب. قواعد خاصة:

١. تخضع البحوث المرسلة للتقييم العلمي ولبرنامج الاستلال الالكتروني.
٢. يجـب أن يكـون خـط البحث المرسـل مـن قبل الباحـث عربي مـن نـوع (Simplified Arabic) بحجـم ١٤ والهامـش حجـم ١٢. ويكـون ترتيـب الهوامـش تسلسـلياً في كل صفحـة.
٣. النشر للبحوث المقبولة للنشر يجري بحسب اسبقية ورود البحث للمجلة.
٤. تخصـص قائمـة بالمراجع في آخر البحـث، تتضمن جميع المراجع التي أشـير إليها في المتن،

وتوضـع في صفحات مسـتقلة، على أن ترتـب المصادر-والمراجع بـدءاً بالمراجع العربية ثم الاجنبية.

٥. تحتفظ المجلة بجميع حقوق النشر –ورقياً والكترونياً – للبحث المجاز.

٦. يخضع ترتيب البحوث المنشورة في المجلة لاعتبارات علمية وفنية.

٧. يتم ارسال البحوث على البريد الالكتروني للمجلة: institutemagazine@yahoo.com

التعليق على الاحكام القضائية:

تنـشر المجلـة التعليق على أحكام القضاء، إيماناً منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيلـه ونقـده، من واقع الربط بين نظرية القانـون وعلمه، وبين التطبيق العملي، وذلك على وفق القواعد الاتية:

- ان يكون معد التعليق متخصصاً في القانون.
- أن يتناول التعليق حكماً نهائياً استنفذت طرق الطعن عليه.
- ألا يناقش التعليق إلا المبادىء التي أقام عليها الحكم دعائمه.
- عدم التعرض للهيأة والقضاة الذين أصدروه.

القاضي الدكتور فائق زيدان
رئيـــــــس التحرير

تبقـى ذكريـات الدراسـة عالقة في أذهان محبيهـا مع مرور الوقت حيث يسـتعيد الطالب أجواء دراسـته وما رافقها من تفصيلات، متحدثاً لنفسـه عنها، أو مع الآخرين.

وعلاقـة الطالـب بمكان دراسـته تبقى علاقة متينة لاتنقطع أواصرها، من هنا جاء اسـتذكاري لأيـام دراسـتنا في المعهد القضائي ونحن على أعتاب انطلاق العـدد الأول من مجلة المعهد القضائي.

في عـام ١٩٧٦ تأسـس المعهـد القضائي، وكان حينها ضمن هيكليـة وزارة العدل على اعتبار ان القضاء يُدار من وزير العدل وعلى الرغم من تغيير النظام السياسي في العراق سنة ٢٠٠٣ واستقلال القضـاء عـن وزارة العـدل بصدور الأمر رقـم (٣٥) في ٢٠٠٣/٩/١٨ الذي أعيد بموجبه تأسـيس (مجلس القضاء) وأصبح هو المسـؤول والمشرف على النظام القضائي في العراق بشـكل مستقل عن وزارة العدل الا أن المعهد القضائي بقي تابعاً إلى وزارة العدل لذا كنا نستشعر أن استقلال القضاء بقي منقوصاً بسبب ذلك.

وعنـد تسـنمنا منصـب رئاسـة مجلس القضـاء الأعـلى مطلع سـنة ٢٠١٧ كان مـن ضمن أهم أولوياتنا ضم المعهد القضائي إلى مجلس القضاء الأعلى وفعلاً نجحنا في ذلك المسعى بصدور قانون ضـم المعهـد القضائـي الى مجلـس القضاء الاعـلى رقـم (٧٠) في ٢٠١٧/٧/٣١ ومنذ ذلـك التاريخ بذلنـا جهـداً كبيراً في إعادة بناء وترميم بناية المعهد القضائي وإظهارها بما يتناسـب وأهمية المعهد ومكانتـه، كذلك قمنا بتطوير واسـتحداث مناهج التدريس وبشـكل يتوافـق مع ما نص عليه قانون المعهد القضائي رقم (٣٣) لسـنة ١٩٧٦ وما يفرزه الواقع ويحتاجه الطالب من معلومات وخبرات تؤهله لتولي منصـب القضاء بعد التخرج.

واحدى ملامح هذا التطور هو اصدار مجلة تعنى بالبحوث القضائية والعلوم القانونية وتحليل القرارات القضائية في مختلف الاختصاصات لذا كانت هذه البادرة بإطلاق (مجلة المعهد القضائي) لتحقيق الهدف الذي نسـعى إليه في تهيئة المصادر العلمية التي من شـأنها المسـاهمة في خلق كادر قضائي متميز.

وبهذه المناسبة نبارك جهود القائمين على هذه المجلة ونتمنى لهم المزيد من النجاح والتقدم.

القاضي
د.فائق زيدان
رئيس مجلس القضاء الاعلى
رئيس مجلس المعهد القضائي
ايلول ٢٠٢٢

مدير عام المعهد القضائي السيدة فاتن محسن هادي

ماضون قدماً للإرتقاء بالمعهد ومناهجنا بتطور مستمر

يعـد المعهـد القضائي أحد الصروح الوطنية التـي يعتد بها العراق حيث يُعـد النافذة القضائية الوحيـدة لتخريـج القضاة ونواب مدع عام ورفد المؤسسـات القضائية العراقية بهم.

تأسـس المعهـد القضائي بموجـب قانون المعهد رقم (٣٣) لسـنة ١٩٧٦ وقد شـهد نقلة نوعية بمختلـف مجالاتـه منذ انضمامـه لمجلس القضاء الاعـلى بموجب القانون رقم (٧٠) لسـنة ٢٠١٧.

واسـتعراضاً لهـذا الـصرح الكبير (ماضياً وحاضراً ومسـتقبلاً) كانت لنا وقفة مـع المدير العام السـيدة فاتن محسـن هادي بأسـئلة موجزة أجابت عليها وفق رؤيتها التي عكسـت خلالها نظرة مجلـس القضاء الأعلى له.

حوار: علي البدراوي

- **يعـد المعهـد القضائي من صروح العـراق الاكاديمية والعمرانيـة العتيدة في العراق لكـن كبدايـة للحديث في العدد الأول للمجلة بودنا اطلاع القارىء على نبذة موجزة عنه.**

تأسـس المعهد القضائي في وزارة العدل بموجب قانون المعهد رقم (٣٣) لسـنة ١٩٧٦. وهدفه الرئيس هو اعداد كوادر لتولي الوظائف القضائية من (قضاة ونواب مدع عام) اضافة لقيامه برفع المستوى القانوني لموظفي الدوائر القانونية لمؤسسات الدولة الرسمية وشبه الرسمية، مدة الدراسة في المعهد القضائي سنتان تتضمن التدريب العملي في المحاكم لطلبة المعهد صباحاً والدراسة النظرية مساءاً.

وفيما يخص القبول بالمعهد فهو محدد بعدة شروط وضوابط نصت عليها المادة السابعة من الفصل الثاني من قانون المعهد رقم (٣٣) لسـنة ١٩٧٦، كما لابد من الاشـارة الى قبول المعهد لطلبة من الدول العربية دون التقيد بالشروط المنصوص عليها في المادة السابعة المذكورة آنفاً عدا شرط التخرج من كلية القانون.

وهنا لابد من الاشارة الى أن مجلس القضاء الاعلى لاينظر الى العدد عند قبول الدارسين في المعهد، بل يقف عند نقطة جوهرية في غاية الأهمية وهي النوعية المعتمدة على معياري (الجودة والكفاءة) بالقبول، لذا تجد أن عدد المقبولين في الدورات الأخيرة قد يكون قليلاً قياساً بالمتقدمين للمعهد وفقاً للشروط والضوابط آنفة الذكر، والاهم من ذلك كله اجتياز المتقدم لامتحان الكفاءة القانوني التحريري والمقابلة الشفوية.

- **من يُدرّس بالمعهد وماهي معايير اختيار (الهيئة التدريسية) ؟**

نعمل ضمن معادلة تحقق التوازن بين قبول الطالب المناسب في المعهد ضمن معياري الجودة والكفاءة وتحقق شروط القبول يقابله في الجانب الاخر توفير الهيئة التدريسية التي تحقق الهدف المطلوب وهو تخرج قضاة سمتهم الكفاءة والاقتدار لتولي مهام القضاء، وعليه فإن رئيس مجلس المعهد وجه بقيام خيرة القضاة المتميزين الذين لهم باع طويل في القضاء بالتدريس في المعهد، إضافة الى الاكاديميين ذوي الاختصاص في القانون الذين يتمتعون بالخبرة والكفاءة في مجال عملهم.

- **بعد مضي أربعة عقود ارتبط المعهد القضائي بحاضنته الاساسية (مجلس القضاء الأعلى)، حدثينا عن آلية الارتباط وحيثياتها؟**

نتيجة لجهود استثنائية من قبل السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى القاضي الدكتور فائق زيدان المحترم تم ربط المعهد القضائي بمجلس القضاء الاعلى بموجب القانون رقم (٧٠) لسنة ٢٠١٧ بإعتباره الجهة المعنية بإعداد القضاة وأعضاء الادعاء العام وتعيينهم، وكذلك فك ازدواجية ادارة المعهد لغرض تطويره بما يعزز استقلال القضاء واحترام سيادة القانون.

فمنذ اليوم الأول الذي تسنم فيه القاضي الدكتور فائق زيدان رئاسة مجلس القضاء الأعلى في مطلع عام ٢٠١٧ سعى جاهداً لضم المعهد القضائي الى تشكيلات مجلس القضاء الأعلى كونه كان يتبع وزارة العدل حيث نجح بإقناع مجلس النواب بإقرار القانون رقم (٧٠) في شهر تموز من عام ٢٠١٧ الذي تم بموجبه فك ارتباط المعهد القضائي من وزارة العدل وضمه الى مجلس القضاء الأعلى، ومنذ ذلك التاريخ سعى رئيس مجلس القضاء الأعلى الى إعادة ترميم وبناء مرافق المعهد الى ان وصل للمرحلة التي تعكس الوجه المشرق للمنفذ الاكاديمي الوحيد الذي يتخرج منه القضاة.

- **بعد ضمه لمجلس القضاء الأعلى هل شهد المعهد تغييراً بمناهجه؟**

سعى السيد رئيس مجلس القضاء الأعلى المحترم جاهداً الاهتمام بهذا الصرح العريق من خلال التركيز على تطوير العملية الدراسية بشقيها (النظري والعملي) لطلبة المعهد القضائي، حيث شهد المعهد تطوراً ملموساً على مستوى الدراسة والقبول فيه، عبر اضافة مناهج دراسية في غاية الأهمية بهدف الارتقاء بمستوى أداء طلبة المعهد خلال مدة الدراسة فيه.

- **ماهي المناهج الاكاديمية التي يستقيها طلبة المعهد القضائي أثناء دراستهم؟ وهل تواكب إدارة المعهد التطورات الحاصلة في العالم لتزج بمناهج حديثة لطلبتها؟.**

من المؤكد أن هناك مناهج أضيفت بعد ضم المعهد القضائي الى مجلس القضاء الأعلى عام ٢٠١٧، بإشراف وتوجيه مباشر من قبل السيد رئيس المجلس المحترم الذي حرص على أن يستقي طلبة المعهد القضائي في دراستهم كل ما يمت للحداثة القانونية والعلمية بصلة، إضافة لحذف بعض

المواد التي كانت تثقل كاهل الطلبة حيث لا تشـكل مفصلاً مهماً في دراسـتهم.

- **عـلى صعيد التقديم للدراسـة شـهد المعهد القضائي في هذا العـام حدثاً جديداً تمثل بفتح اول دورة للادعاء العام (الدورة ٤٦) منذ تاريخ تأسيس المعهد عام (١٩٧٦) فما هي حيثيات الدورة وأسـباب استحداثها؟**

السـبب الرئيـس من الدورة يتعلق بسـد حاجة محاكم الاسـتئناف كافة من نـواب الادعاء العام في بغداد والمحافظات وتم اقرار هذه الدورة بموجب محضر جلسـة المعهد (الاولى لعام ٢٠٢٢) مع العرض ان شروط القبول في هذه الدورة هي ذات الشروط المنصوص عليها في المادة (٧) من قانون المعهـد القضائـي رقم (٣٣ لسـنة ١٩٧٦) ويتم تعيين المتخرجين من هذه الـدورة اعضاء ادعاء عام حصراً في محاكم الاستئناف مع تمتعهم بكافة الحقوق والامتيازات الممنوحة للقضاة وفق المادة (٣/ ثانيـاً) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩لسـنة٢٠١٧).

- **هـل ينحسر الاشراف عـلى المعهد القضائي برئيس مجلـس القضاء الاعلى ومديره العام؟**

اضافـة الى مـا ذكرت فأنـه بموجب قانون ضم المعهد القضائي الى مجلـس القضاء الأعلى المرقم (٧٠) لسـنة ٢٠١٧ يشرف على المعهد القضائي مجلس يسمى بـ(مجلس المعهد) يتكون من:

رئيس مجلس القضاء الاعلى (رئيساً).

رئيس الادعاء العام (عضواً).

رئيس هيئة الاشراف القضائي (عضواً).

رئيس محكمة استئناف بغداد/الرصافة الاتحادية (عضواً).

رئيس محكمة استئناف بغداد/الكرخ الاتحادية (عضواً)، ومدير عام المعهد القضائي.

- **هنا لابد من الوقوف طويلاً أمام النقلة الكبيرة التي شهدها المعهد القضائي فيما يتعلق بالجانب العمراني وماشـهده المعهد من حملة عمرانية كبيرة منذ انضمامه لمجلـس القضـاء الاعلى، وهل نعتبر وفقاً لما يشـاهده زائري المعهـد أن الاعمار قد انجز بشكل كامل وفقاً للخطة الموضوعة؟**

بعـد انضمـام المعهـد القضائي الى مجلـس القضاء الاعـلى بموجـب القانون المذكور آنفاً شـهد المعهد القضائي حملة اعمار وتأهيل وتطوير واسعة شملت أرجاءه وأروقته كافة، بتوجيه واشراف ميداني مباشر من قبل السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى القاضي الدكتور فائق زيدان المحترم جرت عـلى مراحـل عدة، بهدف اظهار هذا الصرح العلمي العريق بصورة مميزة ولائقة تتناسـب ومكانته المرموقة.

ولانخفـي سراً ان ذكرنـا أن بنايـة المعهـد كانت بحالة غير جيدة قبل انضمـام المعهد الى مجلس القضـاء الأعـلى وكانت بمنظر لا يليق بالمكانة المرموقة بهذا الـصرح العريق، لذلك كان من أولويات خطـة المجلس تجاه المعهد الشروع بحملة عمرانية شـاملة طالت كافة مرافقه ومنشـآته شرعت بها الملاكات الهندسية العاملة بالمجلس بمتابعة من قبل رئيسه الذي كان يتواجد بشكل مستمر للإشراف على مراحل الاعمار.

إذ شـهدت بنايـة المعهد منـذ عام ٢٠١٧ لغاية الوقـت الحالي العديد من مراحـل الاعمار والبناء والصيانـة بـدأت من الواجهـة التعريفية التي تم اسـتبدالها بتصميم تراثي جديد مـن مادة الحجر المعرق لتتناسـب ومكانته العريقة.

أما مدخل المعهد فقد تضمن تقديم نبذة موجزة للزائر عن المعهد (باللغتين العربية والإنكليزية).

ولتوثيـق العراقـة والاصالـة توسـط باحـة المعهد مجسـم لمسـلة حمورابـي إضافـة الى الختم الاسـطواني الـذي يعتليـه سـجل الزائرين لتدويـن كلماتهـم وانطباعاتهـم عند زيارتهـم للمعهد.

إضافـة الى تأهيـل قاعـة الاحتفـالات في بناية المعهد حيث شـملت مرحلتـين الأولى إعادة صيانة جدران القاعة ومن ثم تغليفها بمادة الخشـب مع ترك الجانبين اسـتعدادا للعمل الكبير الذي نفذ في هـذا العام، وهي البانوراما التي تحاكـي بجزئيها تاريخ الحضارة والقانون والقضاء في بلاد وادي الرافدين وعصره الحديث.

وقد تم تنفيذها من قبل النحات العراقي عباس غريب الذي أنجز مجسم مسلة حمورابي أيضا.

ونتيجـة التطـور الحاصل بالتقنيات الحديثة في كل المجالات ارتـأى مجلس المعهد وإدارة المعهد اسـتحداث قاعـة لتدريس مادة الأدلة الجنائيـة لطلبة المعهد، اذ تمت إضافة احـدث التقنيات في تلك القاعة بمختلف الأدوات لخلق جو حقيقي للطالب لممارسـة عمله التحقيقي في مسرح الجريمة وهو عبارة عن مجسـم مصغر يتضمن السكن العادي بكل مرافقه.

ولابد من التوقف على ما انجز أيضا من اعادة صيانة وهندسة حدائق لمعهد بتصاميم تتلاءم مع واجهة المعهد الامامية، مع افتتاح عدد من القاعات الدراسية في المعهد القضائي بحلتها الجديدة بعد ان تمت اعمال الاعمار والصيانة لهذه القاعات وتجهيزها بأحدث الوسائل التعليمية لطلبة المعهد.

- **يقودنـا الحديـث عن الاعمار الى السـؤال عـن حملة تأهيل القسـم الداخلي بالمعهد القضائـي، كيف بدأت والى أين انتهـت ورؤيتكم حولها؟**

أنهى المعهد القضائي حملة اعمار وتأهيل لبناية القسم الداخلي التابعة له خلال اعمال استمرت ٦ اشهر أظهرت البناية بحلة جديدة.

وجـاءت هذه الخطوة حرصا مـن مجلس القضاء الاعلى وادارة المعهد القضائي على توفير المناخ

الـدراسي الملائـم لطلبة المعهد بعد أن كانت البناية متهالكة طيلة المدة السـابقة. شـمل الاعمار بناية القسـم الداخـلي بشـكل كامل والاجزاء المحيطـة بها وفق مخطط هندسي مـدروس مع تأهيل جميع غرف البناية واستبدال الارضيات داخل الشقق الخاصة بالقسم وعمليات الصبغ وتأهيل التأسيسات الكهربائية والانارة واسـتبدال جميع شـبكات المجاري الخاصة بالبنايـة وفق نموذج تصميم جديد الهدف منه خدمة اكثر عدد من الطلبة السـاكنين بالقسم".

أيضـا تضمنـت حملـة الاعمـار تأثيث القسـم الداخلي بأثاث مـن مناشىء رصينة كمـا تم ترميم الواجهـات الامامية والجانبية للبناية وتغليفها بمادة الجفقيم لتتناسـب مع النسـق العمراني لبناية المعهـد القضائـي اضافة الى تأهيـل وصبغ جميع الواجهات الاماميـة والخلفية للبناية.

- **منـذ انضمامه الى مجلس القضاء الاعلى شرع المعهد القضائي بتوسـيع فضائه الى مديات أبعد، حصل ذلك عبر استضافته لدورات مختصة في مجال القانون لوزارات عـدة.. ومـا هي أهم الـوزارات التي يتم تدريـب كوادرها في المعهـد القضائي بهذا الخصـوص وما هي الدورات والهدف منها؟**

مـن ضمـن مهـام المعهد تأهيـل موظفي مجلـس القضـاء الاعلى لرفـع كفاءتهـم، اضافة لرفع المسـتوى القانونـي للعاملـين في الدوائر القانونية لمؤسسـات الدولة كافة، حيث شـهد المعهد تطوراً واضحـاً للعيـان في هذا المجال بعد فك ارتباطه مـن وزارة العدل والحاقه بمجلس القضاء الاعلى من خلال اقامة الدورات التخصصية بمنح سلطة محقق لمنتسبي مجلس القضاء الاعلى ووزارة الداخلية بهدف تحسين مستوى الاداء لمحققي هذه الجهات عبر اشراكهم في هذه الدورات ولمدة (ثلاثة أشهر) اسـتناداً لاحكام المادة (٥١/هـ/و) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسـنة ١٩٧١ المعدل، إضافة لدورة إعداد الكتاب العدول لموظفي وزارة العدل ودورات موظفي الوزارات والمؤسسـات الحكومية كافـة التطويرية في مجال الاختصاص القانوني.

- **من الصروح التي يعتد بها المعهد القضائي هي (المكتبة) حيث تعد مكتبته واحدة مـن أهـم المكتبات القانونيـة في العراق، حدثينا عن هذا الـصرح العتيد وما يحويه من نفائس قانونية؟ وما هي خطط إدارة المعهد لتحديثها واستقبال روادها، وهل لاتزال مستمرة بتلقي نتاجات القضاة والقانونيين؟**

مكتبـة المعهـد القضائي تعـد بحد ذاتها صرحاً عراقيـاً ثقافياً وقانونياً قل نظـيره، إذ يبلغ عدد الكتـب فيها (١٤,٢٢٠ كتـاب) من أمهات كتب القانون بمختلف صنوفـه، إضافة الى الكتب الفقهية والدينية والقواميس والمعاجم النفيسة، كما تحوي المكتبة على (١٥١٥) رسالة و (٣٨٤٥) بحث من بحوث طلبة المعهد القضائي منذ بداية تأسيسـه إضافة الى بحوث الترقية للسـادة القضاة، بالإضافة

الى اعـداد مـن الدوريـات والمجلات القانونيـة العراقية والعربيـة وابرزها مجلـدات جريدة الوقائع العراقيـة منـذ بداية صدورهـا في عام ١٩٢٤ إضافـة الى محاضر مجلسي النـواب والاعيان في العهد الملكي.

وتقدم المكتبة خدماتها بشـكل مسـتمر لطلبة المعهد القضائي والسادة القضاة وطلبة الدراسات العليا في جامعات العراق كافة والى طلبة الدراسات العليا الدارسين في الجامعات العربية.

وبعـد ارتبـاط المعهد القضائي بمجلس القضاء الاعلى وبهـدف اتاحة الفرصة أمام أكبر عدد من المستفيدين للاطلاع على الكتب والموسوعات القانونية الموجودة في المكتبة سعى السيد رئيس مجلس القضـاء الاعلى عـلى اطلاق نظام الخدمة الالكترونيـة لمكتبة المعهد القضائي عـلى الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى.

- **هل شـهد المعهد توقيع مذكرات تفاهم بين ادارته وجهات أخرى ذات علاقة، وما هي أهم المخرجات التي تحققت من أطر التعاون تلك؟**

ان المعهـد القضائـي حريص على الانفتاح على المعاهد القضائية والمؤسسـات القانونية في الدول العربيـة والعالم لغرض تبادل الخبرات والمعرفة القانونية والقضائية وحضور الاجتماعات المتعلقة بهـا، فقـد انضم المعهـد القضائي الى اتفاقية عمان للتعاون العلمي بـين المعاهد القضائية العربية في سـنة ٢٠١٤ ووقـع العديـد من مذكرات التفاهـم للتعاون في مجال المعايـير القضائية الدولية ضمن نطاق حقوق الانسان بين الدول العربية ومعهد راؤول والينبرغ لحقوق الانسان والقانون الانساني تمخـض عنها مشـاركة المعهد في تأليـف العديد من الاصـدارات المتعلقة بالعمـل القضائي وحقوق الانسان.

أيضـاً تـم توقيع العديد من مذكرات التفاهم التي تتعلق ببرنامج التعاون المشـترك مع الاطراف ذات العلاقـة لغـرض تعزيـز التعاون في مجالات الاختصـاص والابحاث والدراسـات ذات الاهتمام المشـترك والحاجة الى تعزيز الممارسـات التعليمية الحديثة والتدريب المهني في المجالات التخصصية وتبـادل الخـبرات والتدريب والاستشـارات في المجالات المتعلقـة بتطوير المناهج الدراسـية الخاصة بالطلبـة والمـلاكات العلمية والادارية والفنية، منها توقيع مذكـرات تفاهم مع الجامعة الامريكية في بغـداد، وجامعة بغداد/ كلية القانون وجامعة القادسـية/ كلية القانون.

كمـا قـام المعهد بإعداد منهـاج متكامل في مادة رعايـة الأحداث بالتعاون مـع منظمة هارتلاند اللاينـس الدوليـة بدعم وتمويل من المفوضية الاوروبية تحـت عنوان (عدالة الاحداث في التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية).

- **ختاماً توج المعهد القضائي نشاطه بحصوله على درع التميز من الجامعة العربية في مطلع هذا العام، فما هو انطباعكم حول هذا الإنجاز الهام والافاق المستقبلية للمعهد؟**

تم تكليل تعاون المعهد القضائي على المستوى (الاقليمي والعربي) بحصول المعهد القضائي على المركز الاول في ترتيب المعاهد العربية والاقليمية ونيله درع التميز للتدريب القضائي العربي للدورة (السادسة والثلاثون) لمجلس وزراء العدل العرب حيث تم استلام الدرع من رئيس المركز العربي للبحوث القانونية السفير عبد الرحمن الصلح.

وهو انجاز كبير تحقق برعاية السيد رئيس مجلس القضاء الأعلى المحترم، وختاماً تتقدم ادارة المعهد القضائي والعاملين في المعهد بالشكر والامتنان للسيد رئيس مجلس القضاء الأعلى المحترم لما قدمهُ من دعم واسناد لامحدود للمعهد كان لهُ الاثر البالغ في الارتقاء بمستوى الاداء العام للمعهد نحو الافضل في النواحي كافة ومن الله التوفيق والسداد.

صور الجرائم ضد الإنسانية... سبايكر أنموذجاً

القاضي ياسر فنطيل حامد الخزاعي

المستخلص

توصلنا الى حقيقة إنطباق الأركان الخاصة للجريمة ضد الإنسانية على جريمة سبايكر من خلال الإعترافات المفصلة للمجرمين المنفذ بحقهم حكم الإعدام عن إشتراكهم في الجريمة أعلاه بالإضافة الى توافر معظم صور الجرائم ضد الإنسانية في جريمة سبايكر (القتل العمد-إخفاء الجثث - السجن والحرمان من الحرية البدنية (قبل مباشرة فعل القتل)- نقلهم قسرياً من الوجهة التي يرغبون الوصول إليها الى مكان آخر تم إحتجازهم وقتلهم فيه لاحقًا).

إن سلطة مجلس الأمن بخصوص طلب الإرجاء المتكرر للإحالة للمحكمة الجنائية الدولية وعدم الأخذ بعقوبة الإعدام عن الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وفقًا للعقوبات المقررة لها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يُعد عائقاً ونقطة سلبية تمنع إحالة قضية جريمة سبايكر للمحكمة أعلاه لأن ذلك يؤدي بطريقة أو بأخرى الى هدر دماء الضحايا والإضرار بذويهم.

Abstract

We realized that the special elements of the crime against humanity apply to the Speicher crime through the detailed confessions of the executed criminals for their participation in the above crime، in addition to the availability of most forms of crimes against humanity in the Speicher crime (intentional murder - concealment of corpses - imprisonment and deprivation of physical freedom (before initiating the act of killing) - forcibly transferring them from the destination they wish to reach to another place where they were detained and subsequently killed).

The authority of the Security Council regarding the request for repeated postponement of referral to the International Criminal Court and the non-application of the death penalty for crimes against humanity in accordance with the penalties established for it in the Statute of the International Criminal Court is an obstacle and a negative point that prevents the referral of the Speicher crime case to the above court since this leads in one way or another to waste the blood of the victims and cause harm to their families.

المقدمة

سـبايكر ....جـرح العـراق النـازف الى أن يرث اللـه الأرض ومن عليها .. كيـف لا وضحاياها شـباب في عمـر الورود أبى الفكـر المتطرف للتنظيم الإرهابي (داعش) إلا أن يتبع في قتلهم سياسـة التنكيل بهم وغرز خنجره المسموم في أفأدة ذويهم عندما أقدم على نشر مقاطع فيديوية على مواقع التواصل الإجتماعي تبين الكيفية التي تم بها قتلهم وبطرق وحشـية مما سـبب بأذىً كبير وأضرار بليغة بالصحة النفسـية لذويهم تشـكل بحد ذاتها جريمة ضد الإنسانية.

وبذلـك فإن جريمة سـبايكر ذو آثار مزدوجة على الشـهداء وذويهـم ولازالت صورة والد أحد الضحايـا حـاضرة أمامي عندما جن جنونه عند رؤيته لمشـاهد التنكيل بولده وزملائه قبل قتلهم في أحـد المقاطع الفيديوية التي نشرها التنظيم الإرهابـي (داعش) في مواقع التواصل الاجتماعي.

إن الإنتصـار الحقيقي للشـهداء وذويهم هو التوصـل الى الجناة الحقيقيين ومن قدم لهم العون والمساعدة في إرتكاب الجريمة وهذا ماحققته الهيئة التحقيقية القضائية في محكمة التحقيق المركزية بعد إتباع إجراءات تتفق مع معايير حقوق الإنسان وتقديم الجناة الى محاكمات عادلة أمام المحكمة الجنائيـة المركزيـة حيث تـم إدانة معظمهم والإفراج عن عدد منهم لعـدم كفاية الأدلة ضدهم تلاها تدقيقـات تمييزيـة من محكمة التمييـز الإتحادية الموقره للتأكد من مطابقـة تلك الإجرات والأحكام الصادرة بحق المتهمين للقانون.

وخـير دليـل على نجاح القضاء العراقي في هذا الصدد هو طلبات المسـاعدة القضائية الواردة الى مجلس القضاء الأعلى الموقر عن طريق وزارة الخارجية من مختلف الدول الأوروبية في مسـاعدتهم في التحقيقات الجارية من قبلهم مع متهمين مطلوبين لدينا في قضية سبايكر تم إلقاء القبض عليهم في تلـك الـدول وقدمت الهيئـة التحقيقية القضائية مسـاعدات لتلك الدول تتمثـل بتزويدهم بالأدلة المتوفـرة لدينا بحـق المتهمين الملقى القبض عليهم وحضور الفرق التحقيقية لتلك الدول للاسـتماع الى شـهادات الشـهود وإجراء محاكمات عن طريق دائرة تلفزيونية مغلقه في تلك الدول وبمسـاعدة القضاء العراقي في سبيل إنفاذ العدالة الجنائية بحق مرتكبي جريمة سبايكر وفي مختلف الدول التي هرب إليها المتهمين والصادرة بحقهم مذكرات قبض دولية ونشرات معلومات وملفات إسترداد من الهيئة التحقيقية القضائية المختصة بجريمة سـبايكر في محكمة التحقيق المركزية.

أهداف البحث

إن أهـداف البحـث تتمثل ببيان مدى خطورة جريمة سـبايكر بإعتبارهـا جريمة العصر وبيان مـدى الفكـر المتطرف لمرتكبيها وإظهارها للعالم كونها جريمة ضد الإنسـانية.

ترتـب على المجتمـع الدولي بأسره إلتـزام وجداني وأخلاقي بملاحقة مرتكبيها الذين أسـتغلوا فـترة قبـول الدول الأوربيـة الهجرة إليها تحت ذريعة اللجوء الانسـاني وهربـوا الى مختلف الدول وبطـرق غـير مشروعة ويتـم ذلك التعاون من خـلال التدقيق في مراكز تسـليم اللاجئين بعد تأريخ ٢٠١٤/٦/١٢ وهـو تأريخ جريمة مجزرة سـبايكر.

إشكالية البحث

أمـا بالنسـبة لإشـكالية البحث فهو مـدى إنطبـاق الأركان الخاصه للجرائم ضد الإنسـانية على جريمة سبايكر

وتفرعت عن هذه الإشكالية عدة تساؤولات منها:

أ-هل إن النصوص العقابية في قانون المحكمة الجنائية الدولية الخالية من عقوبة الإعدام تكون منصفة لذوي ألاف الشهداء في جريمة سبايكر الذين دميت قلوبهم بغصة لن تزول إلا بزوال التنظيم الإرهابي وإجتثاثه وعناصره من بلادنا وتجفيف منابعه نهائياً؟.

ب- هل إن صلاحية مجلس الأمن الدولي في طلبه إرجاء المحاكمات أمام المحكمة الجنائية الدولية وتكرارهـا يهـدف بطريقـة أو بأخرى الى إجهاض إجـراءات المحكمة الجنائيـة الدولية وعلى فرض قبول القضاء العراقي الوطني التنازل عن إختصاصه لصالح المحكمة الجنائية الدولية في نظر قضية سـبايكر والتـي لاينعقـد الإختصاص لها في قضية معينة الا بتنازل القضـاء الوطني عن إختصاصه لصالحها استنادًا لمبدأ التكامل.

أهمية البحث

تتمثل بالهدف منه وقد أشرنا الى ذلك بالفقرة (١) في أعلاه.

المنهجية المتبعة في كتابة البحث

بشـكل رئيسي هي المنهجية الإسـتقرائية التحليلية للخروج بنتائج إيجابية تسـاعدنا على إيجاد حلول مناسـبة لإشـكالية البحث وإعتمادنا المنهجية التاريخية لبيان التأصيل التأريخي للجرائم ضد الإنسانية في بداية البحث.

مفهوم الجرائم ضد الإنسانية

تعـد الجرائم ضد الإنسـانية حديثة العهد نسـبياً على صعيد القانون الـدولي وفي بعض القوانين الوطنية ولم يكن لها تعريف مسـتقل عن جرائم الحرب الا بعد الحرب العالمية الثانية... وللتوسـع أكثر في هذه النقطة وجب علينا أولا دراسـة التطور التاريخي الذي مرت به هذه الجرائم وتعريفها كمطلـب أول ونخصـص المطلب الثانـي لهذه الجرائم في نظام المحكمة الجنائيـة الدولية ونتناول في المطلب الثالث الجرائم ضد الإنسانية في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسـنة (٢٠٠٥).

صور الجرائم ضد الإنسانية وموقف القضاء العراقي منها

المطلب الأول: الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية

الفرع الأول: جريمة القتل العمد

الفرع الثاني: جريمة الإبادة

الفرع الثالث: التعذيب

الفرع الرابع: جرائم العنف الجنسي

المطلب الثاني: الجرائم الماسة بالحرية

الفرع الأول: جريمة الاسترقاق

الفرع الثاني: جريمة إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان

الفرع الثالث: جريمة السجن والحرمان من الحرية الشخصية

الفرع الرابع: جريمة الإخفاء القسري للأشخاص

الفرع الخامس: جريمة الاضطهاد

الفرع السادس: جريمة الأفعال اللاإنسانية الأخرى

المطلب الثالث: جريمة سبايكر أنموذجاً حديثاً للجريمة ضد الإنسانية

الفرع الأول: مدى انطباق الأركان الخاصة للجريمة ضد الإنسانية على جريمة سبايكر

الفرع الثاني: جدوى اجراءات المحكمة الجنائية الدولية بخصوص جريمة سبايكر

الفرع الثالث: موقف القضاء العراقي من جريمة سبايكر

صور الجرائم ضد الإنسانية وموقف القضاء العراقي منها

لكون المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تتعلق بالقانون الجنائي الدولي، فإنه يجب تفسير أحكامها تفسيراً دقيقاً ومراعاة للجرائم المرتكبة ضد الإنسانية الوارد تعريفها في المادة/٧ أعلاه بوصفها أخطر الجرائم التي تثير قلق المجتمع الدولي بأسره وتبرر نشوء المسؤولية الجنائية الفردية وتستبعها وتتطلب حصول سلوك محظور بموجب القانون الدولي المطبق عموماً الذي تعترف به النظم القانونية الرئيسة في العالم، وقد نصت الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على صور الجرائم ضد الإنسانية متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق ومنهجي ضد السكان المدنيين وعن علم بهذا الهجوم، إلا أنه لا ينبغي إثبات علم المتهم بجميع خصائص ذلك الهجوم أو بالتفاصيل الدقيقة للخطة أو السياسة التي تتبعها الدولة أو المنظمة. ففي حالة ظهور الهجوم الواسع النطاق والمنهجي ضد السكان المدنيين تكتمل صورة الجريمة ضد الإنسانية إذا اقترنت بفعل من الأفعال المنصوص عليها في الفقرة (٣) من المادة (٧) أعلاه وإن قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا وفي المادة (١٢/أولاً) نص على ذات صور الجرائم ضد الإنسانية الواردة في قانون المحكمة الجنائية الدولية ما عدا جريمة الفصل العنصري التي اقتصر النص عليها في قانون المحكمة أعلاه وسنتطرق إلى هذه الصور من خلال ثلاثة مطالب، المطلب الأول منها للجرائم الماسة بالسلامة الجسدية ونتكلم في المطلب الثاني عن الجرائم الماسة بالحرية وخصصت المطلب الثالث لجريمة سبايكر باعتبارها أنموذجاً للجريمة ضد الإنسانية لتغطيتها أكثر من صورة من الأفعال التي يعتبر ارتكابها جريمة ضد الإنسانية.

المطلب الأول : الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية

الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية هي تلك التي تقع على حياة الإنسان وجسده إستناداً لنظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي نص عليها في المادة (٧) فقرة (أ/ب) وسنتناول هذه الجرائم في أربعة فروع مع موقف القضاء العراقي منها وفقاً لقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥.

الفرع الأول : جريمة القتل العمد

جريمة القتل العمد هي أحدى الجرائم ضد الإنسانية، والقتل العمد يعني أي شكل من أشكال إزهاق الروح غير الناجم عن حكم صادر بالإعدام من محكمة مختصة[١]، ويستوي الفعل الإنساني الذي يعاقب عليه المتهم إن كان قد ارتكب بقصد القتل أو نتج عنه القتل العمد كنتيجة له، والقتل العمد للأشخاص محرم سواء أكان بصفة فردية أم جماعية، فالقتل الفردي اعتداء على حق الإنسان في الحياة[٢] ويعد جريمة ضد الإنسانية متى ارتكب ضد مجموعة من السكان المدنيين عملاً بسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم [٣] ، في إطار هجوم واسع النطاق ومنهجي ضد المدنيين، ولا يقصد مجموعة ما بعينها أو طائفة بعينها[٤].

وتختلف عن ذلك الذي يعد ركناً في جريمة الإبادة الجماعية كون الأخير يجب أن يرتكب بناءً على نية إبادة مجموعة عرقية أو دينية أو أثنية أو قومية أو عنصرية، بينما القتل في الجريمة ضد الإنسانية يكفي فيه قتل مجموعة من الأشخاص أعتدي على حقهم في الحياة من دون اشتراط اتصافهم بصفة معينة أو اشتراكهم في صفات خاصة[٥].

ونصت المادة ٧/أمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أركان جريمة القتل التي تشكل جريمة ضد الإنسانية وهي:

١. أن يقتل المتهم شخصاً أو أكثر.
٢. أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين، وأن يعلم بأن التصرف هو جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه

١- لنده معمر شيوي، المحكمة الجنائية الدولية واختصاصاتها- دار الثقافة- الاردن ٢٠١٠- ص١٩٩
٢- عبدالفتاح بيومي حجازي، المصدر السابق، ص٤١٧.
٣- زياد عتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي- منشورات دار الحلبي الحقوقية- بيروت- ٢٠٠٩- ص١٩٠-١٩١.
٤- خالد مصطفى فهمي- المصدر السابق- ص ٢٧٣..
٥- لنده معمر شيوي- المرجع السابق- ص ١٩٩.

ضد مجموعة من السكان المدنيين[١].

وقد وردت جريمة القتل العمد كجريمة ضد الإنسانية في الفترة (أ) من المادة (١٢/ أولاً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ حيث وردت في مقدمة البند أولاً (الجرائم ضد الإنسانية تعني لأغراض هذا القانون أياً من الأفعال التالية متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بهذا الهجوم...) ولا تكتمل جريمة القتل العمد إلا بوجود أركانها الثلاثة المتمثلة في أن يقتل المتهم شخصاً أو أكثر، ويرتكب ذلك الفعل كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين، ويشترط علم المتهم بأن هذا الفعل جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين أو ينوي أن يكون هذا التصرف أو الفعل جزءاً من الهجوم[٢].

ويستوي في هذه الجريمة أن تكون الأفعال المعاقب عليها ارتكبت بقصد القتل أو نتج عنها القتل العمد كنتيجة حتمية لهذه الأفعال، ولذلك يستوي استعمال تعبير قتل أو تسبب موت للتعبير عن نفس المفهوم[٣].

واستناداً لقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا وتحديداً الفقرة (أ) من المادة (١٢/ أولاً) فإن جريمة القتل العمد كجريمة ضد الإنسانية هي جريمة ضد شخص أو أكثر في نطاق مجموعة من المدنيين، وذلك ضمن سياسة عامة تنتهجها الدولة أو عصابة في إطار سياسة هذه الدولة، وأن يعلم الجاني بحقيقة هذه الأفعال.

ومن صور جرائم القتل العمد التي تعد جرائم ضد الإنسانية على سبيل المثال لا الحصر جرائم النظام البعثي في العراق التي ارتكبها عام ١٩٩١م في قمع الانتفاضة الشعبانية والتي راح ضحيتها آلاف الأشخاص من المدنيين رجالاً ونساءً وأطفالاً ولاسيما في محافظات العراق الوسطى والجنوبية وكذلك القتل الممنهج للمدنيين العراقيين في الداخل والخارج والتي استمرت من عام ١٩٦٨ وحتى تأريخ ٢٠٠٣/٣/١٩ بحجة معارضتهم للنظام.

ومن تطبيقات القضاء العراقي لهذا النوع من الجرائم قضت الهيئة التمييزية ..... وجد إن الأدلة التي اعتمدتها المحكمة في إصدار قرارها بإدانة المتهم (ص ح) على اعتبار كونه وقت الحادث ومن تأريخ ١٩٨٢/٧/٨ ولغاية ١٩٨٩/١/١٦ يشغل منصب رئيس الجمهورية والقائد العام

١- محمود شريف بسيوني- المحكمة الجنائية الدولة نشأتها ونظامها الأساسي- مطابع روز يوسف الجديدة- ٢٠٠٢- القاهرة- ص ٢١٢-٢١٣.

٢- المستشار الدكتور عبدالفتاح بيومي حجازي- المصدر السابق- ص٤٨٩.

٣- د. محمود شريف بسيوني- مرجع سابق- ص٢١٢.

للقوات المسلحة ورئيساً لمجلس قيادة الثورة وإن السلطتين التشريعية والتنفيذية كانت بيده فضلاً عن التسجيل الصوري والصوتي والذي يظهر فيه المتهم وهو يخاطب أهالي الدجيل في يوم الحادث بأن الذين أطلقوا النار عليه هم أثنين أو ثلاثة ولا يزيد عددهم على العشرة وما ورد بأقواله في سير التحقيق الابتدائي والقضائي والأوامر التي أصدرها إلى مسؤول الأجهزة الأمنية المرتبطة به مباشرة فضلاً عن المئات من الوثائق الرسمية المرفقة بالاضبارة والتي أيد المدان صحتها، إضافة إلى إصداره أمراً بتعويض أصحاب البساتين التي تم تجريفها وبذلك يكون المدان مسؤولاً عن الهجوم المنهجي والواسع النطاق الموجه ضد السكان المدنيين في بلدة الدجيل وعلمه بذلك وبالتالي توفرت نية القتل العمد كجريمة ضد الإنسانية. فالركن المادي المتمثل بالسلوك الإجرامي (فعل القتل) النتيجة الجرمية وهي وفاة المجنى عليهم من أهالي الدجيل والعلاقة السببية بين ذلك السلوك كلها قد توافرت، وحيث أن الجرائم ضد الإنسانية قد عرفها القانون بأنها أي من الأفعال المدرجة في المادة (١٢) من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بهذا الهجوم... فإن معظم هذه الجرائم يمكن أن تحدث كنتيجة لفعل دولة أو سياسة يتم تنفيذها من قبل فاعلين ذوي سلطة أو غير ذلك ولكن من الواضح إنه لو تم ارتكاب مثل هذه الجرائم أو توجيهها ضد السكان المدنيين فإنه من الضروري أن يكون ذلك نتاجاً لسياسة دولة ترتكب أفعالها من خلال متنفذين وذوي سلطة أو تكون نتاجاً لسياسة فاعلين من غير ذوي السلطة وإذ إن المدان (ص ح) كان من ذوي السلطة كونه كان يشغل منصب رئيس الجمهورية السابق وإنه قد وجه جرائمه ضد السكان المدنيين من أهالي الدجيل بغية قتلهم فتكون نية القتل متوفرة لديه وبالتالي فإنه يكون مسؤولاً عنها كجريمة من الجرائم ضد الإنسانية.....[١].

وبقرار آخر قضت محكمة التمييز الاتحادية لدى التدقيق والمداولة وجد أن المحكمة الجنائية العراقية العليا بتاريخ ٢٠١٤/٢/٣ وبالدعوى المرقمة ٢٧/ج/٢٠١٣ قررت إدانة المتهم (ج ح ع) وفقاً لأحكام المادة ١٢/ أولاً/ وبدلالة المادة ١٥/ ثانياً/ ء/١ من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ وبدلالة المادة (٤٠٦/١/ و) ومواد الاشتراك ٤٧ و٤٨ و٤٩ من قانون العقوبات والحكم عليه بالسجن لمدة خمسة عشر سنة ولدى التأمل في القرار المذكور وجد إنه بتاريخ ١٩٩٤/٩/٩ حضر المتهم (ج ح ع) وهو ضابط مخابرات في البصرة إلى ديوان المجنى عليه (ك م) وأخذه والمجنى عليه (ع ع) ومعه مجموعة من منتسبي الجهاز وقد تم العثور على جثتيهما في اليوم

١- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٢٩/ت/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٦- غير منشور.

التـالي..... سـبب أن المجنـى عليه (ك م) كان معروفـاً بمعارضته للنظام السـابق وقد اعترف المتهم بالتهمة المنسـوبة إليه أمام القائم بالتحقيق وقاضي التحقيق ..... وقد تعززت اعترافاته التفصيلية بكشـف الدلالة وأقوال الشـاهدين..... وهي أدلة كافية لقيام المتهم بهجوم منهجي ضد أشـخاص كانوا معارضين للنظام السـابق وتمت تصفيتهم جسـدياً بإطلاق النار عليهم فيكون قرار المحكمة بإدانته صحيحاً وموافقاً للقانون قرر تصديقه، أما بالنسبة للعقوبة فقد وجد إنها خفيفة لا تتناسب ووقائـع الجريمـة وظروف ارتكابها قرر إعـادة الدعوى إلى محكمتها لإعـادة النظر بالعقوبة بغية تشديدها وإبلاغها الحد المناسب من دون الاستدلال بالمادة ١٣٢ من قانون العقوبات وصدر القرار بالاتفاق في ٧/ جمادي الآخرة/ ١٤٣٥هـ الموافق ٧/٤/٢٠١٤م[١].

وكذلـك القـرار القـاضي بـــ..... وجد ان المتهـم (ح ك ع) مع والده وعمـه (ح ع م) وبعد قمع الانتفاضـة عام ١٩٩١ في محافظة الديوانية وسـيطرة الجيش عـلى المنطقة ألقوا القبض على المجنى عليه (م س) وغيرهم بتهمة الاشـتراك في الانتفاضة واختفى المجنى عليه منذ ذلك الحين ولحد الآن، وان ما فعله المتهم جريمة قتل عمد وهو جزء من هجوم واسع النطاق ومنهجي ضد المدنيين.....[٢].

وبالاتجاه نفسه أصدرت الهيئة التمييزية قرارها الآتي:

..... وان المتهـم قد توافرت بحقه جرائـم القتل العمد..... وهذا يثبت القصد الجنائي لدى المتهم والمعرفـة التامـة بـأن ما يقوم به مـن أفعال إنما هو جزء من هجوم واسـع النطـاق ومنهجي ضد مجموعـة مـن السـكان المدنيين وبذلك فإن المسـؤولية متحققـة في فعله باعتباره شريكاً ومسـاهماً بارتكاب جرائم ضد الإنسـانية.....[٣].

وقضـت ..... إن المـدان (ج م ح) أصـدر الأوامـر ومشـارك مـع بقيـة المتهمـين الهاربين بقمع المشـاركين بـأداء صـلاة الجمعة وإعداد هجوم منهجي ومنظم أسـتهدف السـكان المدنيين في مدينة العمارة وأرتكب جرائم ضد الإنسانية وتأيد ذلك بأقوال المشتكين والمدعين بالحق الشخصي والشهود واعـتراف المتهـم الصريـح والمفصل في مرحلة التحقيق مـن أنه ..... أوعز بإطـلاق النار على جموع المصلـين وإن تلـك الأفعـال..... تشـكل جريمة ضد الإنسـانية وتوافرت أركانها وهي هجوم واسـع النطاق ومنهجي موجه ضد السكان المدنيين العزل وإن المحكمة طبقت القانون تطبيقاً سليماً لتوفر

١- قـرار محكمـة التمييز الاتحاديـة- الهيئة التمييزية المختصة بقضايـا المحكمة الجنائية العراقيـة العليا- العدد ٢٥/ الهيئـة التمييزيـة للمحكمة الجنائية العراقية العليا/ ٢٠١٤ في ٧/٤/٢٠١٤- غير منشـور.

٢- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ١٧/ت/٢٠١١ في ٥/٦/٢٠١١- غير منشور.

٣- قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد٦٢/ت/٢٠١١ في ٨/٧/٢٠١١- ص٥ من القرار- غير منشور.

أدلـة قاطعـة لإدانة المتهـم وفق أحكام المادة (١٢/ أولاً/ أ) مـن قانون المحكمة .....[١].

الفرع الثاني : جريمة الإبادة

عرّفـت المـادة (٧) في الفقرة (٢) من النظام الأسـاسي للمحكمة الجنائيـة الدولية جريمة الإبادة بأنها: تعمد فرض أحوال معينة من بينها الحرمان من الحصول على الطعام والدواء واستناداً لنص المـادة (٧) الفقـرة (١) من نظام المحكمة الجنائية الدولية فـإن أعمال الإبادة تكون عن طريق قيام المتهم بقتل شـخص أو أكثر أو إجبار الضحايا على العيش في ظروف تؤدي حتماً إلى هلاك جزء من مجموعة السكان المدنيين، ويستخدم الجاني وسائل مختلفة للقتل ومنها الأسلحة النارية أو بتسميم الميـاه أو الغـذاء، أو عـن طريق حجز المجنـى عليهم ومنع موارد الحياة عنهـم من مأكل ومشرب أو عـلاج عـلى نحو يؤدي حتمـاً إلى هلاك هؤلاء السـكان المدنيين أو جزء منهم، كمـا يدخل ضمن هذه الأعمال محاصرة السكان المدنيين على نحو يمنع وصول الأدوية الضرورية لهم مثل ما حدث لبلادنا عندما دام الحصار أحدى عشر سـنة كاملة مما أدى إلى وفاة مليون طفل عراقي في الأقل طيلة مدة الحصار الاقتصادي بسـبب نقص الأدوية[٢]. وكل ذلك بسـبب السياسـة الخاطئة للنظام السابق مع غيره من الدول.

وإذا كانـت جريمـة الإبـادة لا تعـد جريمة ضـد الإنسـانية إلا إذا انتفى عنصر النيـة الذي يميّز جريمة إبادة الجنس البشري، ويجعل منها جريمة دولية مستقلة، بمعنى آخر إنه متى حدثت جريمة إبـادة مجموعة من الأشـخاص مهما كـبر عددهم، ولم تكن لدى من أرتكب هـذه الجريمة نية إبادة هـؤلاء بسـبب عوامل دينية، عرقية أو قومية، فإنها تخرج مـن نطاق إبادة الجنس البشري، وتدخل في نطاق الجرائم ضد الإنسانية متى كان هناك هجوم واسع المدى ومنظم[٣]، كما تبين المادة (٧/ في الفقـرة ٢) منها أركان هـذه الجريمة كما يلي:

١. أن يقتل المتهم شـخصاً، وبما في ذلك إجبار الضحايا على العيش في ظروف سـتؤدي حتماً إلى إهلاك جزء من مجموعة من السـكان.
٢. أن يكون التصرف قد ارتكب في سياق عملية القتل الجماعي للأفراد.
٣. أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد مجموعة من السكان المدنيين.

١- قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمـة الجنائية العراقية العليا- العـدد ١١/ت/٢٠٠٩ في ٢٠/٥/٢٠٠٩- ص٢٠- غير منشور.

٢- عبدالفتاح بيومي حجازي- المصدر السابق- ص٢٢٤.

٣- لنده معمر بشوي- المصدر السابق- ص٢٠٠.

٤. أن يعلم المتهم بأن التصرف جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد مجموعة من السكان[١].

وقد نصت على هذه الجريمة المادة (١٢/ أولاً/ب) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥، إذ عرفتها الفقرة (ثانياً/ ب) من ذات المادة أعلاه بأنها:

الإبادة تعني فرض أحوال معيشية كالحرمان من الحصول على الطعام والدواء بقصد إهلاك جزء من السكان. وأوردت الفقرة ثانياً أعلاه أركان لجريمة الإبادة مشابهة لما أوردته المادة (٧) فقرة (٢) من النظام الأسباب للمحكمة الجنائية الدولية المشار إليها أعلاه، ولعل الملاحظ أن هناك بعض التشابه بين جريمة الإبادة الواردة في المادة (١٢/ أولاً/ب) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا وبين (جريمة الإبادة الجماعية) الواردة في المادة (١١) من ذات القانون، ولكن الفرق يبرز في أن مفهوم الإبادة الجماعية في المادة (١١) يكون نية الباعث إهلاك جماعة معينة أو جزء منها لأسباب قومية أو دينية أو عرقية كجريمة الإبادة الجماعية التي طالت الشعب الكردي في إقليم كردستان عام ١٩٨٧، إذ استخدمت القوات العسكرية إبان النظام البعثي المنحل الأسلحة الكيمياوية في إبادة جماعية لم تقتصر على المقاتلين الأكراد، بل شملت السكان المدنيين في حملة عسكرية سميت «الأنفال» راح ضحيتها الآلاف من الرجال والنساء والأطفال، في حين إن جريمة الإبادة كجريمة ضد الإنسانية والواردة في المادة (١٢) من القانون فهي أي فعل تتحقق به جريمة الإبادة تقع على السكان المدنيين كلهم أو جزء منهم في إطار هجوم واسع النطاق ومنظم ينتج عن سياسة الدولة أو المنظمة التي تمثلها.

وفي هذا الإطار قضت الهيئة التمييزية بما يلي:

..... إن المدان (س هـ أ) قام بحجز العوائل من الرجال والنساء والأطفال في المعتقلات وكانوا يعانون من أحوال معيشية سيئة للغاية حيث كانت المعتقلات تفتقر إلى الرعاية والنظافة الصحية المناسبة وانتشار الأمراض في تلك المعتقلات مثل الإسهال والتقيؤ والأمراض الجلدية وأدت هذه الحالات إلى موت المئات منهم جوعاً..... كل ذلك يشكل عنصر من عناصر إثبات وأدلة واضحة لا تقبل أدنى شك على إخضاع هذه القومية الأثنية (الأكراد) لأحوال معيشية قاسية القصد منها إهلاكهم الفعلي كلياً أو جزئياً وبقصد جنائي مشترك..... وان المدان ساهم فيها على شكل تقديم عون ومساعدة وخطط عسكرية قامت بشن هجوم واسع النطاق ومنهجي..... وبموجب القرار أعلاه صدقت الهيئة التمييزية قرار المحكمة الجنائية العراقية العليا :بالعدد (١/ج/ ثانية/ ٢٠٠٦

١- سلوان علي الكسار- المصدر السابق- ص٢٢٦.

في ٢٠٠٧/٦/٢٤ والقاضي بـ..... الحكم على المتهم (س هـ أ) بالإعدام شنقاً حتى الموت لاشتراكه بارتكاب جريمة الإبادة كجريمة ضد الإنسانية وفق أحكام المادة (١٢/ أولاً/ب) وبدلالة المادة (١٥/أولاً، ثانياً) والمادة (٢٤) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥..... [١]

الفرع الثالث : التعذيب

التعذيب هو تعمد إلحاق ألم شديد ومعاناة شديدة سواء أكانت بدنياً أم عقلياً بشخص لم تصدر بحقه أي عقوبات قانونية أو يكونان جزء منها أو نتيجة لها[٢].

وتنص المادة السابعة فقرة (و) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على شروط جريمة التعذيب، والتي تشكل جريمة ضد الإنسانية، وهي:

١. أن يلحق فعل مرتكب الجريمة ألماً شديداً أو معاناة شديدة سواء بدنياً أو نفسياً بشخص أو أكثر.
٢. أن يكون هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص محتجزين من قبل مرتكب الجريمة وان نشوء الألم أو المعاناة غير ناشئين عن عقوبات مشروعة أو ملازمة لها أو تابعة لتلك العقوبات.
٣. أن يرتكب السلوك فعل التعذيب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين وأن يعلم مرتكب الجريمة بأن السلوك جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين أو ينوي أن يكون هذا السلوك جزء من ذلك الهجوم[٣].

فالتعذيب بلا شك يتعارض وحق الإنسان في سلامة جسده، ولذلك فقد كان المشرع حريصاً على تجريم هذا السلوك وعدّه جريمة ضد الإنسانية حتى لا يفلت الجاني من العقوبة عن هذه الجرائم. وقد نصت على جريمة التعذيب الفقرة (أولاً/ و) من المادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا والتي جاء في نصها على أنه ..... يعد من الجرائم ضد الإنسانية..... (و) التعذيب.....

وقد عرّفته الفقرة (ثانياً/ هـ) من المادة المذكورة أعلاه بأنه: يعني التعذيب التعمد في تسبب الألم الشديد والمعاناة، سواء كان بدنياً أو فكرياً على شخص قيد الاحتجاز أو تحت سيطرة المتهم، على أن التعذيب لا يشمل الألم أو المعاناة الناجمة عن العقوبات القانونية أو ذات علاقة بها.

١- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٥٩/ت/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/٤- ص٢٢ وما بعدها- غير منشور.
٢- خالد مصطفى فهمي- المصدر السابق- ص ٢٧٨.
٣- خالد مصطفى فهمي- المصدر السابق- ص ٢٧٨- ٢٧٩.

ويشترط لحدوث جريمة التعذيب كجريمة ضد الإنسانية استناداً لقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا ذات الشروط المنصوص عليها في المادة السابعة فقرة (و) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إن أفعال التعذيب تتم بتعمد إلحاق ألم شديد بالمجنى عليه أو معاناة شديدة سواء أكانت بدنية أو عقلية، كما يتعين أن يكون مصدري الألم والمعاناة غير مشروع، بمعنى أن يتحقق ذلك في غير عقوبة قانونية صادرة ضد الجاني، كما يمكن أن يكون الباعث على هذا التعذيب. أسباباً عنصرية كما حدث في جنوب أفريقيا قبل القضاء على التمييز العنصري، وما حدث لمسلمي البوسنة والهرسك بيوغسلافيا السابقة[١]. وقد نص على حظر التعذيب في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (٥) منه والمادة (٦) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أيضاً والوثائق التي أصدرتها الأمم المتحدة والمؤسسات الإقليمية في مجال التعذيب وتضمنت حظراً صريحاً للتعذيب وغيره من أشكال المعاملة اللاإنسانية[٢].

ومن القرارات الصادرة من القضاء العراقي بخصوص جريمة التعذيب كونها جريمة ضد الإنسانية ما ورد بقرار الهيئة التمييزية والذي جاء مصدقاً لقرار المحكمة الجنائية العراقية العليا/ محكمة الجنايات الأولى :بالعدد ٢/ج أولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/١١ والقاضي (..... حكمت المحكمة على المدان (ط ع ع) بالسجن سبع سنوات لأرتكابه بالاشتراك التعذيب كجريمة ضد الإنسانية استناداً لأحكام المادة (١٢/ أولاً/و) وبدلالة المادة (١٥/ أولاً وثانياً/ ج وثالثاً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ وحددت عقوبته وفق المادة (٣٣٣) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل وبدلالة المادة (٢٤) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥.....)[٣].

وما ورد بقرار آخر للهيئة التمييزية (ظهر لهذه الهيئة من خلال تدقيق الاضبارة بأن المدان ..... كان يعتقل الكثير ويسجنهم وكان يشرف على تعذيب الضحايا قبل إرسالهم إلى مديرية الأمن العامة وكان يبحث عن المشاركين وغير المشاركين في الانتفاضة ..... وأستمر يستخدم الأساليب القذرة في التلاعب بحياة الناس، والتعذيب بشتى وسائل التعذيب وهذا ثابت من خلال إفادة المشتكي والشهود..... ولهذا فإن ما يقوم به من أفعال إنما هو جزء من هجوم واسع النطاق ومنهجي ضد

١- عبدالفتاح بيومي حجازي- المصدر السابق- ص٥٨٢.

٢- أنظر المادة (١/٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان-٩٤٨م. والمادة (٦) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

٣- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العليا- العدد ٢٤/ت/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/٦- غير منشور.

مجموعة من السـكان المدنيين وبذلك فهو يتحمل المسؤولية الجنائية.....)[١].

الفرع الرابع : جرائم العنف الجنسي

جرائـم العنـف الجنسي كجريمة ضد الإنسـانية نادراً ما يخلو صراع داخـلي أو دولي منها، لذلك فـإن تطبيقاتهـا عديدة وكثيرة سـواء كان ذلك في الحرب وغيرها والعنـف الجنسي له صور متعددة في إطار كونه جريمة ضد الإنسـانية وهذه الصور نصت عليها الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إذ ورد النص فيها أنه يعد من الجرائم ضد الإنسانية الاغتصاب أو الاسـتعباد الجنـسي أو الإكراه عـلى البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم القسري أو أي شـكل من أشـكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة[٢].

وسـنبحث في هـذا الفرع جرائـم العنف الجنسي كما وردت في المـادة (٧) الفقرة (١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مع موقف القضاء العراقي منها استناداً لقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥.

أولاً- جريمة الاغتصاب

تُعـد جريمـة الاغتصـاب أشـد جرائم الاعتداء جسـامة وهي تشـكل في الوقت نفسـه اعتداءً على حصانة الإنسان، وقد يكون من شأنها الأضرار بالصحة الجسدية أو النفسية أو العقلية، وهي اعتداء عـلى الـشرف، وتلحـق أضراراً مادية ومعنوية، فهي جريمـة تمس بأمن المجتمع. وقـد عرّف فقهاء القانـون الاغتصـاب بأنه اتصال رجل بأمرأة إتصالاً جنسـياً كاملاً مـن دون رضاها، كما عرفه بأنه الإكـراه والعنف على الجماع[٣].

كما عرفته المقررة الخاصة للأمم المتحدة بشـأن حالات الاغتصاب المنهجي والممارسات الشبيهة بالرق خلال فترات النزاع المسـلح على أنه إيلاج أي شيء، بما في ذلك قضيب الشـخص ضمن أشـياء أخـرى في ظـروف القـسر أو الإكـراه أو الإجبار في فرج أو شرج الضحية أو إيلاج قضيب الشـخص في فـم الضحيـة في ظروف القـسر أو الإجبار أو الإكراه، ويعرّف الاغتصـاب بعبارات من حيث نوع الجنس، إذ إن الرجال والنسـاء على حد سـواء يقعون ضحايا للاغتصاب.

ومن هذا التعريف نستخلص أركان جريمة الاغتصاب كجريمة ضد الإنسانية:

١- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٦٢/ت/٢٠١٠ في ٨/٧/٢٠١٠- غير منشور.
٢- سلوان علي الكسار- المصدر السابق- ص٢٣٠.
٣- خالد مصطفى فهمي- المرجع السابق- ص٢٨٠.

أن يعتدي المتهم على جسد شخص، بأن يأتي سلوكاً ينشأ عنه إيلاج عضو في أي جزء من جسد الضحية، ومهما كان ذلك الإيلاج خفيفاً ومهما كان نوع الجنس.

أن يرتكب الاعتداء بالقوة أو التهديد باستخدامها أو الإكراه كأن ينشأ عنه خوف الشخص المعني أو شخص آخر من التعرض لأعمال الاستغلال بنية قسرية أو عجز شخص من التعبير عن رضاه.

أن يرتكب التصرف ضمن خطة منظمة، وأن يعلم المتهم بأن التصرف جزء من هجوم واسع موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين وأن يكون قاصداً بأن هذه الأفعال جزء من ذلك الهجوم، وعندما تتوفر الأركان أعلاه فلا يُعد فعل الاغتصاب جريمة عادية، بل جريمة ضد الإنسانية[١].

وقد نصت المادة (١٢) الفقرة (أولاً/ز) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا على جريمة الاغتصاب كونها جريمة ضد الإنسانية وتعد انتهاكاً للسلامة الجسدية وشرف الضحية واعتداءً خطيراً يصيب حريتها العامة والجنسية، ويُعد الاغتصاب من أخطر الجرائم في مجتمع دول العالم لما ينجم عنه من أذى جسدي ونفسي مستمرين فضلاً عن أن ضحايا الاغتصاب غالباً ما يعاقبون اجتماعياً عن هذه الجريمة المرتكبة في حقهم. وقد برزت خطورة هذه الجريمة بشكل كبير بعد استخدامها في النزاع المسلح في يوغسلافيا السابقة كوسيلة من وسائل التطهير العرقي[٢].

وإن الشروط الواجب توفرها في جريمة الاغتصاب كجريمة ضد الإنسانية استناداً لقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا هي ذات الشروط المنصوص عليها في المادة ٧/فقرة (١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ثانياً- جريمة الاستعباد الجنسي

يُقصد بهذه الجريمة إن الجاني يمارس سلطته على شخص أو مجموعة من الأشخاص بوصفه مالكاً لهم، وهذه الصفة تخوله حق التصرف، بالبيع أو الشراء أو الإعارة أو المقايضة لهذا الشخص، أو منع هؤلاء الأشخاص من التمتع بالحرية، إذ يكون بإمكانه حبسهم واعتقالهم أو تقييد حريتهم كتجارة الرقيق[٣]، كما يعرف الاستعباد الجنسي بأنه حالة أي شخص تمارس عليه السلطات الناجمة عن حق الملكية وتعرضه للاستبعاد بطريقة منهجية منظمة ضد السكان المدنيين وقد نص على هذه الجريمة بوصفها جريمة ضد الإنسانية في الفقرة (أولاً/ز) من المادة (١٢) من قانون المحكمة

١- عبدالقادر بقيرات- المصدر السابق- ص١٠٧.

٢- د. سوسن تمر خان بكه- المصدر السابق- ص٣٧١.

٣- عبدالقادر البقيرات- المصدر السابق- ص١٠٧.

الجنائية العراقية العليا ويشترط فيها كونها جريمة ضد الإنسانية ذات الشروط المنصوص عليها في المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهي:

أن يمارس المتهم أياً من السلطات فيما يتصل بحق الملكية على شخص أو أكثر مثل شراء أو بيع أو إعارة أو مقايضة هذا الشخص أو هؤلاء الأشخاص أو أن يفرض عليهم حرماناً مماثلاً من التمتع بالحرية.

أن يتسبب المتهم في قيام الشخص أو الأشخاص بفعل أو أكثر من الأفعال ذات الطابع الجنسي.

أن يرتكب هذا التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين.

أن يعلم المتهم أن هذا التصرف جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين.

وقد أبرمت العديد من المعاهدات الدولية من أهمها اتفاقية الأمم المتحدة (٣/٧) لعام ١٩٤٩ وقد عدّت هذه الاتفاقية جريمة الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير جريمة دولية أو ذات صفة دولية.

ثالثاً- جريمة الإكراه على البغاء

وتكون هذه الجريمة ضد الإنسانية بتوافر الشروط الآتية:

١. أن يرغم المتهم شخصاً أو أكثر على ممارسة فعل أو أفعال ذات طابع جنسي باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو قسراً من قبيل الأفعال التي تنجم عن الخوف من التعرض للعنف أو الإكراه أو الاحتجاز أو الضغوط النفسية أو إساءة إستعمال السلطة أو باستغلال وجود بيئة قسرية أو عجز الشخص أو الأشخاص التعبير عن حقيقة رضاهم.

٢. أن يحصل المتهم أو غيره أو أن يتوقع الحصول على أموال أو فوائد أخرى لقاء تلك الأفعال الجنسية أو لسبب مرتبط بها.

٣. أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين.

٤. أن يعلم المتهم إن التصرف جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين أو أن ينوي أن يكون هذا التصرف جزء من هذا الهجوم[١].

١- المستشار الدكتور عبدالفتاح بيومي حجازي- المصدر السابق- ص٥٩٥.

رابعاً- جريمة الحمل القسري

وهـذه الجريمـة منصوص عليها أيضـاً في الفقرة (أولاً/ ز) من المـادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا بوصفها جريمة ضد الإنسـانية ويشـترط لاعتبارها جريمة ضد الإنسانية ما يلي:

١. أن يحبـس مرتكـب الفعل امرأة أو أكثر حملت بالقوة بنية التأثـير في التكوين العرقي لأية مجموعة من المجموعات السكانية.
٢. أن يصـدر التصرف في سـياق هجوم واسـع النطـاق أو منهجي ضد مجموعة من السـكان المدنيين.
٣. أن يعلـم المتهـم إن هـذا التـصرف جزء من هجوم واسـع النطـاق أو منهجـي موجه ضد مجموعـة مـن السـكان المدنيـين أو أن ينوي بـأن يكون هذا التـصرف جزء من ذلـك الهجوم[١].

إن هـذه الجريمـة تهدف إلى احداث تغيير في تركيبة السـكان أو تكوينهم العرقي في دولة معينة لمجموعة عرقية من السكان، وهو ما يمثل انتهاكاً خطيراً لقواعد القانون الدولي، ومن أمثلتها ما حدث من قوات الصرب للمسلمات البوسنيات خلال حرب البوسنة في الفترة من عام (١٩٩٢-١٩٩٥) حيث أعدت معسـكرات خصيصاً لاغتصاب البوسـنيات بطريقة منظمة وإجبارهن على الحمل من الجنود الصرب بهدف خلق جيل من المقاتلين الصرب لتغيير البنية العرقية للمسلمين في البوسنة[٢].

ممـا ورد في هـذا الفـرع بخصوص جرائم العنف الجنسي تبين لنـا ان المشرع العراقي قد صنف وحـدد هـذه الجرائم في الفقرة (أولاً/ ز) من المادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا بها كونها جرائم ضد الإنسانية متى توافرت شروطها التي أوردناها سابقاً وذلك لخطورتها البالغة وأثرها في المجتمع وانتشارها ولا سيما في مناطق النزاعات والصراعات المسلحة، كما حصل للسكان المدنيين الأيزيديين في محافظة نينوى حيث ارتكبت عصابات داعش الإرهابية انتهاكات خطيرة ضد النسـاء الأيزيديات وذلك بسـبي المئات منهن وانتهاك أعراضهن بالقوة والإكراه وبيع البعض منهن في سوق النخاسة.

وبالرغـم مـن ذلك التصنيف الدقيق لهذه الجرائم إلا أن صعوبة إثباتها يبقى عائقاً في الحد منها بسبب الخشية على سمعة الضحايا.

ومن تطبيقات القضاء العراقي لمثل هذه الجرائم، قضت الهيئة التمييزية بما يلي:

هنـاك جرائـم لاإنسـانية ارتكبها المـدان..... وكلهـا تسيء إلى الكرامـة الإنسـانية وخاصة المرأة

١- المستشار الدكتور عبدالفتاح بيومي حجازي- المصدر السابق- ص٥٩٩.
٢- د. محمد عبدالقادر أحمد- مأساة البوسنة والهرسك- مكتبة النهضة المصرية- القاهرة- ص٥٧.

الكردية حيث تعرضت إلى معاناة قاسية جداً لحقت بها الأذى النفسي والجسدي وقد تعرضت بعض المعتقلات إلى الاغتصاب والأعتداء الجنسي والحط من كرامتهن.....[١].

وكذلك قضت في قرار آخر (..... وقررت المحكمة أيضاً إلغاء التهمة الموجهة لكل من المتهمين (س ش م) و (ط ع ع) و (ع ح م) و (س ا ح) عن الاغتصاب كجريمة ضد الإنسانية المنصوص عليها في المادة (١٢/ أولاً- ز) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا..... ونظراً لما جاء من أسباب وحيثيات قرارات الإفراج عن المتهمين المذكورين أعلاه عن الاغتصاب كجريمة ضد الإنسانية ولموافقة تلك القرارات للقانون قررت الهيئة التمييزية تصديقها.....)[٢] .

المطلب الثاني : الجرائم الماسة بالحرية

أورد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في الفقرات (ج، ء ، هـ) من المادة السابعة منه الجرائم الماسة بالحرية وهي (الاسترقاق، جريمة أبعاد السكان أو النقل القسري للسكان، جريمة السجن والحرمان من الحرية الشخصية، جريمة الاختفاء القسري للأشخاص، الاضطهاد، الأفعال اللاإنسانية الأخرى، جريمة الفصل العنصري) كجرائم ضد الإنسانية، وقد نص على ذات الجرائم أعلاه في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١٢/ أولاً/ج، ح، ء، ص، ط، ي) منها ما عدا جريمة الفصل العنصري والتي استقل قانون المحكمة الجنائية الدولية بالنص عليها، وسنتناول هذه الجرائم في ستة فروع مع موقف القضاء العراقي منها استناداً لقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥.

الفرع الأول : جريمة الاسترقاق

الاسترقاق ظاهرة عرفتها كثير من الحضارات القديمة، واستمرت سنوات طويلة وخاصة فيما يتعلق بأسرى الحرب، مع دخول الأوربيين في افريقيا والعالم الجديد، ووصلت هذه الظاهرة لدرجة أصبح الاسترقاق معها أمراً عادياً، حيث أُستعبد ما يفوق خمسة عشر مليون افريقي في امريكا، ومع بداية القرن التاسع عشر تغيرت النظرة الدولية لهذه الظاهرة، فغدت أمراً بغيضاً ووجدت معه كثير من الدول صعوبة إلغائه لما يحققه من مكاسب اقتصادية كبيرة، ومع تغير الظروف التي دفعت

١- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٥٩/ت/٢٠٠٧ في ٤/٩/٢٠٠٧- ص٣٧ من القرار- غير منشور.

٢- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٣٨/ت/٢٠١١ في ١٩/٥/٢٠١١- غير منشور.

عجلة حظر الاسترقاق تم تجريمه[١].

وقد نصت المادة (٧) فقرة (١/ج) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على الشروط الواجب توافرها في هذه الجريمة بوصفها إحدى صور الجرائم ضد الإنسانية وهي ذات الشروط التي نصت عليها المادة (١٢/أولاً/ج) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا وهي:

أن يمارس مرتكب الجريمة أحدى أو جميع السلطات المتعلقة بحق الملكية على شخص أو أكثر كأن يشتريهم أو يبيعهم أو يعيرهم أو يقايضهم أو يفرض عليهم حرماناً مماثلاً من التمتع بالحرية.

أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين.

أن يعلم المتهم أن سلوكه جزءاً من هجوم واسع النطاق[٢]، أو ينوي أن يكون جزءاً منه[٣].

وقد ابرمت العديد من الاتفاقيات الدولية بهدف القضاء على الرق وأهمها الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الاتجار بالرق الأبيض التي أبرمت عام ١٩٠٣م، وتعهدت فيها الأطراف بالقضاء على الرق وعلى استخدام الفتيات والنساء لغرض الدعارة، وقد ظهر العبيد طبقة في المجتمع المدني في المرحلة الأخيرة من المجتمع البدائي أو العصر البدائي، وكان أسرى الحرب هم أول المُستغلين بقيام المنتصر في الحرب بتحويلهم إلى عبيد، وقد فتح ظهور العبودية صفحة جديدة في تاريخ الإنسانية وابتداء استغلال الإنسان للإنسان وكانت الولايات المتحدة سوقاً كبيراً للرقيق، وبذلت الأمم المتحدة جهداً كبيراً في سبيل القضاء على الرق. ففي عام ١٩٦٨م أحال المجلس الاقتصادي والاجتماعي موضوع تجارة الرقيق على لجنة حقوق الإنسان، فقامت اللجنة في عام ١٩٧٢م بإنشاء مجموعة عمل بشأن الرق والقضاء على العبودية.

وإن الرق ألغي رسمياً في معظم أنحاء العالم وحسب ما ذكرته جمعية الرق التي تتخذ من لندن مقراً لها.

الفرع الثاني : جريمة إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان

ومضمون هذه الجريمة هو نقل الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يتواجدون فيها بصفة مشروعة بالطرد أو أي فعل قسري آخر من دون مبررات يسمح بها القانون[٤]، ونصت المادة

١- سوسن تمرخات بكة- المصدر السابق- ص٣٩٧.

٢- سلوان علي الكسار- المصدر السابق- ص٢٤٢.

٣- د. محمد شريف بسيوني- وثائق المحكمة الجنائية الدولية- دار الشروق- القاهرة- مصر- ط١- ٢٠٠٥م- ص١٢.

٤-سهيل حسن الفتلاوي- المصدر السابق- ص ١٨٩.

(٧) فقـرة (١/ء) مـن النظام الأسـاسي للمحكمـة الجنائية الدولية على هـذه الجريمة كما وردت في الفقرة (أولاً/ء) من المادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا كجريمة ضد الإنسـانية، وقد أوردت الفقرة (ثانياً/ء) من المادة (١٢) من قانون المحكمة أعلاه تعريفاً لها وهو أبعاد السكان أو النقل القسري للسكان يعني نقل الأشخاص المعنيين قسراً من المنطقة التي يتواجدون فيها بصفة مشروعـة بالطـرد أو بأي فعل قسري آخر دون مبررات يسـمح بها القانون الدولي.

ويشترط لوقوعها أن يحدث الآتي:

١. أن يرحل المتهم أو ينقل قسراً شخصاً أو أكثر إلى دولة أخرى أو مكان آخر بالطرد أو بأي فعل قسري آخر لأسباب لا يقرها القانون الدولي.
٢. أن يكـون الأشـخاص أو الأشـخاص المعنيون موجوديـن بصفة مشروعـة في المنطقة التي أبعدوا منهـا على هذا النحو.
٣. أن يكون المتهم ملماً بالظروف الواقعية التي تقررت على أساسها مشروعية هذا الوجود.
٤. أن يرتكـب السـلوك كجزء من هجوم واسـع النطـاق ومنهجي[١]موجه ضـد مجموعة من السـكان المدنيين ويعلم المتهـم بذلك أو ينوي ذلك.

وقـد شـهد العالـم عمليـات أبعاد واسـعة النطاق للسـكان في مراحـل متعددة وكانـت من أهم الأمثلة على ذلك ما ارتكب في الحربين العالمتين وفي ما كابده المسـلمون الكروات على أيدي الصرب في يوغسـلافيا السابقة من عمليات ابعاد ونقل قسري وحشية كانت تجسيداً لسياسة معلنة في التطهير العرقـي المنظمـة وقد واجه المجتمـع الدولي هذه الممارسـات بالعديد من الوثائـق الدولية التي كان آخرهـا النظام الأسـاسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي يعد الوثيقـة القانونية الدولية الأول والتي تذكر صراحة جريمة النقل القسري للسـكان[٢].

وأن هذه الجريمة انتشرت في مناطق النزاعات المسلحة بصورة كبيرة على سبيل المثال الاتهامات التي وجهت لأطراف النزاع المسـلح في إقليم (دارفور) بالسـودان من قبـل المنظمات الدولية والأمم المتحدة التي اتهمت ميليشيات الجنجويد بممارستها ضد السكان الأفارقة بالإقليم ويجري التحقيق فيهـا الآن مـن قبـل المدعي العـام في المحكمة الجنائيـة الدولية للوصول إلى نتائج حـول هذا الاتهام وحسـناً فعلـت اللجنة التي وضعت هذا النظام الأسـاسي حتـى يتم اجتثاث مثل هـذه الجرائم التي تسـتغل من جانب الأطراف المنتصرة في النزاعات المسلحة.

وقد شـهدت بلادنا عمليات ابعاد واسـعة النطاق للسـكان وفي مراحل متعددة ومن الأمثلة ذلك

١- خالد مصطفى فهمي- المصدر السابق- ص٢٧٧.
٢- د. سوسن تمرخان بكه - المصدر السابق- ص٤٢٣.

قيـام قـوات الجيش وعناصر حزب البعـث المنحل في عهد النظام البعثي السـابق بترحيل الآلاف من السـكان المدنيـين مـن قراهم في محافظـات إقليم كردسـتان إلى مناطق أخرى قـسراً واحتجازهم في المعتقلات كمعتقل طوب زاوه والدبس والسلامية ونكرة السلمان وكان ضمن هجوم واسع النطاق ومنهجي مسـتهدفاً السـكان المدنيين وكذلك الحال في جنوب العراق، إذ قام النظام السابق بتجفيف الأهوار ونقل السـكان المدنيين قسراً في إطار هجوم واسـع النطاق ومنهجي. وفي هذا الاتجاه قضت الهيئـة التمييزيـة ..... يظهر مـن وقائع الدعوى والأدلة المتحصلة فيها إن المتهم (م ز ع) كان القائد الأعلى لميليشيات الحزب المنحل التي كان لها الدور الرئيسي بالاشتراك مع القوات العسكرية لتجفيف الأهوار والنقل القسري للسـكان المدنيين وذلك ضمن هجوم واسـع النطاق ومنهجي..... وأنه يعلم بوقوع الجريمة..... ويتحمل المسـؤولية الجنائية على الجرائم التي أرتكبها الأشـخاص الذين كانوا يعملـون بإمرته..... وأنه لم يتخذ أي إجـراء لمنع وقوع هذه الأفعال الجرمية.....[١].

وفي ذات الاتجاه قضت:

..... أما بخصوص ابعاد السـكان أو النقل القسري للسـكان، من الواضح إن السـكان المدنيين الأكـراد مـن القرى الكردية هم من سـاكني المنطقة منذ زمن بعيد وهم يسـكنون على أرض آبائهم وأجدادهم في كردستان..... حيث قامت تلك القطعات العسكرية بشن هجوم واسع ومنهجي مستهدفة السـكان المدنيين وقامت بهدم تلك القرى ونقل سـكانهم المدنيين من النسـاء والأطفال والشيوخ إلى مراكز الاعتقال دون أرادتهم وبشـكل قسري وهذا ما أكده المدان أمام قاضي التحقيق.....[٢].

وفي قـرار آخـر صدقـت الهيئـة التمييزية قرار محكمـة الجنايـات الثانية في المحكمـة الجنائية العراقيـة العليا :بالعـدد (١/ج٤/٢٠٠٩) في ١٨/٤/٢٠١١ والقاضي بـ..... الحكم على المدانيين كل من (ط ع ع) و (س ش م) و (م خ هـ) بالسجن خمسة عشر سنة لارتكابهم بالاشتراك جريمة النقل القسري كجريمة ضد الإنسـانية.....[٣].

١- قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمـة الجنائية العراقية العليا- العـدد ٤٤/ت/٢٠١١ في ٢٩/٦/٢٠١١- ص٢٥- غير منشور.

٢- قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمـة الجنائية العراقية العليا- العدد العـدد ٥٩/ت/٢٠٠٧ في ٤/٩/٢٠٠٧- ص٢٤- غير منشور.

٣-قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٥٣/ت/٢٠١١ في ٨/٦/٢٠١١- ص(٤) من القرار اعلاه- - غير منشور.

الفرع الثالث : جريمة السجن والحرمان من الحرية الشخصية

كفلت القوانين الوطنية والمواثيق الدولية حق الإنسان في الحرية البدنية وعدّها من الحقوق الأساسية فقد نصت الفقرة (١/هـ) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه (تشكل جريمة ضد الإنسانية.....

١. السجن والحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي.....) كما نصت على هذه الجريمة الفقرة (أولاً/ هـ) من المادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا والتي جاءت اقتباساً للفقرة (١/هـ) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ويشترط لوقوع هذه الجريمة ما يلي:

١. أن يسجن المتهم شخصاً أو أكثر، أو يحرم شخصاً أو أكثر حرماناً شديداً من الحرية الشخصية بصورة أخرى.
٢. أن تصل جسامة التصرف إلى الحد الذي يشكل إنتهاكاً للقواعد الأساسية للقانون الدولي.
٣. أن يكون المتهم ملماً بالظروف الواقعية التي تثبت قيامه بالتصرف.
٤. أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين ويعلم المتهم أو ينوي أن يكون ذلك العمل جزءاً من الهجوم[١].

واستناداً لما ورد أعلاه لا يعد السجن أو سلب الحرية جريمة ضد الإنسانية إلا إذا كانت عملية السجن تشكل خرقاً لقواعد القانون الدولي، وبذلك فإن مدة السجن التي يقضيها المحكوم كعقوبة لجريمة حكم عليه فيها لا تعد جريمة ضد الإنسانية. ومن أمثلتها ما قضي به ضد نيلسون مانديلا زعيم جنوب أفريقيا، الذي سجن أكثر من ستة وعشرون عاماً بسبب نضاله السياسي ومطالبته بالقضاء على التمييز العنصري[٢].

وفي زمن النظام السابق قضت المحاكم الخاصة بأحكام ضد معارضي النظام البعثي في العراق والذين قضوا سنوات طويلة في السجون في خرق واضح لقواعد القانون الدولي، وكذلك الاعتقالات العشوائية للمواطنين في أعقاب الانتفاضة الشعبانية في محافظات العراق الوسطى والجنوبية وحبس الآلاف منهم وحرمانهم من حرياتهم الشخصية من دون مسوغ قانوني.

ومن تطبيقات القضاء العراقي لهذه الصورة من صور الجرائم ضد الإنسانية هو قرار الهيئة

١-د. محمود شريف بسيوني- المصدر السابق- ص١٧.
٢- المستشار الدكتور عبدالفتاح بيومي حجازي- المصدر السابق- ص٥٥٩.

التمييزيــة في المحكمــة الجنائية العراقيــة العليا والذي جاء مصدقاً لقرار المحكمــة الجنائية العراقية العليــا / محكمــة الجنايــات الأولى والقاضي بـــ(..... حكمت المحكمة على المدان (ط ع ع) بالســجن عشر ســنوات لإرتكابه بالاشــتراك جريمة السجن والحرمان الشديد من الحرية البدنية كجريمة ضد الإنسانية استناداً لأحكام المادة (١٢/أولاً، هــ) وبدلالة المادة (١٥/ أولاً وثانياً/ ج وثالثاً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ وحددت عقوبته وفق المادة (٤٢١/ب/جـ،ء) من قانون العقوبات رقم ١١١ لســنة ١٩٦٩ المعدل وبدلالة المادة (٢٤) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لســنة ٢٠٠٥.....)[١].

وكذلك قضت بما يلي:

..... إن المــدان (ن م ع) هــو قائــد الحــرس الجمهــوري وأرســل إلى محافظــة الناصرية لإخماد الانتفاضــة وقــد أشرف عــلى الهجوم الواســع النطاق والمنهجي عــلى مدن الناصرية بالاشــتراك مع الأجهــزة الأمنية الأخرى في اعتقال وســجن المئات من المواطنــين المدنيين العزل..... مما يجعل المدان يتحمل المســؤولية الجنائية.....[٢].

الفرع الرابع : جريمة الإخفاء القسري للأشخاص

نصــت عــلى هذه الجريمة كونها جريمة ضد الإنســانية الفقرة (١/ط) مــن المادة (٧) من نظام المحكمــة الجنائيــة الدوليــة، كمــا وردت في الفقــرة (أولاً/ ط) من المــادة (١٢) من قانــون المحكمة الجنائيــة العراقيــة العليــا وقد عرفت هذه الجريمــة الفقرة (ثانياً/ ز) من المــادة (١٢) من القانون بأنه الإخفاء القسري للأشــخاص يعني إلقاء القبض على أشــخاص أو اختطافهم من قبل الدولة أو منظمة سياسية، أو بأذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتها عنه، ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم بهدف حرمانهم من حمايــة القانون مدة زمنية طويلة.

والملاحظ ان هذه الجريمة من الجرائم التي ترتكبها الدولة نفسها أو إحدى المنظمات السياسية دعمــاً للدولــة، وقد يرتكبها الأفراد دعماً للدولة[٣]، وهــذه الجريمة تعد من الجرائم المنتشرة في كثير

١- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٢٤/ت/٢٠٠٩ في ٦/٩/٢٠٠٩- ص٦ من القرار- غير منشور.

٢- قــرار الهيئــة التمييزيــة في المحكمــة الجنائية العراقيــة العليــا- العــدد ٦٠/ت/٢٠١١ في ٨/٧/٢٠١١- ص١٧ من القرار- غير منشــور.

٣- حسن سعيد عبداللطيف- الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية- دار النهضة-٩٩٩- ص٢٦٤.

من بلدان العالم ولاسيما الأنظمة الشمولية والعسكرية التي لا تعترف بالنظام الديمقراطي وحرية التعبير والرأي. والشروط الواجب توافرها لتحقق هذه الجريمة استناداً لنظام المحكمة الجنائية هي ذات الشروط المنصوص عليها في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا وهي:

١. أن يقوم مرتكب الجريمة بإلقاء القبض على شخص أو أكثر باحتجازه أو اختطافه.
٢. أن يرفض الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم.
٣. أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي وأن يعلم المتهم بذلك الهجوم أو ينوي القيام به.

وغالباً ما ترتكب هذه الجريمة ضد المعارضين السياسيين أو الزعامات الدينية التي يلتف حولها الرأي العام وتثير قلق القادة السياسيين بالدولة فيتم التخلص منهم حتى يتناساهم الرأي العام والمواطنون بهذه الدول، ومن أمثلة هذه الجريمة ما أرتكبه النظام البعثي في العراق إبان الانتفاضة الشعبانية بخطف الآلاف من الأشخاص المدنيين وخصوصاً في المحافظات الجنوبية وأخفائهم وحرمانهم من هويتهم ورفضه اعطاء أي معلومات عن مصيرهم وارتكبت هذه الجرائم بأسم الدولة من قبل عناصر حزب البعث المنحل كجزء من هجوم واسع النطاق ومنهجي ضد السكان المدنيين بتهمة معارضتهم للنظام السابق.

ومن تطبيقات القضاء العراقي لجريمة الإخفاء القسري للأشخاص كجريمة ضد الإنسانية ما ورد بقرار الهيئة التمييزية:

(..... ثبت للهيئة التمييزية من خلال تدقيق إضبارة الدعوى وأفادات المشتكين المدونة في دوري التحقيق والمحاكمة بأن المتهم (س ع ح) كان عضواً في حزب البعث المنحل وأنه كان ضمن المفارز التي نفذت حملة اعتقالات ضد المدنيين تنفيذ لسياسة نظام البعث القمعية وكان ذلك ضمن هجوم واسع النطاق ومنظم ومنهجي وان المتهم أعلاه على علم ودراية بذلك فإن فعله يشكل جريمة الإخفاء القسري كجريمة ضد الإنسانية وأنه يتحمل المسؤولية الجنائية كونه ساهم واشترك في إعتقال وإخفاء السكان المدنيين ومن ضمنهم المجنى عليهم المذكورين في هذه القضية، عليه فإن قرار محكمة الجنايات جاء صحيحاً وموافقاً للقانون لما اشتمل عليه من أسباب لوجود أدلة قانونية قاطعة وثابتة لا تقبل الشك لإدانة المتهم وفق المادة (١٢/ أولاً- ط) وبدلالة المادة (١٥/ أولاً وثانياً وخامساً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل قرر تصديق قراري الإدانة والعقوبة بالاتفاق.....)[١].

١- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٥٧/ت/٢٠١١ في ٢٧/٧/٢٠١١- ص١٦ من القرار- غير منشور.

وفي ذات الاتجاه قضت:

(..... إن مسؤولية المدان (و – ج) عن الإخفاء القسري لآلاف المدنيين الكرد من ضحايا الأنفال، إذ إن القطعات العسكرية التي قدم لها العون والمساعدة قامت بنقل عشرات الآلاف من النساء والأطفال والرجال بواسطة السيارات العسكرية إلى مراكز الاعتقال والاحتجاز ومن ثم اختفوا ولحد الآن مجهولي المصير، وبهذا تكون مسؤولية المدان واضحة بهذا الشأن..... بقصد جنائي مشترك على ارتكاب الجريمة.....)[١].

الفرع الخامس : جريمة الاضطهاد

تعد جريمة الاضطهاد أكثر الجرائم ضد الإنسانية أهمية وأشدها خطورة، نظراً لما تنطوي عليه من تمييز شديد في المعاملة، مما دعا البعض لتسميتها بجرائم الكره، ولقد بقي المفهوم الدقيق لهذه الجريمة غامضاً على الرغم من ذكرها في جميع قوائم الجرائم ضد الإنسانية وساهم عدم وجود جريمة تحت هذا الاسم في أنظمة العدالة الجنائية الكبرى في التأخر في تحديد أهم معالم هذه الجريمة[٢].

ونصت الفقرة (١/ح) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على هذه الجريمة كما نصت عليها الفقرة (أولاً/ ح) من المادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا والتي جاءت إقتباساً لما ورد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وورد فيها على أنه (يعد جريمة ضد الإنسانية اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموعة محددة من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو أثنية أو ثقافية أو دينية أو متعلقة بنوع الجنس أو لأسباب أخرى لا يقرها القانون الدولي وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة على مثل هذه الدرجة من الخطورة).

ومن شروط وقوع هذه الجريمة ما يلي:

١. أن يتسبب مرتكب الجريمة في حرمان شخص أو أكثر حرماناً شديداً من حقوقهم الأساسية بما يخالف القانون الدولي.
٢. أن يستهدف المتهم ذلك الشخص أو الأشخاص بسبب انتمائهم لفئة أو جماعة محددة.
٣. أن يكون ذلك الاستهداف على أسس سياسية أو عرقية أو وطنية أو أثنية أو ثقافية أو

١- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٥٩/ت/٢٠٠٧ في ٤/٩/٢٠٠٧- ص٢٥ من القرار- غير منشور.

٢- سوسن تمرخان بكه- المصدر السابق- ص٤٧٦.

دينيـة أو تتعلق بنوع الجنس أو لأي أسـباب لا يجيزهـا القانون الدولي.

٤. أن يرتكـب التـصرف فيما يتصل بأي فعل مشـار إليه في الفقـرة (أولاً) من المادة (١٢) من القانـون أو بأية جريمة تقع ضمن اختصاص المحكمة.

٥. أن يكـون هـذا التصرف كجـزء من هجوم واسـع النطاق أو منهجي ضد السـكان المدنيين وأن يعلـم المتهم بذلك[١].

وهذه الجريمة ضد الإنسـانية لتعمد الجاني فيها حرمان المجنى عليهم من حقوقهم الأساسـية التـي كفلتهـا المواثيق والمعاهدات الدولية ومنها حق الإنسـان في التنقـل وحريته في التعبير عن رأيه وحريته في التقاضي أمام المحاكم وتكليفه بأعمال شـاقة فوق طاقته أو التمايز بين السـكان المدنيين عـلى أسـاس العرق أو الطوائف، ولعل ما تقوم به روسـيا في الشيشـان يمثل صـورة واضحة لهذه الجريمة وكذلك أعمال الاضطهاد التي مارسـها الصربيون في البوسـنة والهرسـك، ولعل خير مثال لهذه الجريمة ما قام به النظام البعثي في العراق من حرمان شرائح أساسية في المجتمع العراقي من حقوقهم الأساسية.

ومـن تطبيقـات القضاء العراقي وموقفـه من جريمة الاضطهاد كجريمة ضد الإنسـانية هو ما جـاء بقرار الهيئة التمييزية التـي قضت بـ(..... أما فيما يتعلق بقرارات الإدانة والعقوبة المفروضة عـلى المدانـين فإن محكمة الجنايـات طبقت القانون تطبيقاً سـليماً ذلك لتوفر أدلـة قاطعة ومقنعة لإدانتهـم..... وفق أحـكام المادة (١٢/ أولاً- ح) والمادة (١٥) من قانـون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسـنة ٢٠٠٥ عن جريمة الاضطهاد كجريمة ضد الإنسـانية لتنفيذهم سياسـة النظام (التطهير العرقي) بتغيير الطبيعة السكانية..... بزيادة عدد السكان العرب وترحيل العوائل الكردية والتركمانيـة إلى محافظـات الوسـط والجنـوب وتهديم قراهم وجلـب الوافدين العـرب إلى المنطقة باسـتخدام الأسـاليب التي تخالف الدسـتور والقوانين الوطنية والدولية وفق خطة منهجية منظمة وهذا يشـكل تعدياً على الحقوق الأساسـية والجوهرية للضحايا وثبت كل ذلك من أقوال المشتكين في كافة المراحل والوثائق والمستمسـكات الرسـمية التي أبرزت في الدعوى، وعليه فإن قرارات محكمة الجنايـات جـاءت صحيحة وموافقة للقانون لما اسـتندت عليها من أسـباب، لذا قرر تصديق قرارات الإدانة وباقـي الفقرات الحكمية.....)[٢].

١-د. ضاري خليل محمود- المصدر السابق- ص٢٢٣.

٢- قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا- العدد ٥٣/ت/٢٠١١ في ٨/٦/٢٠١١- ص٧ من القرار - غير منشور.

الفرع السادس : جريمة الأفعال اللاإنسانية الأخرى

بالرغم من أن جرائم الأفعال اللاإنسانية لم ينص عليها في القانون الدولي، إلا أن المعاناة عرفت في المادة الأولى بمعاهدة التعذيب وضد العقوبات الأخرى أو المعاملة الوحشية وغير الإنسانية والمذلة والتي أبرمت في عام (١٩٤٨) وأقرتها الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، وبدأ العمل بها عام ١٩٨٧، حيث نص على شروط وقوع هذه الجريمة في ملحق الفقرة (١/ك) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، كما نصت عليها الفقرة (أولاً/ي) من المادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا كجريمة ضد الإنسانية والتي جاءت اقتباساً لما ورد في الفقرة (١/ك) اعلاه وجاء في نصها (الجرائم اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية).

ويشترط لتحقق هذه الجريمة توافر الشروط الآتية:

١. أن يلحق المتهم بارتكابه فعلاً لاإنسانياً يسبب معاناة شديدة للغير أو يسبب ضرراً بالغاً بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.
٢. أن يكون ذلك الفعل ذو طابع مماثل لأي فعل آخر مشار إليه في الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أو الفقرة (أولاً/ ي) من المادة (١٢) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا.
٣. أن يكون مرتكب الجريمة عالماً بالظروف الواقعية التي تثبت طبيعة الفعل اللاإنساني.
٤. أن يرتكب السلوك كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد السكان المدنيين.

ومن تطبيقات القضاء العراقي لهذه الجريمة كونها جريمة ضد الإنسانية ما ورد بقرار الهيئة التمييزية بتصديق قرار المحكمة الجنائية العراقية العليا/ محكمة الجنايات الأولى القاضي بـ(..... الحكم على المدان (س ش م) بالسجن عشر سنوات لارتكابه جريمة الأفعال اللاإنسانية التي تسبب عمداً في معاناة شديدة أو أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية كجريمة ضد الإنسانية وفق المادة (١٢/ أولاً/ ي) وبدلالة المادة (١٥/ أولاً وثانياً- ج وثالثاً ورابعاً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥..... ودور المدان (س ش م) في ارتكاب تلك الجرائم واضح من خلال موقعه ومركزه الوظيفي باعتباره وزير الداخلية وإن جميع مديريات الأمن والشرطة تكون تحت أمرته وتتلقى الأوامر منه وهو أحد أعضاء لجنة تنظيم الشمال لحزب البعث المنحل ويكون مسؤولاً جنائياً عن إصدار القرارات والأوامر وثبت من سير المحاكمة والوثائق المبرزة قيام الأجهزة الأمنية التابعة للأمن العامة وأمن منطقة الحكم الذاتي في اربيل وبمساندة قوة

مـن الحرس الجمهورية بتطويـق ومحاصرة المجمعات التي يقطنها البرزانيين .....)[١].

وكذلـك قضـت بقرار آخر (..... كما قررت المحكمـة إدانة المتهمين كل من (س أ ع) و (ع ع ط) و (ط ش ع) و (ب ج م) بموجـب أحـكام المـادة (١٢/ أولاً/ ي) وبدلالـة المادة (١٥/ أولاً/ ثانياً/ خامسـاً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسـنة ٢٠٠٥ اسـتناداً للسوابق الدولية لارتكابهم جريمة الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل تسبب عمداً معاناة شديدة أو أذى خطير يلحق بالجسـم وبالصحة البدنية كجريمة ضد الإنسـانية وحكمت على كل واحد من المدانيين المذكورين بالسـجن لمدة سـبعة سـنوات..... ولدى التدقيـق والمداولة من قبل الهيئـة التمييزية فقد أتضـح ان المحكمـة قد راعت تطبيق القانون تطبيقاً صحيحـاً مما يوجب تصديق القرار.....)[٢].

المطلب الثالث : جريمة سبايكر أنموذجاً حديثاً للجريمة ضد الإنسانية

بتاريـخ ٢٠١٤/٦/١٢ أرتكبـت عصابـات (داعش) الإرهابيـة جرائم قتل وإخفـاء قسري ضد أكثر من (٣٠٠٠) ثلاثة آلاف من الجنود العراقيين الخارجين من قاعدة سبايكر الجوية في محافظة تكريت، نتيجة انتمائهم إلى مذهب محدد، وكانت هذه الجريمة ضمن سلسلة جرائم وحشية من أجل إبادة هذا المكون، كما حصل في جريمة سـجن بادوش في محافظة الموصل التي عدّها مجلس النواب العراقـي جريمـة إبادة جماعية أعدمـت فيها تلك العصابات نحو (٤٠٠) فرد من نزلاء السـجن من أبناء المكون الشيعي، وكذلك عدَّ مجلس الوزراء العراقي تلك الجرائم في جلسته الثانية عشر المنعقدة بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٤ جرائم إبادة جماعية، وبالرجوع إلى الأركان الخاصة للجرائم ضد الإنسـانية المنصوص في النظام الأسـاسي للمحكمة الجنائية الدولية وهي:

١. ارتـكاب أحـد الأفعـال المحـددة بموجـب الفقـرة (١) من المـادة (٧) من النظام الأسـاسي للمحكمة .
٢. أن ترتكب تلك الأفعال ضمن هجوم واسع النطاق أو منهجي، وتدل عبارة (واسع النطاق) على عدد كبير من الضحايا، وتعني كلمة (منهجي) درجة عالية من التنظيم بموجب تطبيق خطة أو سياسـة، فيمكن اعتبار مقتل مدني واحد جريمة ضد الإنسـانية إذا جرى ارتكابها ضمن إطار هجوم منهجي[٣]. وقد تناولنا تفاصيل ذلك في المبحث الثاني من البحث.

١-قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العـدد ٣٧/ت/٢٠١١ في ٢٠١١/٦/٢٠- الصفحات ١٩ و٢٠ من القرار - غير منشور.
٢- قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا- العدد ٤٠/ت/٢٠١١ في ٢٠١١/٧/٦- غير منشور.
٣- د. محمود شريف بسيوني- المصدر السابق- ص٣١.

٣. أن يكون موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين.

٤. العلم بالهجوم ضد سكان مدنيين.

مما تقدم يتضح لنا ان النظام الأساسي للمحكمة واكب تطور القانون الدولي الجنائي بصدد الجرائم ضد الإنسانية عبر تنظيمها بصورة مستقلة عن جرائم الحرب فيمكن أن ترتكب جريمة ضد الإنسانية خلال النزاعات المسلحة وكذلك خلال وقت السلم.

وفي سبيل الإحاطة بجريمة سبايكر ومدى انطباق الأركان الخاصة للجريمة ضد الإنسانية عليها سيتم تناول ذلك من خلال ثلاثة فروع فخصص الفرع الأول لمدى انطباق تلك الأركان عليها ونخصص الفرع الثاني لجدوى إجراءات المحكمة الجنائية الدولية بخصوص جريمة سبايكر (السلبيات والايجابيات) ويكون الفرع الثالث لموقف القضاء العراقي من هذه الجريمة.

الفرع الأول : مدى انطباق الأركان الخاصة للجريمة ضد الإنسانية على جريمة سبايكر

مما ورد في مقدمة هذا المطلب بالنسبة للأركان الخاصة الواجب توافرها في جريمة ما لكونها جريمة ضد الإنسانية استناداً لنص الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وما ورد في المادة (١٢/ أولاً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا والتي عرفت الجرائم ضد الإنسانية وعددت صورها والتي تم تناولها بالتفصيل بالمطلبين الأول والثاني. والتي أشارت إلى ذات الاركان الخاصة بقولها أياً من الأفعال الآنية متى ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بهذا الهجوم.....، فإننا نجد بأنها منطبقة على جريمة معسكر سبايكر ووفقاً لما يلي:

أولاً: أرتكاب أحد افعال المحددة بموجب الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أوضحنا في المطلبين الأول والثاني الأفعال التي يجب ارتكاب أحدها ليكون جريمة ضد الإنسانية وبتوافر الأركان الخاصة للجريمة وهذه الأفعال هي:

١. جريمة القتل العمد.

٢. جريمة الإبادة.

٣. جريمة الاسترقاق.

٤. جريمة أبعاد السكان والنقل القسري.

٥. السجن والحرمان من الحرية البدنية.

٦. التعذيب.

٧. جرائم العنف الجنسي.

٨. جريمة الاضطهاد.

٩. الإخفاء القسري للأشخاص.

١٠. جريمة الفصل العنصري.

١١. جريمة الأفعال اللاإنسانية الأخرى المسببة للأذى البدني أو العقلي الجسيم.

ومن خلال مباشرتنا التحقيق في قضية جريمة سبايكر أتضح لنا وبشكل صريح توافر أكثر من فعل إجرامي من الأفعال المحددة بموجب الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إذ يذكر المجرم المنفذ بحقه حكم الاعدام شنقاً حتى الموت (أ ب أ) عن إدانته بالاشتراك في الجريمة أعلاه والذي هو أحد السجناء الهاربين من سجن تسفيرات صلاح الدين والذي كان موقوفاً عن ارتكابه جملة جرائم إرهابية وهو أحد السجناء الهاربين من سجن تسفيرات صلاح الدين الذين قام تنظيم داعش بتهريبهم من السجن للمشاركة معه في هذه الجريمة ولدعم صفوفه بمزيد من المسلحين، حيث ذكر المجرم أعلاه في اعترافاته أمام الهيئة التحقيقية القضائية (..... أنه تم اقتياد الجنود المخطوفين بعد مغادرتهم من قاعدة سبايكر الجوية إلى داخل القصور الرئاسية في مدينة تكريت، إذ تم احتجاز المئات منهم في قصر الفاروق واحتجاز مئات أخرى منهم في مبنى مديرية الجرائم، ثم نقلهم بعد ذلك إلى الساحات الترابية في داخل موقع القصور الرئاسية، وبدأ المسلحين المتواجدين بقتلهم رمياً بالرصاص بشكل جماعي من دون تمييز كون هؤلاء المدنيين ينتمون إلى فئة معينة من الشعب العراقي، وتم دفن جثثهم في تلك الساحات ورمي جثث أخرى في النهر..... ويذكر أيضاً المجرم المنفذ بحقه حكم الإعدام عن اشتراكه بجريمة معسكر سبايكر (م هـ ن) بأقواله المدونة قضائياً أمام الهيئة التحقيقية القضائية المختصة بالتحقيق في جريمة معسكر سبايكر (..... أنه قام مع افراد من تنظيم داعش الذي ينتمي إليه ومسلحين من العشائر من أبناء تكريت بمحاصرة الجنود المغادرين لقاعدة سبايكر بملابسهم المدنية والمتوجهين إلى منازلهم..... حيث يذكر أنه تم محاصرة قسم منهم داخل أحياء مدينة تكريت والسيطرة عليهم وخطفهم ونقل مجموعة منهم بسيارات حمل مختلفة إلى منطقة صحراوية خلف قاعدة سبايكر ليتم قتلهم بإطلاق النار عليهم بشكل جماعي، وتم دفنهم بشكل جماعي..... ويذكر المجرم أعلاه ان عدد المجنى عليهم اللذين اشترك بقتلهم مع بقية المسلحين يصل إلى أكثر من (٧٠٠) سبعمائة مجنى عليه واللذين كانوا في حينها مدنيين عزل.....

مما ورد في افادات المجرمين أعلاه تبين لنا ارتكاب الجناة لأكثر من فعل من الأفعال المحددة بالفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهي (... القتل – الإبادة

– السـجن والحرمـان من الحرية البدنية (قبـل مباشرة فعل القتل)- نقلهم قـسراً من الوجهة التي يرغبـون الوصـول إليهـا إلى مكان آخـر تم احتجازهـم وقتلهم فيه فيمـا بعد) وبذلـك تعد جريمة سبايكر جريمة ضد الإنسـانية من هذا الجانب.

ثانيـاً: أن ترتكـب تلك الأفعال ضمن هجوم واسـع النطاق أو منهجـي موجه ضد مجموعة من السـكان المدنيين وعن علم بهذا الهجوم.

إن جريمة سبايكر ارتكبت في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجي وهذا الأمر واضح في افادات الكثـير مـن المجرمـين المنفذ بحقهـم حكم الاعدام عن اشـتراكهم في الجريمة أعـلاه، إذ ورد في إفادة المجرم (أ ف ح) وهو شقيق زوجة الإرهابي أبو بكر البغدادي المدونة قضائياً (..... بعد أن تم خطف الآلاف من الجنود الذين خرجوا مرتدين لملابسهم المدنية من قاعدة سبايكر وهم متوجهين في طريق العودة إلى محافظاتهم ونقلهم إلى موقع القصور الرئاسية في مدينة تكريت صدرت الأوامر من والي صلاح الدين لتنظيم (داعش) المدعو (وسام عبد زيد المكنى أبو نبيل) بقتل الجنود ودفنهم في قبور جماعية ورمي قسـم من جثثهم في النهر بناءً على حكم أصدره الحاكم الشرعي للتنظيم المكنى (أبو عبدالهادي) كون هؤلاء المجنى عليهم يرفضون فكر تنظيم داعش الإرهابي.....)

وجـاء باعـتراف المجرم المنفذ بحقه حكم الاعدام عن اشـتراكه في جريمة سـبايكر (ح ع أ) وهو ينتمـي إلى التنظيمـات الارهابية منذ عـام ٢٠٠٣ ونفذ العديد من العمليـات الإرهابية أنه (..... قبل سـيطرة تنظيـم داعش الإرهابي على محافظة صلاح الدين طلب منه شـقيقه المتهـم الهارب المكنى (الشيخ لقين) المتواجد في تركيا أن يلتحق بصفوف تنظيم داعش في محافظة صلاح الدين وأنه بعد أن سـيطر التنظيـم على مدينة تكريت وبعد أن تم اختطـاف الآلاف من الجنود الخارجين من قاعدة سـبايكر تم تجميعهم في موقع القصور الرئاسـية وأن عملية اختطافهم ومن ثم قتلهم كان مخططاً لهـا حيـث ذكر المجـرم المذكور أعـلاه..... أن نقاشـا دار بين الوالي العسـكري للتنظيـم (أبو نبيل) والحاكـم الشرعي للتنظيم حول كيفية التصرف بهـؤلاء الجنود وإن الحاكم الشرعي للتنظيم أصدر حكمه بأن يتم قتلهم فتم قتل المئات منهم في اليوم الأول واسـتمر القتل لثلاثة أيام، وتم رمي جثث بعضهم في النهر ودفن جثث أخرى بقبور جماعية في الساحات الترابية لموقع القصور الرئاسية.....)

وممـا ورد أعـلاه يظهر لنا جلياً ان هذه الجريمة تمت على أسـاس منهجي وواسـع النطاق ضد كل مـن يرفـض فكر التنظيم الإرهاب (داعـش) وكان موجهاً ضد مجموعة مـن المدنيين من مكون محـدد مـن العراقيين وبقصد جنائي مشـترك تعاصر زمانياً ومكانياً لجميع المجرمين المشـتركين في هـذه الجريمـة وأنه لا يمكن القول بانتفاء صفة المدنيين عن الضحايـا كونهم من الجنود الخارجين

من قاعدة سـبايكر لأن الضحايا وبمجرد مغادرتهم لقاعدة سبايكر وارتدائهم الملابس المدنية وكان أقـصى آمالهـم الوصـول إلى ذويهم فقـد أصبحوا من المدنيين العـزل وبالتالي انطبـاق كافة الأركان الخاصة للجريمة ضد الإنسـانية المنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأسـاسي للمحكمة الجنائية الدولية على جريمة سـبايكر.

إن المجرمـين الذيـن ارتكبـوا هذه الجريمة البشـعة التي يندى لهـا الجبين لم يكتفـوا بالتنكيل بالمجنى عليهم وقتلهم واخفاء جثثهم، بل عمدوا إلى تصوير عمليات الخطف والتنكيل والقتل البشع ونشرها على مواقع التواصل الاجتماعي على الأنترنيت تأكيداً لما فعلوه بهذه الفئة من المدنيين العزل معترفـين بهذه الجريمة ضد الإنسـانية ومتفاخريـن بها فمن خلال نشرهم لمشـاهد القتل والتنكيل بالمجنى عليهم وما رافقها من حديث في تلك المشـاهد بين المجرمين والمجنى عليهم، تسـببوا عمداً في معانـاة شـديدة وأذى نفسي خطير يلحق بالجسـم والصحة العقلية والنفسـية لـذوي المجنى عليهم فعندما تشـاهد الأم فلذة كبدها يقتل أمامها وعندما ترى الزوجة اللحظة التي تترمل فيها والشـقيق الذي يرى بعينيه شـقيقه مضرجاً بدمه وانقطعت به السـبل عن انجاده، إن ما ورد أعلاه بحد ذاته يشـكل جريمة ضد الإنسـانية نصت عليها الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأسـاسي للمحكمة الجنائية الدولية وهي (جريمة الأفعال اللاإنسـانية الأخرى التي تسـبب عمداً في معاناة شـديدة أو أذى خطير يلحق بالجسـم أو بالصحة العقلية أو البدنية) وكانت آثار مثل هذه الجريمة واضحة في قسـم من ذوي الضحايا، وهذا دليل آخر على منهجية وسـعة نطاق ارتكاب جريمة سبايكر كجريمة ضد الإنسانية.

الفرع الثاني : جدوى إجراءات المحكمة الجنائية الدولية بخصوص جريمة سبايكر

إن تخويـل دولـة العراق للمحكمة الجنائية الدولية من أجـل اتخاذ إجراءاتها بخصوص جريمة سـبايكر يثير العديد من السـلبيات يمكن أن تؤدي إلى عدم إنصاف ضحايا الجريمة، وفي مقابل ذلك فإن النظام الأسـاسي للمحكمة أحتوى كثيراً من الايجابيات التي تشـجع على الإسراع بإعلان قبول ممارسـة المحكمـة الجنائية الدولية لاختصاصها بخصوص هذه الجريمـة على فرض تنازل القضاء الوطنـي العراقي عن اختصاصه في هـذه الجريمة لصالح المحكمة الجنائية الدولية..

أولاً : السلبيات

يوجـه بعـض الباحثـين في القانون الدولي انتقادات عـدة إلى النظام الأسـاسي للمحكمة الجنائية الدوليـة، إذ أنهـم يـرون عمل المحكمة يتعارض مع مبدأ سـيادة الدولة عـلى إقليمها، فضلاً عن عدم شمول عقوباتها على الإعدام، فضلاً عن إن اختصاص مجلس الأمن في طلب أرجاء إجراءاتها سيكون

عائقـاً أمـام عملها، ومن ثم لا يمكن للمحكمـة أن تقوم باختصاصها على أكمل وجه في حال تكليفها بمحاكمة مرتكبي جريمة سبايكر.

١- أثر المحكمة على السيادة

يُعد مبدأ سـيادة الدول من المبادىء الأولى التي أرسـاها القانون الدولي، ويقصد به حرية الدول في تيسير شؤونها الداخلية والخارجية من دون تدخل اطراف أجنبية، ويُعد إدخال نظرية السيادة في المجال القانوني بداية لنشوء القانون المذكور، إذ كانت إرادة الدولة هي مصدر كل شيء في العلاقات الدولية ولا يرد عليها أي قيد، إلا أن تطور تلك العلاقات وظهور التنظيم الدولي رجح تقييد سـيادة الدولـة باحـترام قواعد القانون الـدولي بوصفها قواعد ملزمة تعلو على إرادة أي دولة[١]، إلا أن عمل المحكمة الجنائية الدولية لا يتعارض مع مبدأ السـيادة، لأن النظام الأسـاسي للمحكمة يعمل استناداً لمبـدأ التكامـل[٢]، الذي يقصـد به عدم اختصاص المحكمـة في نظر قضية معينة في حـال ان القضاء الوطني للدولة الطرف في ذات النظام قد انعقد في نظر القضية ذاتها[٣]، ولا يهدف مبدأ التكامل إلى اسـتبدال القضاء الوطني بقضاء المحكمة الجنائية الدولية، فليس للأخيرة ولاية قضائية للتحقيق في جريمة داخلة في اختصاصها إذا كان القضاء الوطني ينظر أو أراد النظر في تلك الجريمة إلا في حالات عدم القدرة أو عدم الرغبة بموجب المادة (١٧) من نظامها الأساسي.

٢- عدم شمول عقوبات المحكمة الجنائية الدولية على الإعدام

إن العقوبـات وفقـاً للنظام الأسـاسي للمحكمة الجنائيـة الدولية محددة على سـبيل الحصر بما ينسجم ومبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ومن ثم لا يمكن لقضاة المحكمة اعلاه فرض عقوبة لـم يـرد بها نص، إذ جاءت المادة (٧٧) مـن ذات النظام تحت عنوان «العقوبـات الواجبة التطبيق» وذكـرت العقوبات التـي يمكن فرضها من المحكمة بالآتي:

أ. السجن لعدد محدد من السنوات لمدة أقصاها ٣٠ سنة.

١- عامر محمد محمود السعيدي- السيادة وموقف الأمم المتحدة منها، دراسة في القضية العراقية- اطروحة دكتوراه- الجامعة المستنصرية- ٢٠٠٢- ص٩٩.

٢- نـص النظـام الأسـاسي للمحكمة الجنائيـة الدولية على مبدأ التكامـل في الفقرة (١٠) من ديباجـة قبولها (وإذ تؤكد المحكمة الجنائية الدولية المنشـأة بموجب هذا النظام الأسـاسي ستكون مكملة للولايات القضائية الجنائية الوطنية)، كما نصـت المـادة (١) من ذات النظام على أن (..... تكون المحكمة مكملـة للولايات القضائية الجنائية الوطنية....)

٣- خالـد عـكاب العبيدي- مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية – رسـالة ماجسـتير- كليـة القانون- جامعة بابل- ٢٠٠٤- ص١١.

ب. السجن مدى الحياة إذا كانت الجريمة خطيرة بشكل كبير.

ج. الغرامة وفقاً للقواعد الاجرائية وقواعد الاثبات للمحكمة.

د. مصادرة العائدات والممتلكات والأصول المتأتية بصورة مباشرة أو غير مباشرة من الجريمة، من دون أن يمس ذلك بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية.

إن الكثير من العراقيين ولاسيما من ذوي ضحايا جريمة سبايكر يرفضون تخويل المحكمة الجنائية الدولية لاتخاذ إجراءاتها بخصوص هذه الجريمة، بسبب عدم إدراج عقوبة الاعدام في نظامها الأساسي، الأمر الذي يعد إخلالاً بحقوق الضحايا، إذ لا يمكن إنصافهم إلا عبر الاقتصاص من الجناة.

٣- اختصاص مجلس الأمن في طلب الإرجاء

إن اختصاص طلب الإرجاء هو مكنة قانونية يجوز بموجبها لمجلس الأمن أن يطلب من المحكمة الجنائية الدولية عدم البدء أو المضي في اجراءات التحقيق أو المقاضاة لمقتضيات السلم والأمن الدوليين استناداً إلى المادة (١٦) من النظام الأساسي للمحكمة التي نصت على (لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الاساسي لمدة أثني عشر شهراً بناءً على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها)، إن منح مجلس الأمن واستناداً لما ورد في المادة (١٦/أعلاه سلطة تجديد طلب الارجاء من دون تقييده بعدد معين أمر منتقد، لأن ذلك يجعل المحكمة الجنائية الدولية تابعة بصورة واضحة الى المجلس، فطلبات تجديد الإرجاء المتكررة واللامتناهية تؤدي الى منع المحكمة بصورة دائمة من ممارسة إختصاصها ويؤدي في نهاية المطاف الى تراجع مسيرة العدالة بشكل عام[١]، مما له أثر سلبي مباشر على حقوق ضحايا جريمة سبايكر لان الهدف من تكليف المحكمة الجنائية الدولية بمحاكمة مرتكبي جريمة سبايكر على فرض تحقق ذلك هو تحقيق العدالة للضحايا عبر عدم السماح لمرتكبي هذه الجريمة بالإفلات من العقاب، فضلا عن ضمان حق الضحايا في جبر أضرارهم الناتجة عن هذه الجريمة وان طلبات الإرجاء أعلاه تؤدي إلى هدر تلك الحقوق جملة وتفصيلاً.

١-الطاهر مختار علي شنان – القانون الجنائي الدولي – الجزاءات الدولية – ط١ – دار الكتاب الجديد – بيروت ٢٠٠٠ – ص٢١٥.

ثانياً- الايجابيات

عـلى الرغـم من السـلبيات المتوقعة والتـي ذكرناها في حالة نظر قضية جريمة سـبايكر من قبل المحكمة الجنائية الدولية، إلا أن تكليفها في نظر جريمة سبايكر يضمن الكثير من الفوائد التي تساعد في القبـض عـلى مرتكبي الجريمة والاقتصاص منهم وإنصاف الضحايـا كإلزام الدول بالتعاون مع المحكمـة وعـدم اعتدادها بالحصانة، فضلاً عن شـمول نظامها الاسـاسي ضمانات عدة تكفل ضمان حقوق الضحايا.

١- إلزام الدول بالتعاون مع المحكمة

فرض النظام الأسـاسي للمحكمة التزام على الدول الأطراف فيه بالتعاون مع المحكمة لأغراض التحقيق والملاحقة القضائية للجرائم الواقعة في نطاق ولايتها القضائية، وذلك بموجب المادة (٨٦) منـه بقولهـا أن (تتعاون الدول الأطراف وفقاً لأحكام هذا النظام الأسـاسي تعاوناً تاماً مع المحكمة فيمـا تجريـه في إطـار اختصاص المحكمـة من تحقيقـات في الجرائم والمقاضاة عليهـا)، وتقوم تلك الدول بالاجراءات اللازمة بموجب قوانينها الداخلية لتحقيق جميع أشكال التعاون المنصوص عليها في البـاب التاسـع مـن ذات النظام، الأمر الذي يتتبـع بالضرورة قيامها بمراجعـة قوانينها الداخلية لتعديـل النصوص التي تكون عقبـة أمام تحقيق التعاون مع المحكمة[١].

وبموجـب الالتزام بالتعاون، تكون للمحكمة سـلطة تقديم الطلبات الخاصة بالتعاون إلى الدول الأطراف[٢]، التي تكون ملزمة بالمحافظة على سريتها وسرية المستندات المؤيدة لها، إلا قدر ما يكون كشفها ضرورياً لتنفيذها[٣].

وللمحكمـة بموجـب الفقـرة (٥) من المادة (٨٧) من نظامها الأسـاسي أن تدعو دولة غير طرف فيها لتقديم المسـاعدة، وذلك بموجب ترتيب خاص أو اتفاق تعقده المحكمة معها بهذا الشـأن.

وأوضح النظام الأساسي للمحكمة صوراً لتعاون الدول معها وهي:

أ. التعاون في القبض على الاشخاص وتقديمهم إلى المحكمة

يجـوز للمحكمـة الجنائية الدوليـة أن تقدم طلباً إلى أي دولة طرف في نظامها الأسـاسي تطلب فيه تعاون تلك الدولة للقبض على أي شـخص متهم بجريمة تدخل في اختصاصها إذا كان موجوداً

١- تنـص المـادة (٨٨) مـن النظام الأسـاسي للمحكمـة على (تكفل الـدول الأطراف إتاحـة الإجـراءات اللازمة بموجب قوانينهـا الوطنيـة لتحقيق جميع اشـكال التعـاون المنصوص عليهـا في هذا الباب)

٢- الفقرة (١/أ) من المادة (٨٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

٣- الفقرة (٣) من المادة (٨٧) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

عـلى إقليمها وتقديمه لها، وعلى تلك الدولة أن تمتثل لذلك[١].

ب. التعاون في تنفيذ القبض الاحتياطي

يجوز للمحكمة الجنائية الدولية في الحالات العاجلة أن تطلب من دولة ما القاء القبض احتياطياً على الشـخص المطلوب ريثما يتم ابلاغ طلب التقديم والمسـتندات المؤيدة للطلب[٢]. ويتضمن الطلب معلومات تصف الشـخص المطلوب بالقدر الكافي لتحديد هويته، كما يتضمن معلومات بشـأن المكان الـذي يحتمـل وجـوده فيه، وبيان موجـز بالجرائم التي يطلـب من أجلها القبض عليـه، وبالوقائع المدعـى أنهـا تشـكل تلك الجرائم بمـا في ذلك وقت الجريمـة ومكانها، كما يتضمـن بيان وجود أمر القبـض أو حكـم الإدانة ضده وأن طلب تقديمه سـوف يصل في وقت لاحق[٣].

ج. تحديد هوية ومكان وجود الأشخاص أو موقع الأشياء.

د. جمع وتقديم الأدلة اللازمة للمحكمة والمحافظة عليها.

هـ. استجواب المتهمين.

و. تسـهيل مثـول الشـهود والخبراء أمام المحكمة، وقـد تتمثل تلك التسـهيلات بإزالة متطلبات تذاكر السـفر (الفيزا) الباهظة للشـهود والخبراء والسـماح بالمرور الآمن لهم[٤].

ذ. النقـل المؤقـت للأشـخاص المتحفـظ عليهـم لأغراض تحديـد الهويـة أو للادلاء بشـهادة أو للحصـول على مسـاعدة أخرى.

ر. حماية الضحايا والشهود.

ز. ملاحقة وضبط العائدات والأدوات المتعلقة بالجريمة.

س. معاينة أماكن الجريمة بما في ذلك اخراج الجثث وفحص مواقع المقابر.

ش. توفير الوثائق والسجلات.

ص. تقديم أية وسيلة مساعدة لا تتنافى مع قانون الدولة المعنية.

نسـتخلص بما تقدم، ان النظام الأسـاسي للمحكمة يضمن تعاون الدول في القبض على مرتكبي جريمـة سـبايكر في حـال هروبهم خارج العـراق- على فرض نظـر الجريمة من المحكمـة الجنائية الدولية- وتلزم الدول بإزالة جميع الصعوبات التي تعيق مثول الشـهود والخبراء، كالفيزا وغيرها،

١- الفقرة (١) من المادة (٨٩) من النظام الأساسي للمحكمة.

٢- الفقرة (١) من المادة (٩٢) من النظام الأساسي للمحكمة.

٣- الفقرة (٢) من المادة (٩٢) من النظام الأساسي للمحكمة.

٤- إبراهيم سيد أحمد- نظرة في بعض آليات عمل المحكمة الجنائية الدولية- ط- المركز القومي للاصدارات القانونية- القاهرة- ٢٠١١- ص٢١٣.

فضـلاً عن توفير الحماية للضحايا والشـهود، والمحافظة عـلى الأدلة وتقديمها إلى المحكمة.

٢. ضمان حق الضحايا في اقرار العدالة

يقصد بمصطلح (العدالة) الانتصاف للضحايا عبر تعويضهم ومعاقبة الجاني[١]. ويسمى الحق في العدالـة أيضـاً بحـث التقاضي، فمن حق كل إنسـان ان تنظر قضيته محكمة عادلة مسـتقلة نظراً منصفـاً وعلنيـاً للفصل في حقوقه والتزاماته، ويعد هذا الحق مـن الحقوق الطبيعية للافراد التي لا يجوز المسـاس بها حتى من قبل دساتير الدول.

ونـص النظـام الأسـاسي للمحكمـة الجنائية الدوليـة على هذا الحـق عبر عدم السـماح لمرتكبي الجرائم الدولية الجسيمة بالافلات من العقاب، إذ جاء في الفقرة (٥) من ديباجته (وقد عقدت العزم على وضع حد لافلات مرتكبي هذه الجرائم من العقاب. وعلى الاسهام بالتالي في منع هذه الجرائم).

فضلاً عن ضمان حق الضحايا في جبر أضرارهم الناتجة عن الجريمة سـواء أكانت تلك الاضرار ماديـة أم معنويـة[٢]، إذ يكون للمحكمة الجنائية الدولية أن تصدر أمراً مباشراً ضد الشـخص المدان يتضمن تعويض الضحية ورد الحقوق.

وتنشأ جمعية الدول الأطراف ما يسمى بالصندوق الائتماني لضمان مصالح الضحايا وأسرهم في الجرائـم التـي تدخل في اختصاص المحكمة[٣]، وذلك في حال عدم مقدرة الشـخص المدان على دفع التعويـض فيمكـن للمحكمة أن تأمـر بتنفيذه عن طريق الصندوق المذكـور، وتقوم المحكمة بتقدير مقدار التعويض المسـتحق للشـخص على أسـاس فردي أو جماعي حسـب الأحوال أو بهما معاً، على أن تأخذ في الحسـبان نطاق ومدى أي ضرر أو خسـارة أو إصابة[٤].

نسـتخلص مما تقدم، إن النظام الأسـاسي للمحكمة الجنائية الدولية يكفل ضمان إجراء محاكمة عادلـة في حالـة ممارسـة المحكمة أعلاه لأختصاصها فيمـا يتعلق بجريمة سـبايكر عبر ضمان عدم افلات مرتكبي الجريمة من العقاب واتخاذها الاجراءات اللازمة لحفظ الأدلة وتعويض الضحايا عن

١- د. فوزية عبدالسـتار- حق المجنى عليه في تحريك الشـكوى- بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي في القاهرة بتاريخ (١٢-١٤) مارس لعام ١٩٨٩- دار النهضة العربية- القاهرة-٩٩٠- ص٨٥، كذلك أنظر د. جمال إبراهيم الحيدري- معايير العدالة في النظام القضائي الجنائي الدولي- ط١- مكتبة السـنهوري- بغداد- ٢٠١٢- ص٦.

٢- د. نبيـل محمـود حسـين- الحمايـة الجنائية لضحايا الجريمـة في القانون الـدولي الإنسـاني- دار الجامعة الجديدة للنـشر- الاسـكندرية- ٢٠٠٩- ص١٠٧.

٣- الفقرة (١) من المادة (٧٩) من النظام الأساسي للمحكمة.

٤- د. ضاري خليل محمود- المصدر السابق- ص٦.

الاضرار المادية والمعنوية التي لحقت بهم جراء الجريمة، ولكن ومع كل الايجابيات المشار إليها أعلاه وعلى فرض نظر قضية جريمة سبايكر من قبل المحكمة الجنائية الدولية يبقى عدم اقرار نظامها الاساسي لعقوبة الاعدام بحق الجناة عائقاً ومانعاً لتخويل ذوي ضحايا جريمة سبايكر للمحكمة الجنائية الدولية لأتخاذ إجراءاتها بخصوص هذه الجريمة، لأن ذلك الأمر يعتبر هدراً حقيقياً لدماء الضحايا التي سفكت على أيادي أعتى المجرمين بارتكابهم أبشع جريمة ضد الإنسانية في العصر الحديث.

الفرع الثالث : موقف القضاء العراقي من جريمة سبايكر

تبين لنا مما سبق ذكره في الفرعين الأول والثاني إن جريمة سبايكر يمكن أن تصنف ضمن الجرائم ضد الإنسانية التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية استناداً إلى الفقرة (١) من المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة أعلاه، إذ أن عصابات (داعش) في هذه الجريمة قامت بخطف وقتل وإبادة وأخفاء ونقل قسري لأكثر من (٣٠٠٠) شخص من أفراد الجيش العراقي من التابعين لمكون معين من المجتمع العراقي بهدف القضاء على أفراده وبالتالي توفرت أكثر من صورة من صور الجريمة ضد الإنسانية في جريمة سبايكر، إلا أن القضاء العراقي كان موفقاً بنظر القضية استناداً لقانون مكافحة الإرهاب رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٥ ولم يطلب إحالتها إلى المحكمة الجنائية الدولية المختصة بالنظر في الجرائم ضد الإنسانية والتي لا ينعقد لها الاختصاص في نظر قضية معينة في حال إن القضاء الوطني أنعقد في نظر تلك القضية أو أراد النظر فيها، وكذلك فإن عدم نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على عقوبة الاعدام لمرتكبي مثل هذه الجريمة. وفي سبيل عدم افلات الجناة من القصاص العادل وهو اجتثاثهم من المجتمع وإنصافاً للدماء الزكية التي سالت على أرض بلادنا وإنصافاً لذوي الضحايا نظرت قضية جريمة سبايكر من المحكمة الجنائية المركزية وأصدرت قراراً عادلاً في القضية نظرته ودققته محكمة التمييز الاتحادية والتي قضت بما يلي (..... ولدى التأمل في أدلة القضية والوقائع التي رافقتها تبين أنه بتاريخ الحادث الموافق ٢٠١٤/٦/١٢ وبعد أن سيطرت المجاميع الإرهابية ما يعرف (بتنظيم داعش) على مركز محافظة صلاح الدين توجهت اعداد كبيرة منها إلى قاعدة سبايكر التابعة لوزارة الدفاع وعند خروج المجنى عليهم من القاعدة المذكورة وبملابسهم المدنية حاصرتهم تلك المجاميع الإرهابية وتحت تهديد السلاح قامت باختطافهم بواسطة عجلات متنوعة واقتيادهم إلى مجمع القصور الرئاسية في تكريت وقامت هذه المجاميع بتنفيذ عمليات قتل جماعية لهم ودفن جثث قسم منهم في ساحات ترابية داخل مجمع القصور والقاء قسم من الجثث في نهر دجلة المحاذي للقصور الرئاسية وهناك مجاميع أخرى تم قتلهم بأماكن أخرى من المحافظة حيث تم العثور والتعرف على جثث بعض المجنى عليهم في مقابر

جماعيـة أما القسـم الآخـر فلا يزال مصيرهم مجهـولاً إلى الآن..... وحيث ثبـت لهذه المحكمة ان المتهمـين ارتكبوا سـلوكاً إجرامياً لفعل جرمـه القانون وكان هذا الفعل نتيجة لسـلوكهم الإجرامي ووجهوا أرادتهم إلى ارتكابه هادفين إلى نتيجة الجريمة التي وقعت ألا وهي أزهاق روح إنسان حي عمـداً بتفكـير مصمم عليه في ارتكاب الجريمة قبل تنفيذها وموجه إلى أشـخاص غير معينين وحيث ثبـت ان سـلوك المتهمين كان ايجابياً وظهـر للعيان وكان المتهمين مدركين لاختيارهم هذا السـلوك وحيـث أن الركـن المـادي للجريمـة هو سـلوك المتهمين الخارجي الـذي نص القانون عـلى تجريمه وكل مـا دخـل في كيان الجريمة وله طبيعـة مادية تحكمها الحواس وقد اتحـدت عناصره بالنتيجة الضارة والعلاقة السـببية بين ذلك السـلوك والنتيجة وحيث ان النشـاط المادي الخارجي الذي قام بـه المتهمـين ألا وهو ارتكاب فعـل جرمه القانون وبالتالي فإن الجريمة قد تحققت بتحقق السـلوك ألا وهـي جريمـة قتل المجنى عليهم وإزهاق أرواحهم وحيـث أن المتهمين قاموا بقتل مجموعة أفراد واهلاكهـم كلياً بقصد تدميرهم مـن قبل مجموعة بادئة ومخططة قصدت بصفة خاصة أحداث تلك النتيجة التدميرية وبالتالي فإن المسـؤولية الجنائية تكون متحققة بهؤلاء وحيث ان المتهمين ارتكبوا جريمتهم ضمن هجوم منهجي واسع النطاق وهم على علم بهذا الهجوم وحيث أن الأفعال الجرمية قام بها مجموعة منظمة من الإرهابيين استهدفت مجموعة من الأفراد بغية الاخلال بالوضع الأمني والاسـتقرار والوحـدة الوطنية وإدخال الرعب والخوف والفزع بـين الناس وإثارة الفوضى تحقيقاً لغايـات إرهابيـة فتكون الأدلة كافية ومقنعة لتجريمهم وفق مـادة التهمة وتحديد عقوبة كل واحد منهـم بمقتضاهـا ويكون قـرار محكمة الجنايات المركزيـة بتجريمهم والحكم عـلى كل واحد منهم بالأعدام شنقاً حتى الموت صحيحاً وموافقاً للقانون حيث ان عقوبة الإعدام شنقاً حتى الموت المقضي بها على المجرمين جاءت مناسبة لما اقترفوه من فعل إجرامي بحق المجنى عليهم وغدرهم والذين كان جـل عملهـم الدفاع عن أرض الوطن وحمايته وأن الجريمة وطريقة تنفيذها إن دلت على شيء فإنما تدل على وحشـية مرتكبيها وقسـوتهم والنزعة الإجرامية التي يحملونها دون وازع من ضمير بحق الابريـاء مـن افراد الجيـش العراقي لذا قرر تصديق قرار التجريم والحكم بالنسـبة لكافة المجرمين المحكومين.....)[١]

١- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية- العدد ٧٥٤/ الهيئة الموسـعة الجزائية / ٢٠١٦ في ٢٠١٦/٧/٣١- ص١١ و١٢و ١٣ من القرار- غير منشور.

الخاتمة

الجريمة فعل محرم يتعدى على مصلحة يشملها القانون بالحماية، فهي لم تكن يوماً حدثاً مفاجئاً، إذ شهدت البشرية منذ فجرها الأول صوراً لأبشع الجرائم والانتهاكات لقواعد حقوق الإنسان وظهرت العديد من أنماط الجرائم الخطيرة ومن بينها الجرائم ضد الإنسانية، وتسعى دول العالم على اختلاف قوتها أو مكانتها، سعياً حثيثاً إلى الظهور بمظهر من يحترم القانون الدولي ويمتثل لأحكامه، كأنها تحاول إقرار العدالة الدولية والحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، وقد حاولت ذلك عن طريق الهيئات الدولية المختلفة التي تم إنشائها، لكن تأكدنا ان شعار ومنظومة العدالة الجنائية الدولية التي يسعى إليها المجتمع الدولي لن تكتمل بالقواعد والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، أو بإنشاء محاكم اقليمية. فقواعد القانون الدولي تحتاج إلى وجود محكمة جنائية دولية تقوم بتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني ومحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية، وقد أنشأت المحكمة الجنائية الدولية وفقاً للنظام الأساسي لاتفاقية روما لسنة ١٩٩٨ وهو الحلم الذي راود الحقوقيين والقانونيين في العالم منذ عام ١٩٤٨... وبعد أن انتهينا والحمد لله من استعراض موضوع بحثي الموسوم (الجرائم ضد الإنسانية- سبايكر أنموذجاً) توصلت إلى جملة من الاستنتاجات فضلاً عن مقترحات تعد ثمرة لهذا البحث وجهدي المتواضع في انجازه وهي كالآتي.

الاستنتاجات

١. أن الاهتمام الكبير الذي أولاه مشرعو وشراح القانون الدولي الإنساني لتطوير مفهوم الجرائم ضد الإنسانية يعود لخطورتها وانتشارها مؤخراً في كثير من بلدان العالم، لما خلفته من دمار وكوارث أصابت البشرية وهزت الضمير الإنساني.

٢. أن المحاكمات التي جرت بعد الحرب العالمية والمحاكمات التي أقيمت لمجرمي الحرب في رواندا ويوغسلافيا السابقة كان دافعاً قوياً لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة بهدف الحد من الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان والتي ترتكب وقت السلم أو الحرب.

٣. أن تعريف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للجرائم ضد الإنسانية جاء واسعاً يشمل اغلب الجرائم وأكثرها خطورة ووفقاً للمادة (٧) فقرة (١) منها وفي ذات الاتجاه عرف المشرع العراقي الجرائم ضد الإنسانية في المادة (١٢/أولاً) من قانون المحكمة

الجنائيـة العراقيـة العليا رقم (١٠) لسـنة ٢٠٠٥، بأنها أياً من الأفعـال الآتية متى ارتكب في إطـار هجـوم واسـع النطـاق أو منهجـي موجه ضد أيـة مجموعة من السـكان المدنيين وعن علم بهذا الهجوم... القتل العمد، الإبادة، الاسـترقاق، إبعاد السـكان أو النقل القسري للسكان، السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي، التعذيب، الاغتصاب، الاستبعاد الجنسي، الإكراه على البغاء، الحمل القسري، الاضطهاد، الإخفاء القسري للأشـخاص، الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تسـبب عمداً في معاناة شـديدة أو أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.

٤. وجود تشـابه تام بين أحكام المادة (٧/ ١ و٢) من نظام المحكمة الجنائية الدولية واحكام المادة (١٢/ أولاً وثانياً) من قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٥، باستثناء جريمة الفصل العنصري فإنها لم ترد في احكام قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا، وان أوجه الاختلاف بينهما أن نظام المحكمة الجنائية الدولية حدد عقوبات للجرائم الداخلة في اختصاصه في حين ان قانون المحكمة الجنائية العراقي العليا لم يحدد العقوبات للجرائـم الداخلـة في اختصاص المحكمة، بل أحال ذلك للقوانين العقابية المنصوص عليها في أحكام المادة (١٧/ أولاً وثانياً) والمادة (٢٤/ أولاً وخامساً) من قانون المحكمة وهي قانون العقوبات البغدادي لسنة ١٩١٩ وقانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ وقانون العقوبات العسكري رقم ٣ لسنة ١٩٤٠ وغيرها من القوانين.

٥. الركـن المادي للجريمة ضد الإنسـانية يقوم على مجموعة مـن الأفعال الخطرة التي تصيب إحدى المصالح الجوهرية للإنسان متى تم ارتكاب تلك الأفعال في إطار هجوم واسع النطاق أو منهجـي موجـه ضـد أي مجموعة من السـكان المدنيين، وان الجريمـة التي ترتكب ضد شـخص واحد تعد جريمة ضد الإنسـانية إذا كان ارتكابها في إطار هجوم واسع النطاق أو كجزء من ذلك الهجوم وبشكل منهجي.

٦. يتمثل الركن المعنوي للجرائم ضد الإنسانية في ذلك الجانب الشخصي ويتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي، والقصد الجنائي الذي يجب أن تقوم عليه هو القصد الجنائي الخاص إلى جانب القصد العام.

٧. يتحقق الركن الدولي في الجرائم ضد الإنسانية إذا تمت بناءاً على خطة مرسومة من جانب دولة ضد أخرى أو ضد جماعة بشرية ذات عقيدة معينة، ولو كانت تتمتع بنفس جنسية الدولة، إذ يستوي أن تكون تلك الجماعة تحمل جنسية الدولة أو لا تحمل تلك الجنسية، فالمجنى عليه في تلك الجريمة يستوي أن يكون وطنياً أو اجنبياً.

٨. تتخذ الجرائم ضد الإنسانية صورتين رئيستين، وتتفرع من كل صورة منها عدة صور وأنماط مختلفة، الصورة الأولى هي الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية وتتخذ هذه الصورة عدة صور فرعية وهي القتل العمد وجريمة الإبادة والتعذيب وجرائم العنف الجنسي والتي تتفرع إلى جرائم الاغتصاب والاستعباد الجنسي، وأما الصورة الرئيسية الثانية فتتخذ عدة صور فرعية وهي جريمة الاسترقاق وجريمة إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان وجريمة السجن والحرمان من الحرية الشخصية وجريمة الاخفاء القسري للأشخاص وجريمة الاضطهاد وجريمة الأفعال اللاإنسانية الأخرى.

٩. توصلنا إلى حقيقة انطباق الأركان الخاصة للجريمة ضد الإنسانية على جريمة سبايكر من خلال الاعترافات المفصلة للمجرمين المنفذ بحقهم حكم الاعدام عن اشتراكهم في الجريمة اعلاه، فضلاً عن توافر معظم صور الجرائم ضد الإنسانية في جريمة سبايكر والمتمثلة (بالقتل العمد وإخفاء الجثث- الإبادة – السجن والحرمان من الحرية البدنية (قبل مباشرة فعل القتل)- نقلهم قسراً من الوجهة التي يرغبون الوصول إليها إلى مكان آخر تم احتجازهم وقتلهم فيه فيما بعد، فضلاً عن خلق صورة أخرى للجريمة ضد الإنسانية من خلال تصوير عمليات الخطف والتنكيل بالمجنى عليهم وقتلهم وبث تلك المشاهد ونشرها على مواقع التواصل الاجتماعي وبذلك تسببوا عمداً في معاناة شديدة وأذى نفسي خطير يلحق بالجسم والصحة العقلية والنفسية لذوي المجنى عليهم وهذه الصورة هي (جريمة الأفعال اللاإنسانية الأخرى...) وكانت آثارها واضحة بشكل كبير على قسم من ذوي الضحايا وبذلك تعد جريمة سبايكر جريمة ضد الإنسانية من جميع جوانبها.

١٠. سلطة مجلس الأمن بخصوص الإحالة للمحكمة الجنائية الدولية، وكذلك السلطة المتاحة للمجلس في طلب الارجاء المتكرر يشكك في ثقة الدول، نحو المحكمة، وبالتالي يُعد عائقاً ونقطة سلبية تمنع إحالة قضية جريمة سبايكر للمحكمة الجنائية الدولية لأن ذلك يؤدي

بطريقـة أو بأخرى إلى هـدر دماء الضحايا والأضرار بذويهم.

١١. أن عـدم الأخـذ بعقوبة الإعدام عن الجرائم المرتكبة ضد الإنسـانية وفقاً للعقوبات المقررة لهـا في النظـام الأسـاسي للمحكمة الجنائية الدولية لا يتناسـب مع خطـورة بعض الجرائم كالإبـادة والقتـل والترحيل القـسري، وبذلك فأنه لا جدوى من قبـول إحالة قضية جريمة معسكر سبايكر للمحكمة أعلاه لعدم تمكنها من انصاف الضحايا مع استمرار عدم إقرارها لعقوبـة الاعـدام لأن القصاص من المجرمين الذين نفذوا هذه الجريمة النكراء، هو السـبيل الوحيد لإحقاق الحق وجبر خواطر ذوي المجنى عليهم، مما يدل يقيناً إن التشريع الجنائي الإسـلامي كان أكثر جدية وعمقاً في الحد من الجرائم ضد الإنسـانية.

١٢. أن هنـاك بعـض الايجابيات في حال نظر قضية جريمة سـبايكر من قبـل المحكمة الجنائية الدوليـة وعلى فرض قبول القضاء الوطني العراقي التنازل عن اختصاصه لصالح المحكمة اعلاه وتتمثل النقاط الايجابية في تعاون الدول مع المحكمة اعلاه في تسليم المجرمين والقبض عليهم احتياطاً وتذليل كافة الصعوبات بهذا الصدد وتحديد هوية ومكان وجود الأشخاص أو موقـع الأشـياء وجمـع وتقديم الأدلـة اللازمة للمحكمـة والمحافظة عليها واسـتجواب المتهمين وتسهيل مثول الشهود والخبراء أمام المحكمة وحماية الضحايا والشهود وملاحقة وضبـط العائـدات والأدوات المتعلقة بالجريمة ومعاينة أماكـن الجريمة بما في ذلك إخراج الجثـث وفحـص مواقع المقابـر، فضلاً عن إمكانيـة تعويض ذوي الضحايـا في حالة عجز الجنـاة عـن التعويض وذلك لوجود الصندوق الائتمانـي المنصوص عليه في قانون المحكمة الجنائيـة الدوليـة. وبالرغم من كل الايجابيات المشـار إليها أعلاه يبقى عـدم إقرار النظام الاسـاسي للمحكمة الجنائية الدولية لعقوبة الإعدام بحق الجناة عائقاً ومانعاً لتخويل ذوي ضحايا جريمة سبايكر للمحكمة أعلاه لاتخاذ إجراءاتها بخصوص هذه الجريمة لما يترتب عليـه من هدر حقيقي لدماء الضحايا.

المقترحات

١. منـع أي دولـة أن تعقـد إتفاقاً مع أي دولـة أخرى يقضي بعدم تسـليم المجرمين للمحكمة الجنائية الدولية، كما هو الحال بالنسـبة للولايات المتحدة الامريكية التي عقدت العديد من الاتفاقيات مع الدول بعدم تسليم المجرمين الأمريكان للمحكمة الجنائية الدولية، ويجب هنا الـزام الـدول غير الاطراف بالتعاون مع المحكمة دون الحاجة إلى عقد اتفاق معها.

٢. الأخذ بنظر الحسبان حق الاشخاص الذين يتعرضون لجرائم ضد الإنسانية لإقامة دعواهم أمام المحكمة الجنائية الدولية وكفالة حقهم في ذلك.

٣. ضرورة احـترام القوانين الجنائية والمحاكم الوطنية لمعالجة القضايا المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية.

٤. أن جريمـة الأفعـال اللاإنسـانية الأخـرى ذات الطابع المماثل التي تسـبب عمـداً في معاناة شـديدة أو في أذى خطـير يلحق بالجسـم أو الصحة العقليـة أو البدنية، المنصوص عليها في المـادة ١٢ مـن قانون المحكمة الجنائيـة العراقية العليا فقرة (أولاً/ ي) مقتبسـة من نص المادة (١/٧) من نظام المحكمة الجنائية الدولية وهذه العبارة تصطدم مع مبدأ المشروعية، وهـو لا جريمة إلا بنص ويفتح الباب واسـعاً للقضاء لاختـلاق جرائم غير واردة، وبالتالي يجـب تحديـد الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة وعقوباتها بشـكل واضح وصريح.

٥. اسـتناداً لمبـدأ المشروعيـة (لا جريمة ولا عقوبـة إلا بنص) كان واجباً عـلى المشرع العراقي وضع عقوبات للجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية العراقية العليا وعدم اكتفائه باحالتها إلى القوانين العقابية الأخرى، فلابد أن يكون لكل قانون يحدد الجرائم الداخلة في اختصاصه نصوص عقابية.

٦. أن الاقتبـاس الحـرفي لمـا ورد بنـص المـادة (١/٧) مـن نظـام المحكمـة الجنائيـة الدولية وتضمينهـا في المـادة (١٢/ أولاً) مـن قانـون المحكمـة الجنائية العراقية العليـا رقم (١٠) لسـنة ٢٠٠٥ أدى إلى التطـرق لجرائم منصوص عليهـا وعلى عقوباتها وفقاً لأحكام قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، فلا موجب للنص عليها مجدداً لأن المشرع العراقي كان موفقاً بالنص عليها في احكام قانون العقوبات العراقي أكثر مما ورد في قانون المحكمة الجنائية الدولية.

٧. في سبيل اعلان العراق قبوله في ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها فيما يتعلق بجريمة سبايكر، يجب أن تضمن المحكمة اعلاه حقوق الضحايا في الاقتصاص من مرتكبي الجريمة عن طريق تعديل الفقرة (١) من المادة (٧٧) من نظامها الأساسي بشكل يضيف عقوبة الاعدام بدلاً عن عقوبة السجن مدى الحياة وبما يتلاءم مع قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٥، ولا يمكن أن يوصف الاعدام بالعقوبة الانتقامية، لأنه يحقق وظيفة الردع وكذلك المساواة والعدالة بواسطة القصاص، فضلاً عن أنه من جنس عمل المجرم، فعقوبة السجن مدى الحياة لا يمكن أن ترضي ذوي ضحايا جريمة سبايكر مما يشجعهم على الاعمال الانتقامية.

٨. في سبيل الحد من صلاحية مجلس الأمن في تحديد طلبات الارجاء وتكرارها، نعتقد بضرورة تقييد هذه الصلاحية بمرة واحدة فقط عن ذات الحالة المطلوب الإرجاء عنها وأبعاده عن التسويف والمماطلة الهادفة إلى إجهاض إجراءات المحكمة الجنائية الدولية، فضلاً عن ضمان الحفاظ على الأدلة وفي كل الأحوال لا يوجد مبرر مقنع أو أي مصلحة لأعضاء مجلس الأمن في إصدار قرار يطلب فيه من المحكمة إرجاء إجراءاتها بخصوص مرتكبي جريمة سبايكر على فرض قبول ذوي الضحايا لتخويل المحكمة أعلاه لممارسة صلاحيتها في القضية وعلى فرض قبول القضاء الوطني العراقي التنازل عن اختصاصه لصالح المحكمة الجنائية الدولية في نظر القضية أعلاه.

المصادر

- القرآن الكريم
- الكتب والبحوث والدراسات

١. إبراهيم سيد أحمد- نظرة في بعض آليات عمل المحكمة الجنائية الدولية- ط- المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة- ٢٠١١.

٢. أحمد عبدالله – دارفور – الجوانب القانونية في قرار مجلس الأمن رقم (١٠٠٣) – المحكمة الدستورية – الخرطوم – السودان – د،ط ٢٠٠٥.

٣. جمال إبراهيم الحيدري- معايير العدالة في النظام القضائي الجنائي الدولي- ط١- مكتبة السنهوري- بغداد- ٢٠١٢.

٤. حسن سعيد عبداللطيف- الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية- دار النهضة-٩٩٩.

٥. حسنين إبراهيم صالح عبيد، القضاء الدولي الجنائي– تأريخه، تطبيقه، مشروعاته، الطبعة الاولى، القاهرة، ١٩٧٧، دار النهضة العربية.

٦. حومد عبد الوهاب- الإجرام الدولي –مطبوعات جامعة الكويت –ط١-١٩٧٦.

٧. خالد عكاب العبيدي- مبدأ التكامل في المحكمة الجنائية الدولية – رسالة ماجستير- كلية القانون- جامعة بابل- ٢٠٠٤.

٨. خالد مصطفى فهمي – المحكمة الجنائية الدولية – النظام الأساسي للمحكمة والمحاكمات السابقة والجرائم التي تختص المحكمة بنظرها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠٠١.

٩. زوليخة التيجاني– المحاكم الجنائية المركزية– المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية – العدد-٤-٢٠٠٨.

١٠. زياد عتاني، المحكمة الجنائية الدولية وتطور القانون الدولي الجنائي- منشورات دار الحلبي الحقوقية- بيروت-٢٠٠٩.

١١. سالم عبد سليمان– أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية– دار الجماهير–عمان-٢٠٠٢.

١٢. سلوان علي الكسار، اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالنظر في الجرائم ضد الإنسانية - دار آمنة للنشر والتوزيع- عمان -٢٠١٤.

١٣. سليمان عبد الله سليمان- الأزمة الراهنة للعدالة الجنائية الدولية- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصاد والسياسة – الجزء الثالث – العدد الاول – مارس ١٩٨٦.
١٤. سليمان عبدالمنعم- النظرية العامة لقانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،٢٠١٤.
١٥. سهيل حسن الفتلاوي وعماد محمد ربيع- موسوعة في القانون الدولي الإنساني، طبعة اولى، دار الثقافة، الأردن، سنة ٢٠٠٧.
١٦. سوسن تمر خان بكه – الجرائم ضد الإنسانية في ضوء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – الطبعة الأولى.
١٧. السيد ابو عطيه، الاجراءات الدولية بين النظرية والتطبيق، مؤسسة الثقافة، الاسكندرية، مصر،٢٠٠١.
١٨. السيد رشاد يوسف عارف- المسؤولية الدولية عن أضرار الحروب الإسرائيلية – دار الفرقان-عام ١٩٩٤.
١٩. صافي يوسف محمد،الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الدولية – دار النهضة العربية،٢٠٠٢.
٢٠. ضاري خليل محمود - المحكمة الجنائية الدولية- منشأة المعارف- الإسكندرية- ٢٠٠٨.
٢١. الطاهر مختار علي شنان- القانون الجنائي الدولي – الجزاءات الدولية – ط١ – دار الكتاب الجديد- بيروت ٢٠٠٠.
٢٢. عامر محمد محمود السعيدي- السيادة وموقف الأمم المتحدة منها، دراسة في القضية العراقية- اطروحة دكتوراه- الجامعة المستنصرية-٢٠٠٢.
٢٣. عبد القادر البقيرات- الجرائم ضد الإنسانية على ضوء القانون الدولي الجنائي والقوانين الوطنية ديوان المطبوعات الجامعية – الجزائر-٢٠١٠.
٢٤. عبد المنعم عبد الغني محمد- الجرائم الدولية في القانون الدولي الجنائي-دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية ٢٠٠٧.
٢٥. عبد الواحد محمد الفار- الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها - دار النهضة العربية- القاهرة ١٩٩٦.
٢٦. علي حسين الخلف، الدكتور سلطان عبد القادر الشاوي، المبادىء العامة في قانون العقوبات، الناشر العاتك لصناعة الكتب- القاهرة – توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
٢٧. علي صادق أبو الهيف- القانون الدولي العام- منشأة المعارف- مصر- الإسكندرية-١٩٨٧.

٢٨. علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢ م.

٢٩. علي عبدالقادر القهوجي- القانون الدولي الجنائي- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠١م .

٣٠. عمر محمود المخزومي- القانون الدولي الإنساني في ضوء الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع- القاهرة ٢٠٠٨.

٣١. فوزية عبدالستار- حق المجنى عليه في تحريك الشكوى- بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي في القاهرة - دار النهضة العربية- القاهرة-٩٨٩.

٣٢. لمياء ديلمي-الجرائم ضد الإنسانية -(مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي)- كلية الحقوق- جامعة مولود معمري- تيزي وزو-٢٠١٠.

٣٣. لنده معمر شيوي، المحكمة الجنائية الدولية واختصاصاتها- دار الثقافة- الأردن ٢٠١٠.

٣٤. محمد شريف بسيوني- وثائق المحكمة الجنائية الدولية- دار الشروق- القاهرة- مصر- ط١- ٢٠٠٥م.

٣٥. محمد عبدالقادر أحمد- مأساة البوسنة والهرسك- مكتبة النهضة المصرية- القاهرة.

٣٦. محمد عبدالمنعم عبدالخالق، الجرائم الدولية – دراسة تأصلية للجرائم ضد الإنسانية والسلام وجرائم الحرب، دار النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٨٩.

٣٧. محمود شريف بسيوني، التجريم في القانون الدولي وحماية حقوق الإنسان، دار العلم للملايين، لبنان، ١٩٩٨.

٣٨. محمود شريف بسيوني- المحكمة الجنائية الدولة نشأتها ونظامها الأساسي- مطابع روز يوسف الجديدة- القاهرة- ٢٠٠٢.

٣٩. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩- ١٩٦٠.

٤٠. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٩-٩٦٠.

٤١. المستشار الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي- المحكمة الجنائية الدولية -دراسة متخصصة في القانون الجنائي الدولي- النظرية العامة للجريمة الجنائية الدولية – نظرية الاختصاص القضائي للمحكمة- دار الكتب القانونية – مصر – المحلة الكبرى.

٤٢. منتصر سعيد حمودة- المحكمة الجنائية الدولية – دار الجامعة الجديدة –

الإســـكندرية-٢٠٠٦.

٤٣. نبيل محمود حســين- الحماية الجنائية لضحايا الجريمة في القانون الدولي الإنســاني- دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية- ٢٠٠٩.

٤٤. نصــار وليــم نجيب جــورج – مفهــوم الجرائم ضد الإنســانية في القانون الــدولي – مركز دراســات الوحــدة العربية – بيروت – لبنــان – ٢٠٠٨.

- **القوانين العراقية**

١. قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

٢. قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ وتعديلاته.

٣. قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥.

- **القوانين والنظم والإعلانات والقرارات الدولية**

١. القانون رقم (١٠) بشأن معاقبة الاشخاص المرتكبين لجرائم الحرب والجرائم ضد السلام لسنة ١٩٤٥.

٢. مسودة لجنة القانون الدولي الخاص حول تقنيين الجنايات ضد سلامة وأمن البشرية الذي أعدته سنة ١٩٩٦.

٣. النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في ١٧/تموز/١٩٩٨.

٤. العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياســية والمعتمد من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦/ كانون الأول/١٩٦٦.

٥. الإعلان العالمي لحقوق الإنســان والمعتمد بموجب قــرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢١٧/أ (د-٣) المــؤرخ ١٠/ كانون الأول/١٩٤٨.

٦. الاتفاقيــة الدولية لقمــع جريمة رد الفعل العنصري والمعاقبة عليها والصادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم ٣٠٦٨ والمؤرخ ٢٨/١١/١٩٧٣.

٧. قــرار الجمعية العامة رقــم ٢٨/٣٠٧٤ والمؤرخ ٣/١٢/١٩٧٣، مبــادئ التعاون الدولي في تعقــب واعتقال وتســليم ومعاقبة الأشــخاص المدانين بارتكاب جرائم حــرب وجرائم ضد الإنسانية.

- **القرارات التمييزية (غير المنشورة)**

١. قـرار محكمة التمييز الاتحادية – الهيئة التمييزيـة المختصة بنظر قضايا المحكمة الجنائية العراقيـة العليا :بالعدد (١٩/ جنائية عراقية عليا/٢٠١٧) في ٢٥/٤/٢٠١٧.

٢. قـرار محكمة التمييز الاتحادية – الهيئة التمييزيـة المختصة بنظر قضايا المحكمة الجنائية العراقيـة العليا :بالعدد (٨/ تمييزية/جنائية عراقية عليا/٢٠١٧) في ٢٠/٢/٢٠١٧.

٣. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة :بالعـدد (٧٥٤/الهيئـة الموسـعة الجزائيـة/٢٠١٦) في ٣١/٧/٢٠١٦.

٤. قـرار محكمة التمييز الاتحادية – الهيئة التمييزيـة المختصة بنظر قضايا المحكمة الجنائية العراقيـة العليا :بالعدد (٢٣/ تمييزية / جنائية عراقية عليا/٢٠١٥) في ١٠/٣/٢٠١٥.

٥. قـرار محكمـة التمييز الاتحادية – الهيئة التمييزية المختصة بنظر قضايا المحكمة الجنائية العراقية العليا :بالعدد (١٣/ تمييزية / جنائية عراقية عليا/٢٠١٤) في ١٩/٢/٢٠١٤.

٦. قـرار محكمة التمييز الاتحادية – الهيئة التمييزيـة المختصة بنظر قضايا المحكمة الجنائية العراقيـة العليا :بالعدد (٢٥/ تمييزية / جنائية عراقية عليا/٢٠١٤) في ٧/٤/٢٠١٤.

٧. قـرار الهيئـة التمييزيـة في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعـدد (٣٢/ت /٢٠١١) في ٢٣/٥/٢٠١١.

٨. قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعـدد (٣١/ ت /٢٠١١) في ٩/٦/٢٠١١.

٩. قـرار الهيئـة التمييزيـة في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعـدد (٥٧/ت /٢٠١١) في ٢٧/٧/٢٠١١.

١٠. قـرار الهيئـة التمييزية في المحكمـة الجنائية العراقيـة العليا :بالعـدد (٥٣/ت/٢٠١١) في ٨/٦/٢٠١١.

١١. قـرار الهيئـة التمييزيـة في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعـدد (١٧/ت /٢٠١١) في ٥/٦/٢٠١١.

١٢. ١٢- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٦٢/ت /٢٠١١) في ٨/٧/٢٠١١.

١٣. ١٣- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٣٨/ت /٢٠١١) في ١٩/٥/٢٠١١.

١٤. ١٤- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٤٤/ت /٢٠١١)

في ٢٠١١/٦/٢٩.

١٥. ١٥- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٦٠/ت /٢٠١١) في ٢٠١١/٧/٨.

١٦. ١٦- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٥٧/ت /٢٠١١) في ٢٠١١/٧/٢٧.

١٧. ١٧- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٣٧/ت /٢٠١١) في ٢٠١١/٦/٢٠.

١٨. ١٨- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٤٠/ت /٢٠١١) في ٢٠١١/٧/٦.

١٩. ١٩- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٦٢/ت /٢٠١١) في ٢٠١٠/٧/٨.

٢٠. ٢٠- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٢٤/ت /٢٠١١) في ٢٠٠٩/٩/٦.

٢١. ٢١- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (١١/ت /٢٠١١) في ٢٠٠٩/٥/٢٠.

٢٢. ٢٢- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٥٩/ت /٢٠١١) في ٢٠٠٧/٩/٤.

٢٣. ٢٣- قـرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائيـة العراقية العليا :بالعدد (٢٩/ت /٢٠١١) في ٢٠٠٦/١٢/٢٦.

احكام حبس المدين في القانون العراقي

القاضي محمد غالب هاشم فليح

المستخلص

إن حبس المدين هو إجراء أخذ به المُشرّع العراقي في قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل، وهو من جملة الوسائل التي يلجأ إليها الدائن للضغط على مدينه المماطل وحمله على الوفاء وذلك من خلال توافر الشروط التي استلزمها القانون وقد تم إيراده تحت عنوان (الإكراه البدني) وعلى الرغم من تحفظنا على التسمية لما فيها من إيلام، إلا أنه ومن جوانب عدة له فوائد اجتماعية واقتصادية جمة، فهو ضامن لاستقرار التعاملات التجارية والمدنية بين الأفراد على حدٍ سواء، وتنشيط اقتصاد البلاد، فكثير من المدينين لا يقوموا بالوفاء طوعاً واختياراً لولا وجود السلطة القضائية ثم الجهات التنفيذية إلى جانبها، وقد آثرنا بخصوص بحثنا الاعتماد على المنهجين التحليلي وكذا التطبيقي من خلال الاستشهاد بأهم المبادئ والقرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف في العراق بصفتها التمييزية وفق أحكام قانون التنفيذ العراقي ذي الرقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل.

Abstract

Provisions for the imprisonment of the debtor in Iraqi law

Judge Muhammad Ghaleb Hashem Falih

Imprisonment of the debtor is a procedure taken by the Iraqi legislator in the amended Execution Law No. (45) of 1980, and it is among the means that the creditor resorts to pressure the procrastinating debtor and force him to fulfill it, through the availability of the conditions required by the law, and it was included under the title (Coercion physical).

Despite our reservations about the title because of its pain, however, in many aspects, it has great social and economic benefits.

It is a guarantor of the stability of commercial and civil transactions between individuals alike, and the revitalization of the country's economy. Many debtors would not be willing to pay if it were not for the presence of the judiciary and then the executive authorities on their side.

In our research, we preferred to rely on the analytical as well as applied approaches by citing the most important principles and decisions issued by the courts of appeal in Iraq as discriminatory in accordance with the provisions of the Iraqi amended Execution Law No. (45) of 1980.

المقدمة :

الحمد لله الأوَّل قبل الإنشـاء والإحياء ، والآخِر بعد فناء الأشـياء ، العليم الذي لا ينسى مَن ذَكَره ولا ينقص مَن شَكَره ، ولا يخيب من دعاه ، ولا يقطع رجاء من رجاه .

تعـد المعامـلات المالية أصلا ثابتا في الحياة الأجتماعية وركيزة من ركائز وجودها واسـتمرارها وفي سـبيل دعمها وتسـهيلها وجعلها وسيلة للتيسير ومثار فائدة للفرد والمجتمع على حد سواء فقد تولت القوانين عموما ومنها قانون التنفيذ المعدل خصوصا تنظيم تلك العلاقة ، ومن نظرة فاحصة الى القوانـين المنظمـة للتنفيذ في العراق نجدها مرت بمراحل عديدة ففي العهد العثماني طبق قانون مايسمى بقانون الاجراء العثماني الى حين صدور قانون التنفيذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٧ والذي صدرت عليـه تعديـلات عـدة ، الى أن صدر قانون التنفيذ الحالي المعدل رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠ ومن تعديلاته قانـون التعديـل رقـم (١٣) لسـنة ٢٠١٩ [١]، والـذي يهدف بصفـة عامة الى صيانة حقـوق الدولة والمواطنين وتيسير اجراءات التنفيذ وتربية المواطنين على ثقافة التنفيذ الرضائي للأحكام القضائية والمحـررات التنفيذيـة واحترام سـيادة القانون ، والأسـس التي قام عليها هـذا القانون هي تحقيق التوازن بين مصلحة الدائـــن في الحصول على حقه المشروع وبين مصلحة المدين في أن لايؤخذ من أمواله أو يعتدى على حريته بلا وجه حق ، ومراعاة الأعتبارات الأنسانية والأجتماعية والأقتصادية ، وحيث انه ينشأ من تعامل الافراد في المجتمع روابط قانونية بينهم وبمقتضى هذه الروابط يكونون بموجبها ملزمين اما بالقيام بعمل أو الامتناع عنه ، ولهذه الروابـط القـــانونيـــة طـــرفان هما الـــــدائن ، وهو صاحـــب الحـــق ، والمديـــن وهـــــــو الشخص الملزم بالوفاء ، والأصل أن يقوم المدين بالوفاء طواعية وبمحض أرادته ولكن قد لا يحصل هذا من المدين ، والدائن لا يسمح له القانون من اقتضاء حقه بنفسـه لأنه لو أعطي هذا الحق ، لتعسـف في استحصال دينه لكن القانون رسم طريق للدائن يقتضي به حقه وهو اللجوء الى القضاء لحماية واثبات حقه ، ولا يكفي الالتجاء الى القضـاء لحمايـة الحـق واثباته بلا تمكين صاحب الحق مـن الانتفاع به ، فلا بد من وجود جهاز تنفيذي الى جانب سلطة القضاء تمكن الدائن من اقتضاء حقه حتى لو اقتضى الأمر أجبار المدين على تنفيـذ التزامه ، حيث تعتبر العملية التنفيذية هي الثمرة

الحقيقة من صدور الحكم القضائي والغاية الاساسية منه ، فلا عبرة بحكم لا نفاذ له ، والتنفيذ يعنـي الوفـاء بألتـزام بحيث تبرأ منه ذمة المديـن ، والوفاء بالألتزام يحصل بأحـد طريقين أولاهما طوعـي وثانيهمـا جبري وهـذا الأخير تتـولاه مديرية التنفيـذ ، فالأصل أن يقـوم كل مدين بتنفيذ التزاماتـه اختيـارا وامتثـالا لعنصر المديونية ، لكن اذا ما تلكأ في ذلـك جاز للدائن اللجوء الى القضاء

١- المنشور في جريدة الوقائع العراقية :بالعدد ٤٥٥٣ في ٢/٩/٢٠١٩.

لأجبار مدينه على الوفاء ، اذ يشـكل التنفيذ الجبري للأحكام وباقي السـندات التنفيذية نهاية النزاع القضائي بأستحصال الدائن على حقه ووضع حد لتعنت وعناد مدينه بوفاء المدين بألتزامه قهرا عنه ، ومن ضمن موضوعات التنفيذ الجبـــري التي اوردها قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل (الاكـراه البدنـي) الحبس الأكراهي ، والذي يعد أحدى الوسـائل المتعددة والممهـدة للتنفيذ وصولا لأقتضاء الحق ، ومعناه حبس المدين بهدف تحصيل الدين منه وأجباره على الوفاء بالتزامه ، لا سيما مع انتشـار ظاهرة توسـع الناس في الأسـتدانة ، وما نتج عن ذلك من مماطلة في سـداد تلك الديون أو التأخر في سدادها ، مما أوقع الدائنين في حرج شديد وتعرضت مصالحهم للخطر . وهذا الأجراء فرضـه الواقع العملي لأن كثيرا من المدينـين الموسرين يقومون بأخفاء اموالهم وتهريبها لكي يحرم الدائن من اسـتيفاء دينه اما انتقام منه او لدوافع اخرى .

اولا: اشـكالية البحـث : يثـير موضوع البحث العديد من التسـاؤلات منها على سـبيل المثال لا الحصر :

١. هل يعد حبس المدين عقوبة؟ أم هو وسيلة من وسائل التنفيـذ الجبري؟
٢. هل يعد حبس المدين اخلالا بحقه الدستوري في الحرية الشخصية ؟
٣. ما الفرق بين حبس المدين (الحبس التنفيذي) وبين الحبس الجزائي ؟
٤. ما مدى مشروعية وسيلة حبس المدين في قانون التنفيذ العراقـي؟
٥. هل يجوز أعادة حبس المدين عن نفس الدين أو عن ديون أخرى لدائنين اخرين؟
٦. ما الديون التي يجوز فيها حبس المدين وكذلك التي لايجوز فيهـا ؟
٧. ما الأشكاليات التي تثيرها تطبيق قواعد وأحكام حبس المدين على أرض الواقـع؟
٨. هل يخضع المدينون جميعهم لنظام الحبس؟ أم هناك استثناء على ذلك؟
٩. ما الشروط الواجب توافرها لجواز حبس المدين؟
١٠. ما النظام الاجرائي لحبس المدين؟ وهل يجوز الطعن في قرار الحبس ؟

ثانيا: أهداف البحث :

نهـدف مـن خـلال هذا البحـث الى بيـان النظام القانونـي لحبس المديـن والـذي أورده المشرع العراقي في قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل تحت عنـــوان « الاكراه البدني »، من خلال التطـرق الى مفهوم الحبـس، وأطراف المعاملة التنفيذية، وطبيعتـه القانونية ، والاوضاع القانونية الاخرى الى تتشابه معه، و شروط الحبس ، والحالات التي يجوز فيها من عدمه ، والاشخاص الذين يجوز حبسهم والاشخاص الذين يتوافر فيهم مانع من موانع الحبس ، وأجراءات الحبس ، ومدته ، وآثاره ، والكيفية التي ينقضي فيها ، وحالات أخلاء سـبيل المدين ، وطرق الطعن فيه .

ثالثا: أهمية البحث :

إن الرغبة التي دفعتنا الى اختيار هذا الموضوع هو أهمية عمل مديريات التنفيذ والصعوبات التي يلاقيها المنفذ العدل عند أداء عمله ، فضلا عن أن اتمام الأجراءات التنفيذية هي النتيجة النهائية التي يسعى اليها الدائن من اقامة الدعوى او تنفيذ المحرر التنفيذي ، ونظرا لأهمية الموضوع من الناحيتين النظرية والعملية ، لاسيما مع بروز اتجاه حديث في الفكر القانوني يحجم من فكرة حبس المدين في المواد المدنية والتجارية بحيث لم يعد شخص المدين (جسده) ضامنا للوفاء بديونه وأنما جميع أمواله هي الضامنة للوفاء منقولة كانت أم غير منقولة ، على الرغم من ذلك الأتجاه فان فكرة حبس المدين بقى لها وجود في كثير من التشريعات المعاصرة ومنها تشريعنا الحالي (قانون التنفيذ العراقي) لما له من دور في حل مشكلة بطء اجراءات التنفيذ وتقدم المعاملات الاقتصادية ، لانه يمنع المدين من التقاعس عن الوفاء بالدين ويدفعه الى سداده خشية الحبس.

رابعا: منهج البحث :

آثرنا في صدد كتابة بحثنا المنهج التحليلي للنصوص الواردة في قانون التنفيذ ، وكذا التطبيقي من خلال الأستشهاد بأهم المبادئ والقرارات الصادرة عن محاكم الأستئناف في العراق بصفتها التمييزية استنادا لقانون التنفيذ العراقي ، وذلك لتحقيق الأستفادة العملية لما لها من دور كبير في اغناء موضوع البحث واستكمالا للفائدة المرجوة منه ، وبيان الجانب الفلسفي لطبيعة حبس المدين لأن آلية البحث تقتضي الولوج في الاساس الفلسفي لحبس المدين ، وكذلك ما أشار اليه المشرع العراقي في اقرار الحبس ومشروعيته ، وعرجنا الى تحليل تلك الأراء الفقهية ومن ثم ترجيحنا للرأي الأصوب.

خامسا: خطة البحث :

سنقسم هذا البحث الى مبحثين أساسين ، وكل مبحث منهما نتناوله بثلاثة مطالب ضمت الأخيرة الموضوعات والعناوين الفرعية التي يقتضيها موضوع بحثنا وضمناها بخاتمة تناولت اهم النتائج والمقترحات.

وفي ختام هذه المقدمة التي لا يسعني فيها الا أن أذكر بما قاله القاضي الفاضل عبد الرحيم البيساني الى العماد الأصفهاني معتذرا عن كلام استدركه عليه (... اني رأيت أنه لا يكتب أنسان كتابا في يومه الا وقال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر).

والله ولي التوفيق

المبحث الاول : مفهوم حبس المدين

إن حبس المدين يعد من وسائل التنفيذ الجبري بهدف الضغط على ارادة المدين الممتنع عن التنفيذ والمماطل في اجرائه من خلال حرمانه مؤقتا من حريته[١] والضغط عليه للوفاء بالحق الذي في ذمته من أجل اجباره على الوفاء بألتزامه، ويهدف من خلاله كسر أرادته كونه طريق اجبار واكراه يقع على النفس، ويعد الوسيلة التي يرمي المشرع من خلالها الى اكراه المدين على تنفيذ تعهداته بحرمانه مؤقتا من حريته. أو على الأقل عرض تسوية يقبل بها الدائن بأعتباره صاحب الحق ويتطلب ذلك الحبس مناقشته كطريقة من طرق الاكراه ووسيلة ممهدة للوصول للتنفيذ الجبري، اذ يعد حبس المدين الطريقة الوحيدة التي أبقت عليها التشريعات الحديثة بأستخدام جسد المدين كوسيلة للضغط عليه لتنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام.

والحبس التنفيذي وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري تلجأ أليه مديرية التنفيذ للتضييق على المدين الموسر بحجز حريته فترة من الوقت بهدف تحصيل الدين منه وأجباره على الوفاء بألتزامه[٢]. وقد أخذ المشرع العراقي بحبس المدين في الفصل الثالث من الباب الثالث من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل وتحت عنوان (الأكراه البدني).

وسنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب نناقش في المطلب الاول: التعريف بالحبس وتمييزه عن الاوضاع الاخرى وفي المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحبس المدين ومشروعيته ومبرراته وفي المطلب الثالث : موقف التشريعات من حبس المدين واطراف المعاملة التنفيذية.

المطلب الاول : التعريف بالحبس وتمييزه عن الأوضاع الأخرى

الفرع الاول : معنى الحبس

الحبس لغة : حبَسَ يَحبِس ، حَبْسًا ، فهو حابِس ، والمفعول مَحْبوس وحبيس ، وحبَسَ الشَّخصَ أو الشَّيءَ : منَعَه وأمسَكَه وأخّره ، ضدّ خلاَّه [٣].

والحبس : هو المكان الذي يحبس فيه المحكوم عليه ، والجمع حبوس ، ويطلق ايضا على المكان الذي يحبس فيه لفظ المحبس ، المحبسة وهما جمع محابس ، والحبس ضد التخلية [٤].

١- د . عمار سعدون حامد المشهداني ، شرح قانون التنفيذ ، دار ابن الاثير للنشر – جامعة الموصل ٢٠١٢ ، ص ١٢١.

٢- مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠منشورات الدائرة القانونية (٢٠) ، بغداد ١٩٩٢ ، ص ١٦٤.

٣- ابراهيم مصطفى أحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار ، المعجم الوسيط ، الجزء الاول من الهمزه الى اخر الضاد ، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ، ص٣٠٧ .

٤- المنجد في اللغة والاعلام ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السادسة والثلاثون ، ١٩٨٦، ص١١٤ .

والحـــــبس : أسم مشتـــــــــــق من حبس ، بمعنى حبس . والحبس اصطلاحا : أعتقال فرد في مؤسســة اصلاحية [١].

امـا حبـس المدين في الفقه القانونـي : أن حبس المدين و الذي يصطلـح عليه ايضا بالحبس الأكراهي قد أورده المشرع العراقي تحـــت عنوان (الأكراه البدني) «وهو وسـيلة ترمي الى اكراه المديـن عـلى تنفيذ التزامه بحرمانه مؤقتا من حريتـه »[٢]، وعرفه اخر بأنه «حبس المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه لممارسة ضغط معنوي عليه لاجباره على ادائه »[٣]، ويشار اليه كذلك في الفقه القانوني الى تعريفات عدة اخرى منها بأنه» تقييد حرية المدين بحجزه في الأماكن التي تعدها السلطة العامة في الدولـة وفقا للاصول والاجراءات القانونية [٤] .

امـا بالنسـبة للمـشرع العراقي فقـد اورد حبس المدين في قانـون التنفيذ تحت عنـوان « الأكره البدني « ونرى أنه كان من المستحسن أن يرد ذلك تحت عنـوان (الحبس الأكراهـــــــي) أو (حبس المدين) بدلا من الأكراه البدني لانه أكثر ملاءمة وتوفيقا من عبارة الأكراه البدني كون الأخيرة يفهم من معناها الأيلام والضرب الجسدي في حين أن مفهوم الحبس هو تقييد المدين وشل نشاطه ومنعه من مزاولة اعماله طيـــلة مدة مكوثـــه في الحبس المحـــكوم به عليه ، ونتيجة لأعتبار حبس المدين وسـيلة من وسـائل الاكراه للتأثير على أرادته لحمله على تنفيذ ألتزامه ، لذا يفرج عن المحكوم عليه بالحبس اذا قام بالوفاء.

كمـا أن تنفيـذ العقوبـة لا يبرئ الذمـة وانما يجوز التنفيـذ على مال المدين رغم حبسـه وتلجأ السلطة العامـــة (مديرية التنفيذ) الى التنفيذ الجبري وهو الطريق الذي يكون فيه المدين مجبرا على تنفيـذ التزامـه عنـوة في حالة عدم تنفيذه للمحـرر التنفيذي او الحكم القضائي رضـاءا عند ألتجاء الدائـن الى تلك السـلطة وتدخلها بمـا تملكه من قوة مقررة وفق القانـون لأجباره على الوفاء .

أن حبس المدين عبارة عن وسـيلة ممهدة للتنفيذ وهي اسـتثنائية تستعمل للحد من تعنت المدين ومماطلتـه بهـدف ارغامه عـلى الوفاء بألتزاماته ، وذلك بتقييد حريتـه وحجزه مؤقتا وفق الاصول والأجـراءات القانونيـة ، ويعـد حبـس المدين واحدا من طرق الاكـــــراه البدني ، وقـد أبقت عليه القوانـين الحديثـة في ظل الأصـوات التي تتعالى من أجل الأبتعاد عن التنفيذ على شـخص المدين لأن

١- جيرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعه الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص٦٦١ .

٢- د . عباس العبودي ، شرح قانون التنفيذ ، دراسة مقارنة ، طبعة ١ ، دار الثقافة للنشر عمان ،٢٠٠٤ ، ص ١٥٨ .

٣- اسـامة احمـد شـوقي المليجي ، الاجـراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المـصري ، دار النهضة العربية القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٦ .

٤- رائد عبد الحميد ، الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٨ ، ص٣٤٣ .

الامـر (الدين) يتعلق بالذمة المالية للمدين لا جسده ، ولذا فأنه من العدالة بمكان أبقاء الأمر قاصرا على المال لا على الجسد ، لاسيما ان الفلسفة التشريعية القائمة فـــــــي العصر الحاضر تعد حبس المدين وسـيلة أكراه ، وليس وسيلة أبراء .

أن هذا ما أتفقت عليه معظم القوانين التي أخذت بالحبس أن لم تكن جميعها ، فقد عدت اغلبها ان حبس المدين لا يعد تنفيذا للألتزام وانما يهدف في الأصل الى تحقيق أحد أمرين :

١. أجبـار المديـن عـلى القيام بأداء معـين كالالتـزام بتسـليم شيء او أداء مبلغ مـن النقود او الالتـزام بعمل او الأمتنـاع عن عمل .
٢. أجبار المدين بالكشـف عما يملكه من اموال كان قد اخفاها أو هربها بقصد الحيلولة دون التنفيذ عليها او استيفاء الدائن حقه منها ، وذلك بمنع الدائنين من الحجز او التنفيذ عليها.

ويظهـر لنـا بما لا يدع مجالا للشـك مـا قصد اليه المـشرع العراقي من الحبس اذ يعده وسـيلة للأكـراه وطريقـة لأثارة الضجر لـدى المدين ويكون ذلك بعزله عمن يحـب ، وبما يرى فيه تعطيل لمصالحـه ، وبعـدا لـه عن تنفيذها ، مما يجعله يسرع في تنفيذ ألتزامـه ، او أن يخاف من الحبس ما يجعله يعرض تسـويه قد يقبلها الدائن ، أضافة لما في الحبس من أمتهان للكرامة التي قد يشـعر بها المديـن اذا مـا تـم ضده خاصة وأن الحبس الذي نحن بصدده هو حبـس من أجل الضغط لكي يفي المدين بما في ذمته ، ولذا فقد يحاول جاهدا تنفيذ ألتزامه او عرض تلك التسوية التي قد تجنبه ذلك الحبس [١].

الفرع الثاني : تمييز الحبس الأكراهي عن الأوضاع القانونية الأخرى :

أولا : (تمييزه عن الحجر على المدين المفلس)

يعتبر المدين مفلسـا اذا زادت ديونه المسـتحقة الأداء على أمواله ، ويصدر الحكم بأعتباره مفلسا بقرار من محكمه البداءة بناءا على طلب احد دائنيه ويفرض الحجر عليه لضمان عدم تهريب أمواله أو أخفائهـا ممـا يلحق الضرر بدائنيه وذلك بأضعاف ضمانهم العام والمتمثل بذمته المالية وقد عالج القانـون المدنـي العراقي أحكام الحجـر على المدين المفلس في المواد مـن (٢٧٠- ٢٧٩) منه ويختلف الحجر على المدين الملفس عن حبس المدين في أمـــــــــور أهمها :

١. ان الحبـس الاكراهـي هـو تقييد لحرية المدين وأثـر ذلك الحبس وغايته هـو التضييق على المدين في حريته وسـلبها المدة المقرره قانونا ، أما الحجر على المدين الملفس فمقتضاه منعه مـن التصرف بأمواله ، فأثـر الحجر يقع على ذمة المدين المالية.

١- شادي اسامة علي ، احكام حبس المدين ، دراسة مقارنة ، جامعة النجاح ، ٢٠٠٨ ، ص ١٧

٢. في الحبس الاكراهي لا يترتب على الحبس حلول اي دين مؤجل في ذمة المدين ، أما اذا تقرر الحجر على المدين المفلس فيترتب على ذلك حلول كل الديون المؤجلة المترتبة بذمته.

٣. في الحبس الاكراهي اذا أقر المدين بدين جديد في ذمته ولم يثبت قبل تأريخ قرار الحبس فأنه يؤخذ بذلك الأقرار ، أما في الحجر على المدين المفلس فلا يعتبر ولا يؤخذ باقراره بدين جديد لم يثبت قبل تأريخ الحجر عليه.

٤. في الحبس الاكراهي اذا دفع المدين الدين للدائن (طالب الحبس) يطلق سراحه من حبسه ولا يحق للدائنين الاخرين الاعتراض على هذا الوفاء ، أما في الحجر على المدين المفلس فأنه لايجوز الوفاء لمصلحة أي دائن من دائنيه الا بموافقتهم ورضاهم ولسائر غرمائه من الدائنين استرداد المبلغ الذي دفعه لأحدهم.

ثانيا : (تمييزه عن الحبس الجزائي)

بالنسبة لتمييز الحبس الاكراهي عن الحبس الجزائي فالأول لا يعدو ان يكون مجرد وسيلة وليس غاية ومن ثم لا يعد عقوبة بحد ذاته ، على عكس الحبس الجزائي الذي يعد عقوبة على الشخص لأرتكابه فعلا مخالفا للقانون ، ويختلف الحبس على المدين عن الحبس الجزائي في الآتي :

١. من حيث السبب فيفرض الحبس على المدين بسبب دين أستحق بذمته، أما الحبس الجزائي فأنه يفرض على الجاني بسبب ارتكابه (فعل او أمتناع) جرمه القانون.

٢. من حيث الغاية لأن الحبس على المدين غايته التضييق وكسر عناد المدين الثابت يساره لغرض أيفاء ما بذمته من ديون ، اما غاية الحبس الجزائي فهو معاقبة الجاني واصلاحه واعاده تأهليه ودمجه في المجتمع وكذلك ردع الغير.

٣. في الحبس الاكراهي يستطيع الدائن التنازل عن حقه في طلب الحبس ، واذا تنازل عنه أفرج عن المدين وأنتفى حق الدائن بطلب الحبس مرة اخرى عن ذات الدين ، ولا يزول أصل الحق المتعلق بالدين ، بينما يعتبر الحبس الجزائي حق للمجتمع تطبقه الجهة التنفيذية التي أوكل لها القانون ذلك بأسمه ، ولا تملك الأفراج عن المحكوم عليه مالم ينص القانون على ذلك الحق[١].

١- أحمد صدقي محمود ، حبس المدين المماطل في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار النهضه العربية ، ص٢٩

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لحبس المدين ومشروعيته ومبرراته

الفرع الاول : الطبيعة القانونية لحبس المدين ومشروعيته :

ان حبس المدين من جهة تكييفه القانوني ما هو الا وسيلة تهدف الى الضغط على شخص المدين بحرمانه من حريته لمدة مؤقتة لحمله على تنفيذ التزامه ، وهو اكراه بدني يستعمل كواسطة للتضييق على كل مدين ثبت عدم أعساره ويتعذر أظهار امواله وهو قادر على أداء دينه دفعة واحدة او تقسيطه ، وليس المراد منه أنزال العقاب أي تجزية المدين الذي لم يقم بواجباته المدنية [١]، ويمكننا القول أن الحبس ما هو الا طريق استثنائي لأجبار المدين على اظهار ما خفي من أمواله بتقييد حريته مدة محددة من الزمن بسبب عدم وفائه للدين الثابت في ذمته ، وذلك بعد اتخاذ القرار بحبسه من السلطة المختصة ضمن شروط محددة في القانون ، ان الحبس الاكراهي وسيلة اخذ بها المشرع العراقي في قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل وعدها ممهدة للتنفيذ ولا تعد تنفيذا بعينها ودليل ذلك ثابت من خلال ما اورده بصراحة نص المادة الخامسة والأربعين منه[٢].

اذ كما هو واضح ان الحبس تجاه المدين لايسقط الدين عنه فهو وسيلة و ليس غاية في حد ذاته ، ولما كان الحبس وسيلة للضغط على المدين لأجباره على التنفيذ فهو وسيلة أستثنائية اذ ان الأصل في الأنسان الحرية التي لايجوز تقييدها وان صار هذا فأنما يكون بنص القانون وبناءا على شروط لابد مراعاة وجودها ذلك ان من المبادئ المستقرة في الفقه القانوني الحديث أن مسؤولية المدين تكون في أمواله دون شخصه ، بمعنى ان علاقة الدائن مع المدين ليست سوى علاقة بين ذمتين ماليتين فمحل الضمان ليس شخص المدين انما أمواله احتراما للكرامة الانسانية التي لا يمكن هدرها [٣].

وفي قرار تمييزي ورد فيه ...

« عند عطف النظر على القرار المميز المؤرخ ٢٠١٧/٢/٢٠ تبين بأنه موافق للأصول وإحكام القانون إذ تأيد لقاضي البداءة الأول بصفته المنفذ العدل بعد إحضار المدين إمامه بأنه معاق بدنياً ويجلس على كرسي متحرك ويحتاج الى عناية خاصة وبالتالي لا فائدة ترجى من حبسه لا سيما وأن

١- محمود الكيلاني ، قواعد الاثبات واحكام التنفيذ ، دار الثقافة ، عمان ، ط ١ ، ص ١٨٩.

٢-نصت المادة (٤٥) من قانون التنفيذ العراقي على « حبس المدين لايسقط الدين عنه ولا يؤثر على حق الدائن بطلب وضع الحجز على امواله كلما ظهرت له اموال «

٣- احمد هندي ، السند التنفيذي ، اشكالات التنفيذ ، طرق التنفيذ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، ١٩٨٩ ، ص ١١.

المديـن ذكـر بأقوالـه بأنه لا يملك أية أمـوال منقولة أو عقارية وأنه لا يمـارس أي عمل كونه معاق مما يجعل قرار المنفذ العدل برفض طلب الدائنة بحبسـه جاء تطبيقاً سـليماً لإحكام المادة الثانية / أولا من قانون التنفيذ التي اوجبت تحقيق التـــــــوازن بين مصلحة الدائن في الحصول على حقه المشروع وبين مصلحة المدين في أن لا يؤخذ من أمواله أو يعتدي على حريته دون وجه حق ومراعاة الاعتبارات الإنسانية والاجتماعية للمدين وبإمكان الدائنة التحري عن أمواله الجائز حجزها وبيعها قانوناً لاستيفاء الدين من ثمنها»[١] .

وأصبـح وفقـا لذلك مفهـوم الحبس يدور في اطـار اضيق مما كان عليه ، ولا بد من اسـتصدار قـرار يقـضي بحبس المدين بناء على طلب الدائن ، ولا بد لهذا القرار ان يصدر من الجهة المختصة في اصداره ، كما ان تنفيذ الحبس يكون في الدوائر الاصلاحية للدولة ولا يجوز أن يكون في غيرها كما كان الحـال في الأثـر التأريخي اذ كان للدائن حبس مدينه في بيته ٢[٢] .

كمـا يـبرز التسـاؤل عن الطبيعة القانونية لمفهـوم حبس المدين وهل انه جزائـي ام مدني ؟ أن الأجابـه عـن هذا التسـاؤل تقتضي منـا البحث في مشروعيـة حبس المدين ومن ثـم الأراء المؤيدة (مبرراته) لحبس المدين من عدمه ، أن مشروعية الحبس تم تقنينها من قبل المشرع في حالة عدم وفـاء المديـن بالتزاماتـه المدنية وأنها جاءت في بعض التشريعات على نطاق واسـع ، والبعض الآخر أوردهـا في نطاق ضيق وكان لكل تشريع أسـبابه ومبرراتـه ، ونجد أن الفقه القانوني قد أختلف في اباحة او عدم اباحة الحبس كوسيلة للتنفيذ فبعضهم يرى بعدم جواز حبس المدين، وذلك لأعتبارات عدة :

اولهـا : اعتبـار قانونـي مـرده أن الوفاء بما على الأنسـان من ديون يجـب ان تضمنه امواله لا شخصه فأذا أمتنع المدين عن الوفاء اختياريا بدين عليه ، نفذ الدائن على امواله لا على شخصه فعلاقة الدائنية هي علاقة بين ذمم مالية لا شـخصية.

وثانيهـا : هـو اعتبـار اقتصادي قائم على أن الاكراه البدني معطل لنشـاط المدين وليس في هذا مصلحه للدائن ، اذ أن ترك المدين حرا يمارس نشـاطه قد يمكن الدائن من اسـتيفاء دينه.

وثالثهـا: هـو الاعتبـار الأدبي يتمثل في أن فكـرة حبس المدين أو تعذيبه يتنـافى مع ما يجب أن يكون عليه من توافر للضمانة الكاملة لكرامة الذات الانسانيـــــة وعدم اهدار الآدميـــــة . ١[٣]

١- قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية والمرقم (١٩٤ /تنفيذ / ٢٠١٧) في ٢٤/٤/٢٠١٧ غير منشور .

٢- فتحي والي ، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ،الطبعة الاولى ، ١٩٧٨ ، ص ٤.

٣- آدم وهيب النداوي وسعيد مبارك ، شرح أحكام قانون التنفيذ ، بلا دار نشر ، ١٩٨٤ ، ص ٩٥-٩٦ .

امـا القسـم الاخر ذهـب باتجاه الأخذ بجواز ومشروعيـة الحبس على اعتبار انه وسـيلة مجدية تجبر المدين المتمرد والمماطل على أداء دينه ، وفي هذه الوسيله من الاجبار مـــايكفي لأظهار ما خفي من امواله ، وان الحبس ضمان فعلي لتأدية المعاملات المدنية والاقتصادية والتجارية ، وقوة مؤيدة لها [١]

هذا وان تطبيق المبدأ المشار اليه كثيرا ما يؤدي الى تسديد الديون اذ ان المدين يقوم بذلك خشية من الحبس ، ومنهم من لا يدفع دينه الا بعد صدور القرار بالحبس او حتى بعد ان يقضي مدة قليلة في الحبس ، وقبل ان تنتهي مدته المقررة [٢].

وأن الشـخص الـذي لايفـي بمـا تعهـد به يكـون قد أهـدر كرامته بنفسـه ، فلا محـل لرعايته واحترامه ، والمدين الذي يمتنع عن الوفاء ويماطل تجاه دائنه وهو قادر على الوفاء بدينه ، او الذي يقـوم بتهريب امواله يسـتحق العقاب في كثـير من الصور [٣] .

كما ان المواثيق الدولية لا تمنع حبس المدين مادام قادر على الوفاء بدينه، فالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يمنع فقط حبس المدين العاجز عن الوفاء ، فقد جاء في المادة (١١) منه :

« لايجوز سجن أي أنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي ».

فهـذه المـادة تحرم فقط حبس المديـن العاجز عن الوفاء مما يعني من مفهـوم المخالفة الموافقة والسـماح بحبس المدين القادر على الوفاء[٤].

ان التجـارب المتأتيـة مـن الواقـع العملي دلت بما لا يدع مجالا للشـك ان حبـس المدين يؤدي في أغلب الاحيان الى تسديد الدين سواء أكان ذلك ابتداءا بمجرد لجوء الدائن الى الجهة المختصة لاصدار قرار الحبس بحق مدينة أو بعد صدور القرار بالحبس او أثناء تنفيـــــــذ الحبس بحقه ، ويمكن أن نخلـص مـن ذلك كلـه الى ان حجج المؤيدين للحبـس حيال المدين تتمثل في ثـلاث نقاط جوهرية ومفصلية وهي كالاتي :

١. ان حبـس المديـن يعد وسـيلة تنفيـذ مجدية تجـبر المدين المتمـرد والمماطل عـلى اداء دينه وتلجـأه لاظهار امواله التـي اخفاها .
٢. ضمان فعلي فيما يتعلق بالمعاملات المدنية والتجارية والاقتصادية وقوة مؤيدة لتقدمها.

١- عزمي عبد الفتاح ، الوسيط في قانـــــون المرافعات الكويتي ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، الطبعـــــــــــــة الاولـــى ، ٢٠١١ ، ص ، ٤٣٥.
٢- فتحي والي ، المصدر السابق ، ص ٨.
٣- أحمد ابو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الخامسة ، ص ٢١.
٤- احمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٧٨ .

٣. ان المدين المعاند والمماطل والقادر على الوفاء بديونه لا يستحق الأحسان وكما يقول الأستاذ احمد أبو الوفا « ... والواقع ان الشخص الذي لا يفي بما تعهد به يكون قد أهدر كرامته بنفسه فلا محل لرعايته واحترامه».

واننا نميل الى الرأي القائل بجواز الحبس كوسيلة ممهدة للتنفيذ لأنه الأقرب الى الواقع للأسباب التي تم بيانها وكذلك لأسباب اخرى متمثلة في أن ذمة المدين المالية ضامنة للوفاء بديونه وهذه الاموال قد تكون أموال غير ظاهرة ، ومن ثم يصعب التوصل الى معرفة نوعها ومكان وجودها ، فالحبس هو الوسيله الأكثر وقعا على المدين لاجباره على اظهارها ، كذلك لا يتصور من مدين معاند ومماطل ان يدعم الهيكل الاقتصادي للمجتمع .

الفرع الثاني :مبررات الحبس :

أما فيما يتعلق بمبررات الحبس (مسوغاته) التي تتمثل بالقواعد التي وضعها المشرع لتعطي التشريع قوة التنفيذ ولو بصورة قسرية، فلا بد لكل تشريع من وضع (مسوغات) لتنفيذ احكامه والا أصبحت أحكام القوانين وما يترتب عليها لا يتم تنفيذها ، وعند ذلك تفقد قيمتها ، والمسوغات تلك اما ان تكون ترهيبية او ترغيبية ، فالترهيبية تكون بحسب نوع المخالفة للنظام التشريعي الذي تنتهك حرمته فأذا كان الفعل المخالف من الجرائم العدوانية التي تخل بأمن المجتمع ونظام الجماعة فالجزاء المؤيد يجب ان يكون تأديبيا بمعاقبة فاعله وهذا النوع من المسوغات يسمى بالعقوبة ، وتتألف منه التشريعات العقابية في الدولة ، واذا كان الفعل من قبيل اهمال الشروط التي يفرضها التشريع في النظام المدني فأن المسوغ لمنع المخالف ينبغي ان يكون حرمان المتصرف من النتائج التي يريدها والمكاسب التي يرغب بتحقيقها من تصرفه وذلك بسلخ الصفة القانونية عن هذه التصرفات المخالفة بان تعد باطلة او قابلة للفسخ[١] .

١- د . عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص ٤٥.

المطلب الثالث : التأصيل التاريخي لحبس المدين وأطراف المعاملة التنفيذية

الفرع الاول : موقف التشريعات من حبس المدين :

كان الفـرد قبـل نشـوء الدولـة الحديثـة ، يعمـد الى اقتضاء حقه بنفسـه ، الامر الـذي لم يكن يسـتتبع اللجوء الى اصول ثابتة ومعينة في التنفيذ وبقي الحال على هذا النحو والسـياق حتى ظهور مبدأ التحكيم[١] .

وعـرف حبـس المديـن عند الشـعوب القديمة فقد كان الاكـراه البدني هو أحد وسـائل الحماية التنفيذيـة للحـق الموضوعي ولم تكن ذمة المديـن المالية هي الضامنة عن الوفاء بديونه فقط بل كان يعتبر المدين نفسـه سـلعة من السلع ، ويمكن ان يسـتخدم جسده في الوفاء بالالتزام المترتب عليه الا ان ذلك لم يكن فقط في ظل الشرائع او المفاهيم التي كانت سائدة قبل قيام الدولة (في ظل المجتمعات البدائية) بل اسـتمر العمل به في ظل بدء قيام الدولة المنظمة أيضا، فقد كانت الشرائع سـابقا تخول الدائن في ممارسـة الضغط على المدين لدرجة الظلم والقسـوة فقد كان للدائن الحق بحبس مدينه في سـجنه الخاص وفي ضربه بنفسـه، لا بل بلغ الأمر الى حد اعطاء الدائن الحق بقتل مدينه بسبب عدم ايفائـه بدينـه، وفي المجتمعـات البدائية كان يتحـدد مقدار ما للحق من حماية بقـدر ما لصاحبه من قوة[٢] .

ويـرى الباحثون انه منذ الشرائع القديمة في بابل الآشـورية ومـصر الفرعونية واثينا الاغريقية وروما الرومانية كانت تلك النظم القانونية القديمة قد تجاوزت الحد المعقول في ممارسة الظلم على المديـن وعـلى مدى مراحل التاريخ ، فقد أهانت تلك الشرائع المذكورة كرامة الأنسـان لا بل وأهدرت حيـاة المديـن الذي لم يتمكـن من الوفاء بألتزامه ، فكانت تشرع الى أسـترقاق المدين وبيعه كسـلعه وفـاءا للديـن الذي في ذمته ، وكذا شرعت ضربه وقتله وتوزيع أشـلائه على الدائنين لكونه عجز عن الوفـاء بالديـن المترتـب في ذمته ، كل ذلك يعبر عن فضاعة الظلم في تلك العصور المظلمة التي طواها

١- كان الفـرد في المراحـل الاولى الغارقه في القدم يتولى بنفسـه حقوقه المشروعة واتبـاع مصالحه المتولدة عنها ، وكان ذلك يتم عن طريق ما درجت عليه التسـمية بالعدالة الخاصة يتطلع فيها الفرد بنفسـه فيحقق لها حماية ذاتية يؤزره فيها اهله وعشـيرته بحكم التضامن القائم بينهم وارتباط المصالح وتبادلها ، وكان للدائن في ظل القانون الروماني ان يقبض على مدينه في حالة عدم الوفاء بالدين وان يحبسـه في منزله لمدة (٦٠) يوما ، فأذا انقضت ولم يدفع ما بذمته او لم يدفع احد مكانه مقابل الديـــن كان له ان يبيعه رقيقا أو أن يقتله فأذا تعدد الدائنون كان لهم في هذه الحاله اقتسام جثته ، وقد عرف العرب في جاهليتهم مثل هذه التصرفات ، لكن بعد ظهور الاسـلام وما عرفته الانسـانية من تطور في مختلـف المجـالات ، أخـذت الدولة تتدخل تدريجيا في تنظيم الحماية الذاتية وتقلص من دور الافراد فيها حتى غدا الامر في النهاية اختصاصا للدولة تسـتقل فيه دون سـواها . أنظر ، راغب وجدي ، النظرية العامة في التنفيذ القضائي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة١، ص٧ .

٢-فتحي المرصفاوي ، تاريخ القانون المصري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٢٥١ .

التاريخ الى غير رجعة[١] .

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية وفقهها فقد تولت تنظيم أمور الحياة من شتى جوانبها تنظيما دقيقا مثاليا ، ووضعت الحلول العادلة لكافة العلاقات سواء منها القائمة بين العبد وخالقه (فقه العبادات) ، أو بين الناس أنفسهم (فقه المعاملات) من خلال تعاملهم فيما بينهم ، ومن ثم نلاحظ ان الشريعة الاسلامية قد عالجت مسألة حبس المدين ووضعت شروطا وحلولا تتصف بالعدل.

فالشريعة الاسلامية الغراء تنطلق من مبدأ أساس وهو الوفاء الأختياري للديون ، حيث ينظر الأسلام الى الدائن بعين الرضا ويعده محسنا حيال مدينه في وقت شدته ، حيث يؤكد الشارع أن من أقرض انسان وفرج همه ووسع عليه في تسديد الدين او العفو عن بعض المال او مسامحته بالكلية ، فله ثواب عظيم ، فقد ورد عن الرسول الأكرم محمد (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ) «من سره ان ينجيه الله من كرب يوم القيامة فلينفس عن معسر او يضع عنه»[٢] ، وتماما للأحسان من قبل الدائن فقد بين الشارع أن الصبر على المدين وعدم مقاضاته اذا كان معسرا لا يقدر على السداد هو أسمى آيات الاحسان ، فما ينبغي للمدين أن يرد على ذلك الاحسان ويقابله بالاساءة ، ويعد امتناع المدين عن الوفاء بالدين ذروة السوء الذي يمكن ان يقابل به الدائن ، وهذا ما أكدته الآية الكريمة «**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...** »[٣] ، وقوله تعالى « **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...** »[٤] .

ونظرا لما يمليه الاسلام من أهمية للمعاملات بين الافراد فقد عد عدم الوفاء بالدين من قبيل الكبائر ، فقد روي عن الرسول الاكرم محمد (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ) أنه قال « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى لي ثم عذر، ورجل باع حرا ثم أكله، ورجل استأجر أجيرا فأستوفى منه ولم يعطه أجره »[٥].

مع ضرورة الأشارة الى أن الاصل الثابت في الشريعة الاسلامية ان المدين يكون ملزما بأداء الدين في موعده المحدد وتصبح ذمته مشغولة به ولا يكون لها تعلق بمال معين من امواله وتكون أمواله جميعها التي يملكها وقت حلول الدين محلا للوفاء ويقابل هذا الأصل أن للمدين مطلق الحرية في التصرف في أمواله بكل التصرفات التي يريدها دون أن يكون لأحد الاعتراض عليها ما

١- نور الدين حاطوم ، موجز تاريخ الحضارات ، مطابع العروبة ، دمشق ،١٩٦٤ ، ص ٤٤٩ .
٢- روي عن جابر بن عبدالله ، المحدث : الطبراني ، المصدر : المعجم الأوسط ، ص ٥ .
٣- سورة المائدة ، آية (١) .
٤- سورة النساء ، آية (٥٨) .
٥- أورده ، ابن سلامة ، الاموال ، تحقيق محمد خليل هراس ، دار الفكر العربي ، دمشق ، ص ٣٠

دام صحيحـا ولـم يصب بمـرض الموت ولم يحجر عليه ، فأذا حل الدين أعطى الشـارع الاسـلامي للدائن الحق بمطالبة المدين بالوفاء بالدين فأذا امتنع المدين عن الوفاء كان للدائن الحق أن يطلب من القاضي حبس المدين وهذا هو الحكم بالنسـبه للمدين غير المعسر والمماطل عن عامة فقهاء المسـلمين مع تحفظ قليل منهم واقصاره (الحبس) في حالات معينة[١] . فالذي يسـتقرىء آراء فقهاء المسـلمين عـلى اختـلاف مذاهبهم يجد انهـم يجمعون على حبس المديـن المماطل والقادر عـلى الوفاء فجمهور فقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) وكذلك فقهاء الجعفرية ومتأخري فقهاء الزيدية والقاضي أبي يوسـف محمد بن الحسـن مـن فقهاء الحنفية قالوا بحبس المدين القادر عـلى الوفاء ، ويرى كل من فقهاء الزيدية والحنفية متى ثبت عند القاضي دين الدائن ويسـار المدين بالحجة فيقوم حبسـه بعد الوقوف على حاله والتأكد من عدم اعسـاره والتبيان من أنه موسر ، كعقاب له لأنه يستطيع تسديد الدين ولكنه يماطل ويستمرء عدم اعطاء الناس حقوقهم ، هذا وأن القاضي شريح قال بحبس المدين غير المعسر ايضا[٢] . ومن هذا المنطلق ذهب الشارع الى جواز حبس المدين نتيجة لعدم وفائه بالدين الذي عليه الا أنـــه لا يوجد في الفقه الاسلامي نص بشأن مدة حبس المدين فلقد ذهب بعضهم الى ان تقدير المدة متروك الى القاضي وسلطته التقديرية والتي تختلف بأختلاف الشخص والزمان والمكان والمال وان الحبس للمدين لا يؤدي الى اسـقاط الدين الذي حبس من أجله ، وهذا أمر متفق عليه في المذاهب جميعها التي أجازت الحبس ، فالحبس اجـــــــراء زجري لابـد منه لا لأبـراء ذمة المدين من الدين لأنه مهمـــا طال الحبس فأن ذمة المدين المحبوس لا تبرأ من الديـــــــن أو من أي جزء مـن أجزائـه ، بل تبقى ذمته مشـغولة بـه لا يبرأه الا الوفاء بالدين ، وما الحبس الا وسـيله للضغط عـلى ارادة المديـن المماطل لاكراهه على الوفاء بحقوق دائنـــــــه ، ومتى مـا قرر القاضي الحق في حبـس المديـن بطلب من غرمائه وبيع أمواله جبرا عليه ، اعتبره القاضي ظالما وعامله بالطريقة التي يراها كفيلة بأيصال الحقوق الى أهلها ، ومـــــــن مفهوم المخالفة اذا ما ثبـــــت ان المدين كان معسرا لا مال له لا يحبس عن دينه مطلقا بأجماع فقهاء المسلمين وذلك امتثالاً لقوله تعالـــى «**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ** [٣]»، وهذا يعني ان المدين ان كان ذا عسرة فيتوجب امهاله والصبر عليـه لا كمـا كان أهـل الجاهلية يقول أحدهم لمدينـه اذا حل عليه الدين اما أن تقـضي واما أن تربي ، ووقع الخلاف بين الفقهاء المسـلمين بشـأن تعارض البينات الخاصة باليسار والأعسار فأي البينات

١- نور الدين حاطوم ، المصدر السابق ، ص ٢٥١ .

٢- أحمد شرف ، المصدر السابق ، ص ، ٢٥ .

٣- سورة البقرة ، الآية (٢٨٠) .

تقدم على غيرها ، أن رأي الجمهور مقتضاه أن تقدم بينة اليسار ، لأنها أحق بالقبول لأن الأعسار عارض والبينات شرعت للأثبات لا للنفي[١]. ويرى فقهاء المسلمين أن هناك عدة آثار تترتب على حبس المدين منها :

حبس المدين أجراء زجري : في الفقه الاسلامي يقرر الحبس لمصلحة الدائنين وهو من جملة الوسائل المشروعه التي يلجأ اليها القاضي للضغط على المدين المماطل وحمله على الوفاء بديونه ، فالحبس والتعزير بالضرب وبيع مال المدين جبرا عليه لا تقصد بذاتها وانما يراد استخلاص الحق ممن هو عليه وايصاله الى مستحقه ، لكن في الفقه الأسلامي ليس هناك قاعدة ثابته لترتيب هذه الوسائل في التطبيق على المدين الواحدة تلو الاخرى ، بل ان الأمر يعني الأخذ بالوسيلة الملائمة وترك التقدير للقاضي ليقررها في كل قضية ترفع أليه بالنسبه لكل مدين على أن يراعي في ذلك ظروف المدين الخاصة والأحوال المحيطة به.

حبس المدين لا يبرئ ذمته : ان حبس المدين ليس ألا وسيلة للضغط على ارادته لكي يوفي ما في ذمته ، ومهما طال الأمد به لا تبرأ ذمة المدين المحبوس من الدين وأي جزء من أجزائه وتبقى ذمته مشغولة به لا تبرء الا بالوفاء سواء كان من قبل المدين أو من غيره او نتيجة ابراء الدائن مدينه ، وهو الأتجاه نفسه الذي أخذ به قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل بعدم سقوط الدين لحبس المدين.

لا حبس مع وسائل الأكراه الأخرى : بما أن الحبس أجراء يلجأ اليه القاضي لحمل المدين على الوفاء بالدين قبل ان يحجره عن التصرف في امواله وبيعها جبرا عليه لذا فهو وسيلة مستقلة قائمة بذاتها تشبه وسيلة الحجر من حيث الغرض وان كانت منفصلة عنها ، فقد يكتفي بحبس المدين المماطل دون ان يحجر عليه ، وقد يكتفي بالحجر دون الحبس او التعزير قبل الحبس ، أو أجباره ببيع امواله لوفاء الدين ، وقد يعهد القاضي حبس المدين أولا لاستبراء أمره والكشف عن حاله فأن ثبت اعساره خلى سبيله وقد يعهد القاضي لتقرير وسيلة اخرى١[٢].

ومع تطور المجتمعات عبر التاريخ الطويل ، وما صاحبه من تطور لوظائف الدولة ، أصبحت الحماية حماية عامة قانونية بعد أن كانت حماية خاصة انتقائية ، وأصبحت القاعدة أنه لا يجوز لشخص ان يقتضي حقه بيده ، واخذت الدول على عاتقها واجب اقامة العدل في المجتمع [٣] .

ولا بد من الأشارة في هذا الصدد الى أن معظم تشريعات الدول العربية التي كانت تحت لواء

١-أحمد علي الخطيب ، الحجر على المدين لحق الوفاء ، ١٩٨٧ ، ص١٩١ .

٢- أحمد علي الخطيب ، المصدر السابق ، ص ١٩٣ .

٣- أحمد شرف ، المصدر السابق ، ص ، ٥٥ .

الدولـة العثمانيـة قد تأثرت بقانـون الإجراء العثمانـي الملغي والذي أخذ معظـم أحكامه من الفقه الحنفـي ، كما تأثرت بعد ذلك بمجلة الأحكام العدلية التي ظلت شاخصة في تطبيقها على أغلب الدول العربية التـي كانت تتبع الدولة العثمانية حتى بعد استقلالها حيث ظلت مطبقة فـي العراق حتى عام ١٩٥١ م بصدور القانون المدني فيه ، وفي لبنان حتـى صدور قانون الموجبات والعقود ١٩٣٢م وفي سوريا حتى عـام ١٩٤٩ م ، وفي الأردن حتى عام ١٩٧٦ م ، إلا أن بعض التشريعات العربية قد أجرت عددا من التعديلات على أحكام حبس المدين تماشـياً مـع مـا تقتضيـه العدالة [١] .

الفرع الثاني : أطراف المعاملة التنفيذية :

أن مديريـة التنفيـذ لاتـشرع بالتنفيذ ألا بناء على طلب ممن له الحق بتقديمه ولا يشـترط في هذا انيكـــون

بعريضة ، بل يكفي مجرد ايداع الحكم القضائي أو المحرر التنفيذي الى مديرية التنفيذ ،على أنه اذا كان السـند يتضمـن فقـرات عدة فعلى طالبه أن يبين ما اذا كان يـروم تنفيذها كلها او بعضها ، وتنشأ عن التنفيذ اساسا رابطة بين طرفين أذ ان التسمية التي تطلق على الدائن الذي يطلـب اتخاذ اجراءات التنفيـذ هو (طالب التنفيذ)، اما الشخص الذي تتخذ الاجراءات التنفيذية ضـده يطـلق عليـه (المطلوب التنفيذ ضـده) واسـتنادا لما تقـدم يمكننا البحث في طرفي الأضبارة على أسـاس الوصفين الآتيين الاول : (طالب التنفيذ) والثـاني: (المطلوب التنفيذ ضده).

أولا : (طالب التنفيذ)

وهو شخص الدائن بطبيعة الحال ، لأنه الشخص الذي يعطيه القانون سلطة مباشرة للمطالبة بالاجراءات التنفيذية ، بأعتباره شخصيا صاحب الحق الثابت في السند التنفيذي أو الحكم القضائي الصادر من محاكم الدولة وفق أحكام هذا القانون ، أو الحكم القضائي الصادر من محكمة أجنبية والمطلـوب تنفيـذه في العراق والمسـتوفي للـشروط المنصوص عليهـا في قانون تنفيذ أحـكام المحاكم الاجنبية رقم (٣٠) لسـنة ١٩٢٨ والانظمة الصادرة بموجبه ، او أحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في العراق ، وفي قرار تمييزي ورد فيه «... عنـــــد عطف النـظر على القـرار المميز المؤرخ ٢٠١٧/٥/٢٤ وجـد بأنـه لمـا اسـتند إليه من أسـباب صحيح وموافـق لإحكام القانـون وذلك لان المنفـذ العدل اتبع ما رسـمه له قرار النقض الصادر من هذه الهيـأة :بالعدد ٢٢٤/تنفيذ/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٥/٣ إذ أن جمهوريـة العـراق والمملكـة الأردنية الهاشـمية هما أعضـاء في اتفاقية الرياض

١- ياسر تاج السر طه، حبس المدين تنفيذا للاحكام، دراسة مقارنة، ٢٠٠٩،ص١٠٠-١٠١.

للتعاون القضائي وان هذه الاتفاقية أجازت تنفيذ إحكام محاكم إطرافها في المسائل المدنية ومسائل الأحوال الشـخصية لدى الطرف الأخر العضو فيها بعد حصول الاعتراف بالحكم المراد تنفيذه فيه من قبل الهيئات القضائية لدى الدولة العضو إذ تقوم الهيأة القضائية ببحث شروط الاعتراف وفقاً لإحـكام الاتفاقيـة المذكورة وغيرها من القوانين ذات العلاقة وعـلى وفق ما منصوص عليه في الباب الخامـس من اتفاقيـــــــة الرياض عليه يكون القرار المميز التـزم وجهة النظر المتقدمة وبالتالي يكون واجب التصديق». [١]

بالتالي يبدأ التنفيذ مسـتندا على أحدهما ، ولا يجوز التنفيذ ألا بطلب من قبل طالب التنفيذ وهو من يظهر بدء على مسرح التنفيذ طالبا المباشرة باجراءات التنفيذ لصالحه على حساب مدينه وله أن يطلـب حبـس مدينـه من أجل اكراهه على الوفاء بما ترتب في ذمته مـن التزام ، أو التنفيذ على أموال مدينه في الاحوال الأخرى المقررة قانونا ويصطلح عليه كذلك بصاحب حق التنفيذ ، او صاحب الحق الموضوعي الثابت في السند التنفيذي ، وهو طرف أيجابي في علاقة التنفيذ ، اذ لايشرع في التنفيذ الا بنـاءا عـلى طلبه ، ومن الطبيعي أيضـا أن يتوافر في طالب التنفيذ الصفة عند طلبه لاجراءات التنفيذ (صفـة الدائنيـة) لابعدهـا ، كما انه يمكن أن يمثل الدائن (طالب التنفيـذ) في اجراءات التنفيذ وكيله القانوني ، كالوصي ، أو القيم ، أو امين التفليسـة ، أو وكيله الأتفاقي [٢] .

وعنـد حلـول أي شـخص مهما كانـت الصفة التي حل بها محل الدائن سـواء أكانـت اتفاقا أم قانونا فمن الطبيعي ان يكون له الحق في أن يحل محله بكل ما أتخذ من أجراءات التنفيذ ، وأن يطبق عليه ما يطبق على طالب التنفيذ من عوارض تحول بينه وبين الأستمرار في متابعة اجراءات التنفيذ .

كمـا يجـب ان تتوافـر صفة أخـرى في طالب التنفيذ أو مـن يمثله الا وهي الأهليـة ، وحيث ان طلـب التنفيـذ يهـدف الى الحصول على حـق دون ان يقابله التزام يمس امـوال طالبه لذلك فأنه من المسـلم به ، أن يكون طلب التنفيذ من الأعمال النافعة ، ومن ثم يكفي فيه توافر أهلية الأدارة دون أهليـة التـصرف ، أما بالنسـبة لثبوت الصفة في ورثة الدائن ، فتثبت بتقديـم ألوثائق التي تؤكد تلك الصفة[٣] .

١- قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية والمرقم (٤١٨ / تنفيذ / ٢٠١٧) في ٢٠١٧/٧/٣٠ غير منشور .

٢- نبيل اسـماعيل عمر ، الوسـيط في شرح قانون التنفيذ الجبري للاحكام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسـنكدرية ، ٢٠٠١ ص ٢٢٧-٢٢٨.

٣- مفلح عواد القضاة ، اصول التنفيذ وفقا لقانون الاجراء دراسـة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، مكتبة دار الثـقافـــــة للنـشر والتوزيع ، عمان ،١٩٩٧ ، ص ٢٠٤ .

ثانيا : (المطلوب التنفيذ ضده)

وهـو الطـرف السـلبي بالنسـبة للحـق في التنفيذ ، أو هـو الطرف الـذي يتم أتخـاذ الاجراءات التنفيذيـة في مواجهتـه ، ويعد الطرف الثاني من اطراف اجـراءات التنفيذ في الاضبارة التنفيذية[١]. لأنه يجري التنفيذ في مواجهة الملتزم بالاداء الثابت في المحرر التنفيذي او الحكم القضائي ، فالتنفيذ يجب ان يقع في مواجهة المدين ، لأنه ابتداء يترتب عليه وحده تنفيذ ما ألتزم به ، ويجب توافر شرط الصفة في المدين لمواجهته والمقصود بالصفة (صفة المديونية) والتي تثبت لمن كان مسؤولا عن الدين كمـا يمكن أن تتخذ اجراءات التنفيذ في مواجهة الخلف [٢].

ولا يشـترط في المديـن في حالـة طلب الدائـن التنفيذ ضده أن يكون ذا أهلية بـأن يكون قد أكمل الثامنـة عـشر من عمره[٣]، الا أن المدين اذا لم يكمل السـن المذكور فأن ذلك يشـكل مانعا من موانع حبسه استنادا لنص المادة (٤١/ثانيا) من قانون التنفيذ المعدل ، ويجوز التنفيذ ضد ناقص الأهلية او عديمها ولكن يلزم لصحة الاجراءات في هذه الحالة أن توجه الاوراق المتعلقة بالتنفيذ الى من يمثل عديم الأهلية أو ناقصها.

وجـاء في أحـد القـرارات التمييزية مـا يلي» عند عطف النظـر على القرار المميز وجـد بأن المنفذ العـدل قـرر إبطال الإجـراءات التنفيذيـة المتخذة في الاضبـارة المتعلقـة ببيع العقـار العائد للمدين المشـار إليـه أعـلاه بحجة أن التباليـغ غير صحيحة لأنـه فاقد الأهليـة لإدارة أموالـه كونه محكوم عليـه بالحبس الشـديد لمدة خمس سـنوات بموجب الحكم الصادر من محكمة جنـح الكرخ :بالعدد ٦٤٣/ج/٢٠١٦ في ٣٠/١٠/٢٠١٦ مـن دون ان يلاحـظ ان المديـن كان قـد تبلـغ اصولياً بمذكرة الإخبـار عـن طريق إدارة السـجن حسـبما ثابت مـن كتاب دائرة الاصلاح العراقية قسـم التسـفير والمحاكم المرقم ٢٧٥٢٠ في ١٣/٨/٢٠٠٥ وبعد خروجه من السجن لشمـــــــــــوله بالإفراج الشرطـي تـم تبليغـه بالإجـراءات التنفيذية المتخذة بالاضبـارة على عنوان سـكنه في المحمودية حي الموظفيـــن بواسطة إفراد أســـــــــــــرته المقيمين معه وحضر من يمثـــله وينوب عنه في الاضبـــــارة وكلائـه وزوجـتـــه (ك.أ.م) والمحامـين (ح.م) و (س.م.ش) وكانـوا على اطلاع ودرايـة بالإجـراءات التنفيذية ومارسـوا طرق الطعـن بالقرارات الصادر فيهـا ، فضلا عن ذلك إن

١- محمـد صـادق مصطفـى ، قواعد التنفيذ الجـبري وفق قانون المرافعـات المدنية والتجاريـة ، دار النهضة العربية ، القاهـرة ، ١٩٩٦ ص ٣٠٤.

٢- احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندريـــــــة ، ١٩٩٧ ، ص ٢٤٦.

٣- المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ والتي نصـــــــــت « سـن الرشـد هي ثماني عشرة سنة كاملـــــة ».

الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت فقط يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره الى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف فيها بغير الايصاء والوقف على وفق ما تنص عليه المادة ٩٧/ من قانون العقوبات مما يتعين على المنفذ العدل والحالة هذه الاستمرار بالإجراءات التنفيذية والتحقق عن مدى توافر شروط تطبيق المادة ٥٩/ من قانون التنفيذ في ضوء ما رسمه القرار التمييزي الصادر عن هذه الهيأة :بالعدد ٥٠٧/٥٠٨/تنفيذ/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١١/٢٧ وإذ أن المنفذ العدل اصدر قراره المميز خلافاً لوجهة النظر القانونية المتقدمة مما يقتضي نقضه لمخالفته الأصول» [١] . وان حكم الاهلية يعتبر من المسائل المتعلقه بالنظام العام ولهذا لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها او يعدل فيها ، لهذا نجد ان المشرع كما اسلفنا عد المدين الذي لم يكمل السن الثامنة عشر من عمره مانعا من موانع الحبس ضده . واذ أن حبس المدين يعد أستثناء من الأصل العام ولا يجوز التوسع في تفسيره او القياس عليه ، لأن الحبس طريقة قسرية وممهدة للتنفيذ وردت على خلاف ذلك الاصل ، وهو تعلق التنفيذ بمال المدين لا شخصه ، وان حق الانسان في الحرية وعدم المساس بها ، حق كفلته كافة الدساتير ومنها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ والذي اورد ذلك في الباب الثاني بفصليه الاول والثاني تحت عنوان الحقوق والحريات[٢] .

وان هذا الحق أيضا كفلته المواثيق والعهود الدولية ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما تم ايراده في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ والذي تم التصديق عليه من قبل العراق بقانون التصديق رقم ١٩٣ لسنة ١٩٧٠[٣].

والاصل أن المدين هو الذي يقوم بتنفيذ الالتزام المترتب في ذمته بمحض ارادته واختياره وهذا يصطلح عليه بالوفاء الاختياري ، ولو أن المدين قام بها مدفوعا بالخوف وقهره بالوفاء بواسطة ما أقره وأعده التنظيم القانوني في الدولة من وسائل.

فالتنفيذ يبقى في هذه الحالة عملا أراديا من جانب المدين وان هذا الوفاء الاختياري يختلف عن التنفيذ الرضائي ، فالأخير يكون خاضعا لرقابة وتوجيه مديرية التنفيذ ومحكوما بمادة قانونية حددها ونص عليها قانون التنفيذ وهو أما يكون بطلب من الدائن ومبادرة من المدين بالوفاء خلال

١- قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ - بصفتها التمييزية والمرقم (٣٩٦-٣٩٧ / تنفيذ /٢٠١٧) في ٢٠١٧/٧/١٢ غير منشور .

٢- نصت المادة (١٥) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ على « لكل فرد الحق في الحياة والامن والحرية ، و لايجوز الحرمان من هذه الحقوق او تقييدها الا وفقا للقانون ، وبناءا على قرار صادر من جهة قضائية مختصة « ونصت كذلك المادة (٣٧/اولا / أ) منه على « حرية الانسان وكرامته مصونة « .

٣- نصت المادة (١١) من العهد الدولي على « لا يجوز سجن أي أنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي «

المدة المقرره قانونا بعد أن يتم تبليغه وفق السبيل الذي أشار اليه القانون ، او أن يطلب المدين نفسه التنفيذ فتنقطع عند ذاك الفائدة القانونية المقررة عما يودعه من الدين الى مديرية التنفيذ أعتبارا من تاريخ الأيداع ، ويعفى كذلك من رسم التحصيل بنسبة ما أودعه.

المبحث الثاني : أحكام حبس المدين تنفيذا

ان لحبس المدين ضوابط أوردها قانون التنفيذ ووضع شروطا واحكاما تتولى تنظيمه وتشتمل هـذه الـشروط والاحكام عـلى مجموعة من القواعد منهـا أن يكون حبس المدين بنـاءا على طلب من الدائـن ، وكذلـك الا يكون المدين معسرا ، وممتنع عن سـداد الدين ، وليسـت لـه اموال ظاهرة و الا يوجد أي مانع من الموانع المقررة قانونا لمنع حبسه ، كما ان القانون حدد الجهه المختصة التي تقرر حبس المدين ، وحدد المدة المقررة للحبس ، ووضع لها سـقفا زمنيا ، ورتب آثارا على الحبس ، كما حدد حالات اخلاء سبيل المدين من الحبس بضوابط معينه ، ورسم القانون طريقا للطعن على القرار الصـادر بحبـس المدين من عدمه ، وان هـذه الاحكام والشروط أوردت في الفصـل الثالث من الباب الثالث من قانون التنفيذ ، لذلك سـنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب المطلب الاول: شروط الحبس وموانعه والمطلب الثاني : السلطة المختصة بأصدار قرار الحبس ومدته وآثـــــــاره والمطلب الثالث : حالات اخلاء سـبيل المدين وطريق الطعن فيه.

المطلب الاول : شروط الحبس وموانعه

سـنتناول في هذا المطلب في فرعين الاول منه شروط حبس المدين والتي اوردها المشرع العراقي في قانون التنفيذ المعدل في المواد (٤٠-٤٢) منه كما سنتناول في الفرع الثاني موانع الحبس التي تم النص عليها في ذات القانون وتحديدا في المادة (٤١) منه .

الفرع الاول : شروط حبس المدين :

ان لحبس المدين آثار نفسـية واجتماعية واقتصادية سـواء مسـت هذه الآثار شخصه او شخص مـن يعيلهـم لذا لابد من توافـر شروط معينة والتي بعدم توافرها لا يتخذ القرار الخاص بالحبس ، واختلفـت القوانين في هذه الشروط وحددتها كل دولة حسـب الطبيعـة القانونيه للمجتمع ، وكذلك مراعاة المشرع الوطني الفلسـفة التشريعية التي يحاول من خلالها ان يتواصل مع الواقع الحقيقي داخل حدود أقليمه وفقا لثقافة ومعتقدات شـعبه ، والأصل أن يطبق حبس المدين (الاكراه البدني) عـلى الاشـخاص جميعهم مـن غير تمييـز الا في الحالات التـي اعتبرها المشرع موانـع للحبس وهذه الأخيرة تتعلق بأعتبارات متعددة منها ما هو متعلق بشخص المدين او سنه اوعمله او طبيعة العلاقة

التي نشأ عنها الالـــــــتزام (الأعتبار الأسري) ، وقد حرص المشرع العراقي على تنفيذ استعمال هذه الوسيلة ووضع لها شروط استلزم توافرها بغية اصدار قرار حبس المديـــــن فأذا تخلف أحد هذه الـشروط او كلها تعذر حبس المدين وهي كالآتي :

١ : أن يتقدم الدائن بطلب لحبس المدين :

أن الطلب المقدم من الدائن بحبس المدين ينبغي أن يكون صريحا ومشتملا على ذلك المعنى فقد جاء في المادة ٤٠/أولا من قانون التنفيذ ما يلي (لا يجوز حبس المدين في جميع الأحوال الا بناءا على طلب من الدائن ...) ويلاحظ من هذا النص انه لا يجوز للقاضي اصدار قرار حبس المدين من تلقاء نفســه الا بنــاءا على طلب يتقدم به دائنه الى المنفذ العــدل ، لأن الحبس وجد لمصلحة الدائن والهدف منه التضييق وكسر عناد المدين المماطل والمتعنت عن تسديد الدين الذي بذمته ويكون ذلك من خلال طلــب كتابــي صريــح وواضح من حيث دلالته يطلب فيه الدائن حبــس المدين ، وان هذا الطلب الذي يقــدم الى المنفــذ العدل والذي يحيله بدوره على قــاضي البداءة الاول المختص ان لم يكن المنفذ العدل قاضيا يخضع للدراسة والتأمل فيما اذا كان موافقا للقانون من عدمه ، ومن غير هذا الطلب لا يمكن لمديرية التنفيذ عرض الأمر بحبس المدين حتى وان توافرت أسباب الحبس بحقه ، لان الدائن ربما لا يريد اللجوء الى هذه الوســيلة لتحصيل دينه لا ســيما اذا كان قريبا للمدين وذلك حفاظا على روابط القربى مثلا .

وجــاء في أحــد القــرارات التمييزية مايأتــي « لدى عطف النظر على القــرار المميز لوحظ انه غير صحيــح ومخالــف للقانــون ذلك ان الدائنه لم تطلب حبــس المدين بل طالبت بتكليفــه بتقديم كفيل ضامن وحيث ان المادة (٤٠) من قانون التنفيذ قد أشترطت أن يطلب الدائن حبس المدين أن توافرت شروطه وحيث أنه لم يقبل طلب الدائنة بتكليف المدين بتقديم كفـــيل ضامن لذا قرر نقض القرار الممـــيز وأخلاء سبيل المدين من الحبس ... «[١]

هــذا ودرجت مديريــات التنفيذ على أخذ موافقة الدائن في حبس المدين ابتداءا وعند أول مراجعة لــه وأخــذ توقيعه في حقل مخصــص لذلك الغرض (حبــس المدين) ضمن محتويات اســتمارة طلب التنفيــذ لأسباب متعددة منها ضمان حرية التحرك لها في تحصيل الحق من المدين بالتضييق عليه اذا تعنت او ماطل في تأدية الحق[٢] . وكذلك ايضا حتى لا يؤدي الى عرقلة وتأخير الأجراءات التنفيذية ، أضف الى ذلك جانب آخـــــر وهو الأجدر بالأعتبار هو عدم حصول مواجهة الدائن والمدين في وقت

١- قرار محكمة استئناف بغداد /الكرخ الاتحادية – بصفتها التمييزية :بالعدد ، ٦٨/تنفيذ/ ٢٠١٤ في ١٧/٤/٢٠١٤ ، غير منشور.

٢- القاضي أحمد جاسم محمد ، أحكام حبس المدين تنفيذا في القانون العراقي ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٦.

واحد امام المنفذ العدل الا نادرا ، أذ قد يحضر المدين بوسـاطة الشرطة أو طوعا الى مديرية التنفيذ لتسليم المحكوم به اذا كان مبلغا من النقود او أمتناعه عن تسديد اقساط التسوية المتراكمـة عليه لعدة أشهر او أمتناعه عن تسليم طفل الى حاضنته فهذه الحالات توجب الحـــــبس وان هذا القرار لا يتخذ الا بطلب من الدائن والذي قد لا يكون حاضرا وقت حضور أو أحضار المدين في مديرية التنفيذ ولحل ذلك الاشكال تقوم الأخيرة بأستحصال موافقة الدائن على حبس المدين مقدما ، والسؤال الذي يثار هنا بخصوص الدين الذي يتعدد دائنوه وقد اختلفوا فيما بينهم في طلب حبس المدين من عدمه فطلبه البعض في حين رفضه البعض الآخر ، ونظرا لسكوت قانون التنفيذ عن معالجة هذه المشكلة التي من الممكن حدوثها عمليا ، ذهب اتجاه الى أنه للمنفذ العدل ان يطلب ابتداءا وعند فتح الأضبارة التنفيذية ، تعيين أحد الدائنين ليكون مخولا وحده في تقديم الطلبات للمنفذ العدل[١] .

ونـرى أن موضـوع حبـس المديـن في حالة تعدد الدائنـين وطلب أحدهم الحبـس في حين رفض الآخـرون ذلـك ، فأن هذا الرفض لا يؤثر في مسـألة حبس المدين مـا دام أحد الدائنين قد طلبه حيال المدين لأن عدم طلب بعض الدائنين حبس المدين انما هو ءاسـقاط لحقهم وهذا الأسـقاط لا يسري على الآخرين ما داموا متمسكين به ، مع الأشارة الى انه لا يجوز لبقية الدائنين (الرافضين) أن يطلبوا حبـس المديـن بعد انقضاء الحبس لأي سـبب كان لانه لا يجـوز أن يحبس عن نفس الدين لأكثر من مرة واحدة .

٢ : عدم وجود مانع من موانع حبس المدين :

اذا طلـب الدائـن حبس مدينـه وتحققت حالة من حالات الحبس يقتـضي ذلك الحال عدم وجود مانع قانوني يحول دون اصدار قرار حبس المدين وهذه الموانع قد تتقرر لأعتبارات متعددة منها ما هو متعلق بشخص المدين او سنه اوعمله او طبيعة العلاقة التي نشأ عنها الألـــــــتزام (الأعتبار الاسري) وان هذه الموانع من حيث طبيعتها تقسـم الى موانع شـخصية وموانع موضوعية وسنشير بالتفصيل الى موانع الحبس لاحقا.

٣ : أن لا تكون للمدين اموال يجوز حجزها :

أن الغاية من الحبس هو اكراه المدين على اظهار امواله وتسديد ما عليه من دين مترتب في ذمته ، فأذا كانت لديه اموال يجوز حجزها وبيعها فعندها يمكن التنفيذ على تلك الأموال واستيفاء الدين من خلال بيعها ، ولا يبقى أي مبرر لطلب حبس المدين حتى وان كان ممتنعا عن التسديد لان وجود مثل تلك الأموال مع جواز ايقاع الحجز عليها وبيعها أحدى وسـائل التنفيذ الجبري التي يلجأ اليها

١-الدكتور عصمت عبد المجيد ، شرح احكام قانون التنفيذ في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء ، دار السنهوري ، ٢٠٢٠ ، ص٢١٨

في حال امتناع المدين عن التسديد وان الحبس الأكراهي كما هو معروف وسيلة لأكراه المدين الموسر على اظهار أمواله وتسديد الدين منها وليس غاية او عقوبة. [١]

وجاء في احد القرارات التمييزية الآتي :

« ان حبس المدين هو وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري تلجأ اليه مديرية التنفيذ للتضييق على المدين لتسديد الدين الذي بذمته متى ما أقتنع المنفذ العدل ان المدين قادر على الوفاء بالدين او بجزء منه ولم يبد تسوية مناسبة ولم تكن له اموال ظاهرة قابلة للحجز على وفق احكام المادة (٤٢/ اولا) من قانون التنفيذ ، فأذا كان للمدين اموال ظاهرة فأنها تحول دون اللجوء الى الحبس بعد التحقق من وجودها وجواز حجزها اذا طلب الدائن ذلك ...» [٢]

٤ : تحقق احد الحالات التي يجوز فيها حبس المدين :

لا يجوز للمنفذ العدل عرض أمر حبس المدين على قاضي البداءة الاول الا بعد ان يستنفذ الطرق القانونية كافة من أجل استيفاء الدين وتكليف المدين بحصر أمواله العقارية والمنقولة وبيان جميع موارده المالية وان يقرر تسوية مناسبة ثم يعرضها على الدائن فأذا لم يوافق عليها يتم تكليفه بأثبات المقدرة المالية للمدين على دفع تسوية أفضل من السابقة فأذا أثبت الدائن المقدرة المالية للمدين وعرض المدين تسوية أفضل ووافق عليها الدائن ففي هذا الحالة لا يجوز حبس المدين ، اما أذا لم يثبت الدائن المقدرة المالية يقرر المنفذ العدل الرجوع الى التسوية السابقة ، وورد في قرار تمييزي ما يلي « ... ان حبس المدين اجراء لا يلجأ اليه الا اذا ثبت ان المدين قادر على الوفاء وممتنع عن ذلك وحيث ان الدائن لم يثبت مقدرة المدين بالتالي يكون قرار المنفذ العدل برفض طلب حبس المدين موافق للقانون .... » [٣]

أشارت المواد (٤٢/ اولا – ثانيا ، ٤٨ ، ٤٩) و (٣٢/ثالثا) من قانون التنفيذ المعدل الى الحالات التي يجوز فيها حبس المدين :

أ – نصت المادة (٤٢/اولا) من قانون التنفيذ على الآتي :

(اذا اقتنع المنفذ العدل ان المدين قادر على الوفاء بالدين او بجزء منه ولم يبد تسوية مناسبة ولم تكن له اموال ظاهرة قابلة للحجز ، ورفض التسوية التي عرضها عليه المنفذ العدل جاز حبسه) ان القناعة التي استلزمها النص المذكور آنفا للمنفذ العدل تتأتى بناءا على

١- القاضي عدنان مايح بدر ، احكام قانون التنفيذ وتطبيقاته القضائية ، المكتبة القانونية ، بغداد ٢٠١٩ ، ص١٧٥.
٢-قرار محكمة استئناف بابل- بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٠١٧/٣٢٦ في ٢٥/١٠/ ٢٠١٧ ، غير منشور .

٣- قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية – بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٠١٧/٢٠ في ٢٠١٧/٢/٢٣ ، غير منشور

المعلومات التي يقدمها الدائن لأثبات المقدرة المالية لمدينه وهذا مقتضاه أنه اذا لم يثبت للمنفذ العـــدل أن المديـن قـادر على الوفاء بدفـع الدين او أمتنع عن الوفاء به فلا يجـوز حبس المدين . ٢[١]

يتضـح ممـا تقـدم انه ينبغي الآتي :أن يكـون المدين قادرا على الوفاء بالديـن كلا أو جزءا فعند احضـاره او حضـوره الى مديرية التنفيذ يكلف بحصر امواله المنقولة وغير المنقولة فأن أنكر وجود أمـوال لديـه عنـد ذلك يكلف الدائن بأثبات المقـدرة المالية للمدين فأن اثبتها بأدلـة واقتنع بها المنفذ العدل وامتنع المدين عن الوفاء بما قرره المنفذ العدل ولم تكن له اموال ظاهرة عد معاندا ومماطلا مما يجوز حبسه ، وهذا يتفق مع ما جاء في الشريعة الاسلامية السمحاء والمتمثل بقول الله جل وعلا في كتابـه الحكيـم : « وان كان ذو عـسرة فنظرة الى ميسرة « ، ويظهر من مفهوم المخالفة لآي الذكر القرآنـي أنـه اذا كان المدين ذا ميسرة فأن أمر حبسـه أولى من نظـرة الميسرة به كون الأخيرة تتقرر وتصـح في حـق المدين المعـسر ، اما المدين الموسر حاله فأن مماطلته ظلم اسـتنادا الى قول الرسـول الاكـرم محمد (ص) « مطـل الغني ظلم ، واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع « [٢]

بعـد أن يحـضر المدين طوعـا او جبرا الى مديرية التنفيذ يفهم بمضمـون القرار او المحرر المنفذ ويتم تكليفه بدفع الدين صفقة واحدة او أن يقدم تسـوية تتناسـب مع ملاءته المالية اذا تعذر عليه دفع الدين صفقة واحدة حيث ان التسـوية التي يقدمها المدين تكون محل نظر المنفذ العدل في حال كانت غير مناسـبة مع مقدرته المالية عند ذاك يحق للمنفذ العدل تعديل التسـوية المقترحـــــــة من قبل المدين على الوجه الذي يراه مناسبا مع حالته المالية عملا بأحكام المادة (٤٢) من قانون التنفيذ وبشـكل مناسـب يتلاءم ومقدرة المدين المالية ومقدار الدين وحسب ما يتوصل اليه المنفذ العدل من قناعة ، وفي قرار تمييزي أشير فيه « ...ذلك لأن المنفذ العدل برفعه التسوية التي عرضها المدين عن المتراكم وجعلها بواقع خمسمائة وخمسين الف دينار شهرياً بدلاً من مائتي الف دينار وبما يتلاءم مع حالته المالية ومقدار دين الاضبارة البالغ خمسين مليون دينار وثلثمائة وخمسة وسبعين الف دينار مع نفقة مستمرة مقدارها مائتان وخمسة وعشرون ألف دينار يكون قد استخدم صلاحيته وفق المادة ٣٢ / من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل وبما يضمن تحقيق التوازن بين مصلحتي الدائنة والمدين على وفق ما تنص عليه المادة ٢ /اولاً من القانون المذكور لا سيما وانه ثبت من كتاب كلية الفارابي الجامعة المبرز بالاضبارة ان المدين هو احد التدريسيين في الكلية ومستمر بالخدمة (مدرس مساعد) ويتقاضى راتباً شهرياً مقداره مليون وستمائة وخمسون الف دينار مما يؤكد قدرته مادياً على تسديد الدين وفق التسوية

١-مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص ١٦٨.

٢- ورد في صحيح البخاري ، تحقيق ، محمد زهير بن ناصر ، دار طوق النجاة ،١٤٢٢هـ

المفروضة عليه لذا قرر تصديق القرار « [١]

علما أن القانون لم يضع معيارا محددا لقناعة المنفذ العدل وانما جعل الموضوع وفقا للسلطة التي تخضع بدورها للأثبات والتدقيق والبحث ، لا للقناعة الشخصية التي يراها ، وان استنباط هذه القناعة مقيد بما يتوصل اليه من أدلة١[٢]، ولما كان أثبات يسار المدين يقع على عاتق الدائن وله أن يثبت مقدرة المدين المالية بكافة أدلة الاثبات والأمثلة كثيرة لا حصر لها كأن يكون مثلا كتابا من التسجيل العقاري يشير الى ان المدين قد باع عقارا ببدل كذا ، أو انه يملك دار سكن اخرى ، أو كتاب من غرفة التجارة يؤيد ممارسة المدين لعمل صناعي أو تجاري أو يطلب الدائن الأستماع الى البينة الشخصية ، اذ يستلزم والحالة هذه الاطمئنان من البينة الشخصية أي (يكون الشهود من المطلعين على حالة المدين او يقيمون في نفس محل أقامته او ممن يعملون معه في نفس السوق) ، فأذا شهدوا بأن المدين يمارس عملا تجاريا يجب بيان مكان المحل التجاري ونوع العمل الذي يمارسه ولمديرية التنفيذ التأكد من أي جهة رسمية اذا كان ممارسة العمل يخضع لرخصة منها ، فأذا تكونت للمنفذ العدل قناعة بأن المدين ذا مقدرة مالية ويستطيع تسديد الدين على وفق التسوية التي قررها ، وامتنع عن تسديد التسوية فمن المؤكد ان هذا المدين يريد المماطلة والتهرب عن الوفاء وفي هذه الحالة جاز حبسه[٣] ، وفي قرار تمييزي جاء فيه مايأتي « ... ان القرار المميز المتضمن حبس المدين استنادا لأحكام المادة (٤٢) من قانون التنفيذ وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث ان كل الظروف التي تم عرضها على مديرية التنفيذ تشير الى أن المدين قادر على الوفاء بالدين ولم يبد تسوية او تسديد قسط واحد ...» [٤]

ب - نصت المادة (٤٢/ثانيا) « اذا توقف المدين عن الوفاء بالتسوية التي وافق عليها جاز حبسه»

يشير مقتضى النص اذا ما قدم المدين تسوية لموضوع الدين المترتب بذمته وأبدى أستعداده لدفعه على وفق التسوية التي عرضها فقد يتخذ ءابداء التسوية أشكال وطرق مختلفة ويفضل المدين عادة الطريقه التي تلائمه حسب موارده المالية فتكون مواعيد التسوية أسبوعية او شهرية او سنوية اذا كان المدين مثلا من المزارعين لحين وقت جني المحاصيل الزراعية ويفترض صدق المدين فيما تعهد به أمام المنفذ العدل، وعند حصول الموافقة من قبل الدائن والمنفذ العدل على

١- قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٠٥/٢٠١٧ في ٢٧/٤/٢٠١٧ ، غير منشور .

٢- القاضي عدنان مايح بدر ، المصدر السابق ، ص ١٧٦.

٣-القاضي احمد جاسم محمد ، المصدر السابق ، ص ٦٥.

٤- ٣ قرار محكمة استئناف الديوانية الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد ٤/٢٠٠٨ في ١٦/١/٢٠٠٨ ، غير منشور .

تـــلك التسوية، ثم يقع بعـــدها ءاخلال من المدين بالتسوية أو توقفه عـــــــن التسديد في الموعد المحدد بالرغم من اســتحقاقها عليه يقرر المنفذ العدل اولا ءاحضاره جبرا وعندما يحضر بنفســه او يحضر الى مديرية التنفيـــــذ يكلفه المنفذ بالتسديد فأن أمتنع لعذر مقبول جاز أمهاله مدة مناسبة بحيث لا تتجاوز موعد قسـط التسـوية التالي ، واذا كان أمتناعه دون عذر مقبول فيجوز حبســه ، لأنه والحالة الأخيرة هذه أصبح في حكم المؤكد ان المدين يتهرب ويقصد من عدم التســديد للتســوية المعاندة والمماطلة عن الوفاء مما يجوز حبسه[١] ، وفي قرار تمييزي جاء فيه « ذلك ان المدين لم يلتزم بالتســوية المعروضة من قبله بتاريخ ٢٠١٩/٢/٩ عليه يكون ملزما بتســديد الاقســاط التي تخلف عن تســديدها في المواعيد المحددة وفقا لما جاء في المادة (٤٢/ثانيا) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لســنة ١٩٨٠ المعــدل التــي أجازت حبس المدين اذا توقف بالتســوية ، عليه تقرر تصديق القرار المميز ورد الطعن التمييزي .[٢]

ج - إمتناع المحكوم عليه تسليم الصغير الذي حكم عليه بتسليمه :

نصت المادة (٤٨) من قانون التنفيذ بحبس المحكوم عليه الممتنع عن تســليم الصغير مهما بلغت المدة حتى تســليمه للصغير ومن الطبيعي ان يســلم الصغير الى حاضنته وان المادة (٥٧) من قانون الأحــوال الشــخصية بينــت احكام الحضانة فالأم أحــق بحضانة الصغير حال قيــام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون ، ويأتي بعد الام الأب بحضانة الصغير وان فقد الصغير ابواه تنتقل حضانته الى عصبته من الرجال والنســاء ومع مايتفق ومصلحة المحضون ، فغالبا ما تصدر محاكم الأحوال الشــخصية أحكاما تتضمن اســقاط حضانة أم والزامها بتسليم الصغير الذي بحضانتها الى الأب أو العكس ، ففي مثل هذه الحالات تكلف مديرية التنفيذ المحكوم عليه بتسليم الصغير فورا أو خلال فترة زمنية معينة ، فأذا أمتنع عن تسليمه فورا وبعد أنتهاء المدة المحددة له وجب حبسه حتى يســلمه ، وحبس المدين هنا الزاميا لا كما مر في الحالات الســابقة وذلك مراعاة للجوانب الأنســانية حفاظا على حياة الصغير[٣] .

عــلى أنــه لا يجــوز الحبــس عندمــا يكون التســليم خارج عــن أرداة المحكــوم عليه كمــا لو كان المحضون مريضا او كان في فترة أداء الأمتحانات او تعرضه للخطف استنادا لأحكام المادة (٤٨) من

١- المحامــي فــوزي كاظــم المياحي ، التنفيذ الجبري وفقا لقانون التنفيذ العراقــي ، مطبعة دار الكتب والوثائق ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص١١٠ .

٢- محكمــة اســتئناف بغــداد الكــرخ الاتحادية / بصفتهــا التمييزية :بالعــدد ٣٢٦ /تنفيذ/ ٢٠١٩ والـــــــــمؤرخ ٢٠١٩/٥/٣٠ ، غير منشــور .

٣- مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص ١٧٠ .

قانـون التنفيـذ ، وجاء النص التشريعي حرصا على مصلحة المحضـون ولا تكون هذه جذبا لاحقاد وأنانية يكنها طرفي الخصومة لبعضهما البعض والا يكون محل هذه المجاذبة والكيدية طفل صغير لا حول له ولا قوة بل انه الطرف الخاسر الوحيد من النزاع بعد أن عين الحكم القضائي البينة التي اطمأن لها واليد الأمينة القادرة على أحتضانه ، ومن ثم فان ءامتناع المحكوم عليه عـــــــن تسليم الصغـير انمـا هو في الواقع ءايغال في ايذائه ومشاكسـة لامبرر لها حيال حكـم قضائي تحرى تماما مصلحـة الصغـير وحكم بها[١] . وان مـدة الحبس في هذه الحالة غير محـددة زمنيا فهي تمتد حتى يسلم المحكوم عليه الصغير او يثبت ان عدم تسليمه كما اسلفنا يأتي عن سبب خارج أرادته كفقده او وفاته اسـتنادا لنص المادة (٤٨) من قانون التنفيذ.

والسؤال الذي يطرح والحالة هذه ، هل يستفيد المحكوم عليه بتسليم الصغير من موانع الحبس اذا توفر أحدها في شـخصه ، كأن يكون تجاوز عمره السـتين عاما او كان موظفا ذا راتب يتقاضاه من الدولة او القطاع الاشتراكي ، وأمتنع عن تسليم الصغير؟

يمكننا الاجابة أنه لا يستفيد من تلك الموانع بل يتوجب الحبس حتى يسلم ذلك الصغير أو يثبت أن عـدم تسـليمه يأتي عن سـبب خارج عن أرادته ، لأن الموانع التـي ورد ذكرها في المادة (٤١) من قانون التنفيذ تمنع حبس المدين بدين كالنقود او المثليات ، وغيرها ودليل ذلك ان التعبير الذي أطلقه المـشرع في المـادة (٤١) منه وهـو تعبير (المدين) اما في المادة (٤٨) منه فانه أطلق تعبيـــر (المحكوم عليه) على من يلتزم بتسليم الصغير هذا من جانب ، ومن جانب اخر أحترام سيادة القانون ومراعاة الجوانب الأنسـانية ، ومراعاة الأخيرة تقتضي التضييق على المدين لجبره على تسـليم الصغير حفاظا على حياته لأن الحفاظ على الحياة اثمن من الحرية [٢] .

وفي قـرار تمييـزي جاء فيه (... ان موانع الحبس المشـار اليها في المادة (٤١) من قانون التنفيذ انمـا وجـدت لمراعاة الجوانب الانسـانية للمديـن وترجيحها على مصلحة الدائن في اسـتحصال دينه اذا أنهـا رجحت مصلحة انسـانية أولى بالرعاية من المصلحـة في الحصول على الدين ، بينما المصلحة في تسـليم الطفـل المحضون الذي هو بسـن الحضانة الموجبة للرعاية هي أرجـح من مصلحة المدين بمراعـاة حالتـه العمرية ، سـيما وأن عدم حبس المدين لاينهي الفرصة لـدى الدائن في متابعة اموال المديـن الأخـرى أو الحجـز عليها اذا كان التنفيـذ ينصب على مبلغ مالي بينما عـدم حبس المدين عند رفضه تسليم المحضون يؤدي الى عدم أمكانية تنفيذ الحكم بوسائل اخرى ، أضف الى ذلك فان نص المادة (٤٨) تنفيذ جاء منفردا ولا علاقة له بموانع الحبس وجاء لاحقا لها والذي نص وجوب حبس

١- المحامي ، فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ١١٤.

٢- مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص ١٧١.

المحكوم عليه مهما بلغت المدة حتى تسليم الصغير ...).[١] . وفي قرار تمييزي آخر»... ان المحكوم لم يطلب أي مهلة بل كرر قوله انه ممتنع عن تسليم الاطفال الى والدتهم دون ذكر الاسباب لذا فأن امتناع المحكوم عليه عن تسليم الاطفال بارادته اوجب حبسه حتى يسلمهم «٢[٢]. وتجدر الأشارة في هذا الصدد الى أمرين غاية في الأهمية أولاهما هو أنه في حالة قيام المحكوم عليه بتسليم الصغير الى حاضنته ، تنفيذا للحكم ، الا أنه بعد ذلك يقوم بأخذ الصغير بالقوة والاكراه ففي هذه الحالة لا يحتاج الدائن الى اقامة دعوى جديدة وصدور حكم جديد وأنما تعاد المعاملة التنفيذية مجددا من قبل مديرية التنفيذ طبقا لأحكام المادة (٣٥) من قانون التنفيذ التي نصت (اذا تم التنفيذ وفقا لأحكام هذا القانون ثم اخل المدين بذلك بدون سبب قانوني فتعاد معاملة التنفيذ ثانية) [٣] . أما الأمر الثاني هو ان المادة (٣٨٢) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنه ١٩٦٩ المعدل[٤] . اعتبرت الأمتناع عن تسليم الصغير جريمة يعاقب عليها بالحبس لمدة سنة وتعد جنحه، لكن طلب حبس المدين تنفيذا أيسر وأسهل للدائن من حبس المدين جزائيا كون الاخيرة تقتضي تحريك شكوى جزائية امام قاضي التحقيق وبعد اتمام اجراءات التحقيق يقرر القاضي احالته على المحكمة المختصة بنظر الدعوى والتي بدورها وعلى ضوء الادلة المتحصلة فيها لها أن تقرر أدانة الممتنع عن تسليم الصغير من عدمه.

د - امتناع المدين عن تسليم شيء معين :

يجوز حبس المدين الذي يمتنع عن تسليم شيء معين ليس بحكم الدين اذا لم يكن ذلك الشيء ظاهرا للعيان ، وعجر المدين عن تقديم أدلة مقنعه عن تلف الشيء أو ضياعه ، وهذه الحالة متصورة عندما يحكم على المدين مثلا بتسليم أوراق أو مستندات بحوزته او مواد أثرية كان قد استولى عليها ، او انه يلزم بذاته بموجب محرر من المحررات التنفيذية بتسليم مثل هذه الاشياء ثم يمتنع عن ذلك دون تقديم أدلة مقنعة عن تلف ذلك الشئ او ضياعه ففي هذه الحالة يجوز حبس المدين تضييقا عليه لأظهار ذلك الشئ .[٥]

١- قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية – بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٠١٩/١٦١ في ٢٠١٩/٤/١٠ ، غير منشور.

٢- قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية – بصفتها التمييزية :بالعدد ، ٢٠١٣/١١ في ٢٠١٣/١٢/١٩ غير منشور .

٣- حيدر عودة كاظم ، شرح قانون التنفيذ ، دراسة في ضوء النص والتطبيق القضائي ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ،٢٠٢٠ ، ص ١٧١.

٤- نصت المادة ١/٣٨٢ عقوبات عراقي – يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه من له حق في طلبه بناء على قرار او حكم صادر من جهة القضاء بشأن حضانته او حفظه ولم يسلمه اليه . ويسري هذا الحكم ولو كان المتكفل للطفل احد الوالدين او الجدين.

٥- مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص ١٧٠.

والمقصود بالأشياء غير الظاهرة للعيان هي الأشياء المعلومة والتي يمكن اخفاؤها بسهولة فاذا نفذ الدائن حكما يتضمن الزام المدين باعادة سيف أثري وتسليمه للدائن عينا ولم يتطرق الحكم الى قيمته او بدلا عنه نقدا في الحكم المنفذ ورغم قناعة المنفذ بان هذا الشئ والذي افترض أنه سيفا اثريا لازال بحوزة المدين ولم يقدم ادلة مقنعة عن تلفه او ضياعه جاز حبس المدين .[١]

أما اذا أثبت المـــدين أن المحكـــوم به هلك لأسباب خارجة عن ءارادته وأقتنع المنفذ العـــدل بذلـك فـلا يجوز حبسـه وللدائـن مطالبة المدين بقيمته ، امـا اذا عجز المدين عن أثبات هلاك الشـئ وتشير القرائن بانه يخفي المحكوم به ، فان المنفذ العدل يقرر عرض أمره على قاضي البداءة ليقرر حبسـه والأفضل أن يتخذ المنفذ العدل القرار بالتحري عن ذلك الشـئ بدلالة الدائن قبل أن يعرض أمـر حبسـه على القـاضي ، كأن يكون المدين الزم باعطاء عين معينة ليسـت من قبيل الدين وظاهرة للعيان الا أنه ممتنع عن تسليمها هنا تقوم المديرية المختصة بالتنفيذ وتسليم العين المعينة والظاهرة للعيـان جـبرا على المديـن وفقا لاحكام المـادة (٢٢/ اولا) من قانـون التنفيذ ويكـون للمنفذ العدل الأسـتعانة بأفراد الشرطة اسـتنادا لأحكام المادة (٢٨) منه في هذا الأجراء. [٢]

هـ - رفض المدين تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين :

ان هـذه الحالـة التـي يجـوز فيهـا حبس المدين حالـة جديدة تـم النص عليهـا بموجب قانون التعديـل السـادس رقـم (١٣) لسـنة ٢٠١٩ لقانون التنفيذ ، والمنشـور في جريـدة الوقائع العراقية :بالعـدد ٤٥٥٣ في ٢/٩/٢٠١٩ ، فقـد نصـت المادة السـابعة منـه الى اضافة الفقـرة ثالثا الى المادة الثانية والثلاثين من قانون التنفيذ والتي نصت « اذا رفض المدين تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين يفاتـح قـاضي البـداءة لحبس المدين لحين تقديـم كفيل ضامن « اذ أعطـت الصلاحية لمفاتحة قاضي البـداءة لطلـب حبـس المدين عند رفضه (المديـن) تقديم كفيل ضامن لتسـديد الدين المترتب في ذمته لمصلحة دائنه ولا يتخذ قرار باخلاء سبيله من الحبس المقرر قانونا الا بعد تقديم الكفيل الضامن مع وجوب مراعاة النصوص ذات ألشان ، وفي قرار تمييزي جاء فيـــــه (... اذ كان على السيد قاضي اول محكمـة البـداءة عدم أخلاء سـبيل المدين مـن الحبس الا بعد تقديمه كفيل ضامن لتسـديد دين الاضبارة حتى وان سـدد الأقسـاط التي بذمته والتي حبس من اجلها تنفيذا خشية العودة للمماطلة وضمانا لحق الدائنة وأولادها القاصرين الأربعة في اسـتيفاء تلك الديون تطبيقا لاحكام المادة (٣٢ / ثانيا وثالثا) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠ المعدل خاصة وان الدائنة سـبق وان طالبت

١- المحامي فوزي المياحي ، المصدر السابق ، ص ١١٣ .

٢- القاضي احمد جاسم محمد، المصدر السابق، ص٦٧.

بحبس المدين ...) .[١]

وان المشرع قصد من خلال الفقرة المذكورة ضمان الوفاء بالألتزام المترتب في ذمة المدين من خلال وسائل يتقي بها الدائن خطر أعسار مدينه ألا وهي (التأمينات) اذ أن الأخيرة تؤدي على أختلاف أنواعها وظيفة أقتصادية مهمة للدائن والمدين على حد سواء فهي تمنح الدائن الأمن والضمان وتوفر للمدين الثقة والائتمان ، وان مقتضى الكفالة وفقا للقواعد العامة الورادة في القانون المدني هي « ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام «[٢] ، وفي قرار تمييزي ورد فيه (... ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ، ذلك لأن حجز الراتب والمخصصات لايمنع من متابعة الأموال الأخرى للمدين أو كفيله على وفق ما نصت عليه أحكام المادتين (٣٢ / ثالثا - ٨٣) من قانون التنفيذ المعدل ...) .[٣]

وقتئذ يصبح للدائن بدلا من مدين واحد مدينان كلاهما مسؤولان عن الدين اما في وقت واحد او على التعاقب ، وعقد الكفالة يؤدي الى انشاء التزام جديد على عاتق الكفيل في مواجهة الدائن وهو الألتزام بضمان الدين الأصلي المترتب في ذمة المدين . أن الكفالة من نظم التأمينات الشخصية وهي الصورة النموذجية لهذه النظم فالكفالة تمنح الدائن ضمانا شخصيا بألتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفائه فيكون بذلك للدائن حق الضمان العام على مدينه وكذلك حق الضمان العام على كفيله. [٤]

وفي قرار تمييزي جاء فيه « ... وقد أورد المشرع حالة جديدة اجاز فيها حبس المدين بأضافة الفقرة (ثالثا) الى المادة (٣٢) من القانون بموجب قانون التعديل السادس لقانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة (١٩٨٠) وتكون في حالة رفض المدين تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين ويستمر الحبس لحين تقديم الكفيل استثناءا من تحديد مدة الحبس التنفيذي التي لا تزيد على أربعة اشهر، وترى هذه المحكمة ان المشرع قد اوجد هذا النص للقضاء على حالات المماطلة والتسويف لدى بعض المدينين المقتدرين ماليا على سداد الدين صفقة واحدة او وفقا للتسوية التي يفرضها المنفذ العدل بموجب الاجراءات المنصوص عليها في المادة (٣١) من القانون خاصة اذا كانوا ممن تنطبق عليهم الاستثناءات المنصوص عليها في المادة (٤١) من القانون ، اذ وجد المشرع بأن المدين ممن لم يكمل

١- قرار محكمة استئناف المثنى الاتحادية – بصفتها التمييزية :بالعدد ، ٢٠٢٠/١٩ في ٢٠٢٠/٣/١٩ غير منشور .
٢-المادة (١٠٠٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٣- ٣ قرار محكمة استئناف البصرة الاتحادية – بصفتها التمييزية :بالعدد ، ٢٠٢٠/٢٠٩ في ٢٠٢٠/١٢/١٤ غير منشور.
٤- د . علي فوزي ابراهيم الموسوي ، شرح عقد الكفالة ، طبعة اولى ، نور العين ، ص ١٠.

الثامنة عشر من العمر او تجاوز الستين من عمره او كان ذا راتبا او اجر او كان من اصول او فروع الدائـن او ازواجـه او اخوتـه ، وهم الاغلبية ممـن يمتنعون عن أداء الديـون وان ثبت للمنفذ العدل مقدرتهـم المالية متمسـكين بأحدى الاسـتثناءات التـي اوردها المشرع ، وقـد كان النص قبل تعديله يعالـج تلك الحالات بألزام المدين بتقديم كفيل يضمن تسـديد التسـوية التـي فرضها المنفذ العدل ، لكن الحالات العملية قد اثبتت امتناع من يتمتع باحدى أسـتثناءات الحبس حتى عن احضار الكفيل مطمئنا بعدم وجود وسيلة لأجباره على ذلك مما يتعذر معه تحصيل الديون ووقوف دوائر التنفيذ عاجـزة عـن معالجـة تلك الحـالات ، مما يقتضي معه جـواز حبس المدين وفقا للنـص المذكور بغية تحقيـق الهـدف من تشريع قانون التنفيـذ وهو صيانة الحقوق والقضاء عـلى ظاهرة تعطيل تنفيذ الأحـكام والمحررات وبما يكفل الحماية والثقة والأسـتقلال في العلاقات القانونية وتحقيق التوازن بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين ، واذ ان المدين هو من كان قد عرض سداد الدين وفقا للتسوية التـي وافـق عليها الدائن بمحضر مشـترك بتاريـخ ٢٠١٨/٣/٢٦ الى انه ممتنع عـن الوفاء بها منذ أكثر من سنة كما انه ممتنع عن احضار كفيل رغم صدور قرار من منفذ العدل بذلك متبعا اسلوب المماطلة والتسـويف متمسـكا بنص القانون بعدم جواز حبسه كونه قد تجاوز الستين

من عـــمره ، وحيـــــث أن قاضي محـــكمة بداءة النعمـــانية قد قـــــــرر رفض حبس المدين رغم وجود النص الجديد من المادة (٣٢) من قانون التنفيذ دون أن يدرك وجهة النظـر المتقدمـة والحكمة والعلة التـي توخاها المشرع من النص المذكـور [١] . وعند التمعن بالقرار المذكـور يتضـح أن المحكمة أسـتندت فيه الى ان النص التشريعي ورد بشـكل مطلـق واذ أن المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة عليه ، ولم يورد المشرع فيه (نصا او دلالة) عـلى ذلـك التقييد أضافة الى عدم وجود مايشـير الى مراعاة موانع الحبس الواردة في المادة (٤١) من قانـون التنفيـذ المعـــــدل ، وفي قرار تمييزي آخر لذات المحكمة وبـذات المبدأ ... وحيث ان النص المذكور جاء مطلقا ولم يرد فيه ما يشير الى مراعاة موانع الحبس الواردة في المادة (٤١) من قانون التنفيذ مما يعني ان الموظف المقتدر ماليا ملزم بتقديم كفيل ضامن للدين بقدر ما يتعلق بأمكانياته المالية التي تجعله قادرا على وفاء الدين بغض النظر عما يتقاضاه من راتب وأن هذا القول ينسجم مع ما قصده المشرع لضمان حماية حقوق الدائن ومن أجل القضاء على ظاهرة تعطيل تنفيذ الاحكام والمحـررات)[٢] . وبنظـرة فاحصة للنص نجده لم يورد الأجابة عن تسـاؤلات عديدة قد تثار بصدد تطبيقه منها على سـبيل المثال لا الحصر، هل أن صلاحية مفاتحة قاضي البداءة بحبس المدين تكون

١- قرار محكمة استئناف واسط الاتحادية - بصفتها التمييزية المرقم ٧١ / تنفيذ/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٤ .

٢-قرار محكمة استئناف واسط الاتحادية - بصفتها التمييزية المرقم ٣٣٥ / تنفيذ/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٩/٢٤ .

بناءا على قناعة المنفذ العدل فقط ام انها تقتضي ان تكون بناءا على طلب الدائن كما هو مقرر بنص المادة (٤٠/اولا) من قانون التنفيذ المعدل والتي تنص (لا يجوز حبس المدين في جميع الاحوال الا بناءا على طلب من الدائن وقرار من المنفذ العدل ان كان قاضيا) ، وهل أن مدة الحبس في النص المذكور مطلقة ام أن الامر يقتضي مراعاة الحدود المنصوص عليها قانونا في حبس المدين والتي في كل الاحوال يجب ان لا تزيد على مدة أربعة اشهر ، وهل ان الاستثناءات التي اوردها قانون التنفيذ بخصوص حبس المدين يجب مراعاتها عند عدم تقديم المدين للكفيل الضامن لتسديد الدين ، وما هو مدى التزام الكفيل الضامن في تسديد الدين ، وهل ان مجئ النص بهذا الأطلاق من قبل المشرع مقتضاه مرونة في تطبيقه ام قصور تشريعي .

نخلص مما تقدم ذكره ان النص التشريعي الوارد في قانون التعديل السادس لقانون التنفيذ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية :بالعدد ٤٥٥٣ في ٢/٩/٢٠١٩ ، يفهم من ءايراده غاية ألا وهي القضاء على حالات المماطلة والتسويف لدى بعض المدينين المقتدرين ماليا على سداد الدين صفقة واحدة او وفقا للتسوية التي يفرضها المنفذ العدل بموجب الاجراءات المنصوص عليها في المادة (٣١) من القانون خاصة وأن كانوا ممن تنطبق عليهم الأستثناءات المنصوص عليها في المادة (٤١) من القانون ، ءالا انه ورغم ذلك جاء النص مبهما وغير واضح ودقيق في صياغته بخصوص تقديم المدين لكفيل ضامن تسديدا للدين المترتب في ذمته ، كونه لم يقدم اجابة وافية وكافية للتساؤلات التي قد تثار بصدده من حيث متطلبات تطبيقه واجراءاته وحيثياته وما يترتب عليه من اثار ، ءالا اننا نرى وجوب مراعاة الأحكام الواردة بحبس المدين في الفصل الثالث من الباب الثالث من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل وتحت عنوان (الاكراه البدني)، ومن نواح عدة منها أن مسألة عرض أمر الحبس على قاضي البداءة يكون بطلب من الدائن استجابة لمتطلبات المادة (٤٠) من قانون التنفيذ المعدل ولا يكون بناءا على قرار من قبل المنفذ ، وكذلك مراعاة المدة المشار اليها في المادة (٤٣) من قانون التنفيذ والتي يجب ألا تزيد على كل حال على أربعة اشهر ، أضف الى ذلك مراعاة موانع الحبس الواردة بنص المادة (٤١) من القانون المذكور والنظر الى النصوص القانونية الخاصة بحبس المدين كوحدة واحدة ونسيج مترابط يكمل بعضه بعضا.

الفرع الثاني: موانع حبس المدين:

لايجوز حبس المدين في الأحوال كلها حتى لو تحققت الشروط القانونية للحبس اذ قد يقف مانع يحول دون حبس المدين ، وان هذه الموانع قد تكون لأسباب أنسانية تتعلق بشخص المدين او أسباب تتعلق بطبيعة عمله او لأسباب تتعلق بالمصلحة العليا ، ويمكن رد تلك الموانع من حيث

طبيعتها الى موانع شخصية وموانع موضوعية ، وتجدر الأشارة الى أن عدم جواز حبس المدين ولو كان مقتدرا على الدفع ، هو منع مؤقت في أغلب الأحوال وليس دائما ، فمتى زال مثلا السبب الأنساني الذي تقرر من أجله عدم الحبس كان بأمكان الدائن أن يعاود طلب الحبس لزوال سبب المنع ، وعملا بالقواعد الفقهية « ماجاء بعذر بطل بزواله » و «اذا زال المانع عاد الممنوع» [١] . ونصت المادة (٤١) من قانون التنفيذ على موانع لحبس المدين وقد أوردت تلك الموانع على سبيل الحصر وهي كالآتي :

١- أعسار المدين :

ابتداءا يقع عبء أثبات يسار المدين على عاتق الدائن فأذا أثبت الدائن يسار المدين جاز حبسه ، اما اذا اثبت المدين أعساره وعجز الدائن عن اثبات العكس عندها لا يجوز حبسه لأن حبس المدين وسيلة لأجباره على أظهار أمواله فأذا كان معسرا لا مبرر عند ذاك للحبس ، اذ أنه ينبغي أن يكون ذلك الأعسار حقيقيا لا صوريا ومسألة اعسار المدين ليست خاضعة لتقدير المنفذ العدل الشخصي بل هي خاضعة للأثبات والتدقيق والبحث للتأكد من حالة يسار المدين او اعساره قبل أن يقدم المنفذ العدل على قبول طلب حبس المدين او رفضه[٢] ، ونجد في هذا المجال ان المشرع العراقي قد تقيد تماما بروح الشريعة الاسلامية السمحاء في حال كان المدين معسرا امتثالا للآية الكريمة **(وإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ..)** .

الا أن هذا المانع لا يعني على مطلق الحال تفضيلها المدين المعسر وتخليها ، عن صاحب الحق وهو الدائن أنما أعطى الحق للدائن بمراقبة مدينه فاذا ظهرت له اموال سواء كانت تلك الأموال منقولة أو غير منقولة فيمكن له ان يطلب حجزها ومن ثم بيعها بواسطة مديرية التنفيذ وأستيفاء الدين من ثمنها ، ثم أنه

متى ما أصبح المدين ميسور الحال وأمتنع عن الوفاء رضاءا جاز حبسه[٣] .

وفي قرار تمييزي جاء فيه « ... ان حبس المدين أجراء لايلجأ اليه ألا اذا ثبت أن المدين قادر على الوفاء وممتنع عن ذلك ، وحيث ان الدائن لم يثبت ذلك وبالتالي يكون قرار المنفذ العدل برفض طلب حبس المدين موافق للقانون»[٤] .

١- المادتين ٢٣ ، ٢٤ من مجلة الاحكام العدلية .

٢- القاضي عدنان مايح بدر، المصدر السابق ، ص ١٧٦-١٧٧.

٣- المحامي فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ٩٩.

٤- قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية - بصفتها التمييزية ، :بالعدد ، ٢٠١٧/٢٠ في ٢٠١٧/٢/٢٣ غير منشور.

هذا مع ضرورة الأشـارة الى ان نطاق المنع هنا يكون محله الألتزام بدفع مبلغ من النقود ترتب بذمة المدين كدين او الأشياء المثلية التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء بها ، اما اذا كان محل الالتزام تسليم طفل فأن أعسار المدين هنا لا يمنع من حبسه لعدم تعلق الأمر بالمقدرة المالية.

٢- عمر المدين :

المديـن الـذي لـم يكمل الثامنة عشر مـن العمر يعد قاصرا والحبس يلحق الضرر به ولايحسـن عواقبه ولهذا السـبب كان مانعا من حبسـه وللدائن ان يلاحق المدين كلما ظهرت له أموال لغرض حجزها وبيعها لقاء دينه، وعموما فان عمر المدين يعرف من خلال الوثائق الرسمية كهوية الاحوال المدنيـة وجـواز السـفر وغيرها، وكذلـك ان القانون منع حبس المدين اذا جاوز عمره السـتين سـنة مراعـاة لكبر سـنه فهو بأمس الحاجـة الى الأعتناء بصحته ورعايته وان الحبـس قد تكون له نتائج وخيمة عليه[١]

وفي قرار تمييزي جاء فيه (لدى عطف النظر على القرار وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلـك ان المنفـذ العدل لـم يتأكد من عمر المدين بوثيقة رسـمية تطبيقا لاحكام المـادة ٤١/ ثانيا من قانون التنفيذ وفيما اذا كان عمره قد جاوز التسـين من عدمه ...) .[٢]

وفي قرار تمييزي جاء فيه ...

ذلـك ان المـادة (٤١/ثانيـا) مـن قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠ المعدل قـد نصت على عدم جـواز حبـس المديـن اذا لـم يكمل الثامنـة عشر من عمره او جاوز عمره سـتين سـنة ، والثابت من الأضبارة التنفيذية ان عمر المدين قد تجاوز ستين سنة وهو من مواليد (١٤/٥/١٩٥٨) عليه يكون القرار المميز الذي قضى بحبس المدين قد جانب الصواب ، لذا تقرر نقضه وأعادة الأضبارة التنفيذية لمرجعها لاتباع ما تقدم .[٣]

وفي قرار تمييزي آخر ورد فيه...

(... ان المدين حسـب مطالعة المنفذ العدل هو من مواليد ١/٧/١٩٤٩ وحيث انه لايجوز حبس المدين اذا لم يكمل الثامنة عشر من العمر أو اذا تجاوز عمره ستين سنة وفق المادة (٤١/ثانيا) من قانون التنفيذ وبذلك يكون القرار المميز برفض الطلب بحبس المدين صحيح وموافق للقانون ...) [٤]

١- القاضي احمد جاسم محمد ، المصدر السابق ، ص ٣٣.

٢- قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية - بصفتها التمييزية ، :بالعدد ، ٨٠/٢٠٠٩ في ٧/٩/٢٠٠٩ غير منشور.

٣- قـرار محكمـة اسـتئناف بغـداد الكـرخ الاتحاديـة / بصفتهـا التمييزيـة :بالعـدد ٢٣١ /تنفيـذ/ ٢٠١٩ والمؤرخ ٢٤/٤/٢٠١٩ غـير منشـور .

٤- قرار محكمة استئناف القادسية / بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٥ /تنفيذ/ ٢٠١٧ والمؤرخ ٢٢/٢/٢٠١٧ غـــير منشـــــــور .

لكن الواقع العملي أبرز كثيرا من الاشـخاص الذين تجاوزت اعمارهم السـتين سـنة يمارسـون الاعمال التجارية والحرفية مما يترتب عليهم التزامات وان عدم حبس أولئك سيشجعهم للتهرب من دفع الدين فمن الأفضل تحديد عمر المدين بسقف أعلى مما هو مقرر قانونا وان المدين الذي بلغ من العمر عتيا ولا يرغب بأبراء ذمته لا يسـتحق هذه المنحة.

٣- القرابة والزواج :

نصـت الفقـرة (ثالثا) من المادة (٤١) من قانون التنفيذ لا يجوز حبس المدين اذا كان من اصول الدائـن أو فروعـه أو اخوته أو زوجته مالم يكـن الدين نفقة محكوم بها وأن المشرع قصد هذا المنع لحمايـة وصيانـة الروابط العائلية لان حبس المدين القريـب يؤدي الى ضغائن لا تمحى حتى الموت، وان ضياع الاموال أهون من تفكك العلاقات الأسـرية وقد تكون هذه سببا لجذب الاحقاد والأنانية، هذا من جانـب ومن جانب آخـر فان تلك الصلـة تجعل الدائن أعلم بأموال قريبه المدين ومكان اخفائها لينفذ عليها .١[١]

وفي قرار تمييزي مبدأه ...

« ... ذلـك ان المديـن قد دفع امـام المنفذ العدل في محضر المتابعة المـؤرخ ٢٠١٨/٧/١٩ وامام قاضي البداءه الاول لمحكمة بداءة المحمودية في محضر المتابعة المؤرخ ٢٠١٨/٨/٢٨ ، بأن الزوجية بينـه وبـين الدائنة ما زالت قائمة ، لذا كان على قاضي بـداءة المحمودية التحقق من صحة دفعه قبل أتخـاذ قـراره المميـز ، ذلك ان قيام الزوجية بين الدائنه والمدين يعتـبر مانعا من موانع حبس المدين باسـتثناء حالـة واحـدة فقط وهي كون الديـن المنفذ نفقة ، وفقـا لما جاء في المـادة (٤١/ثالثا) من قانـون التنفيذ رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠ المعدل ولمـا كان دين الاضبارة التنفيذيـة يتعلق بالمهر المؤجل وليس النفقه عليه تقرر نقض القرار المميز واعادة الاضبارة التنفيذية لمرجعها لاتباع ما تقدم . [٢]

ويجـب عـلى المنفـذ العدل قبـل أن يصدر قـراره بالحبس أن يتأكـد ويتحرى عن نـوع العلاقة التـي تربط الدائن بمدينه ، وأن المشـمولين بهذا الحكم أصـول الدائن الأب والأم وان علوا والفروع (الابنـاء) وان نزلـوا والاخوة والاخوات مهما كانوا أشـقاءه أو أخوته لأبيـه أو لأمه لان النص ورد مطلقا والمطلق يجري على اطلاقه ، وفي قرار تمييزي آخر » ذلك ان طلب حبس المدين قدم من قبل شـقيقه الدائن (ح.ع.ج) وحيث أن المادة (٤١/ثالثا) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠ المعدل قـد نصـت على عدم جواز حبس المدين اذا كان مـن أصول الدائن أو فروعه أو أخوانه أو زوجاته ما

١- القاضي عبد الهادي العلاق ، المصدر السابق ، ص ٨١ .

٢-قـرار محكمـة اسـتئناف بغـداد الكـرخ الاتحاديـة / بصفتهـا التمييزيـه :بالعـدد ٥٢٠ /تنفيـذ/ ٢٠١٩ والمـؤرخ ٢٠١٨/٩/٩ غـير منشـور .

لم يكن الدين نفقة محكوم بها ، عليه يكون القرار المميز المتضمن رفض طلب الدائن بحبس المدين صحيحا وموافقا لأحكام القانون[١] .

وكذلك يشمل النص زوجات الدائن مع قيام رابطة الزوجية كونها هي المانع اما اذا أنتهت تلك الرابطة فلا يكون هناك مانع من حبس المدين لأنه اذا زال المانع عاد الممنوع وفي قرار تمييزي جاء فيه (... بما ان الثابت من الأضبارة التنفيذية ان العلاقة الزوجية ما بين الدائنة وزوجها المدين قائمة بينهما ولم يحصل طلاق او تفريق لذا يكون قرار القاضي برفض طلب الدائنة حبس المدين (زوجها) صحيح وموافق للقانون) .[٢]

ولم يشتمل النص على الأعمام والعمات والأخوال والخالات ، وقد استثنى القانون اذا كان الدين عن نفقة لأن النفقة ضرورية للمعيشة ولديمومة الحياة والحرص على تأمين المعيشة لمن قررت له رغم الروابط العائليه وان المحكوم له بالنفقة كثيرا ما يكون في حالة عوز ويحتاج للنفقة لسد حاجة عاجلة لا تحتمل التأخير ، لذلك ولأهمية النفقة ولكونها دينا متجددا يجوز حبس المدين كلما أمتنع عن تسديد النفقة المحكوم بها ولا يمنع من حبسه اذا سبق وان تم حبسه لعدم تسديد تلك النفقة لأن كل قسط من اقساط النفقة يعتبر دينا مستقلا بحد ذاته ويكون المدين المحكوم عليه بها غير مشمول بحكم المادة (٤٠/ ثالثا) من قانون التنفيذ . [٣]

هذا مع ضرورة الاشارة أن المشرع عد الامتناع عن أداء النفقة او اجرة الحضانة او الرضاعة جريمة معاقب عليها في قانون العقوبات وفق احكام المادة (٣٨٤ ق.ع) وان تحريك الدعوى الجزائية تكون من صاحب الشأن أي الدائن .

٤- اذا كان المدين يتقاضى راتبا من الدولة أو القطاع العام :

نص القانون صراحة على عدم جواز حبس المدين الذي يتقاضى راتبا من الدولة أو مؤسسات القطاع العام وان القصد من هذا المنع لأنتظام سير وديمومة المرافق العامة حتى لا يخل ذلك أو يعطل الوظيفة العامة ، كي لا تتوقف الاخيرة عن مهامها ، فقد أشارت المادة (٢١٤) من القانون المدني الى « يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام» ويشمل هذا الحكم كل موظف يتقاضى راتبا من الدولة على الملاك الدائم والموظفين الذين يتقاضون أجرا على الملاك المؤقت اضافة

١- ٣ قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية / بصفتها التمييزيه :بالعدد ١٣٢ /تنفيذ/ ٢٠١٩ والمؤرخ ٢٠١٩/٣/١٤ غير منشور .

٢- المحامي رحيم حرجان عودة العتابي ، قرارات المنفذ العدل وقضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ١٧ .

٣-احمد خليل ، المصدر السابق ، ص ٣٧ .

الى أن غـــرض الحبس انتفى بحجز الراتب أو الأجر لتسـديد الدين .[١] وفي قرار تمييزي جاء فيـه» ذلـك أن المديـن هو موظف ويتقاضى راتب شـهري مـن الدولة ، وذلك يعد مانـع قانوني من حبسه وفقا لأحكام المادة (٤١/رابعا) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل ، أي انه لم يعد بالأمكان اللجوء الى الحبس بأعتباره أحد وسـائل التنفيذ الجبري المنصوص عليها في قانون التنفيذ آنف الذكر، وانما يصار الى اللجوء الى وسائل التنفيذ الجبري الأخرى وهذا ما راعاه المنفذ العدل في قراره المميز من خلال تكليف الدائنه بأثبات ان للمدين اموال قابلة للحجز للتنفيذ عليها واستحصال ديـن الأضبـارة التنفيذية ، عليه تقرر تصديق القرار المميز ورد الطعن التمييزي .[٢]

والسؤال الذي يطرح هنا هل يجوز حبس المدين الذي يتقاضى راتبا تقاعديا ؟ نص المادة (٤١/ رابعا) جاء مطلقا واشـتمل على كل مدين يتقاضى راتبا من الدولة أو القطاع العام ، وأنه سـبق وأن ذكرنـا أن حبـس الموظـف يؤدي الى تعثر سـير المرفق العام الذي يعمل فيه وهـذا لا نجده في حبس المدين الـــــــــــذي يتقاضى راتبا تقاعديا ، وقد تأرجحت قرارات محاكم الأستئناف بصفتها التمييزية بحبس المدين بين من أعتبرته بحكم الموظف وانه لا يجوز حبسـه وبين من جوزت حبسـه بأعتبـاره غـير ذلك ، وفي قـرار تمييزي ورد فيه (... اذا كان المدين متقاعـدا ويتقاضى راتبا تقاعديا وأن المنفـذ العـدل قرر وضع الحجز على راتبه التقاعدي فلا يجـوز لقاضي محكمة البداءة بأعتباره منفذ عدل حبس المدين لعدم جواز حبس المدين اذا كان ذا راتب او أجر يتقاضاه من الدولة...). [٣]

الا أن الأتجاه السـائد في هذا الصدد لمحاكم الأسـتئناف بصفتها التمييزية هو جواز حبس المدين الـذي يتقـاضى راتبـا تقاعديـا كون أن حبـس المدين المتقاعد لا يـؤدي الى تعثر سـير المرفق العام . وفي قـرار تمييـزي جـاء ما يلي «.. وحيث ان الحكم المنفذ قد تم ابطالـه نتيجة الاعتراض على الحكم الغيابي مما يقتضي بالمميز اعادة المبالغ المسـتلمة من قبله ودون حاجة لاسـتحصال حكم بـــــذلك استـــــــــــــنادا لأحكـــــــــــــام المـــــــــــــادة (٥١/أولا) من قانون التنـــفيذ المرقم ٤٥ لسنـــــــــــة ١٩٨٠ المعـــــدل ولرفضه أعادة المبالغ المستلمـــــــة

أو عـــرض تســـويـة مـــناسبة لتسديـــــده يكون قرار حبسه موافقا لأحكام القانون ، ولا سـند قانونـي لما أورده من دفوع بلائحتـه التمييزية كونه متقاعد ولا يجوز حبسـه ، ذلك أن القيد

١- فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ١٠٤.

٢- قـرار محكمـة اسـتئناف بغـداد الكـرخ الاتحاديـة / بصفتهـا التمييزيـه :بالعـدد ٤٥٠ /تنفيـذ/ ٢٠١٩ والمؤرخ ٢٠١٩/٧/٢٥ غـير منشـور .

٣- قرار محكمة استئناف بابل الأتحادية / بصفتها التمييزيه :بالعدد ٣١٦ /تنفيذ/ ٢٠١٧ والمؤرخ ٢٥/١٠/ ٢٠١٧ .

الوارد في المادة (٤١/رابعا) من ذات القانون المشـار اليه أعلاه يسري فقط على من كان ذا راتب أو أجـر يتقاضـاه مـن الدولة أو القطاع العام ومسـتمر بوظيفته حتى لا يخل ذلـك أو يعطل الوظيفة العامـة وهـذا لا يسري على المتقاعدين ، لذا تقرر تصديـق القرار المميز ورد الطعن التمييزي .[١]

٥- انقضاء الدين أو سقوطه بأي وجه من الوجوه :

بما أن الحبس الأكراهي هو لأجبار المدين على سداد الدين الذي بذمته وهو ليس عقوبة جزائية كالتـي ينالهـا المـدان أو المجرم والمنصوص عليها في قانون العقوبـات أو أي قانون عقابي آخر ، لذا فأن المدين لا يجوز أن يتخذ بحقه قرار الحبس عند أنقضاء الدين المترتب في ذمته ، وليس المقصود من أنقضاء الدين هنا ، هو ذلك الذي يتم بطريق الوفاء ، اذ أننا نرى في هذا الوفاء الطريق الطبيعي لأنقضـاء الدين ، واذا كان المقصود به ذلك فانه لا يسـتلزم النـص عليه في القانون حيث ان النتيجة الطبيعيـة للوفـاء بالدين من قبل المدين أو غيره هو غلق الأضبارة التنفيذية ، لكن المقصود بأنقضاء الدين او بسقوطه هو ذاك الذي يحصل بغير طريق الوفاء و ينتهي الدين به من الوجود بما يعادل الوفـاء مثـلا بصوره المتعـددة الواردة في القانون المدني العراقي وهي الوفـاء بمقابل أو المقاصة أو التجديد والأنابة أو اتحاد الذمة.

٦- حجز أموال المدين :

اذا كانـت هنـاك للمدين أموال ظاهرة للعيان فللدائن أن يطلب من المنفذ العدل حجزها اذا كانت قابلة للحجز ، فأن حجز اموال المدين يكون مانعا لحبسه لأن الأصل ملاحقة المدين في أمواله وليس شـخصه ولقد سـبق الأشارة الى أن حبس المدين هو وسـيلة قررها المشرع استثناءا من الأصل العام وليـس غايـة اذ أن مسـوغه هو الضغط على ارادة المدين لاظهار أموالـه التي أخفاها ومادامت هناك مثل تلك الاموال القابلة للحجز فلا محل للحبس ضده ، ما لم يكن السـبب الناشـئ عن الحبس هو أمتناع المحكوم عليه عن تسـليم الصغير الذي حكم عليه بتسليمه.

٧- اذا كان المدين قد حبس عن ذات الدين :

لم يجوز قانون التنفيذ حبس المدين عن الدين نفسه أكثر من مرة واحدة فأذا حبس المدين عن دينه وقضى مدة حبسـه أو أخلي سـبيله من الحبس بطلب من الدائن أو لأي سـبب كان ولم يسـدد الدين فلا يجوز حبسه ثانية عن ذلك الدين لأن حبسه ثانية عن ذلك الدين لا يؤدي الغرض من الحبس أذا كان قد قضى مدة حبسه ولم يظهر أمواله وحتى لا يكون الحبس وسيلة أبتزاز بيد الدائن ، أما اذا أخلي سبيله من

١- قـرار محكمـة اسـتئناف بغـداد الكـرخ الاتحاديـة / بصفتهـا التمييزيـه :بالعـدد ٥٨٥ /تنفيـذ/ ٢٠١٩ والمؤرخ ٢٠١٩/١٠/٧ غـير منشـور.

السجن لأصابته بمرض لا يرجى شفاؤه فأن هذا القيد يبقى قائما مادام المرض مستمرا ،[١] . والسؤال الذي يطرح هنا هل يجوز حبس المدين الذي قضى مدة حبسه عن دين ثاني ؟

الجـواب في الأصـل وكمبـدأ عام ان كل التزام ايا كان طبيعتـه يترتب على عاتق المدين يصبح دينا في الذمة لمصلحة دائنيه ، وعند حلول آجال الديون فأنه يحق للدائنين أن يطلبوا حبس مدينهم ان توافرت في طلباتهم الشروط التي أستلزمها القانون في حبس المدين ، وأن عدم جواز حبس المدين لأكثر من مرة انما يتحقق المنع فيه اذا تعلق الحبس بالأضبارة التنفيذية نفسها ، أما اذا تعددت الأضابير التنفيذية فيجوز حبس المدين ولو تعددت مدد الحبس ولا تكون هذه المدد مشـمولة بحكم النص المتعلق بالمنع وفي قرار تمييزي « ... ان حبس المدين عن اضبارة تنفيذية اخرى لا يمنع من حبسه عن دين اخر أذ أن العبرة بعدم جواز الحبس عن دين واحد مرتين وبالتالي كان على المنفذ العدل التحقق من شروط أنطباق المادتيـــن (٤٠/٤١) من قانون التنفيذ ...» [٢]

الا أنه ما ينبغي الاشارة أليه في هذا الصدد هو الأخذ بنظر الاعتبار المدة الزمنية الفاصلة بين الحبس الاول وطلب الحبس الثاني اذ أن الهدف المحدد في القانون من الحبس هو أكراه المدين على أظهار امواله ، وحيث انه لم ينتج عن الحبس الأول غرضه بأظهار أموال المدين وكانت المدة بين أنقضاء حبس المدين وطلب حبسه ثانية قصيرة ، لذا لا فائـــــــــدة ترجى من حبسه ثانية بعد مدة وجيزة من أنقضائه ، لكن اذا مرت مدة زمنية مناسـبة يمكن معها أن يكون للمدين خلالها رصيد من مال فيمكن حبسـه اذا توافرت أسباب الحبس . [٣]

المطلب الثاني : السلطة المختصة باصدار قرار الحبس ومدته واثاره

الفرع الاول : السلطة المختصة باصدار قرار الحبس :

يذهـب الفقـه الى أن دعـوى التنفيذ تقوم على « مجموعة مـن الأركان الموضوعية « وهي وجود سـلطة مختصة تقوم بتطبيق القانون ، وسـند تنفيذي بيد الدائن يثبت حقه في ذمة المدين ، وحيث أن الشـخص الـذي يملك السـند التنفيذي (الدائن) والـذي له الحق الثابت فيـه ، والمحقق الوجود ، الحـآل الأداء ، المعلـوم المقـدار ، غير المخالـف للنظام العام والآداب ، لا بد لـه وحفاظا على المصلحة العامـة وحفظـا للحقوق ان يراجع سـلطة مختصـة لها الحق في التنفيذ بدلا من أسـتيفاء حقه بيده مهمـا كان دينـه ثابتـا في ذمة مدينه ، والا كان عرضة للمسـاءلة القانونية ، وبمـا أن قانون التنفيذ أسـتحدث وظيفـة المنفذ العدل ومنحه كافـة الصلاحيات التي كانت لرئيـس التنفيذ في ظل القانون

١- القاضي شعلان جاسم نيران ، حبس المدين وفق احكام قانون التنفيذ العراقي ، ٢٠١١ ، ص ٥٠ .
٢- قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية :بالعدد ٣٩/٢٠١٤ المؤرخ ٢٧/٢/٢٠١٤ ، غير منشور .
٣- مدحت المحمود، المصدر السابق، ص١٦٧.

الملغي وأستثنى من ذلك صلاحية الحبس وحصر تلك الصلاحية بالقاضي والسبب في هذا حتى يكون قرار الحبس ذا صفة قضائية وليست أدارية . [١]

فأذا كان القاضي ينظر أعمال مديرية التنفيذ بالأضافة الى أعمال المحكمة فيجمع صفة منفذ عدل الى صفته الأصليه ألا وهي القضاء فيقرر حبس المدين ان توافرت شروط الحبس وعدم وجود مانع قانوني وهذا ماقضت به المادة (٤٠/اولا) من قانون التنفيذ .

واذا لم يكن المنفذ العدل قاضيا ورأى توافر شروط الحبس في المدين ولم يوجد مانع قانوني من حبسه فيعرض الأمر على قاضي محكمة البداءة الأول وحسب الأختصاص المكاني للمحكمة التي تقع مديرية التنفيذ ضمن دائرة أعمالها المكانية . أما عن كيفية عرض طلب الحبس على القاضي فيشرع المنفذ العدل لبيان الأسباب التي حدت به الى عرض ذاك الطلب كتوقف المدين عن تسديد اقساط التسوية او عدم دفع الدين مع قدرته على الوفاء اوعدم تسليم طفل الى حاضنته ويكون الطلب معنونا الى القاضي ويرسل برفقة الطلب الأضبارة والمدين ان كان حاضرا وبأمرة أفراد الشرطة ، والقاضي بعد اطلاعه ودراسة طلب المنفذ العدل ودراسة الأضبارة التنفيذية يكون هو صاحب القرار النهائي ان شاء حبس المدين وان شاء رفض الطلب كل ذلك وفقا لما قرره القانون ويكون قراره في كلا الحالتين قابلا للطعن تمييزا لدى

محكمة الأستئناف لتلك المنطقة بصفتها التمييزية ، وفي قرار تمييزي أشير فيه « ... ان قاضي البداءة الأول هو المختص بأصدار القرار الخاص بحبس المدين عندما لا يكون المنفذ العدل قاضيا استنادا لصراحة المادة (٤١/ثانيا) من قانون التنفيذ ... » [٢]

وتجدر الأشارة الى انه ليس من حق القاضي تعديل التسوية بزيادتها أو أنقاصها أو أمهال المدين مهلة أضافيه بعد رفضه حبس المدين لان هذه الأعمال تخرج عن صلاحيته وتعود هذه الصلاحيات الى المنفذ العدل ، وفي قرار آخر لمحكمة الاستئناف بصفتها التمييزية أشير فيه « وجد إن الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية ومشتملاً على أسبابه تقرر قبوله شكلا وعند عطف النظر على القرار المميز المؤرخ ٢٠١٧/١/١٦ تبين بانه مخالف للأصول وإحكام القانون وذلك لأن القاضي الأول لمحكمة بداءة المحمودية تصدى لمسائل هي من اختصاص المنفذ العدل وذلك بتكليفه الدائنة بإثبات المقدرة المالية للمدين في حين أن دوره يقتصر على إصدار القرار بحبس

١- عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص ٣١ .

٢- قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٠١٧/٧٩ المؤرخ ٢٠١٧/٣/٢٥ ، غير منشور .

المدين من عدمه على وفق ما تنص عليه الفقرة ثانياً من المادة ٤٠/ من قانون التنفيذ لذا قرر نقض القـرار المميز وإعادة الاضبـارة الى مرجعها لإتباع ما تقدم . [١]

وبعد صدور قرار الحبس يرسل المدين الى السجن مباشرة اذا كان حاضرا بمذكرة الحبس ، ولا يجوز اخلاء سبيله قبل انتهاء مدة الحبس .[٢]

الفرع الثاني : مدة الحبس واثاره :

أن المـشرع لـم يـترك مدة الحبـس دون تحديد فليس من المعقول أن يكـون ذلك على وفق أرادة القاضي أو الدائن وانما لابد من وجود نص قانوني حاكم يحدد تلك المدة وقد حدد المشرع في قانون التنفيـذ المعـدل مدة الحبس بأربعة اشـهر ولايجوز زيـادة مدة الحبس بأي حال عمـا ذكر ، خلافا للقانون الملغي رقم ٣٠ لسـنة ١٩٥٧ الذي حدد مـــدة الحبس بسـتة أشهر ، ان المشرع خفض مدة الحبس وجعلها لا تزيد عن أربعة اشـهر في قانـــون التنـــــفيذ الحالي ولم يبين سـبب ذلك ضمن النص او ضمن الأسباب الموجبة للقانون وأن تخفيض مدة الحـــــبس لا نـــجد لها مسوغا بعـد تشـابك العلاقات الأقتصاديـة والتجارية ونمو حركـة التبادل التجاري بين الأفراد ، وتشـعب الالتزامات وتعدد اطرافها مما يقتضـــي التشديد في مدة الحبس حماية لحقوق الدائنين حيال المدينين المماطلـين والمعانديـن ، مع الاشـارة الى أن القانون منع حبس المديـن وجعله لا يجوز لأكثر من مرة واحـدة عـن نفس الدين ، لكن القانون اسـتثنى عـدة حالات منها اذا كان الديـن المنفذ نفقة فيجوز حبس المدين كلما أمتنع عن تسديد قسط من اقساطها لأنها دين متجدد وكذلك حالة أمتناع المحكوم عليـة مـن تسـليم الصغير الى حاضنته ليقرر حبسـه حتى يسـلم الصغير وتنظم مذكـرة الحبس الى أشعار آخر.

ممـا تقـدم يتضـح أن للقـاضي أن يقرر الحبـس بحق المديـن الذي تحققت في شـخصه شروط الحبس والذي قد يكون ليوم واحد أو أسـبوع أو شـهر على أن لا تتجاوز المدة المذكورة اعلاه وفقا للسـلطة التقديريـة للقـاضي مراعيا في ذلك مقدار الديـن ومدى تعنت المدين وأمتناعه عن التسـديد وأحواله الشـخصية ، أما بخصوص احتسـاب المدة فانها تبتدئ من يوم أيداع المدين السـجن .

وفي قرار تمييزي جاء فيه ...

« اذ سـبق للمديـن وان حـضر في محـضر المتابعه المـؤرخ ٢٠١٨/١٢/٢ وطلب تقسـيط مبلغ

١-قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (١٠٦/ت/٢٠١٧) المؤرخ ٢٠١٧/٣/٧ ، غيـر منشور .

٢- ٣ الاستاذ سعيد مبارك ، المصدر السابق ، ص٩٣ .

النفقه المتراكمة ووافقت الدائنة على ذلك وقرر المنفذ العدل تقسيطها بواقع مائـــــــه الف دينار شـهريا ولم يلتزم بذلك وأخذ يتهرب من التسـديد وصدرت بحقه مذكرة احضار جبري رغم امهاله بتسديد المبلغ ولم يقم بذلك مما يؤكد عدم جدية المدين وتعنته لتسديد الدين المنفذ والبالغ ثمانمائة وخمسـة وعـشرون ألف دينار اضافة للنفقات المسـتمرة للزوجه الدائنـة وأولاده (م) و (ش) و (أ) وحيـث ان الحبس من وسـائل التنفيذ الجبري والتي يتم اللجوء اليهـا عند امتناع المدين عن التنفيذ رضـاءا ، ولمـا كان الدين المنفذ هو عن نفقة وهي ضروريـة لحياة الزوجه الدائنه وأولادها ، وحيث ان مدة الحبس يجب أن تتناسـب مع درجة تعنت المدين عليه تكون مدة الحبس المفروضة بموجب القرار المميز قليلة ولا تتناسب مع درجة تعنت المدين لذا تقرر نقض القرار المميز وأعادة الأضبارة لمرجعها لمراعاة ما تقدم .[١]

أمـا عـن كيفية تنفيـذ الحبس فأنه يجـوز ان يقرر القـاضي الحبس بحق المديـن بحضوره كما يجـوز أن يصـدر قرار الحبس بغيابه . وتنظيم مذكرة الحبس يكون بنسـختين ترسـل احداهما مع المدين برفقة المأمور الى دائرة الأصلاح وتحفظ النسخة الثانية في أضبارة التنفيذ هذا اذا كان المدين حاضرا ، أما اذا كان المدين غائبا وكان في منطقة مديرية التنفيذ التي قررت الحبس فيصدر القاضي أمرا بالقبض عليه وينفذ بوسـاطة أفراد الشرطة وتتبع الأجراءات المذكورة أعلاه وفي قرار تمييزي أشير فيه ...

« ... ان عـدم حضـور المدينة في الموعد المحدد وعدم تسـليمها الطفلة يعطـي الحق للدائنة طلب حبس المدينة ويصبح معه قرار السيد قاضي محكمة البداءة بحبس المدينة وأصـــــدار أمر القبض بحقها تطبيقا سـليما للقانون ... » [٢]

أمـا اذا كان المديـن خـارج منطقـة مديريـة التنفيذ وصدر قـرار الحبس بغيابه فتنـاب مديرية التنفيذ التي يسكن المدين ضمن دائرتها المكانية ويرسل اليها أمر القبض وان مديرية التنفيذ المنابة تـودع أمـر القبض لدى مركز الشرطـة المختص مكانيا لتنفيذه ، ويجـب أن تتضمن مذكرة الحبس (اسـم مديرية التنفيذ التي أصدرتها واسم الدائن ومدة الحبس وتاريخ أبتداء الحبس ومقدار الدين ومصاريفـة) اذا تقـرر حبسـه عن كل الدين ، أما اذا تقرر حبس المدين لتوقفه عن تسـديد أقسـاط التسـوية فيذكر مقدار مجموع الأقسـاط غير المدفوعة وتذيل المذكـرة بتوقيع القاضي والمنفذ العدل ونتيجة لصدور القرار بحبس المدين قد يضطر وينصاع هو او أحد ممن له علاقة به الى دفـــــع دينه قبل تنفيذ قرار الحبس بحقه او بعده ، و ينبغي ان يكون مدير السـجن على بينة من ذلك كله

١- قـرار محكمـة اسـتئناف بغـداد الكـرخ الاتحاديـة / بصفتهـا التمييزيـه :بالعـدد ١٨٥ /تنفيـذ/ ٢٠١٩ والمؤرخ ٤/٤/٢٠١٩ غير منشـــور.

٢- قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٢٠/٢٠١٦ في ٢٧/١١/٢٠١٦ غير منشور .

كونه ملزم بأخلاء سبيله حالا اذ تحقق الفرض المذكور آنفا ويتوجب على أدارة السجن أرسال مبلغ الدين الى دائرة التنفيذ المختصة كل ذلك استنادا لأحكام المادة (المادة ٤٧/ أولا ، ثانيا ، وثالثا) من قانون التنفيذ . [١]

أما بالنسبة لآثار حبس المدين فتتمثل بالآتي:

ان الأثر الابرز والاهم لحبس المدين هو عدم سقوط الدين من ذمة المدين أذ يستطيع الدائن ملاحقة اموال المدين وطلب حجزها كلما ظهرت له أموال.

مما تقدم يتضح ايضا ان لحبس المدين من حيث اطراف المعاملة التنفيذية أثران أولاهما ايجابي وثانيهما سلبي فالأثر الأيجابي بالنسبة للدائن هو الأستجابة الى طلبه بحبس المدين وأجباره على أظهار امواله ووفاء دينه .

أما الأثر السلبي فهو من جانب المدين بالتضييق عليه في الحبس والجائه واكراهه على اظهار امواله وتسديد الدين من تلك الأموال بعد أن اخفاها عن دائنه لكن في بعض الأحوال قد لا يستفاد الدائن من حبس مدينه وذلك اذا أنقضت مدة الحبس من غير أن يحصل على الوفاء فهذه الحالة تؤكد بأن المدين معسر والمعسر لا يطالب بالوفاء الا اذا أثبت الدائن بوجود مال له يتمكن من حجزه وبيعه تنفيذا وتسديد الدين من ثمنه ، ولا يجوز حبس المدين والحالة تلك عن الدين نفسه ثانية.

١-القاضي عبد الهادي العلاق ، المصدر السابق ، ص٨٥ .

المطلب الثالث : حالات اخلاء سبيل المدين وطرق الطعن بقرار الحبس

الفرع الاول : اخلاء سبيل المدين من الحبس :

ان بحبس المدين (الحبس الأكراهي) وفق أحكام قانون التنفيذ المعدل فبالأمكان الرجوع عنه وأخلاء سبيل المدين من حبسه ويكون هذا الأخلاء قبل أنتهاء مدة الحبس اذا تحققت أحدى الحالات التي نصت عليها المادة (٤٦) من قانون التنفيذ ، ذلك أن المدين يحاول في أغلب الأحوال المماطلة والمرواغة في تنفيذ ما بذمته من دين أو التزام ، الا أنه عندما يفاجئ بقرار حبسه وتنظيم مذكرة بذلك الشأن ومن ثم يساق الى السجن ، عندئذ قد يتغير الحال فيبادر هو أو من له علاقة به لتسديد دينه أو تنفيذ التزامه . [١]

والحالات التي أوردتها المادة المذكورة هي :

١- عندما يدفع الدين الذي حبس من أجله:

اذا بادر المدين أو أحد ممن له علاقة به وسدد الدين الذي حبس من أجله وهو الشائع من واقع حال عمل مديريات التنفيذ ، اذ أن المدين غالبا ما يقوم بسداد الدين بمجرد ايداعه الحبس سواء كان الحبس ناشئا بسبب أمتناعه عن دفع كل الدين أو بسبب توقفه عن تسديد أقساط التسوية أو بسبب عدم تسليم حلي ذهبية مثلا فأن مبادرته وسداده الدين الذي حبس من أجله يؤدي الى أخلاء سبيله ولو كان في اليوم الأول من مدة الحبس اذ أن الغاية من حبس المدين هو أجباره على الوفاء وانه بتسديده للدين الذي بذمته تنتفي الحاجة الى الأستمرار بحبسه ، وعلى المنفذ العدل عند تنظيم مذكرة الحبس بحق المدين أن يدون مقدار الدين ومصاريفه لأن المدين اذا دفع دينه وهو في السجن فان مدير السجن ملزم باخلاء سبيله حالا وتقوم أدارة السجن بأرسال مبلغ الدين الى دائرة التنفيذ المختصة كل ذلك استنادا لأحكام المادة(المادة ٤٧/ اولا ، ثانيا ، وثالثا من قانون التنفيذ) . [٢]

٢- عندما يحجز على أموال المدين:

عندما تظهر للمدين أموالا سواء أكانت تلك الأموال منقولة أو غير منقولة كرصيد مالي في أحد البنوك ويتم الحجز عليها لحساب الدائن وكانت تلك الأموال كافية للوفاء بدين المدين ، فليس هنالك داع والحالة هذه في حبس المدين ، ويشترط في الحجز أن يكون كافيا لسداد الدين والمصاريف فاذا كانت قيمة الأموال المحجوزة لا تكفي لسداد الدين أو المصاريف ففي هذه الحالة يستمر الحبس عن

١- القاضي عبود صالح مهدي التميمي ،شرح قانون التنفيذ ، مطبعة الخيرات ، ط ١ ، بغداد ،٢٠٠٠، ص ١٣٨.
٢-المحامي فوزي كاظم المياحي، المصدر السابق، ص١١٧.

المبلغ المتبقي في ذمة المدين ، وفي قرار تمييزي أشير فيه.

« ... أن حبس المدين تنفيذيا هو وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري تلجأ اليه مديرية التنفيذ للتضييق على المدين لتسديد الدين الذي بذمته متى ما أقتنع المنفذ العدل أن المدين قادر على الوفاء بالدين أو بجزء منه ولم يبد تسوية مناسبة ولم تكن له أموال ظاهرة قابلة للحجز على وفق احكام المادة (٤٢/اولا) من قانون التنفيذ فأذا كان للمدين أموال ظاهرة فأنها تحول دون اللجوء الى الحبس او أستمراره بعد التحقق من وجودها وجواز حجزها اذا طلب الدائن ذلك ... » [١]

و نطاق هذه الحالة ينحصر في الألتزام الذي يكون محله دفع مبلغ من النقود (دين) او اذا كان من جنس المثليات التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء بها ، اما اذا كان محل الالتزام تسليم صغير وحبس المدين لهذا السبب ، فان حجز أمواله لا يعتد به كسبب لأخلاء سبيل المدين من الحبس لتعذر اللجوء الى الألتزام بالتعويض فيما يتعلق بتلسيم الصغير كل ذلك استنادا لنص المادة (٤٨) من قانون التنفيذ . [٢]

٣- اذا طلب الدائن ءاخلاء سبيل مدينه من الحبس :

لما كان حبس المدين لا يتقرر ءالا بطلب من الدائن وشرع الحبس لمصلحة الأخير ، فله أن يطلب أخلاء سبيل مدينه قبل أنتهاء مدة حبسه وقد يدل طلب الدائن بأخلاء سبيل مدينه من السجن بأحتمال أستيفاء حقه أو تصالحه معه او اشتراطه شروطا ما ، ومتى طلب الدائن أخلاء سبيل مدينه سيتحتم على مديرية التنفيذ أخلاء سبيل المدين من السجن ، لكن ما تجدر الأشارة اليه في هذا المجال هو أنه لا يجوز حبس للمدين مرة اخرى عن الدين نفسه بموجب الحكم أو السند التنفيذي الذي حبس من أجله أبتداءا وأخلي سبيله ، حيث ان القانون منح الدائن حق طلب حبس مدينه القادر على الوفاء مرة واحدة ولا يحق له تجديد الطلب لمرة ثانية.

٤- اذا أبتلي بمرض لا يرجى شفاؤه :

اذا ظهر أن المدين أبتلي بمرض لايرجى شفاؤه والمقصود بالمرض الذي يعد سببا لأخلاء سبيل المدين قبل أنتهاء مدة الحبس هو المرض الذي يصيبه وهو داخل السجن كأصابته بمرض السكري أو أرتفاع ضغط الدم المزمنين أو مرض السرطان على أن يتأكد ذلك بتقرير طبي من لجنة طبية رسمية مختصة ، لأن مرض المدين يعتبر ضررا يلحق بحياته ويتوجب أزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف ، فاذا أصيب المدين بمرض لايرجى شفاؤه وهو ضرر أشد من ضرر عدم استيفاء الدائن لحقه ، فانه يتطلب أخلاء سبيله من السجن بنص القانون مراعاة لحياة المدين وصحته ، أضف الى

١- قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد ٢٠١٧/٣٢٦ في ٢٠١٧/١٠/٢٥ غير منشور.
٢- د. عمار سعدون المشهداني ، المصدر السابق ، ص ١٣٦ .

ذلك أنه لا فائدة من بقائه في السجن لأن بقاءه قد يعجل بوفاته مما يتنافى والاعتبارات الانسانية ، لذا يخلى سبيله من السجن حالا .[١] . ونرى بأنه اذا ما تم التأكد بأن المدين كان مصابا بمرض لا يرجى شفاؤه أبتداءا لا يجوز حبسه ويكون ذلك مانعا من موانع الحبس ، اذ يفترض أن الفقرة (رابعا من المادة ٤٦) من قانون التنفيذ أن تأخذ تسلسلها مع النصوص القانونية الخاصه بموانع حبس المدين هذا مع بيان الى أنه أذا شاء الله جلا وعلا أن يشفي المدين من مرضه وليس ذلك على الله بعسير ، او أن العلم من الناحية الطبية أوجد بعد أخلاء سبيل المدين علاجا شافيا فالأحرى هنا عدم جواز حبس المدين عن ذات الدين لمرة أخرى لأنه لا يجوز الحبس لأكثر من مرة واحدة عن نفس الدين لأنه ورد في نص مطلق والمطلق يجري على اطلاقه . [٢]

الفرع الثاني : الطعن بقرار حبس المدين:

ان حبس المدين كما سبق القول يكون بتوافر الشروط التي أستلزم القانون توافرها ليقرر القاضي بعد ذلك كله حبس المدين من عدمه ، وقرار القاضي بحبس المدين يكون قابلا للطعن فيه تمييزا من المدين لدى محكمة أستئناف منطقة مديرية التنفيذ / بصفتها التمييزية خلال سبعة أيام من تاريخ ءايداعه السجن أستنادا لصراحة نص المادة (١٢٤) من قانون التنفيذ (يكون قرار قاضي محكمة البداءة الصادر بحبس المدين قابلا للطعن فيه تمييزا من قبل المدين لدى محكمة استئناف المنطقة خلال « سبعة أيام « من تاريخ ايداعه السجن ، وفي حالة رفض القاضي حبس المدين فللدائن الطعن فيه تمييزا خلال « سبعة ايام « من اليوم التالي لصدور القرار) .

هذا مع ملاحظة انه ليس من صلاحية قاضي البداءة الأول المعروض عليه أمر الحبس الخروج عما منصوص على صلاحيته المقررة في الفقرة ثانيا من المادة (٤٠) من قانون التنفيذ فهي تنحصر أما بالأستجابة الى طلب المنفذ العدل المرفوع أليه بحبس المدين ان توافرت أسبابه او برفض الطلب وليس له تخطي هذه الصلاحية بأعطاء المدين مدة امهال جديدة لتسديد الدين ، أو تعديل التسوية التي عرضها المدين لتسديد دينه ، أضافة الى أن قرار قاضي البداءة الأول المتضمن تهديد المدين بالحبس اذا لم يسدد الدين لا سند له من القانون لأنه اتخذ خلافا للصلاحية المحددة في المادة المذكورة اعلاه[٣] . وان الطعن بقرار قاضي البداءة تمييزا ينبغي أن يكون خلال المدة المقررة قانونا ، أضافة الى تقديم الطعن بعريضة الى محكمة أستئناف المنطقة بصفتها التمييزية ، أو الى المنفذ

١- د. عمار سعدون المشهداني ، المصدر السابق ، ص ١٣٨.
٢- القاضي عبود صالح مهدي التميمي ، المصدر السابق ، ص ١٣٥-١٣٦.
٣- مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص ٣٢٣ .

العدل الذي عليه ان يحيلها الى محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية . وفي قرار تمييزي جاء فيه ... «وان الدائن / المميز قد تبلغ به بوساطة وكيلته المحامية (ر.أ.ج) بذات اليوم وقدم طعنه التمييزي وسدد عنه الرسم بتاريخ ٢٠١٧/٩/١١ لذا يكون الطعن التمييزي مقدم خارج المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٢٤) من قانون التنفيذ رقم (٤٥) لسنة ١٩٨٠ المعدل وحيث ان المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد أنقضاء المدد القانونية لذا تقرر رد الطعن التمييزي شكلاً» . [١]

علاوة على الشروط أعلاه والتي نص عليها قانون التنفيذ ، يجب أن تتوافر الشروط العامة للتمييز المقررة في قانون المرافعات المدنية كوقوع التمييز من قبل ذوي العلاقة او من يمثلهم قانونا أو اتفاقا وعدم تعلق العريضة التمييزية بأكثر من قضية .[٢]

هذا مع ضرورة الأشارة الى أنه قد ثار الجدل حول القرار التمييزي الصادر عن محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية في الأضابير التنفيذية بصفة عامة ومنها المتعلقة بحبس المدين وهل يقبل هذا القرار التصحيح كطريق من طرق الطعن ام لا يقبل ذلك ؟

للاجابة على هذا التساؤل لا بد من استعراض ما ورد في ذلك الصدد من أراء وهي لا تخرج عن احد الرأيين التاليين ، الأول منهما أرتأى جواز الطعن بالقرار التمييزي الصادر بطريق قبول طلب التصحيح او رفضه وسند هذا الرأي هو نص المادة (٢١٩) من قانون المرافعات المدنية التي جوزت الطعن في قرارات محكمة الأستئناف بصفتها التمييزية بالطريق المذكور أعلاه وفي الأحوال التي بينتها هذه المادة ، فليس هناك داع لسد هذا الطريق امام من يباشره بأعتبار ان قانون المرافعات المدنية هو قانون عام يختص بالقواعد الأجرائية ومنها طرق الطعن وكذلك بأعتباره المرجع لكافة القوانين الاجرائية. [٣]

أما الرأي الثاني فذهب أنصاره الى عدم جواز قبول تصحيح القرارات التمييزية المتعلقة بالأضابير التنفيذية ومنها قبول طلب حبس المدين او رفضه وذلك للأسباب الأتية :

ان حكم المادة (١١٨) من قانون التنفيذ تحدد طرق الطعن التي يمكن سلوكها من قبل الطاعن بشأن قرارات المنفذ العدل وقد حصرها في التظلم والتمييز .

عدم امكانية تطبيق قواعد قانون المرافعات والخاصة بطلب تصحيح القرارات التمييزية على

١-قرار محكمة استئناف الكرخ – بصفتها التمييزية :بالعدد (٥٧٨/ت/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٩/٢٥ ، غير منشور.
٢- د. سعيد مبارك ، المصدر السابق ، ص ١٨ .
٣-مدحت المحمود ، المصدر السابق ، ص ٣٢٤ .

قـرارات المنفذ العدل للآتي بيانه :

أ. أن المـشرع لـم ينـص في قانون التنفيذ على تصحيح القرار في القانـون النافذ على الرغم من وجـوده في القانون الملغـي ، فالمشرع لو كان يرغب في الأبقاء عليه لنص على ذلك .

ب. أن تطبيـق قانـون المرافعات وهو قانون عام لا يكون ءالا عند خلو القانون الخـــــاص (قانون التنفيذ) من حكمه ، وأذ انه يوجد نص حاكم حدد طرق الطعن التي يمكن سلوكها بشـأنه في المـواد (١١٨-٢٤) من قانون التنفيـذ فلا مجال لاعمال قواعـد قانون المرافعات المدنية ، أضافة الى ذلك أن قانون التنفيذ يعد قانون خاص وهو بالتالي يقيد أحكام القانون العـــــام (قانون المرافعات المدنية).

وأننـا نـرى ان مـا ذهب اليه أنصـار الأتجاه الثاني هـو الأصوب والأكثر دقـة وموضوعية لأنه يستند الى مجموعة من الأسباب والحجج المنطقية التي سبق أيرادها آنفا وترجح كفته على ما ذهب اليـه انصـار الأتجـاه الاول ، أضف الى ذلك أنه يعتبر الأتجاه السـائد لأغلب أن لم تكن جميع محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية في العراق ، وفي قرار تمييزي جاء فيه « بعد التدقيق والمداولة وجد ان طلـب التصحيـح قد انصب على القرار التمييزي الصادر من هذه الهيئة :بالعدد ٤٧٤/تنفيذ/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/١٥ المتضمـن تصديـق قرار المنفذ العدل في المحمودية المؤرخ ٢٠١٨/٨/٩ ، وحيث ان المادة ١١٨ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ قد حددت طرق الطعن في قرارات المنفذ العـــدل بطريقين فقط وهما (التظلم ، التمييز) وليس من بينها طلب تصحيح القرار التمييزي ، عليه تقرر رد طلب التصحيح شـكلا وقيد التأمينات المدفوعة ايرادا للخزينة « [١]

وكذلك في قرار آخر لذات المحكمة ...

«بعـد التدقيـق والمداولة وجد بأن طلب التدخـل التمييزي أنصب على القـرار التمييزي الصادر عـن هذه الهيأة :بالعـدد ١١٩/تنفيذ/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٣/١٢ قضى بتصديـق قرار المنفذ العدل في ٢٠١٧/٢/٧ وإذ أن المـادة ١١٨/ مـن قانون التنفيذ حـدد طرق الطعن بقرارات المنفذ العدل وهما التظلم من القرار والتمييز وليس من ضمنها الطعن بطريق التدخل التمييزي مما يستوجب رد طلب التدخـل من هـذه الجهة لذا قرر رد طلب التدخل التمييزي» [٢]

١- محكمـة اسـتئناف بغداد الكـرخ الاتحادية - بصفتها التمييزيـة (:بالعدد ٦٤٨/تنفيـذ/ ٢٠١٨) في ٢٠١٨/١١/٨ غير منشور .

٢-محكمـة اسـتئناف بغداد الكـرخ الاتحادية – بصفتها التمييزية (:بالعـدد ٣٨٥/تنفيذ ٢٠١٧) في ٢٠١٧/٦/١٨ غير منشور.

الخاتمة

ان حبس المدين هو ءاجراء أخذ به المشرع العراقي في قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل وهـو من جملة الوسـائل التي يلجأ أليها الدائن للضغط عـلى مدينه المماطل وحمله على الوفاء وذلك مـن خـلال توافر الشروط التي أسـتلزمها القانون ، وتبين لنا من خـلال هذا البحث أن حبس المدين عن الدين الذي في ذمته ليس قاعدة عامة ، وانما هو أستثناء لأن الأصل في محل التنفيذ هو ما يملكه المدين من أموال وليس شخص المدين (جسده) .

ونخلـص مـن ذلك أن « الأكـراه البدني « الـذي أورده المشرع العراقي في قانـون التنفيذ الحالي على الرغم من تحفظنا على التسـمية ، له فوائد اجتماعية واقتصادية جمة ، فهو الضامن لأسـتقرار التعاملات التجارية والمدنية بين الأفراد على حد سـواء ، وتنشـيط أقتصاد البلاد ، فكثير من المدينين لا يقوموا بالوفاء طوعا واختيارا لولا وجود السلطة القضائية والسلطة التنفيذية (مديرية التنفيذ) عـلى حد سـواء فـالأولى هي المختصة بأصدار قـرار الحبس والثانية هي التي تتـولى التنفيذ ، وطالما ان الحبـس الأكراهي أمر جوازي يخضع لسـلطة القـاضي التقديرية بتوافر شروطه وأنتفاء موانعه والتـي يكـون مؤداها تحقيق العدالة لطرفي الأضبارة التنفيذية معـا (الدائن والمدين) بحيث لا ينتج عن الحبس ظلم أجتماعي قد يتعذر أصلاحه اذا ما وقع ، خاصة وأن الحبس قيد على حرية الأنسان ، لذلـك تميـل أكثـر التشريعـات الى التضييق من نطاقـه ، بعد ان بينا ماهية حبـس المدين والأحكام القانونيـة المنظمـة له فقد خلصنا من كل ذلك الى بعـض من النتائج والمقترحات التي يمكن ايجازها بما يلي :

اولا - النتائج :

١. سـاير المـشرع العراقـي في قانون التنفيذ في أغلـب نصوصه روح الشريعة الاسـلامية التي أقامـت احكامها في تحديـد العلاقة بين الدائن والمدين على مبـادئ متوازنة فحفظت للدائن حقه ، وراعت أحوال المدين يسـارا أو ءاعسـارا وأجمع الفقهاء على عدم جواز حبس المدين المعسر ووجـوب أنظاره الى حال اليسر.

٢. ان حبس المدين الموسر والمتعنت ليس عقوبة أو غاية بقدر ماهو وسيلة لأجباره على تنفيذ ألتزامه من خلال أظهار ما لديه من أموال قام بأخفائها.

٣. أثبـت نظـام حبس المديـن فعاليته وجدواه مـن الناحية العملية ، حيـث يحرص كثير من المدينين على أداء ما عليهم من التزامات خوفاً من الحبس وتجنباً لـه ، وأن وسـيلة حبس المدين قد تجعل بعض أصحاب العلاقة به تسـهم في تسـديد المبلغ الذي حبس من أجله المدين .

٤. تضـع مديريـة التنفيـذ أمام المديـن خياريـن أولاهما أن يمتثـل الى دعوتها له عنـد تبليغه بمذكـرة الأخبـار بالتنفيـذ ، فيحضر أمامها ويسـدد الديـن المترتب بذمته دفعـة واحدة أو تقديم تسـوية مناسـبة وهذا ما يصطلح عليـه بالتنفيذ الرضائـي ، وثانيهما تخلف المدين عـن الحضـور أمامها على الرغم من تبليغه خلال المدة المقـررة قانونا او أن يحضر ويمتنع عن تسديد الدين بأي وجه من الوجوه وهنا تلجأ مديرية التنفيذ الى الأساليب التي رسمها القانـون ومنها الأكراه البدنـي (الحبس الاكراهي) .

٥. لا يجـوز حبـس المدين والحجـز على أمواله الا بنـاءا على طلب من الدائن وقـرار من المنفذ العـدل ان كان قاضيـا وان لـم يكن كذلك عليه عرض الأمر على قـاضي البداءة الأول ضمن الرقعـة الجغرافيـة لعمل مديرية التنفيذ للنظـر في أمر الحبس من عدمه .

٦. ان قـرار حبس المدين يجب أن يصدر من السـلطة المختصـة باصداره حصرا وهي بطبيعة الحال السلطة القضائية (قاضي البداءة) وفقا للسلطة التقديرية التي تملكها في ذلك الصدد وبتوافر الشروط اللازم توافرها وأنتفاء الموانع المقررة ايضا.

٧. لا يجوز ان تزيد مدة الحبس على أربعة أشـهر عدا حالة امتناع المدين عن تسـليم الصغير الذي صدر حكم بتسـليمه الى حاضنته.

٨. حبس المدين لايبرئ ذمته من الدين المترتب عليه بل تبقى ذمته مشـغولة به ولا يسـقط عنه ولا يؤثر على حق الدائن بطلب وضع الحجز على أمواله كلما ظهرت له أموال.

٩. يكـون قـرار حبس المدين قابـل للطعن أمام محكمة الأسـتئناف بصفتهـا التمييزية خلال سـبعة أيـام من تاريخ أيداع المدين السـجن أو مـن اليوم التالي لصدور القـرار برفض الحبس.

ثانيا - المقترحات :

ان قانون التنفيذ الحالي قد صدر عام ١٩٨٠ في ظروف كانت الديون لا تصل لمبالغ طائلة فكان بالأمكان الضغط على المدين في حال امتناعه عن تسديد الدين رضاء ، أو بحبسه المدة المقرره قانونا او حجـز خمـس راتبـه او حجز جزء من أمواله ، ءالا أننا في الوقت الحاضر نلاحظ من خلال الواقع العمـلي في المحاكـم وعمـل مديريات التنفيذ بـأن الديون تتضمن مبالغ طائلة لا يمكن ان تسـتحصل من خلال الحجز على خمس راتب المدين أو الضغط عليه بحبسـه المدة المقرره قانونا والتي لا تزيد بأكثر الاحوال عن أربعة اشهر مما يفوت على الدائنين الحصول على حقوقهم ولهذا اصطلح البعض عـلى مديريات التنفيذ تسـمية (مقبرة الأحكام) لـذا يتوجب إعادة النظر في الأحكام التي تنظم حبس المدين ، واضـعين فـي الأعتبار تعقد وتشابك المعاملات في عصرنا هذا ، والوضع الأقتصادي الـراهن والذي يختلف عما كان عليه الحال عند وضع أحكام القانون النافذ وضرورة مراعاة مبادئ العدالة

والوجدان السليم عند وضع أحكـام حـبس المدين مع وجوب توفير الضمانات والقيود الكافية التي تضمـن عدالـة التنفيذ لذا نقدم بعض التوصيات التي نأمل من المشـــــــرع العراقي الأخذ بها ان وضعـت نصـب عينيه وألتمس فيهـا صوابا ولزومـا وعناية للأرتقاء بموضوع حبـس المدين وهي كالآتي :

١. نـرى ضرورة تعديـل التسـمية التي أوردهـا المشرع في قانـون التنفيـذ والمتعلقة بأحكام الحبـس والواردة في الباب الثالث من الفصل الثالث والتي جاءت تحت عنـــــــــوان (الأكراه البدني) وجعلها مثلا (الحبس الاكراهي) او (حبس المدين) بدلا من الأكراه البدني لأنه أكثر ملاءمة وتوفيقا من عباره الأكراه البدني لأن الأخيره يفهم مـــــــــن معناها الأيلام والضرب الجسـدي في حين أن مفهوم حبس المدين هو تقييد المدين وشـل نشـاطه ومنعه من مزاولة اعماله طيلة مدة مكوثه في الحبس وهو بالتالي يمثل وسيلة تمهد للتنفيذ وليس غاية .

٢. ضرورة التأكيـد عـلى أن لا يكون اللجوء لوسـيلة حبس المدين إلا بعد اسـتنفاد كافة طرق التنفيـذ (طوعيـة كانت أم جبريـة) وفي مقدمتها الحجز على أموال المديـن وبيعها ءاقتضاء للدين أو التعـويض إن أمكن.

٣. نأمـل تعديل المـادة (٤١) وذلك بأضافة فقرات أخرى كموانع لم يشر اليها من قبل المشرع ومنها على سبيل المثال « الحامل وأم المولود « حتى انقضاء مدة معينة من الوضع والولادة ، وكذلك حالة المدين المفلس ، وحالة من لايكون مسـؤولا بشـخصه عن الدين كالوارث غير واضـع اليد عـلى التركة والولي والوصي ، وحالة ما اذا كان المدين معتوها .

٤. نقترح تعديل الفقرة الثانية من الماده (٤١) من قانون التنفيذ وجعل الحد الأعلى المانع من الحبس خمس وستون سنة بدلا من ستين سنة.

٥. نقـترح تعديـل صياغة المـادة (٤١/ثالثـا) وتحديدا الشـق المتعلق بعبـارة (زوجاته) لأن النص يوحي الى أن المدين فيه (زوجة الدائن) فلا يجوز حبسـها اما اذا كان المدين هـــــو (زوج الدائنـة) فعندئـذ يجوز حبسـه ، وهذا غير صحيح لأن المـشرع قصد من منع حبس المديـن هـو الحفاظ على رابطـة الزوجية سـواء كان المدين زوج او زوجـة الدائن ، وجعل النـص (زوجا للدائن) .

٦. نقترح زيادة الحد الاعلى لحبس المدين والوارد بنص المادة (٤٣) من قانون التنفيذ الى سنة واحدة كحد أعلى بدلا من اربعة أشهر .

٧. نرى ان ما أوردته المادة (٤٦/رابعا) من قانون التنفيذ والمتعلقة بأخلاء سـبيل المدين قبل

انتهاء مدة الحبس اذا ما أبتلي بمرض لا يرجى شـفاؤه ينبغي ان تأخذ تسلسـلها الطبيعي مـع النصوص القانونيـة الخاصة بموانع الحبس لأنه اذا ثبت وجود المرض الذي لا يرجى شـفاؤه ابتداءا فأن ذلك يمنع من حبس المدين .

٨. نـرى أن المـشرع لم تكن صياغتـه واضحة ودقيقة فيمـا أورده بقانون التعديل السـادس رقم (١٣) لسنة ٢٠١٩ لقانون التنفيذ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية :بالعدد ٤٥٥٣ في ٢/٩/٢٠١٩ ، فقـد نصـت المادة السـابعة منـه الى اضافة الفقرة ثالثـا الى المادة الثانية والثلاثـين الى قانـون التنفيذ والتي تمثل حالة جديدة نص عليهـا وبموجبها أعطت للمنفذ العـدل صلاحيـة مفاتحة قاضي البداءة لطلـب حبس المدين عند رفضـه (أي المدين) تقديم كفيل ضامن لتسـديد الدين المترتب في ذمته لمصلحة دائنه ولا يتخذ قرار باخلاء سـبيله من الحبس المقرر قانونا الا بعد تقديم الكفيل الضامن ، وذلك بسبب عدم تقديم النص ءاجابة وافية وكافية للتساؤلات العديدة التي قد تثار بصدده من حيث متطلبات تطبيقه واجراءاته وحيثياته وما يترتب عليه من آثار ، حيث كان من الضروري الأشـارة في النص الى وجوب مراعـاة الأحكام الواردة بحبـس المدين في الفصل الثالث من الباب الثالث من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل ، وهذا ان دل على شئ دل على قصور تشريعي ينبغي العناية به ومعالجته .

قائمة المصادر والمراجع :

اولا – القران والسنة النبوية :

ثانيا – المعاجم اللغوية والكتب العربية والاجنبية :

١. ابراهيم مصطفى احمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار ، المعجم الوسيط ، الجزء الاول من الهمزة الى آخر الضاد ، المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع .

٢. جيرار كورنو ، معجم المصطلحات القانونية ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، بيروت ، ١٩٩٨ .

٣. لويس معلوف ، المنجد في اللغه والاعلام ، الطبعة السادسة ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦.

ثالثا – مصادر الفقه القانوني :

١. أحمد أبو الوفا ، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، طبعة الخامسة ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ .

٢. أحمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ .

٣. أحمد صدقي محمود ، حبس المدين المماطل في الشريعة الاسلامية والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

٤. أحمد علي الخطيب ، الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقة الاسلامي والقانون المقارن ، ١٩٧٨ ، مطبعة دار التأليف .

٥. أحمد هندي ، السند التنفيذي ، اشكالات التنفيذ ، طرق التنفيذ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٨٩ .

٦. آدم وهيب النداوي وسعيد مبارك ، شرح احكام قانون التنفيذ ، دون دار نشر ، ١٩٨٤ .

٧. أسامة احمد شوقي المليجي ، الاجراءات المدنية للتنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .

٨. القاضي حيدر عودة كاظم ، شرح قانون التنفيذ ، دراسة في ضوء النص والتطبيق القضائي ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢٠ .

٩. رائد عبد الحميد ، الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني ، الطبعة الاولى ، فلسطين ، ٢٠٠٨ .

١٠. راغب وجدي ، النظرية العامة في التنفيذ القضائي ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

١١. رحيم حرجان عودة العتابي ، قرارات المنفذ العدل وقضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٨ .
١٢. أ.د سعيد مبارك ، احكام قانون التنفيذ ، المكتبة القانونية ، بغداد .
١٣. د.عباس العبودي ، شرح قانون التنفيذ ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ .
١٤. القاضي عبد الهادي العلاق ، احكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ، ٢٠١١.
١٥. القاضي عبود صالح التميمي ، شرح قانون التنفيذ ، ط١ ، مطبعة الخيرات بغداد ، ٢٠٠٠ .
١٦. القاضي عدنان مايح بدر ، احكام قانون التنفيذ وتطبيقاته القضائية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٩ .
١٧. عزمي عبد الفتاح ، الوسيط في شرح قانون المرافعات الكويتي ، ط١ ، مؤسسة دار الكتب الكويت ، ١٩٧٨.
١٨. د. عصمت عبد المجيد ، شرح احكام قانون التنفيذ في ضوء آراء الفقه واحكام القضاء ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠٢٠ .
١٩. د . علي فوزي ابراهيم الموسوي ، شرح عقد الكفالة ، طبعة اولى ، نور العين ، ص ١٠.
٢٠. د. عمار سعدون المشهداني ، شرح قانون التنفيذ ، مطبعة ابن الأثير للنشر ، جامعة الموصل ، ٢٠١٢
٢١. فتحي المرصفاوي ، تاريخ القانون المصري ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٨ .
٢٢. فتحي والي ، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ، ط١ ، مؤسسة دار الكتب ، الكويت ، ١٩٧٨ .
٢٣. المحامي فوزي كامل المياحي ، التنفيذ الجبري وفقا لقانون التنفيذ العراقي ، السنهوري ، بغداد ،٢٠٢٠ .
٢٤. محمد صادق مصطفى ، قواعد التنفيذ الجبري وفق قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
٢٥. محمود الكيلاني ، قواعد الاثبات واحكام التنفيذ ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان .
٢٦. القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون التنفيذ ، منشورات الداءرة القانونية (٢٠) ، بغداد ، ١٩٩٢ .
٢٧. مفلح عواد القضاة ، أصول التنفيذ وفقا لقانون الاجراء ، دراسة مقارنة ، ط٣ .، مكتبة

دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .

٢٨. نبيل اسماعيل عمر ، الوسيط في شرح قانون التنفيذ الجبري للحكام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ .

٢٩. نور الدين حاطوم ، موجز تاريخ الحضارات ، مطابع العروبة ، دمشق ، ١٩٦٤ .

رابعا – المجلات والدوريات والدراسات والبحوث :

١. مجلة الاحكام العدلية ، ١٨٨٢ .

٢. احمد شرف ، احكام المدين المماطل في الفقة الاسلامي ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، فلسطين ، ٢٠٠١ .

٣. ياسر تاج السر طه ، حبس المدين تنفيذا للاحكام ، دراسة مقارنة ، ٢٠٠٩ .

خامسا – القوانين :

١. قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٨ .

٢. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .

٣. قانون التصديق رقم ١٩٣ لسنة ١٩٧٠ الخاص بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦،

٤. قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ وتعديلاته .

٥. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

سادسا – القرارات القضائية :

١. قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٦٣٦/ تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٦/١٠/٢٠١٧ ، غير منشور .

٢. قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٤١٨/ تنفيذ/٢٠١٧) في ٣٠/٧/٢٠١٧ ، غير منشور .

٣. قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٣٩٦-٣٩٧ / تنفيذ/٢٠١٧) في ١٢/٧/٢٠١٧ ، غير منشور .

٤. قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٥٠٥/ تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٣/٨/٢٠١٧ ، غير منشور .

٥. قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (١٩٤/ تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٤/٤/٢٠١٧ ، غير منشور .

٦. قرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٦٨/

تنفيـذ/٢٠١٤) في ١٧/٤/٢٠١٤ ، غـير منشـور .

٧. قرار محكمة اسـتئناف بابل الاتحاديـة - بصفتها التمييزية :بالعدد (٣٢٦/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٥/١٠/٢٠١٧ ، غير منشور .

٨. قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٢٠/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٣/٢/٢٠١٧ ، غير منشور .

٩. قـرار محكمـة اسـتئناف المثنى الاتحاديـة - بصفتهـا التمييزية :بالعـدد (١٩/٢٠٢٠) في ١٩/٣/٢٠٢٠ غير منشـور .

١٠. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٢٠٥/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٧/٤/٢٠١٧ ، غير منشور .

١١. قرار محكمة استئناف الديوانية الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٤/تنفيذ/٢٠٠٨) في ١٦/١/٢٠٠٨ ، غير منشور .

١٢. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٣٢٦/تنفيذ/٢٠١٩) في ٣٠/٥/٢٠١٩ ، غير منشور .

١٣. قرار محكمة اسـتئناف بابل الاتحاديـة - بصفتها التمييزية :بالعدد (١٦١/تنفيذ/٢٠١٩) في ١٠/٤/٢٠١٩ ، غير منشور .

١٤. قرار محكمة اسـتئناف ميسان الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (١١/تنفيذ/٢٠١٣) في ١٩/١٢/٢٠١٣ ، غير منشور .

١٥. قرار محكمة اسـتئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٢٥/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٢/٢/٢٠١٧ ، غير منشور .

١٦. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٥٢٠/تنفيذ/٢٠١٩) في ٩/٩/٢٠١٩ ، غير منشور .

١٧. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (١٣٢/تنفيذ/٢٠١٩) في ١٤/٣/٢٠١٩ ، غير منشور .

١٨. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٤٥٠/تنفيذ/٢٠١٩) في ٢٥/٧/٢٠١٩ ، غير منشور .

١٩. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٥٨٥/تنفيذ/٢٠١٩) في ٧/١٠/٢٠١٩ ، غير منشور .

٢٠. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (١٠٦/تنفيذ/٢٠١٧)

في ٢٠١٧/٣/٧ ، غير منشور .

٢١. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (١٨٥/تنفيذ/٢٠١٩) في ٢٠١٩/٤/٢ ، غير منشور .

٢٢. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٥٧٨/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٩/٢٥ ، غير منشور .

٢٣. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٦٤٨/تنفيذ/٢٠١٨) في ٢٠١٨/١١/٨ ، غير منشور .

٢٤. قرار محكمة استئناف الكرخ الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٣٥٨/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٦/١٨ ، غير منشور .

٢٥. قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٣٩/تنفيذ/٢٠١٤) في ٢٠١٤/٢/٢٧ ، غير منشور .

٢٦. قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٧٩/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٣/٢٥ ، غير منشور .

٢٧. قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٢٢٠/تنفيذ/٢٠١٦) في ٢٠١٦/١١/٢٧ ، غير منشور .

٢٨. قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية - بصفتها التمييزية :بالعدد (٣١٦/تنفيذ/٢٠١٧) في ٢٠١٧/١٠/٢٥ ، غير منشور .

٢٩. قرار محكمة استئناف المثنى الاتحادية – بصفتها التمييزية :بالعدد (١٩/ تنفيذ /٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٣/١٩ غير منشور .

توحيد الدعاوى الشرعية للارتباط

القاضي احمد محمود عبد التميمي

المستخلص

تظهـر اهميـة توحيـد الدعويـين من خـلال توفر الجهـد والوقـت والنفقات؛ حيث يتـم توحيد الدعويـين امام محكمة واحدة لنظرها سـويتا تجنبا لصدور احكام متعارضة قد يسـتحيل تنفيذها مسـتقبلا الا بأثارة النزاع والخصومة مجددا امام القضاء. وبالنظر لعدم معالجة موضوع التوحيد من قبل المُشرّع بصورة وافية ومما يدعو الى الاجتهاد القضائي من قبل المحاكم عند عدم وجود نص قانوني يعالج المسـألة المعروضة امام القضاء بخصوص هذا التوحيد. وكان لقضاء محكمة التمييز دورا بارزا في سـد النقص التشريعي؛ سـانده في ذلك آراء فقهاء القانون في كتاباتهم حول الموضوع.

Abstract

The abstract shows the importance of unifying the two lawsuits by saving effort، time and expenses; Where the two cases are unified before one court for its consideration together in order to avoid the issuance of conflicting judgments that may be impossible to implement in the future except by provoking the dispute and litigation again before the judiciary. In view of the lack of adequate treatment of the issue of unification by the legislator، which calls for jurisprudence by the courts in the absence of a legal text that addresses the issue before the judiciary regarding this unification. The judiciary of the Court of Cassation played a prominent role in bridging the legislative deficiency; He was supported by the opinions of legal scholars in their writings on the subject.

اهداف البحث

يهـدف البحـث الى بيـان الطريقة الصحيحة والسـليمة في توحيد الدعويـين الشرعيتين المقامتين حول نفس الموضوع والسبب وبين نفس الاطراف من خلال معرفة مستلزمات التوحيد والغاية منه ومدى سلطة المحكمة في قبول التوحيد او رفضه وبيان النصوص القانونية التي تستند اليها المحكمة في ذلك وبيان ما استقر عليه قرار محكمة التمييز من مبادئ اقرتها كدليل عمل لمحاكم الموضوع.

اشكالية البحث

المشكلة الاساسية التي يعالجها البحث هي مدى امكانية اثارة الدفع بتوحيد الدعويين الشرعيتين لارتباطهما من حيث الخصوم والسبب والموضوع وامام أي محكمة يمكن اثارة هذا الدفع وتوقيت اثارتـه في أي مرحلـة من مراحـل التقاضي؟ وهل ان الدعوى الاسـبق اقامة اوالاحقـه لها يتم طلب التوحيـد فيهـا؟ وهل تبقى كل دعوى من هاتـين الدعوتين محتفظة بذاتيتها واسـتقلالها من حيث الحضـور والغياب والطلبات والدفوع وطرق الطعن؟ وفي أي دعوى تجري المحكمة تحقيقاتها اولا وشـكلية الحكم النهائي والحاسم في الدعوتين.

اهمية البحث

تبـدو اهميـة البحـث من خلال الكشـف والتعرف عـلى اهم المشـكلات العمليـة والقانونية التي تواجه المحكمة والخصوم اثناء طلبهم توحيد دعويين شرعيتين للارتباط من حيث السبب والموضوع والخصوم وكذلك تظهر اهمية هذه الدراسـة لعدم وجود دراسـات سـابقة تفصيلية حول الموضوع بعيـدا عـن الشـمولية مع قلة المصـادر التي عالجت موضوع التوحيد لا سـيما وان المـادة القانونية الوحيـدة التـي وردت في قانون المرافعات العراقي لم تسـعف المحكمـة ولا الخصوم من حيث الالمام بجوانب الموضوع كافة.

منهج البحث

لاهميـة موضوع توحيد الدعويـين الشرعية للارتباط في الواقع العملي فقد اتبعنا المنهج التحليلي الوصفي من خلال تحليل النصوص القانونية التي عالجت هذا الموضوع في قانون المرافعات المدنية وما استقر عليه قضاء محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية من مبادئ.

المقدمة

يحتـل الدفع بتوحيد دعويين للارتبـاط حيزاً كبيراً بالحياة العملية التطبيقية وفي المحاكم المدنية كافة لا سيما في دعاوى الأحوال الشخصية لما لهذا الاجراء القانوني من ضمان في حسن سير القضاء بتوفـير الجهد والوقت للمتقاضين وللحيلولة دون صدور أحكام متعارضة ومتضاربة يسـتحيل أو يصعب تنفيذها دون اثارة النزاع بين أطرافه مجدداً.

ورغـم ذلـك فـان قانون الأحوال الشـخصية رقـم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩ المعدل لم يعالـج القواعد والأحـكام المتعلقة بالتوحيـد الموصوف في نصوصه، ولكون قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ هـو المرجـع للقوانـين الخاصـة كافة في حالة عدم وجـود نص فيها يعالج حكمـاً من أحكام التقاضي والاجراءات المتعلقة به أو وجد نص لكنه ناقص أو فيه غموض[١] ،فيكون لازماً على القاضي في مثل هذه الدعاوى الرجوع الى مبادئه كونه القانون العام في ذلك، وقد تأكد ذلك عندما أورد قانون المرافعـات المدنيـة في الكتاب الرابع منه نصه: (تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية فان لم يوجـد نـص تطبق أحكام المرافعات المدنية بهذا القانون بما يتلاءم مع طبيعة الدعوى الشرعية)[٢] .

ولأهميـة موضـوع توحيد دعويين شرعيتين لارتباطهمـا في الواقع العملي ولكون هذا الدفع حقاً لأي طـرف في الدعـوى يمكـن اثارته في أي مرحلة مـن مراحل التقاضي فيها، بـل ويمكن للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام، وكون طلب التوحيد للارتباط يسبقه نزاع بين طرفين أمـام القضاء بطلب يسـمى دعوى يتبعها طلبات ودفوع واجراءات تسـبق اصـدار الحكم القضائي فيها، مما يتطلب وقبل الخوض في هذا الدفع ومعرفة أسراره، الاحاطة بهذا الموضوع واعطاء فكرة واضحـة عنـه وتحديد اطاره، وتم الاعتمـاد على خطة بحث تكونت من مقدمـة ومبحثين ثم خاتمة وكالآتي:

١- وفقـاً لنـص المـادة الأولى منه : (يكون هذا القانون هو المرجع لكافة قوانين المرافعات اذا لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة) .

٢- المادة (٢٩٩) مرافعات مدنية عراقي .

المبحث الأول : اجراءات اقامة الدعوى

ان الدعوى هي وسيلة قانونية يلجأ اليها صاحب الحق بوساطة القضاء للحصول على اعتراف بحقه أو صيانته[١]. وعرفت في المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية على انها (طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء). وان للدعوى شروط يجب توافرها لكي تكون جاهزة لإصدار الحكم في موضوع الحق المتنازع عليه تتمثل بالأهلية والخصومة والمصلحة[٢].

والدعوى ليست طلباً مجرداً بل لا بد أن تمر بمجموعة من الاجراءات القضائية المتتابعة زمنياً تبدأ بإقامتها وتنتهي بصدور حكم فيها، وكل اجراء فيها يعد عملاً قانونياً قائماً بذاته ينظم القانون عناصره وأثره ويرتب جزاء على مخالفة قواعده[٣].

ورغم اختلاف الاجراءات القانونية والقضائية في الدعوى الا انها تكون مجتمعة عملاً قانونياً واحداً هو الدعوى المدنية التي منها دعاوى الأحوال الشخصية، ويترتب على صدور الحكم فيها أثرٌ قانونيٌ مهمٌ يتمثل بحجية الأمر المقضي به[٤].

فالإجراء القضائي هو المسلك الايجابي الذي يكون جزءاً من الخصومة ويرتب أثراً اجرائياً فيها، فهو يكون من أجزاء الدعوى سواء تعلق ببدئها أو المشاركة فيها تدخلاً أو اختصاماً أثناء نظرها أو التقدم بدعوى حادثة أو انهاء الدعوى الأصلية[٥]، وبناءً على ذلك لا يعتبر الامتناع المجرد عن عمل اجراءً قضائياً، ولا يعد كذلك أعمال الذكاء المحضة، مثل دراسة القاضي أو دراسة الخصم أو محاميه أوراق الدعوى، ولا يعد اجراءً قضائياً كذلك انذار الخصم أو توكيل محامٍ أو أي اجراء ممهد للدعوى حدث قبل اقامتها.

والاجراءات القضائية من الدعائم المهمة التي تقوم بها المحكمة لكي يتمكن القاضي من أن يؤدي دوره في الوصول الى الحقيقة في النزاع المعروض أمامه بكل أمانة في ضوء حرية ارادته في اتخاذ القرار العادل في الدعوى، فكانت هذه الاجراءات وحدة متكاملة يقوم بها القاضي لتحقيق ذلك الهدف.

١- وعرفت محكمة التمييز الدعوى بأنها : (الوسيلة المخولة لكل شخص للحصول على حقه اذا جحده الخصم) بقرارها ٩٧٥/ح/١٩٦٥ في ١٩٦٥/١١/١ و١٧٦٠/ح/١٩٦٥ في ١٩٦٦/٤/٢٠ . نقلا عن الأستاذ ضياء شيت خطاب : شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية ، بغداد ، ص١٣.

٢- والمحددة صراحة في المواد (٣-٦) من قانون المرافعات المدنية.

٣- د.آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، بغداد ٢٠٠٩ ص١٣٣.

٤- وعلى الرغم من ذلك فللدعوى الشرعية طبيعتها الخاصة في ذلك اذ جاء بقرار لمحكمة التمييز بالعدد ١/هـ م/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١/٣١: (ان الدعاوى المتعلقة بالحل والحرمة من دعاوى الحسبة التي لا تغلق بصددها طرق الطعن بفوات المدة وانما تبقى قائمة مفتوحة لخصوصية تلك الدعاوى) ، غير منشور.

٥- وجدي راغب: الموجز في مبادئ القانون المدني، ط١، القاهرة، ١٩٧٧، ص٢٣٢. د. آدم وهيب النداوي : المصدر السابق، ص١٣٥.

وقيـل في ذلـك: ان الحاكم يحتاج الى ثلاثة أشـياء لا يصح الحكم الا بهـا: معرفة وانتفائه الأدلة والأسـباب والبينـات. فالأدلـة معرفة الحكـم الشرعي الكلي، والأسـباب معرفة ثبوتـه في هذا المحل المعتبر وانتفائه عنه، والبينات معرفة طريق الحكم عند التنازع، ومن أخطأ في واحدة من هذه الثلاث أخطأ في الحكم وجميع أخطاء الحكام مداره في هذه الأشـياء أو في بعضها[١] .

فعـلى القـاضي أن لا يغفل أي طلـب أو دفع قدمه اليه الخصوم تقديمـاً صحيحاً في الدعوى وأن يبت فيه بالرفض أو القبول مع التسـبيب، وعليه أن يسـلك السبل ويقوم بأي اجراء من شأنه تجنب اطالـة أمـد النزاع أو صدور أحكام متناقضـة، وكان توحيد دعويين مرتبطتين واحداً من الاجراءات القضائيـة التـي تحقق له مبتغاه في ذلك، وان هذا الاجراء هو مدار البحث في هذه الدراسـة.

المطلب الأول : توحيد دعويين شرعيتين لارتباطهما

لقـد رتـب القانون آثـاراً على قيام ارتباط بـين دعويين في وحدة السـبب والموضوع والخصوم، وعلى الرغم من ذلك فان وحدة هذه المعايير الثلاث ليسـت شرطاً لازماً للارتباط، فقد يلزم من ذلك وجود ارتباط بين دعويين يصل الحال معه الى الحد الذي يحتمل صدور حكمين متناقضين لا يمكن تنفيذهما معاً، وتفادياً لذلك يجعل من حسن القضاء اصدار حكم واحد فيهما، فما هو الارتباط وما شروطه وما اجراءات المحكمة لتحقيق ذلك؟

البند الأول: تعريف الارتباط وأحكامه

لـم يـورد المشرع العراقي تعريفاً للارتباط على الرغم مـن نصه عليه صراحة في المادة (٧٥) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ المعدل تفادياً منه للخوض في ذلك، لأن وضع تعريف شـامل للارتبـاط لا بـد أن يكون قاصراً من الاحاطة بجوانبه كافة، ممـا دعاه الى ترك تعريفه للفقه والقضاء.

وعـرف الارتبـاط بأنـه: (صلـة وثيقة بين طلبـين أو دعويين تجعـل من المصلحـة أن تنظرهما وتفصل فيهما محكمة واحدة تفادياً لصدور أحكام قد يصعب أو يستحيل التوفيق بينهما لو نظرت الطلبـين وفصلـت فيهما محكمتان مختلفتـان)[٢] . وقد انتقد هذا التعريف مـن جهة انه يضيق عن

١- احمد النجدي: الفواكه في المسـائل المفيدة، ط١، دمشـق ، ٦٠/٩٩، نقلا عن د. آدم وهيب النداوي : المصدر السـابق ، ص١٤١.

٢- عبـد الرحمـن العلام : المصدر السـابق، ص٣٤١. القاضي مدحت المحمود: شرح قانـون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط١ ، ٢٠٠٥، ص١٢٥.

أن يشـمل كل حـالات الارتباط وهو يصلح لتعريف حالة عدم التجزئـة لا الارتباط، كون المشرع لم يقصد بتوحيد دعويين لارتباطهما التفادي المجرد لاستحالة تنفيذ الأحكام أو صعوبة تنفيذها وانما قصد من جمع القضايا المرتبطة أمام محكمة واحدة أيضاً ضمان حسـن سـير القضاء بتوفير الجهد والوقت[١] .

وعـرف شراح آخـرون الارتباط بأنه: (صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسـب ومن حسـن سـير العدالـة جمعهمـا أمام محكمة واحـدة لتحققهما وتحكم فيهما معاً منعـاً من صدور أحكام لا توافق بينهما)[٢].

والمتطلع لهذين التعريفين للارتباط يجدهما لا يتوافقان والقانون العراقي الذي أخذ بالتوحيد بـين الدعويـين لارتبـاط لا لإحالة، حيث انه لا يكتفي بجمع الدعويـين في دعوى واحدة لنظرها أمام محكمـة أو قـاضٍ واحـد بل يوجـب توحيدهما في دعوى واحـدة ولدى المحكمة نفسـها لمنع صدور أحكام متعارضة ولضمان حسـن سير القضاء.

كمـا ان التعريفـين المذكورين لمصطلح الارتباط يجعله مقصوراً عـلى توحيد دعويين مرتبطتين أمـام محكمتـين مختلفتين لأجـل جمعهما أمام محكمة واحدة من دون توحيـد الدعويين المرتبطتين أمام المحكمة نفسها، وهذا ما يفهم من المشرع بنصه آنف الذكر وهو مالا تقره حقيقة المبادئ العامة في التوحيد كما سنلحظ لاحقاً.

الا ان اتحـاد الخصوم أو الموضوع أو السـبب لا يعني حتماً قيـام الارتباط المبرر للتوحيد ولكن اتحادهما في الدعويين على الأقل لازم لقيام الارتباط، ومع ذلك فان انعدام اتحاد أحدهما ينفي حتماً وجود الارتباط[٣].

والارتبـاط لا يكـون قائماً اذا تشـابهت دعويان ولـو كان يقتضي اعمال قاعـدة قانونية واحدة بصددهما، ولا يتحقق الارتباط اذا رفعت دعاوى عدة بطلبات مختلفة على شـخص واحد ولو اتحد دفاعه في كل منها[٤].

وعـلى الرغـم من ذلك ذهبت محكمة التمييـز الى ان المقصود بالارتباط أن يكون سـبب الدعوى

١- وقد تأكد ذلك بقرار لمحكمة استئناف ديالى بصفتها التمييزية بالعدد ٣١/هـ ش/٢٠٢٠ في ٣٠/١١/٢٠٢٠: (حيث انها وجدت ان قرار محكمة الأحوال الشـخصية القاضي باسـتئخار دعوى المطاوعة لحين حسـم دعوى التفريق مخالف للقانون ذلك ان المقتضى توحيد دعوى المطاوعة مع دعوى التفريق تجنباً لإطالة أمد النزاع) ،غير منشور.

٢- احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية، ج٢، ط١، دار المعارف بمصر، ١٩٥٧، ص١٤٦.

٣- عبد الرحمن العلام : المصدر السابق، ص٢١٤.

٤- احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع، ص١٤٧.

وموضوعهـا وأطرافهـا واحـداً[١]. فالارتبـاط هـو صلة وثيقة بـين دعويين من نـوع واحد يقتضي توحيدهما في دعوى واحدة أمام المحكمة نفسـها أو أمام محكمة أخرى لمنع صدور أحكام متناقضة يستحيل التوفيق بينهما.

البند الثاني : شروط توحيد الدعاوى لارتباطها

عرفنـا ان الارتبـاط بين الدعويين هو الشرط الأسـاس لتوحيدهما الا انه ليس الشرط الوحيد بل تشترك معه شروط أخرى هي:

٠١ أن تكـون الدعويـان منظورتين من المحكمـة ذاتها أو من محكمتين من محاكم درجة واحدة تابعتين لنظام قانوني واحد، كالدعويين المقامتين أمام محكمة الأحوال الشـخصية ذاتها أو كان كل منهمـا مقامـة أمـام محكمة شرعية تختلف عن الأخـرى، أما اذا كانت احداهمـا مقامة أمام محكمة الأحـوال الشـخصية والثانيـة أمـام محكمة البـداءة، فلا يجوز التوحيـد وان كانت كلتـا المحكمتين مـن محاكـم الدرجـة الأولى الا ان كل واحدة تختـص بالنظر في نوع معين من الدعـاوى[٢] وان هذا الاختصاص يعد من النظام العام، وان كل محكمة ملزمة بمراعاة قواعده وليس لها الخروج عليها[٣] ،بـل لا يجـوز التوحيد حتى لو قام الارتباط بين دعويـين احداهما أمام محكمة البداءة والثانية أمام محكمـة الاسـتئناف بصفتها الأصلية، لأن مثـل هذا التوحيد يخل بقواعـد التقاضي على درجتين، اذ يحرم المتداعيين في الدعوى المنظورة أمام محكمة الدرجة الأولى من تلك الدرجة حينما تحال الدعوى الى محكمة الاستئناف لتوحيدها.

ويتضح من ذلك ان نص المادة (٧٥) من قانون المرافعات لم يكن موفقاً حين اشـترط أن تكون

١- قـرار محكمـة التمييز بالعدد ١٩٠/اسـتئنافية/٦٩ في ٥/١/١٩٧٠، النشرة القضائية، ع١، س١، ص٧. وانتقد هذا التعريف لأنه تضييق ليس له ما يبرره وقيل : ان مثل هذه الوحدة تسـتلزم عند الطعن فيها بسـبق الفصل في الدعوى واكتسـاب الحكم الصادر درجة الثبات وليس عند بحث الارتباط . د. آدم وهيب النداوي : المصدر السـابق، ص٢٣٠.

٢- وقـد عالـج المـشرع العراقي الاختصاص المتعلق بنوع الدعوى وقيمتها في الباب الأول الفصل الثاني وفي المواد (٣١-٣٥) من قانون المرافعات المدنية.

٣- ان دعـوى الاقـرار باسـتلام المهر المؤجل والأثاث الزوجيـة ينعقد اختصاص النظر فيها الى محكمة البداءة اسـتناداً للمادة (١/١٤٥) مرافعات مدنية ، قرار محكمة التمييز الاتحادية ٣١٤/هـ موسـعة/٢٠١٦ في ٢٦/٨/٢٠١٦ . وجاء بقرارهـا بالعـدد ٢١٣/هـــ موسـعة/٢٠١١ في ١٦/١١/٢٠١١ : (ان محكمة الأحوال الشـخصية هـي المختصة بنظر الدعـوى المتعلقـة بالمهر شـأنها شـأن الدعوى التي تقام مـن الزوجة على الورثـة لإثبات الزواج أو الطلاق أو النسـب) . فدعـوى الاقـرار باسـتلام المهر المؤجل من قبل طالب الاقـرار المقامة أمام محكمة البـداءة لا توحد مع دعوى الزوجة المطالبة بالمهر المؤجل نفسه لأن اختصاص كل منهما نوعي لا يجوز مخالفة قواعده وان كان هناك ارتباط بين الدعويين الا اني أرى- منعاً لصدور حكمين متناقضين في الموضوع نفسه للمهر- أن تقرر محكمة الأحوال الشخصية التي تأيد لها اقامة دعوى بإثبات الاقرار بتسلمه استئخار الدعوى الخاصة بالمطالبة بالمهر المذكور لحين حسم دعوى محكمة البداءة .

الدعـوى المرتبطـة بدعـوى (مقامة قبلاً من محكمـة أخرى)، لأن الغاية مـن التوحيد ليس أن تنظر الدعـوى محكمـة واحدة فحسـب، انما القصد منـه الحيلولة دون صدور أحـكام متناقضة لا يمكن التوفيق بينها، ومنع اطالة أمد النزاع وهذا لا يتحقق بالنظر المجرد للدعويين المرتبطتين من المحكمة نفسـها بـل يتوجب توحيدهمـا أمامها لنظرهما معاً سـواء كانـت الدعويان مقامتـين أمام المحكمة نفسـها أم أمـام محكمـة أخرى، لذا يتوجب رفـع كلمتي (بمحكمة أخرى) مـن النص لكي لا يكون التوحيـد قـاصراً على توحيد دعويين أمام محكمتين مختلفتين مـن دون توحيدهما لو كانتا مقامتين أمـام المحكمـة ذاتها[١] ، مما يتطلب من المشرع العراقـي التدخل لإعادة صياغة النص وجعله يتلاءم وحقيقة مبدأ توحيـد الدعويين المرتبطتين وأحكامه.

٠٢ أن تكون الدعويان المرتبطتان قائمتين فعلاً، وكلاهما قيد المرافعة، فلا يجوز توحيد دعويين وان كانتـا مرتبطتـين اذا كانـت احداهما لم تقم بعد أو انها قدمت للمحكمة الا انها لم يدفع الرسـم عنها لأنها لا تعتبر قائمة الا من تاريخ دفع الرسـم عنها ، أو كان قد صدر حكم حاسـم في احداهما لأنـه مـع هذا الحكم لا تعد الدعوى قيد المرافعة، وكذلـك اذا كانت أحدهما مبطلة لأنه مع الابطال لا يعد للدعوى وجود أو كانت مسـتأخرة أو تركت للمراجعة ، فلا يجوز التوحيد الا بعد أن يسـتأنف السـير فيها وفقاً للقانون[٢] ،لأن الاستئخار والمراجعة لا يجعلها قيد المرافعة.

فـان أقيمـت الدعوى نفسـها في أكثـر من محكمة واحدة، فـان الدعوى المقامـة أولاً هي المعتبرة وتبطـل الثانية حيـث ان الدعوتين هنا مقامة بنفس موضوع الحق ونفس المدعي وعلى نفس المدعى عليـه[٣] ،أما لـو كانت الدعوى الواحدة مقامـة في محكمة واحدة فعلى المحكمـة توحيدهما لتعلقهما بالحـق نفسـه الا ان التوحيـد في هذه الحالـة هو غير التوحيد بين دعويين للارتبـاط المحكوم بالمادة (٧٥) مرافعـات، اذ ينظـر فيهما باعتبارهمـا دعوى واحدة على خلاف الاجـراءات المتبعة في توحيد دعويين لارتباطهما وفقاً للمادة (٧٥) مرافعات، اذ يتم النظر في الدعويين على السواء ويصدر في كل دعوى حكم خاص بها كما سـوف نبين ذلك لاحقاً.

٠٣ أن تكـون الدعويـان الموحدتـان لارتباطهما من اختصاص المحكمة، فـاذا كانت المحكمة غير مختصة في نظر الدعويين أو احداهما فلا يجوز التوحيد لتعارض ذلك وقواعد الاختصاص الوظيفي

١- جـاء بقـرار لمحكمة التمييـز بالعدد ١١٢١/ش/١٩٧٥ في ٥/٨/١٩٧٥: (.. لو أقيمـت دعويان بنفس الموضوع وفي محكمة واحدة فيجب توحيدهما ولا يجوز ابطال الدعوى الثانية لاقتصار ذلك على حالة اقامة الدعويين بنفس الحق في محكمتـين مختلفتين) . مجلة الأحكام العدلية ، ع٣ ، س٦ ، ص١٣١.

٢- عبد الرحمن العلام : المصدر السابق ، ص٣١٦. القاضي عبد الرحيم حسن العكيلي : المصدر السابق، ص٣٠١.

٣- طبقـاً للفقـرة (٢) مـن المـادة (٧٦) مرافعات بنصها : (لا يجـوز اقامة الدعوى الواحدة في أكثـر من محكمة واحدة فاذا أقيمت في أكثر من محكمة اعتبرت عريضة الدعوى المقامة أولاً وأبطلت العريضة الأخرى) .

والنوعي الذي هو من النظام العام، ولا يجوز التوحيد وان كانت المحكمتين مختصة بنظر الدعويين ان لم يكن هناك ارتباط[١].

أمـا اذا كانـت الدعوى غير مختصة مكانياً ولم يعترض على اختصاصها المكاني صاحب الحق في ذلك بالوقت المناسـب ثبت لها الاختصاص واعتبرت مختصة[٢] ، كون الاختصاص المكاني ليس من النظام العام.

وعـلى الرغـم من ذلك لا يمكن لمحكمة البـداءة أن تقرر توحيد دعواهـا بدعوى محكمة الأحوال الشـخصية الا اذا كانـت محكمة الأحوال الشـخصية مختصة بنظر الدعويـين، فاذا كانت كذلك فعلى محكمة البداءة غير المختصة بنظر الدعوى احالتها الى محكمة الأحوال الشخصية للنظر فيها حسب الاختصـاص، فـاذا وجدت تلك المحكمـة ان للدعويين ارتباطاً قـررت توحيدهما بعد دعوة الأطراف للترافع أمامها ولها أن تقرر ذلك في الجلسـة بعد التأكد من توفر شروط التوحيد.

٠٤ أن تكـون كلتا الدعويين المرتبطتين خاضعتـين لطرق الطعن ومدده وجهاته ذاتها فاذا كان لـكل دعـوى طرق طعن تختلف عـن الأخرى فلا يجوز توحيدهمـا وان كان الارتباط بين الدعويين قائمـاً[٣]. وهذا الشرط لا يلتفت اليه في دعاوى الأحوال الشـخصية لخضوعها لطرق الطعن نفسـها من حيث الجهة المطعون أمامها بالحكم ومدته، الا ان أثره يظهر في الدعاوى المنظورة أمام محكمة البـداءة أو المحاكـم المدنية الأخرى لوجود جهات ومدد طعن مختلفة لكل نوع منها.

فـاذا توافـرت هذه الشروط فعلى محكمة الأحوال الشـخصية توحيـد كل دعويين وتنظرهما في دعوى واحدة وفـق اجراءات مقررة قانوناً.

١- جـاء بقـرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٤١٩/هـ ش/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/١٩ : (انها وجدت قرار محكمة الأحوال الشـخصية باعتبار دعوى التفريق للخلاف مسـتأخرة لحين حسـم دعوى النشوز مخالف للقانون لأن المحكمة قضـت بالتفريـق للخلاف رغم ان الخلافات التي تدعيها المدعية بسـيطة ولا ترقي الى الخلافات المسـتحكمة، من جانب آخر ان المدعى عليه سـبق وان اسـتحصل على حكم بالزام المدعية بالمطاوعة وأقام دعوى نشـوز لم تحسـم بعد وكان الواجب على المحكمة اسـتئخار هذه الدعوى لحين حسـم دعوى النشـوز لما لها من تأثير على هذه الدعوى وخاصة فيما يتعلق بالمهر) ،غير منشور.

٢- احمد أبو الوفا : نظرية الدفوع ، ص١٥٣.

٣- القاضي عبد الرحيم حسن العكيلي : المصدر السابق، ص٣٠٣.

المطلب الثاني : إجراءات المحكمة عند التوحيد

عالج قانون المرافعات المدنية مبدأ توحيد دعويين لارتباطهما في المادة (٧٥) منه اذ أجاز للمحكمة توحيد الدعوى التي تنظرها بدعوى أخرى مقامة قبلاً بنصها: (اذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباطاً بدعوى مقامة قبلاً بمحكمة أخرى فلها أن تقرر توحيد الدعويين وترسل اضبارة الدعوى الى المحكمة الأخرى ..). لذا فان قرار التوحيد يتخذ في الدعوى المقامة لاحقاً وقرار قبول التوحيد أو رفضه يتخذ في الدعوى المقامة قبلاً. وان اجراءات التوحيد لدعويين مرتبطتين لا يخلو أن يكون بأحد الفروض الآتية:

٠١ ان أثير طلب من قبل أحد الخصوم بوجود دعوى مقامة في محكمة أخرى أو في المحكمة نفسها فيتوجب عليها مفاتحة تلك المحكمة لطلب الدعوى للاطلاع عليها أو جلبها من قلم المحكمة نفسها وتثبت ملخص عنها في محضر الجلسة المطلوب توحيدها[١] ، ثم عليها التحقق من كون الدعوى المجلوبة مقامة بتاريخ أسبق من تاريخ اقامة الدعوى التي تنظرها[٢]. فاذا وجدت ان دعواها هي الأحدث عليها أن تبحث في مدى توافر شروط التوحيد التي بيناها سابقاً، فان كانت متوفرة فعليها اصدار قرار بتوحيد دعواها بالدعوى الأخرى واعتبار الأخيرة هي الأصل كونها الأسبق بالإقامة وارسال الدعويين الموحدتين الى المحكمة التي تنظر في الدعوى المجلوبة الأسبق[٣].

ولا يقبل قرار التوحيد هذا الطعن الا مع الحكم الفاصل في الدعوى، فان لم يثبت لها تحقق شروط التوحيد فعليها رفض طلب التوحيد واعادة الاضبارة المجلوبة الى محكمتها اذا كان قد قدم بها طلب بذلك[٤] ،وان قرار المحكمة برفض التوحيد لا يقبل الطعن أيضاً الا مع الحكم الحاسم، أما لو اتحد تاريخ دفع الرسم القضائي في الدعويين المطلوب توحيدهما فلا وسيلة للتحقق من أيهما الأسبق في تاريخ اقامتها ولا ضير من اعتبار أي منهما هي المقامة لاحقاً واتخاذ قرار التوحيد فيها[٥].

فاذا وجدت المحكمة ان دعواها مقامة قبلاً من الدعوى الأخرى وجب عليها اعادة اضبارة

١- يتوجب على المحكمة التي أرسلت الدعوى فتح اضبارة فرعية لها تحرر بها محضر تأجيل للدعوى المرسلة لحين اعادتها.

٢- وفقاً لنص المادة (٢/٤٨) : (تعتبر الدعوى مقامة من تاريخ دفع الرسوم القضائية ..).

٣- ولا يتطلب الأمر هنا تحديد موعد للمرافعة أمام المحكمة التي وحدت أمامها الدعويان لأن للدعوى الأصل موعد مرافعة في الاضبارة الفرعية التي فتحتها بعد ارسال الاضبارة اليها فان لم تكن هناك اضبارة فرعية لا مانع من تحديد موعد في الاضبارة الموحدة.

٤- أما اذا لم يقدم طلباً بذلك التوحيد فتكتفي المحكمة بإعادة الاضبارة الى محكمتها من دون أن تقرر رفض التوحيد . للمزيد ينظر: القاضي رحيم حسن العكيلي: المصدر السابق، ص٣٠٦.

٥- وأرى انه يمكن الاعتماد على الدعوى التي تحمل الرقم الأسبق في سجل أساس المحكمة واعتبارها هي المقامة قبلاً.

الدعـوى المجلوبـة الى محكمتها وافهام من قدم الطلب بالتوحيـد تقديم طلبه الى المحكمة التي تنظر في الدعوى المرسـلة كونها اللاحقة، حتى ان توافرت شروط التوحيد في الدعويين، لأن قرار التوحيد ينبغـي أن يصـدر من المحكمة التي تنظر في الدعوى الأحدث في الاقامة كما عرفنا ولا يصح العكس.

٠٢ فـاذا قـدم طلب التوحيـد الى المحكمة التي أقيمـت لديها الدعوى لاحقـاً، وبعد أن تطلع على الدعـوى المقدمة سـابقاً فيجوز لها الاسـتماع لأقوال طـرفي دعواها وطرفي الدعـوى الموحدة ثم لها أن تقـرر التوحيـد أو ترفضـه في ضوء توافر عنصر الارتبـاط[١] ،فاذا وحدتها ترسـل الدعويين الى المحكمـة التـي أقيمت فيها الدعوى قبلاً وتحرر محـضراً موحداً بدعواها (الأصل) والدعوى الموحدة التي أرسلت اليها في اضبارة دعواها الأصلية، وعند ورود الدعوى الموحدة أمام المحكمة التي أقيمت الدعـوى أمامهـا قبلاً تسـمع أقوال طرفي الدعويـين فيما يتعلق بقرار التوحيد ثـم تنظر في قبوله أو رفضـه فاذا قبلت التوحيد اسـتمرت في نظر الدعويـين الموحدتين بمحضر واحد[٢].

أمـا اذا وجـدت شروط التوحيـد غير متوافـرة فعليها أن تقـرر رفض التوحيـد وتعيد الدعوى الموحدة الى محكمتها وتحديد موعد للمرافعة أمام المحكمة التي رفضت احالتها وتبليغ طرفي الدعوى بذلـك[٣] ،وتحتفـظ هـي بإضبارة دعواهـا الأصلية وتسـتمر في نظرها وفق القانـون. وقرار رفض التوحيد هذا يقبل الطعن به بطريق التمييز وفقاً لأحكام المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية[٤].

٠٣ أن تكـون الدعويـان منظورتـين أمام المحكمة نفسـها ولكن أمام قاضيـين مختلفين، فلا بد للقـاضي الـذي يبغـي النظـر بالتوحيد طلب اضبـارة الدعوى الأخـرى من القاضي الآخـر للنظر في التوحيـد بالإجراءات نفسـها المتبعـة في توحيد دعواه بدعوى في محكمة أخـرى وفق التفصيل الذي بينـاه، الـذي فيه يطلـب الدعوى المقامة قبلاً قـاضي الدعوى المقامة لاحقاً ويقـرر قبول التوحيد أو رفضـه، وللقـاضي الآخـر المقامة الدعوى لديه قبـلاً أن يقبل التوحيد أو يرفضـه. وان قرار الرفض قابل للتمييز، وان الدعويين الموحدتين تأخذان رقماً مزدوجاً هو رقم الدعويين الموحدتين وليس رقم الدعوى الأصل فقط[٥].

٠٤ أن تكـون الدعويـان المطلـوب توحيدهمـا منظورتين من القاضي نفسـه فيتطلـب منه اتباع الآليـة نفسـها للنظر في توحيد دعواه بدعوى محكمة أخـرى فيقوم القاضي مرة بدور القاضي الذي

١- د. آدم وهيب النداوي : المصدر السابق ، ص٢٣١.

٢- (٤) ولا يقبل قرار (قبول التوحيد) الطعن به الا مع الحكم الحاسم للدعوى .

٣- لأن تسلسل المرافعات أمام المحكمة التي قررت التوحيد قد انقطع بالتوحيد .

٤- واذا غفلـت المحكمـة التي رفضت التوحيد عن تحديد موعد للمرافعة في الدعوى التي رفضت توحيدها فعلى المحكمة التي تسلمت الدعوى تحديد موعد للمرافعة وتبلغ به الأطراف .

٥- على خلاف التوحيد بين محكمتين حيث تأخذ الدعويان رقم الدعوى الأصل أي الأقدم لا الأحدث .

ينظر في الدعوى المطلوب توحيدها، ثم يقوم بدور القاضي الذي ينظر في الدعوى الأقدم التي وحدت معهـا الدعـوى الأحدث، فأمـا ان يقبل التوحيد أو يرفضه[١](٤)، ويكون قـرار رفض التوحيد قابلاً للطعـن وفـق المـادة (٢١٦) مرافعات وفي كل الأحوال يجب أن يكون قـرار رفض التوحيد أو قبوله مسـبباً في محضر الدعوى الأحدث وكذلك في محضر الدعوى الأقدم لأن كلا القرارين يقبلان الطعن تمييزاً سـواء مع الحكم الحاسم أو على انفراد.

المبحث الثاني : سلطة المحكمة في التوحيد ونظر الدعويين الموحدتين والحكم فيها

ان وجـد القـاضي أن دعواه هي الأحـدث في الاقامة وجب عليه الانتقـال للتحقيق في مدى توافر شروط التوحيد بين الدعويين على ضوء الوقائع المعروضة أمامه وله سـلطة اتخاذ القرار المناسـب في ذلك.

المطلب الأول : قرارات المحكمة في التوحيد والطعن فيها

ان مسـألة توحيـد الدعويـين للارتباط تشـترك فيها محكمتـان: المحكمة التي تنظـر في الدعوى الموحـدة، والمحكمـة التي تنظر في الدعوى الأصل. أما القرارات التي يمكن اتخاذها من المحكمة التي تنظر الدعـوى الموحدة المقامة قبلاً فهي:

قـرار رفـض التوحيـد: عندمـا يطلب أحد أطـراف الدعـوى أو كلاهما توحيد الدعـوى الأحدث بدعـوى أخرى (الأقـدم) فللمحكمة الحق في رفـض التوحيد لعدم توافـر شروط التوحيد القانونية وهـذا القرار غير قابـل للطعن الا مع الحكم الحاسـم للدعوى[٢].

قـرار توحيـد الدعويين: وهو القرار الذي يجب أن تتخـذه المحكمة التي تنظر في الدعوى المقامة قبـلاً ان توافـرت شروطه، ولا يصح لغيرها اتخاذه، وهذا لا يقبل الطعن به كالسـابق الا مع الحكم الحاسم في الدعوى.

أما القرارات التي يمكن أن تتخذها المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصل فهي:

قـرار قبول التوحيد: وتتخذه المحكمة التـي تنظر في الدعوى الأقدم من الدعويين الموحدتين، أي

١- (٤) يمكـن أن يقـوم القـاضي نفسـه باتخاذ قرار التوحيد ثم انـه بعد التأمل والتدقيق يجد نفسـه قد اخطأ في قرار التوحيد أو ان شروطه غير متوافرة فلا مانع أن يقوم برفض التوحيد الذي سـبق ان اتخذه في الدعوى الأحدث ويكون قـراره قابـلاً للطعن الا انه لا يمكنه الرجوع عن قرار التوحيد الذي سـبق ان قرره ولـو كانت الدعويان منظورتين من لدنه لرفع يده عن هذه الدعوى الأحدث . القاضي رحيم حسـن العكيلي: المصدر السـابق، ص٣٠٩ .

٢- ولا مانع من أن يطلب التوحيد الشـخص الثالث الذي تدخل اختيارياً سـواء كان تدخله انضمامياً أو اختصامياً حيث رتب القانون على قبول تدخله طرفاً في الدعوى ان يحكم له أو عليه وفقاً للمادة (٧٠) من قانون المرافعات المدنية .

التي ترد اليها الدعويان مع قرار التوحيد المتخذ في الدعوى المقامة قبلاً ان وجد أن شروط التوحيد قائمة فتقرر قبول هذا التوحيد وتستمر في نظر الدعويين بمحضر واحد وجلسة موحدة وكأنهما أصبحتا دعوى واحدة، وان مثل هذا القرار لم ينص القانون على اتخاذه، فهو لا يقبل الطعن به الا مع الحكم الحاسم في الدعوى[١].

قرار رفض التوحيد: وهذا القرار تتخذه المحكمة التي تنظر في الدعوى الأصل، التي هي الأقدم في الاقامة، حينما تجد عدم تحقق شروط التوحيد. وبعدها تعيد الدعوى المرسلة والموحدة الى محكمتها ويحدد موعد للمرافعة ويبلغ الطرفان به، وهذا القرار هو الذي يقبل الطعن به من أي من الخصوم وخلال سبعة أيام وفقاً لأحكام المادة (٢١٦) مرافعات، وأمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية اذا كان القرار صادراً من محكمة الأحوال الشخصية أو المواد الشخصية أو محكمة البداءة[٢] ، مما يتطلب أن يكون قرارها في ذلك مسبباً لقبول الطعن به تمييزاً وخضوع هذا القرار لرقابة محكمة التمييز المختصة[٣].

وترتيباً على ذلك يكون قرار التوحيد أو رفض التوحيد قراراً بمعناه القانوني باعتباره قد فصل في مسألة تتعلق بالاختصاص وقابلاً للطعن به تمييزاً على الرغم من اختلاف الآراء الفقهية بصدده[٤] ، الا ان الرأي الأوفق في ذلك هو انه حكم قطعي دائماً وهو يسبب ضرراً للخصوم وهذا الضرر قد لا يمكن اصلاحه الا بمراجعة طرق الطعن[٥] ، والى ذلك ذهب المشرع العراقي صراحة في نصه الذي عالج فيه موضوع التوحيد الموصوف.

١- جاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٢٦٦/هـ ش/٢٠١٩ في ٢/١٢/٢٠١٩: (.. من انها وجدت قرار محكمة الأحوال الشخصية القاضي بتوحيد دعوى المدعية بتسليم الأطفال لها من المدعى عليه ودعواه التي طلب بها ضم حضانة الأطفال له واسقاط حضانتها عنهم والتي تم توحيدها مع هذه الدعوى واعتبارها هي الأصل كونها الأسبق عند اقامتها وبعد اجراء التحقيقات أصدرت حكماً يقضي أولاً : الحكم بضم حضانة الأطفال الى والدتهم المدعية والزام المدعى عليه بتسليمهم اليها ثانياً : رد دعوى المدعي الموحدة مع هذه الدعوى وتحميله الرسوم والمصاريف، فوجدته المحكمة صحيحاً وموافقاً للقانون للأسباب الواردة في الحكم المطعون فيه ..) ، غير منشور.

٢- أما اذا كان القرار صادراً من محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية فيكون الطعن به بالتمييز أمام محكمة التمييز الاتحادية .

٣- فمن الشراح من اعتبر هذا القرار حكماً تحضيرياً لأن كلا من الإجراءين الغرض منه الوصول الى انهاء الخصومة ولا يوضح رأي المحكمة في الموضوع وقال البعض بانه من أعمال الادارة القضائية لأنه لا يفصل من مسألة الاختصاص وانما يرمي الى تيسير الفصل في الدعوى . ينظر : عبد الرحمن العلام : المصدر السابق، ص٣١٧.

٤- وان القرار الصادر بنتيجة الطعن من محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية يكون واجب الاتباع طبقاً لنص المادة (٢/٢١٦) مرافعات مدنية بنصها : (.. اذا كانت تلك القرارات صادرة من محاكم الأحوال الشخصية أو محاكم المواد الشخصية ... ولكون القرار الصادر بنتيجة الطعن واجب الاتباع).

٥- د. احمد أبو الوفا: نظرية الأحكام ، المصدر السابق، ص٤٣٠. نقلاً عن عبد الرحمن العلام : المصدر السابق، ص٣١٨.

المطلب الثاني : نظر الدعويين الموحدتين والحكم فيهما

بعد استقرار قرار توحيد الدعويين لعدم الطعن به أو انه صدق تمييزاً بعد الطعن فعلى المحكمة أن تستمر في نظرهما سوية ولكن في محضر واحد يحمل رقم الدعوى الأصل اذا كان التوحيد بين محكمتين أو يحمل رقمي الدعويين الأصل والموحدة اذا كانت الدعويان مقامتين أمام المحكمة ذاتها وفي جلسة واحدة . وفي كلتا الحالتين يحتفظ الخصوم بصفاتهم في الدعويين الأصل والموحدة واعتبارهم مدعين أو مدعى عليهم أو أشخاصاً ثالثة.

وعلى الرغم من ذلك تبقى كل دعوى تحتفظ بذاتيتها واستقلاليتها، فتوصف مرافعاتها بكونها حضورية أو غيابية من واقع الحضور والغياب في كل دعوى فتطبق أحكام الحضور والغياب على الدعويين الموحدتين وكأنهما دعويان منفصلتان، فاذا حضر المدعي في الدعوى الأصل وهو المدعى عليه في الدعوى الموحدة وتغيب خصمه (المدعى عليه) يحق للأول ابطال عريضة الدعوى الموحدة لغياب المدعي فيها ، باعتباره المدعى عليه في تلك الدعوى[١].

واذا تغيب المدعي في الدعوى الموحدة وتغيب معه المدعى عليه في الدعوى الموحدة والأصل، وحضر المدعي في الدعوى الأصل فقط، يمكن للمحكمة أن تترك الدعوى الموحدة التي تغيب طرفاها كلاهما للمراجعة أو تسير في الأصل فقط[٢].

بل ان للمدعي في الدعوى الأصل طلب ابطال عريضة دعواه طبقاً للمادة (٨٨) مرافعات ولا يستطيع المدعي في الدعوى الموحدة الاعتراض على ذلك الا اذا كان هو المدعى عليه في الدعوى الموحدة وكانت الدعوى قد تهيأت للحكم أو انه دفع الدعوى بدفع يؤدي الى ردها وفقاً للفقرة (٣) من المادة نفسها.

وكذلك فان للمدعي في الدعوى الأصل طلب ابطال عريضة الدعوى الموحدة طبقاً للنص نفسه، وليس للمدعي في الدعوى الأصل الاعتراض الا اذا كان هو المدعى عليه في الدعوى الأصل، وكانت الدعوى قد تهيأت للحكم فيها أو انه دفع الدعوى بدفع يردهما[٣]. وقرار الابطال في كل الأحوال يقبل التمييز وفقاً للفقرة (٥) من المادة نفسها.

ويصح احداث دعوى حادثة منضمة للدعوى الأصل أو منضمة للدعوى الموحدة كما يصح احداث دعوى حادثة مقابلة للدعوى الأصل أو للدعوى الموحدة، كما يصح دخول أو ادخال شخص

١- وتقرر المحكمة ابطال الدعوى الموحدة بطلب المدعى عليه وفقاً لأحكام المواد (٥٦ و٥٧) مرافعات مدنية .

٢- وفقاً لأحكام المادة (٥٤) مرافعات مدنية .

٣- أرى انه وان تم توحيد الدعويين لارتباطهما الا ان الخصوم في كل دعوى يحتفظون بصفاتهم وكأن كل دعوى منفصلة عن الأخرى ، وكانت علة التوحيد لغايات أرادها المشرع من أهمها عدم صدور أحكام متناقضة .

ثالث في كلا الدعويين طبقاً للأحكام العامة من اقامة الدعاوى الحادثة أو ادخال الأشخاص الثالثة في الدعوى العادية[١].

أما اذا تحقق في أحد الدعويين سبب من أسباب انقطاع المرافعة المحددة في المادة (٨٤) مرافعات مدنية كوفاة أحد الخصمين أو فقد أهلية الخصومة أو زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه، أو قام من الأسباب ما يوجب استئخار احدى الدعويين دون الأخرى المحدد في المادة (٨٣/١) مرافعات، فالرأي الأرجح في ذلك انه يؤدي الى قطع السير في الدعويين أو استئخارهما سوية، لأن خلاف ذلك قد يتعارض مع الحكمة من التوحيد فقد تتهيأ الدعوى الأخرى- في أثناء فترة الانقطاع أو الاستئخار- للحكم فيها دون الثانية وبالتالي ينتفي القصد الذي وحدت الدعويان من أجله المتمثل بالفصل فيهما بحكم موحد منعاً من تعارض الأحكام أو تناقضها بما يتعذر معه التوفيق بينها[٢].

فاذا تهيأت الدعويان الموحدتان للفصل فيهما فان المحكمة تفهم ختام المرافعة وكأنها تنظر بدعوى واحدة وتصدر حكماً واحداً في الدعويين ولكن بفقرتين حكميتين مستقلتين، تبدأ بالدعوى الأصل ثم الموحدة، وتقضي بالزام الخاسر في كل فقرة من الفقرتين الحكميتين بمصاريف الدعوى التي خسرها وأجور محاماة لخصمه اذا وكل محامياً للدفاع عنه[٣].

ورغم ذلك فان قرار توحيد الدعويين لا يوجب القانون فيه تقديم طلب من أحد الطرفين في الدعوى، بل يمكن للمحكمة اتخاذ هذا القرار من تلقاء نفسها اذا ثبت لها وجود ارتباط بين الدعويين وهذا يفهم صراحة من عبارة النص: (اذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباطاً بدعوى مقامة قبلا ..) وفقاً للإجراءات والشروط التي بيناها فيما سبق. بل لمحكمة التمييز التي تنظر الطعن أن تقرر التوحيد بين دعويين لارتباطهما وان لم يقدم طلب لها بذلك أو لم تثر مسألة التوحيد في أي من الدعويين[٤].

١- وفقاً لأحكام الدعوى الحادثة المقررة في المواد (٦٦-٧٢) مرافعات مدنية .

٢- القاضي رحيم حسن العكيلي : المصدر السابق ، ص٣١٩ .

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٩٩٠/هـ ش/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/١٢ : (حيث انها وجدت ان حكم محكمة الموضوع المتضمن توحيد دعوى التفريق مع المطاوعة المقامين أمامها واعتبار الأخيرة هي الأصل وأصدرت حكماً حضورياً يقضي : أولاً- بالزام المدعى عليها بمطاوعة زوجها في الدار المهيأة لها من قبله ثانياً- الحكم برد دعوى المدعية بخصوص دعوى التفريق القضائي وتحميل المدعى عليها الرسوم والمصاريف والأتعاب وجدته صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون للأسباب والحيثيات التي استندت اليها المحكمة حيث انها أجرت التحقيقات الوافية وتوصلت الى ان المدعي في دعوى المطاوعة قد هيأ بيتاً شرعياً متوفر فيه كافة الشروط الشرعية والقانونية مما توصلت الى ان المدعية في دعوى التفريق الموحدة مع دعوى المطاوعة الى انها لم تثبت دعواها بالأدلة المعتبرة قانوناً وان شروط تطبيق المادة ٤٣/ أولا أحوال شخصية غير متحققة فيكون حكمها صحيحاً لذا قرر تصديقه ..) ، غير منشور .

٤- جاء بقرار محكمة استئناف بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد ١٩٣/ش هـ/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٢/٢٧ : (حيث وجدت ان القرار الصادر من محكمة الأحوال الشخصية المختصة باستئخار دعوى المطاوعة الى نتيجة حسم

وان التوحيد لا يقتصر على دعويين كما يفهم من التطبيق الحرفي لنص المادة (٧٥) مرافعات حيث يمكن توحيد دعويين أو ثلاث أو أربع أو أكثر اذا كان هناك ارتباط بينها وتوفرت شروط التوحيد الموصوفة، ويتوجب هنا أن يتخذ قرار التوحيد لكل دعوى بشكل مستقل في محاضرها، ولأنه يتم توحيد الدعوى الأحدث بالدعوى الأقدم[١] ، وان كان مثل هذا النوع من التوحيد نادر الوقوع عملياً.

المطلب الثالث : موقف القضاء العراقي من توحيد الدعويين الشرعيتين لارتباطهما

تبين لنا في أثناء البحث ان مسألة وجود الارتباط بين دعويين يعود تقديره لمحكمة الموضوع، الا ان لمحكمة التمييز الرقابة على تقدير المحكمة في ذلك للتثبت من صحة اجراءات التوحيد ومدى توافر شروطه، بل ولها أن تقرر ذلك التوحيد من تلقاء نفسها لاعتبارات قانونية أرادها المشرع تم توضيحها فيما مر من الدراسة.

ولم يحدد المشرع الدعاوى الشرعية أو غير الشرعية التي يمكن توحيدها وهذا أمر طبيعي كون مثل هذه الدعاوى لا يمكن حصرها على الاطلاق، الا انه ترك لمحكمة الموضوع سلطة تقدير ذلك، الا انه يمكن ايراد الأمثلة على هذه الدعاوى وفق ما استقر عليه القضاء العراقي وكالآتي:

١. دعوى زيادة النفقة التي تقيمها الزوجة على زوجها ودعوى قطع النفقة أو اسقاطها التي يقيمها هو عليها.
٢. دعوى زيادة النفقة التي يقيمها المحكوم له بها سواء كانت الزوجة أو غيرها مع دعوى انقاص النفقة نفسها التي يقيمها المحكوم بها سابقاً على المحكوم بها لصالحه واصدار حكم واحد في الدعويين.
٣. دعوى التفريق التي يحتمل تأثيرها على المهر كالتفريق للخلاف أو للنشوز ودعوى المطالبة بالمهر المقامة من الزوجة على زوجها الذي طلب التفريق[٢].
٤. دعوى التفريق المقامة من الزوجة ودعوى المطاوعة المقامة من لدن زوجها عليها[٣]. وقد

= =دعوى التفريق غير صحيح ومخالف لأحكام القانون اذ كان على المحكمة توحيد الدعويين والسير فيهما معاً وليس استئخار المطاوعة نتيجة دعوى التفريق ..) ، غير منشور.

١- القاضي رحيم حسن العكيلي : المصدر السابق ، ص٢١٣.

٢- قضت محكمة التمييز بقرارها بالعدد ٤٦٩/ش/١٩٨١ في ٨/٤/١٩٨١ : (يجب توحيد دعوى التفريق التي أقامها الزوج بسبب النشوز مع دعوى المهر المؤجل التي أقامتها الزوجة عليه لوجود ارتباط بين الدعويين) ، نقلا عن ابراهيم المشاهدي : المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم المرافعات ، بغداد ، ١٩٩٩، ص١٩٨٢.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٨٩٠/هـ ش/٢٠١٧ في ١٢/١١/٢٠١٧، غير منشور.

تأكد ذلك بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٧٢٨/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٢٩ حيث وجدت أن قرار محكمة الأحوال الشخصية القاضي: (أولاً- الحكم على المدعى عليها في دعوى المطاوعة الموحدة مع دعوى التفريق المرقمة ٢٢٥٠/ش/٢٠١٩ بمطاوعة زوجها المدعي في الدار المهيأة لها ... ثانياً- الحكم برد دعوى المدعية في دعوى التفريق القضائي لعدم تحقق الأسباب القانونية للحكم فيها .. كان الحكم موافقاً للقانون حيث وجدت المحكمة ان الزوجة ملزمة بمطاوعة زوجها اذا هيأ لها داراً مستوفية لشروطها الشرعية والقانونية كما وان دعوى المدعية بطلب التفريق القضائي وجد منها ان أسباب الخلافات بسيطة يمكن تلافيها والتسامح فيها مما يكون الحكم المميز والذي قضى بالزام المدعى عليها في دعوى المطاوعة ورد دعوى المدعية بالتفريق قد كان تطبيقاً صحيحاً لأحكام القانون فقرر تصديقه ورد الطعن التمييزي ...) .

٥. دعوى اثبات نسب الطفل المقامة من أحد الزوجين مع دعوى نفي نسب الطفل نفسه المقامة من الزوج الآخر.

٦. دعوى اسقاط الحضانة المقامة من لدن الزوج مع دعوى تسليم الأطفال أنفسهم المقامة من الزوج[١].

٧. دعوى النفقة الماضية والمستمرة المقامة من الزوجة ودعوى المطاوعة المقامة من الزوج[٢] ، وتأكد ذلك بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٣٠٥٣/ هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٠/١٣ : (حيث وجدت محكمة التمييز الاتحادية ان حكم محكمة الأحوال الشخصية القاضي بالزام المدعى عليه بدفع نفقة ماضية ومستمرة مخالف للقانون ذلك لأن المدعى عليه طلب اقامة دعوى حادثة متقابلة بمطاوعة المدعية وهي دفع

١- وقضت محكمة التمييز الاتحادية أيضاً بقرارها بالعدد ٤٣١٥/ش/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/١٢/٣١ : (نظراً لوجود ترابط بين دعوى المطالبة بنفقة للمحضونتين وأجرة الحضانة المقامة من قبل المدعية والدعوى المتضمنة طلب المدعى عليه ضم حضانتهن اليه مما يقتضي توحيدهما) . نقلاً عن المحامي فوزي كاظم المياحي : صديق المحامي في دعاوى الأحوال الشخصية، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٢٧.

٢- وجاء بقرار لمحكمة التمييز بالعدد ٩٦١/ش/١٩٨٠ في ١٩٨١/٣/٥: (لا يصح توحيد دعوى النفقة مع دعوى التفريق للضرر المقامتين من قبل الزوجة بل يجب نظر كل من الدعويين بصورة مستقلة) . القاضي ابراهيم المشاهدي: المصدر السابق، ص١٨٢. وجاء بقرار لها بالعدد ٦٢٩٨/هـ ش/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٠/٤ : (حيث وجدت المحكمة ان قرار محكمة الموضوع بتوحيد دعوى النفقة المقامة من الزوجة مع دعوى المطاوعة المقامة من الزوج والحكم أولاً- بإلزامه بتأديته نفقة ماضية (كذا) ومستمرة (كذا) واعتباراً من تاريخ المطالبة القضائية ولغاية تاريخ صدور الحكم بالمطاوعة ثانياً- الحكم بالزام المدعية بمطاوعة زوجها المدعى عليه في البيت الشرعي كان صحيحاً حيث ان تاريخ قطع النفقة المستمرة يكون اعتباراً من تاريخ صدور حكم المطاوعة بعد اكتسابه الدرجة القطعية) ، غير منشور.

لدعوى النفقة فكان عليها تكليفه بدفع الرسم القانوني عن الدعوى الحادثة وقبولها كونها دفعـاً للمدعية بالنفقة وحيث ان المحكمة رفضت ذلك الطلب مما أخل بصحة الحكم المميز). وأرى أن هذا الاجراء القضائي ما هو الا تأكيداً لاستقرار القضاء على توحيد دعوى الزوجة في طلـب النفقة مع دعـوى الزوج في المطاوعة، ورغم ذلك فان هذا التوحيد لا يحول دون امكانية الزوجـة في المطالبة بالنفقة المؤقتة لهـا ولأطفالها حيث يجوز فرض نفقة مؤقتة للزوجة على الرغم من هذا التوحيد، فجاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨٢٩٨/هـ ش/ ٢٠١٦ في ٢/١١/٢٠١٦: (ان توحيد دعوى المطاوعة مع دعوى النفقة المستمرة لا يمنع من فرض نفقة مؤقتة لحين حسم الدعوى)[١].

٨. دعـوى تصديـق طلاق ودعـوى المدعية بالرجوع عـن البذل وفق المذهب الجعفـري أو دعواه برجوعـه بهـا خلال العدة، فجاء بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٨٢٥/ش/٢٠٠٦ في ٣١/٥/٢٠٠٦: (حيث كان الواجب على المحكمة جلب دعوى الرجوع المذكورة ابتداءً وتوحيدها مع دعوى تصديق الطلاق واصدار قرار في واقعتي الطلاق والرجعة وان ابطال واقعة الرجعة لا يحول دون اثباتها بدعوى تصديق الطلاق)[٢] ، لأن الأمر يتعلق بالحل والحرمة التي يمكن اثباتها في أي وقت وبطرق الاثبات كافة.

أما دعوى أثاث الزوجية المقامة من المدعية لا توحد مع دعوى المطاوعة فجاء بقرار لمحكمة التمييز بالعدد ١١٩٨/ش هـ/ ٢٠١٠ في ١٦/٥/٢٠١٠ : (.. ان وجدت المحكمة ان وجود أثاث على فرض صحة العائدية يؤثر على البيت الشرعي ان تكلف المدعي بإعداد أثاث أخرى بديلة فان وافق يمهل فترة مناسبة وان أصر ان الأثاث المجهزة تعود له تكلف المدعى عليها بمراجعة المحكمة لإثبات ذلك وعند تقديمها ما يشـير لتسجيل الدعوى جعل دعوى المطاوعة مستأخرة لنتيجة دعوى الأثاث ..)[٣].

وان الأمثلة في توحيد دعويين شرعيتين لارتباطهما لا يمكن حصرها وان للمحكمة سـلطة تقديرية واسعة في ذلك، الا ان قرارها برفض التوحيد يخضع لرقابة محكمة التمييز المختصة ويقبل الطعن ممن طلبه استناداً لأحكام المادة (٢١٦) من قانون المرافعات المدنية وتكون مدة الطعن فيه خلال سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً[٤].

١- نقلا عن القاضي عدنان مايح بدر: حيثيات الدعوى الشرعية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص١٤٩.

٢- القاضي عدنان مايح بدر: الاجراءات العملية لدعاوى الأحوال الشخصية ، ط٢ ، بغداد ، ٢٠١٩، ص١٧٣.

٣- وجـاء بقـرار آخر لها بالصدد نفسـه بالعـدد ٢٣٢٠/هـــ ش/ ٢٠١٠ في ١٩/٩/٢٠١٠: (اذا كانت الأثاث الموجودة بالـدار المهيـأة من قبل الـزوج متنازعاً عليها بادعاء الزوجة تكلف بحصرها وتطلـب اجابة الزوج عن ذلك فان صادقها يكلف بتهيئة أثاث بديلة وان لم يصادقها تطلب المحكمة اضبارة دعوى الأثاث فان وجدت تشابهاً بالأثاث وأصر الزوج عـلى عـدم تهيئة أثاث بديلة تصدر المحكمة قراراً باسـتئخار دعوى المطاوعة لنتيجة دعـوى المطالبة بالأثاث) . نقلا عن القـاضي عدنان مايح بدر: الاجراءات العملية، المصدر السـابق، ص٢٥٠.

٤- ان قـرار (رفـض التوحيـد) يختلف عن قرار (رفض طلـب التوحيد) فالأخير تتخذه المحكمـة التي تنظر في الدعوى المطلوب توحيدها، أما الأول (رفض التوحيد) فتتخذه المحكمة التي تنظر في الدعوى التي وحدت معها الدعوى الموحدة

الخاتمة

ان توحيـد الدعـاوى الشرعية للارتباط من المواضيع التي عالج أحكامها قانون المرافعات المدنية وفي المادة (٧٥) منه وبشكل موجز على الرغم من أهمية هذا الموضوع وكثرة وقوعه في الحياة العملية لا تفاديـاً لصـدور أحكام متناقضة وبالتالي يسـتحيل أو يصعب تنفيذها فقـط، وانما قصد به أيضاً ضمان حسن سير القضاء بتوفير الجهد والوقت ويمكن أن نجمل أهم ما تم التوصل اليه من نتائج فيما يأتي:

١. ان القـاضي أو المحكمـة ملزمة بتوحيـد دعويين لارتباطهما على الرغـم من ان النص أعلاه كان غير موفق في ذلك عندما وردت فيه عبارة: (فلها أن تقرر توحيد الدعويين ..) وان هذا اللفـظ يوحي الى التخيير لا الى الالزام المقرر قانوناً.
٢. يصح التوحيد للارتباط ولو كانت الدعويان منظورتين من المحكمة ذاتها أو من محكمتين مختلفتـين لأجـل جمعها في دعوى واحدة وأمام محكمة واحدة ما دامت المحكمتين في نفس درجـة التقـاضي، وبهذا فان النص لم يكن موفقاً في صياغتـه عندما جاء بالقول: (اذا تبين للمحكمة ان للدعوى ارتباطاً بدعوى مقامة قبلاً بمحكمة أخرى) لأن الغاية ليس ان تنظر الدعويين محكمة واحدة فحسـب بل يمكن التوحيد حتى أمام نفس المحكمة.
٣. يجـب أن تكـون الدعويـان المرتبطتان منظورتين مـن المحكمة ذاتها أو مـن محكمتين من محاكم الدرجة الأولى في العراق كأن تكون أمام محكمتي بداءة أو محكمتي أحوال شخصية أو محكمة عمل وهكذا.
٤. يجب أن تكون الدعويان المرتبطتان قائمتين فعلاً، وكلاهما قيد المرافعة وان تكون المحكمة مختصة بنظرهما لأنه مع صدور الحكم في أحدهما لا يمكن التوحيد.
٥. يمكـن للمحكمـة أن تقرر التوحيد للارتباط من تلقاء نفسـها وان لم يطلب أطراف النزاع ذلـك بل ولمحكمـة التمييز المختصة الحق في ذلك أيضاً لتعلق هذا الطلب بالنظام العام.

وبهـذا فـان النص الذي عالج أحكام توحيـد الدعويين للارتباط لم يكن موفقاً مما يتطلب اعادة صياغته صياغة تنسـجم وفحواه وأن تكون له دلالة واضحة على معناه منعاً لكثرة الاجتهادات القضائية وتناقضها.

ولا يتخذ الا بناءً على قرار توحيد سابق وان قرار رفض التوحيد هو الذي يقبل الطعن به تمييزاً فقط .

المصادر

١. القاضي ابراهيم المشاهدي: المختار من قضاء محكمة التمييز- قسم الأحوال الشخصية، بغداد، ١٩٩٩.

٢. احمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٦٥.

٣. احمد أبو الوفا: نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية، ط٢، دار المعارف المصرية، القاهرة، ١٩٥٧.

٤. د. آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، ط٢، بغداد، ٢٠٠٩.

٥. القاضي رحيم حسن العكيلي: دراسات في قانون المرافعات المدنية، ج١، ط١، بغداد، ٢٠٠٦.

٦. عبد الرحمن العلام: شرح قانون المرافعات المدنية، ط٢، بغداد، ٢٠٠٨.

٧. القاضي عدنان مايح بدر: الاجراءات العملية لدعاوى الأحوال الشخصية، ط٢، بغداد،٢٠١٩.

٨. محمد الحبيب التجكاني: النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية – آفاق عربية بغداد.

٩. محمد شفيق العاني: أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط٢ بغداد.

١٠. القاضي مدحت المحمود: شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط١، بغداد، ٢٠٠٥.

١١. وجدي راغب: الموجز في مبادئ القانون المدني، ط١، القاهرة، ١٩٧٧.

مخاصمة الشخص المعنوي

القاضي عواد حسين ياسين العبيدي

المستخلص

الشخصية المعنوية (الحكمية) او(الشخص المعنوي(Personal maral)

افتراض قانوني وبعبارة أخرى أكثر دقة تشـبيه مجازي تقاس به بعض المراكز القانونية على الشـخصية الطبيعية، والمشرع هو الذي يسـبغ على الشـخص المعنوي بعض صفات الكائن البشري الحـي فيصبح بذلك كائناً قانونياً يتمتع بالحقوق وتترتب عليه الالتزامات.

ولكي يكون الشـخص المعنوي أهلاً للتقاضي، لابد أن تكون لديه أهلية اختصام وتطرق المشرع العراقي للشـخص المعنوي في المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١، فكان هذا البحث مساهمة للتعرف على إجراءات مخاصمة الشخص المعنوي واشكالاته القانونية.

Abstract

legal personality (judicial) or a (moral person) is a legal presumption، in other words، a more accurate metaphor by which some legal centers are measured on the natural personality، and the legislator is the one who bestows on the moral person some of the characteristics of the living human being، thus becoming a legal object enjoying rights and entailing obligations.

In order for a legal person to be eligible for litigation، he must have the capacity to litigate.

The Iraqi legislator deals with the legal person in Article (47) of the Iraqi Civil Code No. (40) of 1951.

this research is a contribution to recognize the procedures for litigating the legal person and its legal problems.

المقدمة

الشـــخصية المعنويـــة (الحكميـــة) (الشـــخص المعنـــوي) (Personal maral) افـــتراض قانوني،وبعبارة أخرى تشـبيه مجازي تقاس به بعض المراكز القانونية او الجهات على الشـخصية الطبيعيـة فتختـص بأهم خصائصها، والمشرع هو الذي يسـبغ على الشـخص المعنوي بعض صفات الكائن البشري الحي فيصبح بذلك كائناً قانونياً يتمتع ببعض الحقوق ويلزم ببعض الالتزامات ولا يختلط بالاشـخاص الذين كانوا سـبباً في إيجاده بما جمعوه من الاموال اللازمة لتكوين ذمته المالية أو من الاجراءات اللازمة لنشوئه او بالأشخاص القائمين بممارسة سلطته بل هو شخص آخر قائم الى جانبهم متميزاً منهم بشـخصيته الخاصة [١].

حـددت المـادة (٤٧) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ (الاشـخاص المعنوية) والملاحـظ عـلى هـذه المادة ان الشـخصية المعنوية لا تنشـأ الا بناءً على نص قانونـي خاص يمنحها الحياة والوجود لا بصورة تلقائية بمجرد اجتماع شروط معينة، كل هذا باستثناء الدولة فانها تنشأ باجتماع عناصرها اللازمة من (ارض، وشـعب، وسـيادة) وكل ما ينظمهـا من قوانين يكون لاحقاً لنشـوئها واعترافاً بحقيقتها الواقعة وبحالة قانونية قائمة.

إن الاعتراف بالشـخصية المعنوية كحقيقة ماثلة للعيان هو التسـليم بنشاط الشخص المعنوي في الحياة العملية الاجتماعية والاقتصادية وما ينشـأ عن ذلك من إشـكالات قانونية حول مخاصمته او مخاصمة الشخص المعنوي للغير.

وبنـاءً عـلى هذه المعطيات آثرنـا البحث في هذا الموضـوع الحيوي في بحثنا الموسـوم (مخاصمة الشخص المعنوي) لذا لابد من بيان أهمية الموضوع ومشكلة البحث ومنهجيته ومن ثم خطة البحث (هيكليته) وهذا ما سنتناوله تباعاً.

اولاً : أهمية الموضوع :-

لا يمكـن بأي شـكل من الاشـكال انكار أهمية الشـخص المعنوي من الناحيـة الاقتصادية نظراً للـدور الكبـير الـذي يلعبـه في التجارة والصناعـة فضلاً عن ان الشـخص المعنـوي لا يصيبه الهرم والشـيخوخة ولا يدركه الأجل بالوفاة مثل الشـخص الطبيعي، وانما يبقى الشـخص المعنوي قائماً وله وجوده القانوني لحين تحقيق الهدف الذي انشأ من اجله مع العرض ان من الأشخاص المعنوية

١- ينظر: د.صلاح الدين الناهي، التعليقات الوافية على متون القوانين المرعية في العراق، شرح القانون المدني العراقي، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م، ص٢٤١.

(كالدولـة) لابـد له من الاسـتمرار والوجود وما يترتب عـلى ذلك من أحكام ونتائـج قانونية تتعلق بمخاصمة الشـخص المعنوي ومقاضاته وهنـا تكمن أهمية الموضوع.

ثانياً: مشكلة البحث:-

تنهض مشكلة البحث من الناحية القانونية عند التصدي لمخاصمة الشخص المعنوي وما يتطلب ذلك من معرفة الطبيعة القانونية للشـخص المعنوي، وبيان المعايير الإجرائية في مخاصمة الشـخص المعنـوي واختصامـه للغير، وبيان إجراءات التقاضي والأهلية الإجرائية لاختصام الشـخص المعنوي وما يفرزه الواقع العملي من إشكالات قانونية تتطلب حلولاً عاجلة من رجال الفقه والقضاء.

ثالثاً: منهجية البحث:-

لغـرض الوصـول الى النتائج المرجوة من البحث تم الاسـتعانة بالمنهج الوصفـي التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص ووصفها دون زيادة أو نقصان لاسـتنباط الاحكام منها مع الاسـتعانة بالمنهج القانوني لمقارنة النصوص مع نظيرتها من النصوص في القوانين العربية وبالأخص القانون المـصري ولاسـباغ الطابـع العمـلي على البحث تم الاستشـهاد بالاحـكام القضائيـة في العراق كل في موضعه وما وجد الى ذلك سـبيلاً.

رابعاً: خطة البحث (هيكليته):-

لغـرض الإحاطـة بموضوع البحث وتحديد إطاره العام فقـد تم تناوله وفق خطة بحث تكونت مـن مقدمـة ومبحثين ثم قفونا البحث بخاتمة حوت أهم النتائج والتوصيات، وعلى الوجه الآتي:-

المبحث الأول : مفهوم الشخص المعنوي

الشـخصية الاعتباريـة أو (الشـخص المعنوي) هي:- مجموعـة من الأشـخاص او الأموال التي تهـدف الى تحقيق غرض معين ويمنح القانون لها الشـخصية المسـتقلة بالقـدر اللازم لتحقيق هذا الغرض،عليه يمكن القول: ((إن الشـخص الاعتباري أو المعنوي هو جماعة من الأشـخاص يضمهم تكوين يرمي الى هدف معين،او مجموعة من الأموال تُرْصد لتحقيق غرض معين يخلع القانون عليها الشـخصية، فتكون شخصاً مستقلاً ومتميزاً عن الأشـخاص الذين يساهمون في نشاطها او يفيدون منها كالدولة والجمعية، والشركة، والمؤسسـة)) [١].

ويسـميها البعـض بالأشـخاص الاعتباريـة او (الافتراضية) أو (الحكمية)؛ لأنـه ليس لها كيان مـادي ملمـوس، وانما تقوم في الذهن ويتصـور وجودها معنوياً [٢].

وبنـاءً على مـا تقدم ولغرض التعرف على مفهوم الشـخص المعنوي لابُدَّ من تعريف الشـخص المعنوي وبيان أنواعه ومن ثم تحديد طبيعته القانونية مما يقتضي تناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب تباعاً.

المطلب الأول : تعريف الشخص المعنوي

ساق الفقهاء الكثير من التعريفات المعطاة للشخص المعنوي نذكر منها:

عُـرِّف الشـخص المعنوي بأنه: ((أهلية قانونية لاكتسـاب الحقوق وتحمـل الالتزامات)) [٣]، ان من المآخذ على هذا التعريف اشـتراط الأهلية للشـخص المعنوي وهذا الشرط لا يقتصر على الشـخص المعنوي وحده وإنما يشـاركه فيها الشخص الطبيعي ايضاً.

كمـا عُرِّف الشـخص المعنوي بأنه: ((شـخص اعتباري لا وجود مادي لـه وانما يفرض وجوده القانون)) [٤].

١- ينظـر: د. عبـد المنعـم فرج الصدة، أصول القانون، شركة مكتبة ومطبعة مصطفـى البابي الحلبي وأولاده في مصر، ط (١٩٦٥) ،ص٤٣٠.

٢- للاستزادة ينظر: د. احمد محمود الخولي، نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط٢، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ص٢٩؛ وكذلك: المستشار أنور العمروسي، الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٣، ص١٣٥ وما بعدها.

٣- ينظـر: جليل قسـطو، نظرية الشـخص المعنوي مقال منشـور في مجلة القضاء، تصدرها نقابـة المحامين العراقيين، العدد الأول، السـنة ٣٢، ١٩٧٧، ص٤٤.

٤- ينظـر: منـير القاضي، ملتقى البحريـن، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، المجلـد الأول، مطبعة العاني، بغداد ، ١٩٥١ – ١٩٥٢، ص٨٥.

كما قيل في تعريف الشخص المعنوي بانه: ((مجموعة من الأشخاص والأموال ترمي الى تحقيق هدف معين بواسطة أداة خاصة ويمنح الشخصية المعنوية بالقدر اللازم لإدراك هذا الهدف))[١].

وعُرِّفت الشخصية المعنوية بأنها: ((عبارة عن تجمع لأشخاص أو أموال يعترف به المشرع بصفته كائناً قائماً بذاته مستقلاً عن كيانات الأشخاص أو الأموال المكونة له وذلك لأجل تحقيق اهداف معينة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية)) [٢].

وعَرِّفَت المادة (٧٩) من مشروع القانون المدني العراقي الجديد الشخص المعنوي بأنه: ((مجموعة من الأشخاص والأموال ينشأ بمقتضى القانون لتحقيق غرض معين)) وهذا التعريف كما تقول المذكرة المقارنة للمشروع – تعريف دقيق يتفق مع ما إستقر عليه الفقه في هذا الشأن.

إن التعريف الذي ساقه الدكتور شمس الدين الوكيل للشخص المعنوي هو التعريف الأكثر شيوعاً ويكاد الفقه ان يجمع عليه [٣].

استعمل المشرع العراقي وعدد من المشرعين الاخرين مصطلح (الأشخاص المعنوية) واستعمل غيرهم مصطلح (الأشخاص الحكمية) [٤]، استعمل المشرع العراقي مصطلح (الأشخاص المعنوية) صراحة في المادة (٤٧) [٥] من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والتي نصت على: ((الأشخاص المعنوية هي: أ- الدولة، ب- الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها . ج- ...)).

بينما استعمل المشرع المصري في القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل وفي المادة (٥٢) منه مصطلح (الشخص الاعتباري) فنصت المادة المذكورة على: ((الأشخاص الاعتبارية هي: ١- الدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. ٢- الهيئات والطوائف الدينية...)).

كما نصت المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي على:- ((١- يكون لكل شخص معنوي ممثل

١- ينظر: د. شمس الدين الوكيل، دروس في القانون في القاعدة القانونية ونظرية الحق، ط١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٦، ص٢٠٣.

٢- ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص٢٨٨.

٣- ينظر: د. غازي فيصل مهدي، الشخصية المعنوية وتطبيقاتها في التشريع العراقي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، ربيع الثاني١٤٠٦هـ - كانون الأول / ١٩٨٥م، ص٩.

٤- ينظر: د. اكرم ياملكي، قانون الشركات دراسة مقارنة، ط١، منشورات جامعة جيهان الاهلية، أربيل، ٢٠١١، ص٣٨.

٥- هذه المادة تقابل نصوص القانون المدني في البلاد العربية، المواد التالية: (٥٢) من القانون الليبي، المادة (٥٤) من القانون السوري، المادة (٥٦) من القانون السوداني.

عـن ارادته. ٢- ويتمتع الشـخص المعنـوي بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازماً لصفة الشـخص الطبيعي وذلك في حدود التي يقررها القانون. ٣- وله ذمة مالية مسـتقلة. ٤-.....)).

مـن خـلال قـراءة وتحليـل المادتـين (٤٧ و ٤٨) من القانـون المدنـي العراقي يتضـح جلياً ان الأشـخاص المعنويـة تنقسـم الى نوعين همـا [١] :-

النوع الأول: الأشخاص المعنوية العامة:-

الأشـخاص المعنويـة العامـة كالدولـة والـوزارات والمحافظات والمجالـس البلديـة، والقروية، والمؤسسات، والمنشآت والشركات العامة وكل المصالح التي تنشأها الدولة وتمنحها شخصية معنوية مسـتقلة لتقوم بإدارة المرافق العامة.

النوع الثاني : الأشخاص المعنوية الخاصة:-

أما الأشـخاص المعنوية الخاصة فهي تنقسـم الى مجموعات الأشـخاص، كالشركات والجمعيات ومجموعات الأموال كالوقف والمؤسسات الخاصة.

وللتمييـز بـين النوعين أهمية من حيث القواعد التي تحكم كلا منها فالاشـخاص المعنوية العامة تخضـع للقانـون العـام، بينمـا تخضع الأشـخاص المعنويـة الخاصـة لقواعد القانـون الخاص، ويترتـب عـلى ذلك تمتـع الشـخصية المعنوية العامـة بحقوق وسـلطات لا تتمتع بها الشـخصية المعنويـة الخاصة [٢].

والجدير بالذكر ان المشرع العراقي جاء بتعداد الأشخاص المعنوية على سبيل الحصر ودونما ان يفرق بين الأشخاص المعنوية العامة أو الأشخاص المعنوية الخاصة مع ان الأشخاص المعنوية العامة تمارس نشاطها بصفتها صاحبة سيادة وسلطان وبصفتها ممثلة للمصلحة العامة [٣].

١- ينظر: د. عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٦، ص٧٠٥.

٢- ينظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك، مصدر سابق، ص٢٨٩.

٣- ينظـر: المحامـي فـوزي كاظم المياحـي، القانون المدني فقهـاً وقضاءً البـاب التمهيدي، ج١، مطبعة سـيماء، بغداد، ٢٠١٦، ص٢٣١.

المطلب الثاني : تحديد الأشخاص المعنوية

بالرجوع الى المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي يمكن تحديد الأشخاص المعنوية وهي:-

١. الدولـة: تعـرف الدولـة بأنها: ((جماعة مـن الناس تقطن بقعة محـددة من الأرض في ظل نظام سياسي))[١].

وعَـرِّفَ الأسـتاذ (بونار) الدولـة بأنها: ((وحدة قانونية تتضمن وجـود هيئة اجتماعية لها حق ممارسـة سـلطات قانونية في مواجهة امة مسـتقرة على إقليم محدد وتباشر الدولة حقوق السـيادة بإرادتهـا المنفردة وعن طريق اسـتخدام القوة الماديـة التي تحتكرها)) [٢].

ان اهم عنصر من عناصر الدولة تمتع الدولة بالسيادة الداخلية والخارجية.

أمـا فيمـا يتعلق بالشـخصية القانونية للدولة، فقد انكر بعض الفقهاء تمتع الدولة بالشـخصية القانونيـة، وذلك اما كنتيجة لانكار الشـخصية المعنوية أو الاعتباريـة بصفة عامة، وإما لعدم لزوم الاعـتراف للدولة بهذه الشـخصية مـن وجهة نظرهم، ومن هؤلاء الفقهـاء: ديجي (Dugit) وجيز (G.jeze) وبونار (R.Bonnard) وسـيل (G.selle) وكلسـن (H.Kelsen) [٣].

غير ان غالبية الفقهاء يعترفون بالشـخصية القانونية للدولة: نظراً لاهميتها ومسـاهمتها في حل كثير من المشـاكل المتصلة بوجود الدولة وتصرفاتها ويذهب بعض الفقهاء الى حد اعتبار الشـخصية القانونية احد اركان الدولة [٤].

الملاحظ ان المادة (٤٧) من القانون المدني أوردت مصطلح (الدولة) في حين ان المادة (١/٢١٩) من نفس القانون أورد مصطلح (الحكومة) حيث نصت على: ((١- الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى ...)).

كمـا ان المـادة (٢٩) مـن قانـون المرافعات المدنيـة رقم (٨٣) لسـنة ١٩٦٩ المعـدل نصت على: ((تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة..)) وفي الحقيقـة ان كيـان الدولة مختلف تمام الاختـلاف عن كيان (الحكومة) فكيان الدولة لها شـخصية قانونية في مجال القانون والعلاقات الدولية، ولكنها غير مجسـدة في أي مؤسسـة في الداخل، الا ان الحكومة مجسـدة في كيان وجهاز معلوم فالحكومة هي النظام السـياسي الذي يتم من خلاله إدارة

١- ينظر: د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدسـتوري وتطور النظام السـياسي في العراق، ط١، مكتبة السـنهوري ، بغداد، ٢٠١٣، ص٣٤.

٢- ينظر: د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٢، ص٢٦.

٣- ينظر: د. ماجد راغب الحلو، الدولة في ميزان الشريعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،٢٠١٢، ص٨٧.

٤- ينظر: د. عثمان خليل عثمان، المبادئ الدستورية العامة، مطبعة مصر، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص١١.

البلد أو المجتمع وتنظيمه، وعلى الحكومة ان تعمل على تحقيق اهداف الدولة فحسب وهي المصالح العامة للشعب، وليس المصالح العامة للحكام [١].

وينبغي الإشارة الى مسألة مهمة عن هذا التباين في المصطلحات واستعمال كلمتي (الدولة) و (الحكومة) هل هذا الاستعمال هو مقصود أم انه ورد دون قصد؟ او هو من قبيل الترادف في اللغة[٢]؟

٢. الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها.
٣. الالوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها.
٤. الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط.
٥. الأوقاف
٦. الشركات التجارية والمدنية الا ما استثني منها بنص في القانون.
٧. الجمعيات المؤسسة وفقاً للاحكام المقررة في القانون.
٨. كل مجموعة من الأشخاص او الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية.

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للشخص المعنوي

لا شك ان الحديث عن الطبيعة القانونية للشخص المعنوي يعطي نموذجاً واضحاً للفقه والتنظير القانونيين معاً، فضلاً عما اثاره من جدل حاد بين علماء القانون في هذه المسألة القانونية والذي لم تخبُ جذوة حرارته لحد الآن لذا فقد تفرعت آراء علماء القانون حول الطبيعة القانونية للشخص المعنوي الى ثلاثة اتجاهات وهي: الاتجاه الأول: القائل بانكار فكرة الشخصية المعنوية اصلاً. والاتجاه الثاني: القائل بأن الشخصية المعنوية محض افتراض ومجاز مخالف للحقيقة. والاتجاه الثالث: القائل بأن الشخصية المعنوية هي حقيقة واقعة. عليه سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع:

١- ينظر: د. ماجد راغب الحلو، المصدر نفسه، ص٨٨.

٢- تستخدم كلمة الدولة بمعنى الحكومة او السلطات العامة في الدولة فيقال مثلاً ان امراً معيناً تنظمه الدولة وتستخدم كلمة بمعنى اضيق من ذلك فيراد بها السلطة المركزية في علاقتها بالسلطات اللامركزية فيقال على سبيل المثال ان الشخص المحلي او المرفقي يخضع للوصاية الإدارية للدولة. ينظر: ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص٣٣، هامش (١).

الفرع الأول : اتجاه انكار فكرة الشخصية المعنوية

بنـى أصحـاب هذا الاتجاه رأيهـم على ان فكرة الشـخصية المعنوية افتراضيـة لا تعبر عن واقع محسـوس، ومـن ثم لجئـوا الى البحث عن فكرة واقعيـة لتحل محلها، وهؤلاء انقسـموا الى فريقين واسـس كل منهما نظرية بديلة [١].

النظرية الأولى : نظرية الملكية المشتركة او الملكية الجماعية:-

أُسِسَـت هـذه النظريـة على أن الإنسـان وحده هـو الذي يتمتع بالشـخصية القانونيـة، ومن ثم فالتكوينـات الاجتماعيـة التي تكـون عبارة عن مجموعة من الأموال أو تجمع من الأشـخاص، ليس لها - في الحقيقة - تلك الشخصية القانونية، والأمر- على وجه الدقة- عبارة عن نوع من الملكية، هي الملكية المشـتركة التي تخضع لنظام الملكية الفردية.

((فليس هناك شخص حتى ولو بطريقة افتراضية، وإنما هناك مال مشترك مملوك لمجموع من الأفراد. وكل فرد من هؤلاء لا يمكنه أن ينفرد بالتعامل في هذا المال كما هي الحال في الملكية الفردية، مفرزة كانت أو شائعة، وإنما يتعامل في شأنه بالاتفاق مع الآخرين، أي أن مجموع الأفراد هو الذي يملك هذا المال ويتعامل فيه)) [٢].

ومن أهم عيوب هذه النظرية:

١. التركيز على جانب الأموال في الشـخص الاعتباري، والمال لا يشـكل أهمية بالنسبة لكثير من الشـخصيات الاعتباريـة، كالدولة التي هي أهم أشـخاص القانون العـام ولا يميزها بصفة أساسية إلا ما لها من حقوق السلطة العامة وما تسعى إليه من أغراض غير مادية. وكذلك الجمعيات الثقافية والصحية ونحوها.
٢. تصور النظرة إلى الشـخص الاعتباري بوصفه تجمعاً مع الأشـخاص تنسـب إليهم الملكية المشـتركة، فهي تغفل بذلـك مجموعات الأموال، كالأوقاف مثلا.
٣. أنها لا تسـتطيع تفسـير مركز المؤسسين لمجموعات من الأموال المرصودة لبعض الأغراض مستشـفى أو دار الإيواء العجزة، إذ لا يملك المؤسـس شـيئاً من هذه المؤسسات، بل في كثير من الأحيان لا يتمتع بأي سـلطان عليها. وكذلك لا يعد المسـتفيدون منها مالكين لها.

١- لمزيـد مـن التفصيـل ينظر: د. الصدة، مصدر سـابق، ص٤٣٧ – ٤٣٩؛ وكذلك: البدراوي، مصدر سـابق ، ص٦٩٠ – ٦٩٢؛ وكذلك: علي حسـين نجيدة، المدخل لدراسـة القانون (نظرية الحق) ، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة القاهرة والكتـاب الجامعي، ١٩٩٠ – ١٩٩١، ص١٩٨ – ٢٠٤.

٢- ينظر: الصدة،المصدر نفسه، ص٤٣٨.

٤. في ضوء هذه النظرية لا تنسب الملكية إلى واحد من المالكين بعينه، بل تنسب إلى مجموعهم بوصفهم كتلة مستقلة عن أفرادها، وهو عين تصوير الشخص الاعتباري الذي تنكره النظرية.

النظرية الثانية: نظرية ذمة التخصيص او الغرض:-

يرى أنصارها- باختصار- وجوب الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري، والوقوف عند الغرض المقصود من قيام مجموعة من الأشخاص أو رصد مجموع من الأموال، بحيث يوجد مركز تستند إليه الحقوق والالتزامات التي تشكل في مجموعها ذمة مستقلة عن أصحابها، يجمع بينها الغرض الذي خصصت له. فلا تقسم هذه النظرية الأشخاص إلى أشخاص طبيعية وأخرى معنوية، بل التقسيم يكون للذمم، ذم فردية وذمم تخصيص [١].

ومن أهم عيوبها:

١. مخالفة التصور القانوني السائد وهو ضرورة استناد الذمة المالية إلى شخص، طبيعيا كان أو معنويا، فلا يمكن تصور وجود مال لا صاحب له، ومن ثم لا يتصور ذمة لا صاحب لها.
٢. العيب ذاته الذي نسب إلى النظرية السابقة وهو التركيز على الجانب المالي، ومن ثم لا يشمل تصورها حلاً لصورة الشخصيات المعنوية غير المالية أو التي ليس للمال فيها أهمية كبيرة كالدولة والمؤسسات العلمية والفنية ونحوها.

الفرع الثاني : اتجاه الشخصية الافتراضية او المجازية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن من المسلم به أنه لا يتمتع بالشخصية القانونية سوى الإنسان، ذلك لأنه صاحب حس وإدراك وإرادة، ومن ثم فإن جعل التجمعات الاجتماعية من الأشخاص أو الأموال لا يمكن أن تضفي عليها الشخصية القانونية إلا بطريق الحيلة القانونية والافتراض المجازي الذي لايتفق مع الواقع في شيء.

ولقد ابتنت مفهومها هذا على مجموعة من المقدمات التي خطأها فيه كثير من فقهاء القانون، ومنها [٢] :

١. الخلط بين مفهوم (الشخص) في القانون والعلوم الاجتماعية المختلفة، إذ يختلف هذا

١- ينظر: نجيدة، مصدر سابق، ص٢٠١ وكذلك: د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية ،النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ص٥٠٤.

٢- نجيدة، مصدر سابق، ص٢٠٣.

المصطلـح في مجـال القانون والذي يعني الصلاحية للتحمـل بالحقوق والواجبات، ليصبح معناه ذلك الكائن البشري الذي يتمتع بالحس والإدراك والإرادة؛ ولأن الشـخصية المعنوية لا تتمتع بالذي يتمتع به الإنسان من حس وإدراك وإرادة، إذن فحسب الشخصية القانونية عليهـا - في وجهـة نظر هؤلاء - مجاز وافتراض لا واقع له.

والحق أن المصطلح الواحد له في كل علم معناه المستقل، ومصطلح (الشخص) ينطبق على من له صلاحية للتحمل بالحقوق والواجبات، طبيعيا كان أو معنويا.

٢. اسـتندوا إلى المذهب الفردي الذي يرى أن شـخصية الإنسـان سـابقة على القانون لأنها من خلق الله، ومن ثم يقتصر دوره معها على حمايتها وكفالتها، أما الشـخص الاعتباري فهو لا يشـبه خلق الله للإنسـان، فهو لذلك كائن وهمي من صنع القانون.

٣. واسـتندت أيضـا إلى المذهب الشـخصي في تعريف الحـق، وهو مذهب يرى في الحق سـلطة إراديـة لصاحبه، فلا يجوز نسـبته إلى من لا إرادة له كالشـخص الاعتباري.

ومن اهم نتائج هذه النظرية واخطرها بآن واحد:

١. إطـلاق يد المـشرع فيما يتعلق بمنح أو منع الشـخصية المعنوية طبقا لمـا تمليه الاعتبارات السياسـية، التـي توجه التشريع وتتحكم فيه. ولذا سـميت هـذه النظرية (بالدولانية) أي التي تشايع الدولة. ومن ثم فبقاء هذه الشخصية رهن برضاء الدولة، وكذا تحديد أهليتها ونطاق نشـاطها واختصاصاتها، كل ذلك بيد السلطة المشرعة.

٢. إذا اعتبرنـا الشـخصية الاعتباريـة افتراضا مجازا بلا إرادة، فلا مسـئولية جنائية أو مدنية لهـذه الشـخصية، وهذا أمـر غاية في الخطـورة. ولو عممنا ذلك على كثير من الشـخصيات الاعتبارية لأدى ذلـك الى نتائج خطيرة.

٣. لوعممنـا فكرة الافتراض المجازي على كل الأشـخاص الاعتبارية، ومنها الدولة، واعتبرناها محض افتراض لكان لهذا أثر خطير على فكرة السيادة وهو ما يطعن في قيام الدولة ذاته.

في نهايـة المطـاف يمكن القول بأنه للأخطاء التي أصابت مقدمـات هذه النظرية ولنتائجها الخطيرة أمكن الحكم بعدم صلاحها لتقديم تفسـير جيد لفكرة الشخصية الاعتبارية.

الفرع الثالث : إتجاه الشخصية الحقيقية

يرى أصحاب هذا الاتجاه -عكس ما رأي أصحاب الاتجاهين السابقين- أن الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعة لا افتراض فيها ولا مجاز. إلا أنهم اختلفوا في الأساس الذي تقوم عليه هذه الشخصية الحقيقية، وافترقوا في ذلك إلى مذاهب ثلاثة [١]:

المذهب الأول: اصحاب تشبيه الشخصية الاعتبارية بالشخصية الحقيقية:

وهم في هذا فريقان: فريق أسَسَ نظرية ((الحقيقة العضوية)) ،والثاني ذهب إلى ما يسمى ب ((نظرية الإرادة)).

فأما **النظرية العضوية:** فيرى أصحابها أن الشخص الاعتباري يشبه الإنسان في تكوينه العضوي، فكما يتكون الأخير من تجمع مجموعة من الخلايا الحية، فإن الأول يتكون من مجموعة من الخلايا هم الأفراد الذين يدخلون في تكوينه.

والحق أن هذا ضرب من الخيال الواسع، فمن ناحية لا توجد أي رابطة تشابه بين تفاعل الخلايا الحية - المكونة للشخص الطبيعي - بين بعضها البعض لتضمن حيويته وحياته، وبين تفاعل الأفراد المكونين للشخص الاعتباري، ومن ناحية أخرى لا علاقة لتجمع الخلايا الحية في الشخص الطبيعي وتفاعلها مع بعضها البعض لتكسبه وجوده الحسي الطبيعي (البيولوجي)،إكسابه الشخصية القانونية. ففي كثير من الشرائع - سماوية وشرعية - لا تمنح للعبيد الشخصية القانونية مع تمتعهم الكامل بالوجود الحسي الطبيعي.

وأخيرا لو جاز أن يبرر تجمع مجموعة من الخلايا الحية بسط الشخصية القانونية على صاحب هذا التجمع لجاز أن نبسطها على الحيوانات والنباتات، وهذا لم يقل به أحد.

أما **نظرية الإرادة:** فيرتكز تصور أصحابها للشخص الاعتباري على تشابهه مع الشخص الطبيعي في كونهما صاحبي إرادة، ذلك باعتبار أن للحق سلطة إرادية، ((فهم يرون أن الشخص الاعتباري شخص حقيقي له إرادته المشتركة الخاصة به التي يعبر عنها مديروه، والتي تغاير الإرادات الفردية لأعضائه،وله نشاطه المتميز عن النشاط الشخصي لهؤلاء الأعضاء. وعلى الشارع أن يعطي الشخصية لكل مجموع صالح لأن تكون له إرادته الخاصة، ولأن يحمي مصالحه الخاصة)) [٢].

وعيب هذه النظرية أصل فكرتها وهي جعلها الإرادة مناط الشخصية القانونية، وهو يقضي

١- ينظر: نجيدة، مصدر سابق، ص٢٠٥ – ٢٠٦.

٢- ينظر: الصدة، مصدر سابق، ص٤٣٩ .

بعدم ثبوت الشـخصية القانونية لعديمى الإرادة. وإن صحت فكرة الإرادة في تجمعات الأشـخاص لما صحت في مجموعات الأموال. وكذلك فإن فكرة الإرادة ليسـت جوهر الحق إذ يثبت الحق لبعض من ليس ذا إرادة، وأخيرا فإن فكرة الإرادة المشـتركة غير محددة ربما دفع إليها الخلط بين مفهوم (الشـخص) في القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى [١].

المذهب الثاني : القائلون بنظرية المصلحة:-

وهـؤلاء يرون أن أسـاس الشـخصية الاعتبارية هو المصلحة المشـتركة أو الجماعيـة التي تتميز عـن المصالـح الفرديـة؛ ذلـك لأن الشـخصية القانونية - في نظرهـم - هي الصلاحية لاكتسـاب الحقـوق والتحمـل بالواجبـات، ولأن الحـق مصلحة يحميهـا القانون، ((فالشـخصية إذن لدى هـذه النظريـة مركز المصالح الإنسـانية، فإذا كانت الشـخصية الطبيعية مركزا لمصالح إنسـانية فرديـة، فالشـخصية الاعتباريـة مركز أكبر لمصالح إنسـانية جماعية، فلا تقـل عنها - إن لم تزد - في كونهـا شـخصية حقيقية)) [٢].

وقـد عيب على هذه النظريـة اخذها بالتعريف القائل بأن الحق مصلحـة يحميها القانون، وإنما المصلحة في الحقيقة هي الغاية والهدف المقصود من الحق، وليست ذات الحق. كما أن ربط الشخصية بالمصلحة يقتضي عدم الاعتراف بالشخصية لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال بوصفها كيانات مسـتقلة عـن أفرادها، ولكن للأفراد الذيـن يكونون هذه الجماعات؛ لأنهم هم المسـتفيدون من هذه المصلحـة، وذلـك ينعكس بدوره عـلى الاعتراف بالشـخصية القانونية لتلك الجماعات ككل مسـتقل ليصبح شـيئاً من الافتراض والمجاز [٣].

المذهب الثالث: القائلون بنظرية النظام القانوني:-

وهـؤلاء يـرون أن مقومات النظـام القانوني وجـود تنظيم يراد به الوصـول إلى غرض معين، وأشخاص يستفيدون من هذا التنظيم، ومظهر خارجي للتنظيم تظهر فيه الأفكار المشتركة للمكونين لـه، وهـذه المقومات تنتج كائنا اجتماعيـا حقيقيا، يمكن أن يدرس بوصفه ظاهـرة اجتماعية قابلة لمنحه الشخصية القانونية.

وعيـب عـلى هـذا المذهب غموضـه، وغياب المعيـار الدقيق الـذي يمكن أن يحكم مـن خلاله على

١- ينظر: الصدة، المصدر نفسه، ص٣٣٩ – ٣٤٠، وكذلك: نجيدة، مصدر سابق، ص٢٠٦.

٢- ينظر: نجيدة، مصدر سابق، ص٢٠٧، وكذلك: الصدة، مصدر سابق، ص٤٤٠.

٣- ينظر: نجيدة، المصدر نفسه، ص٢٠٧، وكذلك: الصدة، المصدر نفسه، ص٤٤٠.

الشـخص الاعتباري [١].

وفي مجـال بيـان الطبيعة القانونية للشـخصية المعنويـة من الباحثين ذهـب الى القول بضرورة التسـليم بـان الشـخصية الاعتباريـة تمثـل ((حقيقـة واقعيـة)) ولذلـك فضل اسـتخدام اصطلاح ((الشـخصية المعنويـة)) على اصطلاح ((الشـخصية الاعتباريـة)) [٢].

صفـوة القـول ان الاتجاه القائل بان الشـخصية الاعتبارية تمثل (حقيقـة واقعية) وهو الأقرب إلى الطبيعة القانونية للشـخصية المعنوية؛ لان الوجود الحقيقي بمعناه الواسـع يمكن صرفه إلى كل وجـود مادي أو معنوي لا بالمعنـى الضيق الذي يقتصر معناه على الوجود المادي.

المبحث الثاني : إجراءات مخاصمة الشخص المعنوي

إن التسـليم بالشـخصية القانونية للشـخص المعنوي يترتب على ذلك نتائج مهمة منها ثبوت الذمة المالية المسـتقلة للشـخص المعنوي وضرورة وجود ممثل يعبر عن إرادته لذا والحالة هذه فان الشخص المعنـوي يكـون أهلاً للتقاضي اي بامكانه ان يكون مدعياً او مدعى عليه.

أذن للشـخص المعنوي حق التقاضي، أي له أن يقاضي الآخرين ليحصل على حقوقه، فيكون مدعياً، وللآخرين الحق أن يقاضوه ،فيكون مدعى عليه، كما ويثبت له حق الدفاع عن نفسه ومصالحه [٣].

لـذا قيـل أن للشـخص المعنـوي حق التقاضي أمـام القضاء وهـذا الحق يخوله اللجـوء إلى القضاء كمدعي او المثول امام القضاء كمدعى عليه، وذلك يكون باسمه الشخصي وبصورة مستقلة عن مؤسيسة وأعضاءه، وهذه الميزة للشـخص المعنوي ترتبط بحقه في التقاضي باعتباره شـخصاً قانونياً وهي تنتج من ضرورة انه لا يمكن رفع الدعوى من قبل أو في مواجهة كل من أعضائه و مؤسسيه، ولابد من اجل اقامة الدعوى من قبل الشخص المعنوي او في مواجهته من ان تتوفر المصلحة له في رفعها، كما هو المبدأ في إقامة اية دعوى.

وقـد تتمثـل هـذه المصلحة في المطالبـة بتنفيذ عقـد أو في المطالبة بالتعويـض عن عمل ضار او رفـع اعتـداء واقـع على المال، ويكون ذلك من قبل الشـخص المعنـوي في مواجهة الغير أو من قبـل الغير ضده [٤].

١- ينظر: الصدة: المصدر نفسه، ص٤٤٠ – ٤٤١.

٢- ينظر: كيرة، مصدر سابق، ص٦٣٠ – ٦٣١.

٣- ينظـر: د. محمـد طمـوم، الشـخصية الاعتبارية في الشريعة الإسـلامية بحث مقارن مقدم لمجلـة الحقوق والشريعة الكويتيـة، العدد الأول، السـنة الثانية، ١٩٧٨، ص٩٧.

٤- ينظر: د. محمد محمود عبد الله، المدخل الى علم القانون، مطبعة الداودي، دمشق، ١٩٨٧، ص٣٥٢.

عليه ولكل ما تقدم سـنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب نخصص المطلب الأول لاقامة الدعوى مـن قبل الشـخص المعنوي ونخصـص المطلب الثاني: لأهلية اختصام الشـخص المعنوي ونخصص المطلب الثالث للاهلية الإجرائية للشـخص المعنوي.

المطلب الأول : إقامة الدعوى من قبل الشخص المعنوي

غَنِيٌّ عـن البيـان ان تملك الشـخص المعنوي لذمة مالية مسـتقلة يكون مدعـاة؛ لأن يكون لهذا الشـخص الحـق في التقاضي، وإلا كيف سـيتاح له الدفـاع عن حقوقه المالية في ميـزان تلك الذمة لذا قيل إنه يترتب على كون ان للشخص المعنوي ذمة مالية جواز مقاضاة الشخص المعنوي، ويمكن ان يقاضى دون حاجة الى مقاضاة كل عضو من أعضائه ويتمتع الشـخص المعنوي بحق التقاضي حتى يمكـن ان يكون مدعياً او مدعى عليه [١].

ذلك انه يستتبع استقلال ذمة الشخص المعنوي عن ذمة الأعضاء المكونين له، إنه تجوز مقاضاة الشـخص المعنـوي كما يجوز له ان يُقاضي، أي ان يرفـع الدعاوى أو ترفع عليه الدعاوى وتنصرف الاثار المترتبة على الدعاوى الى ذمته الخاصة [٢].

لعل من نافلة القول انه لا وجود للدعوى الا بعد القيام بجملة من الاعمال التي أوجبها القانون ومنها تحرير طلب في صياغة معينة وذكر أسـماء طرفي الدعوى وعناوينهما ومهنتهما مع خلاصة عن المدعى به وطلبات المدعي وربط المستمسكات وبيان أسانيد الدعوى وتقديم الدعوى الى المحكمة فالدعوى ما هي الا طلب شخص حقه من آخر امام القضاء.

ان ورود لفـظ (... شـخص ...) في المـادة الثانيـة من قانـون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسـنة ١٩٦٩ والتي عرفت الدعوى بأنها: ((طلب شـخص حقه من آخر أمام القضاء)) هو لفظ عام وفي هـذه الحالـة يمكن قبول دعوى الشـخص المعنوي، فللشـخص المعنوي إقامة الدعوى باسـمه وهو يعطـي عنوانه ولابد أن تشـتمل عريضة الدعوى على البيانـات الإلزامية الواجب توافرها في الدعوى بموجب قانـون المرافعات المدنية [٣].

لذا تَوَجَبَ على الشـخص المعنوي – حاله حال الشـخص الطبيعي – دفع رسـوم إقامة الدعوى مالم يكن الشـخص المعنوي معفياً عن دفع الرسوم قانوناً [٤].

١- ينظر: د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٤٦٢.
٢- ينظر: د. توفيق حسن فرج ، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٠، ص٢٧٨.
٣- ينظر: المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية.
٤- نذكر على سـبيل المثال ما جاءت به المادة (١٤) من قانون ديوان الوقف السـني رقم (٥٦) لسـنة ٢٠١٢ التي اعفت

وتعتبر الدعوى مقامة من تاريخ دفع الرسوم القضائية او من تاريخ صدور القاضي بالاعفاء من الرسوم القضائية او تأجيلها [١].

وبالرجوع الى قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨٠ المعدل وبالتحديد المادة (٣ / اولاً) والتي نصت على: ((أولاً: المكلف بالرسم هو الشخص الذي يتعين عليه اداؤه وفق احكام هذا القانون)) الملاحظ على النص المتقدم انه لم يفرق بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في دفع الرسم الخاص باقامة الدعوى.

كما ان المادة (٣١) من قانون الرسوم العدلية رقم (١١٤) لسنة ١٩٨٠ جاء بحكم مهم وهو منح المعونة القضائية للاشخاص الطبيعية والمعنوية التي لا تستطيع دفع رسوم الدعوى أو رسم الطعن.

وتناول المشرع العراقي في المواد(٢٩٣ – ٢٩٨) من قانون المرافعات المدنية المعونة القضائية في الباب الخامس منه وعلى الرغم من ان قانون الرسوم العدلية هو الآخر تناول موضوع المعونة القضائية في المواد (٣١ و ٣٢ و ٣٣) منه الا انه لم يأت بنص يقضي بالغاء القواعد الخاصة بالمعونة القضائية الواردة في قانون المرافعات المدنية لذلك تصبح المواد الثلاثة التي جاء بها قانون الرسوم العدلية معدلة لأحكام المعونة القضائية المبينة بقانون المرافعات.

وتتلخص قواعد المعونة القضائية بعد مراعاة تعديلها بقانون الرسوم العدلية بما يأتي[٢]:-

١. تقرر المعونة القضائية للأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي لا يستطيع دفع رسم الدعوى او رسم الطعن.
٢. يقدم طلب المعونة القضائية الى المحكمة المختصة بنظر الدعوى او الطعن يوضح فيه وقائع الدعوى وادلة الثبوت فيها ويرفع مع الطلب ما يؤيد عدم استطاعة طالب المعونة دفع الرسم بوثيقة صادرة عن مجلس الشعب ار رئيس الوحدة الادارية او رئيس الدائرة التي ينتسب اليها طالب المعونة.

خلاصة القول ان الشخص المعنوي ملزم بدفع الرسم القانوني للدعوى كأصل عام ما لم يكن هناك استثناء خاص كما ان الشخص المعنوي حاله حال الشخص الطبيعي يمكن شموله بالمعونة القضائية.

الأموال الموقوفة التابعة للديوان من الضرائب والرسوم المنصوص عليها قانوناً. وكذلك المادة (١٦) من ديوان الوقف الشيعي رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٢.

١- ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٤٨) من قانون المرافعات المدنية.

٢- ينظر: القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص٤٢٦.

المطلب الثاني : أهلية اختصام الشخص المعنوي

عُرِّفَت أهلية الاختصام بانها: ((هي صلاحية الشـخص لان يكون خصماً وتتوافر هذه الاهلية لدى كل من تتوفر له أهلية الوجوب المدنية لذا فهي تثبت لجميع الأشخاص القانونية طبيعية كانت او معنوية ودون التمييز بينهم وتدور هذه الاهلية وجوداً وعدماً مع الشخصية)) [١]. ويقصد بأهلية الخصم: ((صلاحيته لاكتساب واستعمال المركز القانوني للخصم)) [٢].

ويُعَّـرف الخصـم وفق ((النظرية الإجرائية)) بأنه: ((من يُقَدّمُ باسـمه او بارادته طلباً للقضاء للحصـول عـلى الحمايـة القضائية او من يُقَـدّم في مواجهته هذا الطلب فيكـون الخصم بموجب هذا التعريـف المدعـي والمدعى عليه والذي تدخل أو ادخل في الدعوى بعـد رفعها امام القضاء)) [٣].

فالخصم: هو ذلك الشخص الذي يُقَدّم باسمه وارادته طلب الى القضاء او من يوجه اليه الطلب القضائـي وذلـك لغرض الحصول على الحمايـة القضائية فيكون خصمـاً في الدعوى كلاً من المدعي والمدعى عليه ومن تدخل أو أُدخل فيها أو من اعترض على حكمها)) [٤].

نصـت المـادة (٤) مـن قانون المرافعـات المدنية العراقي عـلى: ((ان يكون المدعـى عليه خصماً يترتـب عـلى اقراره حكـم بتقدير صدور إقرار منـه، وان يكون محكوماً او ملزمـاً بشيء على تقدير ثبـوت الدعـوى، ومـع ذلك تصـح خصومة الولي والـوصي والقيم بالنسـبة لمال القـاصر والمحجور وخصومة المتولي بالنسـبة لمال الوقف وخصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الأحوال التي لا ينفذ فيه اقراره)).

ومن خلال قراءة وتحليل النص المتقدم لابُدَّ وان نثبت الملاحظات الآتية:-

١- ان المـشرع قـد قـصر الخصومة عـلى المدعى عليه وآية ذلـك: (ان يكون المدعـى عليه خصماً يترتـب عـلى اقراره حكم ...) وهذا الاتجاه منتقد؛ لأن المدعي يجب ان يكون خصماً للمدعى عليه[٥].

ان النص المتقدم أورد معياراً للخصومة كأصل عام وأورد عليه استثناء وتفصيل ذلك ان الأصل

١- المستشـار د. محمد ماهر أبو العينين، الموسـوعة الشـاملة في القضاء الإداري، ج١، نقابة المحامين، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٤٢٠ .

٢- ينظـر: د. عاشـور مـبروك، الوسـيط في القانـون المدني، دراسـة مقارنة بالشريعة الإسـلامية الكتـاب الثاني، ط٢، إجـراءات الحصـول على الحمايـة القضائية، مكتبة الجـلاء الجديدة، المنصـورة، ٢٠٠١، ص٨٤.

٣- ينظر: د. فتحي والي، مبادئ قانون القضاء المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥، ص٢٨٥.

٤- ينظـر: د. حبيـب عبيـد مرزة العمّاري، الخصم في الدعوى المدنية، ط١، منشـورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص٢٧.

٥- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ط٢ ، ج١، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ص٥٣ – ٥٤.

العام في تحديد الخصومة هو:

أ. ان يترتب على إقرار الخصم حكم بتقدير صدور إقرار منه.

ب. ان يكون الخصم محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى اما الاستثناء الذي أورده المشرع العراقي هو: خصومة من اعتبره القانون خصماً حتى في الأحوال التي لا ينفذ فيه اقراره أي ان العبرة هنا بحكم القانون وليس بإقرار الخصم.

فأهلية الاختصام تعد مفترضاً اساسياً وضرورياً لوجود المركز القانوني للخصم ولذا فتخلفها في احد طرفي الخصومة يعني انتفاء وصف الخصم عنه، وانعدام الخصومة [١]، وتدور هذه الاهلية مع الشخصية وجوداً وعدماً [٢]، لذا فلكي يكون الشخص طرفاً في خصومة يجب ان تتوافر فيه أهلية الاختصام، وتتوافر هذه الاهلية لدى كل من تتوفر لديه أهلية الوجوب [٣].

يقسم الفقه عموماً أهلية الشخص الى (أهلية وجوب) أو (أهلية أداء) بينما يقسم الفقه الاجرائي أهلية الشخص ايضاً الى (أهلية اختصام) او (أهلية تقاضي) وذلك على غرار التقسيم الأول [٤].

فاذا كانت أهلية الوجوب هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات فان أهلية الاختصام هي الصلاحية لاكتساب المركز القانوني للخصم بما يتضمنه من حقوق وواجبات إجرائية [٥].

والقاعدة هي ان كل شخص قانوني اهل للاختصام سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً فالقانون يعترف بحق التقاضي لكل شخص بلا تمييز بسبب جنسه أو جنسيته أو دينه [٦].

الجدير بالإشارة إن الخلافة العامة في الخصومة تتحقق بوفاة الخصم او انقضاء الشخصية القانونية للشخص المعنوي عند تصفية الشركة او حل الجمعية وحلول شركة أخرى او جمعية أخرى محلها، فيترتب على واقعة الوفاة ان الخلف يأخذ مكان سلفه في الخصومة سواءً بصفته مدعياً أو مُدعى عليه، الا اذا كانت الدعوى تتعلق بشخص – السلف – الخصم نفسه، كما هو الحال في روابط الاسرة، فلا يترتب على الوفاة أية خلافة

١- ينظر: د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، ط٤ ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٥٣٢ – ٥٣٣.

٢- ينظر: د. خالد احمد الشبكة، التوكيل في الخصومة، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦ ، ص١٩٦.

٣- ينظر: د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص٣٠١.

٤- ينظر: د. وليد سعيد عبد الخالق، الاهلية القانونية للأشخاص المعنوية العامة، دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء الفقه والقضاء، ط١، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٤٠٨.

٥- ينظر: المستشار د. محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة، ج٤، مصدر سابق، ص٣٠ – ٣١ .

٦- ينظر: د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مصدر سابق، ص٥٢٠ وما بعدها.

وتستمر الخصومة لتقرير عدم الخلاقة فيها وانتهائها [١].

وعُرِّفت الخلافة في الخصومة بأنها: ((زوال الصفة في الدعوى عن الخصم، وثبوتها لمن يخلفه في الحق الموضوعي الذي تحميه الدعوى فتنتقل كافة الحقوق والواجبات الإجرائية التي كانت مقرر للخصم السلف وتثبت لخلفه فقط)) [٢].

ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في العراق بقرار لها إلى ((... اما موضوع الخصومة التي أثارها وكيل المدعى عليه فانها (الخصومة) متوجهة لان المدعى عليه فقد صفته الوظيفية (المدير المفوض للشركة) منذ ٢٠١١/١٢/٣١ وبالتالي مخاصمته بصفته الشخصية لها سند من القانون وهذا ما ذهب إليها الحكم المميز قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٢٠/١/١٨)) [٣].

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار آخر لها الى:-((لدى التدقيق والمداولة وجد بان الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية ولاشتماله على اسبابه قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على الحكم الاستئنافي المميز تبين بان محكمة الاستئناف ردت الطعن الاستئنافي شكلاً بحجة أن المستأنف قدم الطعن بصفته الشخصية في حين أن الدعوى مقامة على المدير المفوض لشركة (ن . ش) للمقاولات - اضافه لوظيفته من دون أن تلاحظ بان الحكم المطعون فيه بطريق الاستئناف هو الحكم المؤرخ ٢٠١٩/١/٢٣ الصادر نتيجة اعتراض المستأنف (المميز) على الحكم الغيابي المؤرخ ٢٠١٧/٥/١٠ الصادر ضد المدير المفوض للشركة المذكورة وان المستانف قدم اعتراضه على الحكم الغيابي بصفته الشخصية وان محكمة البداءة قبلت اعتراضه من الناحية الشكلية وقضت بتأييد حكمها الغيابي موضوعاً على الرغم من أن الاعتراض لم يكن مقدمة من الخصم في الدعوى الأصلية وهو المدير المفوض لشركة (ن . ش) للمقاولات وإذ أن الخصم في الطعن الاستئنافي هو ذاته في الدعوى الاعتراضية المطعون في الحكم الصادر فيها مما يجعل خصومته متحققة في الطعن الاستئنافي وكان المتعين على محكمة الاستئناف قبول الطعن الاستئنافي شكلا فيما اذا كان واقعا ضمن مدته القانونية والفصل في طلبات المستأنف على وفق ما يتراءى لها قانوناً وتلافي الخطأ الذي وقعت فيه محكمة البداءة عند الفصل في الدعوى الاعتراضية لذا واستنادا للمادة ٣/٣٢٠ مرافعات مدنية قرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمتها لاتباع ما تقدم على أن يبقى رسم

١- ينظر: د. فتحي والي، الوسيط مصدر سابق، ص٣٠٠.

٢- ينظر: مروان عبد الجبوري، الخلافة في الخصومة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص٣٠.

٣- القرار (٣٢١ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/٢٨) القرار غير منشور.

التمييـز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفـاق في ٢٠١٩/٧/٣ م)) [١].

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار ثالث لها الى: ((لدى التدقيق والمداولة ... ولدى عطف النظـر عـلى القرار المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون كونه جـاء اتباعا لقرار النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد ٥٦٣٨/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/٣ اذ حققت المحكمة بموضوع دمج الشركتين وهما شركة (ح) وشركة (ب) وقد اوضح وكيل المستأنف بان شركة (ب) هـي شركـة مسـتقلة عن شركة (ح) وان لكل منهما شـخصيته القانونية المسـتقلة ولان المدعي اقام دعواه ضد المدعى عليه المدير المفوض لشركة (ح) اضافة لوظيفته واصدرت محكمة البداءة حكمها المسـتأنف ضده بهذه الصفة مما كان عليه تقديم الطعن الاسـتئنافي من قبله بهذه الصفة ايضا ولان لائحة الطعن الاستئنافي قدمت من المدير المفوض لشركة (ب) اضافة لوظيفته والذي لم يكن خصما في الدعوى البدائية فتكون اللائحة الاسـتئنافية واجبة الرد شـكلا من جهة الخصومة وهذا ماقضى بـه القـرار المميز والذي جاء متفقا واحكام القانون وتأسيسـا على ما تقـدم قررت المحكمة تصديق القرار المميز ورد عريضة الطعن التمييزي مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٩/٤/٢٤)) [٢].

وجـاء في قـرار رابع لمحكمـة التمييز الاتحادية في العراق ما يلي: ((لـدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق القانون الأسـباب والحيثيات التي اسـتند عليها ذلك لان الحكم المسـتأنف كان قد صدر بحق المسـتأنف في الدعوى الاعتراضية بصفته الشـخصية في حين أنه اسـتأنف الحكم المذكور بصفته الوظيفية وبذلك يكون الطعن الاسـتئنافي قد جاء على خلاف مقتضيات أحكام المادة ١٨٥ مـن قانـون المرافعات المدنية وواجـب الرد وهو ما قضى به الحكم المسـتأنف لذا يكون الحكم المميز صحيحا قرر تصديقه ورد لائحة الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٤/ربيع الثاني/١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠١٨/٤/١٠ م)) [٣].

الجديـر بالملاحظـة ان الفقـرة (٢) المـادة (٥١) مـن قانـون المرافعـات المدنيـة العراقـي على: ((٢-للدوائر الرسـمية وشـبه الرسـمية – في غـير الدعاوى التي يوجب فيها قانـون المحاماة توكيل محـام – ان تنيـب عنها لدى المحاكم من يمثلها من موظفيها الحاصلين على شـهادة الحقوق بوكالة

١- القرار (٢٠١٩ / الهيأة الاستئنافية المنقول / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٣) (القرار غير منشور).

٢- القرار (٢٠٢٧ / الهيأة الاستئنافية عقار / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/٢٤) (القرار غير منشور).

٣- القـرار (٢٩٧) في ٢٠٠٨/٤/١٠ القـرار منشـور في كتاب المجموعة المدنية في قضـاء محكمة التمييز الاتحادية اعداد المحامـي علاء صبري التميمي، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠٠٩، ص٢٠١.

مصدقة من الوزير أو رئيس الدائرة)) وفي الواقع لا ضير ان يكون هذا الموظف من القسم القانوني من نفس الدائرة أو من ملاك المؤسسة الأعلى بشرط ان يكون مخولاً من الدائرة التابعة له للحضور في المرافعات [١].

نخلص من كل ما تقدم ان الممثل القانوني للشخص المعنوي هو من يباشر الخصومة عن الشخص المعنوي وهذا القول يجد سنده القانوني في الفقرة (١) من المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على:- ((١- يكون لكل شخص معنوي ممثل عن ارادته)) وهذا الاتجاه ما أكده القضاء العراقي فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى: ((... يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن ارادته فإقامة الدعوى من المؤتمر الوطني العراقي من دون ان يقترن باسم من يعبر عن ارادته يجعل الدعوى غير مقبولة)) [٢].

المطلب الثالث : الاهلية الإجرائية للشخص المعنوي

تُعُـرَّف الأهليـة الإجرائية بأنها: ((هي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات امام القضاء على نحو صحيح وهي تعبير عن أهلية الأداء في المجال الاجرائي)) [٣].

وعُرِّفَـت ايضـاً بأنها: ((هي صلاحية الشـخص لأن يباشر الإجراءات القضائية وهذه الاهلية لا يتمتع بها الشخص الطبيعي الا اذا بلغ سن الرشد عاقلاً غير محجور عليه اما الشخص المعنوي تثبت له الاهلية ولكنه يمارسها عن طريق من يمثله من الأشخاص الطبيعيين)) [٤].

وتتعلق هذه الأهلية بصلاحية الشـخص للقيام بالاعمال الإجرائية المكونة للخصومة والصادرة عن الخصوم؛ لأن الخصومة القضائية تتكون من مجموعة من الإجراءات كل منها يعتبر عملاً قائماً بذاته ولذلك فان الاهلية تعد شرطاً لصحة العمل الاجرائي [٥].

ويجـري الفقـه والقضاء في مصر على عدم اشـتراط توافر الاهلية امام القضاء المسـتعجل وذلك مـن ناحيـة لأن الحكـم المطلوب يكون حكمـاً وقتياً لا يمس الموضوع ومـن ناحية أخرى؛ لأن شرط الاستعجال يتنافى مع ما يحتاجه الحرص على التمثيل القانوني من وقت على ان هذا الاستثناء يقتصر

١- ينظـر: القـاضي حسـين محـي الدين طهمـاس، الشـخص المعنوي في القانـون والقضـاء العراقيين، مكتبـة يادكار، السـليمانية، ٢٠١٧، ص٥٩.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية ١٥٧٠/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٤ في ٢٠١٤/٧/٢٠ (القرار غير منشور).

٣- ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٣٠٢.

٤- ينظر: د. عيد قصاص، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٥٤٥.

٥- ينظر: د. خالد احمد شبكة، مصدر سابق، ص٤٣.

على الاهلية الإجرائية دون أهلية الاختصام فهذه يجب توافرها ايضاً في الخصومة المستعجلة [١].

ومن ناحية أخرى من المقرر توافر الاهلية الإجرائية – رغم عدم توفر أهلية الأداء – بالنسبة لدعاوى الحيازة باعتبارها لا تحمي حقاً موضوعياً وانما مجرد مركز قانوني فلا يشترط فيها أهلية الأداء التي تشترط بالنسبة للتصرف في الحق ونفس الامر بالنسبة للدعاوى التي لا ترفع بطبيعتها ممن تتوافر فيه أهلية الأداء مثل رفع الحجر [٢].

ويذهب جانب من الفقه الى ان الشخص المعنوي لا يمكنه مباشرة الإجراءات الا عن طريق ممثل اجرائي اذ تقوم هذه الاهلية على الادراك والتمييز وهو ما لا يتوافر بالنسبة للشخص المعنوي[٣].

وبناءً على ذلك نصت الفقرة (١) من المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي على: ((يكون لكل شخص معنوي ممثل عن ارادته)) ،لأن للشخص المعنوي أهلية أداء يتولاها عنه ممثله، الذي يملك القدرة على التعبير عن ارادته، بمعنى آخر ان الشخص المعنوي عنده أهلية الأداء، يمارسها عند الحاجة عن طريق ممثله [٤].

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها الى : ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية الا ان المميز قدم طعنه دون اضافته الى وظيفته (المدير المفوض لشركة ب) وحيث ان لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن ارادته على وفق المادة (٤٨/١) من القانون المدني لذا يكون الطعن مقدم من غير ذي صفة في الدعوى عليه قرر رده شكلاً)) [٥].

فأهلية الأداء للشخص المعنوي وبحكم الفقرة (٤) من المادة (٤٨) من القانون المدني تحدد بحدود سند انشائه حسب صراحة نص الفقرة المذكورة (٤- وعنده أهلية الأداء وذلك في الحدود التي يبينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون)) ومثال ذلك المادة (٢٥) من قانون الجمعيات رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠ التي حددت نطاق أهلية الجمعية باعتبارها شخصية معنوية بالقول انه: ((يحق للجمعية ذات النفع العام ان تجري باسمها وفي حدود أغراضها جميع المعاملات القانونية في نظامها الداخلي، وتستثنى من القيود المتعلقة بتملك الأموال والعقارات ولها ان تبيع أي عقار تملكه لم يعد ضرورياً لأهدافها وذلك بإذن من الوزير مع مراعاة احكام القوانين الأخرى ويقيد ثمن

١- ينظر: د. فتحي والي، المصدر نفسه، ص٣٠٣.

٢- ينظر: د. فتحي والي، مصدر سابق، ص٣٠٣.

٣- ينظر: د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٦٣.

٤- ينظر: المحامي فوزي المياحي، مصدر سابق، ص٢٤٨.

٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية (٢٦٤/ الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٦ في ٢/٢/٢٠١٦) (القرار غير منشور).

العقـار إيـراداً لها كما يجوز ان تقبل الوصايـا أو ان توافق عليها على ان تخبر الوزير بذلك فوراً)).

اذن عقـد انشـاء الشـخص المعنوي هو الـذي يعين حدود أهليـة الأداء له، عليه فـلا غرابة بأن نطاق هذا النوع من الأهلية يتسع ويضيق على وفق حجم الشخص المعنوي وإتساع مهامه وإغراضه.

أمـا بخصـوص الجزاء المترتب على تخلف الأهلية الإجرائيـة فالرأي الراجح فقهاً ذهب الى القول إنه يترتب على تخلف أهلية التقاضي للخصم بطلان الإجراءات ووسيلة التمسك به هو الدفع ببطلان الإجراءات فاذا انتهت الخصومة تحكم في الموضوع دون تصحيح الإجراءات فانه يكون حكماً باطلاً ويجوز التمسـك ببطلانـه بطرق الطعن المقررة في الحكم الباطـل، فالاهلية شرط للاجراء القضائي وليس شرط للدعوى وهو يتماشى مع النظرية العامة للقانون التي ترتب على تخلف أهلية الشخص بطلان التصرف القانوني [١].

خلاصـة القـول ان الاهليـة الإجرائية للشـخص المعنوي ذات صلـة وثيقة بالاعمـال الإجرائية المكونـة للخصومـة؛ لأن الخصومة القضائية تتكون من مجموعة من الإجراءات كل منها يعتبر عملاً قائمـاً بذاتـه ويترتب على ذلك نتيجة مهمة جداً ان الاهلية تعـد شرطاً لصحة العمل الاجرائي.

١- ينظر: عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ج١، ص٤٧ .

وكذلك: المستشار د. محمد ماهر أبو العينين، مصدر سابق، ص٤٢١ وما بعدها.

الخاتمة

بعد استعراض العناوين الرئيسة لموضوع (مخاصمة الشخص المعنوي) من الصعوبة بمكان الادعاء بأننا قد احطنا خُبراً بكافة جوانب الموضوع وانما كان هذا البحث إشارة عُجلى وومضات عابرة، حسبنا ما اوضحنا وبشكل مبسط فكرة الموضوع، واقمنا اركانه حتى استوى على سوقه واكتمل بنيانه، واينعت ثمار أفكاره، وكلنا أمل ان يكون الجهد خطوة أولى تتبعها خطوات أخرى من إخواننا الباحثين تكمل ما بدأنا، وتصحح الزلل، وتتجاوز الخلل لإغناء الموضوع وإثراءه من الناحية العلمية والعملية وفي ختام البحث لابد ان ندون اهم النتائج والتوصيات في لائحة الخاتمة وهذا ما سنتناوله في فقرتين:

اولاً: النتائج:-

١. لقد قيلت في تعريف الشخص المعنوي عدّة تعريفات ورغم غزارتها إلا ان رجال الفقه لم يتفقوا على تعريف جامع مانع للشخص المعنوي.
٢. حدد المشرع العراقي في المادة (٤٧) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الأشخاص المعنوية.
٣. اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للشخص المعنوي فبين منكر لفكرة الشخصية المعنوية وبين معترف بها مع الاختلاف على تأصيلها القانوني وارجاعها الى نظرية معينة.
٤. ان الاعتراف بالشخصية القانونية للشخص المعنوي من نتائجه منحه حق التقاضي وما يتطلب من وجود إجراءات لمخاصمة الشخص المعنوي واختصامه للغير.
٥. كان للقضاء بصمة بارزة، واحكام واضحة حول إيضاح إجراءات التقاضي للشخص المعنوي.

ثانياً: التوصيات:-

١. لقد أورد المشرع العراقي في المادة (٤٧) من القانون المدني في تحديده الأشخاص المعنوية مصطلح ((الدولة)) في حين ورد في المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية مصطلح (الحكومة) مما يقتضي بيان وجهة نظر المشرع هل ان مصطلح (الدولة) هو نفس المعنى الذي يعطيه مصطلح (الحكومة) ؟.
٢. العمل على وضع نظام اجرائي موحد يتناول إجراءات مخاصمة الشخص المعنوي واختصامه للغير يتسم بالدقة والوضوح وبما ينسجم مع الاحكام الخاصة للشخص المعنوي.

٣. العمل على تأهيل واعداد الممثلين القانونيين للدوائر الرسمية وشبه الرسمية ورفع كفاءتهم القانونية للدفاع عن حقوق دوائرهم.

٤. تفعيل المادة (٢٣) من قانون المحاماة رقم (١٧٣) لسنة ١٩٦٥ الخاصة بلجنة توزيع الدعاوى الخاصة بالدوائر الرسمية وشبه الرسمية وضرورة انتداب محامي ذو صلاحية ولديه تجربة طويلة في المحاماة في الدعاوى الحكومية المهمة بمعية الممثل القانوني للدائرة المعنية.

المصادر

أولاً: الكتب

١. د. احمد محمود الخولي ، نظرية الشخصية الاعتبارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ط٢ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، مصر ، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.

٢. د. اكرم ياملكي ، قانون الشركات دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات جامعة جيهان الاهلية أربيل ، ٢٠١١.

٣. المستشار أنور العمروسي ، الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في القانون المدني ، دار محمود للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠٠٣.

٤. د. توفيق حسن فرج ، مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ١٩٦٠.

٥. د. حبيب عبيد مرزة العمّاري ، الخصم في الدعوى المدنية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢.

٦. د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، القانون بوجه عام ، النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.

٧. القاضي حسين محي الدين طهماس ، الشخص المعنوي في القانون والقضاء العراقيين ، مكتبة يادكار ، السليمانية ، ٢٠١٧.

٨. د. حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ، ط١ مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٣ .

٩. د. خالد احمد الشبكة ، التوكيل في الخصومة ، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦.

١٠. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، ط١ ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٢.

١١. د. شمس الدين الوكيل ، دروس في القانون في القاعدة القانونية ونظرية الحق ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٦.

١٢. القاضي صادق حيدر ، شرح قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١.

١٣. د. صلاح الدين الناهي ، التعليقات الوافية على متون القوانين المرعية في العراق ، شرح القانون المدني العراقي ، مطبعة دار المعرفة ، بغداد ، ١٣٧٣هـ - ١٩٥٤م.
١٤. د. عاشور مبروك ، الوسيط في القانون المدني ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية الكتاب الثاني ، ط٢ ، إجراءات الحصول على الحماية القضائية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ٢٠٠١.
١٥. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ط٢ ، ج١ ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد.
١٦. د. عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٦.
١٧. د. عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده في مصر ، ط (١٩٦٥).
١٨. د. عثمان خليل عثمان ، المبادئ الدستورية العامة ، مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٦.
١٩. المحامي علاء صبري التميمي، كتاب المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
٢٠. علي حسين نجيدة ، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) ، دار الفكر العربي ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ١٩٩٠ – ١٩٩١.
٢١. د. عيد قصاص ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ٢٠٠٥.
٢٢. د. فتحي والي ، مبادئ قانون القضاء المدني ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥.
٢٣. د. فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١.
٢٤. المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني فقهاً وقضاءً الباب التمهيدي ، ج١ ، مطبعة سيماء ، بغداد، ٢٠١٦.
٢٥. د. ماجد راغب الحلو ، الدولة في ميزان الشريعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ٢٠١٢.
٢٦. د. محمد حسين منصور ، نظرية الحق ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩.
٢٧. د. محمد كامل ليلة ، النظم السياسية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٢.
٢٨. المستشار د. محمد ماهر أبو العينين ، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري ، ج١ ، نقابة

المحامين ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

٢٩. د. محمد محمود عبد الله ، المدخل الى علم القانون ، مطبعة الداودي ، دمشق ، ١٩٨٧.

٣٠. مروان عبد الجبوري ، الخلافة في الخصومة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠١٩.

٣١. منير القاضي ، ملتقى البحرين ، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الأول ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥١ – ١٩٥٢.

٣٢. د. وجدي راغب ، مبادئ الخصومة المدنية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٨.

٣٣. د. وجدي راغب ، مبادئ القضاء المدني ، قانون المرافعات ، ط٤ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

٣٤. د. وليد سعيد عبد الخالق ، الاهلية القانونية للأشخاص المعنوية العامة ، دراسة تحليلية تأصيلية في ضوء الفقه والقضاء ، ط١ ، دار مصر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٢٠.

ثانياً: الرسائل الجامعية

١. د. غازي فيصل مهدي ، الشخصية المعنوية وتطبيقاتها في التشريع العراقي ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، ربيع الثاني١٤٠٦هـ - كانون الأول / ١٩٨٥م.

ثالثاً: المجلات

١. جليل قسطو ، نظرية الشخص المعنوي مقال منشور في مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العدد الأول ، السنة ٣٢ ، ١٩٧٧.

٢. د. محمد طموم ، الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية بحث مقارن مقدم لمجلة الحقوق والشريعة الكويتية ، العدد الأول ، السنة الثانية ، ١٩٧٨.

رابعاً: الدساتير والقوانين

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٢. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

٣. قانون ديوان الوقف السني رقم (٥٦) لسنة ٢٠١٢.

٤. قانون ديوان الوقف الشيعي رقم (٥٧) لسنة ٢٠١٢ .

عوارض الخصومة في الدعوى المدنية

القاضية زينب صبيح كاظم

المستخلص

ان موضـوع عـوارض الخصومة في الدعوى المدنية من المواضيع التي لها اثرا واضح في التطبيق القضائي. وقد درسنا في هذا البحث العوارض المذكورة في القانون العراقي على نحو من التفصيل ولا سيما العوارض المتعلقة بفقدان الاهلية او بانعدام الصفة او بموت أحد أطراف الدعوى كما اشارت الى ذلك المادة ٨٤ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية العراقي لسنة ١٩٦٩ المعدل. اذ اشارت المادة ٨٤ بانـه ينقطع السـير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصـوم او فقدان أهلية الخصومة او زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه.

Abstract

The subject of litigation impediments in a civil lawsuit is one of the topics that have a remarkable impact on the judicial application. In this research، the impediments of litigation according to Iraqi law are explained in detail، especially lack of capacity، extinction of eligibility، and the death of one of the parties to the case، as indicated in Article 84 et seq of the amended Iraqi Civil Procedure Code of 1969. Article 84 mentioned that Proceedings of the case are interrupted by virtue of the law by the death of one of the litigants، the loss of litigation capacity، or the extinction of the capacity of the person who was conducting the litigation on his behalf.

المقدمة

إن الخصومة القضائية هي ذلك الأثر المباشر الناتج عن استعمال الدعوى والتي ترتكز على المطالبة القضائية إذ تنتج هذه المطالبة أثناء تقديمها للقاضي ما يصطلح عليه بالخصومة القضائية، وهذه الأخيرة تقوم على مجموعة من الإجراءات تتجسد في أشكال محددة ينبغي احترامها قانونا من طرف القاضي الذي هو ملزم بالإشراف عليها إلى غاية آخر مرحلة فيها وكذلك الخصوم الذين هم ملزمون باحترام مبدأ المواجهة بينهم ولذلك فإن القاعدة العامة المتعارف عليها هو أن تتابع إجراءات الدعوى إلى حين انقضاءها بصدور حكم منهي لها من قبل القاضي وهو الطريق المألوف لإنهاء جميع المنازعات بين الأفراد.ولكن خروجا عن القاعدة العامة قد تعترض الخصومة أثناء سيرها وقائع ومستجدات عديدة تحول دون الفصل فيها إما بتأجيلها أو إنهائها بغير حكم منهي. وهذا ما يستفاد منه أن الخصومة ظاهرة متحركة ولذلك يبدوا عدم السير فيها حالة مرضية شاذة. ومن بين هذه المستجدات ما يؤدي إلى وقف الخصومة وذلك في حالة توافر أسبابها وأسباب الوقف عديدة منها ما يتعلق بإرادة الخصوم أو وكلائهم ومنها ما يرجع إلى تقرير المحكمة متى رأت داعيا إلى وقفها وحالات وقف أخرى نص عليها القانون في هذا السياق. ومن جهة أخرى قد تؤدي هذه المستجدات إلى انقطاع الخصومة والذي يعني عدم السير فيها بحكم القانون بسبب تغير يطرأ في حالة أو مركز أطراف الخصومة يؤثر في صحة الإجراءات لأن القاعدة هي أنه يشترط للبدء في الخصومة وصحة إجراءاتها وجود وصلاحية أطرفها.

وفي كلتا الحالتين (الوقف. الانقطاع) يستلزم الأمر إرجاء الفصل في الدعوى إلى حين زوال السبب، ولكن قد تحدث عوارض تحول دون الفصل في الدعوى بغير حكم إذ يؤدي عدم السير فيها لمدة معينة إلى انقضائها انقضاء مبتسر كما تنقضي الخصومة بنفس الطريق إذا صدر من المدعي ما يعبر صراحة عن إرادته في ترك دعواه.ومن المعلوم ان اول اجراء يجب على المحكمة التحقق منه قبل الخوض في موضوع النزاع المعروض امامها هو التأكد من خصومة اطراف الدعوى من الناحيتين الشخصية والقانونية لأنه في حالة عدم توجه خصومة اي طرف من اطرافها يجب على المحكمة رد الدعوى دون الدخول في اساسها عملا بأحكام المادة (٨٠/ ١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل[١].

وعوارض الخصومة هي التي تطرأ على الخصومة في مرحلة سيرها فتؤدي إلى انقضائها دون

١- المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية نصت ((١- اذا كانت الخصومة غير متوجه تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في اساسها...)).

صـدور حكـم في موضوع النـزاع، قد تطرأ هذه العـوارض على الخصومة إما بسـبب يرجع لإرادة الخصـوم أو بحكم القانون .

الامر الذي يتطلب منا الكلام عن هذه العوارض في ثلاثة مباحث،

المبحث الاول / انعدام الخصومة ونقصانها

المبحث الثاني / الدفوع التي ترد على الخصومة

المبحث الثالث / اثر الخصومة في وقف المرافعة او انقطاعها.

اهمية البحث

تكمن اهمية البحث في معرفة اطراف الخصومة الواحدة في حال تعددها، سـواء كان هذا التعدد تعدداً أصلياً عند بدء الخصومة، أو كان تعدده عارضاً بعد بدئها فإن الخصومة في هذه الحالة سوف تضم عددا كبيرا من الخصوم، وهؤلاء تتباين مواقفهم، كل حسـب مصلحته، وهذا لابد من الحفاظ عـلى وحـدة الخصومة على الرغـم من التعدد والتباين في مواقف الخصـوم فحرصت بعض القوانين على تماسك هذه الوحدة؛ لأنها تمثل نسيج واحد، فالخصومة تسير منذ بدئها حتى صدور حكم بات فيها، فبقاؤها واحدة يحقق العدالة وفيه تيسير في إجراءات التقاضي، ويجمع الخصومات التي يكون فيما بينها ارتباط يحقق أيضا اقتصاد في الوقت والنفقات وكذلك يجنبنا تضارب الأحكام.

المبحث الاول : انعدام الخصومة اونقصانها

يتولى القضاء مهمة الفصل في النزاعات المختلفة بين افراد المجتمع سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ولا سيما بعد ان أتيح لهم من الوسائل والضمانات التي تكفل استيفاء حقوقهم على قدم المساواة وبعدما اضحى حق التقاضي مباحا للجميع فقد كفلته مختلف الدساتير والقوانين في العالم. لـذا يقـع على عاتق صاحب الادعاء القيام بإجراءات متعددة تبدأ بتقديم الطلب القضائي إلى المحكمة حتى صدور الحكم الفاصل في الدعوى، ولكن الخصوم عنصرا أساسيا من عناصر الخصومة المدنية وهـو في الوقـت ذاته وسـيلة وغاية في أن واحـد فهم يباشرون دورا إيجابيـا في مباشرة إجراءاتها و إنـصراف آثارهـا عليهم والأصل أن الخصومة تتحدد بما اشـتملته عريضة الدعوى سـواء من حيث موضوعها أو سـببها أو أشـخاصا فلا يجوز تعديل نطاق الشـخص في الخصومة بان تتوسـع من جهـة اطرافها لتتجاوز الحدود التي رسـمتها عريضة الدعوى فيجـب على المدعي أن يعرف خصمه ليقيـم الدعـوى عليه فإذا أخطأ واقام الدعوى على من لم يكن له خصما فجزاؤه أن ترد دعوه ولكن قد يحصل أحيانا أن يعتقد المدعي لأسـباب معقولة أن الشـخص الذي ينازع فعليا في الحق موضوع الدعوى هو نفسـه الخصم القانوني، والذي يجب أن يقيم الدعوى عليه ثم يتبين له من دفع المدعي عليـه أن الخصم القانوني له هو شـخص آخر وأن الذي كانـا يتنازعه في الحقيقة ينوب عن صاحب الحق.[١]

أي أنـه حصـل نقص في الخصومـة في جانب المدعي عليه أو النقص قد حصل في خصومة المدعي أي أن تكون خصومه المدعي متوجها لكنها ناقصة لا تكتمل إلا بإدخال شخص او اشخاص آخرين لإكمـال خصومـة المدعـي او إدخالهم بطلب المدعي لإكمـال الخصومة من جهـة المدعى عليهويكون بينهم المدعي عليه.[٢]

لـذا فـإن الخصومـة الناقصة هي الخصومـة التي يحصل فيهـا خلل يكون مؤثـرا في توجيهها والـذي يترتـب على عدم اصلاحه بطلان الإجـراءات في النزاع المرفوع أمـام القضاء حيث يكون من مصلحة الخصوم إدخال أشـخاص آخرين أجانب عن الخصومة لتحقيق بعض مصالحهم او ليكون الحكـم حجـة عليهم فأجاز لهـم القانون طلب إدخالهم في الدعوى وقد تجـد المحكمة وجوب ادخال أشـخاص في الدعـوى لـم يكونوا طرفا فيهـا حماية لمصالحهـم أول إظهار الحقيقـة ويعتبر إدخال الغـير اكمـالا للخصومة الناقصة هو صنف من أصناف الدعوى الحادثـة التي ترتب زيادة في نطاق

١- القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، ٢٠١١، ص ١٥٩.

٢- القاضي رحيم حسن العكيلي، دعوى تدخل وادخال الغير في الدعوى المدنية،الطبعة الاولى،بغداد ٢٠٠٨، ص١٠١.

الخصـوم في الدعـوى وقد أشـار قانون المرافعات المدنية العراقي النافـذ إلى حالة إدخال الغير إكمالا للخصومـة الناقصـة في المـادة (٢/٦٩)منـه والتي نصت عـلى أنه ((يجوز لكل خصـم أن يطلب من المحكمة أدخال من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها لصيانة حقوق الطرفين أو أحدهما)) كذلك في المادة (١/٧٠) منه التي نصت على أنه ((تقدم الدعوى الحادثة إلى ما قبل ختام المرافعات بعريضة تبلغ للخصم أوبإبدائها شفاها بالجلسة في حضوره ويعتبر دخول الشخص الثالث او إدخاله دعوى حادثة....)).

اي ان **الخصومة الناقصة** تتمثل بان يكون طرف المدعى عليه هم عدة أشـخاص بينهم التزام مشترك أو يكونوا أطراف في موضوع واحد غير قابل للتجزئة مثل الشركاء في دعوى إزالة الشيوع.

لقـد نـص قانـون المرافعـات المدنيـة في المـادة (١/٦٩) منه على ما يـلي ((لـكل ذي مصلحة ان يطلب دخوله في الدعوى شـخصا ثالثا منضما لاحد طرفيها، او طالبا الحكم لنفسـه فيها، اذا كانت لـه علاقـة بالدعوى او تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن او التزام لا يقبل التجزئة او كان يضار بالحكم فيها))وفي هذا النص تم توسيع الخصومة من ناحية أطرافها متجاوزة الحدود التي رسمتها عريضة الدعوى لان الحكم الذي سيصدر في الدعوى يتعدى الى اشخاص اخرين غير ممثلين فيها وان النـزاع محـل نظر الدعوى غير قابل للتجزئة ويكون أما بطلب احد الأشـخاص في الانضمام إلى احد أطراف الدعوى ويكون دخوله انضمامي وهذا الشخص لا يطالب بحق له وإنما يطالب بالحكم لأحد أطراف الدعوى ولابد من ان يتوفر على الشروط التي أشـارت إليها الفقرة (١) من المادة (٦٩) من قانون المرافعات المدنية.[١] ومنها ان يكون على علاقة بالدعوى او له صلة او رابطة قانونية مع احد الخصوم مثل رابطة التضامن بين الدائنين او المدينين كذلك ان يكون الالتزام محل نظر الدعوى غير قابل للتجزئة،[٢].كذلك ان دخوله هو لتعضيد طلب احد الخصوم بمعنى انه يطلب الحكم للشـخص الذي طلب دخوله الى جانبه.[٣]

امـا **الخصومـة المنعدمـة** هـي ان المدعـى عليه لا تصـح مخاصمته أصـلاً لأنه لم يكـن طرفاً حقيقيـاً في النـزاع مثـل دعوى التمليك التي تقـام على غير المالك للعقار وهـذا لا يحقق المصلحة من

١- المـادة (٦٩) مـن قانـون المرافعات المدنيـة ((١ - لكل ذي مصلحة ان يطلب دخوله في الدعوى شـخصا ثالثا منضما لاحد طرفيها، او طالبا الحكم لنفسه فيها، اذا كانت له علاقة بالدعوى او تربطه باحد الخصوم رابطة تضامن او التزام لا يقبل التجزئة او كان يضار بالحكم فيها...)).

٢- القـاضي عبدالرحمـن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج١، منشـورات العاتك لصناعـة الكتاب، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩، ص ٥٤.

٣- القـاضي لفتـه هامـل العجيلي، دراسـات في قانـون المرافعات المدنية، منشـورات مكتبة السـنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص٢٤٧.

إقامـة الدعـوى على المدعى عليـه لان الحكم عليه لا يرتب أثراً تجاه الحق المطالب به والذي هو محل النـزاع،وإن المدعـى عليـه إذا كان أصـلاً لا تصح خصومتـه في الدعوى فيجب في هـذه الحالة الحكم برد الدعوى من جهة خصومة المدعى عليه عملا بأحكام المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية لان الخصومة من النظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تصحح الخصومة الخاطئة بإدخال من كان يصح اختصامه عند رفعها إنما يجوز لها ذلك في حالة الخصومة الناقصة إذ أجاز القانون إكمالها بإدخال مـن يصـح اختصامه ابتداءً عند رفعها وبشرط أن يكون المدعى عليه خصماً حقيقياً في الدعوى فإذا لـم يكن كذلك يتعين عـلى المحكمة أن ترد الدعوى من جهة الخصومة.

إن إدخـال الشـخص الثالـث في الدعـوى منضمـاً لأحد طرفيها عـلى وفق الفقـرة (١) من المادة (٦٩) مـن قانـون المرافعات المدنية يسـتوجب في حالة رد الدعوى عن الخصـم الأصلي أن ترد أيضاً عن الشـخص الثالث لأنه ادخل في الدعوى مسـتنداً عليه ويسـتمد منه مركزه القانوني، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية فيقرار لها بهذا الخصوص((..... اذا كانت دعوى المدعي قد أقيمت ابتداءآ عـلى المدعـى عليهما / إضافة لوظيفتيهما وطلب فيها إلزامهما بالتعويض واثناء نظر الدعوى طلب المدعي إدخال مدير عام الشركة العامة لتصنيع الحبوب / إضافة لوظيفته شـخصا ثالثا في الدعوى إلى جانب المدعى عليهما وتمت إجابة طلبه فأن الحكم الصادر بإلزام الشخص الثالث بمبلغ التعويض ورد الدعـوى عـن المدعى عليهما غير صحيـح ومخالف للقانون لان ذلـك بمثابة تصحيح لخصومة الشـخص الثالث والقول بخلاف ذلك يؤدي الى تصحيح خصومة معدومة وليسـت إكمال لخصومة ناقصة وحيث ان الخصومة تكمل ولا تصحح وكان على المحكمة ان تقضي برد الدعوى لعدم توجه الخصومة اسـتنادا لأحكام المادة (٨٠/١) من قانون المرافعات المدنية...)).[١]

ومـا جاء في قرار الهيأة الموسـعة المدنية في محكمـة التمييز الاتحادية، أوضح لنا إن معيار قبول دخول الشخص الثالث لابد وان يكون من حيث العلاقة المشتركة بين حق الخصم والشخص الثالث وتبعيـة الأثر المتحقق من نتيجة الدعوى تجاه الشـخص الثالـث حيث يتوقف على الأثر المتحقق على الخصم ابتداءاً.

تتميز فلسفة التقاضي إلى تبسيط الشكلية القانونية كلما كان ذلك ممكنا ولكن وفق القيود التي أوردهـا المشرع يتحدد التقييد بالقيود التـي أوردها المشرع في النصوص القانونية أما عدم التفريط بأصـل الحـق فهو ضمـان حل النزاع بما يضمـن حقوق المتقاضين وفق إجراءات مبسـطة وبأسرع وقت ممكن وبأقل كلفة لان العدل في غير أوانه أو إذا جاء مكلفا يكون للظلم اقرب وبه أشبه. ولهذا

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١/٢١ (غير منشور).

السـبب يمتد اثر تبسـيط إجراءات الشكلية إلى الخصومة من خلال إجازته إكمال الخصومة إن كانت ناقصـة بالنـص على ذلك في المـادة (٦٩ / ٢) من قانون المرافعات المدنية،[١] وهنا فسـح المجال إمام الخصـم لإكمـال الخصومة والقاضي في إجابة طلب إي من طرفي الدعوى باختصام شـخص لم تقام عليه الدعوى ابتداء بأن يدخل في الدعوى بعد دفع الرسم القانوني. ومن كل ما تقدم يتضح إن هنالك صلاحية ممنوحة المحكمة في البت في الخصومة سـواء كان ذلك من تلقاء نفسـها أو من خلال الدفع بهـا من قبل إي طرفي الدعوى وصلاحيـة المحكمة هذه تنعكس على نتيجة الدعوى إكمال للخصوم، بالنسبة للشخص الذي أخطا في توجيه الخصومة ضد خصم لا يمكن مخاصمته على انفراد وتبسيط الشكلية هنا يكون ضمن حدود لا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق وبما يضمن المصلحة العامة وذلك مـن خـلال عدم التشـدد في الخطأ الذي وقع فيه الشـخص باختصام خصمه ناقصـاً إضافة إلى علة أخـرى واضحة من النص وهي صيانة حقـوق طرفي الدعوى أو احدهما من خلال إكمال الخصومة أو الحيلولـة دون إهـدار حقوقهم أو حقوق احدهم. ومثال على ذلك هو إن يقيم الدائن دعوى الدين عـلى احـد مدنيه المتضامنين وخلال المرافعة يطلب إدخال بقية المدانين المتضامنين أشـخاصا ثالثة في الدعوى منضمين إلى جانب المدعي عليه لاستحصال حكم عليهم جميعاً بدفع الدين بالتضامن خاصة إذا اكتشف المدعي هنا إن المدين الذي أقيمت عليه الدعوى كان معسرا فمن خلال السماح له بإدخال بقيـة المدنيين المتضامنين أشـخاصا ثالثة في الدعوى منضمـين إلى جانب المدعي عليه هو ضمان لحق المدعـي، وكذلـك الأمر بالنسـبة للمدعي عليه فقـد تكون لدى احد المدينين المتضامنين وصل تسـديد للديـن أو إبراء منه أو غير ذلك من أوجه الوفاء الأخرى.[٢]

وتكـون طريقـة إكمـال الخصومة من خـلال طلب شـفوي أو تحريري يقـدم إلى المحكمة إثناء نظرها الدعوى يطلب فيه إدخال من كان يصح اختصامه شخصا ثالثاً في الدعوى منضما إلى جانب المدعى عليه إكمالا للخصومة فان رأت المحكمة إن الطلب قانوني اسـتجابت له وكلفت المدعي بدفع الرسم القانوني وبعد استيفاء الرسم القانوني يبلغ الشخص الثالث للحضور إما إذا كان الطلب غير قانوني رفضته المحكمة.

ان الخصومة غير المتوجهة هي الخصومة المنعدمة التي توجه ضد خصم غير قانوني ولا يمكن اصلاحها او اكمالها .لأنها منعدمة أي مقامة على خصم غير قانوني ابتداءاً.

بينمـا الخصومـة الناقصة تكون مقامة على خصم قانوني ولكنها غير مكتملة فيجوز تصحيحها

١- المـادة ٦٩ ((....٢- يجـوز لـكل خصـم إن يطلـب في المحكمة إدخال مـن كان يصح اختصاصه فيهـا عند رفعها أو لصيانة حقوق الطرفـين أو احدهما....))

٢- د. عماد حسن سلمان ، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٩. ، ص ٢٢٧.

بإدخـال الخصـم الحقيقي. وان اكمال الخصومة الناقصة تتـم اما من قبل المدعي او المدعى عليه او من قبل المحكمة وسـتناول دور كل من المدعي والمدعى عليه والمحكمة في اكمال الخصومة الناقصة

اولاً:دور المدعي في اكمال الخصومة:

المدعي الذي اصلا تكون خصومته ناقصة فيستطيع الطلب من المحكمة ادخال الخصم الحقيقي الى جانبه بصفة شخص ثالث الى جانب المدعي لإكمال الخصومة من جهته اذا هنالك حالتان يمارس فيهمـا المدعـي دوره في اكمال الخصومـة الناقصة وهما اكمال المدعي للخصومـة الناقصة من جهة المدعى عليه واكمال المدعي للخصومة من جهته:

الحالـة الاولى: اكمـال المدعـي للخصومة الناقصة من جهة المدعى عليـه ، حيث يقع على المدعي التزام اذ يكون المدعي مهددا برد دعواه شكلا لعدم اكتمال الخصومة اذا لم يبادر بطلب ادخال من يكمـل الخصومة الناقصة فيها من جهة المدعى عليه[١].

ويجب ان يكون للمدعي منفعة جدية ومشروعة في ادخال احد الاشخاص الى جانب المدعى عليه اكمـالا للخصومـة بحيث تقتنع المحكمة في نطاق سـلطتها التقديرية بذلك الطلب او ان يكون الحكم الـذي سـوف يصدر في الدعوى قد يؤثر على حقوق الشـخص المراد ادخالـه او التزاماته وقد قضت محكمـة التمييـز الاتحادية ((.... لدى عطف النظر على القـرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك ان دعوى المميز عليهم على فرض اجابتها تمس حقوق من ذكرت اسـمائهم في القسـام الشرعي موضوع الدعوى مما كان الواجب الاستفسار من المدعين عما اذا يريدون ادخالهم اشخاصا ثالثـة في الدعوى الى جانب المدعى عليهم...)).[٢]

الحالـة الثانيـة: اكمـال المدعـي للخصومـة الناقصة من جهتـه ولكون الخصومـة الناقصة او نقصان الخصومة هي استثناء من الاصل العام ووجوب حصر تطبيقاتها (إدخال الغير إكمالا لها) في أضيق نطاق وعدم التوسع في تفسير نصوصه ومنع توسيع حالاته خاصة في ادخال الغير الى جانب المدعـي إكمالا للخصومة الناقصة رغم ان محاكـم الطعن اوجبت على محاكم الموضوع قبول طلبات المدعي او المدعين في ادخال اشخاص ثالثة الى جانبهم لإكمال خصومتهم الناقصة رغما عن ارادة من يتم ادخاله وفي ذلك معنى اجبار الغير ان يكون مدعيا لان من يعد شخصا ثالثا في الدعوى الى جانب المدعـي ليـس بحكم المدعي.[٣] وقد جاء في احد قرارات محكمة الاسـتئناف بصفتها التمييزية ((.....

١- القاضي رحيم العكيلي، المصدر السابق، ص ١١١.

٢- القرار بالعدد ٢٨٠٠/ش ١ / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢٢ (غير منشور).

٣- القاضي رحيم العكيلي، المصدر السابق، ص١١.

لاتصح خصومة المدعي لوحده في الدعوى لان المدعي لا يملك لوحده الحصص الاكبر في الماجور ولا تكتمل خصومته في الدعوى مالم تدخل شـقيقته شـخصا ثالثا في الدعوى الى جانبه ويتم دفع الرسم القانونـي عنها حتى تصبح مجموع حصتيهما اكبر الحصص فتصح خصومتهما.....)).[١]

ثانياً: دور المدعى عليه في اكمال الخصومة:

ان المدعـى عليـه وبموجب القانون يملك الحق في بإبداء الدفوع وتقديم الطلبات التي من شـانها منـع الحكـم عليه بطلبـات المدعي كلها او بعض منها كما لو يطلب المدعـي الزام المدعى عليه بتنفيذ العقـد المـبرم بينهمـا فيطلب المدعى عليه بفسـخ ذلك العقـد او بطلانه، والمدعى عليـه هو من تقام الدعـوى عليـه او هو اذا من ترك الخصومة يجـبر عليها وهو من لا تتغير صفته في الدعوى الاصلية ولـو احدث دعوى ضد المدعي ويصح ان يكون شـخصا طبيعيا او معنويا.[٢]

ثالثاً:دور المحكمةفي اكمال الخصومة:

ان اكمـال الخصومـة الناقصة يكون بناء على طلب الخصوم وبموافقة المحكمة وهو يختلف عن اختصام الغير بأمر المحكمة وهو ادخال شخص من الغير في الدعوى لا بناءاً على طلبه ولا بناءاً على طلب الخصوم وانما بأمر من المحكمة ومن تلقاء نفسها رغم ارادة الخصوم في الدعوى وارادة الغير (الشـخص الثالث ذاته) وذلك لغرض اسـتجلاء وجه الحق فيها ليتوصل القاضي الى الحكم العادل اذ قـد يحـدث ان ترفـع دعوى ولا يختصم فيها اشـخاص وترى المحكمة ان الدعوى لا تسـتقيم الا باختصامهـم ولم يتدخل هؤلاء الاشـخاص في الدعوى ولم يطلب احـد من اطراف الدعوى ادخالهم فيها لذا اجاز المشرع في هذه الحالة للمحكمة ان تدخلهم في الدعوى لهذا الغرض من تلقاء نفسها.[٣]

وان المشرع العراقي نص في المادة (٣/٦٩) من قانون المرافعات المدنية على خمس حالات توجب على المحكمة ادخال شـخصا ثالثا فيها وجوبيا من تلقاء نفسـها ((على المحكمة دعوة الوديع والمودع والمسـتعير والمعير والمسـتأجر والمؤجر والمرتهن والراهن والغاصب والمغصوب منه عند نظر دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والمرهون على المرتهن والمغصوب على الغاصب)). اما في (الفقرة / ٤ من المادة ٦٩) فقد اجاز ادخال شـخص ثالث للاسـتيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى ((للمحكمة ان تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى)).

١- القرار التمييزي بالعدد ٤٦٩/حقوقية / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/١٣ (غير منشور).

٢- القـاضي عبـد الرحمـن العـلام، عبد الرحمن العـلام، شرح قانـون المرافعات المدنيـة رقم (٨٣) لسـنة ١٩٦٩، ج١، مطبعـة العانـي، ١٩٧٠.، ص ٢٣٨.

٣- د. ادم وهيب النداوي، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٨.، ص ٢٧٦.

وقـد قضت محكمة اسـتئناف بغداد الرصافـة الاتحادية بصفتها التمييزيـة الى انه ((.... ولدى عطـف النظـر على القرار المميـز وجد بانه غير صحيح ومخالف القانون ذلـك ان خصومة المدعيتين (س) و (ص)غير كامله في الدعوى لانهما شركاء في ملكيه العقار ولا تملكان القدر الاكبر من السهام حسب سند العقار المبرز في الدعوى لذا كان يقتضي ادخال الشركاء الاخرين شخصاً ثالثاً في الدعوى الى جانـب المدعيتـين اكمـالاً للخصومة وتكليـف المدعيتين بدفع الرسـم القانوني عنهـم)).[١] وربما يرجع ذلك الى ان القانون قد هجر مبدأ الخصومة بمعرفة الخصوم وحدهم واتجه الى الاعتراف بدور اكثر ايجابية للقاضي في تسيير الخصومة ولكون الخصومة من حق القانون عليه ولغرض بيان دور المحكمـة في اكمـال الخصومة الناقصة فإننا سـنتطرق الى دور المحكمة في اكمال الخصومة من جهة المدعـي ودورهـا في اكمال الخصومة الناقصة من جهة المدعى عليه في حالتين وكما يأتي:

الحالـة الاولى/ دور المحكمـة في اكمـال نقـص الخصومة جانب المدعي لايمكن اجبار شـخص مـن الغـير على ان يكون مدعياً رغماً عن اردتـه لذا فان اغلب قرارات القضاء العراقي في حالة نقص الخصومـة مـن جهة المدعي جاءت بمعنى – الطلـب – أي انها تكلف المدعي ان يكمل خصومته فان اسـتجاب لذلـك كلفتـه بدفع الرسـم القانوني وان رفض ذلـك ردت المحكمة دعـواه والمفروض ان المدعي هو الذي يطلب من المحكمة ادخال الغير خصماً الى جانبه ونرى ان ذلك يرجع الى ان اجراءات الدعوى تتطلب من الخبرة والثقافة ما ليس من السهولة الالمام بها من قبل أي شخص ويرجع ذلك الى تبسيط الشكلية ومن ضمنها على سبيل المثال، اكمال خصومة القاصر فيما اذا اقيمت من شخص قـاصر لصغـر او جنـون أوعته او محجوراو من شـخص ممنوع مـن التصرف بأموالـه كالمحكوم بالسـجن او الاعدام او التاجر المحكوم بإشهار افلاسه فيجوز تصحيح خصومتهم الناقصة بإدخال من يمثلهم قانونا كالولي او الوصي او القيم او امين التفليسـة للمحكمـة من تلقاء نفسها اختصام صاحب الصفة الحقيقي في الدعوى وان المحكمة تكمل خصومة هؤلاء اذا كانوا مدعين من تلقاء نفسـا حفاظا على حقوقهم ورعاية لهم.[٢]

عليـه فـان دور المحكمة في اكمال الخصومة الناقصة من جانب المدعي لا تتحقق الا في حالة كون المدعـي ناقـص الأهلية او فاقدهـا لعدم جواز ادخال الغـير الى جانب المدعي جـبرا عليه بعد تكليف

١- القـرار بالعـدد ١٦٢٠ /الهيئـة المدنيـة / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١١/٨ نقـلا عن القاضي موفق علي العبدلي مصدر سـابق، ص ١١٩.

٢- القـرار بالعـدد ٤٠٣٣/ هيئـة الاحـوال الشـخصية والمـواد المدنيـة /٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/١٩ منشـور في مجلـة التشريـع والقضاء،السـنة الخامسـة، العـدد الرابـع، تشريـن الاول وتشريـن الثانـي وكانـون الاول ٢٠١٣، ص ١٥١.

المدعي بدفع الرسـم القانوني عنه.

الحالـة الثانية/ دور المحكمـة في اكمال نقص الخصومة جانب المدعى عليه يتوجب على المدعي ان يعرف خصمه فيقيم الدعوى عليه فان هو اخطأ واقام الدعوى على من لم يكن خصماً له فجزاءه ان تـرد دعـواه ولكن قد يحصل احيانا ان يعتقد الدعوى لأسـباب معقولـه ان الذي ينازعه فعليا في الحـق موضوع الدعوى هو نفسـه الخصم القانوني له والذي يجـب ان يقيم الدعوى عليه ثم يتبين له من دفع المدعى عليه ان الخصم القانوني له هو شـخص اخر وان الذي ينازعه في الحقيقة ينوب عـن صاحـب الحق فأجاز المشرع قبول طلب المدعي تصحيح الخطأ في الخصومة بناءا على طلبه.[١]

عليـه لايصـح للمحكمـة اكمال الخصومة بغير طلب مـن المدعي الا انه اجاز المـشرع العراقي في المـادة (٣/٦٩) مـن قانون المرافعـات المدنية ادخال الغير بناءا على امر المحكمة من تلقاء نفسـها.[٢]

المبحث الثاني : الدفوع التي ترد على الخصومة

لتحديـد التكييـف القانونـي للدفـع بعدم توجـه الخصومة أهميـة كبيرة في معرفـة مدى تعلقه بالنظـام مـن عدمه. ولمعرفة الطبيعة القانونية لهذا الدفع لابد من انواع الدفوع اولا وتحت أي نوع يندرج هذا الدفع، حيث تنقسـم الدفـوع الى ثلاثة أنواع هي:

١. **الدفـوع الشـكلية:** وهي الدفوع التي توجـه الى اجراءات الدعـوى او اختصاص المحكمة دون التعـرض للحق المدعى به.[٣]
٢. **الدفـوع الموضوعيـة:** وهي الدفوع التي توجه الى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده، كالدفع بانقضاء الدين بالوفاء او المقاصة القانونية.[٤]
٣. **الدفـع بعـدم توجـه الخصومة :** او الدفـع بعدم القبول هو الدفع الـذي يرمي الى انكار وجـود الدعـوى لعـدم توافر الشروط التي يتطلبهـا القانون فيها، وهـذا الدفع لايوجه الى اجـراءات الدعـوى ولا يوجـه الى ذات الحق المدعى به، بل يرمي الى انكار سـلطة المدعي في

١- القاضي عباس السعدي، الخصومة في الدعوى المدنية، بغداد، ٢٠١٢.، ص ٢٠٥.

٢- المـادة ٣/٦٩ مـن قانـون المرافعـات المدنيـة التـي نصت ((عـلى المحكمة دعـوة الوديـع والمودع والمسـتعير والمعير والمسـتأجر والمؤجـر والمرتهـن والراهن والغاصب والمغصـوب منه عند نظر دعوى الوديعة على الوديع والمسـتعار على المسـتعير والمرهون عـلى المرتهن والمغصوب عـلى الغاصب)).

٣- د. ممـدوح عبـد الكريـم حافظ، شرح قانـون المرافعات العراقي ذي الرقم (٨٣) لسـنة ١٩٦٩، ط١، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٨٦، ص١٥٠.

٤- القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، ٢٠١١.، ص١٥٣.

استعمال الدعوى، فهو يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه[١]، لعدم توافر الشروط العامة التي يتعين ان تتوافر لقبول الدعوى، كالدفع بعدم قبول الدعوى لعدم توجه الخصومة او لانتفاء المصلحة او الاهلية. [٢]

يتضح مما تقدم أن الدفع بعدم توجه الخصومة. أي الدفع بأنتفاء الصفة في الدعوى يعد دفع بعدم القبول، وهذا الدفع له طبيعة خاصة تختلف عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية تجعله يحتل مركز وسط بينهما، لأنه لا يوجه الى ذات الحق المدعى به لكي يعد دفعه موضوعي، ولا يوجه الى اجراءات الخصومة لكي يعد دفع شكلي، وانما يوجه الى الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها ام أن شروط هذا الاستعمال غير متوافرة.[٣] والدعوى التي ترفع ابتداءً من شخص فاقد الاهلية تعتبر مرفوعة من غير ذي صفة باعتبار ان القاصر لا صفة له في الذود عن حقه، وان زوال صفة المدعي عند اقامة الدعوى ابتداءً لا يؤدي الى انقطاع الخصومة وإنما يؤدي الى الحكم بعدم قبول الدعوى.

ولما كانت الغاية التي يرمي اليها الدفع بعدم توجه الخصومة هي تخويل القاضي سلطة تجنب مناقشة موضوع الدعوى، لذا فأن المنطق يقتضي، لكي تتحقق هذه الغاية، أن يتم ابداء الدفع بعدم توجه الخصومة قبل الكلام في الموضوع حتى لا يتأخر الفصل في الدعوى ولتجنب السير في اجراءات مهددة بالزوال والبطلان وفي ذلك اختصار لوقت وجهد المحكمة. ولكن المشرع العراقي قدر ان هناك اعتبار اخر اهم هو حق الدفاع، اذ هذا الحق يوجب تمكين الخصم من اثارة الدفع بعدم توجه الخصومة في أية حالة تكون عليها الدعوى. ولهذا نص في المادة (٢/٨٠) من قانون المرافعات المدنيةعلى مايلي ((...للخصم أن يبدي هذا الدفع في اية حالة تكون عليها الدعوى...)). ونتيجة لهذه القاعدة، فأن الدفع بعدم توجه الخصومة لايسقط بالكلام في الموضوع، كما انه لايخضع لما تخضع له الدفوع الشكلية من وجوب ابدائها معا والا سقط الحق فيما لم يبد منها، حتى ان هذا الدفع يمكن ايراده امام جهة الطعن استنادا لأحكام المادة (٣/٢٠٩) من القانون اعلاه والتي نصت على مايلي ((لايجوز احداث دفع جديد او ايراد ادلة جديدة امام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً

١- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب، الموصل، ٢٠٠٢.، ص٣٠٦.

٢- انظر المواد: (٣)، (٤)، (٥)، (٦) من قانون المرافعات المدنية.

٣- د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨، ص٢٠.

باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى)).

ويعد الدفع بعدم توجه الخصومة او بإنكار صفة الخصم من الدفوع التي تتصل بالنظام العام، وذاك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى بالتحقيق أن تتحقق من شروط قبول الدعوى ومنها شرط الصفة. الخصومة[١]، فالمحكمة ملزمة بالتحقق من صفات الخصوم ومن وكالة من ينوب عنهم، فعليها من تلقاء نفسها أن تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحة في الدعوى،[٢] وقضت محكمة التمييز الاتحادية ((... ان طالب اعادة المحاكمة القيم على والدته المحجورة اقام الدعوى بموجب الوكالة الخاصة الممنوحة للوكيل وخوله بحق اقامة الدعوى دون حق الخصومة وممارسة الاعمال والاجراءات التي تحفظ حق موكله عملا بأحكام المادة (٥٢) من قانون المرافعات المدنية التي بينت بان الوكالة بالخصومة تخول الوكيل حق ممارسة الاعمال والاجراءات التي تحفظ حق موكله ورفع الدعاوى والمرافعة فيها ومراجعة كافة طرق الطعن القانونية وبما ان الوكالة جاءت خالية مما ذكر فان رد الدعوى شكلا صحيح وموافق للقانون...)).[٣]

حتى لا تنشغل المحاكم بدعاوى غير جدية لا يفيد منها احد او بدعاوى رفعت لمجرد الكيد، لذا نصت المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية على أنه ((...اذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في اساسه...)). وبذلك يكون المشرع العراقي قد أخذ بعين الاعتبار أن الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذي لم يمثل في الدعوى تمثيلا قانونيا صحيحا، فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به في مواجهة على اعتبار انه لم يكن طرفا في الدعوى التي صدر فيها، فيتجنب بذلك السير في الاجراءات مهددة بالزوال او البطلان، لذا يكون من المصلحة العامة أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها برد الدعوى لعدم توجه الخصومة حتى لا تنشغل بدعاوى مهددة بالرد او لا يفيد منها احد. لذا فان الخصومة من حق القانون وتحكم المحكمة بعدم توجهها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم، كما أن على محكمة التمييز الاتحادية أن تنقض الحكم المميز اذا وجدت ان الخصومة غير متوجهة طالما أن الخصومة من حق القانون حيث قضت المادة (٢١١) من قانون المرافعات المدنية على انه: ((...تنقض المحكمة المختصة بنظر الطعن في الحكم المميز من تلقاء نفسها اذا وجدت فيه مخالفة صريحة للقانون....)). وحيث أن الخصومة من حق القانون فان اغفال محكمة الموضوع اثارة الدفع بعدم توجه الخصومة يعد خطأ في تطبيق القانون ومن ثم يكون سببا من الاسباب التي تجيز الطعن في الحكم الصادر منها استنادا الى احكام المادة (١/٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية.

١- انظر: المادتان (٤)، (٥) من قانون المرافعات المدنية.

٢- انظر: المادة (٥١) من قانون المرافعات المدنية.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٨١٧/الهيئة المدنية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/١٨ (غير منشور)

المبحث الثالث : اثر الخصومة في وقف المرافعة او انقطاعها

ان موضـوع عـوارض الخصومة القضائية من المواضيع التي لهـا أثرها في التطبيق العملي فيما يخـص سـير العمل القضائي عند النظر في النزاع موضـوع الخصومة والفصل فيه، وتناولنا في هذا المطلـب اثر الخصومة في وقف المرافعة او انقطاعها.

اولاً:اثر الخصومة في وقف المرافعة

وقـف الخصومـة هو عدم السـير في الدعـوى خلال مدة معينة أذا ما اعتراها سـبب من أسـباب الوقف وقد تتحدد مدة الوقف مقدماً أو يكون تحديدها مرهوناً بأجراء معين، اي ان وقف الخصومة هو تجميد الخصومة وعدم السـير فيها وتعطيل كافة اجراءاتها لفترة محددة من الزمن عند تحقق سـبب من الاسـباب التي تؤدي الى وقفها على ان تبقى الدعوى منتجة لأثارها القانونية، والوقف أذا تقرر فأن أي نشـاط في الدعوى يسـتبعد حتى ينتهي الوقف ويزول سببه .[١]

ووقف الخصومة كتأجيلها كلاهما مبناه قيام أسباب موجبة لعدم الفصل فيها الا انهما يختلفان في النواحي التالية: فيما يتعلق بالتأجيل فأن محكمة الموضوع عند اصدارها قرار التأجيل تحدد مدته الى تاريخ الجلسـة التي تأجلت اليها الدعوى، أما بالنسـبة للوقف فغالباً لا تحدد مدة الوقف بتاريخ معين، وأن الخصومة قد تقف من تلقاء نفسها كما في حالة الوقف القانوني وقرار المحكمة بالوقف مقرر وليس منشـئ، وايضا يجوز التأجيل كلما إقتضت ظروف الخصومة ذلك، أنما لا يجوز وقف الخصومة الا لأسباب حددت على سبيل الحصر،فالوقف هنا يعني تجميد الخصومة من قبل القضاء بعد أن كانت موضعا للنظر وللفصل في موضوعها، وغالباً ما يكون سبب الوقف لا علاقة له بالمراكز القانونية لأطراف الخصومة[٢].

والوقـف يختلف نوعه بإختلاف مصدر نشـوئه وتحدد احكامه وشروطـه النصوص القانونية فأما ان يكون مصدره القانون فيسـمى بالوقف القانوني، وأما أن يكون وقفاً قضائياً سـبب نشوئه الحكم القضائي الذي يصدر عن محكمة موضوع النزاع، واما ان يكون وقفاً اتفاقياً يعود في وجوده الى ارادة اطراف النزاع القضائي، وسنبين هذه الانواع بما يلي:

١- د. احمد ابو الوفا،المصدر السابق، ص٥٣١.

٢- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ١٩٨٧، ص٥٨٠.

اولاً: الوقف القانوني للخصومة

الوقـف القانوني للخصومة هو الـذي يتقرر بحكم القانون ولوجود حالات معينه نص القانون على إن تحقق أية حالة منها فإنها تؤدي الى وقف الخصومة الى حين زوالها وانقضائها، ولم يتضمن القانـون العراقـي احكاماً خاصـة بهذا النوع من الوقف تتولى تنظيمه وتحديـد آثاره، وأن كان هذا الوقف يسـتوجبه حكم القانون عند تحقق مسـائل تتفرع عن النزاع الاصلي يقتضي حسـمها والبت في موضوعهـا وقـف السـير في الدعوى الاصليـة، اذن فالوقـف القانوني توجده الـضرورة العملية ويستوجبه حكم القانون.

الوقـف بحكـم القانـون الوقف القانوني الذي ينشـأ بمقتـضى النصوص القانونيـة التي تحدد أسباباً خاصة يؤدي تحققها إلى وقف الخصومة وتجميدها ومنها طلب رد وتنحي القاضي المختص بنظـر الدعـوى عـن الفصل في موضوعها والتشـكي منهُ. وكـذا في حالة التنازع حـول الاختصاص وعـرض هـذا التنـازع على محكمة التمييز للبـت في موضوعه مما يؤدي إلى وقـف الدعوى بمقتضى حكـم القانـون وان القانون العراقي لم يتضمن في أحكامه نصوصـاً تقضي صراحة بالوقف في مثل هذه الأحوال .

فالدعوى ترفع بطلب او طلبات محددة، وقد يتوقف الفصل فيها ليس فقط على تحقق وقائعها أو تطبيق حكم القانون بالنسبة لها فحسب، فقد يرد ادعاء معين صادر من احد الخصوم في الدعوى يتطلب البت فيه قبل الخوض بوقائع الدعوى، ومثال على ذلك طلب أحد أطراف الدعوى رد القاضي في المحكمة التي تنظر في موضوع النزاع عن الحكم فيها بسبب عدم صلاحية حتمية او تقديرية[١].

وان هذا الوقف تقضي به الضرورة العملية عند الفصل في النزاع موضوع الدعوى وتحقق مثل هذه الأسباب التي تؤدي إلى رفع يد القاضي المختص عن النظر فيه، فلابد عندئذ من وقف الدعوى. وان الوقـف هنـا يكون بحكم القانون أي بمعنى انه يتحقق ولو لم تقضِ به المحكمة وقضاؤها انما يكون كاشـفاً له وليس مقرراً ومن اليوم الذي وجد فيه سـببه لا من يوم حكم المحكمة به، ولذا لا يكون للمحكمة أي سلطة تقديرية فيه فهو يقع بقوة القانون .

واذا مـا أسـتمر القاضي بنظر الدعوى في حـالات التنحي الوجوبي، فيكون قضاؤه باطلاً ويجب نقضه، وتبطل الاجراءات التي تمت في الدعوى من قبله حسب نص المادة (٩٢) من قانون المرافعات المدنية، وايضاً في حالات التنحي الجوازي لا يحق للقاضي نظر الدعوى اذا تحققت هذه الاسباب واذا قـدم القـاضي طلـب تنحيه وتمت اجابة طلبه فيتم احالة الدعوى الى قـاضٍ آخر او نقلها الى محكمة

١- د. احمد مسلم، اصول المرافعات، التنظيم القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٦٩. ، ص٥٣٢.

اخرى.[١]ونلاحظ في الواقع العملي وما درجت عليه المحاكم انه في حالة استشعار القاضي الحرج فأن الدعوى لايوقف السـير فيها وانما تفتح اضبارة فرعية فيها وتؤجل المرافعة لحين البت في موضوع استشعار الحرج من قبل رئاسة الاستئناف.

ومـن الحـالات التي يكثر وقوعهـا في التطبيق العملي ويترتب عليها وقـف الدعوى وقفاً قانونياً هي حالة تنازع الاختصاص بين المحاكم وهي الاختصاص الوظيفي، والنوعي (القيمي)، والمكاني ، والخصومة في هذه الاحوال تقف بقوة القانون دون حاجة الى صدور حكم من المحكمة، فأذا قضت المحكمة بالوقف في هذه الحالة فأن حكمها يكون مقرراً (كاشفا) لحالة الوقف التي تعتبر قائمة منذ تحقـق سـببها، فاذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها وقررت احالـة الدعوى الى المحكمة التي تراها مختصـة للنظـر فيها، فانه يجوز لأطراف الخصومة ومن يتضرر منهـم من قرار الاحالة ان يطعن في هـذا القـرار على ان التعرض لموضـوع النزاع لا يترتب عليه حرمانه مـن الطعن ولا يعتبر رضاءً منـه بالإحالة والخصومة تقف من تلقاء نفسـها حتى لـو لم يصدر قرار بذلك لان الوقف يقع بقوة القانون .[٢]

ثانيا: الوقف القضائي للخصومة

الوقـف القضائـي للخصومـة ومثل هـذا النوع من الوقـف لا يتحقق إلاّ بقـرار حكم يصدر عن القاضي المختص بنظر موضوع النزاع وقد نصت المادة (١/٨٣) من قانون المرافعات المدنية ((..اذا رات المحكمـة ان الحكـم يتوقف على الفصل في موضـوع اخر قررت ايقاف المرافعة واعتبار الدعوى مسـتأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع وعندئذ تسـتأنف المحكمة السـير في الدعوى من النفطة التي وقفت عندها))، كما لو دفع احد الخصوم من انه توجد دعوى بخصوص تزوير المستند المبرز من قبل خصمه اثباتا لدعواه او دفعه وحتى صدور قرار بالدعوى الجزائية وظهور نتيجة التحقيق فان المادة (٣٦) من قانون الاثبات الزمت المحكمة باعتبار الدعوى المنظورة امامها مسـتأخرة كذلك عندما يدفع المدعى عليه في دعوى ازالة الشـيوع بانه توجد دعوى تصحيح القسـام الشرعي الخاص بمـورث الطرفـين فان المحكمة ملزمة باسـتخارة الدعوى لحـين صدور قرار التصحيح واكتسـابه الدرجة القطعية للتصحيح من اثر على الخصومة بدخول اشـخاص اخرين من ضمن الورثة.[٣]

١- د. آدم وهيب النداوي،المصدر السابق، ص٤٨.

٢- د. عبـد المنعـم الشرقـاوي، الوجيـز في المرافعات المدنية والتجاريـة، دار النشر للجامعات المصريـة، القاهرة، ١٩٥١، ص٣٩٦.

٣- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية ، بغداد ، ٢٠٠٥ . ص ١٣٨.

ومـن أثـار الوقف القضائـي أن الخصومة في الدعوى المسـتأخرة بالرغم مـن الوقف تعد قائمة وتبقـى المطالبـة القضائية منتجة لاثارها كافة وكذلك تبقى الإجـراءات المتخذة قبل الوقف مرعية ، فـإذا انتهت حالة الوقف فإنها تعود للسـير من النقطة التي وقفـت عندها كما أن الخصومة بالرغم من قيامها فإنها تعد راكدة وهذا يعني منع أي نشـاط فيها فلا يجوز اتخاذ أي إجراء في الخصومة خلال مدة توقفها وعدم جواز الفصل في موضوع الدعوى وإذا استمر وقف الدعوى المستأخرة بفعل المدعي او امتناعه مدة سـتة أشـهر تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون أما إذا اسـتمر وقف السـير في الدعوى المستأخرة مدة ستة أشهر أو أكثر بسبب خارج عن إرادة المدعي فلا تتخذ المحكمة قرارا بإبطال عريضة الدعوى المسـتأخرة وتقدير حالة اسـتمرار وقف الدعوى بفعل المدعي او امتناعه او لسـبب خارج عن ارادته يعود إلى محكمة الموضوع[١].

ثالثاً: الوقف الاتفاقي للخصومة

الوقـف الاتفاقـي الذي ينشـأ بإرادة الخصـوم واتفاقهم عليه عندما تتحقق لهم أسـباب تتطلب وقـف الدعـوى مثـل الاتفـاق على الصلـح أو التحكيـم أو لغيرها ومع ان هـذا الوقف ينشـأ بإرادة الخصوم، إلاّ انه لا يتحقق إلاّ بصدور حكم يقضي به من قبل القاضي المختص بنظر النزاع. ويكون لمـدة محددة نص عليها القانون العراقي (ثلاثة أشـهر) ويشـترط فيه الـشرط الأول (اتفاق أطراف الخصومـة عـلى الوقف) والـشرط الثاني (اقرار المحكمـة لاتفاق الخصوم عـلى الوقف). وقد نصت المادة (١/٨٢) من قانون المرافعات المدنية على انه ((يجوز وقف الدعوى اذا اتفق الخصوم على عدم السـير فيها مدة لاتتجاوز ثلاثة اشـهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاقهم)) وفي حال عدم مراجعة الخصوم للمحكمة بعد انتهاء المدة المحددة تبطل عريضة الدعوى وهذا ما اكدت عليه المادة (٢/٨٢) من قانون المرافعات المدنية ((... إذا لم يراجع الطرفين المحكمة في الخمسة عشر يوما التالية لنهاية الاجـل تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون)).

ثانياً: اثر الخصومة في انقطاع المرافعة

حـق التقاضي هو رخصة الالتجـاء الى القضاء لعرض المنازعة عليه وطلب الفصل فيها وهو من الحقوق العامة المقررة في الدساتير لجميع الافراد وطنيين وأجانب على النحو الذي ينظمه القانون[٢]،

١- المـادة ٢/٨٣ مـن قانـون المرافعات المدنية نصت على ما يلي ((... وإذااسـتمروقف الدعوى المسـتأخرة بفعل المدعي او امتناعه مدة سـتة أشهر تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون)) .

٢- د. عبد العزيز خليل ابراهيم، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الاسلام مدونة الفقه والقضاء، ص٢٥.

فـاذا كان الخصـم في الدعوى مدعيـاً أم مدعى عليه أم متدخلاً تدخـلاً اختصاصيا أو إنضمامياً فيها متمتعـاً بالأهليـة القانونية للتقاضي ثم طرأ عليه عارض من عوارض الخصومة أدى الى فقدانه هذه الاهليـة يترتـب عـلى ذلك ان على محكمة الموضـوع المختصة بالفصل في النزاع الحكم بانقطاع سـير الخصومـة الى حـين تبليغ من يقـوم مقام الخصم الذي فقـد اهليته وعـوارض الاهلية هي الجنون والعتـه والغفلـة والسـفه، ((... حيث ينقطع السـير في الدعوى بحكم القانون بوفـاة احد الخصوم اويفقـده اهليـة الخصومة او زوال صفة من كان يباشر الخصومة نيابة عنه الا اذا كانت الدعوى قد تهيأت للحكم في موضوعهـا....)).[١]

فالـضرورة هـي التـي تحتم الانقطاع في الخصومـة، غير انها ضرورة واقعيـة فضلا عن كونها منطقيـة، فالمـوت وفقد الاهليـة وزوال صفة التمثيل في الدعوى امـور لا ارادية، تقع دون ان يكون للخصـم يـد في وقوعهـا او تكون له قدرة في رفعها، وعموماً يعبر عنه بتصدع الركن الشـخصي .[٢]

فالانقطـاع يـؤدي الى وقف سـير الدعـوى وهو صورة خاصـة من صور الوقـف كما يعبر عن ذلك البعض، ولكن يختلف عن الوقف من حيث ان هذا الاخير اما ان يكون بحكم القانون او بحكم المحكمة او وفقاً لإرادة الخصوم في وقف الدعوى واتفاقهم عليه، واما ان يكون سـببه التغيير الذي يطرأ على المراكز القانونية للأطراف في الدعوى، في حين ان أسـباب الانقطاع وردت في القانون على سـبيل الحصر، وانه يقع بقوة القانون ولو لم يطلب احد الخصوم الحكم به وكنتيجة حتمية لقيام سـببه، ويتحقـق الانقطـاع ولو لم يكن الخصم الآخر على علم بوفاة خصمـه أو فقد اهليته أو زوال صفة من له حق التمثيل القانوني في الدعوى، ووفاة احد الخصوم يؤدي الى انقطاع سير الخصومة سـواءً كان مدعياً أم مدعى عليه أم متدخلاً تدخلاً إختصامياً أو إنضمامياً لأي منهما.

وان تعدد الخصوم وقام سـبب من أسباب الانقطاع لاحد هؤلاء فأن الخصومة تستمر صحيحة بالنسبة لغيره متى ما كان موضوع الخصومة يقبل التجزئة اما اذا كان موضوع الخصومة لا يقبل التجزئة فأنها تنقطع بالنسبة للجميع.

ويجـد نظـام الانقطاع اساسـه في ضرورة حماية الطرف الذي أصبح في وضع لا يسـتطيع معه ممارسـة حقه في الدفاع، او حماية من سـيحل محله بإعطائه فرصة العلم بالخصومة والاسـتعداد للدفاع عنها، والانقطاع هو تأكيد لمبدأ المواجهة اذا حدثت واقعة تؤدي الى منع مشـاركة الخصم في الدفاع عن مصالحه وحصول اي سبب من أسباب الانقطاع فانه يؤدي الى تعطيل هذا المبدأ ولابد من ان ينقطع السير في الدعوى لإعادة الفاعلية لهذا المبدأ واتخاذ الاجراءات القانونية اللازمة لذلك، ولا

١- المادة (٨٤) من قانون المرافعات المدنية .

٢- د. احمد مسلم اصول المرافعات، التنظيم القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٦٩، ص ٥٤٢ .

يملك المشرع ان يتغاضى عن انقطاع الخصومة، ولا ينسب التأخير في الفصل في القضايا الى اجراءات المرافعـات أو المحاكم وماذا يملك القضاء إزاء القدر. [١]عليهان اسـباب انقطاع الخصومة:

اولاً: وفاة أحد الخصوم

يـؤدي الى الحكم بالانقطاع في الدعوى. فالخصومة تنشـأ بين اطـراف معينين فاذا توفي احدهم بعـد بدؤهـا فالخصومـة لا تنقـضي بل تسـتمر في مواجهة الورثـة ولو تعلق الامر بدعـوى لا تقبل الانتقـال للورثـة، وذلك ان الورثة يسـتمدون صفتهـم من مورثهم الذي تحـددت صفته كطرف في الخصومة، ولا يسـتثنى من هذه القاعدة الا حالة ما اذا كانت الدعوى بطبيعتها ذات صفة شـخصية لا يتصـور صـدور حكم فيها بعد الوفاة كدعـوى ببيت الطاعة مثلا.[٢]

والورثة هنا هم خلفاً للخصم المتوفى في مركزه القانوني في الدعوى، وان عدم علم الورثة بوجود الدعوى يؤدي الى حرمانهم من حقهم القانوني في الدفاع عن حقوقهم، ولذا لابد من تبليغهم بوجود الدعوى واتخاذ الاجراءات في مواجهتهم ولا يشترط في هذه الحالة علم الخصم الاخر بحصول الوفاة، لان الخصم الذي توفي لا يصلح للمخاصمة .[٣]

وقضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها: ((.... ان الدعوى اقيمت على المدعى عليهما (م.ع.) و (ع.ح) بصفتهما الشـخصية، وان محكمة البداءة وفي جلسـة المرافعة المؤرخة في ٣٠/١٠/٢٠٠٢ أشـارت في صيغـة يمين الاسـتظهار الموجهة الى المدعيـة ان المدعى عليهما المذكوريـن متوفيان دون ان تطلـع على القسـامين الشرعيين الخاصين بهما لغرض تبليـغ ورثتهما في حالة وفاتهما بعد إقامة الدعـوى وكان عـلى محكمـة الاسـتئناف أيقـاف المرافعة وجعـل الدعوى مسـتأخرة الى حين اكمال التبليغات المذكورة وبعد إتمامها اسـتئناف السـير في الدعوى وقرر نقض القرار المميز...)).[٤]

ويقتضي واجب السـلوك بحسـن نية ان يخبر الخصم المحكمة بأي سـبب من أسـباب الانقطاع متى ما علم به، ولذا يكون سيء النية أذا أخفى وفاة الخصم الآخر، كما يكون كذلك الخصم الذي بلغ سـن الرشـد أثناء الخصومـة وأخفى على المحكمة ان يكـون وليه أو وصية الـذي يمثلهُ قد فقد صفته[٥].

١- د. عبـد الباسـط جميعي،مبـادئ المرافعـات في قانون المرافعات الجديـد، دار الفكر العربي،بـيروت، ١٩٧٣-١٩٧٤، ص٣١٩.

٢- د. فتحي والي، المصدر السابق، ص٤٣٩.

٣- الأستاذ داود سمرة، شرح أصول المحاكمات الحقوقية، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٤٠، ص٣٧.

٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية ،بالعدد ١٧٠ / مدنية عقار / ٢٠٠٤ في ٣٠/١٠/٢٠٠٢ (غير منشور).

٥- د. وجدي راغب ،الخصومة المدنية، الطبعة الاولى، مطبعة اطلس، مصر ١٩٧٨. ص٤٥٠.

ونصت المادة (٥) من قانون المرافعات المدنية على انه: ((يصح أن يكون احد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت او له ولكن الخصم في عين من أعيان التركة هو الوارث الحائز لتلك العين)). فالوارث وفق احكام المادة (١٤٢) من القانون المدني هو خلف عام لمورثه، والخلف العام هو من يخلف الغير في ذمته المالية كلها او في جزء منها على وجه الشيوع وهو الوارث والموصى له بجزء من التركة الثلث أو الربع، والوارث يحل محل مورثه ولكن في حدود ما آل اليه من هذه التركة من حقوق، ويكون للدائن مطالبة احد الورثة بالدين دون ان يكون لهذا الوارث أن يدفع بعدم تمثيله لبقية الورثة، وأساس هذا الالتزام ان الدين الذي خلفه المورث يكون بمثابة الدين الذي لا يقبل الانقسام وفق احكام م (٣٣٧) من القانون المدني ويكون للوارث الذي مثل التركة في الدعوى الحق في الرجوع على بقية الورثة كل بقدر حصته منها.

والوارث في دعوى الالتزام تكون له صفة سلبية فيها ولا يلزم اختصام باقي الورثة والاساس في ذلك ان كل وارث يلتزم بديون التركة في حدود نصيبه، والحكم الصادر في الدعوى يكون حجة بين اطرافه وفقاً للقواعد العامة، أي لا يحتج به في مواجهة بقية الورثة الذين لم يكونوا خصوماً في الدعوى فيما ان صدر الحكم بالدين على الوارث الذي مثل التركة، اما اذا صدر الحكم لمصلحته فيستفيد منهُ بقية الورثة الذين لم يكونوا خصوماً في الدعوى تطبيقاً لقواعد قابلية الدين للانقسام التي تتشابه في هذا الصدد مع قواعد التضامن، وهذا الحكم منصوص عليه في المادة (٣٣٣) من القانون المدني العراقي فالحكم الذي يصدر على احد المدينين المتضامنين لا يحتج به على الباقين أما أذا صدر لصالحه فيستفيد منه الباقون.[١]

وقضت محكمة التمييز الاتحادية بأن: ((.... القرار صحيح وموافق للقانون من حيث ثبوت صحة نسبة التوقيع في الصكين المعتمدين من قبل المدعي (المميز عليه) الى مورث الطرفين ولإداء يمين الاستظهار وأن الخصومة الموجهة في الدعوى كانت صحيحة ما دامت الدعوى مقامة أضافة للتركة حيث يجوز مخاصمة أحد الورثة أضافة للتركة ولان الحكم الصادر ينفذ على التركة وليس على الذمة الشخصية للورثة)[٢]، وايضاً قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار اخر بأنه (اذا كان موضوع النزاع يتعلق بأموال موروثة فأن الدعوى يجب ان تقام ضد المدعى عليه أضافة لتركة مورثهِ وليس بصفتهِ الشخصية.....)).[٣]

١- القاضي عبد الرحمن العلام،شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٩٠، ص ٥٥.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية ، بالعدد ٧٩ / مدنية ١ منقول / ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٥/٢٥ (غير منشور).

٣- قرار محكمة التمييزلاتحادية ،بالعدد ١٩٢ / مدنية ١ منقول / ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٥/٢٥ (غير منشور).

وان اقـــــرار الـــــوارث بالحـــــق المدعـــــى به لا يســـــري في حق بقية الورثة وإذا كانـت الدعـوى متعلقة بعـين من أعيان التركة فالخصـم في الدعوى المتعلقة بتلـك العين هو الوارث الحائـز لهـا فقـط ودون الورثة الاخرين ويكون ملزمـاً لوحدهِ بردها الى المدعـي ويترتب على وفاة الخصـم أثنـاء الخصومة أن يخلفهُ ورثتهُ في مركزهِ القانوني، واذا حدثت وفاة أي من الخصوم بعد إقامة الدعوى فيكون ذلك بعد نشـوء المركز القانوني وينتقل بدوره في حالة الوفاة الى الورثة حتى يتمكنوا من مباشرة هذا المركز الذي إكتسـبوه بالخلافة منذ الوفاة . [١]

وقضـت محكمـة التمييز الاتحادية بأنـه: ((...على المحكمة أن تقرر قطع السـير بالمرافعة لوفاة قسـم من الخصوم وتكليف ذوي العلاقة بتقديم القسـامات الشرعية وتبليغ الورثة طبقاً لأحكام م (٨٤) مـن قانون المرافعات المدنية ...)) .[٢]

وفي قـرار آخـر لمحكمة اسـتئناف بغداد الكـرخ الاتحادية بصفتهـا التمييزية جاء فيـه: ((...ان محكمة البداءة اصدرت قرارها باسـتئخار الدعوى مسـتندة على اقوال وكيل المدعى عليهم المجردة بحصـول وفاة قسـما من المدعى عليهـم دون ان تكلفه بإبرازما يؤيد ذلـك، هذا من جهة ومن جهة اخـرى فـأن عـلى المحكمة تفعيل الشـطر الاخير مـن المادة (٨٤) مـن قانون المرافعـات المدنية ((... ينقطع السـير في الدعوى بحكم القانون بوفاة احد الخصوم إلا اذا كانت الدعوى قد تهيأت للحسـم في موضوعهـا...اذ ان محكمـة البـداءة فاتها ذلك مما اخـل بصحة القرار المميز قـرر نقضه...)).[٣]

أمـا الخلـف الخاص وهو الذي يتلقى من سـلفهِ ملكية شيء معين بالـذات أو حقاً عينياً على هذا الـشيء وقد يكون هذا الشيء الـذي يتلقاه ديناً او قد يكون عينا.[٤]

فالخلـف الخـاص لا يحـل محل سـلفهِ في الدعـوى وإنما تبقى الدعوى مسـتمرة بـين أطرافها الاصليين وبنفس صفة السـلف وان كان قد تصرف في الحق المدعى به ويكون هذا الحكم حجة على الخلـف الخاص بما قضى به.

وأيضـاً يحـق للخلـف الخـاص إقامة الدعـوى بالحق الـذي تلقاه من سـلفهِ والمطالبـة به أمام القضاءمع وجود وإسـتمرار الخصومة بين سـلفه والاغيار، وأيضاً له حق التدخل في الدعوى تدخلاً إختصامياً مطالباً بالحكم لنفسـهِ أو تدخلاً إنضمامياً الى جانب السـلف، وأن السـلف يبقى طرفاً في

١- د. أحمد ابو الوفا، المصدر السابق، ص٥٥٦.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥١٦٤ / شرعية / ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٢/١٠ (غير منشور).

٣- قـرار محكمة اسـتئناف / بغداد الكـرخ الاتحادية بصفتها التمييزية - العـدد ٤٢٢/حقوقية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٤/٢٠ (غير منشور).

٤- د. عبـد المجيـد الحكيـم. الموجز في شرح القانـون المدني العراقي، مصادر الالتزام، جـ١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهليـة، بغداد، ١٩٦٩، ص٣٢٥.

الدعـوى وأن لـم يعد صاحب المركـز الموضوعي فيها ولا يحل محله خلفهُ الخاص، وهذا لا يعني ان الخلـف لا يلزم بما يصدر لصالح السـلف أو ضده حيث تـسري جميع الاثار التي تترتب في مواجهة السـلف عليه ويعتبر ذلك تطبيقاً لقاعدة أن الخلف يلتزم بما يصدر من سـلفه من تصرفات[١].

وقانونـاً لا يوجـد ما يمنع الخصم في الدعوى من التصرف في الحق المتنازع عليه ولكن لا يترتب على حلول الخلف الخاص محل السـلف أي أثر للدعوى فتبقى قائمة بين السـلف وبين الغير ويكون للخصم الذي صدر الحكم لصالحه التمسـك به في مواجهة الخلف الخاص وذلك حفاظاً على حقوق الخصم في الدعوى لئلا يلحق الضرر بحقوقه نتيجة تصرف الخصم في الحق الموضوعي محل النزاع وما قد ينطوي عليه هذا التصرف من التواطؤ ونية الاضرار به.

اذا كان احـد الخصـوم متوفيـا قبل إقامـة الدعوى سـواءً كان مدعياً أم مدعىً عليـه، ففي هذه الحالة تحكم المحكمة برد الدعوى ولا تحكم بانقطـاع سير المرافعة وذلك لان الصفة تكون منعدمة عند بدء الدعوى فأن وفاة أحد الخصوم قبل إقامة الدعوى تعني عدم نشـوء المركز القانوني اصلا لهذا الخصم[٢]، لذا لا يخلفه ورثته في هذا المركـز وتكون الخصومة منعدمة لانتفاء أحد أركانها وهو احـد طرفي الخصومـــة (مدعـي أو مدعى عليه)، فاذا صـدر الحكم في الدعـوى وكان احد الخصوم متوفيـا قبـل أقامتها فأن هذا الحكم يعتبر معدوماً ويمكـن للورثة أن يرفعوا دعوى أصلية ببطلانهِ لان الخصـــم ليس له وجـــود قانونـــي ولا يحوز الحكم حجية الشيء المقضي فيه ولا يؤدي فوات ميعـاد الطعن فيه الى تحصينه.[٣]

وأن حلـول الخلـف العام محل سـلفهِ يشـترط بطبيعة الحـال ان يكون هذا المركـز الموضوعي قـد أنتقـل الى الخلف فـإذا كان من المراكز التي تنقضي وتزول بوفاة صاحبها لارتباطها بشـخصية السلف،

فأن الخلافة لا تترتب في الخصومة نتيجة لعدم حدوثها بالنسبة للمركز القانوني.[٤]

وبالنسـبة للشـخص المعنوي فان القانون يعترف له بأهلية الاداء وحـــق التقاضـــي فقد نصت

١- د. ابراهيـم نجيـب سـعد، القانـون القضائي الخـاص، الجزء الاول، منشـأة المعارف، الاسـكندرية، من دون سـنة نشر، ص٥٦٠.

٢- د. وجـدي راغـب، المصـدر السـابق ص٤٤١. ((... المركز القانونـي للخصم هو ان يكون الخصـم طرفاً في الدعوى وأن تكـون لـه حقـوق وواجبـات سـواء مدعي أم مدعـى عليه أم شـخصاً ثالثاً في الدعـوى (متدخل تدخـلاً إختصامياً أو إنضماميـاً والحقـوق والواجبـات هي لإجراءات التـي وضعها القانون بغية الوصول الى الهـدف الذي يرمي اليه من اقامة الدعوى وابداء الدفوع الشـكلية والموضوعية.))

٣- د. وجدي راغب، المصدر نفسه، ص٤٥٣.

٤- د. أبراهيم نجيب سعد، المصدر السابق، ص٥٥٩.

المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي على ان ((يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن ارادتهِ... ٤- عندهُ اهلية الاداء وفي الحدود التي بينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون. ٥- وله حق التقاضي)).

فالقانون يعترف للشخص المعنوي بأهلية الاداء وهذه الاهلية محددة بالغرض من أنشائه وحسب ما هو مقرر في عقد أنشائهِ وبما يفرضهُ له القانون من حدود، ولابد من أن يكون للشخص المعنوي من يمثله من الاشخاص الطبيعية، والشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي أنما هو يعبر عن ارادة الشخص المعنوي لا عن ارادتهِ الشخصية، ويكون لهذا اقامة الدعوى باعتباره ممثلاً له أو ان يكون خصماً في الدعوى التي تقام ضده من قبل الغير باعتباره ممثله القانوني ايضاً ويكون له تقديم الطلبات والدفوع الموضوعية والشكلية نيابة عن الشخص المعنوي، وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه: ((...ان المميز اقام الدعوى على شركة رؤوس للتجارة والاستثمار بالرغم من كونها شخصية معنوية ويكون لها ممثل عن ارادتها، وبما ان المدعي اقام الدعوى على الشركة ووكيلها العام دون اقامتها على المدير المفوض / اضافة لوظيفته ـــوبذلك تكون خصومتها غير متحققة، فكان على المحكمة ردها من هذه الناحية...)) .[١]

وان خصومة الشخص المعنوي تنقطع بزوال وأنقضاء هذا الشخص المعنوي (الاعتباري) مثلما تنقطع الخصومة بوفاة الشخص الطبيعي أيضاً ويكون ذلك بحل الشخص المعنوي أو اندماجه ويترتب في هذه الحالة نفس الاثر الذي يترتب على الحكم بوفاة الشخص الطبيعي.

وقد نصت المادة (١٣٩) من قانون الشركات النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ على أسباب انقضاء الشركة ومنها أيضاً التصفية بالإضافة الى الاندماج واسباب اخرى فإذا تحقق أي منها أثناء سير الدعوى التي يكون الشخص المعنوي طرفاً فيها يترتب على ذلك الحكم بانقطاع الخصومة في الدعوى.

وايضاً نص قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠ في المادة (١٨) منه على انقضاء الجمعية بالأسباب التي تؤدي الى انقضاء الشخص المعنوي على وجه العموم وهي انقضاء الاجل المحدد لها، أو نفاد الغرض المخصص من أنشائها، أو استحالة تحقيق هذا الغرض، أو حلها أما أجبارياً من قبل المحكمة المختصة أو أختيارياً، ويعين لها في هذه الحالة مصفٍ أو اكثر ويقوم بهذا التعيين الهيئة العامة للجمعية اذا كان الحل أختيارياً أو الهيئة العامة لمحكمة التمييز اذا كان الحل أجبارياً.

وأن الشخصية المعنوية للشخص المعنوي لا تتأثر بوفاة الممثل القانوني طالما أن الشخصية

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية - العدد ١٠١ / الهيأة المدنية منقول / ٢٠١٢ في ٦ / ١٢ / ٢٠١٢ (غير منشور).

المعنوية لم تنتهِ ولا يؤدي ذلك الى انقطاع الخصومة لان الشخصية المعنوية لا تزول بزوالهِ، وكذلك وفاة رئيس الهيئة او الجمعية أو مدير الشركة او عزله لا أثر له على اجراءات الخصومة التي تكون الهيئة أو الجمعية او الشركة طرفاً فيها ما دامت الوظيفة قائمة.

ولكن زوال الشخصية المعنوية مثلاً الشركة عند اندماجها بشركة اخرى يؤدي ذلك الى زوال الشخصية المعنوية لهذه الشركة وتحل محلها الشخصية المعنوية الجديدة ويترتب على ذلك الحكم بانقطاع الدعوى، اما زوال الصفة عن المشروع بتأميمه فان ذلك يؤدي ايضا الى انقطاع الخصومة لزوال الصفة.[١]

فإذا زالت الشخصية المعنوية للشركة لأي سبب من اسباب زوالها قبل إقامة الدعوى سواءً كانت الشركة مدعياً أم مدعىً عليه، ففي هذه الحالة تحكم المحكمة برد الدعوى ولا تحكم بانقطاع سير المرافعة وذلك لان الصفة تكون منعدمة عند بدء الدعوى فأن زوال الشخصية المعنوية قبل إقامة الدعوى تعني عدم نشوء المركز القانوني اصلا لهذا الخصم كما هو الحال في حالة وفاة الشخص الطبيعي قبل اقامة الدعوى ويرتب عليه نفس الاثر.

ثانياً:زوال الاهلية

لكي تتحقق الخصومة لابد من وجود أطرافها وهم المدعي والمدعى عليه، ولا بد لمن يكون طرفاً في الخصومة أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية لممارسة حقهِ في التقاضي بالدعوى وأهلية الاختصام هي اهلية الاداء وتثبت هذه الاهلية للشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء، فالقانون يعترف للأشخاص المعنوية بالأهلية التي تمكنهم من القيام بواجباتهم وممارسة حقوقهم.

ولا يكفي فيمن يكون طرفاً في الدعوى (مدعي أم مدعى عليه) أن يكون أهلاً للتقاضي فحسب بل يجب أن تتوافر فيهِ الى جانب هذه الاهلية الصفة وهي ان يكون المدعي الذي أقام الدعوى صاحب الحق المدعى به أو من يمثله فالصفة هي ولاية مباشرة الدعوى وأما أن يكون ذلك الاصيل بنفسهِ أو من ينوب عنه قانوناً لمباشرة الدعوى حفاظاً على حقوقهِ.

ونصت المادة (٣) من قانون المرافعات العراقي على أن ((يشترط ان يكون كل طرف من اطراف الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى والا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً في استعمال هذه الحقوق)).

فالمدعي هو الذي يبادر الى إقامة الدعوى للمطالبة بالحق المدعى به والمطلوب حمايتهِ والمدعى عليه هو الذي ينكر الحق المدعى به أو المعتدي على الحق المطلوب حمايته والذي تقام الدعوى ضدهُ

١- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، المجلد ١٤، القسم الثالث نظرية الخصومة، ص٤٠٨-٤٠٩.

أبتداءً، فكل شخص طبيعي أو معنوي أعترف له القانون بالشخصية المعنوية يصلح ان يكون خصماً في الدعـوى مدعيـاً أم مدعى عليه ولكن بشرط أن تتوافـر لديهِ أهلية التقاضي وهي أهلية الاداء التي هي صلاحية الشـخص لإنشـاء التصرفات القولية على وجه يعتد بهِ شرعاً وهي صلاحية الشـخص لصـدور العمـل القانوني منه على وجه يعتـد بهِ شرعاً[١]. وأهلية الاختصام هي صلاحية الشـخص لاكتساب المركز القانوني بما يتضمن من حقوق وواجبات، اما اهلية التقاضي فهي صلاحية الخصم لمبـاشرة اجراءات الدعوى أمام القضاء على نحو صحيح .[٢]

وفي قـرار لمحكمـة التمييز الاتحاديـة بهذا الصدد جاء فيـه: ((....ان المقتضى نصب وصي مؤقت عـلى المميـز عليـه المعترض اذا ما وجـدت المحكمة انه غير كامـل الاهلية والسـير بالدعوى بمواجهة الخصم المذكور بعد ادخاله شخصا ثالثا في الدعوى ان طلبت المميزة المعترض عليها، لان المذكور ذو اهليـة اختصـام دون اهلية التقاضي على فرض صحة ماتوجهت اليه المحكمة كونه متخلف عقليا لذا قرر نقضه .....)) .[٣]

ثمـة بعض الآثار الناتجة عن قطع السـير في الدعوى، حيـث أن الانقطاع يجعل من الدعوى غير مؤهلة لأن يباشر فيها أي عمل إجرائي من أي نوع، ومن أي شخص كان، غير أن هذا لا يعني زوالها فهي تبقى قائمة ومنتجة لآثارها القانونية كافة، كما أن الانقطاع يعد حالة مؤقتة، وفي هذا الوضع تؤول الدعوى إلى أحد الأمرين، إما أن نكون أمام حالة الاستئناف فيها من جديد وإما أن نكون أمام حالة الانقضاء دون الحكم في موضوعها.

ثالثاً : زوال صفة من كان يباشر الخصومة

القانون العراقي استقر على ان بلوغ القاصر سن الرشد لا يؤدي الى انقطاع سير الدعوى واذا اسـتمر الولي او الوصي بالحضور عن القاصر بعد بلوغه سـن الرشـد فتتحول النيابة من نيابة قانونيـة الى نيابـة اتفاقية، فأن بلوغ القاصر سـن الرشـد لا يؤدي الى الانقطـاع ولكن فقدان صفة الولي او الوصي بسـبب بلوغ القاصر الذي ينوب عنه سـن الرشـد هو الذي يؤدي الى الانقطاع.

والرأي عندنا فيما يخص الحكم بأن النيابة قد تبدلت من قانونية الى اتفاقية ببلوغ القاصر سن

١- د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السـابق، ص١١٣-١١٥، و د. عبد الرزاق السـنهوري وحشـمت ابو سـتيت، المدخل لدراسـة القانـون، مطبعة لجنة التأليف والترجمـة، القاهرة، ١٩٤٦، ص٢٢٨.

٢- د. وجدي راغب، المصدر السابق، ص٤٥٢-٤٥٧.

٣- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعـدد ٨١٢/هيئة الاحوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٨ (غير منشـور).

الرشـد وإسـتمرار الولي والوصي بتمثيلهِ في الدعوى لا يمكن الاخذ به، ولا يترتب على بلوغ القاصر سن الرشد أنقطاع الدعوى ولكن ليس للولي او الوصي صفة في الاستمرار في الحضور وانما يقتضي ذلك حضور القاصر البالغ أمام محكمة الموضوع في الدعوى بنفسهِ وبصفتهِ مدعياً او مدعى عليهِ أو أن يكـون له توكيل الـولي او الوصي وكالة بالخصومة وفقاً لأحكام القانون وقضت محكمة التمييز الاتحاديـة بـأن ((...القرار صحيح وموافق للقانون حيث ان المدعى عليه اسـتأجر سـهام المدعية في الشـقة مـن مديرية رعاية القاصرين لقاء بدل أيجار شـهري قدره الف دينـار وحيث ان المدعية قد بلغـت سـن الرشـد في ٨/١٢/٢٠٠٠ لـذا فأن عقد الايجار الذي أسـتند اليه المدعى عليه في أشـغاله لسـهام المدعية في العقار قد أنتهى ببلوغ القاصرة سـن الرشـد ووفقاً لنص المادة (٤٣/خامساً) من قانـون رعاية القاصرين وحيث ان المدعى عليه يشـغل الشـقة بدون أذن وموافقـة المدعية لذا فإنها تكون محقة في دعواها بمطالبة المدعى عليه بأجر المثل عن سـهامها في الشـقة المذكور....)).[١]

اذا أنتفت الشخصية القانونية فيما يخص الشخص المعنوي، فأن أهلية التقاضي تنتفي بدورها، فلا يجوز لمجموعة من الافراد ليسـت لها شـخصية معنوية رفع دعوى دفاعاً عن مصالح مشـتركة بإسـم المجموعة، مثل ان ترفع دعوى بإسـم مسـتأجري عمارة معينة على المؤجر بل يلزم ان ترفع الدعـاوى بإسـم افراد هـذه المجموعات فرداً، كما يجـب ان توجه الاجراءات لكل فرد فيهم باسـمه وصفتهِ ، وأن فقد ممثل الشخص المعنوي اهليته أذا ما اعتراه عارض من عوارض الاهلية لا يترتب عليه انقطاع سير المرافعة، وتغيير ممثل الشخص المعنوي لا يؤدي الى الحكم بالانقطاع فهو مجرد عضـو للشـخص الاعتبـاري فأهليـة الاداء بمقتضى احكام القانـون تثبت للشـخص المعنوي وليس للشـخص الطبيعي الذي يمثله ولذا فأن زوال اهلية مدير الشركة او رئيس الجمعية بسـبب عارض من عوارض الاهلية لا يؤدي الى الحكم بالانقطاع، ويكون وجود الممثل القانوني للشخص الاعتباري مـرده الى ان الشـخص المعنـوي ليس له من الناحية الفعلية ان يتمتع بأهليتهِ الا بواسـطة شـخص طبيعي ينـوب عنه ويمثلهُ امام القضاء.[٢]

ويجـب على هؤلاء الاشـخاص الذيـن يختصمون في الدعوى وفقاً لصفتهـم الاجرائية ان يذكروا صفتهـم عـن المدعـي او المدعى عليـه الذي يخاصم عنه كـولي او وصي او قيـم او وكيل بالخصومة او ممثـل عـن الشـخص المعنوي لإزالة الجهالة التـي قد تكتنف الدعوى من حيـث معرفة الخصوم الاصليـين وأهليتهـم وصفتهـم للتقاضي. ويمكن ان تكـون دائرة رعاية القاصريـن الخصم صاحب

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية – العدد ٥٨٤ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٤ في ١/١٠/٢٠٠٤ (غير منشور).
٢- د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٧.
، ص٤٩٠.

الصفـة في الدعـاوى التي تتعلق بحقوق القاصر سـواءً اقيمت نيابة عنه او ضـده. ألاّ أنّ القانون لم يرتب على وفاة الوكيل او عزله او اعتزاله انقطاع الدعوى، وللمحكمة أن تمنح أجلاً مناسباً للخصم الذي توفي وكيله او انقضت وكالته وتبليغه بذلك وهذا ما قضت به المادة (٨٥) من قانون المرافعات المدنيـة التي نصت على انه: ((لا ينقطع السـير في الدعوى بوفـاة الوكيل او بانقضاء وكالته بالعزل او الاعتـزال وللمحكمـة ان تمنح اجلا مناسـبا للخصم الذي توفي وكيلـه او انقضت وكالته وتبليغه بذلك)).

إن انقطـاع الخصومة لا يعني زوالها، وإنما تبقى الخصومة رغم إنقطاعها منتجة لكافة أثارها القانونيـة، كمـا تظل جميـع الأعمال الإجرائيـة التي اتخـذت في الخصومة قبـل انقطاعها صحيحة ومنتجة لآثارها، فإذا ما عجلت الخصومة بعد ذلك، فإن هذا التعجيل لا يعتبر بدءا للخصومة وإنما اسـتمرارا لخصومة قائمةوللانقطاع أثران هما:

أولا: وقف المدد القانونية:

إن جميع مواعيد المرافعات تقف في حالة تحقق سـبب من أسـباب الانقطاع فجميع المواعيد التي كانت جارية في حق الخصم الذي قام لديه سبب الانقطاع.

وتتوقـف المواعيـد طوال فترة الانقطاع، فإذا لم تكن قد بـدأت فإنها لا تبدأ، وإذا كانت قد بدأت فإنها تتوقف إلى أن يزول سبب الانقطاع فتستأنف إلى أن تكتمل. والمواعيد الإجرائية لا تقف نتيجة الانقطـاع إلا بالنسـبة لمن لحقه سـبب الانقطاع أمـا الخصوم الأخرين فلا يقف سريـان المواعيد في مواجهتهم، وإنما تحسـب وتستكمل .[١]

ثانيا: بطلان الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع:

الأصل أنه بمجرد قيام سـبب من أسباب الانقطاع فإن الخصومة تقف إجراءاتها بقوة القانون، وبالتالي لا يجوز لأي خصم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الخصومة أثناء مدة الوقف حتى ولو كان لا يعلم بقيام سـبب الانقطاع وإذا أتخذ مثل هذا الإجراء كان باطلا بطلانا نسـبيا ويحق لمن قام به العـارض أن يتمسـك به،[٢] وبالرجوع إلى المادة ٣/٨٦ منقانـون المرافعات العراقي فإن النص فيها

١- د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الخصومة والحكم والطعن، الجزء الثاني،١٩٩٥، ص٢٨١.

٢- لا شـان لهـذا البطـلان بالنظـام العام هو من ثمة لا يجوز للغير التمسـك به ولو كان له مصلحـة في ذلك، ولا يجوز التمسـك به لأول مرة أمام محكمة النقض، (د/ أحمد هندي أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية دراسـة في التنظيم القضائي ، مصدر سـبق ذكره، ص ٧٧٦).

جـاء مطلقـا، الأمـر الذي يجعل التمسـك بالبطلان جائز لجميـع الخصوم حيـث:- ((... يترتب على انقطـاع السـير في الدعـوى وقف جميع المدة القانونية التي كانت سـارية في حـق الخصوم وبطلان جميـع الاجـراءات التي تحصل اثنـاء الانقطاع....)).[١]فمثـلا إذا فرضنا أن المدعـى عليه توفي دون أن يعلـم المدعي ودون أن تعلم المحكمة، واسـتمرت الإجراءات في التـوالي أمام المحكمة، فجميع هذه الإجـراءات تكون باطلة من لحظة قيام سـبب الانقطاع،ذلـك لأنها اتخذت في خصومة موقوفة بقوة القانـون، والـذي لـه الحق في التمسـك بها هو مـن يمثل الخصم الـذي قام به العـارض، وحتى إذا صـدرت أحـكام في مثل هذه الخصومـة تكون باطلة لصدورهـا في خصومة منقطعة.[٢]

والدعـوى تكـون موضـع للحكم بالانقطاع اذا فقد الولي اهليته او سـلبت منـه الولاية او وافاه الاجـل، وكذلـك عزل الوصي او وفاته او فقده اهليته او عادت للاب ولايته التي سـلبت منهُ، وزوال صفة الممثل القانوني كلها اسباب تؤدي الى عجز الخصم عن مباشرة حق الدفاع وتعطل اعمال مبدا المواجهة بين الخصوم لذا ينقطع سير الدعوى بقوة القانون حتى يتم اتخاذ ما يلزم اعادةه الفعالية لهذا المبدأ، وهذه العوارض تؤدي الى وقف السـير في الدعوى بصورة مؤقتة وتجعلهاعلى الرغم من حالة الوقف التي تعتريها قائمة منتجة لجميع اثارها الاجرائية والموضوعية. كما يترتب عليها جميع المدد القانونية التي كانت سـارية في حق الخصوم وبطلان جميع الاجراءات التي تحصل خلال مدة الوقف والانقطاع.[٣]

واذا عـــــاد المفقـــــود او صـدر حكـم بوفاته تـزول صفة الوكيل او القيـم عنه، وأيضاً تقضيالمحكمـة بالانقطـاع اذا توفي القاصر لان الممثل القانوني تـزول صفته في الدعوى ويحل محل المتـوفى في الخصومـة ورثتـهِ، وكذلك عزل المتولي على مـال الوقف او وفاته او فقـدهِ أهليته ويمكن لدائرة الوقف ان تخاصم في الدعاوى المتعلقة بالوقف وأن ترفع الدعوى وتكون خصماً في الدعاوى المتعلقـة برقبتـهِ وغلتـهِ والحقـوق الاخرى، ولمتولي الوقـف ان يخاصم عن مال الوقـف بعد ان يتم تعيينه كمتولٍ للوقف.

وتنقطع الخصومة لعدم إمكانية مواصلة السـير فيها إذا طرأ عليها سـبب من الاسـباب المحددة في القانـون وهـذا يعنـي أنها حالة غير متعلقـة بإرادة الأطراف أو سـلطة القـاضي التقديرية فهي

١- المادة ٣/٨٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي.

٢- د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص٦١٦-٦١٧.

٣- د. أجياد ثامر نايف الدليمي، عوارض الدعوى المدنية – دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠١٦، ص ٦٣.

إذن مسألة قانونية منصوص عليها في القانون حصرا في إذا ما حصلت أسبابها فإن الاستمرار في الخصومة يصبح أمرا غير ممكن ومخالفا لمبادئ العدالة وتكافؤ الفرص وحق الدفاع و حضور الخصوم بل قد يتعلق الأمر بوجودهم أو بأهليتهم بشرط أن لا تكون القضية قد أصبحت مهيا للفصل فيها وهذا منطقي ما دامت الإجراءات قد اتخذت والرسوم دفعت وطلبات قدمت ووسائل الدفاع إستنفذت من نفس الأطراف حسب مراكزهم القانونية في الدعوى ووقعت القضية عندئذتحت نظر القاضي للفصل فيها طبقا للقانون ثم حصلت الحالة الموجبة للانقطاع فلا مجال عندئذلأعمال النص القانوني المتعلق بها.

تعتبر حالة التغير في اهلية أطراف الدعوى عارضا للخصومة ذلك أن الدعوى عندما تصل إلى الجهة القضائية المختصة و تتحدد المراكز القانونية للأطراف الذين تثبت لهم الاهلية كما يرسمها القانون سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين فذلك يعني أن الخصومة باتت تسير بشكل طبيعي وفقا لما يتطلبه القانون إلا أنه قد يحصل تغيير في اهلية أحد الخصوم كان يصير غير أهل لمباشرة حقوقه وتحمل مسؤولياته بنفسه وبالنتيجة فإنه لم يصبح أهل للتقاضي فهذا يشكل أحد عوارض الخصومة المانعة من السير فيها التي أخذه المشرع في الحسبان.لا تظل الخصومة في حالة انقطاع إلى ما لا نهاية، وإنما تصير إلى أحد الأمرين هما: إما السير فيها من جديد وإما إلى انقطاعها دون حكم في الموضوع .[١]

ولا تستأنف الدعوى سيرها بعد الحكم بالانقطاع إلاّ عن طريق تبليغ من يقوم مقام الخصم الذي توفيّ أو فقد أهليتهِ أو زالت الصفة عن ممثله القانوني وبعد اعلام من يقوم مقامهِ بوجود الدعوى. وتبقى الاثار التي ترتبت على اقامة الدعوى ورفع النزاع إلى القضاء سارية وهي قطع مدة التقادم والحكم بالفوائد القانونية أثناء الانقطاع، ولذا فان الدعوى تستأنف سيرها من النقطة التي وقفت عندها.

١- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، منشاة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٨، ص ٢٨٢.

الخاتمة

بعـد الانتهـاء من هذا البحث بتوفيق من اللـه نتمنى ان نكون قد وفقنا في اعطاء الموضوع حقه، ويمكن أن نستخلص أبرز النتائج التي توصلنا إليها وتقديم بعض المقترحات التي نراها ضرورية.

اولا: النتائج:

١. ان الدعوى وسـيلة قانونية يتوجه بها الخصـم الى القضاء للحصول على حكم لتقرير حقه او لحماية مصلحته القانونية.

٢. ان للدعوى شروطها العامة المتمثلة بالأهلية والمصلحة والخصومة فضلا عن شروط فقهية اخـرى متمثلـة بعدم سـبق الحكم في موضوع الدعـوى ووجوب رفع الدعـوى خلال المدة القانونية في بعض الدعاوى وعدم الاتفاق على التحكيم او الصلح أي يشترط لقبول الدعوى ان تكـون للمدعـي صفة في اقامتها، بمعنى ان ييكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايتـه. وشرط الصفـة في المدعي يسـتخلص مـن تعريف المشرع العراقـي للدعوى، حيث نصت المادة (٢)من قانون المرافعات المدنية العراقي على ان: "الدعوى: طلب شـخص حقه من آخر امام القضاء. وهذا يعني ان صاحب الحق او المركز القانوني المعتدى عليه او المهدد بالاعتـداء عليه هو صاحب الصفة الايجابية في الدعوى أي المدعي.

٣. الخصومـة هـي صفـة قانونية تربط اطـراف الدعوى اما مدعي يتمسـك بخـلاف الظاهر واما منكر يتمسـك بإبقاء الاصل او من لـه مصلحة في الدعوى وتنصـب عليها الاجراءات القانونيـة والتـي هي وحدة مركبة من عدة اجـراءات وهذا يعني الحصول على النتيجة من الخصومـة يكون من اتحاد جميـع هذه الإجراءات، ووجودها مجتمعة، ولا يمكن لأي عمل منفـرد وحـده أن يحصل من خلاله على النتيجة، أي أنها سلسـه يعتمد بعضها على البعض الاخـر، ولا يمكـن لأي عمـل منفرد ان يحقق تلك النتيجة ما لم يتحد مع العمل الذي سـبقه.

٤. يعـد الدفع بعـم توجه الخصومة من الدفوع التي تتعلق بالنظـام العام، حيث نص المشرع العراقي صراحة في المادة (١/٨٠) من قانون المرافعات المدنية على انه يجوز للمحكمة اثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها وفي اية حالة تكون عليها الدعوى، فضلا عن ان المادة (٣/٣٠٩ مـن قانون المرافعات قد نصت على انه لايجـوز احداث دفوع جديدة امام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى، وبذلك يكون المشرع قد عدّ الدفع بعدم توجه الخصومة من النظام العام لانه اجاز للمحكمة اثارته من تلقاء نفسـها، كما اجاز للخصم ابداء هذا الدفع في اية حالة تكون عليها الدعوى

ولو لاول مرة امام المحكمة المختصة لم يحصل امامها دفع بذلك. بنظر الطعن تمييزاً، كما لمحكمة التمييز الاتحادية التصدي لعدم توجه الخصومة.

٥. للخصومة عوارض تعتريها وترد على خصومة ناشئة بالفعل ومن هذه العوارض وقف الخصومة أي وقف السير في الدعوى مدة من الزمن اذا ما طرا عليها اثناء نظرها سبب من اسباب الوقف مع بقائها منتجة لآثارها وقد تتحدد مدة الوقف مقدما وقد يكون تحديدها مرهونا بإتمام اجراء معين ووقف الخصومة اما يكون باتفاق الخصوم ويسمى الوقف الاتفاقي او بقوة القانون ويسمى الوقف القانوني او بقرار من المحكمة ويسمى الوقف القضائي.

٦. تنقضي الدعوى بانتفاء صفة الخصم الذي اقيمت عليه الدعوى ووجدت المحكمة ان الخصومة غير متوجهة فعلى المحكمة ان تحكم برد الدعوى كذلك تنقضي الدعوى عند اكمال المحكمة تحقيقاتها واصدرت حكمها وحاز درجة البتات فان كل ذلك ينهي الخصومة كذلك حالة الوقف وقطع سير المرافعة اذا لم تستأنف وحالات ترك الدعوى او الخصومة عند قيام المدعي بالتنازل عن حقه في الخصومة التي انشأها وعن اجراءاتها كافة بما فيها عريضة الدعوى مع الاحتفاظ بأصل الحق الذي يدعيه ومنها قيام المدعي إبطال الدعوى استنادا لأحكام المادة (٨٨) من قانون المرافعات المدنية.

وفي الختام نرجو ان نكون قد وفقنا في اختيار موضوع البحث وما قدمناها من عرض الموضوع عرضا علميا وقانونيا وما تضمنه من مبادئ تمييزية وما توصلنا فيه من نتائج وتوصيات املين ان ينال القبول والاستحسان.....

المصادر

اولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المصادر العربية

١. الأستاذ داود سمرة، شرح أصول المحاكمات الحقوقية، مطبعة الأهالي، بغداد، ١٩٤٠.

٢. د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، الجزء الاول، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون سنة نشر.

٣. د. أجياد ثامر نايف الدليمي، عوارض الدعوى المدنية – دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ٢٠١٦.

٤. د. احمد ابو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٨.

٥. د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، منشاة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٨.

٦. د. احمد مسلم اصول المرافعات، التنظيم القضائي، دار الفكر العربي، ١٩٦٩.

٧. د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الخصومة والحكم والطعن، الجزء الثاني، ١٩٩٥.

٨. د. أدم وهيب النداوي، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٨.

٩. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب، الموصل، ٢٠٠٢.

١٠. د. عبد الباسط جميعي. مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٧٣-١٩٧٤.

١١. د. عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت، المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة، القاهرة، ١٩٤٦.

١٢. د. عبد العزيز خليل ابراهيم، بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الاسلام مدونة الفقه والقضاء.

١٣. د. عبد المجيد الحكيم . الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، جـ١، ط٢، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٩.

١٤. د. عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، جـ١، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، ١٩٧٧.

١٥. د. عبد المنعم الشرقاوي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥١.

١٦. د. عماد حسن سلمان، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٩.

١٧. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

١٨. د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٧.

١٩. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات العراقي ذي الرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، ط١، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٨٦.

٢٠. د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١.

٢١. د. وجدي راغب فهمي، مبادئ الخصومة المدنية، الطبعة الاولى، مطبعة اطلس، مصر ١٩٧٨.

٢٢. القاضي رحيم حسن العكيلي، دعوى تدخل وادخال الغير في الدعوى المدنية، الطبعة الاولى، بغداد ٢٠٠٨.

٢٣. القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، ٢٠١١.

٢٤. القاضي عباس زياد السعدي، الخصومة في الدعوى المدنية، بغداد، ٢٠١٢.

٢٥. القاضي عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٩٠.

٢٦. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، ج١، مطبعة العاني، ١٩٧٠.

٢٧. القاضي عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج١، منشورات العاتك لصناعة الكتاب، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩.

٢٨. القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، منشورات مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.

٢٩. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، بغداد، ٢٠٠٥.

محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، المجلد ١٤، القسم الثالث نظرية الخصومة.

ثالثاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
٢. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م.
٣. قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م.

رابعاً: القرارات

١. القرار التمييزي بالعدد ٤٦٩/حقوقية / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/١٣ (غير منشور).
٢. القرار التمييزي بالعدد ١٦٢٠ /الهيئة المدنية / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١١/٨
٣. القرار التمييزي بالعدد ٢٨٠٠/ش ١ / ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٨/٢٢ (غير منشور).
٤. القرار التمييزي بالعدد ٤٠٣٣/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد المدنية /٢٠١٣ في ٢٠١٣/٥/١٩ منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة الخامسة، العدد الرابع، تشرين الاول وتشرين الثاني وكانون الاول ٢٠١٣.
٥. القرار التمييزي بالعدد ٨١٧/الهيئة المدنية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٢/١٨ (غير منشور)
٦. القرار التمييزي بالعدد ٢٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١/٢١ (غير منشور).
٧. قرار محكمة استئناف / بغداد الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية بالعدد ٤٢٢/ حقوقية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٤/٢٠ (غير منشور).
٨. القرار التمييزي بالعدد ١٩٢ / م١ منقول / ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٥/٢٥(غير منشور).
٩. القرار التمييزي بالعدد ١٠١ / الهيأة المدنية منقول / ٢٠١٢ في ٦ / ١٢ / ٢٠١٢ (غير منشور).
١٠. القرار التمييزي بالعدد ٥٨٤ / الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١٠/١ (غير منشور).
١١. القرار التمييزي بالعدد ٨١٢/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٨ (غير منشور).
١٢. القرار التمييزي بالعدد ٨١٢/هيئة الاحوال الشخصية والمواد المدنية/ ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٣/٨.
١٣. القرار التمييزي بالعدد ٧٩ / م١ منقول / ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٥/٢٥ (غير منشور).

واجب الادعاء العام في حماية الدستور

أ.د. علي هادي عطيه الهلالي

المستخلص

كفل دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ سموه وعلوه من خلال رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية القوانين ، وَوَسَدَ الاختصاص أو المكنة في تحريك الرقابة على الدستورية لجميع الأشخاص المعنوية والخاصة ، لذا اقتضت حكمة النصوص الدستورية والقانونية وغاياتها ،التي نصت أو اشارت الى دور الادعاء العام في حماية الدستور ، أن تنبسط أمام أعضاء الادعاء العام آليات الطعن بعدم الدستورية كافة ، من دون ان تنحصر بآلية الطلب من المحاكم التي صرح بها نظام المحكمة الاتحادية رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ .

Abstract

The Constitution of the Republic of Iraq of 2005 ; ensured his supremacy by the Federal Supreme Court control on the constitutionality of laws، and Granting the right to institute a lawsuit to all persons ، Therefore، the purpose of the constitutional and legal texts required that members of the Public Prosecution have all means of challenging the unconstitutionality، without being limited to the request from the courts stipulated in the Federal Court System No. 1 of 2022.

المقدمة

الدستور هو القانون الاسمى والأعلى في ارجاء الدولة كافة ، ولضمان هذه العلوية ترتب على السلطات كافة وبخاصة السلطة القضائية حمايته وهي تمارس مهامها وتسعى الى تنفيذ واجباتها ، من هنا انيط للادعاء العام مهمة حماية الدستور بالتزامن مع إيراد واجباته الأخرى ، بوصفه جهازاً يسعى الى تحقيق اهدافه المحددة بالقانون ومنضوياً تحت مظلة السلطة القضائية[١] .

ويمثل دور الادعاء العام في حماية الدستور إضافة نوعية متميزة الى واجباته المعتادة في تحقيق ركائز العدالة وحماية المشروعية بمعناها التقليدي ، وتشخص هذه الإضافة المتميزة في ظل فلسفة دستورية باتت منذ عام ٢٠٠٤ تؤمن بعلو الدستور وسموه على سائر الاعمال القانونية التي تدنوه بالدرجة .

ولكن الدور المتقدم يجابه اليوم إشكالية الموائمة بين قانون الادعاء العام لسنة٢٠١٧ من جهة ، والنظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠٢٢ من جهة أخرى ، إذ بالرغم من كون القانون قد وَسَدَ الاختصاص للادعاء العام في الطعن بدستورية القوانين أمام المحكمة الاتحادية العليا إلا إن النظام الداخلي لهذه المحكمة قد حَصَرَ ذلك الدور بآلية طلب عضو الادعاء العام النظر بدستورية نص في قانون أو نظام وباطار المحكمة التي يمارس مهامه فيها ، وعلى أمل أن ترسل الأخيرة طلبه بعد تفحصه عبر محكمة استئناف المنطقة الى المحكمة الاتحادية العليا ، فضلا عن كون النظام الداخلي اشترط تقديم الطلب بمناسبة دعوى منظورة وأمام محكمة ، في حين أن الادعاء العام قد يكون حاضراً أمام غير المحاكم كاللجان أو الهيئات أو المجالس.

من الاشكالية المتقدمة يسعى البحث الى إيضاح تلك الموائمة بما يضمن دوراً أكبر لعضو الادعاء العام في حماية الدستور، وبخاصة أن فرضية البحث قائمة على ان دور الادعاء في حماية الدستور بالطعن المباشر قد حظي بإقرار المحكمة الاتحادية العليا بدستوريته ضمناً [٢] ، كما قبلته المحكمة ذاتها صراحة مثلما سيمر لاحقاً، لذا سيكون البحث تحليلياً مقارناً في بعض جوانبه ، غير متغافل عن اجتهادات القضاء الدستوري في العراق وغيره ، موجزاً ومكتفياً بفتح الباب لدراسات مستفيضة لهذا الموضوع المرتبط بضمان علوية الدستور ، وبمتفرعات ثلاث هي: تطور دور الادعاء العام في حماية الدستور ، و آليات الادعاء العام في حماية الدستور، واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا لدور الادعاء العام في حماية الدستور .

١-المادة/٨٩ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٢-حكم المحكمة الاتحادية العليا بالقضية ١١٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٩/١١/٢٠٢١ .

المتفرع الأول : تطور دور الادعاء العام في حماية الدستور

لـم تكـن مـن مهام عضو الادعاء العام في قانون ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ الملغـى ، ومن قبله ، الطعن بالدسـتورية ونتج هذا من احجام دسـتور ١٩٧٠ الملغى من كفالة الرقابة على دسـتورية القوانين بشـكل صريح ، وباسـتمرار نفاذ هذا القانون ، ورغم اصدار قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغى ، الذي تبنى ضمان علو الدستور وسموه بتأسيس المحكمة الاتحادية العليا إلا أن الادعاء العام لم يوكل اليه الطعن بالدسـتورية صراحة ، واسـتمر الشك بانتفاء دور الادعاء بحماية الدسـتور حتى بعد نفاذ دسـتور جمهورية العراق لسـنة ٢٠٠٥ لعدم ورود نص صريح يبدد ذلك الشـك ، إلا أن المحكمـة الاتحادية العليا بددتـه حين نظرت الطعن المقدم من قبل عضو الادعاء العام بتاريخ ٧-٦-٢٠١٦ «الذي سيأتي ايضاحه لاحقاً» ، أي: قبل نفاذ قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ .

وبـأي الأحـوال فإن قانـون الادعاء العام لسـنة ٢٠١٧ أوكل لهـذا الجهاز مهام متناسـقة مع التغيرات في الفلسفة الدستورية والقانونية الجديدة حيث انيطت به مهمة : «دعم النظام الديمقراطي الاتحادي وحماية اسسه ومفاهيمه في اطار احترام المشروعية واحترام تطبيق القانون»[١]، ولا ريب أن هـذه الأسـس تجد مرتكزها في الدسـتور، لـذا مَكَنهُ القانون من حماية الدسـتور و»الطعن بعدم دسـتورية القوانين والانظمة امام المحكمة الاتحادية العليا»[٢] .

ولكن قبل صدور النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لسـنة ٢٠٢٢ «النافذ»، وفي ظل نفاذ نظام المحكمة رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ «الملغى» أُثير التساؤل عن الآلية التي يتحرك في ظلها الادعاء العام وتحكم مطاعنه في دستورية القانون ، واتضح أن غياب النصوص الحاكمة والواضحة المبينة للآلية التي يتحرك بضوئها الادعاء العام لمبارزة القانون غير الدستوري أدت الى تعدد الاجتهادات الفقهية والاتجاهـات القضائيـة في تأطير آلية المطاعن الدسـتورية المثارة من الادعـاء العام ، أما بعد صدور النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا لسنة ٢٠٢٢ ، فقد نصَّ صراحةً على إمكانية تحريك الدعوى الدستورية بناء على طلب يقدمه عضو الادعاء العام الى أية محكمة ، ويتضمن البت بدستورية قانون أو نظام يتعلق بدعوى تنظرها تلك المحكمة [٣].

ولكـن بالرغـم من صراحة النظـام الداخـلي للمحكمة الاتحاديـة العليا الجديد فـإن الحاجة الى توصيـف طعـن الادعاء العام بعدم الدسـتورية تبقى شـاخصة فيما إذا كان دفعاً يثـيره أثناء نظر

١-المادة/ ٢ – ثانياً من قانون الادعاء العام بالرقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ .

٢-المادة/ ٥ – حادي عشر من قانون الادعاء العام نفسه .

٣-المادة /١٨ اولاً من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ .

إحـدى الدعـاوى أم كان طلبـاً يقدمه بواسـطة إحـدى المحاكم أم أنـه يكون بدعـوى مباشرة تقدم بالطريـق المبـاشر الى المحكمة الاتحادية العليـا ؟ أم أن موجبات تنفيذ واجبه القانوني يقتضي كفالة آليـات الطعن كافة؟ .

إن ممـا لا شـك فيـه أن الـضرورة تقتـضي الموائمة بين قانـون الادعاء العام ومـا كفله من دور للادعاء العام بالطعن بالدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا، وبين توجه النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية، حتى يحقق الادعاء العام دوره الفاعل في حماية الدسـتور.

المتفرع الثاني : آليات الادعاء العام في حماية الدستور

إن حـصر طعـن الادعـاء العـام بدسـتورية نص في قانـون أو نظام بمناسـبة تعلقـه في دعوى منظورة من المحكمة مؤداه تقييد دور الادعاء العام بحماية الدستور بآلية الدفع الذي يبديه اطراف الدعـوى أثنـاء نظـر إحدى الدعاوى ، ولأقتضى ذلـك أن يوصف الادعاء العـام بالخصم ، كون هذه الآلية توجب أن يكون الدافع خصماً[١] ، وأن توصيفه بالخصم بحاجة الى سند صريح ، فضلاً كون تأطير طعنه بالدستورية بحدود الدفع أثناء نظر الدعوى فقط سيحجم دوره في ضمان علو الدستور مـن وجهتـين : الأولى : هي انحصار طعونه باطار المنازعـات التي تتصف بصفة الدعوى فقط ، أما الثانيـة: فهـي ارتهان طعنه بنطاق عمله في المحاكم دون اللجـان أو الهيئات أو المجالس التي أوجب قانـون الادعاء العام حضوره فيها .

ولكن هل تملك المحكمة التي سـيثار أمامها طعن الادعاء العام ، أي: التي سـيقدم اليها الطلب ، السلطة التقديرية في القناعة من عدم القناعة بجدية الدفع أم لا ؟

يُصرح النظام الداخلي بشرط الارتباط ، ومفاده: تحقق الارتباط بين أثر تقرير دستورية النص المشكوك بدستوريته في حسم الدعوى الاصلية المنظورة أمام المحكمة ، إذ اشترط شرط «تعلق النص المطعون بدسـتوريته بالدعوى المنظورة أمام القاضي الذي سـيثار الطعن أمامه»[٢] ، بمعنى: أن على المحكمـة أو القـاضي أن يتحققـوا من توافر شرط تعلـق النص المطعون بدسـتوريته من قبل عضو الادعـاء العـام بالدعوى المنظورة ، فإذا ما اسـتبان لها تعلقه بها قررت اسـتئخار الدعوى المنظورة وارسـلت الطعن الى المحكمة الاتحادية من خلال رئيس محكمة الاسـتئناف التي تتبعها تلك المحكمة ، وبالنتيجة تكون للمحكمة أو للقاضي سـلطة تقدير مدى وجود الارتباط بين الدعوتين الدسـتورية والدعوى المنظورة أمامها ، وإن كان النظام الداخلي قد وسـع من مفهوم شرط الارتباط بما يشـمل

١-كما توضحه المادة /١٨- ثانياً من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بالرقم ١ لسنة ٢٠٢٢ .

٢-المادة/ ١٨ – أولاً من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بالرقم ١ لسنة ٢٠٢٢.

كل نص في قانون أو نظام يتعلق بالدعوى ، من دون أن يكون بالضرورة لازماً للفصل فيها وبذلك خالف ما اشترطه المشرع المصري في تحريك الدعوى الدستورية بآلية إحالة المحاكم البت بالدستورية الى المحكمة الدستورية العليا[١] .

ولكن هل يمكن لعضو الادعاء العام أن يطعن «لمصلحة القانون» برفض المحكمة لطلبه أو دفعه الذي أثاره أمامها إذا ما استخدمت سلطتها في رفضه؟

سكت النظام الداخلي عن ايراد إجابة لهذا التساؤل بشكل مباشر، ولكني أظن أن باب الطعن مفتوحاً أمام عضو الادعاء العام الذي رفضت المحكمة طلبه أو طعنه بعدم الدستورية بالقياس مع الاجراء الموسَدْ لأطراف الدعوى في حالة رفض دفعهم بعدم الدستورية[٢] ، لذا يكون لعضو الادعاء العام امكانية الطعن أمام المحكمة الاتحادية العليا بقرار رفض طعنه أو طلبه خلال سبعة أيام من تاريخ الرفض من قبل محكمة الموضوع أو انتهاء مدة ثلاثة أيام المتروكة للمحكمة بالقبول أو الرفض .

أما إذا كان وصف طعن الادعاء العام بعدم الدستورية الذي يتقدم به الى محكمة الموضوع لتتولى رفعه المحكمة الى المحكمة الاتحادية «بالطلب» [٣] ، لاقتضى ذلك التسليم بكون الادعاء العام جزءاً من المحكمة وليس مستقلاً عنها بل أن طلباته المتضمنة طعناً بالدستورية ملزمة لها ، أي : أن المحكمة التي يتقدم اليها عضو الادعاء العام بالطلب المتضمن الطعن بالدستورية لا تملك سلطة تقديرية في قبول الطلب من عدم قبوله ، بل عليها بالأحوال كافة واجب إحالة الطلب الى المحكمة الاتحادية من خلال محكمة الاستئناف التي تتبعها وتقرير استئخار الدعوى المنظورة امامها ، ولكن هذه النتيجة مؤداها أن حضور عضو الادعاء العام في المحكمة جزءأ من تشكيلتها وليس مجرد شرطاً في صحة انعقادها ، وهذا ما يتطلب دليلاً صريحاً .

ولكن بأي الأحوال فإن انحصار طعن الادعاء العام بحدود الدعاوى التي يكون حاضراً فيها وأمام المحاكم فقط من شأنه تقييد دور الادعاء العام في حماية الدستور كونه سيتردد من إقامة الطعن بعدم الدستورية أمام المحكمة الاتحادية العليا مباشرة من تلقاء نفسه أو بناء على طلبات أو بلاغات من الأشخاص تتضمن أوجه عدم الدستورية ضد قانون أو نظام معين من دون أن تكون هناك دعوى منظورة، وبالنتيجة اضعاف لدوره في حماية الدستور الذي هدف الى ضمانه قانون الادعاء العام .

١-المادة/ ٢٩-أ من قانون المحكمة الدستورية العليا بالرقم٤٨ لسنة ١٩٧٩.

٢-المادة/ ١٨ – خامساً من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بالرقم ١ لسنة ٢٠٢٢.

٣-كما توضحه المادة /١٨- أولاً من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بالرقم ١ لسنة ٢٠٢٢ .

أما إذا اتسعت إمكانية طعن الادعاء العام بعدم الدستورية لتشمل تحريكه الدعوى الدستورية الى المحكمة الاتحادية مباشرة[١] ، فإن طعنه سيستند الى صلاحياته القانونية بإقامة الدعاوى[٢] وبالتأكيد أن علوية قانون الادعاء العام على النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا تساند هذا الرأي ، فضلاً عن كون إمكانية طعن عضو الادعاء بعدم الدستورية بآلية الدعوى المباشرة يجد اساسه في الدستور نفسه[٣] .

المتفرع الثالث: اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا لدور الادعاء العام في حماية الدستور

يعد شرط المصلحة شرطاً لازماً لقبول الدعوى الدستورية[٤] ، واستقر مسار المحاكم الدستورية بصفة عامة ، ومسار المحكمة الاتحادية العليا بصفة خاصة على عدم قبول الدعوى الدستورية إذ تخلف شرط المصلحة ، ولكن بدأت الاستثناءات تتراءى للتراجع عن هذا الشرط وتقبل الدعاوى الدستورية «احياناً» طبقاً لتوافر شرط المصلحة العامة بديلاً عن المصلحة الشخصية ، منها في سياق ضرب المثل الدعاوى التي أقامها المحامون في الولايات المتحدة الامريكية لمواجهة عدم دستورية النصوص المرسخة للعنصرية ، وفي الهند بدلاً عن الفئات التي تحتاج المعونة القضائية ، وفي ايرلندا في الطعون الموجهة ضد القرارات المتعارضة مع حق الامة في تراثها ، وغيرها[٥] .

أما في العراق فقد تراجعت المحكمة الاتحادية عن التمسك بشرط المصلحة الشخصية وباتت تقبل الدعاوى الدستورية من مدعين لا يواجهون دستورية القانون انطلاقاً من المصلحة الشخصية بل طبقاً للمصلحة العامة[٦] ، بل أن المشرع نفسه بدأ يرسخ قبول الطعن بالدستورية طبقاً للمصلحة العامة ، كتوجهه بقبول الطعن بالدستورية المثار من قبل الادعاء العام بموجب قانون الادعاء العام لسنة ٢٠١٧ ، ولكن المحكمة الاتحادية قد قبلت طعن عضو الادعاء بالدستورية قبل التدخل التشريعي بإقرار هذا الاختصاص له ، كما استمرت على قبول طعونه بعد إقرار المشرع له .

١-المادة/١٩ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية نفسه .

٢-المادة/٥ من قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ .

٣-المادة ٩٣ – ثالثاً من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ كون لفظ « وغيرهم» مطلقة .

٤-المادة/٣٩-ثالثا من دستور ٢٠٠٥ ، و المادة /٤-ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ المعدل ، والمادة/٢٠ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ ، والمادة/٦ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٥-أ.د. علي هادي عطية الهلالي . المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية ،المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٧ .

٦-كحكمها الدعوى ٦/اتحادية/٢٠١٠ في ٦/اتحادية/٢٠١٠ .

أمـا تطبيقـات المحكمة الاتحادية العليـا[١] فقد نظرت طعن عضو الادعاء العـام بعد إحالته من خلال المحكمة التي قدم اليها ذلك الطعن [٢] ، ويظهر لنا أن الادعاء العام قدم طعنه بعدم الدستورية بطلب الى محكمة الموضوع ، وقد احالت الأخيرة طلبه الى المحكمة الاتحادية للبت بالدستورية مشيرة الى المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية رقم ١ لسـنة ٢٠٠٥ الملغى ، أي: أن طلب الادعاء العـام المقـدم الى محكمـة الموضوع عـد بمثابة طلبـاً مقدماً من المحكمـة من تلقاء نفسـها ، بمعنى : أن محكمـة الموضـوع قـد عدت ،ضمنـاً، عضو الادعاء العام غير مسـتقل عنهـا ، وطلباته بالطعن بالدستورية ملزمة لها وبخاصة أنها لم تشر الى تمحيص طلب المدعي العام وتقرير قناعتها بجديته أو ارتباط النص المطعون بدسـتوريته بحسـم الدعوى المنظورة بل احالت الطلب نفسـه بكتاب الى المحكمـة الاتحاديـة بمجرد تقديمـه من الادعاء العـام ، وبالنتيجة فإن المحكمـة الاتحادية العليا قد قبلت الإحالة شـكلاً وحسمت الدعوى الدستورية موضوعاً .

وفي توجـه آخـر وصفـت المحكمـة الاتحاديـة نائـب المدعـي العـام الذي تقـدم بالطعـن بعدم الدسـتورية بوصـف «الطاعن»[٣] ، ولم يشـير حكـم المحكمة الاتحاديـة الى القضية التـي اثار اثناء نظرها أو بمناسـبتها الادعاء العام طعنه بعدم الدسـتورية ، فضلاً عن عدم اشـارته الى مدى تأثير طعنـه بالدسـتورية في الدعـاوى التي قد يكون أثار الطعن فيها ، ولا حتـى آلية اتصال الطعن بعلم المحكمـة الاتحاديـة ، بـل أن الغريب أن حكم المحكمة الاتحادية قد نصَّ على أسـم نائب المدعي العام الذي أثار الطعن بالدسـتورية ، ولكني اجد أن المحكمة الاتحادية العليا قد اسـتندت في قبول الطعن بالدسـتورية المباشر الى اساسـين رئيسـين ، أما الأول: فهو صراحة الفاظ الدستور حين كفل الطعن المباشر للأشخاص كافة من دون استثناء[٤] ، أما الثاني: فهو صراحة الفاظ قانون المحكمة الاتحادية العليـا نفسـه ، الذي رَدَدَ ما أورده الدسـتور[٥] ، فضلاً عن صراحـة قانون الادعاء العام .

إن توجه المحكمة الاتحادية المتقدم يفصل في إشـكالية المعنى «الظاهري» للنظام الداخلي الجديد ،الـذي حـدد آليـة طعن الادعاء العام بعدم الدسـتورية صراحة ، وأوجب ان تكون بمناسـبة دعوى منظـورة ، بمعنـى: أن ظاهر النـص قد يفهم أنه حصر طعن عضو الادعـاء بحدود دعوى منظورة

١-سـبق تنـاول عـدداً من الأفكار ذات الصلـة لمزيد من التفصيل انظر أ.د. علي هادي عطيـة الهلالي. طعن الادعاء العام بعدم دسـتورية القوانين في ظل اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا. مقالة منشـورة على موقع المحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq.

٢-حكم المحكمة الاتحادية في القضية ٣٢/اتحادية – اعلام /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٧ .

٣-حكم المحكمة الاتحادية في القضية ٧٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٠/٢٠ .

٤-المادة /٩٣ – ثالثاً من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٥-المادة/٢ من القانون ٢٥ لسنة ٢٠٢١ المعدل قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ .

مـن محكمـة ، وبالنتيجة فانه قد يقطـع الطريق أمام إمكانية الطعن بعدم الدسـتورية المباشر امام المحكمة الاتحادية مباشرة، مما يعني: أن المحكمة الاتحادية قد وائمت بين طعن عضو الادعاء العام عبر محكمة الموضوع وبمناسبة دعوى منظورة من جهة ، وبين اختصاص الادعاء العام المبين قانوناً بالطعـن بالدسـتوري المباشر أمام المحكمة الاتحادية، بمعنى: أن المحكمـة الاتحادية العليا بتوجهها المتقدم قد ركنت الى قانون الادعاء العام الذي صَرَحَ بإمكانية ان يكون الطعن امام المحكم الاتحادية العليـا ولـم يوجـب ان يكون من خـلال دعوى منظـورة[١] ، كما لا مناص مـن إمكانية طعن عضو الادعـاء العـام بعدم الدسـتورية في غير المحاكم وبخاصة أنه قد يحضر حضـوراً وجوبياً في لجان لا يمكن أن توصف بالمحاكم[٢] ، كون حَصر النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية طعونه بالدستورية عند حضوره بالمحاكم فقط دون اللجان يؤدي الى حرمانه من إمكانية حماية الدسـتور بشـكل متكامل بخلاف مهامه المحددة بالقانون الذي ينظم عمله ، إذ لا يمكن عد ما أورده النظام الداخلي اسـتثناء أو تقيـداً للإطـلاق الوارد في قانون الادعاء العام لدنو درجة النظام من القانون .

وبـأي الأحـوال فإن طلـب الادعاء العـام المتضمـن الطعن بعدم الدسـتورية يجـب أن يتضمن مجموعة من أوجه الطعن التي كانت من وراء قناعته الذاتية أو ما تلقاه من مطاعن من الأشـخاص كافة سواء اكانوا اطرافاً بالمنازعة المنظورة أمام المحكمة أم لا ، وبخاصة :ايراد النص في القانون أو النظام المطعون بعدم دستوريته ، والنص الدستوري المنتهك ، وأوجه المخالفة الدستورية ، وعلاقة النـص المطعون بدسـتوريته بالدعـوى المنظورة أمام المحكمـة التي أُثير طعن الادعـاء العام امامها ، وأظـن أن هـذه المسـائل هـي التي تجعل من قناعـة محكمة الموضوع متحققـة ، وبصيرة المحكمة الاتحادية العليا عند تمحيصها كتاب الإحالة وطعن الادعاء العام ثاقبة ، وهذا ما تنبه اليه و أوجبه المـشرع المـصري صراحةً[٣] ، وما درجت على تطبيقه المحكمة الدسـتورية العليا مراراً[٤] .

١-المـادة/٥ - حـادي عـشر مـن قانون الادعاء العـام رقم ٤٩لسـنة ٢٠١٧ التي تنص على :» الطعن بعدم دسـتورية القوانـين والأنظمة أمام المكمـة الاتحادية العليا«

٢-المادة/٥ خامسـاً من قانون الادعاء العام رقم ٤٩نفسـه التي تنص على: «الحضور امام محاكم العمل ولجنة شـؤون القضاة ولجنة شؤون الادعاء العام ومحاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الاداري ولجان الانضباط والكمارك ولجان التدقيق في ضريبة الدخل وأية هيأة أو لجنة أو مجلس ذي طابع قضائي جزائي «

٣-المـادة/ ٣٠ مـن قانـون المحكمة الدسـتورية العليا رقم ٤٨ لسـنة ١٩٧٩ التـي تنص على:»يجـب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدسـتورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقا لحكم المادة السـابقة بيان النص التشريعي المطعون بعدم دسـتوريته والنص الدسـتوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة «.

٤-قضت المحكمة الدسـتورية العليا المصرية بالقضية رقم ٦٧ لسـنة ٤ قضائية/دسـتورية عام ١٩٨٥ :» إنما تطلبت - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ذكر هذه البيانات الجوهرية متى تنبئ عن جدية الدعوى الدسـتورية، ويتحدد به موضوعها، متى يتاح لذوي الشـأن فيها ومن بينهم الحكومة أن يتبينوا كافة جوانبها، ويتمكنوا على ضوء ذلك من إبداء ملاحظاتهم وردودهم عليها، بحيث تتولى هيئة المفوضين تحضير الدعوى وتحديد المسـائل الدسـتورية والقانونية

الخاتمة

ظهـر لنـا أن مشرع قانـون الادعاء العام قد كَفَلَ لأعضاء الادعاء العام دوراً في حماية الدسـتور من انتهاك نصوص القوانين والأنظمة ، وكان هذا الدور باكورة للرقابة على دستورية القوانين التي كفلها دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ، ولمحاولات خجولة من أعضاء الادعاء العام ، لذا صرح قانون الادعاء العام بهذا الدور بما يزيل كل اجتهاد وينهي كل تأويل .

أما ما تضمنه نظام المحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسـنة ٢٠٢٢ من انحصار دور المدعي العام بآلية الطلب من المحكمة اثناء نظر دعوى فهو لا يحصر دور الادعاء العام بحدود هذه الآلية فقط ، حتى لا يصبح نظام المحكمة متقاطعاً مع قانون الادعاء العام الذي يعلوه بالتدرج القانوني الهرمي ، بمعنـى: أن بإمـكان الادعـاء العام أن يمارس دوره في حماية الدسـتور بالآلية التـي تبنها النظام الداخلي ، كما يمكنه من إقامة الدعاوى المباشرة أمام المحكمة الاتحادية العليا سواء أكان تحركه بكلا الآليتين من تلقاء نفسه أو بناء على شكاوى أو طلبات تصله من سائر الأشخاص العامة والخاصة .

كما لا مناص من استكمال دوره في حماية الدستور من قبول مطاعنه الدستورية اثناء حضوره في اللجـان و الهيئـات والمجالس، كون حماية الدسـتور تسـمو على تقييد دور الادعـاء العام بحدود حضوره بالمحاكم وبحدود الدعاوى فقط .

مجمل القول أن مطاعن عضو الادعاء العام بالدستورية أمرٌ لا مناص منه لحماية سمو الدستور وعلوه مما يقتضي أن تكون الآليات جميعها متاحة أمامه.

المثـارة، وتبـدي فيها رأيها مسـببا، وكان ما ورد في قرار الإحالة واضح الدلالـة في بيان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعى بمخالفته وأوجه المخالفة على النحو الذي يتحقق به ما تغياه المشرع في المادة (٣٠) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه»

المصادر:

١- أ.د. عـلي هـادي عطيـة الهلالي . المباحـث الموضحة لذاتيـة شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدسـتورية ،المركز العربـي ، القاهرة ، ٢٠١٧ .

٢- الدساتير

- قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ .
- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ .

٣- القوانين والأنظمة

- قانون الادعاء العام ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ الملغى
- قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩
- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- قانون الادعاء العام رقم ٤٩لسنة ٢٠١٧
- قانـون التعديـل الأول لقانـون المحكمـة الاتحاديـة العليـا رقـم ٢٥ لسـنة ٢٠٢١ المعدل للقانـون رقم ٣٠ لسـنة ٢٠٠٥ .
- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بالرقم ١ لسنة ٢٠٠٥ .
- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية بالرقم ١ لسنة ٢٠٢٢ .

٤-الاحكام القضائية

- حكم المحكمة الدسـتورية العليا المصرية بالقضية رقم ٦٧ لسنة ٤ قضائية/دستورية عام ١٩٨٥
- حكم المحكمة الاتحادية العليا في القضية ٦/اتحادية/ ٢٠١٠ في ٣-٣-٢٠١٠ .
- حكم المحكمة الاتحادية العليا في القضية ٣٢/اتحادية – اعلام /٢٠١٦ في ٢٠١٦/٦/٧ .
- حكم المحكمة الاتحادية العليا في القضية ٧٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٠/٢٠ .
- حكم المحكمة الاتحادية العليا في القضية ١١٢/اتحادية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/٩ .

٥- المقالات

- أ.د. علي هادي عطية الهلالي. طعن الادعاء العام بعدم دسـتورية القوانين في ظل اتجاهات المحكمة الاتحادية العليا. مقالة منشورة على موقع المحكمة الاتحادية العليا..
www iraqfsc.iq في ١٨-١٢-٢٠٢١ .

الأمان التعاقدي في العقود الذكية (دراسة مقارنة)

الأستاذ الدكتور
جليل حسن الساعدي
كلية القانون/جامعة بغداد

باحث دكتوراه
عمار عبد الحسين علي شاه
كلية القانون/جامعة بغداد

المستخلص

إن الترابـط بـين المعرفة وما نتج عنها من التقـدم الرقمي وبين القانون وقواعده المعنية بالحياة الاجتماعيـة يعـد ترابطـاً قوياً ، وتعاوناً وثيقاً بينهما ، فكلاهما يؤثر في الآخر ويتأثر به ، وظهر لنا نتيجـة هـذا الترابط بين المعرفة والقانون ما يمكن تسـميته بالقانون العلمي (التكنوقانوني) ، الذي يهتم بما يتوصل إليه التقدم التكنولوجي في مجال البيئة الرقمية ، ويستجيب لمتطلباتها وما تحتاجه من قواعد قانونية وتنظيمية مسـتحدثة أو تطوير القائم منها لمجاراة هذه التطورات .

ونتيجة ذلك برزت لنا ما يسمى بالعقود الذكية وهي نمط جديد من انماط التعاقدات والتي تتم من خلال الخوادم البرمجية الذكية عبر المنصات الرقمية الذكية في مختلف مراحل العملية التعاقدية ابتداءً بالمفاوضات الذكية وانتهاءً بالتنفيذ الذكي .

ثمـة مخاطـر تواجـه هذه العملية تـارة تكون قانونية وتـارة أخرى تكون فنيـة وتقنية ، لذلك يسـتلزم من المشرع إضفاء الغطاء القانوني المناسـب بما يحقق الأمان التعاقدي للأطراف وللغير .

الكلمات المفتاحية : العقود الذكية ، البرامج الذكية ، المنصات الرقمية الذكية ، المفاوضات الذكية ، الإتمام الذكي ، التنفيذ الذكي .

Abstract

The interrelationship between knowledge and the resulting digital progress and the law and its rules concerned with social life is a strong interdependence and close cooperation between them، both of which affect and are affected by the other. What is achieved by technological progress in the field of the digital environment، and responds to its requirements and needs of new legal and regulatory rules or the development of existing ones to keep pace with these developments .

As a result، the so-called smart contracts emerged، which is a new type of contracting patterns، which are carried out through smart software servers through smart digital platforms at various stages of the contracting process، starting with smart negotiations and ending with smart implementation .

There are risks facing this process، sometimes legal and sometimes technical، so the legislature is required to give the appropriate legal cover in order to achieve contractual security for the parties and others .

Keywords : smart contracts، smart programs، smart digital platforms، smart negotiations، smart completion، smart execution.

المقدمة

يعـد الأمـان التعاقـدي مـن أهم المبـادئ القانونيـة في نظرية العقـد ، فهو يقوم جنبـاً إلى جنب مـع مبـادئ الحرية التعاقديـة والعدالة التعاقدية ، إذ يهدف هذا المبـدأ إلى تحقيق التوازن التعاقدي والمساواة فيما بين المتعاقدين والأشخاص الأخرين الذين يؤثرون ويتأثرون بالعقد ، من دون الميل لجهة دون أخرى .

وفكرة الأمان التعاقدي فكرة شـبيهة بفكرة الأمان القانوني ، ألا أن الاختلاف بينهما يتمثل في العموم والخصوص ، اي أن الثقة بالقانون واستقرارها ، يشمل جميع الأشخاص بشكل عام ، بينما الثقة في التعاقدات تكون خاصة ومحصورة بالأشخاص المعنين والمرتبطين بالعقد .

فقـد تنتـج الإرادات المتعـددة تكويـن العقود ، ألا أن تلـك الإرادات قد تعتريهـا بعض المعوقات والمخاطـر سـواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ ، فيظهـر دور الأمان التعاقدي في مواجهة هذه الأمـور ، مـن خلال قيام الدول باعتماد قوانين توفر الأجواء المناسـبة لشـتى مراحـل العقد ، وهذا يعنـي أن الامـان التعاقدي قد حقق الهدف المراد ، ألا وهـو المحافظة على العقد ، بالإضافة إلى توقع الاشـكاليات التي يمكن حصولها وآلية تجنبها ومعالجتها بطريقة تحقق الموثوقية لدى الأشـخاص بالقانون الحاكم للعقد .

إن ظهور البيئة الرقمية وصف بالحدث الدراماتيكي في حياة البشر ، وقد كان لهذا الحدث آثاراً جمـة في مختلـف المجالات ومنها المجـالات القانونية ، فالقانون بكل فروعـه ما هو الا صدى لأوجه الحيـاة السـائدة في المجتمـع ، وقد أنعكس هذا الامر جلياً في نطاق المعامـلات المدنية والتجارية منها عـلى حد سـواء ، الأمر الذي حـدا بالفكر القانوني ممثـلاً بإبعاده الثلاثة التشريـع والفقه والقضاء إلى التدخـل مـن أجل ايجاد حلول قانونية تواكب هذه التطورات بمـا يضمن حماية المصلحة العامة والخاصة وايجاد توازن بينهما .

فالترابـط بـين المعرفة وما نتج عنها من التقـدم الرقمي وبين القانون وقواعـده المعنية بالحياة الاجتماعيـة يعـد ترابطـاً قوياً ، وتعاوناً وثيقاً بينهما ، فكلاهما يؤثر في الآخر ويتأثر به ، وظهر لنا نتيجـة هـذا الترابط بين المعرفة والقانون ما يمكن تسـميته بالقانون العلمي (التكنوقانوني) ، الذي يهتم بما يتوصل إليه التقدم التكنولوجي في مجال البيئة الرقمية ، ويستجيب لمتطلباتها وما تحتاجه من قواعد قانونية وتنظيمية مسـتحدثة أو تطوير القائم منها لمجاراة هذه التطورات .

لذا فأن ظهور الأسلوب الجديد في التعاقدات والمتمثل بالعقود الذكية التي تبرم من قبل البرامج الذكية عبر منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكية الأخرى

، قد أفرز لنا طبيعة خاصة وآلية مميزة في تكوين التعاقدات الذكية ، فإلى أي حدٍ يتحقق مبدأ الأمان التعاقدي في التعاقدات الذكية ؟ وبعبارة أخرى هل يثق العاقدان بالبرامج الذكية التي تتولى العملية التعاقدية ؟ وكذلك الغير الذي يتأثر بهذا النموذج العقدي سواء أكان سلباً أو إيجاباً ؟

وبناءً على ما تقدم سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين على النحو الآتي :

المبحث الأول : الاطار المفاهيمي للعقود الذكية .

المبحث الثاني : مظاهر الأمان التعاقدي في إبرام وتنفيذ العقود الذكية .

المبحث الأول : الاطار المفاهيمي للعقود الذكية

تمهيد وتقسيم :

إن الخوض في بيان الاطار المفاهيمي للعقود الذكية ، يستلزم منا توضيح هذا النمط التعاقدي الجديد من الناحية القانونية ، نظراً للغياب التشريعي وجدة الدراسات القانونية لها فضلاً عن ذلك ولأغراض البحث لا بد من بيان أبرز الخصائص التي تتسم بها هذه العقود مقارنةً مع العقود الرقمية الأخرى والعقود العادية ، في سبيل الوصول إلى معالم هذا النموذج العقدي لتأطيرها في قاعدة قانونية مناسبة ، عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول : تعريف العقود الذكية .

المطلب الثاني : خصائص العقود الذكية .

المطلب الأول : تعريف العقود الذكية

أن مصطلح العقود الذكية (Smart Contract) من المصطلحات المستجدة والحديثة ، وقد يتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده ، هل العقود الأخرى (التقليدية والإلكترونية) توصف بالعقود الغبية!؟ في الحقيقة أن هذه التسمية جاءت نظراً للطبيعة الخاصة لهذه العقود من خلال استقلالية البرامج الذكية في اتخاذ القرارات وتنفيذها بشكل مستقل عن مستخدمها (الطرف المتعاقد) في مختلف مراحل العقد[١]. فهنا يكمن الترابط فيما بين البرامج الذكية والعقود الذكية التي تتم إبرامها من خلال هذه البرامج[٢].

1- Bruno Dondero : Les smart Contracts، Le Droit civil à l'ère du numérique، Lexinexis،Université Paris، France، 2017،P19.published at the link:http://web.lexisnexis.fr/fb/droit_civil_a_l_ere_numerique_112017/index.html#18 5/2/2021

٢- نود في هذا الصدد أن نشير إلى مسألة غاية في الأهمية ومتعلقة بصميم دراستنا ، لاحظنا أن اغلب الباحثين

في الحقيقة اطلقت على العقود الذكية تسميات عدة منها : (العقود المشفرة) و (العقود ذاتية التنفيذ) و (العقود الرقمية) و (عقود سلاسل الكتل) و (عقود ذاتية البعد) ، ونعتقد أن تسمية هذه العقود بالذكية أفضل من الناحية التقنية والقانونية تمييزاً لها عن العقود الإلكترونية الأخرى التي تتم في البيئة الرقمية ، نظراً للتطور التي وصلت إليها هذه العقود وما ستصل إليها في المستقبل[١].

نظراً لكل ما تقدم سوف نشرع في بيان تعريف العقود الذكية على مستوى التشريع ثم على مستوى الفقه وبعد ذلك على مستوى القضاء[٢] على النحو الآتي :

أولاً : على مستوى التشريع : إن التشريعات التي عرفت العقود الذكية هو القانون الامريكي في بعض الولايات[٣]، إذ عرفت المادة (٥/ه/٢) من القسم (٤٤/٧٠٦١) من قانون المعاملات

والمختصين في القانون عندما يقدمون على دراسة البرامج الذكية _او ما يسمى بالوكيل الذكي أو الإلكتروني أو الوسيط_ لم يتناولوا العقود الذكية قط والعكس صحيح ، أي عندما يوضحون مفهوم العقود الذكية يتناولوا البرامج الذكية ، وهذا الأمر في الحقيقة اثار استغرابنا ! ، ويبدو ان السبب هو حداثة هذه الموضوعات وجدتها من الناحية القانونية .

إلا أنه في واقع الأمر ثمة ترابط وثيق فيما بين العقود الذكية والبرامج الذكية ، إلى حد يمكن القول بعدم وجود عقد ذكي ما لم يوجد برنامج ذكي ؛ والسبب في ذلك يكمن بأن غياب البرنامج الذكي يعني غياب العقد الذكي ، أي بمعنى لا يمكن إضفاء ذاتية التنفيذ على العقد الذكي ، لذلك ضرورة احداث هذا الترابط بينهما لتحقيق الغرض أو الغاية من هذا النموذج العقدي .

١- أن التمييز بين العقود الذكية والعقود الرقمية الأخرى المتمثلة بالعقود الموجهة والعقود المؤتمتة ، تعتمد في الحقيقة على دور البرنامج في تكوين هذه العقود وإتمامها وتنفيذها ، فدرجة تحكم البرنامج ومدى سيطرة المستخدم المتعاقد على مراحل التعاقد ، يوضح لنا كل عقد ضمن أي تصنيف يمكن ادراجه ، أي أن معيار السيطرة والتحكم البرمجي الركن الاساسي في بيان أوجه التمييز بين هذه العقود .

٢- نشير هنا إلى بعض تعريفات المواقع الإلكترونية للعقود الذكية : إذ عرف موقع ويكيبيديا العقد الذكي بأنه : ((بروتوكول كمبيوتر يسعى إلى تسهيل أو التحقق أو تنفيذ التفاوض أو تنفيذ العقد بشكل رقمي)) . ينظر : موقع ويكيبيديا . منشور على الرابط : https://ar.wikipedia.org/wiki 5/2/2021

وعرف موقع كونبليانس تيلي العقد الذكي بأنه : ((برنامج كمبيوتر يتحكم بشكل مباشر في تحويل العملات أو الأصول الرقمية بين الأطراف بموجب شروط معينة)) . ينظر : موقع كونبليانس تيلي . منشور على الرابط :
https://www.compliance.techtarget.com 5/2/2021

وعرف موقع إنفستوبيديا العقد الذكي بأنه : ((عقد ذاتي التنفيذ تبرمج في منصات البلوكتشن الموزعة واللامركزية ، تنظم شروط وأحكام العلاقة بين البائع والمشتري من دون الرجوع إلى طرف ثالث ، بحيث يتم تنفيذ المعاملات وفق الشروط وأحكام التعاقد)) . ينظر : موقع إنفستوبيديا . منشور على الرابط :
https://www.investopedia.com/terms/s/smart-contracts.asp 5/2/2021

٣- أن المشرع الامريكي الاتحادي لم يورد تعريفاً للعقود الذكية سواء في قانون المعاملات الالكتروني الموحد لسنة ١٩٩٩ أو قانون الموحد للمعاملات الحاسب الآلي لسنة ١٩٩٩ بل أورد تعريفاً للمعاملة المؤتمتة التي يتم اجرائها من دون تدخل أي شخص ، وهذا القانون العام يعتبر منفذاً نحو الانطلاق والتفاعل الحاصل في نطاق البيئة الرقمية بشأن إلية إبرام العقود وتنفذها في مختلف مراحلها ، وتكرست ذلك في تشريعات الولايات الامريكية التي عرفت العقود الذكية والقيمة القانونية لهذه العقود وسجلاتها الرقمية فضلاً عن السجلات الرقمية التي تمثل إلية عمل هذه المنصات الرقمية .

- Section (2\2) of United States Uniform Electronic Transactions Act of 1999 : ((Automated transaction

الإلكترونية في ولاية أريزونا الامريكية رقم (٢٤١٧) لسنة ٢٠١٧ (AETA) العقد الذكي[١] بأنه : ((برنامج مدفوع بالأحداث مع حالة ، يتم تشغيله على دفتر الأستاذ الموزع واللامركزي والمشترك والمكرر والذي يمكن أن يتولى مسؤولية نقل الأصول في دفتر الأستاذ هذا وتوجيهه))[٢].

كما عرف الجزء (٢) من الفصل (٢/٢٠١/١٠) من قانون المعاملات الإلكترونية في ولاية تينيسي الامريكية رقم (٤٧) لسنة ٢٠١٩ العقد الذكي[٣]بأنه : ((برنامج حاسوبي تفاعلي، يستخدم في أتمتة المعاملات ، وينفذ على سجل الحسابات الموزع واللامركزي والمشترك والمكرر...))[٤].

والظاهر من هذين التعريفين انهما يبينان معنى البرنامج الذكي والمنصة الرقمية التي تعمل فيه والقائمة على فكرة قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) وليس العقد الذكي ، وإذا افترضنا جدلاً هذا التعريف صحيح للعقد الذكي ، فما هو تعريف البرنامج الذكي في هذه الحالة!؟

وعرف القسم (٩/١) من قانون المعاملات الإلكترونية في ولاية نيفادا الامريكية رقم (٣٩٨) لسنة ٢٠١٧ العقد الذكي[٥]بأنه : ((العقد الذي يتم خزنه كسجل إلكتروني وفقاً للفصل (٧١٩) من

: means a transaction conducted or performed، in whole or in part، by electronic means or electronic records، in which the acts or records of one or both parties are not reviewed by an individual in the ordinary course in forming a contract، performing under an existing contract، or fulfilling an obligation required by the transaction)) .

- Section (102\7) of United States Uniform Computer Information Transactions Act of 1999 : ((Automated transaction : means a contract formed or performed in whole or in part by electronic means or by electronic messages in which the electronic actions or messages of one or both parties which establish the contract are not reviewed in the ordinary course by an individual before the action or response)) .

١- وفي نفس الصياغة والمضمون عرفه قانون البلوكتشن في ولاية نيويورك الامريكية رقم (٠٨٧٨٠) لسنة ٢٠١٨ في القسم (٧/١) منه ، وقانون ولاية أوهايو الامريكية رقم (٣٠٠) لسنة ٢٠١٨ في القسم (١/١/ع) منه.

- Section (1\7) of United States State of New York›s Blockchain Act NO. (08780) of 2018 : ((Smart contract : shall mean an event-driven program that runs on a distributed، decentralized، shared and replicated ledger and that can take custody over and instruct transfer of assets on that ledger)) .

- Section (1\1\P) of United States State of OHIO Act NO. (300) of 2018 : ((Smart contract : shall mean an event-driven program that runs on a distributed، decentralized، shared and replicated ledger and that can take custody over and instruct transfer of assets on that ledger)) .

2- Section (44\7061) Art (5\e\2) of United States State of Arizona›s Electronic Transactions Act No. (2417) of 2017 : ((event driven program، with state، that runs on a distributed، decentralized، shared and replicated ledger that can take custody over and instruct transfer of assets on that ledger)) .

٣- وفي نفس الصياغة والمضمون عرفه قانون العقود الذكية في ولاية كونيتيكت الامريكية رقم (٧٣١٠) لسنة ٢٠١٩ في القسم (١/أ/٤) منه .

- Section (1\a\4) of United States State of Connecticut›s Smart Contracts Act NO. (7310) of 2019 : ((Smart contract : means an event-driven computer program that executes on an electronic، distributed، decentralized، shared and replicated ledger that is used to automate transactions...)) .

4- Part (2) Chapter (10\201\2) of United States State of Tennessee›s Electronic Transactions Act No. (47) of 2019 : ((Smart contract : means an event-driven computer program، that executes on an electronic، distributed، decentralized، shared، and replicated ledger that is used to automate transactions ...)) .

٥- وفي نفس الصياغة والمضمون عرفه قانون البلوكتشن في ولاية إلينوي الامريكية رقم (٣٥٧٥) لسنة ٢٠١٨ المعدل بقانون رقم (١٠١) لسنة ٢٠٢٠ في القسم (٥) منه .

النظام الوطني للإحصاء والذي يتم التحقق منه باستخدام قواعد البيانات المتسلسلة))[١].

وكذلك عرف المشرع المالطي العقد الذكي في المادة (٢/١) من قانون سلطة الابتكار الرقمي رقم (٣١) لسنة [٢]٢٠١٨ بأنه : ((شكل من أشكال التكنولوجيا المبتكرة يتكون من ، بروتوكول الحاسبة و/أو اتفاقية مبرمة كلياً أو جزئياً في شكل إلكتروني ، وهو قابل للتنفيذ آلياً وقابل للتنفيذ بواسطة تنفيذ كود الحاسبة ، بالرغم أن بعض الأجزاء قد تتطلب إدخالاً بشرياً...))[٣].

وأيضاً عرف المشرع الايطالي العقد الذكي في المادة (٨/٣/٢) من القانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٩ بأنه : ((برنامج كمبيوتر يعمل على تقنيات تعتمد على دفاتر الأستاذ الموزعة والتي يقيد التنفيذ تلقائيًا جزأين أو أكثر بناءً على التأثيرات المحددة مسبقًا من قبلهم...))[٤].

- Section (5) of United States State of Illinois›s Blockchain Act NO. (3575) of 2018 amending Law NO. (101) of 2020 : ((Smart contract : means a contract stored as an electronic record which is verified by the use of a blockchain)) .

1- Section (1\9) of United States State of Nevada›s Electronic Transactions Act No. (398) of 2017 : ((a contract stored as an electronic record pursuant to chapter 719 of NRS which is verified by the use of a blockchain.)) .

٢- وفي نفس الصياغة والمضمون عرفته المادة (٢) من قانون الأصول المالية الافتراضية المالطي رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٨ ، وكذلك اعترف قانون الخدمات ونظم التكنولوجيا المبتكرة المالطي رقم (٣٣) لسنة ٢٠١٨ المعدل بقانون رقم (٣٨٩) لسنة ٢٠٢٠ في الملحق الأول (المواد ٢و٨/٣) منه بالعقود الذكية وما يتعلق بها من تطبيقات برمجية ذات صلة .

- Section (2) of Maltese Virtual Financial Assets Act NO. (30) of 2018 : «smart contract» means a form of technology arrangement consisting of : (a) a computer protocol، or (b) an agreement concluded wholly or partly in an electronic form، which is automatable and enforceable by computer code، although some parts may require human input…)) .

- First Schedule (Articles 2 and 8/3) of Maltese Innovative technology arrangements and Services Act No. (33) of 2018 amending Law NO. (389) of 2020 : ((smart contracts and related applications، including decentralized autonomous organisations، as well as other similar arrangements)) .

3- Section (2\1) of Maltese Digital Innovation Authority Act NO. (31) of 2018 : ((smart contract : means a form of innovative technology arrangement consisting of : (a) a computer protocol; and، or (b) an agreement concluded wholly or partly in an electronic form، which is automatable and enforceable by execution of computer code، although some parts may require human input…)) .

4- Articolo (8\ter\2) Legge italiana n. (12) del 2019 : ((smart contract : un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o piu› parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse…)) .

أمـا القوانـين الانكليزيـة[١]، والفرنسـية[٢]، والتوجيه الأوربـي[٣]، فلم يـرد في أي منهم تعريفاً للعقود الذكية ، بالرغم من سنهم تشريعات خاصة بالمعاملات والعقود التي تجري في البيئة الرقمية ، ويعـود السـبب في ذلـك إلى حداثة الموضـوع ، إذ بدأت الخطوات الأولى لدراسـة العقود الذكية من الجوانـب القانونية في الآونة الأخيرة[٤].

أمـا عـلى صعيد القوانين العربية ، فلم نجد تعريفاً للعقود الذكية في القوانين المذكورة تحت هذه التسمية بل نجد تعريفات للعقود تحت تسمية المعاملات الإلكترونية المؤتمتة أو المعاملة الإلكترونية أو العقد الإلكتروني[٥].

فقـد عـرف المشرع الاماراتي المعاملات الإلكترونية المؤتمتة في المـادة (٢) من قانون امارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (٢) لسـنة ٢٠٠٢ ، بأنها : ((معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشـكل كلي أو جزئي بواسـطة وسـائل أو سـجلات إلكترونية ، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السـجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شـخص طبيعي ، كما في السـياق العادي لإنشاء

1- The English Electronic Transactions (Guernsey) Law، 2000 .

2- LOI français no 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique . LOI français n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique .

إلا أن المـشرع الفرنـسي بالرغـم عدم تنظيمه للعقود الذكية بشـكل مبـاشر ودقيق تحت هذا الاطار العقدي لكنه أشـار إلى المنصـات الرقميـة القائمة على فكرة قواعد البيانات المتسلسـلة (blockchain) والتي يتـم من خلالها أجراء كافة مراحل العملية التعاقدية من خلال مرسوم رقم (١٦٩١) لسنة ٢٠١٦ ومرسوم رقم (٥٢٠) لسنة ٢٠١٦ ومرسوم رقم (٠١٢١) لسـنة ٢٠١٧ ومرسوم رقم (١٢٢٦) لسنة ٢٠١٨ .

- LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence، à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique .
- Décret n° 2016 -520 du 28 avril 2016 relatif aux bons de caisse .
- Décret n° 2017-0121 du 23 mai 2017، Vocabulaire de l›informatique (liste de termes، expressions et définitions adopté) .
- Décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l›utilisation d›un dispositif d›enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l›émission et la cession de minibons .

3- Directive on the protection of consumers in respect of distance contracts 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 ، Directive on electronic commerce 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 .

٤- قدمـت حكومة تشـيكيا وثيقة بشـأن الجوانب القانونيـة للعقود الذكية والذكاء الاصطناعـي إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، لكي تدرج اللجنة هذه الوثيقة في برنامج عملها في دورتها الحادية والخمسون لسنة ٢٠١٨ . كانت هذه المذكرة او الوثيقة تشـير إلى التطور الحاصل في مجال البيئة الرقمية والزيادة في آلية وتلقائية العقود ، حيث يمكـن أتمتـة العقـود في مختلف مراحله من دون مراجعة أي عنصر بشري ، ومـا ينتج عن هذه العقود من فوائد وأثار عـلى الأطـراف المتعاقدة . للمزيد مـن التفاصيل حول هذه الوثيقة ينظر : لجنة الأمم المتحـدة للقانون التجاري الدولي : وثيقـة بشـأن الجوانب القانونية للعقـود الذكية والذكاء الاصطناعي من حكومة تشـيكيا ، نيويورك ، الولايات المتحدة الامريكية ، ٢٠١٨.

٥- عرفـت المـادة (٢/١) مـن القانـون العربـي الاسترشـادي للمعامـلات والتجـارة الإلكترونية لسـنة ٢٠٠٩ المعاملات الإلكترونية بأنها : ((أي تعامل أو تعاقد أو اتفاق يتمّ إبرامه أو تنفيذه بشكل كلّي أو جزئي بواسطة وسائل إلكترونية)) .

وتنفيذ العقود والمعاملات))[١].

وعـرف المـشرع الكويتي المعاملة الإلكترونية في المادة (١) مـن قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٢٠) لسـنة ٢٠١٤ ، بأنهـا : ((أي تعامـل أو اتفـاق يتـم إبرامـه أو تنفيذه كلياً أو جزئياً بواسـطة وسـائل ومراسلات الكترونية))[٢].

والظاهـر مـن ذلك ، أن التشريعـات العربية لم تقصد بهذه المفاهيـم والمصطلحات الواردة فيها نفـس المفهـوم مـن العقود الذكيـة بل يمكن اعتبـار هذه التشريعـات فيها ملامح تقبـل هذا النمط التعاقـدي الجديد من خلال بيانها للوسـيط المؤتمـت والمعاملة المؤتمتة .

أمـا بشـأن موقف القانون العراقي ، فانه قد عرف العقـد الإلكتروني في المادة (١/حادي عشر) مـن قانـون التوقيع الإلكترونـي والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنـــة٢٠١٢ ، إذ نص على أنه : ((ارتبـاط الايجـاب الصادر من احـد المتعاقدين بقبول الأخر على وجه يثبـت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسـيلة إلكترونية)) .

والظاهر من هذا التعريف انه جاء مطلقاً ، إذ يعد قاعدة كلية تسري على كل العقود الإلكترونية الموجـودة في الوقـت الحـاضر أو التي سـيفرزها التطـور التكنولوجي في المسـتقبل ، ومع ذلك فان تعريـف مشرعنـا العراقي للعقد الإلكتروني لا يسـع بحسـب فهمنا للعقود المؤتمتـة ومن باب أولى لا ينـدرج ضمنهـا العقـود الذكيـة ، ومما تقـدم يتضح لنا ليـس فقط من التعريـف المذكور بل من مجمـل التشريـع يمكن الوصول إلى مقصـد المشرع وغايته من التشريع وكأنمـا لم يرغب في مواكبه التكنولوجيا ومدى انعكاسـها على التصرفات القانونية والعقود ، لذلك فمن الضروري أعادة النظر في هذا التشريع بشكل جذري بحيث يتم تعديله أو يوضع تشريع قانون جديد ينسجم مع التطورات الحاصلـة في مجال البيئـة الرقمية والذكاء الاصطناعي .

ثانياً : على مسـتوى الفقه : طرحت تعريفات متعددة لغرض بيان المقصود بالعقود الذكية ، على النحو الآتي :

وأول مـن اقـترح وطرح فكرة العقـد الذكي ويعود له الفضل هو عالم التشـفير والقانوني نيك زابـو(Nick Szabo)[٣]، إذ عرفـه بأنـه : ((بروتوكـول المعاملات المحوسـبة الـذي ينفذ شروط

١- وأيضـاً نصـت المـادة (١) مـن قانـون المعاملات والتجـارة الإلكترونيـة الاماراتي رقـم (١) لسـنة ٢٠٠٦ على أن : ((معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشـكل كلي أو جزئي بواسـطة وسائل أو سجلات إلكترونية والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السـجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شـخص طبيعي)) .

٢- ينظر : المادة (١) من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ ، والمادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧ .

٣- وأيضـاً عرفـه بأنه : ((مجموعة من العهود المحددة في شـكل رقمي والمتضمنة البروتوكولات التي من خلالها تقوم

العقد))[١].

وهذا التعريف جاء مقتضباً جداً ، ولم يبين لنا كيفية إتمام هذا العقد ومن يقوم به وآلية تنفيذه ، سواء من الناحية الفنية والتقنية أو من الناحية القانونية .

وكما عرف العقد الذكي بأنه : ((العقد الذي يتم تنفيذه بشكل ذاتي في البرامج الرقمية القائمة على البلوكتشن (Blockchain) ، استناداً إلى استيفاء وتوافق الشروط الاتفاقية))[٢].

لم يبين هذا التعريف متى تتحقق شروط العقد حتى يصبح ملزماً للأطراف المتعاقدة فضلاً عن الإشارة إلى البرنامج الذكي باعتباره العمود الفقري للعقود الذكية .

وكذلك عرف العقد الذكي بأنه : ((عبارة عن مجموعة من الوعود محددة في شكل رقمي ، بما في ذلك البروتوكولات التي تؤدي من خلالها الأطراف وعودها))[٣].

هذا التعريف بين لنا البيئة التي يجري فيها إبرام العقد الذكي ، من خلال بيانه افراغ الوعود والبروتوكولات في شكل رقمي، من دون الإشارة إلى الجوانب الفنية والقانونية الأخرى والضرورية في العقد الذكي.

وأيضاً عرف العقد الذكي من قبل خبراء شركة المعلوماتية الشهيرة (IBM) بأنه : ((عقود رقمية مخزنة على قواعد البيانات المتسلسلة يتم تنفيذها آلياً عند استيفاء الشروط والأحكام المحددة مسبقاً))[٤].

ويعاب على هذا التعريف أنه يصور العقد الذكي بأنه عقد مبرم سلفاً يتم فيما بعد تخزينه في المنصة الرقمية من أجل التنفيذ التلقائي ، فما الفرق إذن بينه وبين العقود المؤتمتة !؟

وأخيراً عرف العقد الذكي بأنه : ((العقد الإلكتروني الذي يبرم على تقنية البلوك تشين باستخدام برامج خوارزمية مشفرة غير مقروءة ، تمثل شروط وأحكام العقد أو المعاملة التي تجري بين

الأطراف بتنفيذ هذه العهود)) .

- Nick Szabo : Smart Contracts Glossary، Article، 1995 . published at the link : https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_glossary.html 10/2/2021

1- Nick Szabo : Smart Contracts، Article، 1994 . published at the link : https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html 10/2/2021

2- Kristian Lauslahti، And others : Smart Contracts : How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?، The Research Institute of the Finnish Economy (ETLA)، Aalto University، No 68، Finland، 2017، P 11 .

3- Paul Catchlove : Smart Contracts : A New Era of Contract Use، research paper، 2017، P 6 . published at the link : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226 11/2/2021

4- https://www.ibm.com/in-en/topics/smart-contracts 10/2/2021

شخصين أو أكثر))[١].

يعد هذا التعريف من أفضل التعريفات التي وردت بشأن بيان مفهوم هذا النمط التعاقدي مقارنةً بالتعريفات السابقة ، إذ بين طبيعته بأنه عقد فضلاً عن إشارته إلى البرامج الذكية التي تتولى زمام العملية التعاقدية برمتها عبر الحاضنة الرقمية المتمثلة بمنصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) .

رأينا في تعريف العقد الذكي :

إن ايراد تعريف جامع مانع للعقود الذكية بحيث لا يشوبه أي نقص أو عيب غايه في الصعوبة والتعقيد ، نظراً لحداثة الموضوع وعدم اتضاح معالمها بشكل كامل ومفصل ، فضلاً عن ذلك أنها غير مستقرة من حيث ما وصل إليه المختصين في المجال التكنولوجي والذكاء الاصطناعي التي تعتبر الركيزة الاساسية للعقود الذكية.

عليه ولكل ما تقدم ، يمكننا تعريف هذا النموذج العقدي بأنه : اتفاق ارادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو الغائها ، يتم بواسطة البرامج الذكية المتواجدة في المنصات الرقمية من خلال الاعتماد على الشروط والتعليمات المزودة بها من قبل المستخدمين ، ودون تدخل أي عنصر بشري بأي شكل من الاشكال ، وغير قابلة للتعديل أو الرجوع بعد اكتسابه القوة الالزامية ، أو هو : توافق ارادي يتم بمختلف مراحله أو جزء منه من قبل البرامج الذكية في منصات قواعد البيانات المتسلسلة لمصلحة المستخدم.

ثالثاً : على مستوى القضاء : في الحقيقة لم نجد تعريفاً للعقود الذكية لدى القضاء المقارن ، والسبب في ذلك يكمن في أن هذا الموضوع لا زال في طور الدراسة النظرية ولم يدخل في حيز الواقع العملي ، أي أن هذه العقود حديثة النشأة وهناك محدودية في التعامل بها ، وبالتالي هذا يعكس قلة الخصومة والنزاعات في هذا النموذج التعاقدي .

ومع ذلك فقد صدر في انكلترا بيان من قبل فريق عمل معني بالاختصاص القضائي (فريق تابع للسلطة القضائية) سنة ٢٠١٩ مفاده ، الاعتراف بالعقود الذكية واعتبارها اتفاقات ملزمة يمكن تحديدها وتفسيرها وقابلة للتنفيذ بموجب القانون الانكليزي ، وكذلك نص البيان بأن هذه العقود والعملات المشفرة تمثل المستقبل بلا شك ، لذلك يقتضي توفير الحماية القانونية لها وتحقيق اليقين القانوني والقدرة على التنبؤ في تحديد المجالات التي لها اهمية وضرورة مواكبة هذا التطور التكنولوجي من الناحية القانونية[٢].

١- د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل : العقود الذكية والذكاء الاصطناعي ودورهما في أتمتة العقود والتصرفات القانونية : دراسة لدور التقدم التقني في تطوير نظرية العقد ، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، المجلد ٤٤ ، العدد ٤ ، الكويت ، ٢٠٢٠ ، ص ٥٢ .

2- the UK Jurisdiction Taskforce : UK charges ahead with legal certainty for smart contracts and cryptoassets، 18 November 2019 . published at the link :

وفي صـدد موقـف القضـاء من العقـود الذكية ، فان محكمة سـنغافورة التجارية الدولية سـنة ٢٠١٩ ، عـرض عليهـا نزاع بشـأن عقد ذكـي مضمونه بيع العملات المشـفرة في المنصـات الرقمية المتخصصـة لهـذه المعاملات ، المدعى عليـه عندما اطلع على العقود الذكية التـي تمت في المنصة قرر بأن اسـعار التداول لهذه العملات المشـفرة قد انحرفت عن وضعها الطبيعي وبناءً عليه قام بإجراء صفقات بإرادته المنفردة لاسترداد ما حصل من التداولات ، علماً أن المدعى عليه هو المشغل الرئيس لهذه المنصة والمسيطر عليها نوعاً ما ، وتمسك المدعي بأن المدعى عليه ليس له مثل هذا الحق ؛ لأن تـصرف صـادر من جانب واحد وهذا يمثل إخلالاً بالشروط والبنـود التعاقدية التي تحكم علاقتهم ، فالعقود تمت بشكل آلي وأصبحت ملزمة ولا يجوز الرجوع عنها إلا بموافقة الطرفين ، وبناءً على ذلـك طلـب تحميل المدعى عليه المسـؤولية التعاقدية نتيجة خرقه للعقد ، ورغـم الدفوع المقدمة من المدعى عليه لنفي مسـؤوليته إلا أن المحكمة المنظورة امامها الدعوى حكمت لمصلحة المدعي وقضت بمسـؤولية المدعى عليه مسـؤولية عقدية عن خرق العقد وخيانة الأمانة[١].

https://www.finextra.com/newsarticle/34790/uk-charges-ahead-with-legal-certainty-for-smart-contracts-and-cryptoassets 11/2/2021

1- Singapore International Commercial Court، B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd [2019] SGHC (1) 03، 14 March 2019.published at the link:https://www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/12/2/2021

المطلب الثاني : خصائص العقود الذكية

تنفرد العقود الذكية ببعض الخصائص التي تميزها عما يشتبه بها من عقود أخرى على النحو الآتي :

أولاً : التنفيذ الذاتي للعقود الذكية [١]: ويسمى أيضاً ب(التنفيذ الذكي أو ذاتية التنفيذ) ، وتعتبر هذه الخاصية من أهم الخواص التي تتسم بها العقود الذكية ، فمن خلالها يتم تنفيذ العقد في مختلف مراحله سواء عند تنفيذ التفاوض أو عند إتمام العقد أو تنفيذ اثاره ، ويكون البرنامج الذكي هو اللاعب الأساسي لتطبيق هذه الخاصية[٢]، إذ يقوم على سبيل الفرض بتنفيذ الالتزامات التعاقدية بمجرد إتمام العقد وفق الشروط والتعليمات المزودة بها من قبل مستخدمه من خلال تنفيذ التزامات مستخدمه واستيفاء حقوقه بغض النظر عن طبيعة العقد ونوعه[٣].

فاذا اراد شخص أن يقطع تذكرة طيران إلى دولة معينة وفي يوم معين وبسعر معين ، وزود البرنامج الذكي بهذه الشروط والتعليمات التي تقتضي منه التعاقد على هذا الاساس ، وعندما يعثر البرنامج على شركة طيران ويقرأ عروض هذه الشركة ، فإذا وجد الشروط التي تم تزويده بها متحققة عندئذ يبرم العقد مع البرنامج الذكي لهذه الشركة فبمجرد إتمام العقد يقوم بنقل المبلغ من محفظة مستخدمه (الزبون المتعاقد) إلى محفظة المتعاقد الاخرى في مقابل حصوله على تذكرة الطيران ، وهذا يمثل التنفيذ الطبيعي للالتزامات التعاقدية وانقضائها .

ثانياً : عدم إمكانية الاختراق الرقمي : قيل بأن من المزايا التي تتسم بها العقود الذكية صعوبة قرصنة واختراق قواعد البيانات الخاصة بها [٤]، وذلك من خلال ما تتسم بها المنصات الرقمية القائمة على فكرة قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) من نظام برمجي متميز تتمثل بالتشفير والتوزيع اللامركزي[٥]، فضلاً عن المفتاح العام والخاص لكل مستخدم ، وبالتالي يصعب سرقة أو فقدان أو السيطرة على أي قاعدة من قواعد البيانات الخاصة بالمتعاقدين والمتعلقة

1- Karen E. C. Levy : Book Smart، Not Street Smart : Blockchain-Based Smart Contracts and The Social Workings of Law، Engaging Science، Technology، and Society، Nol 3، 2017، P 2 . published at the link : https://estsjournal.org/index.php/ests/article/view/107 16/2/2021

2- Riccardo De Caria : The Legal Meaning of Smart Contracts، European Review of Private Law، Kluwer Law International BV، Vol 26، Iss 6، The Netherlands، 2018، P 735 .

٣- د. العياشي الصادق فداد : العقود الذكية : مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، الدورة الرابعة والعشرين ، دبي ، الامارات ، ٢٠١٩ ، ص ١٨ .

4- Eliza MIK : Smart contracts : Terminology technical limitations and real world complexity، Research Collection School Of Law، School of Law، Singapore Management University، N 2، Singapore، 2017، P 11 .

5- Mark Giancaspro : The Consideration Myth About Smart Contracts، Australian National University Journal of Law and Technology (ANU JOLT)، College of Law، Australian National University، Vol 1، Iss 1، Canberra، Australia، 2020، P 35 .

بعقودهم ومستنداتهم[١].

على سبيل المثال ، أن العقود الإلكترونية التي تبرم في منصات رقمية غير منصات العقود الذكية ، يمكن اختراقها والسيطرة عليها ؛ لأن نظامها البرمجي قائمة على السيطرة المركزية وبالتالي فأن المخترق الإلكتروني يجد سهولة في سرقة المستندات والعقود الموجودة في قواعد بيانات هذه المنصة ، بينما في العقود الذكية يستلزم على المخترق للسيطرة على منصات العقود الذكية أن يدخل إلى جميع الشبكات المتصلة بهذه المنصة من أجل تحقيق هدفه ؛ لأن هذه المنصات تعمل بنظام اللامركزي ودفتر الأستاذ الموزع ، لذلك يكاد يكون هنالك استحالة نسبية على اختراقها .

ثالثاً : الاستغناء عن ممثلي الأطراف المتعاقدة [٢]: أن السبب في اطلاق مصطلح العقود الذكية هو عدم حاجة المتعاقدين إلى أشخاص ليقوموا نيابةً عنها بمراحل التعاقد ، وبالتالي تعتبر هذه الخاصية هي المؤكد والمثبت لخاصية التنفيذ الذاتي[٣]، إذ تتم من خلال البرامج الذكية هذه العملية التعاقدية لذلك لم نكن بحاجه إلى وسطاء أو وكلاء او ممثلين ، فظهور البرنامج الذكي نتيجة تطور النظم الرقمية ، كان المرتكز الرئيس في ظهور العقود ذاتية التنفيذ[٤].

على سبيل المثال ، في العقود التقليدية والإلكترونية السابقة كنا نحتاج في الغالب إلى وسيط أو ممثل عن الشخص الذي يرغب بإبرام عقد ما ، كما لو رغب شخص شراء سيارة بالمزاد العلني في دولة وهو يقطن في دولة أخرى ، إلا أن بظهور البرامج الذكية وما تمتاز بها من قدرات نتج عن ذلك الاستغناء عن الوسطاء ؛ لأن البرنامج الذكي يقوم بكل الاعمال المناطة بالوسيط ما لم يكن أفضل منه .

رابعاً : ارسال المستندات الاصلية وليس النسخ : إن العقود الذكية التي تعمل في المنصات الرقمية تقوم على نظام تقني وفني ذات طبيعة خاصة مقارنةً بالمنصات الرقمية الأخرى ، أي المنصات الرقمية القائمة أو المدعومة بفكرة قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، وبالتالي

١- د. أيمن محمد الأسيوطي : الجوانب القانونية لتطبيق الذكاء الاصطناعي ، دار مصر للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٢٠ ، ص ٥٧ .

2- Claire Henly And others : Energizing the future with Blockchain، Energy Law Journal، Energy Bar Association، Nol 39، N 2، 2018، P 226 . published at the link :
https://www.eba-net.org/felj/energy-law-journal/energy-law-journal-volume-39-no2-2018/ 18/2/2021

3- Yuan Liu And others : SABlockFL: A Blockchain-based Smart Agent System Architecture and Its Application in Federated Learning، International Journal of Crowd Science، Tsinghua University، Vol 4، Iss 2، China، 2020، P 4 . Maria Ivone Godoy : La reconnaissance juridique des contrats intelligents face à la réglementation globale des technologies، Thèse Master، Faculté de droit، Université de Montréal، France، 2019، P 36 .

٤- ينظر كل من : د. هناء محمد هلال : ماهية العقود الذكية ، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، الدورة الرابعة والعشرين ، دبي ، الامارات ، ٢٠١٩ ، ص ٢٧ ، ود. ابراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق ، ص ٥٣ .

فأن المراسـلات التي تحصل من خلال هذه المنصات يترتب عليها ارسـال المسـتندات الاصلية وليس نسخ منها[١]، أي عندما يقوم المرسل بإرسال مستند ما إلى المرسل إليه ينتقل المستند الاصلي وبالتالي لم يبقى المسـتند لدى المرسـل ، وهذا بخلاف المنصات الرقمية الأخرى[٢].

وقد يتبادر إلى الذهن تسـاؤل مفاده ، أن هذه الخاصية متعلقة بالمنصة الرقمية وليس بالعقود الذكية ؟

ومـع وجاهة هذا التسـاؤل فان هذه الخاصية التي تتسـم بها المنصـات الرقمية تنعكس اثارها على العقود الذكية ، بحيث تكون هذه الخاصية من الدعائم والسبل المعتبرة في تقوية العقود الذكية ومكانتهـا بالمقارنة مع العقود الإلكترونيـة الأخرى التي تبرم من خلال المنصات الرقمية أيضاً .

على سبيل المثال : أذا ابرم عقد بيع عقار ذكي ، فعند استكمال اجراءات تسجيل العقار في دائرة الطابو الذكية ، ترسـل النسخة الاصلية لسـند العقار إلى المشتري وتخزن وتحفظ في قاعدة البيانات الخاصـة بهـا ، ولـم يبق في قاعدة بيانات البائع سـند الملكيـة ، فكل هذه العمليـة يفترض أنها تمت بواسطة البرامج الذكية .

خامسـاً : تقليـل التكاليـف التعاقديـة [٣]: أن العقـود الذكية من خواصهـا تقليص النفقات والمصروفات العقدية على الأطراف المتعاقدة مقارنةً مع العقود الأخرى سواء العقود الإلكترونية أو العقود الورقية[٤]، نظراً للعمولة والتكاليف التي يقع على عاتق المتعاقدين ادائها ، ونتيجة ذلك تمثل العقود الذكية نموذجاً عقدياً جديداً يخفف من العبء المالي عند إجراء المعاملات المدنية والتجارية[٥].

فـاذا رغب شـخص الاسـتثمار في الاوراق المالية من خلال شراء الاسـهم وبيعهـا بقصد الربح ، فـأن هـذا الشـخص ليس لديه الخبرة والدراية حـول طبيعة عمل اسـواق الأوراق المالية ، ففي هذه الحالة يحتاج إلى وسيط يقوم بالنيابة عنه في أجراء التصرفات القانونية من بيع وشراء هذه الأوراق

١- إيهـاب خليفـة : مجتمـع ما بعـد المعلومات تأثير الثورة الصناعيـة الرابعة على الأمن القومي (البلوكتشـين-أنترنت الأشياء-الذكاء الاصطناعي) ، المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة ، الطبعة الأولى ، العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مـصر ، ٢٠١٩ ، ص ٥٧ .

٢- د. أحمـد عـلي صالـح : تقنية العقود الذكية وأثرها في اسـتقرار المعاملات المالية (دراسـة فقهيـة قانونية) ، مؤتمر دور الشريعـة والقانـون في اسـتقرار المجتمعات ، كلية الشريعـة والقانون ، جامعة الأزهر الشريـف ، القاهرة ، مصر ، بدون سـنة نشر ، ص ٨ .

3- Bruno Ancel : Les smart contracts : révolution sociétale ou nouvelle boîte de Pandore ?Regard comparatiste، Communication-Commerce Électronique، Lexisnexissa، N° 7-8، France، 2018، P 16 .

4- Mark Verstraete : The Stakes of Smart Contracts، Loyola University Chicago Law Journal، School of Law، University of Loyola، Vol 50، Chicago، USA، 2019، P 750 .

٥- د. عبد السـتار أبو غدة : العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوكشـين ، ندوة البركة للاقتصاد الاسـلامي ، العدد ٣٩ ، جدة ، السعودية ، ٢٠١٩ ، ص ٢١٥ .

لمصلحتـه ؛ لأنـه لديه الخـبرة والكفاءة والدراية بآليـة وطبيعة عمل هذه الأسـواق ، فمقابل ذلك لا بـد مـن دفع عمولة لهذا الوسـيط واحياناً تكون العمولـة مرتفعة جداً بينما في العقـود الذكية فان البرنامج الذكي هو الذي يقوم بكل الأعمال المناطة بشخص الوسيط وبالتالي يخفف العبء المالي على مسـتخدمه مقارنةً بالوسيط العادي .

سادسـاً : السرعـة في إتمام العقد بمختلف مراحله [١]: مـن المتعارف عليه أن عامل الوقت يحتل دوراً رئيساً في المعاملات المدنية والتجارية ، فالعقود الذكية نظراً للتطور الذي حصل في مجال البرامـج الرقميـة بفضل الذكاء الاصطناعي ، اتسـمت بخاصية السرعة مقارنـةً مع العقود الأخرى الإلكترونية والورقية[٢]، فبمجرد قيام المستخدم بتزويد البرنامج الذكي بشروط وبروتوكول التعاقد يـشرع البرنامـج الذكي بأسرع وقت ممكن بتنفيذ المهمـة المكلف بها وإنجازها وبالتالي توفير الوقت للأطراف المتعاقدة[٣].

فـاذا كان شـخص بحاجـة إلى شراء كتاب معين لمؤلف ما مطبوع في سـنة معينـة ، ففي الوضع المتعارف عليه يقتضي من هذا الشخص أن يقوم بالبحث بنفسه أو يكلف شخصاً أخر للبحث له عن هذا الكتاب ، كل ذلك يسـتغرق وقتاً ، وأحياناً قد لا يسـتطيع الحصول عليه لوجوده في دولة معينة مثلاً يتعذر عليه الذهاب إليها ، لكن بسبب ظهور العقود الذكية خفف من هذا الجهد المبذول والوقت المهدور فضلاً عن إمكانية المسـتخدم أن يذهب لإنجاز اعمال أخرى من دون متابعة البرنامج الذكي ومتى ابرم العقد الذكي طالما زوده بشروط التعاقد .

١- نشرت دراسـة بشـأن مراجعة العقود الذكية من قبل منصة لوجيكس المتخصصة لمراجعة مثل هذه العقود ، حيث اتضح من هذه الدراسة تفوق البرامج الذكية على المحامين ، عند اجراء المقارنة بخصوص مواجهة اتفاقيات عدم افشاء واكتشاف المخاطر ضمن المستندات القانونية بدقة ، إذ تم تعين (٢٠) محامياً في مواجهة هذه البرامج ، لقيامهم بمراجعة خمسة عقود بعد تهيئة الظروف لمناسبة لإتمام هذه المقاربة ، فبعد شهرين من الاختبار تبين أن البرامج الذكية انجزت الاختبار بدقة ٩٤ ٪ أما المحامون فكانت نسبة دقتهم ٨٥ ٪ ، وأثبت الدراسة أن الإنسان يمكن أن يواكب البرامج الذكية من حيث الدقة لكنه لا يستطيع مواكبتها من حيث السرعة ، إذ احتاج المحامون إلى (٩٢) دقيقة لإجراء مراجعة العقود بينما احتاجت البرامج الذكية (٢٦) ثانية . ينظر : مؤسسـة دبي للمسـتقبل : الذكاء الاصطناعي يتفوق على المحامين في مراجعة الوثائق القانونية ، مقال ، ٢٠١٨ . منشور على الرابط : https://mostaqbal.ae/ 21/2/2021

٢- ينظر كل من : د. ندير طروبيا : استراتيجيات مجلس التعاون الخليجي لتبني تقنية البلوك تشين والنتائج المحتملة لتطبيقها (قراءة في تجربة الامارات العربية المتحدة) ، مجلة إضافات اقتصادية ، كلية الدراسـات الاقتصادية والتجارية وعلوم الإدارة ، جامعة غرداية ، المجلد ٤ ، العدد ٢ ، الجزائر ، ٢٠٢٠ ، ص ٣٤ ، ومصطفي محمد الحسـبان : النظام القانوني لتقنية البلوك تشين (blockchain) في ظل تشريعات التجارة الالكترونية ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، جامعة زيان عاشور بالجلفة ، المجلد ١٢ ، العدد ٣ ، الجزائر ، ٢٠١٩ ، ص ١٤٠-١٤١ .

٣- د. أحمد حسـن الربابعة : الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ، مؤتمر مجمع الفقه الإسـلامي الدولي ، الدورة الرابعة والعشريـن ، دبي ، الامـارات ، ٢٠١٩ ، ص ٣٣ وما بعدها .

سابعاً : العقود الذكية متعددة النسخ : يقصد بهذه الخاصية أن العقود الذكية لا تكون على نسخة واحدة أو أثنان كما هو في العقود التقليدية ، بل تحتوي على نسخ متعددة يتم ارشفتها في المنصات الرقمية العاملة بالعقود الذكية[١]، فبمجرد إتمام العقد بناءً على تحقق الشروط المتفق عليها يصار إلى تنفيذ العقد بشكل ذاتي من خلال البرامج الذكية المكلفة بهذه المهام[٢]، وبالتالي فأن أي خلاف يحصل فيما بين المتعاقدين يتم الرجوع إلى البنود والشروط التعاقدية للتحقق من مدى صحة التنفيذ الذي حصل من البرنامج الذكي ، فضلاً عن ذلك يستطيع أي شخص عضو في هذه المنصات أن يطلع على الإطار العام للعقود الذكية والتحقق منها[٣].

على سبيل المثال ، أذا تم إبرام عقد بيع ذكي فيما بين طرفين من قبل البرنامج الذكي ، فهذا العقد لا يقتصر على نسختين للمتعاقدين فحسب بل يتم تسجيل هذا العقد الذكي في المنصة الرقمية بحيث يتاح الاطلاع عليها من قبل جميع الاعضاء المتواجدين في هذه المنصة .

ثامناً : الاستغناء عن الالتزام بالسرية : إن القواعد العامة في القانون تلقي على عاتق الأشخاص الذين ينوبون عن اطراف العقد التزام مفاده عدم إفشاء المعلومات والبيانات الموجودة بحوزتهم والتي حصلوا عليها بمناسبة العقد سواء في مرحلة التفاوض او مرحلة إتمام العقد وتنفيذه ، فهذا الالتزام في نظرية العقد الذكي يمكن الاستغناء عنه ؛ نظراً لقيام البرامج الذكية كما اتضح لنا بدور الوسيط أو الممثل عن طرفي العقد أو أحدهما ، ليس لهذه البرامج أية مصلحة أو دوافع لإفشاء هذه المعلومات والبيانات مقارنةً بالأشخاص الذين يتأثرون بالواقع وقد تكون لهم مصلحة سواء أكانت مادية أو غير مادية ، ونتيجة ذلك القت التشريعات على كاهلهم الالتزام بالسرية وعدم إفشائها وبخلاف ذلك أي عند الإخلال بهذا الالتزام تثار مسؤوليتهم المدنية والجزائية .

تاسعاً : عدم الحاجة إلى الثقة والمعرفة فيما بين المتعاقدين : نظراً للطبيعة الخاصة للعقود الذكية ، فهي تمتاز بخاصية عدم اشتراط وجود المعرفة وحسن النية والثقة فيما بين الأطراف التعاقدية[٤]، في مختلف مراحل التعاقد ؛ وذلك لأن البرامج الذكية بمجرد تزويدها بشروط

1- Gabriel Jaccard : Smart Contracts and the Role of Law، Article، 2018، P 10 . published at the link : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885 21/2/2021

2- Julio C. Mendoza-Tello And Xavier Calderón-Hinojosa : A Blockchain-Based Approach to Supporting Reinsurance Contracting، Advances in Emerging Trends and Technologies، Vol 1302، Springer Nature Switzerland AG، Switzerland، 2020، P 255.

٣- ينظر كل من : د. فريد حبيب ليان : التكنولوجيا المالية جسر القطاع المالي إلى المستقبل ، اتحاد شركات الاستثمار ، الكويت ، ٢٠١٩ ، ص ٤٩ ، ود. عمر الجميلي : العقود الذكية واقعها وعلاقتها بالعملات الافتراضية ، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، الدورة الرابعة والعشرون ، دبي ، الامارات ، ٢٠١٩ ، ص ٢٦ .

٤- محمد صلاح عاشور : العقود الذكية والتجارة الإلكترونية ، المؤتمر العلمي الدولي الثاني ، كلية الادارة والاقتصاد ونظم المعلومات ، جامعة مصر للعلوم والتكنولوجيا ، مصر ، ٢٠٢١ ، ص ١٦ .

وبنود التعاقد ، تتولى هذه البرامج بشكل ذاتي وتلقائي التفاوض وإبرام العقد وتنفيذها ، مستندة في ذلك على الصيغة المشفرة التي تمثل الشروط والتعليمات التعاقدية المعبرة عن ارادة المتعاقد ، وبالتالي تنتقل مسألة حسن النية وضمان سلامة العقد إلى البرنامج الذكي من دون الركون إلى حسن نية الأطراف المتعاقدة ، أي تركيز الثقة في البرنامج الذكي الذي يعمل في المنصة الرقمية ويتكفل بالعملية التعاقدية[١].

على سبيل المثال ، عندما يزود البرنامج الذكي بشروط تعاقدية من قبل مستخدمه لشراء برنامج الأوفيس (Office) النسخة الجديدة ، ففي هذه الحالة تنعدم الثقة والمعرفة فيما بين المستخدم والشركة المنتجة للبرنامج ، إلا أن المستخدم يضع ثقته بالبرنامج الذكي لكي يضمن له سلامة التعاقد والحصول على الشيء المطلوب التعاقد من أجله ، ففي سبيل تحقيق الغاية من هذه الخاصية يعمل البرنامج على مبدأ سلم واستلم (Per to Per) ، أي لا يحول الثمن ما لم يتم تحويل البرنامج إليه .

عاشراً : الدقة في كتابة الشروط والبنود التعاقدية : أن التطور الذي نشهده في نطاق العقود الذكية التي تتم بواسطة البرامج الذكية في المنصات الرقمية التي تعمل بفكرة قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، اضفى على هذه العقود خاصية الدقة التامة ، إذ يستلزم من المستخدم اتخاذ العناية اللازمة والدقة المطلوبة عند كتابة الشروط التعاقدية ؛ لأنها تمثل نيته وارادته التعاقدية ، وبعد ادراج هذه الشروط والتعليمات يتم التحقق منها وتنفيذها من خلال البرنامج الذكي بحرص ودقة عالية جداً من دون مساعدة أي عنصر بشري[٢].

واذا كانت هذه الدقة متوفرة في البرامج الذكية وليس في العقود الذكية نظراً لقيام هذه البرامج بالعملية التعاقدية ، بيد أن هذا ينعكس بدوره على العقود الذكية فهذه الدقة في هذا النموذج العقدي غير متوفرة في العقود السابقة ، لذلك يمكننا القول بأن هذا النمط التعاقدي الذكي له من الدقة والموثوقية بما يعزز الاطمئنان لدى الأطراف المتعاقدة وبالتالي توفير الحماية القانونية المطلوبة لهم .

حادي عشر : عدم إمكانية تراجع وتعديل العقود الذكية بعد إتمامها : من الخواص الأخرى التي تتسم بها العقود الذكية ، أن المستخدمين الذين يقومون بتزويد البرامج الذكية بشروط وبنود التعاقد ، فان هذه البرامج تتولى التعاقد وفق هذه الشروط ان لم يكن بشكل أفضل ، إلا أن

1- Christoph Müller : Les (Smart Contracts) en droit des obligations Suisse، 3e Journée des droits de la consommation et de la distribution : Blockchain et Smart Contracts، Défis، juridiques، l'Université de Neuchâtel، Suisse، 2018، P 62 . published at the link :
https://libra.unine.ch/Publications/Blaise_Carron/42624 21/2/2021

2- Valentina Gatteschi، And others : Blockchain and Smart Contracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough?، Future Internet، MDPI، Nol 10، N 2، 2018، P 7 .

بعد إبرام العقد واكتسابه القوة الالزامية أي بعد إتمامه ، لا يستطيع أي من الأطراف المتعاقدة أن يتراجع عن العقد أو يعدله أو يلغيه ؛ إذ أن العقد الذكي يخرج عن سيطرة المستخدم ويقوم البرنامج الذكي بتنفيذ الاثار المترتبة عن العقد[١].

إذ تعتمد المنصات الرقمية التي تعمل وفق قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) التي تجري من خلالها العقود الذكية على ما يسمى بدالة التجزئة أو آلية الهاش (Hash Function) ، من أجل تشفير البيانات والمعلومات التي يتم إدراجها في هذه المنصات وتحويلها إلى صيغة مشفرة تحمل رمزاً أو كوداً خاص بها بحيث أي تعديل يحصل في هذه البيانات يترتب عليه تغير كود التشفير الخاص بها بغض النظر عن حجم هذا التغيير[٢]، إلا أن تحقق ذلك يكاد يكون مستحيلاً نوعاً ما ؛ نظراً للتعقيدات والصعوبات التي تواجه كل من يريد إجراء هذا التعديل أو التغيير نظراً للسمات والخواص التي تتسم بها هذه المنصات الرقمية والبرامج الذكية العاملة فيها .

واذا شاء العاقدان تعديل العقد الذكي فان هذا يستلزم منهم أجراء اتفاق تعاقدي ذكي جديد وادراج هذا الاتفاق الجديد في المنصة الرقمية ليتولى البرنامج الذكي تبويبها في عقد ذكي وفق شروط الاتفاق المزود بها لكي يستطيع تنفيذها ، أي عدم إمكانية أجراء تعديل للعقد بملحق كما هو متعارف عليه في العقود الأخرى .

لكن هذه الخاصية تثير إشكالية قانونية من حيث لو تم التعاقد بخلاف الشروط والتعليمات أو تفهم البرنامج للشروط بطريقة مختلفة عن نية المستخدم ، فكيف يمكن الوصول إلى النية الحقيقية للتعاقد ، ومدى إمكانية اعتبار العقد ملزماً للمتعاقد المستخدم في هذه الحالة[٣]؟

ثاني عشر : عدم بذل المجهودات البدنية : يمكننا القول أن العقود الذكية قد خففت من شدة المجهودات البدنية التي تتطلب من الأطراف التعاقدية بذلها في العقود الرقمية الأخرى والعقود التقليدية ، بغض النظر عن حجم هذه المجهودات ومدى تأثيرها على كل طرف .

1- Ryan Clements : Evaluating the Costs and Benefifits of a Smart Contract Blockchain Framework for Credit Default Swaps، William & Mary Business Law Review، School of Law، University William & Mary، Article، Vol 10، Iss 2، USA، 2019، P 380 .

2- Dylan Yaga، Peter Mell، Nik Roby and Karen Scarfone : Blockchain Technology Overview، National Institute of Standards and Technology، Department of Commerce، USA، 2018، P 7 . published at the link : https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1906/1906.11078.pdf 22/2/2021

Jamie Berryhill، Théo Bourgery، and Angela Hanson : Blockchains Unchained : Blockchain Technology and its Use in the Public Sector، the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)، Working Papers on Public Governance، No 28، 2018، P 16 . published at the link : https://www.oecdilibrary.org/deliver/3c32c429en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F3c32c429-en&mimeType=pdf 22/2/2021

3- Blaise Carron، and Valentin Botteron : Le droit des obligations face aux (contrat intelligents) : Blockchain، Smart Contracts et contrats de droit Suisse، Article، researchgate، France، 2018، P 17 . published at the link :https://www.researchgate.net/publication/331832053 22/2/2021

مـن المعلوم أن العقـود التقليدية تتطلب بذل مجهودات بدنية وذهنيـة في مختلف مراحل العقد بدءً بالتفاوض وانتهاءً بتنفيذ العقد وانقضائه ، فخلال هذه الفترة يتطلب من الذين يرومون التعاقد تقديم المسـتندات وارسـالها واسـتقبالها وتخزينها وحفظها وتوفير البيئة المناسـبة لها للمحافظة عليهـا مـن التلف والسرقة ...ألخ ، فجاءت العقود الذكية لإزالة هذا العبء البدني والذهني من عاتق المتعاقدين .

المبحث الثاني : مظاهر الأمان التعاقدي في إبرام وتنفيذ العقود الذكية

تمهيد وتقسيم :

لقـد اثـارت العقـود الذكية تسـاؤلاً عـن دور ارادة العاقديـن في تكوين هذه العقـود ، طالما أن البرامـج الذكيـة هي التي تتـولى العملية التعاقدية في مختلـف مراحلها ؟

لـم تعالـج القوانين سـواء عـلى الصعيد الـدولي أو على الصعيـد الوطني بشـكل دقيق ومفصل العقـود الذكيـة ومراحل تكوينها ، لكنها أشـارت في الوقت نفسـه إلى البرامج التـي تمتاز بالتلقائية والآليـة في اتخـاذ القـرارات ، إلا أنها اسـتخدمت مصطلحات مختلفة للتعبير عـن هذه البرامج تحت مسـمى (الوكيل الإلكتروني أو العميل الإلكتروني أو الوسـيط الإلكتروني أو وكلاء التعاقد أو نظام آلي أو وسـيط مؤتمـت أو نظـام مؤتمت) ، فإلى أي حد تعترف هـذه القوانين بتكوين وإبرام العقود وتنفيذهـا مـن قبل هذه البرامج ؟ ومـدى إضفاء الشرعية على تصرفاتهـا ؟ وأي صنف من البرامج قصد بها ؟ فضلاً عن مدى إمكانية الانطلاق من هذه النصوص القانونية نحو البرامج الذكية المنشئة للعقود الذكية ؟

فعـلى الصعيد الـدولي[١]، نصت المادة (١٣) من قانون الأونسـيترال النموذجي بشـأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ على أن : ((١- تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسـلها بنفسـه . ٢- في العلاقة بين المنشـئ والمرسل إليه ، تعتبر رسـالة البيانات أنها صادرة

١- نصت المادة (١/٩) من التوجيه الأوربي بشأن التجارة الإلكترونية رقم (٣١) لسنة ٢٠٠٠ على أن : ((تضمن الدول الأعضاء أن نظامها القانوني يسـمح بإبرام العقود بالوسـائل الإلكترونية . يجب على الدول الأعضاء بوجه الخصوص التأكد من أن المتطلبات القانونية المطبقة في العملية التعاقدية لا تخلق عقبات أمام استخدام العقود الإلكترونية ولا تؤدي إلى حرمان هذه العقود من الفعالية القانونية والصلاحية بسبب إبرامها بالوسائل الإلكترونية)).

- Article (9\1) of Directive on electronic commerce 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 : ((Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means)) .

عن المنشـئ إذا أرسـلت : أ) من شـخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشـئ فيما يتعلق برسـالة البيانـات ؛ أو ب) مـن نظام معلومات مبرمج على يد المنشـئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً))[١].

ونصت المادة (١٢) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة [٢]٢٠٠٥ تحت عنوان (استخدام نظم الرسائل الآلية في تكوين العقود)[٣] على أن : ((لا يجـوز إنـكار صحـة أو إمكانية إنفـاذ العقد الـذي يكون بالتفاعل بين نظام رسـائل آلي وشـخص طبيعي أو بالتفاعل بين نظامي رسـائل آليين ، لمجرد عدم مراجعة شـخص طبيعي كلاً من الأفعال التـي قامت بها نظم الرسـائل الآليـة أو العقد الناتج عن تلك الأفعـال أو تدخله فيها))[٤].

١- نصـت المـادة (٢/ج) من قانون الأونسـيترال النموذجي بشـأن التجارة الإلكترونية لسـنة ١٩٩٦ عـلى أن : ((يراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو انشاء رسالة البيانات قبل تخزينها ، إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه ، ولكنه لا يشـمل الشـخص الذي يتصرف كوسـيط فيما يتعلق بهذه الرسالة)) .
لم يشر النص المتقدم إلى البرامج التلقائية لكن بالرجوع إلى دليل تشريع قانون الأونسـيترال النموذجي (التعليقات على المواد مادة فمادة) ، نجده ادرج البرنامج التلقائي ضمن مدلول المادة (٢/ج) ، وجاء التعليق على النحو الآتي : ((...أما رسـائل البيانات التي تنشـئها الحواسـيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر ، فيقصد أن تكون مشمولة بالفقرة الفرعية (ج) ، ولكن لا ينبغي إسـاءة تفسـير القانون النموذجي على أنه يتيح المجال لجعل الحاسـوب صاحب حقوق والتزامات ، وينبغي اعتبار رسـائل البيانات التي تنشـئها الحواسـيب تلقائياً دون تدخل بشري مباشر ناشـئة عن الكيان القانوني الذي شغل الحاسوب نيابة عنه،،،)) . ينظر : دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ ، التعليقـات على المواد مادة فمادة ، ص ٢٧ ، فقرة ٣٥ .

٢- نصـت المـادة (١٧) مـن القانون العربي الاسترشـادي للمعامـلات والتجارة الإلكترونية لسـنة ٢٠٠٩ على أن : ((أ. يجوز أن يتمّ التعاقد بين وسـائط إلكترونية متضمّنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدّة ومبرمجة مسـبقاً للقيام بذلك ويكون التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً لآثاره القانونية حتى في حالة عدم التدخّل الشـخصي أو المباشر لأي شـخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة. ب. يجوز أن يتمّ التعاقد بين شـخص طبيعي أو معنوي بواسـطة نظام معلوماتي إلكتروني مبرمج وبين شخص طبيعي آخر إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سـيتولّى إبرام العقد أو تنفيذه تلقائياً)) ، ونصت المادة (٦) من القانون نفسـه على أن : ((تعتبر رسـالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا توافرت إحدى الحالات الأتية : أ. إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه. ب. إذا صدرت رسالة البيانات من نظام معلوماتي مبرمج للعمل تلقائياً من قبل المنشـئ)) .

٣- إن تعريـف نظـام رسـائل آلي الـذي أوردته المـادة (٤/ز) من اتفاقية الامـم المتحدة المتعلقة باسـتخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسـنة ٢٠٠٥ يشـكل اعترافاً بإمكانية تكوين العقود من قبل البرامج الآلية من دون تدخل أي عنـصر بـشري وفي مختلـف مراحله ، وهذا ما أشـارت إلية المذكرة الايضاحية للاتفاقية ، إذ نصت على أن : ((يشـير مفهوم نظام الرسـائل الآلي اساسـاً إلى نظام للتفاوض على العقود وإبرامها بوسـائل آلية دون أن يشارك فيه احد طرفي سلسلة التفاوض على الاقل...)) ، وأيضاً قضت المذكرة الايضاحية بان إتمام العقد بشكل آلي تسمى معاملة مؤتمتة ، إذ نصـت عـلى أن : ((...فإن المعاملة تكون آلية تماماً (بمعنى مؤتمتة))) . ينظر : المذكرة الايضاحية لاتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باسـتخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسـنة ٢٠٠٥ ، ص ٤٠ ، فقرة ١٠٣ / ١٠٤ .

٤- نصـت المذكـرة الايضاحيـة للاتفاقيـة عـلى أن : ((المادة ١٢ من اتفاقيـة الخطابات الإلكترونية هـي حكم ميسر ولا ينبغي ان يسـاء تفسـيره على انه يسـمح بجعل نظام الرسـائل الآلية أو الحاسـوب صاحب حقوق والتزامات ، فينبغي اعتبار الاتصالات الإلكترونية التي تصدرها نظم الرسـائل أو الحواسـيب آلياً دون تدخل بشري مباشر ناشئة عن الكيان القانوني الذي شغل نظام الرسائل أو الحاسوب نيابة عنه)) . ينظر : المذكرة الايضاحية لاتفاقية الامم المتحدة المتعلقة

أمـا عـلى الصعيـد الوطنـي ، نـص المـشرع الامريكـي في القسـم (١٤) من قانـون المعاملات الالكترونـي الموحـد لسـنة [١]١٩٩٩ على أن : ((تطبق على المعاملة المؤتمتـة القواعد الأتية : ١. يمكن تكويـن العقد عن طريق تفاعل وكلاء إلكترونيين يشـغلون لحسـاب الطرفـين ، حتى إذا لم يكن أي شخص طبيعي على علم بالأفعال التي قام بها العملاء الإلكترونيون أو الشروط والاتفاقات الناتجة عن تلك الأفعال . ٢. يمكن تكوين العقد عن طريق شخص وعميل إلكتروني يشغل لحساب شخص آخر ، بما في ذلك التفاعل الذي ينفذ من خلاله الشخص أفعالاً يكون حراً في رفض تنفيذها كونه يعلم أو مـن المفـترض أن يعلم بتنفيذ العقد أو العملية يكون بواسـطة عميل إلكتروني))[٢].

باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ ، ص ٧٠ ، فقرة ٢١٣ .

١- وكذلك نص المشرع الامريكي في القسـم (٢١٥/أ) من قانون الموحد للمعاملات الحاسـب الآلي لسـنة ١٩٩٩ على أن : ((تنسـب المصادقة العرض ، الرسـالة ، السـجل أو أداء الإلكترونيين إلى الشـخص إذا كانوا من فعل ذلك الشـخص أو وكيله الإلكتروني ، أو إذا كان الشـخص من جهة أخرى مرتبطاً به بموجب قانون النيابة أو قانون آخر . الطرف الذي يدعي اسناد المصادقة الإلكترونية ، العرض ، الرسالة ، السجل ، أو أداء إلى الشخص الآخر إثبات ذلك الإسناد)) ، ونص القسـم (١٠٧/د) من القانون نفسـه على أن : ((يعد الشـخص الذي يسـتخدم الوكيل الإلكتروني الخاص به للمصادقة والتنفيـذ أو التعاقـد ، بمـا في ذلك التعبير عن الإرادة ملزماً بالعمليات التي يقوم بهـا الوكيل الإلكتروني حتى دون علم أو مراجعة أحد لهذه العمليات أو لنتائجها)) ، وأيضاً نص القسم (٢٠٢/أ) من القانون نفسه على أن : ((يجوز تكوين العقـد بأي شـكل من الأشـكال الكافيـة لإبداء الاتفاق ، بما في ذلـك الإيجاب والقبول أو سـلوك كلا الطرفين أو عمليات العمـلاء الإلكترونين التي تعترف بوجود عقد)).

- Section (215\a) of United States Uniform Computer Information Transactions ACT 1999 : ((An electronic event is attributed to a person if it was the act of that person or its electronic agent، or the person is otherwise bound by it under the law of agency or other law. The party relying on attribution of an electronic event to another person has the burden of establishing attribution)) .
- Section (107\d) of United States Uniform Computer Information Transactions ACT 1999 : ((A person that uses its own electronic agent for authentication، performance، or agreement، including manifestation of assent، is bound by the operations of the electronic agent، even if no individual was aware of or reviewed the agent's operations or the results of the operation)).
- Section (202\a) of United States Uniform Computer Information Transactions ACT 1999 : ((A contract may be formed in any manner sufficient to show agreement، including offer and acceptance or conduct of both parties or operations of electronic agents which recognize the existence of a contrac)).

ونصـت المـادة (٢١) مـن قانون التجارة الإلكترونية الموحد الكندي لسـنة ١٩٩٩ على أن ((يجـوز تكوين العقد بتفاعل وكيل إلكتروني مع شـخص طبيعي أو عن طريـق تفاعل وكلاء إلكترونيين)) .

- Art (21) of Canada Uniform Electronic Commerce Act 1999 : ((A contract may be formed by the interaction of an electronic agent and a natural person or by the interaction of electronic agents)) .

2- Section (14) of United States Uniform Electronic Transactions Act of 1999 : ((In an automated transaction، the following rules apply : (1) A contract may be formed by the interaction of electronic agents of the parties، even if no individual was aware of or reviewed the electronic agents' actions or the resulting terms and agreements. (2) A contract may be formed by the interaction of an electronic agent and an individual، acting on the individual's own behalf or for another person، including by an interaction in which the individual performs actions that the individual is free to refuse to perform and which the individual knows or has reason to know will cause the electronic agent to complete the transaction or performance.

وبصـدد موقـف القانون الامريكي[١]، نود الإشـارة إلى أن كثير مـن الولايات الامريكية اصدرت قوانـين خاصـة بالعقـود الذكية واعترافها بهـذه العقود وبصحـة تكوينها والزاميتهـا ، فضلاً عن اعترافهـا بالمنصـات الرقمية القائمة على فكرة قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) ، والتي تجـري من خلالهـا جميع المراحل التعاقدية لهـذا النموذج العقدي[٢].

كما نص المشرع الانكليزي في القسـم (١٤/١) من قانون المعاملات الإلكترونية (غيرنس) لسـنة ٢٠٠٠ عـلى أن : ((يجـوز للولايـات ، مـن وقـت لآخر ، بموجب مرسـوم وضع أحكام بشـأن الأثر القانونـي للإجـراءات التي يتم تنفيذها عن طريـق الوكيل الإلكتروني))[٣].

أمـا المـشرع الفرنـسي فلم يورد أي نص بشـأن آلية تكويـن العقود المؤتمتة وصـولاً إلى العقود الذكيـة ، فالمـشرع الفرنسي لا يـزال في مراحله الأولية في التكيف ومواكبة هـذا التطور التكنولوجي في عصر الذكاء الاصطناعي ، ونلتمس ذلك من بعض المراسـيم التي أصدرها المشرع ، والتي تشـير بطريقـة غـير مباشرة في التعامل مـع هذه العقود التي تتـم عبر منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) أو أيـة منصـات رقمية أخرى تعمـل بفكرة الأتمتة[٤].

وكمـا نصـت المـادة (١٤) مـن قانون امـارة دبي للمعامـلات والتجـارة الإلكترونيـة رقم (٢)

١- وفيمـا يتعلـق ببعـض التشريعـات الأوربيـة والتي شرعت من أجـل مواكبة الفضـاء الرقمي والـذكاء الاصطناعي والخاصـة بالعقـود الكية ، نذكر في هذا الصدد القانون المالطي والقانـون الايطالي ، اللذان اعترفا بصحة تكوين العقود الذكيـة والبرامـج الذكية التي تتولى العمليـة التعاقدية عبر المنصات الرقمية المتطورة والمدعومة بخاصية أنشـاء العقود الذكيـة وتنفيذها من خلالها .

- Maltese Digital Innovation Authority Act NO. (31) of 2018 .
- Maltese Virtual Financial Assets Act NO. (30) of 2018 .
- Maltese Innovative technology arrangements and Services Act No. (33) of 2018 amending Law NO. (389) of 2020 .
- Legge italiana n. (12) del 2019 .

2- United States State of Delaware›s Blockchain Act NO. (69) of 2016، United States State of Vermont›s Blockchain Act of 2016، United States State of Nevada›s Electronic Transactions Act No. (398) of 2017، United States State of Arizona›s Electronic Transactions Act No. (2417) of 2017، United States State of Hawaii›s Economic Development Act No. (1481) of 2017، United States State of New Hampshire›s Virtual currency Act No. (436) of 2017، United States State of New York›s Blockchain Act NO. (08780) of 2018، United States State of OHIO Act NO. (300) of 2018، United States State of Tennessee›s Electronic Transactions Act No. (47) of 2019، United States State of Texas›s business entities Act NO. (3608) of 2019، United States State of Connecticut›s Smart Contracts Act NO. (7310) of 2019، United States State of Illinois›s Blockchain Act NO. (3575) of 2018 amending Law NO. (101) of 2020 .

3- Section (14\1) of The English Electronic Transactions (Guernsey) Law، 2000 : ((The States may، from time to time، by Ordinance make provision for the legal effect of actions carried out by means of an electronic agent)) .

4- Décret n° 2016 -520 du 28 avril 2016 relatif aux bons de caisse . LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence، à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique . Décret français n°0121 du 23 mai 2017، Vocabulaire de l›informatique (liste de termes، expressions et définitions adoptés) . Décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l›utilisation d›un dispositif d›enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l›émission et la cession de minibons .

لسـنة [١]٢٠٠٢ على أن : ((١. يجوز أن يتم التعاقد بين وسـائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومـات إلكترونيـة أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسـبقاً للقيام بمثل هـذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشـخصي أو المباشر لأي شـخص طبيعـي في عمليـة إبـرام العقد في هـذه الأنظمة . ٢. كما يجـوز أن يتم التعاقد بـين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شـخص طبيعي أو معنوي وبين شـخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو مـن المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سـيتولى مهمة إبـرام العقد أو تنفيذه))[٢].

أمـا بشـأن موقـف القانـون العراقـي ، نجـد أن المشرع نـص في المـادة (١٨/ثانياً) مـن قانون التوقيـع الالكترونـي والمعامـلات الالكترونية رقم (٧٨) لسنـــة٢٠١٢ على أن : ((تعد المسـتندات الإلكترونيـة صـادرة عن الموقع سـواء صدرت عنه أو نيابة عنه أو بواسـطة وسـيط إلكتروني معد للعمـل اوتوماتيكيـاً بوسـاطة الموقع أو بالنيابـة عنه)) .

وقـد يفهـم من عبـارة المشرع العراقي (بواسـطة وسـيط إلكتروني معد للعمـل اوتوماتيكياً) ، أن المـشرع وضـع خطواتـه الأولى في التعامـل والتكيف مع البيئـة الرقمية الذكيـة ، إلا أننا نرى أن المشرع كان يقصد في هذا الصدد البرنامج المؤتمت البسـيط وليس البرنامج المؤتمت المتطور ، بدليل أن مشرعنا عندما اورد تعريف الوسـيط الإلكتروني في المادة (١/ثامناً) من القانون ، اشـار إلى أنه برنامـج يسـتخدم لإجراء مـا ولم يشر اطلاقاً إلى تلقائية البرنامج أولاً واسـتقلاليته ثانياً .

والظاهـر ممـا تقدم ، أن القوانين الدولية والوطنيـة وأن اختلفت في طريقة الصياغة والمضمون وطريقـة المعالجـة والمواكبة ، ودرجة الاهتمام بالبرامج الرقمية من الجنبة القانونية ، إلا أن أغلبها أشـار إلى إمكانيـة تكويـن العقود الرقميـة والاعتراف بصحتهـا والزاميتها للأطـراف المتعاقدة من

١- ونصت المادة (١٤/أ) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني رقم (٥٤) لسـنة ٢٠١٨ على أن : ((لا تنكر صحة أو نفاذ العقد المبرم من خلال تفاعل بين وكيل إلكتروني وشـخص طبيعي أو بين اثنين أو أكثر من الوكلاء الإلكترونيين ، لمجرد عدم مراجعة أو إجازة شـخص طبيعي للأفعال التي قام بها الوكلاء الإلكترونيون أو للعقد الناتج عنها)) ، ونصت المادة (١٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (٨٥) لسـنة ٢٠٠١ على أن : ((تعتبر رسـالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل اوتوماتيكياً بواسطة المنشـئ أو بالنيابة عنه)) ، ونصت المادة (٨) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم (٢٠) لسـنة ٢٠١٤ على أن : ((يجـوز أن يتـم التعاقـد بين نظم إلكترونية مؤتمتة متضمنه نظامي بيانـات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات ، ويقع التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً لآثاره القانونية متى تحققت شرائطه ومتى أدت تلك النظم وظائفها على الشـكل المطلوب على الرغم من عدم التدخل الشـخصي أو المباشر لأي شـخص طبيعي في عملية إبرام العقد ، كما يجوز أن يتم التصرف القانوني بين نظام إلكتروني يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سـيتولى مهمة إتمام التصرف القانوني)) .

٢- وفي نفـس الصياغـة والمضمون أشـارت المـادة (١٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونيـة الاماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ .

الناحيـة القانونيـة ، والتـي تتـم من خلال البرامـج المؤتمتة والآلية ، سـواء حصلـت جميع مراحل العمليـة التعاقديـة من قبل هذه البرامج أو مرحلة من مراحله أو حصل التعاقد بين البرنامج الرقمي والشخص الطبيعي .

وفي ضوء ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي :

المطلب الأول : الأمان التعاقدي في مرحلة إبرام العقود الذكية .

المطلب الثاني : الأمان التعاقدي في مرحلة تنفيذ العقود الذكية .

المطلب الأول : الأمان التعاقدي في مرحلة إبرام العقود الذكية

تمهيد وتقسيم :

إن الخـوض في بيـان مرحلة إبرام العقود الذكية ، يسـتلزم منا أن نوضح في هذا الصدد المراحل التـي تمـر بها هذه العقود قبل أن تصبح تامة ولازمة ومكتسـبة القوة التنفيذيـة ، ونظراً لما تمتاز بها هذه النماذج العقدية من خصوصية ، تبرز الحاجة والضرورة الولوج في بيان الفترة التفاوضية التـي تمـر بها العقـود الذكية ، والتي تتم من قبل البرامج الذكية ، والتي تسـبق مرحلة إتمام العقد وانعقاده ، ووفقاً لما تقدم فأن مضمون الفترة قبل انعقاد العقد الذكي يمر بمرحلتين ، وعليه سوف نقسـم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي :

الفرع الأول : مرحلة المفاوضات الذكية .

الفرع الثاني : مرحلة الإتمام الذكي .

الفرع الأول : مرحلة المفاوضات الذكية

تعتبر المفاوضات (Negotiations) بشـكل عام في نظرية العقد من المراحل المهمة في تكوين العقـود وتنفيذهـا ، نظراً لما تشـكله من تأثير عـلى بيان رغبات ونوايا واغـراض المتعاقدين ، الذين يرومـون التعاقد ، بـصرف النظر عن نوع العقد وطبيعته .

فالتفـاوض يشـكل عمليـة تواصـل فيما بـين المتفاوضين سـواء أكانت بصورة مبـاشرة أو غير مباشرة ، من خلال طرح العروض المتبادلة والمقترحات المتنوعة في سـبيل الوصول إلى الطريق التي تتيـح لهم الاتفاق على إبرام العقد المتفاوض بشـأنه[١].

وفي نطـاق العقـود الذكية فان المفاوضـات الذكيـة (Smart Negotiations) تعتبر أحدى

١- أستاذنا د. عباس العبودي : التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الأثبات المدني (دراسة مقارنة) ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٧ ، ص ٨٣-٨٥ .

الأساليب الرقمية التي تجري من خلال البرامج الذكية ، نظراً لما تمتاز بها هذه البرامج من الخواص أهمها الاستقلالية في اتخاذ القرار[١]، ومتى يتخذه ، وتحت أي ظرف أو وضع يقتضي تنفيذه ، فهذه المزايا تتيح لها أجراء هذه العملية والخوض في هذه المرحلة بدلاً من المستخدمين[٢].

ولم نجد تعريفاً للمفاوضات الذكية سواء على المستوى التشريعي أو على المستوى الفقهي وذلك لحداثة هذا النوع الجديد من التفاوض من الناحية القانونية .

فهذه البرامج الذكية تحتل دوراً بارزاً في تقديم المساعدة لضمان رضا الأطراف المتعاقدة من خلال الادوار التي تقوم بها لتكوين العقود الذكية وتنفيذها[٣]، منها مرحلة معالجة العملية التفاوضية ، إذ تجري المفاوضات الذكية فيما بين هذه البرامج ، وصولاً إلى تحقيق التوافق الإرادي بشأن العقد الذكي[٤].

1- Michele Tumminelli And Steve Battle : A Smart Contract Model for Agent Societies، UK-RAS Conference : Robots Working For Among Us Proceedings، Paper، The EPSRC UK Robotics And Autonomous Systems (RAS) Network، UK، 2017، P 161 .

2- Francisco Andrade، And others : Software Agents as Legal Persons، Virtual Enterprises and Collaborative Networks، Working Conference on Virtual Enterprises، IFIP International Federation for Information Processing، Vol 149، Springer، Boston، MA، USA، 2004، P 125 .

٣- هنالك ادوار تقوم بها البرامج الذكية سابقة على مراحل تكوين العقود الذكية ولا تندرج ضمن المرحلة التفاوضية ، وبالتالي فهي لا تنصرف ضمن مفهوم التصرفات القانونية ، بل تعتبر من ضمن الاعمال المادية التي تجري من قبل هذه البرامج لمصلحة المستخدم وتسمى ب(الخطوات التمهيدية أو المرحلة الممهدة) ، فالمستخدم الذي يرغب في التعاقد سواء أكان بائعاً – تاجراً صاحب متجر رقمي أو افتراضي أو بائعاً عادياً- أو مشترياً – مستهلكاً – أو أي توصيف قانوني لأطراف العقد ، فهو بكل تأكيد يحتاج إلى معلومات وبيانات تفصيلية عن سلعة ما أو خدمة ، من حيث مواصفات هذه السلعة أو تلك الخدمة وجودتها وسعرها فضلاً عن إجراء مقارنة بين هذه المنتوجات مع بعضها البعض ، ومتابعة المتغيرات التي تحصل في البيئة الرقمية والمتعلقة بالعرض والطلب ومراقبتها بما يحقق تكوين صورة شاملة وكاملة ، وينعكس أثره وفاعليته بالنسبة للمستخدمين لهذه البرامج الذكية ، من أجل تسهيل المهمة على عاتق المستخدمين نظراً لصعوبة الإحاطة بهذه المعلومات والبيانات أذا ما قام بها المستخدم معتمداً على نفسه ، نظراً للتشعب التي تتسم بها البيئة الرقمية ، فمثلاً صاحب المتجر الافتراضي يستطيع من خلال البرامج الذكية التي تعمل لخدمته الوصول والتفاعل مع جميع طلبات المستهلكين والتعرف على احتياجاتهم ورغباتهم من خلال اطلاع هذه البرامج على بعض البيانات والمعلومات الخاصة بالمستهلكين أو بالاستناد إلى تعاملاتهم السابقة ، أو قيام البرامج الذكية بإجراء ما يسمى بالتصفية التعاونية ، من خلال جمع المعلومات عن عدد كبير من الأفراد لتحديد الأذواق والرغبات المتشابهة فيما بينهم ، وفيما بعد يجري حصر هذه الأذواق المتشابهة بذوق ورغبة المستهلك مستخدم البرنامج الذكي ، وينتج عن ذلك ترتيب قوائم منظمة من المقترحات .

- Sonia Gonzalo : A Business Outlook regarding Electronic Agents، International Journal of Law and Information Technology، Schloss DagstuhlLeibniz Association، Vol 9، N 3، Germany، 2001، P 192 .
- Ben Coppin : Artificial Intelligence Illuminated، Jones and Bartlett Publishers، 1st ed، USA، 2004، p 356 .
- John Richard Wisdom : Agents intelligents de l'internet: enjeux économiques et Sociétaux، Thèse docteur، l'École Nationale Supérieure des Télécommunications، Paris، France، 2005، P 79 .

4- S. A Kablan : Pour une évolution du droit des contrats : le contrat électronique et les agents intelligents، Thèse de doctorat، Université Laval، France، 2008، P 266 .

وقبل وصول البرامج الذكية إلى هذا التطور بفضل الذكاء الاصطناعي[١]، كان معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا الامريكية (Massachusetts) (MIT) ، قد صمم سوق رقمي تحت مسمى (Kasbah)[٢]، وهي واحدة من الأسواق الافتراضية التي جسدت من خلالها العملية التفاوضية التي تتم من قبل البرامج والخوادم المؤتمتة التي تتسم بالذكاء ، وبينت آلية التفاعل والتعامل فيما بين هذه البرامج التي تعمل لمصلحة مستخدميهم وفقاً للبروتوكولات والتعليمات المزودين بها ، بالإضافة إلى ذلك أتاحت قاعدة بيانات للاستبيان ، التي تتم من خلالها تقييم الأطراف المتعاقدة لهذا البرامج المؤتمتة الذكية ، مدى رضائهم عن هذه البرامج ، وإلى أي حد تحققت اغراضهم التعاقدية ، ومدى سلاسة تنفيذ الالتزامات التي نتجت عن العقد[٣].

وفيما بعد أصبح لهذه البرامج أو الخوادم الذكية فاعلية أكبر في أجراء التفاوض ، من حيث تحديد الشروط التعاقدية ، فهذه البنود أو الشروط الذي يروم البرنامج الذكي التعاقد عليها لمصلحة مستخدمة ، قد لا يعلمها المستخدم وقت أجرائها من قبل البرنامج[٤]، نظراً لقدرتها على تولي زمام الأمور بشكل منفرد في هذه المرحلة والاستفادة من خبراته وتجاربه السابقة ، والتي تعتبر أحدى

١- ينظر كل من : د. مدحت محمد أبو النصر : الذكاء الاصطناعي في المنظمات الذكية ، الطبعة الأولى ، المجموعة العربية للتدريب والنشر ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٢٠ ، ص ١٢٧ وما بعدها ، ود. عبد السلام محمد رائد : تطور الاستخدام الاقتصادي للذكاء الاصطناعي ، دار الأهرام للنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٢٢ ، ص ١١ وما بعدها .

٢- وكذلك هنالك منصات رقمية أخرى تمتاز برامجها الذكية العاملة ضمن هذه المنصات بالقدرات الفنية والموضوعية بما تتيح له إجراء المفاوضات الذكية فيما بينها بشكل متسلسل بالإضافة إلى إمكانية تعدد الأطراف المتفاوضة الذكية بشأن السلعة أو الخدمة المراد التعاقد عليها لمصلحة مستخدميهم ، منها السوق الافتراضي الذي يسمى (tete-a-tete) ، هذا السوق أيضاً منظم ومصمم من قبل معهد ماساتشوستس للتكنولوجيا الامريكية ((Massachusetts MIT)) ، وايضاً السوق الافتراضي الذي يسمى (Advance Decision Environment for ADEPT) (Process Task) ، والتي تم تصميمها وبرمجتها وتطويرها بالعمل المشترك فيما بين (University Queen Mary، College of Westfield) وشركة (Company British Telecom) .

ونظراً لما تتسم بها هذه الخوادم البرمجية الذكية في هذه المنصات الرقمية ، فيمكن توظيف امكانيات هذه البرامج في الدخول بإجراء العملية التفاوضية السابقة لمرحلة إبرام العقود الذكية من خلال المنصات التي تعمل على قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، أو أية منصات أخرى تدعم العملية التعاقدية الذكية من خلال البرامج الذكية .

- Laurent Deveaux et Corina Paraschiv : Le rôle des agents intelligents sur l›internet: Révolution ou évolution commerciale?، Revue française de gestion، Lavoisier، Vol 5، n° 152، France، 2004، P 28 .
- Nir Vulkan : Economic Implications of Agent Technology and E-Commerce، The Economic Journal، Royal Economic Society، Oxford Academic، Vol 109، Iss 453، UK، 1999، P 73-74 .

3- Anthony Chavez and Pattie Maes : Kasbah: An Agent Marketplace for Buying and Selling Goods، Proceedings of The First International Conference On The Practical Application Of Intelligent Agents And Multi-Agent Technology، The Pennsylvania University، USA، 1996، P 83-84 . Robert H، And others : Agent-mediated electronic commerce: a survey، The Knowledge Engineering Review، Cambridge University Press، Vol 13، Iss 2، UK، 1998، P 151 .

4- Tina Balke : "Entity" and "Autonomy" – The Conclusion of Contracts by Software Agents in the Eyes of the Law A Software Agent Definition-based Analysis، Revue D Intelligence Artificielle، Vol 24، No 3، France، 2010، P 392 .

خـواص هـذه البرامج الرقميـة الذكية ، بالإضافة إلى ذلـك قد يصعب على المبرمـج أو المصمم التنبؤ بتصرفات البرنامج مسبقاً[١].

وكذلك تسـمح المنصات الرقمية للأشـخاص (مسـتخدمي البرامج الذكية) من تتبع كل المراحل التي تمر بها العقود الذكية بما فيها مرحلة التفاوض الذكي ، من خلال الاطلاع على مسار معاملات بواسطة قاعدة البيانات (Data Room) الموجودة في هذه المنصات في إطار بروتوكول معلوماتي يسـمى (BIM\building information management) ، مـن حيـث التأكـد مـن تبـادل الوثائق والمسـتندات بالإضافة إلى الآجال المتفق عليها بموجب هذا النموذج العقدي[٢].

أي أن البرامـج الذكيـة المتفاوضـة فيمـا بينهـا ، يهـدف كل منهـا إلى تحقيق أهـداف ومصالح مسـتخدمه ، فيحدث ما يسـمى بالتفاوض الذكي التنافسي _ كما هو الحال في المفاوضات التقليدية التـي تجـري بين الـوكلاء العاديـين (الأشـخاص الطبيعيين)_ ويتمثـل ذلك في العـروض المتكررة والمتبادلـة فيما بـين هذه البرامج والخوادم الذكية الرقمية حتى يتـم الوصول أما إلى إيجاب وقبول وبالتـالي انعقاد العقد أو قطع وأنهـاء المفاوضات[٣].

ولا تجـري العمليـة التفاوضية مـن قبل البرامج الذكيـة الممثلة للأطراف الذيـن يرومون إبرام عقد ما (المسـتخدمين) بشـكل عشـوائي ، بل تكون هنالك قواعد وضوابط تعمل عليها هذه الخوادم البرمجية الذكية ، سـواء من حيث عدد الأطراف التي تدخل في المفاوضات أو الحد الأقصى للجولات المسموح بها إجراء التفاوض فضلاً عن تعليمات وبروتوكولات المفاوضات...ألخ ، فهذه القواعد تكاد يكون مختلفة بحسـب تصميم المنصات الرقمية وقدرات البرامج الذكية وآلية معالجة الاسـتراتيجية التفاوضية لهذه الخوادم الذكية العاملة لمصلحة مسـتخدميهم[٤].

بالإضافـة إلى ذلـك فـأن هذه البرامج تعتمد في اتخاذ القرار المناسـب بشـأن إتمـام العقد الذكي

1- Samir Chopra and Laurence F. White : A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents، University of Michigan Press، USA، 2011، P 31 .

2- Mustapha Mekki : Blockchain : l'exemple des smart contracts Entre innovation et precaution، Article، France، P 6 . published at the link :
https://lesconferences.openum.ca/files/sites/97/2018/05/Smart-contracts.pdf
20/4/2021

3- Peyman Faratin، And others : Negotiation decision functions for autonomous agents، Robotics and Autonomous Systems، Spanish Council for Scientific Research، Artificial Intelligence Research Institute، Vol 24، Iss 3-4، Barcelona، Spain، 1998، P 160 . Marie-Hélène Verrons : GeNCA : un modèle général de négociation de contrats entre agents، Thèse Doctorat، l'Universit´e des Sciences et Technologies، sp´ecialit´e informatique، Lille، France، 2004، P 12 .

4- Maxime Morge : Syst`eme dialectique multi-agents pour l'aide `a la concertation، Thèse Doctorat، l'Universit´e Jean Monnet، sp´ecialit´e informatique، Saint Etienne، France، 2005، P 18 . Ghalib Alshammri : Investigation of Agent or Multi-agent Technologies in E-Commerce Systems، International Journal of Computer Science and Network Security، IJCSNS، Vol 9، No 10، 2009، P 231 .

أو قطـع التفـاوض على نمـوذج يحتوي على البيانات والمعلومات الخاصة بـه ، والتي تعبر عن نوايا مستخدمه وارادته ، وبكل تأكيد فأن هذه التعليمات قد تختلف من برنامج ذكي إلى آخر بحسب نوع المعاملة العقدية وطبيعتها ، فقد تكون معقدة وصعبة أو قد تكون أقل تعقيداً ، فهذه المعطيات ذات تأثـير مباشر ، ولها محل اعتبار في قرار البرنامج الذكي[١].

عـلى سـبيل المثال ، لو اراد شـخص شراء سـيارة ذكية من خـلال المنصة الرقميـة التي تتم من خلالهـا العقـود الذكية ، فيقوم بتزويد البرنامج الذكي الخـاص به بتعليمات وشروط عملية الشراء ، من حيث الشركة ، ونوع السـيارة ، وسـنة الصنع ، فبعد ذلك يتولى البرنامج الذكي بالتواصل مع الخـادم الذكـي للشركة المتواجدة في هـذه المنصة ، فيتفاوض معه على السـعر وألية الدفع ، وجودة السـيارة ومتانتها ، ومقاومتها لبيئة المشـتري ، ومواصفاتها ، وضمانات الشركة بعد عملية البيع ، فإذا رأى برنامج المشـتري ، أن عرض الشركة لا يتناسـب مع رغبات مسـتخدمه ، يقوم هو بإجراء عـرض عليهـم يسـمى (عرض ذكي مضـاد) ، وهنا يقوم برنامـج البائع (الشركـة) ، بالاطلاع على العرض لمعرفة مدى إمكانية التعاقد وفق هذا العرض ، ونتيجة هذه العروض والمراسـلات الرقمية بـين هـذه البرامـج الذكية تتحقق عملية التفاوض ، وفي الختام أمـا ان يتم التوصل إلى اتفاق أو عدم التعاقـد وبالتالي أنها المفاوضات الذكية .

وتعد المزايدات الآلية أو التلقائية ، من أبرز الأشكال التفاوضية التي يمكن أن تحصل فيما بين البرامـج الذكيـة ، من حيث قيامها بالاعتماد عـلى نظام المزاد ، من أجل إجراء عملية المفاوضات فيما بين الأطراف المتفاوضة الذكية الممثلين للمستخدمين ، فكل شخص يرغب بالمشاركة في المزايدة التي تتم بهذا الشـكل ، ليس عليه سـوى تزويد برنامجه الذكي بشروط وتعليمات التعاقد ، ولا يسـتلزم منه متابعة المزاد لكونه تجري بشكل آلي ويرسو المزاد عندما يصل إلى أعلى قيمة بعد تبادل العطاءات من قبل البرامج الذكية الممثلة للمستخدمين[٢].

وفي هـذا الصـدد نـود أن نسـلط الضوء على بعـض المزادات الذكيـة أو الآلية الأكثير انتشـاراً في المنصـات الرقميـة، والمتمثلة بالمزاد التصاعـدي الإنكليزي والمزاد التنـازلي الهولندي[٣].

1- Huu Nguyen and Scott Bailey : Use of Artificial Intelligence For Smart Contracts And Blockchain، FinTech Law Report، E-Banking، Payments and Commerce in the Mobile World، Thomson Reuters، Vol 21، Iss 2، USA، 2018، P 3-4 .

2- Laurent Deveaux et Corina Paraschiv : La référence précédente، P 25 .

٣- وكذلـك هنالـك مـزادات أخرى تعمل بشـكل تلقائي أو آلي من خـلال البرامج الذاتية التنفيذ ، منهـا مزاد المظاريف المختومة بأعلى سعر ، يراد بهذا النوع من المزاد بأنه تتم من خلال تقديم كل مشارك في هذا المزاد سعر للسلعة أو الخدمة المعروضة بشكل سري في ظرف مختوم ، من دون معرفة كل مشترك السعر الذي عرضه المشترك الآخر ، وترسو المزاد على المشـارك الذي عرض السـعر الأعلى ، لذلك سـميت بهذه التسـمية ، وتعتبر موقع شركة شيكاغو للنبيذ ((TCWC

فالمزاد التصاعدي الإنكليزي ، يعد من المزادات المنتشرة في البيئة الرقمية والأكثر استخداماً ، ويطلق عليه المزاد العلني لكونه يتم بشفافية عالية[١]، يبدأ المزاد بالعرض الافتتاحي لسعر السلعة أو الخدمة المعروضة ، وتبدأ فيما بعد العطاءات فيما بين المشاركين ، بالإضافة إلى ذلك فإن كل مزايد مشارك في هذا المزاد يستطيع معرفة المزايدين الأخرين المنسحبين من المزايدة ، ولا يستطيع المزايد المنسحب من الرجوع مرة أخرى واستئناف المزاد ، ومن مزايا هذا النوع من المزاد هو تزايد السعر نحو الارتفاع بمرور الوقت[٢].

ويعد موقع (Ebay) ، أبرز مثال لتجسيد المزاد التصاعدي الإنكليزي ، والتي تقوم على نفس الفكرة التصاعدية وآلية افتتاح المزاد من حيث تحديد السعر للسلعة أو الخدمة المعروضة للبيع[٣].

أما المزاد التنازلي الهولندي ، فيسمى بالمزاد التنازلي ؛ لكون أسعار الأشياء المعروضة فيه تنخفض تدريجياً مع مرور الوقت[٤]، ويستخدم بشكل خاص لبيع الزهور في هولندا ، لذلك تمت تسميته بالمزاد الهولندي ، فهذا المزاد على خلاف المزاد الإنكليزي ، من حيث تحديد سعر الشيء ،

(The Chicago Wine Company)) ، أبرز مثال تطبيقي لهذا النوع من المزاد .

وأيضاً مزاد المظاريف المختومة بثاني أعلى سعر ، ويسمى أيضاً بالمزاد (Vickrey) ، تعتبر السوق الرقمية (Minnesota AGent Marketplace Architecture) (MAGMA) من الأسواق الافتراضية ، والتي تجري من خلالها المفاوضات الذكية من قبل البرامج الرقمية بشأن المعاملات والعقود الذكية ، فالبرنامج المتفاوض يقوم هنا أيضاً بالتفاوض بهدف إتمام التعاقد حالها حال المنصات الرقمية الأخرى التي تمتاز بهذه الخصوصية . بينما هنالك من قال بأن مزاد المظاريف المختومة بأعلى سعر ومزاد المظاريف المختومة بثاني أعلى سعر ، لا يمكن إضفاء عليها المرحلة التفاوضية ؛ وذلك لأن البرنامج المشارك في المزاد الذي يعمل لمصلحة مستخدمه لا يستطيع تقديم اقتراح أو عرض ثاني ، أي لا تتضمن هذه المزادات عروضاً مضادة بخلاف المزادات الأخرى ، فبروتوكولات وتعليمات وشروط هذه المزادات بسيطة جداً نوعاً ما ، ألا أن هذا الرأي يمكن الرد عليه بأن هذه الظروف أي العروض المقدمة من قبل البرامج الذكية والمتضمن السعر ، أحياناً قد تتضمن اسعاراً متماثلة ، وبالتالي لن يرسو المزاد على أحد ، لذلك نحتاج إلى تقديم هذه العروض مرة ثانية وهكذا ، ونتيجة هذه الفرضية تتحقق العملية التفاوضية الذكية .

لكن في الوقت نفسه نود الإشارة إلى أن الواقع التطبيقي الرقمي لهذه المزادات بشكل عام تتطور بشكل سريع بما يفسح المجال أمام البرامج الذكية في القيام بأعمال متعددة في آن واحد لمصلحة مستخدميهم ، منها العملية التفاوضية فيما بين هذه البرامج المتعددة من خلال العروض المتبادلة فيما بينهم .

- Mili Seif Eddine : Conception d'une architecture basee agents pour la creation d'un marche virtuel، Mémoire، These Magister، Faculté des Sciences d'Ingénieur، Université Mentouri ed Constantine، Algeria، 2008، P 43-44 .
- Laurent Deveaux et Corina Paraschiv : La référence précédente، P 26 .

1- Nir Vulkan : Economic Implications of Agent Technology and E-Commerce، The Economic Journal، Royal Economic Society، Oxford Academic، Vol 109، Iss 453، UK، 1999، P 78 .

2- Become a World-Class Financial Analyst (CFI) : English Auction . published at the link : https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/english-auction/ 27/4/2021

3- EBAY website . published at the link : https://title-builder.com/ebay-auctions-strategy-how-does-it-really-work/ 27/4/2021

4- James Chen : Dutch Auction، Article، 2021 . published at the link : https://www.investopedia.com/terms/d/dutchauction.asp 28/4/2021

فيتم تحديدها بسعر مرتفع جداً عن قيمته ، ثم ينحدر السعر نحو الانخفاض حتى يستقر على أحد المشاركين في المزاد بقبول السعر الذي وصل إليه ، فتتحقق العملية التفاوضية في هذا المزاد من خلال العـرض الـذي يقدم إلى جمهور المشـاركين في هذا المزاد من خلال البرامج الذكيـة الممثلة لهم ، فإذا رفـض العـرض يكـون هنالك عرضاً أخر وهكـذا إلى أن يتم الوصول إلى أتفـاق أو أنهاء المفاوضات الذكية[١].

ويمتاز المزاد التنازلي الهولندي مقارنةً مع المزادات الأخرى ، بأنه يتسم بالسرعة في إجراء المزاد ، فهـي لا تسـتغرق وقتـاً طويلاً ، بل تكون مدتها قليلة نسـبياً بحيث لا تتجـاوز يوماً واحداً ، فهذه الخاصية مناسـبة وملائمة لبيع الأشياء السريعة التلف[٢].

يتضح لنا مما تقدم ، أن المفاوضات الذكية تشكل مرحلة مهمة وبارزة قبل مرحلة انعقاد العقد الذكـي ، وتتسـم بالخصوصية التـي تميزها عن المفاوضات الرقمية الأخـرى ومن باب أولى تميزها عن المفاوضات التقليدية ، نظراً لقيام البرامج الذكية بهذا الدور بشكل منعزل عن الأشخاص الذين يسـتخدمونها ، وهؤلاء الأشـخاص لا يسـتطيعون التدخل بالحركات التفاوضية التي تقوم بها هذه البرامج ، بل تقتصر تصرفاتهم على تزويد هذه البرامج بالشروط والبنود التعاقدية اللازمة ، والتي تعتمد من قبل هذه البرامج عند إجرائها للمفاوضات داخل المنصات الرقمية التي تعمل بفكرة قواعد البيانـات المتسلسـلة (Blockchain) أو أية منصات رقميـة افتراضية أخرى تدعم خاصية تكوين العقود الذكية .

وفي ضوء ما تقدم يمكننا ان نعرف المفاوضات الذكية بأنها : العملية التي يتم بموجبها التحاور وتبـادل العروض والمناقشـات والمباحثات بالتفاعل فيما بين البرامـج الذكية المتفاوضة عبر منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكية الأخرى ، من أجل الوصول إلى إبرام عقد ذكي لمصلحة مستخدميهم ولحسابهم أو أنهائها .

1- Dutch Auction . published at the link : https://saylordotorg.github.io/text_introduction-to-economic-analysis/s21-03-dutch-auction.html 28/4/2021- Reverse-dutch-auction meaning . published at the link : https://www.yourdictionary.com/reverse-dutch-auction 28/4/2021

2- Marie-Hélène Verrons : GeNCA : La référence précédente، P 26 .

الفرع الثاني : مرحلة الإتمام الذكي

إن المفاوضات الذكية بعد إتمامها من قبل البرامج الذكية الممثلة للأطراف الراغبة بإبرام عقد ما بواسطة المنصات الرقمية القائمة على فكرة قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو المنصات الأخرى ، قد تفضي في نهاية المطاف إلى صدور إيجاب من قبل أحد الأطراف المتفاوضة الذكية ، وصدور القبول من قبل الطرف الآخر ، وبالتالي انعقاد العقد الذكي وإتمامه.

وفي هذا الخصوص وقبل الولوج في توضيح هذه المسألة ، نشير إلى القوانين التي جوزت استعمال البرامج الرقمية الآلية في التعبير عن الإرادة ، وهذا يعتبر منعطفاً نحو مواكبة البرامج الذكية أو الخوادم الرقمية الذكية الأكثر تطوراً ، والتي تعمل لخدمة المستخدمين المتمثلة بالأطراف التعاقدية في العقود الذكية .

فعلى الصعيد الدولي ، إذ نصت المادة (١٣/٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة [١]١٩٩٦على أن : ((في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه ، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت : **أ-** من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات ؛ أو **ب-** من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً))[٢].

أما على الصعيد الوطني ، فقد نص القسم (١٠٧/د) من قانون الموحد للمعاملات الحاسب الآلي الامريكي لسنة ١٩٩٩ على أنه : ((يعد الشخص الذي يستخدم الوكيل الإلكتروني الخاص به للمصادقة والتنفيذ أو التعاقد ، بما في ذلك التعبير عن الإرادة ملزماً بالعمليات التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني حتى دون علم أو مراجعة أحد لهذه العمليات أو لنتائجها))[٣]، وأيضاً نص القسم

١- نصت المادة (٦) من القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٩ على أن : ((تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا توافرت إحدى الحالات الآتية : أ. إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه. ب. إذا صدرت رسالة البيانات من نظام معلوماتي مبرمج للعمل تلقائياً من قبل المنشئ...)) .

٢- نصت المادة (١٢) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ تحت عنوان (استخدام نظم الرسائل الآلية في تكوين العقود) على أن : ((لا يجوز إنكار صحة أو إمكانية إنفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي أو بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين ، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلاً من الأفعال التي قامت بها نظم الرسائل الآلية أو العقد الناتج عن تلك الأفعال أو تدخله فيها)) .
ونصت المذكرة الايضاحية للاتفاقية بشأن مسألة أسناد تصرفات البرنامج الآلي على أن : ((المادة ١٢ من اتفاقية الخطابات الإلكترونية هي حكم ميسر ولا ينبغي ان يساء تفسيره على انه يسمح بجعل نظام الرسائل الآلية أو الحاسوب صاحب حقوق والتزامات ، فينبغي اعتبار الاتصالات الإلكترونية التي تصدرها نظم الرسائل أو الحواسيب آلياً دون تدخل بشري مباشر ناشئة عن الكيان القانوني الذي شغل نظام الرسائل أو الحاسوب نيابة عنه)) . ينظر : المذكرة الايضاحية لاتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ ، ص ٧٠ ، فقرة ٢١٣ .

3- Section (107\d) of United States Uniform Computer Information Transactions ACT 1999 : ((A person that uses its own electronic agent for authentication، performance، or agreement، including manifesta-

(٢٠٢/أ) من القانون نفسه على أنه : ((يجوز تكوين العقد بأي شكل من الأشكال الكافية لإبداء الاتفاق ، بما في ذلك الإيجاب والقبول أو سلوك كلا الطرفين أو عمليات العملاء الإلكترونين التي تعترف بوجود عقد)) [١].

كما نصت المادة (٢/١٥) من قانون امارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ [٢]على أنه : ((في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر الرسالة الإلكترونية أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت : أ. من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية، أو ب. من نظام معلومات مؤتمت ومبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ أو نيابة عنه))[٣].

أما المشرع العراقي فقد نص في المادة (١٨/ثانياً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة٢٠١٢ على أنه : ((تعد المستندات الإلكترونية صادرة عن الموقع سواء صدرت عنه أو نيابة عنه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل اوتوماتيكياً بوساطة الموقع أو بالنيابة عنه)) ، ونؤكد نفس الملاحظات التي اشكلناها وأشرنا إلية بشأن نية المشرع والمقصد التشريعي وغايتها .

فهذه النصوص القانونية بينت لنا مسألة الأسناد ، أي من يتحمل الأثار القانونية للتعبير الصادر من البرامج الذكية داخل المنصات الرقمية ، فاعتبر الشخص المستخدم لهذه البرامج هو المنشئ وتنصرف تصرفات هذه البرامج إليه .

إن منشئ هذه الرسالة الرقمية سواء أكان تعبيره عن إيجاب أو قبول ، فأن الرسالة تعد صادرة

---

tion of assent، is bound by the operations of the electronic agent، even if no individual was aware of or reviewed the agent's operations or the results of the operations)) .

1- Section (202\a) of United States Uniform Computer Information Transactions ACT 1999 : ((A contract may be formed in any manner sufficient to show agreement، including offer and acceptance or conduct of both parties or operations of electronic agents which recognize the existence of a contract)) .

٢- نصت المادة (١٣) من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ على أن : ((تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد انشاء التزام تعاقدي)) ، ونصت المادة (١٤) من القانون نفسه على أن : ((تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل اوتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه)) . ونصت المادة (١١) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٤ على أنه : ((يعتبر المستند أو السجل الإلكتروني صادراً عن المنشئ سواء صدر منه شخصياً أو من الغير لحسابه عن طريق نظام إلكتروني معد للعمل تلقائياً بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه...)) .

٣- ينظر : المادة (٢/١٣) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ ، والمواد (١٤/١٣) من قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني رقم (٥٤) لسنة ٢٠١٨ .

منه وتنسب إليه[١]، ما دام تم إرسالها من قبله أو من قبل شخص آخر ينوب عنه أو من قبل البرنامج الآلي ، باعتباره معبراً عن إرادته[٢].

بالإضافة إلى أن هذه القواعد القانونية وأن كانت غير كافية لإعطاء صورة دقيقة عن عمل هذه البرامج ، ألا أنها تشكل خطوة مهمة في مواجهة هذه الثورة الذكية في نطاق البيئة الرقمية ، وبالتالي الركون إليها في تأسيس العقود الذكية التي تتم عبر منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الأخرى التي تمتاز بخصوصية تكوين العقود الذكية من خلالها .

أولاً : الإيجاب الذكي (The Smart Offer) :

يعرف الإيجاب في القانون الإنكلوامريكي القانون العام (Common Law) بأنه : ((بيان لرغبة من أصدره في التعاقد على وفق الشروط المذكورة فيه))[٣]. وعرفه بأنه : ((الوعد بالالتزام بشروط معينة إذا استجابة الطرف الآخر بشكل ايجابي))[٤].

كما أن المشرع الفرنسي نص في المادة (١١١٤) من القانون المدني لسنة ١٨٠٤ المعدل بمرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ على أن : ((يتضمن الإيجاب الموجه ، إلى شخص محدد أو غير محدد ، العناصر الجوهرية للعقد المنشود ، ويعبر عن إرادة صاحبه في الارتباط في حال قبوله . عند تخلف ذلك ، فلا يعد الأمر سوى دعوة للتفاوض))[٥].

وعرف المشرع البحريني في المادة (٣٧) من القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ الإيجاب بانه : ((العرض الذي يقدمه شخص لآخر بعزمه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجب له ، ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية.))[٦].

١- د. قاشي علال ود. عشير جيلالي : النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، التجارة الدولية بين الحاضر والمستقبل ، الجزء الرابع ، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ، برلين ، المانيا ، ٢٠٢١ ، ص ٣٥-٣٧ .

٢- د. خالد ممدوح إبراهيم : إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ١٥٥ .

3- Guenter Treitel : An Outline of the Law of Contract، Second edition، Buter worths، London، UK، 1979، P 7 .

4- Marnah Suff : Essential Contract Law، Second edition، Cavendish Publishing Limited، London • Sydney، UK، 1997، P 3 .

5- Article (1114) du Code civil français de 1804، modifié par le décret n ° 131 de 2016 : ((L›offre، faite à personne déterminée ou indéterminée، comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d›être lié en cas d›acceptation. A défaut، il y a seulement invitation à entrer en négociation)) .

٦- نصت المادة (٣٩) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ على أنه : ((يعتبر إيجاباً العرض الذي

فالإيجاب يتمثل في العرض أو التعبير عن إرادة الشخص الراغب في الدخول بعلاقات تعاقدية[١]، بصرف النظر عن أسلوب التعبير ، ومن وجه إليه هذا التعبير سواء أكان لشخص معين أو أشخاص معينين أو موجه هذا الإيجاب بشكل عام[٢].

إن الإيجاب الذكي ، يعد أسلوباً جديداً في التعبير عن ارادة شخص ما ، من دون تدخل هذا الأخير وقت صدر هذا الإيجاب من قبل الموجب الذكي ، فكيف يتحقق ذلك؟[٣].

ويراد بالإيجاب الذكي ، تعبير ارادي عبر برنامج ذكي يتضمن شروط الموجب عبر برنامج ذكي يتم من خلال منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو من خلال منصات رقمية ذكية اخرى .

فالإيجاب الذكي يتحقق من خلال البرامج الذكية المعبرة عن إرادة مستخدمها ، بغض النظر عن تمثيل هذا البرنامج الموجب الذكي لأي طرف من الأطراف الذين يرومون التعاقد[٤]، كما لو كان هذا البرنامج مستخدماً من قبل الشخص الذي لديه متجر افتراضي في المنصة الرقمية التي تجري من خلالها هذه النماذج العقدية أو قد يكون الموجب الذكي مستخدماً من قبل المستهلك مثلاً[٥].

ويمكن تصوير آلية التعبير عن الإرادة من خلال الإيجاب الذكي ، التي تتم عبر المنصات الرقمية القائمة على فكرة قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الداعمة لفكرة تكوين العقود الذكية ، إذ يتم من خلال تزويد الشخص الذي يرغب بإبرام عقد ذكي من خلال المنصة الذكية بالبيانات والشروط التعاقدية[٦]، وبمجرد دخولها في المنصة الذكية ، وبعد التحقق من هذه الشروط من خلال التوقيع الرقمي المتمثل بالمفتاح الخاص للمستخدم ، يتم تحويل

يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له. ويلزم أن يتضمن، في الأقل، طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية.)) .

١- أستاذنا د. جليل حسن الساعدي : العنصر النفسي في العقد (دراسة في القانونين العراقي والانكليزي) ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد ٢٧ ، العدد ٢ ، ٢٠١٢ ، ص ٦٢ .

٢- د. مجيد حميد العنبكي : مبادئ العقد في القانون الإنكليزي ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٨ .

٣- د. رمضان عبد الله الصاوي : العقود الذكية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، الحلقة الأولى ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، دراسات ، دبي ، الامارات ، ٢٠٢٠ . منشور على الرابط :
https://www.aliqtisadalislami.net/ 5/5/2021

٤- د. غني ريسان جادر : النظام القانوني للوكيل الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، مجلة أهل البيت عليهم السلام ، جامعة أهل البيت عليهم السلام ، العدد ٥ ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٨١ .

٥- ينظر كل من : د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق ، ص ٥٤ ، ود. آلاء يعقوب النعيمي : النظام القانوني للوكيل الإلكتروني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٧ ، ص ٤٠ وما بعدها .

6- Mateja Durovic and Andre Janssen : The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?، Article، 2018، P 10 . published at the link :
https://www.researchgate.net/publication/327732779_The_Formation_of_Smart_Contracts_and_Beyond_Shaking_the_Fundamentals_of_Contract_Law 5/5/2021

هـذه الـشروط إلى صيغة مشـفرة لا يفهما غير البرامج الذكية العاملة في هـذه المنصات ، ويتم تنفيذ الإجـراءات بشـكل ذكي مـن قبل هذه البرامج ، ويجـب أن تتضمن هذه الـشروط عناصر الإيجاب ، بحيـث يكـون جازماً وباتاً ، وأن يكون محدداً وكاملاً ، أي يشـتمل على العناصر الأساسـية للعقد ، حتى تعتبر عندئـذ إيجاباً صحيحاً[١].

فالإيجاب الصادر من هذه البرامج وفق هذا التصوير ، لا يسـتلزم ضرورة توجيهه إلى شـخص معـين بـل يمكـن تطبيـق القواعد العامة على هذا الأسـلوب للتعبـير عن إرادة المسـتخدم ، من حيث إمكانيـة صـدور الإيجاب موجهاً إلى شـخص واحد أو عدة أشـخاص أو إلى الجمهور ، بالإضافة إلى إمكانيـة تحديـد الإيجـاب الذكي بمدة معينـة أو عدم تحديد مدة ، فهذه القواعد تنسـجم مع طبيعة عمل الإيجاب الذكي .

بالإضافـة إلى ذلـك يمكـن توظيـف خاصيـة التدمـير الذكـي أو الذاتـي (Auto or Self-Destruct)[٢]، عنـد صياغـة الإيجـاب الذكي ، فعند تحقـق حدث معين أو حصـول واقعة معينة كفـوات المـدة المحددة مثلاً ، يصار إلى تفعيل هذه الخاصية ، وتدمير الإيجاب الذكي من خلال إزالته مـن منصة قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) ، فضلاً عـن ذلك يبقى الإجراء الذكي الذي حصـل داخل هذه المنصـة موجوداً ألا أنه غير مفعل في المسـتقبل[٣].

فعلى سبيل المثال ، لو رغب شريك في شركة مساهمة ببيع أسهمه في سوق الأوراق المالية الرقمية المتواجدة في منصات قواعد البيانات المتسلسـلة ، ووضع شروط البيع من حيث عدد الأسـهم وسـعر كل سهم وآلية الدفع ، وحدد مدة للعرض على الجمهور المتواجدين والمسجلين في المنصة الرقمية التي تتم من خلالها إبرام العقود الذكية ، وقام بعد ذلك بتسجيل هذه الشروط في هذه المنصة ، وتشفيرها والتصديـق عليـه من قبله من خلال التوقيع الرقمي أو المفتاح الخاص به ، فبعد ذلك يتولى برنامجه الذكي بتنفيذ هذه العملية من خلال طرح العرض المزود به والذي يشـكل إيجاباً ، فإذا تلقى قبولاً مـن قبـل برنامج آخر مطابقاً لعرضـه وخلال المدة عندئذ ينعقد العقد الذكـي وينتج أثاره لمصلحة الأطراف المتعاقدة ولحسابهم .

1- Mateja Durovic and Andre Janssen : The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law، European Review of Private Law، Kluwer Law International BV، Vol 26، N 6، The Netherlands، 2018، P 762 .

2- Jiachi Chen And others : Why Do Smart Contracts Self-Destruct? Investigating the Selfdestruct Function on Ethereum، Vol 1، No 1، Article 1، 2016، P 1-6 .

٣- د. هيثم السـيد أحمد عيسى : نشـأة العقود الذكية في عصر البلوك تشـين ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٢١ ، ص ٦٧ .

ثانياً : القبول الذكي (The Smart Acceptance) :

يعرف القبول في القانون الإنكلوامريكي القانون العام (Common Law) بأنه : ((التعبير النهائي وغير المشروط بالموافقة على شروط العرض))[١]. وعرفه بأنه : ((الإشارة الواضحة والمفهومة من المعروض عليه بالموافقة على شروط العرض بالطريقة المنصوص عليها في العرض))[٢].

كما أن المشرع الفرنسي في المادة (١١١٨) من القانون المدني لسنة ١٨٠٤ المعدل بمرسوم رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦ عرف القبول بأنه : ((التعبير عن إرادة صاحبه بالارتباط طبقاً لشروط الإيجاب...))[٣].

فالقبول يتمثل في التعبير عن إرادة الشخص بالموافقة على الإيجاب المعروض عليه[٤]، بصرف النظر عن أسلوب التعبير ، وسواء أكان الإيجاب موجه لشخص معين أو أشخاص معينين أو موجه للجمهور[٥].

ويراد بالقبول الذكي تعبير ارادي عبر برنامج ذكي يتم من خلال منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو منصات رقمية ذكية اخرى ، ويحصل هذا النوع من القبول كما في حالة الإيجاب الذكي من قبل البرامج الذكية العاملة داخل المنصات الرقمية القائمة على فكرة قواعد البيانات المتسلسلة أو المنصات الأخرى المدعمة بخوادم برمجية ذكية لها من القدرات التي تتيح لها تكوين العقود الذكية من خلالها .

إن التعبير الصادر من البرنامج بالقبول لا يصدر بشكل عشوائي ، بل يعتمد على مستخدمه وما زوده من تعليمات وشروط التعاقد[٦]، والتصديق عليه بتوقيعه الخاص من خلال مفتاحه الخاص به ، ويتم تشفيره في منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، أو المنصات الرقمية الذكية التي تتم من خلالها العملية التعاقدية[٧].

1- Allen and Overy : Basic Principles of English Contract Law، Advocates for international development (A4ID)، Article، 2016، P 4 . published at the link :https://www.a4id.org/publications/basic-principles-of-english-contract-law/ 9/5/2021

2- Markus Mueller-Chen : General Principles of Contract Law، Chapter 2 ، Part I، Introduction to Private Law، Introduction to Business Law، Contract Law، Vol 1، 2021، P 36 .

3- Article (1114) du Code civil français de 1804، modifié par le décret n ° 131 de 2016 : ((L›acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d›être lié dans les termes de l›offre…)) .

4- I. C. Saxena : Law Of Contract، Annual Survey of Indian Law 1967 and 1968، The Indian Law Institute، India، 1968، P 166 FF .

٥- د. مجيد حميد العنبكي : إنشاء العقد في القانون الإنكليزي ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ٣ ، العدد ٣ ، ١٩٩٩ ، ص ٧١-٧٣ .

٦- د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق ، ص ٥٦ .

7- Mateja Durovic and Andre Janssen : The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law، The previous reference، P 762 .

فالبرنامج الذكي بعد تزويده بالشروط اللازمة والتعليمات المطلوبة منه اعتمادها ، في شتى المراحل وخطوات تكوين العقد ، وبعد خوض المفاوضات الذكية فأنه قد يتم التوصل بينه وبين المفاوض الذكي الآخر إلى نتيجة مفادها صدور إيجاب من هذا الأخير[١]، وبعد أن يستقبل البرنامج الذكي الإيجاب الذكي الموجه إلى مستخدمه ، يستطيع أن يصدر قبولاً منطلقاً من الشروط والتعليمات المزودة به ، على أن تحقق المطابقة التامة فيما بين قبوله وشروط الإيجاب ، وعندها ينعقد العقد الذكي الذي تم بواسطة البرامج الذكية لحساب ومصلحة المستخدمين[٢].

فلو إرادة شخص بيع عقاره عبر المنصة الرقمية التي تعمل وفق قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، فيمكن تزويد برنامجه الذكي بالتعليمات وشروط البيع وكل ما يتعلق بعقاره من وثائق وأوراق ، عندئذ يتولى البرنامج مهمة تنفيذ العملية المكلف بها ، فيصدر إيجابه وفق الشروط الذي يرغب البيع بموجبه ، فإذا صدر قبول من البرنامج الذكي الذي يستخدمه المشتري ، فهنا اقترن القبول بالإيجاب ، فتتم الصفقة التعاقدية الذكية من قبل البرامج الذكية من دون تدخل من مستخدميهم[٣].

إن المتعاقدين ملزمين بالعقود الذكية وما ينتج عنها من أثار قانونية ، والتي تنعقد من قبل هذه البرامج من خلال ما يصدر عنهم من إيجاب وقبول ، فهو انعكاس لإرادة مستخدميهم ، فهم من قاموا بتزويد هذه البرامج بالشروط والتعليمات التعاقدية ، واستندت هذه البرامج عليها في إتمام العقد الذكي[٤].

وقد أصدرت المحكمة السنغافورية العليا سنة ٢٠٠٥ ، حكمها في القضية (Digilandmail.com Pte Ltd V. Chwee Kin Keong And others) ، بشأن الزامية التعاقدات الآلية التي تتم من قبل البرامج الذكية عبر المنصات الرقمية الذكية بفضل الذكاء الاصطناعي ، فقضت بأنه ليس هنالك أية اشكالية في إبرام هذه العقود ، فالردود التي ترسل من قبل البرامج الذكية أو الذاتية ، تكون ملزمة للمرسل (المستخدم) ، وان القبول في هذا النوع من التعاقد يكون قد حصل من

١- علي عبد الستار عبد الرحمن : مسؤولية الوسيط الإلكتروني ووسائل إثباتها (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠١٧ ، ص ٦٦ وما بعدها .

٢- فاطمة الزهراء ربحي تبوب : الوكيل الذكي في إبرام العقد ، الملتقى الدولي للذكاء الاصطناعي : تحدٍ جديد للقانون ، حوليات جامعة الجزائر ، ، عدد خاص ، الجزائر ، ٢٠١٨ ، ص ٨١ .

٣- د. أيمن محمد الأسيوطي : الجوانب القانونية لتطبيق الذكاء الاصطناعي ، المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعدها .

٤- د. العياشي الصادق فداد : العقود الذكية ، مجلة السلام للاقتصاد الاسلامي ، مصرف السلام ، ، العدد ١ ، الجزائر ، ٢٠٢٠ ، ١٦٧-١٦٨ ، ود. رمضان عبد الله الصاوي : العقود الذكية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، الحلقة الثانية ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، دراسات ، دبي ، الامارات ، ٢٠٢٠ .

منشور على الرابط : https://www.aliqtisadalislami.net/ 11/5/2021

قبـل البرنامـج الذكي ، ومن ثم فانه لا يمكن بأي حال من الأحوال أعفاء المدعى عليه من المسـؤولية فهو ملزم بها ، لكون هذا الأخير هو من لجأ إلى اسـتعمال هذا البرنامج ، بالإضافة إلى عدم إمكانية ابطال هذا التصرف القانوني لأنشـائه من قبل البرامج الذكية من دون تدخل أي عنصر بشري[١].

فالمنصـات الرقميـة الذكيـة تتولى تخزيـن إرادة المتعاقديـن المعبرة عنها والمجسـدة بالتعليمات والبروتوكـولات عـبر برامجهـا الذكية التي تعمل لخدمة مسـتخدميها ، فـإذا تحققت هذه الشروط وتطابقت ، من حيث مطابقة القبول الذكي لشروط الإيجاب الذكي ، عندئذ نكون بصدد إتمام ذكي لهذه العملية التعاقدية[٢].

ولتوضيـح مـا تقدم ، نضرب مثـالاً لتكتمل الصورة عن آلية صدور الإيجـاب الذكي ، والقبول الذكي ، بما يشكل اقترانهما معاً لتحقيق الإتمام الذكي للعقود ، فلو رغب شخص بشراء سيارة من نـوع معين ذات مواصفات وجودة عالية وبسـعر معين وضمانات ما بعـد البيع ، فيتم ترجمة غاية ونوايا الراغب بالشراء على شكل شروط وتعليمات ، وبعد ذلك يتم إدراجها في المنصة الرقمية الذكية معـززاً بالتوقيـع الرقمي للمسـتخدم (الراغب بالـشراء) ، وفيما بعد يقوم برنامجـه الذكي بالبحث والتحري عن هذا النوع من السيارات وبالمواصفات والشروط المزودة به ، فإذا وجد عرضاً من قبل شركة للسيارات الذكية ، والذي يمثل إيجاباً ذكياً ، لكون هذه الشركة أيضاً تستخدم برنامجه الذكي ، فبرنامج الراغب بالشراء إذا تحقق وتبين أن الإيجاب الذكي متوافقاً مع الشروط التعاقدية المزودة بـه ، عندئـذ يصدر قبوله ، ويقترن هذا القبول بالإيجاب وبالتالي ينعقد العقد الذكي .

وبوسـعنا ان نعـرف الإيجـاب الذكـي بأنـه : تعبـير الشـخص عن إرادتـه بواسـطة البرنامج الذكـي وفـق الـشروط الذي يرغب الالتزام بهـا ، وتتم من خلال منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) أو المنصـات الرقميـة الذكيـة الأخرى .

ونعـرف القبـول الذكي بأنه : تعبير الشـخص عن إرادته بواسـطة البرنامج الذكي على الإيجاب الذكـي المعـروض عليه ويكـون مطابقاً له ، والذي يتم من خلال منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) أو المنصـات الرقمية الذكية الأخرى .

1- Singapore Supreme Court، LRC 281(2005)2، Digilandmail.com Pte Ltd V. Chwee Kin Keong And Others، 2005 . published at the link :
https://www.nortonrosefulbright.com/enus/knowledge/publications/6a118f69/singapore-courts-cryptocurrency-decisionimplications-for-trading-smart-contracts-and-ai#section3
11/5/2021

٢- د. العياشي الصادق فداد : العقود الذكية : مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

المطلب الثاني : الأمان التعاقدي في مرحلة تنفيذ العقود الذكية

الأصل في الالتزامات التعاقدية ، هو الوفاء بما التزام به المدين ، بصرف النظر عن مضمون هذا الالتزام ، سـواء أكان القيام بإعطاء شيء أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل ، فيقوم الملتزم بتنفيذ عين ما التزام به .

بالإضافة إلى ذلك أشارت القوانين المدنية إلى ضرورة تنفيذ العقد وفقاً لمضمونه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسـن النية[١]، إذ نصت المادة (١١٠٤) من القانون المدني الفرنسي لسـنة ١٨٠٤ المعدل على أن : ((يجب التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها بحسـن نية . يعتبر هذا الحكم من النظام العام))[٢].

وكما نصت المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ المعدل على أن ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية))[٣].

فيعـد التنفيـذ الذكـي (Smart Execution) للعقـود الذكيـة المرحلة اللاحقـة بعد مرحلة الإتمام الذكي ، وعندها ندخل في مرحلة جديدة ومهمة في حياة هذا النموذج التعاقدي ، فدور البرامج الذكيـة الموجـودة داخل منصات قواعد البيانـات المتسلسـلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكية الأخرى ، ذات أثر كبير ؛ وذلك لقيامها بتنفيذ الالتزامات التعاقدية المتولدة من العقود الذكية ، بعد إتمامها الذكي واكتسـابها القوة الملزمة [٤].

أي أن هـذا النمـوذج العقدي بعد مروره في مرحلة المفاوضات الذكية بشـأن الشروط التعاقدية وصـولاً إلى المرحلـة التاليـة له ، وهي التعبـير عن الإرادة من خلال صدور الإيجـاب الذكي واقترانه بالقبول الذكي بنفس شروط الموجب الذكي ، فأنه يصار إلى مرحلة التنفيذ الذكي لهذه العقود الذكية بالطريقة التي تم الاتفاق عليها[٥].

1- David Deroussin : Le contrat à travers le Code civil des Français، Association Française pour l›Histoire de la Justice، Cairn.info، Article، N° 19، France، 2009،P 279 .

2- Article (1101) du Code civil français de 1804، modifié : ((Les contrats doivent être négociés، formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d›ordre public)).

٣- وفي نفـس الصياغـة والمضمـون أشـارت المـادة (١/١٤٨) من القانون المدنـي المصري رقم (١٣١) لسـنة ١٩٤٨ ، والمادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسـنة ١٩٧٦ ، والمادة (١٩٧) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ ، والمادة (١/٢٤٦) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ ، والمادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ ، والمادة (١٤٨) من القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢.

4- Janez Sekirnik : Pametne Pogodbe Kot Sredstvo Za Izvrsevanje Sodb، Magistrsko Delo، Pravna fakulteta، Univerza V Ljubljani، Slovenian، 2018، P 31-32 .

5- Alexander Savelyev : Contract law 2.0 : Smart contracts as the beginning of the end of classic contract law، Journal Information & Communications Technology Law، Taylor & Francis Group Online، Article، Vol 26، No 2، UK، 2017، P 123 .

إن البرامـج الذكيـة ، هـي من تتولى تنفيذ العقـود الذكية بعد إتمامها الذكـي ، أي يكون التنفيذ بصورة ذاتية [١]، من دون مشاركة أي شخص من الأشخاص الذين يكونون أطرافاً في هذه العقود ، فالبرنامج الممثل والمستخدم من قبل كل طرف من الأطراف المتعاقدة ، ينفذ ما ينتج عن هذه العقود مـن حقـوق والتزامات[٢]، من خلال توظيف خاصية التنفيذ الذكي بعد مرحلة انعقاد العقد ، فتقوم هذه البرامج التي تعمل لمصلحة المسـتخدم بالوفاء بالالتزامات الناتجة عن العقد الذي اكتسـب القوة الملزمة[٣]، كما في حالة الوفاء بالالتزام بتسديد الثمن أو الأجرة بواسطة البرنامج ، بعد حصوله على البيانات اللازمة والمتعلقة بحساب أو محفظة مستخدمه .

أي أن العقـود الذكيـة ، تمتاز بخصوصية التنفيذ الذكي للالتزامات الناشـئة عنها والتي تجري من خلال المنصات الرقمية الذكية التي تسمح إجراء مثل هذه المعاملات من خلالها بواسطة البرامج الذكيـة ، فهـي تضفـي الأمان والموثوقية عـلى هذه العقود المبرمـة داخل هذه المنصـات ، من خلال اعتمادها على مبـدأ (إذا... اذن...)(If…Then...)[٤].

بالإضافة إلى ذلك فان العقود الذكية بعد اكتسـابها القوة التنفيذية ، أي بعد أن تنعقد صحيحة وتصبـح لازمـة ، لا يمكن أدخال أية تعديلات عليها ، وتكون البيانـات المدرجة ضمن شروط العقد ثابتـة وغـير قابلة للتلاعـب والتغير[٥]، نظـراً للخصوصية التي تمتـاز بها منصات قواعـد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، المتمثلة باللامركزية ، إذ أن جميع الكتل مترابطة مع بعضها البعض مـن خلال وظيفة الهاش (Hash)[٦].

1- Jake Goldenfein And Andrea Leiter : egal Engineering on the Blockchain: Smart Contracts' as Legal Conduct، Business Media B.V.، Springer Nature Switzerland AG، Switzerland، 2018، P 2 .

2- Enguerrand Mariqu : Les smart contracts en Belgique : une destruction utopique du besoin de confiance، Dalloz IP/IT، Article، N 1، France، 2019، P 22 et suiv .

٣- ففي دولة سنغافورة وبالتعاون المشترك فيما بين السلطة النقدية (MAS) والبورصة (SGX) ، تم الاعتماد على منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) بشـأن إجراء تسوية للمدفوعات المتعلقة بالأوراق المالية من خلال الخوادم البرمجية الذكية العاملة في هذه المنصات ، أي القيام بالوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقود والمعاملات المنصبة على الأوراق المالية بواسطة البرامج الذكية من خلال نقل ملكية الورقة المالية وسداد المقابل بشكل ذاتي .

للمزيد من التفاصيل ينظر : نظام البلوكشين قامت سنغافورة بتطويره للسماح بتسوية الأوراق المالية بشكل آلي ، مقال ، ٢٠١٨ . منشور على الرابط : https://www.islamicbitcoin.com 24/5/2021

٤- ينظر كل من : د. نريمان مسـعود بورغدة : عقود البلوك تشـين (العقود الذكية) من منظور قانون العقود ، المجلة الجزائريةللعلومالقانونية،السياسية والاقتصادية،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،المجلد٥٦،العدد٢،الجزائر،٢٠١٩،ص١٠٩،ود. أيمن محمدالأسيوطي:الطبيعة القانونية للعقود الذكية فيضوء تقنية البلوكتشين،المرجع السابق،ص٢١٢.

٥- كوثر فنيش : تطور المنتج الوقفي من خلال تقنية البلوك تشين ، مجلة آفاق علوم الإدارة والاقتصاد ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير ،جامعة المسيلة،المجلد٣،العدد،٢،الجزائر،٢٠١٩،ص١٧٦.

6- R. Moradinejad : Le contrat intelligent، nouveau vecteur de confiance dans les relations contractuelles : réalité ou rêve ?، Les Cahiers de droit، la Faculté de droit، l'Université Laval، Vol 60، N 3، France، 2019، P 637-639 .

على سـبيل المثال ، لو رغب شـخص شراء فلم ما عبر منصات قواعد البيانات المتسلسـلة ، فقام بتزويد برنامجه الذكي بتعليمات وشروط التعاقد على هذا الفلم ، فبعد قيام البرنامج بإجراء اللازم وصـولاً إلى التعاقـد الذكـي مع البرنامـج الذكي الممثل للبائـع (مالك الفلم) ، لا يمكـن بعدها القيام بإجـراء التعديـلات عـلى العقد ، بل يصـار إلى تنفيذ الحقـوق والالتزامات المتبادلـة تتمثل في الثمن ونسـخة رقميـة من الفلم وهـو مضمون العقد الذكي ، فـاذا حصل برنامج البائع على الثمن سـواء بالعملة المشـفرة او الدفع من حسـاب المشـتري لدى المصرف ، فانه يرسـل نسخة من الفلم الذي تم التعاقد عليه إلى المشـتري ، وقد حصل ذلك كله بدون تدخل من أي عنصر بشري خلال هذه المرحلة التنفيذية الذكية .

وقـد اخذت شركات التأمـين تهتم بهذه النماذج العقدية التي تجري عبر منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) أو المنصـات الرقمية الذكية الأخرى التـي تدعم فكرة العقود الذكية ، ويتضح ذلك من خلال قيام شركة (Axa) بأنشاء المنصة الرقمية (Fizzy) ، باعتبارها منصة ذكية بنسـبة (١٠٠٪) وأمنة بنسـبة (١٠٠٪) ، حيث تجري من خلالها إبرام العقود الذكية بشأن التأمين ، ويتم تنفيذ الالتزامات الناشـئة عنها بشـكل ذكي عبر البرامج الذكية ، من خلال قيامها بدفع مبلغ التأمين عند تأخر الرحلة عن الاقلاع لمدة أكثر من سـاعتين ، من دون أن يتطلب القيام بإجراء ملئ الاسـتمارة أو النموذج وكذلك من دون أن يتطلب الأخطار عند تحقق الخطر وهو التأخير[١].

وبهـذه الطريقـة تتحقق فكرة أو قاعدة التنفيذ الذكي ، من خلال هـذه المنصات الرقمية الذكية التي تتيح تكوين العقود الذكية ، بشكل يوصف بالبساطة في تنفيذ الشروط التعاقدية ، من دون أن يستلزم الثقة لدى الأشخاص ، بالإضافة إلى ذلك ينتج عنه السرعة والفاعلية في تنفيذ هذه الالتزامات العقديـة ، والتـي تأخذ شـكل خوارزميات رقمية داخل هـذه المنصات فضلاً عن تجـاوز مرحلة ما يسـمى بتعنت الطرف الملتزم في الوفاء بالتزامه[٢].

ويعتـبر التعامـل بالعملات المشـفرة أبرز تطبيقـات العقود الذكية ، والتـي تجري عبر منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكية الأخرى ، سواء أكان التعامل بها للوفاء بالتزام ما أو بيع وشراء هذه العملات ، فيمكن أن تتحقق من خلال الاعتماد على البرامج الذكيـة للقيـام بالتنفيذ الذكي لها ، بصرف النظر عن التكييف القانوني لهذه العملات سـواء أكانت

1- Elise Huber : Les smart contracts : contrats non identifies، Village de la Justice، informatique، propriété intellectuelle، Article، France، 2018 . publié sur le lien : https://www.village-justice.com/articles/les-smart-contracts-contrats-non-identifies،28893.html 25/5/2021

٢- حسـن السـوسي : مواءمة نظرية العقد مع متطلبات العصر (نظرة في العقود الذكية) ، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونيـة ، المجلد ٢ ، العدد ٦ ، ٢٠٢٠، ص ٦٢-٦٣ .

عملة قانونية أو سـلعة _شيء افتراضي معنوي_ أو أداة استثمار .

ونشـير هنا إلى بعض التطبيقات القضائية بشـأن مشروعية التعامل بهذه العملات[١]، إذ ذهبت محكمـة مقاطعـة تكسـاس (Texas) في الولايات المتحـدة الامريكية في مضمـون حكمها بالدعوى المنظورة أمامها سـنة ٢٠١٤ إلى القول ، بأن العملة المشـفرة (البيتكوين) هي عملة رقمية لامركزية

١- وفي هـذا السـياق نشـير إلى الحكـم القضائـي الصادر مـن القضاء الامريكـي في قضيـة (Silk Road kingpin V. Ross Ulbricht) سـنة ٢٠١٤ مفـاده ، إن تمسـك المدعـى عليه بحجة عدم اعتراف مصلحـة الضرائب الامريكية بالعمـلات المشـفرة كعملـة نقدية بل اعتبارها سـلعة ، فأن المعامـلات والعقود التي اجراها باسـتخدام هذه العملات لا تندرج ضمن المفهوم المعاملات المالية الواردة في لوائح مكافحة غسيل الاموال ، ألا أن المحكمة ذهبت إلى رفض هذا الدفع ، وقضـت بـأن تصنيـف مصلحة الضرائب الامريكية لهذه العملات غير ملزمة للجهـات الأخرى ، بالإضافة إلى ذلك عدم اعتبارها نقوداً لا يكون سـبباً كافياً لعدم شـمولها بلوائح مكافحة غسـيل الأموال .

وفي نفس التوجه ذهب القضاء الامريكي في الحكم الصادر من محكمة مقاطعة فلوريدا (Florida) في قضية (State of Florida V. Espinoza) سـنة ٢٠١٤ مفـاده ، تـم توجـه تهمة للمدعى عليهم لمخالفتهم لوائح مكافحة غسـيل الأمـوال بموجـب قانون ولاية فلوريدا عند تعاملهم بالعملات المشـفرة عبر المنصات الرقمية الذكية ، من خلال اجرائهم لمعاملات وعقود مزيفه مع وكلاء سريين ، إذ قاموا بتحويل مبلغ ثلاثون الف دولار نقداً إلى العملة المشفرة وهذا مخالفة للحد الاقصى المسـموح به في قانون مكافحة غسـيل الأموال في فلوريدا ، وتسـمك المدعى عليهم بحجة عدم اعتبار العملة المشفرة نقوداً وفقاً لمصلحة الضرائب الامريكية ، ألا ان المحكمة رفضت هذه الحجة للأسباب المذكورة أنفاً .

وكمـا ذهبـت محكمـة التحقيـق في مدينة تولـوز الفرنسـية (Toulouse) ، إلى القول بأنها توصلت أثنـاء التحقيق في عملية اسـتخدام العملات المشـفرة إلى شـبهة تبادل هذه العملات بطريقة غير قانونية ، فقضت بمصادرة هذه العملات التي كانت بحوالي (٤٠٠) عملة مشـفرة من المحفظة الرقمية للشـخص المتورط في هذه المعاملة ، وتحويلها إلى المحفظة الرقميـة لوكالـة إدارة الأصـول المضبوطة والمصادرة (AGRASC) ، وسـاعدت المحكمة في هذا الإجراء قسـم أبحاث الدرك في تولوز .

وهـذا يعنـي ان التعامـل بالعملات المشـفرة بغض النظر عـن التوصيف القانونـي لها ، جائز ومـشروع ويكون محلاً صالحـاً للوفـاء بالالتزامـات التعاقدية الذكية التي تجري عـبر منصات قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكية الأخرى بالإضافة إلى إمكانية نقل ملكية هذه العملات إلى الغير وتكون العملية سليمة من الناحية القانونية في هذه الحالة ، فضلاً عن القيود والضوابط التي لا بد من الخضوع لها ، منها الاسـتعمال المشروع ، وحسـن النيـة في التعامـل ، وعـدم اللجوء إلى الطرق الاحتيالية ...ألخ ، في سـبيل تحقيق اكبر قدر مـن الحماية القانونية لمالكي أو حاملي هذه العملات وكذلك المتعاملين بها ، كما هو الحال عند التعامل بالعملات النقدية المادية والسـلع والخدمات .

- Mike Wheatley : The trial of alleged Silk Road kingpin Ross Ulbricht could be a defining moment for Bitcoin، Article، 2014 . published at the link : https://siliconangle.com/2014/04/02/the-trial-of-silk-roads-ross-ulbricht-could-be-a-defining-moment-for-bitcoin/ 26/5/2021
- Kyt Dotson : Judge knocks down 'Bitcoin is not money' argument in Silk Road trial، Article، 2014 . published at the link : https://siliconangle.com/2014/07/10/judge-knocks-down-bitcoin-is-not-money-argument-in-silk-road-trial/ 26/5/2021
- Tanaya Macheel : 4 Court Cases Helping Shape the US Stance on Bitcoin، Article، 2014 . published at the link : https://www.coindesk.com/4-court-cases-helping-determine-us-stance-bitcoin 26/5/2021
- Camille Tirand : Vers un encadrement des monnaies virtuelles en France et aux États-Unis، Régulation bancaire et financière، MBDE، Article، France، 2015 . publié sur le lien : https://blogs.parisnanterre.fr/content/vers-un-encadrement-des-monnaies-virtuelles-en-france-et-aux-%C3%A9tats-unis 26/5/2021

يمكن استخدامها لشراء السلع والخدمات في البيئة الرقمية ، وتؤدي هذه العملة وظائف العملات التقليدية ، ويمكن استخدامها لنفس الغرض ، وللمستخدمين استثمار هذه العملات واستخدامها في الوفاء بالالتزامات فضلًا عن إمكانية تحويلها إلى عملات قانونية[١].

بينما أشارت محكمة مقاطعة ماساتشوستس (Massachusetts) في الولايات المتحدة الامريكية في مضمون حكمها بالدعوى المنظورة أمامها سنة ٢٠١٨ إلى أنه[٢]، يجوز التعامل والتداول بالعملات المشفرة ، فهي تعد سلعة خاضعة لقانون تبادل السلع (CEA) ، وبالتالي أي تلاعب أو غش أو احتيال في التعامل بهذه العملات يخضع لسلطة لجنة تداول السلع الآجلة (Commodity Futures Trading Commission\ CFTC) ، ويكون لهذا الأخير الحق في مقاضاة من يقوم بهذه الاعمال المخالفة[٣].

وكذلك قضت محكمة العدل الأوربية في مضمون حكمها بالدعوى المنظورة أمامها سنة ٢٠١٥[٤]، بأن المعاملات التي تحصل من خلال استعمال العملات المشفرة ، تكون محل اعتبار كما في

1- United States District Court، Eastern District of Texas، Case No. 4:13-CV-416، Securities and Exchange Commission V. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust، September 18، 2014 .

٢- وفي السياق ذاته ذهبت محكمة الإنترنت في هانغتشو في جمهورية الصين الشعبية سنة ٢٠١٩ (The Hangzhou Internet Court) ، إلى أن العملة المشفرة البتكوين (Bitcoin) تعتبر من ضمن السلع القانونية ذات القيمة المادية ، ويصح التعامل بها على هذا الأساس ، وبالتالي يجوز أن تكون محلاً صالحاً للتعامل والوفاء للالتزامات ، وأكدت بأن هذه العملة المشفرة تعد ملكية افتراضية ، وأن امتلاك هذه العملة تكون قانونية في الصين ، ويعد حامليها تحت الحماية القانونية بموجب النظام القانوني الصيني في حال نشوب منازعات بصددها .

- Darren Kleine : Bitcoin Declared Legal Commodity In Chinese Court، Article، 2019 . published at the link :https://cryptobriefing.com/bitcoin-declared-legal-commodity-in-chinese-court/ 26/5/2021

- موقع عربي بوست : محكمة صينية تقضي بتأييد قانونية ملكية البتكوين (BTC)، ليصبح البتكوين محمياً بموجب قوانين الملكية في الصين ، مقال ، ٢٠١٩ . منشور على الرابط : https://arabicpost.net/bit-chain/ 26/5/2021

3- United States District Court، District of Massachusetts، Civil Case No. 18-10077-RWZ، Commodity Futures Trading Commission v. My Big Coin Pay، INC. et al.، September 26، 2018 .

٤- وكما أصدرت المحكمة العليا في كولومبيا حكمها في القضية (Copytrack Pte Ltd، v، Wall) سنة ٢٠١٨ مفاده ، أن المدعى عليه قام بشراء ٥٣٠ عملة مشفرة من المدعي بقيمة حوالي ٧٨٠ دولاراً ألا أنه عند التنفيذ عبر المنصة الرقمية الذكية ، تم تحويل عملة مشفرة من نوع آخر غير العملة المتفق عليه إلى المحفظة الرقمية للمدعى عليه ، علماً أن العملة المحولة أغلى قيمةً ، أي حصل التحويل بمبلغ ما يقارب حوالي ٤٩٥ ألف دولار ، ونتيجة هذا التنفيذ الخاطئ الذي حصل ، وبعد التأكد من قبل المحكمة ، قضت باسترداد العملة المشفرة المحولة بشكل خاطئ إلى المحفظة الرقمية الخاصة بالمدعي ، موكدة أن المعاملات والعقود التي تجري عبر المنصات الرقمية ، والتي تكون محلها العملات المشفرة ، تعتبر من الموضوعات الصعبة والمعقدة في توصيفها القانوني ، ألا أنها ارتأت إلى ايجاد حلاً بما يحقق العدل والانصاف بشأن موضوع الدعوى المنظرة أمامها .

- Julie Cameron : Catch me if you can: British Columbia Supreme Court allows tracing of cryptocurrency، Article، 2018 . published at the link : https://www.nortonrosefulbright.com/enno/knowledge/publications/933eb2e5/catch-me-if-you-can-british-columbia-supreme-court-allows-tracing-of-cryptocurrency 26/5/2021

التعامل بالعملات التقليدية ، فهذه العملات ذات قيمة كالعملات التقليدية ، والتعامل الحاصل بهذه العمـلات غـير خاضعة أو معفاة مـن ضريبة القيمة المضافة (VAT) ، اسـتناداً إلى الأحكام الخاصة بالعمـلات القانونية بهذا الخصوص[١].

وقـد يطـرح التسـاؤل عن كيفية تحقيـق التنفيذ الذكـي ، أذا كانت بعض الالتزامـات التعاقدية تسـتلزم التعرف على العالم الحقيقي من أجل معرفة تنفيذها ، وليس في العالم الرقمي الافتراضي ، وبعبارة أخرى مدى إمكانية البرامج الذكية الحصول على المعلومات والبيانات بشـأن مسـائل معينة خـارج البيئة الرقمية الذكية عند تنفيذ العقود الذكية ؟

يمكـن تحقيـق عملية الارتبـاط والتواصل فيما بـين البيئة الرقميـة الذكية الافتراضيـة والبيئة الحقيقـة الواقعيـة المادية من خلال بعـض البرمجيات الرقمية التي تعمل وتوظف عملها في سـبيل تحقيق ذلك ، ويطلق على البرنامج الرقمي الذي يقدم هذه الخدمة تحت مسمى (أوراكل/ (Oracle .

وعـرف برنامـج أوراكل بأنـه : ((نظـام إدارة قواعد البيانـات الارتباطية)) ، ويعـبر عنها بأنه خـادم قاعـدة البيانـات[٢]، فيتم من خلال هـذا الخادم البرمجي تزويد البرامـج الذكية التي تعمل في المنصـات الرقميـة الذكية القائمة على فكـرة قواعد البيانات المتسلسـلة (Blockchain) بالبيانات والمعلومـات التـي تسـتلزم توفرها لتنفيـذ العقود الذكيـة [٣]، فهي تعتبر جهاز استشـعاري مدمج بالعالـم المـادي ، كتزويد منصات قواعـد البيانات المتسلسـلة ببيانات عن حالـة الطقس والرحلات الجوية أو الظـروف البيئة وغيرها[٤].

فهذا النظام البرمجي يشـكل حلقة التواصل فيما بين العالم الرقمي الافتراضي والعالم الحقيقي المادي ، فهو الوسيط الرقمي المعتمد عليه في تحقيق الارتباط ، وتقديم خدماته للبرامج الذكية داخل منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، لكي يستطيع هذا الأخير من تنفيذ الالتزامات

1- European Court of Justice، Case C-264/14، Official Journal of the European Union، Skatteverket v. David Hedqvist، 22 October 2015 .

2- Lance Ashdown، Tom Kyte And others : Oracle Database Concepts، Copyright Oracle and/or its affiliates، 2017، P 3 . published at the link :
https://docs.oracle.com/database/121/CNCPT/title.htm 27/5/2021

3- Maher Alharby And Aad Van Moorsel : Blockchain-based Smart Contracts: A Systematic Mapping Study، Fourth International Conference on Computer Science and Information Technology، Computer Science & Information Technology (CS & IT)، Cornell University، New York، USA، 2017، P 128 .

4- Giulio Caldarelli : Understanding the Blockchain Oracle Problem : A Call for Action، Journal Information، MDPI، University of Nottingham، Vol 11، Iss 11، UK، 2020، P 4 .

- موقع ميديوم (Medium) : تيكس (Teex) ، 2019 . منشور على الرابط :
https://medium.com/@teexofficial/what-are-oracles-smart-contracts-the-oracle-problem 911f16821b53 27/5/2021

التعاقديــة الذكية ، والتــي يتوقف تنفيذها أحياناً على ضرورة حصوله على بيانات ومعلومات خارج البيئة أو المنصة الذي يعمل بها[١].

ويمكــن تصويــر هذه الفرضية ، في حالة اســتحقاق التعويض بســبب التأخــير في تنفيذ الالتزام الناتــج عــن العقد الذكــي ، أو حدوث واقعة معينة متفــق عليها ضمن الــشروط التعاقدية في العالم الحقيقــي ، فبمجرد حصــول البرنامج الذكي على المعلومات والبيانــات اللازمة من البرنامج أوراكل (Oracle) ، يتولى عملية دفع التعويض المستحق في محفظة الطرف الثاني في العقد الذكي المتضرر من هذا الاخلال التعاقدي[٢].

على ســبيل المثال ، لو تم الإتمام الذكي لعقد التأمين من قبل البرامج الذكية ، تعمل واحدة منها لمصلحة المؤمن (شركة التأمين) والأخرى لمصلحة المؤمن له ، فيتم التنفيذ الذكي من خلال استقطاع اقســاط التأمــين المتفق عليه في العقد الذكي من محفظة أو حســاب المؤمــن في منصة قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) ، وفي المقابل عند تحقق الخطر المؤمن منه ، يصار إلى دفع مبلغ التأمين إلى المســتفيد ويضــاف إلى محفظتــه أو حســابه في المنصة ، وهنــا يتحقق التنفيذ الذاتــي للالتزامات التعاقديــة الذكيــة ، معتمداً في ذلــك البرامج الذكية عــلى البيانات والمعلومات المتحصلــة عليها داخل منصته الرقمية أو في المنصات الرقمية الأخرى أو من العالم الحقيقي من خلال برنامج الأوراكل[٣].

وتظهــر أهميــة وفاعليــة برنامــج الأوراكل (Oracle) بشــكل أكثــر خاصةً في العقــود الذكية مستمرة التنفيذ ، لأن الزمن يعد عنصراً جوهرياً فيها ، إذ أن تنفيذ الالتزامات فيها ليست على دفعة واحــدة ، لذلــك فأن البرامــج الذكية في المنصات الرقميــة الذكية تحتاج كل فــترة وأخرى إلى تحديث للبيانات والحصول على المعلومات في العالم الحقيقي بشــأن موضوع العقد من أجل ضمان ســلامة التنفيــذ الذكــي من قبله ، بحيث يســتفاد من هذه الخدمات المقدمة إليــة من برنامج أوراكل ، فيقوم بتنفيذ الشروط والبنود التعاقدية بشــكل متسلســل ومتعاقب بما يضمــن حقوق الأطراف المتعاقدة التــي تعمل هذه البرامج الذكية لمصلحتهم ولحســابهم داخل هــذه المنصات الرقمية الذكية .

وفي هذا الصدد نشــير إلى الحكم القضائي الفرنسي الصادرة من محكمة اســتئناف باريس بشأن تنفيــذ الالتزامــات التعاقديــة التي تبرم عبر المنصــات الرقمية ، حيث قالت المحكمــة أن العقود التي

1- Blaž Podgorelec : Arhitektura Za Nadgradljivost in Zamenljivost Pametnih Pogodb Na Platformi Ethereum، Magistrsko Delo، Fakulteta Za Elektrotehniko، Univerza V Mariboru، Slovenian، 2018، P 17 . Emmanuelle Ganne : Can Blockchain revolutionize international trade?، WTO Publications، World Trade Organization، Geneva 2، Switzerland، 2018، P 13 .

٢- هنــي عبــد اللطيــف : العقــود الذكية ، الملتقــى الدولي الذكاء الاصطناعــي : تحدٍ جديد للقانــون ؟ ، حوليات جامعة الجزائــر ، عــدد خــاص ، جامعة الجزائــر ١ ، الجزائــر ، ٢٠١٨ ، ص ٢٢١-٢٢٢ .

3- Mustapha Mekki : Le contrat، objet des smart contracts، Partie 1، Dalloz IP/IT، Article، N 7-8، France، 2018، P 410-416 .

تستلزم التواصل الحقيقي فيما بين المتعاقدين للوفاء بالتزاماتهم ، لا يمكن تحقيقه بالتعاقد الرقمي ، لذلك قضت بعدم إمكانية بيع العدسات اللاصقة التي يتم فيما بين المتعاقدين عن طريقة البيئة الرقمية ، مستندة في ذلك إلى أن البيع الواقع على هذه الأشياء المنتجة ، يتطلب الوجود الفعلي لأخصائي تصميم النظارات والعدسات الطبية ، لكون العقد قد حصل فيما بين غائبين من حيث المكان رغم افتراض حضورهما من حيث الزمان[1].

ونعتقد أن هذا التوجه من قبل القضاء الفرنسي ، وأن كان يصح الأخذ به قبل التطور التكنولوجي والذكاء الاصطناعي ، ألا أنه بعد ظهور البرامج الذكية وما وصلت إليها البيئة الرقمية من ذكاء بفضل الخوارزميات الذكية لهذه البرامج ، يمكن القول بإمكانية تكوين العقود الذكية وتنفيذها بواسطة البرامج الذكية ، وأن كانت هذه العقود تتعلق بأشياء مادية أو تتعلق بالتشخيص الطبي ، نظراً لما نشهده باتساع نطاق الذكاء الاصطناعي في العديد من الجوانب ومنها الجانب الصحي ، فيمكن من خلال البرامج الذكية المصممة والمبرمجة للتعامل مع الأوضاع الصحية والتشخيص ، أن تقوم بذاتها بإجراء عملية التشخيص ، بالإضافة إلى الادوات والمعدات التي تتسم بالذكاء ومنها الروبوتات الذكية .

وفي ضوء ما تقدم فان التنفيذ الذكي ، ليس بالشيء اليسير على البرامج الذكية التي تعمل لمصلحة المستخدمين ، فأن كانت بعض العقود تتسم بالبساطة والسهولة في الانعقاد والتنفيذ ألا أن هنالك عقوداً تتسم بنوع من التعقيد والصعوبات ولا سيما تلك العقود التي تحتاج البرامج عند تنفيذها إلى معلومات وبيانات خاصة بهذا الالتزام ، ولا توجد هذه البيانات داخل منصته الرقمية الذكية بل توجد في المنصات الرقمية الأخرى أو في العالم الحقيقي ، فهنا تكمن صعوبة العملية التنفيذية للعقود الذكية ، ألا أنه بفضل الذكاء الاصطناعي والتطور الرقمي ظهرت بعض الخوادم الرقمية التي تشكل وسيطاً فيما بين العالم الرقمي والواقع الحقيقي .

فالبرامج الذكية تعتمد على هذا الوسيط في الحصول على ما تحتاجها من البيانات والمعلومات أو المتغيرات التي تحصل بسبب الظروف أو في الاسواق وغيرها ، من أجل تنفيذ الالتزامات التعاقدية الذكية عبر منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) او المنصات الرقمية الذكية الأخرى المدعمة بخاصية تكوين العقود الذكية .

بالإضافة إلى ذلك يعتبر التنفيذ الذكي ، أبرز حالة من حالات الانقضاء للالتزامات التعاقدية ، فهو الانعكاس الحقيقي لغاية المشرع عند تنظيمه لنظرية العقد ، وما يروم المتعاقدين الوصل إليه

1- Paris : 24 oct 1998 ، n- 63197 L 98(B.F) – Gaz Pal ، de 23-24 juin 1999 .

من وراء التعاقد.

إذ تشــكل العقود الذكية خاصية التنفيذ وفق مقتضيات حســن النية وما تقتضيه قواعد العدالة المبرمــج عليهــا ، والقواعــد القانونية الرقميــة المبوبة في هذه المنصات وما يكســبه من خبرات نتيجة تعاملاته الذكية ، وبشــكل ســليم وموثوق ، وبما يتوافق مع ما قصده المتعاقدين من وراء التعاقد ، وهــذا هو التنفيذ الرضائي وفق القواعد العامة للقانون المدني .

صفــوة القــول فــان التنفيذ الذكي في هذا النــوع الجديد من التعاقد يمكــن أن نعرفه بأنه : قيام البرنامــج الذكــي بتنفيــذ الالتزامات التعاقدية الذكيــة المبرمة عبر منصات قواعد البيانات المتسلســلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكية الأخرى ، والمترتبة في ذمة مستخدمه أو تنفيذ الالتزام الناتــج عــن العقد الذكي المبرم عــبر المنصات الرقمية المدعمة له ، وجزاء الإخلال به قيام المســؤولية العقدية .

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث نوجز نتائجه واقتراحاته على النحو الآتي :

أولاً : النتائج :

١. تعد هذه المنصات الرقمية الحاضنة لمجموعة من الخوادم البرمجية الذكية أو البرامج الذكية ، إذ تتولى هذه الأخيرة جميع الأعمال والمهام المراد تنفيذها وإنجازها داخل هذه المنصات ، فبدونها يتعذر تحقيق الأهداف والغايات التي وجدت من أجلها .

٢. ثمة فجوة في بحوث ودراسات الباحثين والمختصين بالقانون ويتمثل ذلك عند دراسة الوكيل الذكي أو الوسيط الذكي –البرنامج الذكي- إذ لم تتم الاشارة الا ما ندر إلى العقود الذكية والعكس صحيح ، وهذا محل نقد نظراً لوجود ترابط وثيق فيما بين البرنامج الذكي والعقد الذكي بطريقة لا يمكن الفصل بينهما ابداً .

٣. تباينت التعريفات التي وردت بشأن العقود الذكية فهنالك من عدها برامج رقمية ، ورأى البعض الآخر بأنها عقود ألا أنه يتم التنفيذ فقط من قبل البرامج الذكية ، وذهب أخرون إلى اعتبارها عقوداً تتم جميع مراحلها عبر المنصات الرقمية الذكية بواسطة البرامج الذكية ، والذي نراه أن العقد الذكي هو عقد بالمعنى القانوني فهو عبارة عن توافق ارادي يتم بمختلف مراحله أو جزء منه من قبل البرامج الذكية عبر منصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكية الأخرى .

٤. إن العقود الذكية تمتاز بعدة خواص تتمثل في التنفيذ الذكي لمختلف مراحله من قبل البرامج الذكية ، وضمان سلامة مستنداتها من الاختراق الرقمي بفضل الوعاء المخزن فيه ، واستغناء هذا النموذج العقدي عن أشخاص يمثلون العاقدين ، فضلاً عن التكاليف اليسيرة والسرعة في الإتمام والتنفيذ بأية مرحلة من مراحله ، والاستغناء عن الالتزام بالسرية المعروفة في القواعد العامة ، وعدم الحاجة إلى الثقة المعرفة المتبادلة فيما بين العاقدين ، وانعدام المجهودات البدنية خلال مراحل العملية التعاقدية الذكية .

٥. إن الذكاء الاصطناعي في نطاق البرمجيات الرقمية افرز لنا خاصية التفاوض الذكي وهي المرحلة السابقة على التعاقد تتولاه البرامج الذكية كما هو الحال في المفاوضات التقليدية ، وترتكز هذه البرامج في العملية التفاوضية على القواعد والضوابط المرسومة لها فضلاً عن تعليمات وبروتوكولات المفاوضات ، ونتيجة ذلك يتوصل البرنامج الذكي إلى اتخاذ القرار المناسب أما إتمام التعاقد أو العزوف عنه .

٦. إن الإتمـام الذكـي يتحقق مـن خلال التعبير عن الإرادات بواسـطة البرامـج الذكية المعبرة عن هذه الإرادات لمصلحة المسـتخدمين -العاقدين- ولحسابهم عبر المنصات الرقمية الذكية والمتمثلـة بالإيجاب الذكي والقبـول الذكي ، فموافقة الأخير لـلأول وتوافقهما وتطابقهما ينتج عنه انعقاد العقد واكتسـابه القوة الالزاميـة وانتاجه للآثار القانونية .

٧. إن التنفيذ الذكي للعقود الذكية يشـكل المرحلة التالية للإتمام الذكي والذي يتمثل في تنفيذ الأثـار القانونية المتولـدة عن التعاقد ، فيتولى البرنامج الذكي عـبر المنصات الرقمية الذكية تنفيذ الخطوات المتفق عليها فاذا لم ينفذ الخطوة الأولى لم يدخل في الخطوة الثانية وهكذا وذلـك يمثل الشروط أو البنود التعاقدية والتي تعبر عن حقوق والتزامات العاقدين .

ثانياً : المقترحات :

١. **نقـترح عـلى المشرع العراقـي :** إن يقـوم بإجراء تعديـلات جوهرية في قانـون التوقيع الإلكترونـي والمعامـلات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنـــة٢٠١٢ أو أن يـشرع قانوناً جديداً بما ينسـجم مع التطـور التكنولوجي في مجال البيئة الرقمية والـذكاء الاصطناعي لمعالجة الأوضـاع القانونية المتنوعـة والمتعلقة بالتصرفات القانونية والوقائـع القانونية وغيرها ، فضلاً عن دعوة المشرعين في الدول المقارنة والجهات الدولية المختصة بالتكنولوجيا والذكاء الاصطناعـي والبرامـج الرقميـة والقانون إلى الأخذ بهذه الدراسـة بما ينسـجم مع الواقع الدولي بهذا الشأن .

٢. **نقـترح عـلى المـشرع العراقـي :** ايراد نـص يقضي بعـدّ العقـود الذكية عقـوداً بالمعنى القانونـي ، نظـراً لتحقـق الـشروط التعاقدية فيها وانسـجامها مع نظرية العقـد ، بيد أن اسـلوب تكوينهـا وتنفيذها يمتـاز بخصوصية بفضل ما وصلت إليـه التكنولوجيا الرقمية والـذكاء الاصطناعي .

٣. **نقـترح على المـشرع العراقي :** ايراد نص بشـأن التنظيم القانوني للحسـابات المصرفية للعملاء وربطها بمنصات قواعد البيانات المتسلسلة (Blockchain) أو المنصات الرقمية الذكيـة الأخـرى المدعومة بخاصية العقود الذكية من أجل فسـح المجال للبرامج الذكية عند التنفيـذ الذكـي لهذه النمـاذج التعاقديـة لإجراء التحويل من خلال السـحب مـن المحفظة الرقميـة للمديـن وايداعهـا في المحفظة الرقميـة للدائن ، باعتماده آليـة برمجية وتقنية بما تحقـق هذه العملية الفنية .

٤. **نقـترح عـلى المشرع العراقـي :** ايراد نصوص تعالج بشـكل تفصيلي العمليـة التعاقدية الذكيـة ابتداءً بالمفاوضات الذكيـة مروراً بالإتمام الذكي والتنفيذ الذكـي انتهاءً بالانقضاء

الذكـي ، بحيـث تبين الآلية المعتمدة والضوابط والتعليمات الخاصة بكل مرحلة من مراحل العقـد الذكـي ، بما يحيط بكل الشروط الفنية والتقنيـة والقانونية الواجب تحققها .

٥. **نقـترح على السـلطة التنفيذية** ضرورة العمل على الاسـتفادة مـن التكنولوجيا الرقمية والـذكاء الاصطناعي وتوظيفهـا في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ، بما تعكسـه هذه التطورات في البيئة الرقمية من فوائد جمة ، فضلاً عن مواكبتها وانسـجامها مع هذه الثـورة البرمجيـة على غرار الدول الرائدة في هذا المجال ، والنتيجة المترتبة على اهمالها بكل تأكيد سـوف تنعكس سـلباً على الدولة العراقية في المستقبل .

٦. **نقـترح عـلى وزارة التعليـم العـالي والبحث العلمـي** ضرورة اعداد منهـج علمي يضم الجوانب القانونية للذكاء الاصطناعي من خلال تشكيل لجنة من ذوي الاختصاص لإجراء اللازم ، من أجل اعتماده كمنهج في الدراسـة بكليات القانون ، فضلاً اعداد دراسـة بشـأن فتح اقسـام علمية في كليات القانون مختصة بالقانـون والذكاء الاصطناعي والتكنولوجية الرقميـة عـلى غرار بعض الدول العربية والأجنبية التي فتحت أقسـام في هذا الاطار .

٧. **نقترح على مجلس القضاء الأعلى العراقي** ضرورة اعداد ورشات وندوات فنية وتقنية عـن التكنولوجيـا الرقميـة والذكاء الاصطناعـي للقضاة ؛ نظـراً لارتباط هـذه التطورات البرمجيـة بصميـم عمل القاضي وهو بصـدد تطبيق القانون في الدعـاوي المنظورة أمامه ، فضلاً عن الدور الرئيسي للقاضي في التكييف القانوني ، مما يتطلب منه على أقل تقدير على دراية بهذه المسائل .

قائمة المراجع

أولاً : الكتب :

١. د. أيمن محمد الأسيوطي : الجوانب القانونية لتطبيق الذكاء الاصطناعي ، دار مصر للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٢٠ .

٢. إيهاب خليفة : مجتمع ما بعد المعلومات تأثير الثورة الصناعية الرابعة على الأمن القومي (البلوكتشين-أنترنت الأشياء-الذكاء الاصطناعي) ، المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة الطبعة الأولى ، العربي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٩ .

٣. د. خالد ممدوح إبراهيم : إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠١١ .

٤. د. عباس العبودي : التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الأثبات المدني (دراسة مقارنة) ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٧ .

٥. د. عبد السلام محمد رائد : تطور الاستخدام الاقتصادي للذكاء الاصطناعي ، دار الأهرام للنشر والتوزيع ، المنصورة ، مصر ، ٢٠٢٢ .

٦. علي عبد الستار عبد الرحمن : مسؤولية الوسيط الإلكتروني ووسائل إثباتها (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠١٧ .

٧. د. فريد حبيب ليان : التكنولوجيا المالية جسر القطاع المالي إلى المستقبل ، اتحاد شركات الاستثمار ، الكويت ، ٢٠١٩ .

٨. د. قاشي علال ود. عشير جيلالي : النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، التجارة الدولية بين الحاضر والمستقبل ، الجزء الرابع ، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية ، برلين ، المانيا ، ٢٠٢١ .

٩. د. مجيد حميد العنبكي : مبادئ العقد في القانون الإنكليزي ، جامعة النهرين ، كلية الحقوق ، بغداد ، ٢٠٠١ .

١٠. د. مدحت محمد أبو النصر : الذكاء الاصطناعي في المنظمات الذكية ، الطبعة الأولى ، المجموعة العربية للتدريب والنشر ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٢٠ .

١١. د. هيثم السيد أحمد عيسى : نشأة العقود الذكية في عصر البلوك تشين ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٢١ .

١٢.

ثانياً : البحوث والمقالات :

١. د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل : العقود الذكية والذكاء الاصطناعي ودورهما في أتمتة العقود والتصرفات القانونية : دراسة لدور التقدم التقني في تطوير نظرية العقد ، مجلة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، المجلد ٤٤ ، العدد ٤ ، الكويت ، ٢٠٢٠ .

٢. د. أحمد حسن الربابعة : الرؤية المقاصدية للعقود الذكية ، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، الدورة الرابعة والعشرين ، دبي ، الامارات ، ٢٠١٩ .

٣. د. أحمد علي صالح : تقنية العقود الذكية وأثرها في استقرار المعاملات المالية (دراسة فقهية قانونية) ، مؤتمر دور الشريعة والقانون في استقرار المجتمعات ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر الشريف ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر .

٤. د. آلاء يعقوب النعيمي : النظام القانوني للوكيل الإلكتروني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٧ .

٥. د. العياشي الصادق فداد : العقود الذكية : مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، الدورة الرابعة والعشرين ، دبي ، الامارات ، ٢٠١٩ .

٦. د. العياشي الصادق فداد : العقود الذكية ، مجلة السلام للاقتصاد الاسلامي ، مصرف السلام ، ، العدد ١ ، الجزائر ، ٢٠٢٠ .

٧. د. جليل حسن الساعدي : العنصر النفسي في العقد (دراسة في القانونين العراقي والانكليزي) ، مجلة العلوم القانونية ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، المجلد ٢٧ ، العدد ٢ ، ٢٠١٢ .

٨. حسن السوسي : مواءمة نظرية العقد مع متطلبات العصر (نظرة في العقود الذكية) ، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية ، المجلد ٢ ، العدد ٦ ، ٢٠٢٠ .

٩. د. رمضان عبد الله الصاوي : العقود الذكية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، الحلقة الأولى ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، دراسات ، دبي ، الامارات ، ٢٠٢٠ . منشور على الرابط : https://www.aliqtisadalislami.net/ 5/5/2021

١٠. ود. رمضان عبد الله الصاوي : العقود الذكية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، الحلقة الثانية ، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، دراسات ، دبي ، الامارات ، ٢٠٢٠ . منشور على الرابط : https://www.aliqtisadalislami.net/ 11/5/2021

١١. د. عبد الستار أبو غدة : العقود الذكية والبنوك الرقمية والبلوكشين ، ندوة البركة للاقتصاد الاسلامي ، العدد ٣٩ ، جدة ، السعودية ، ٢٠١٩ .

١٢. د. عمـر الجميـلي : العقـود الذكية واقعهـا وعلاقتها بالعملات الافتراضيـة ، مؤتمر مجمع الفقـه الإسـلامي الـدولي ، الدورة الرابعة والعشرون ، دبـي ، الامارات ، ٢٠١٩ .

١٣. د. غني ريسـان جادر : النظام القانوني للوكيل الإلكتروني (دراسـة مقارنة) ، مجلة أهل البيت عليهم السـلام ، جامعة أهل البيت عليهم السـلام ، العدد ٥ ، ٢٠٠٧ .

١٤. فاطمـة الزهـراء ربحـي تبـوب : الوكيـل الذكـي في إبـرام العقـد ، الملتقى الـدولي للذكاء الاصطناعـي : تحـدِ جديـد للقانون ، حوليـات جامعة الجزائر ، ، عدد خـاص ، الجزائر ، ٢٠١٨ .

١٥. كوثر فنيش : تطور المنتج الوقفي من خلال تقنية البلوك تشـين ، مجلة آفاق علوم الإدارة والاقتصاد ، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسـيير ، جامعة المسـيلة ، المجلد ٣ ، العدد ، ٢ ، الجزائر ، ٢٠١٩ .

١٦. د. مجيد حميد العنبكي : إنشـاء العقد في القانون الإنكليزي ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، المجلد ٣ ، العدد ٣ ، ١٩٩٩ .

١٧. محمد صلاح عاشـور : العقود الذكية والتجـارة الإلكترونية ، المؤتمر العلمي الدولي الثاني ، كليـة الادارة والاقتصـاد ونظم المعلومـات ، جامعة مصر للعلـوم والتكنولوجيا ، مصر ، ٢٠٢١ .

١٨. مصطفي محمد الحسـبان : النظام القانوني لتقنية البلوك تشـين (blockchain) في ظل تشريعـات التجـارة الالكترونية ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسـانية ، جامعة زيان عاشـور بالجلفـة ، المجلـد ١٢ ، العدد ٣ ، الجزائر ، ٢٠١٩ .

١٩. مؤسسـة دبـي للمسـتقبل : الـذكاء الاصطناعـي يتفوق عـلى المحامين في مراجعـة الوثائق القانونيـة ، مقـال ، ٢٠١٨ . منشـور عـلى الرابـط : https://mostaqbal.ae/ 21/2/2021

٢٠. د. ندير طروبيا : استراتيجيات مجلس التعاون الخليجي لتبني تقنية البلوك تشين والنتائج المحتملـة لتطبيقها (قـراءة في تجربة الامارات العربية المتحدة) ، مجلة إضافات اقتصادية ، كلية الدراسـات الاقتصادية والتجارية وعلوم الإدارة ، جامعة غرداية ، المجلد ٤ ، العدد ٢ ، الجزائر ، ٢٠٢٠ .

٢١. د. نريمان مسعود بورغدة : عقود البلوك تشين (العقود الذكية) من منظور قانون العقود المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، السياسية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، المجلد ٥٦ ، العدد ٢ ، الجزائر ، ٢٠١٩ .

٢٢. د. هناء محمد هلال : ماهية العقود الذكية ، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، الدورة

الرابعة والعشرين ، دبي ، الامارات ، ٢٠١٩ .

٢٣. هنـي عبد اللطيـف : العقود الذكية ، الملتقى الدولي الذكاء الاصطناعي : تحدِ جديد للقانون ؟ ، حوليات جامعة الجزائر ، عدد خاص ، جامعة الجزائر ١ ، الجزائر ، ٢٠١٨ .

ثالثاً : المواقع الإلكترونية :

1. https://ar.wikipedia.org/wiki 5/2/2021
2. https://www.compliance.techtarget.com 5/2/2021
3. https://www.investopedia.com/terms/s/smart-contracts.asp 5/2/2021
4. https://www.ibm.com/in-en/topics/smart-contracts 10/2/2021
5. https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/english-auction/ 27/4/2021
6. https://title-builder.com/ebay-auctions-strategy-how-does-it-really-work/ 27/4/2021
7. https://saylordotorg.github.io/text_introduction-to-economic-analysis/s21-03-dutch-auction.html 28/4/2021
8. https://www.yourdictionary.com/reverse-dutch-auction 28/4/2021
9. https://www.islamicbitcoin.com 24/5/2021
10. https://arabicpost.net/bit-chain/ 26/5/2021
11. https://medium.com/@teexofficial/what-are-oracles-smart-contracts-the-oracle-problem-911f16821b53 27/5/2021

رابعاً : القوانين العراقية :

قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنـــة٢٠١٢ .

القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .

خامساً : القوانين العربية :

١. قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٤ .
٢. القانون المدني الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٢ .
٣. قانون المعاملات الإلكترونية السوداني رقم (١١) لسنة ٢٠٠٧ .
٤. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ .
٥. قانون امارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ .
٦. قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ .
٧. القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ .
٨. قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ .

٩. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ .
١٠. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .
١١. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

سادساً : القوانين والاتفاقيات والوثائق الدولية :

١. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي : وثيقة بشأن الجوانب القانونية للعقود الذكية والذكاء الاصطناعي من حكومة تشيكيا ، نيويورك ، الولايات المتحدة الامريكية ، ٢٠١٨ .
٢. القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لسنة ٢٠٠٩ .
٣. اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ .
٤. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ .

Seventh : References in English :

1-Alexander Savelyev : Contract law 2.0 : Smart contracts as the beginning of the end of classic contract law، Journal Information & Communications Technology Law، Taylor & Francis Group Online، Article، Vol 26، No 2، UK، 2017 .

2-Allen and Overy : Basic Principles of English Contract Law، Advocates for international development (A4ID)، Article، 2016 . published at the link :
https://www.a4id.org/publications/basic-principles-of-english-contract-law 9/5/2021

3-Anthony Chavez and Pattie Maes : Kasbah: An Agent Marketplace for Buying and Selling Goods، Proceedings of The First International Conference On The Practical Application Of Intelligent Agents And Multi-Agent Technology، The Pennsylvania University، USA، 1996 .

4-Ben Coppin : Artificial Intelligence Illuminated، Jones and Bartlett Publishers، 1st ed، USA، 2004 .

5-Claire Henly And others : Energizing the future with Blockchain،

Energy Law Journal، Energy Bar Association، Nol 39، N 2، 2018، P 226 . published at the link :
https://www.eba-net.org/felj/energy-law-journal/energy-law-journal-volume-39-no2-2018/ 18/2/2021
6-Darren Kleine : Bitcoin Declared Legal Commodity In Chinese Court، Article، 2019 . published at the link
:https://cryptobriefing.com/bitcoin-declared-legal-commodity-in-chinese-court 26/5/2021
7-Dylan Yaga، Peter Mell، Nik Roby and Karen Scarfone : Blockchain Technology Overview، National Institute of Standards and Technology، Department of Commerce، USA، 2018 . published at the link :
https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1906/1906.11078.pdf 22/2/2021
8-Eliza MIK : Smart contracts : Terminology technical limitations and real world complexity، Research Collection School Of Law، School of Law، Singapore Management University، N 2، Singapore، 2017 .
9-Emmanuelle Ganne : Can Blockchain revolutionize international trade?، WTO Publications، World Trade Organization، Geneva 2، Switzerland، 2018 .
10-Francisco Andrade، And others : Software Agents as Legal Persons، Virtual Enterprises and Collaborative Networks، Working Conference on Virtual Enterprises، IFIP International Federation for Information Processing، Vol 149، Springer، Boston، MA، USA، 2004 .
11-Gabriel Jaccard : Smart Contracts and the Role of Law، Article، 2018 . published at the link :
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885 21/2/2021

12-Ghalib Alshammri : Investigation of Agent or Multi-agent Technologies in E-Commerce Systems، International Journal of Computer Science and Network Security، IJCSNS، Vol 9، No 10، 2009 .
13-Giulio Caldarelli : Understanding the Blockchain Oracle Problem : A Call for Action، Journal Information، MDPI، University of Nottingham، Vol 11، Iss 11، UK، 2020 .
14-Guenter Treitel : An Outline of the Law of Contract، Second edition، Buter worths، London، UK، 1979 .
15-Huu Nguyen and Scott Bailey : Use of Artificial Intelligence For Smart Contracts And Blockchain، FinTech Law Report، E-Banking، Payments and Commerce in the Mobile World، Thomson Reuters، Vol 21، Iss 2، USA، 2018 .
16-I. C. Saxena : Law Of Contract، Annual Survey of Indian Law 1967 and 1968، The Indian Law Institute، India، 1968 .
17-Jake Goldenfein And Andrea Leiter : egal Engineering on the Blockchain : Smart Contracts' as Legal Conduct، Business Media B.V.، Springer Nature Switzerland AG، Switzerland، 2018 .
18-James Chen : Dutch Auction، Article، 2021 . published at the link :https://www.investopedia.com/terms/d/dutchauction.asp 28/4/2021
19-Jamie Berryhill، Théo Bourgery، and Angela Hanson : Blockchains Unchained : Blockchain Technology and its Use in the Public Sector، the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)، Working Papers on Public Governance، No 28، 2018. published at the link:
https://www.oecdilibrary.org/deliver/3c32c429en.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpaper%2F3c32c429-en&mimeType=pdf 22/2/2021
20-Janez Sekirnik : Pametne Pogodbe Kot Sredstvo Za Izvrsevanje Sodb، Magistrsko Delo، Pravna fakulteta، Univerza V Ljubljani،

Slovenian، 2018 .
21-Jiachi Chen And others : Why Do Smart Contracts Self-Destruct? Investigating the Selfdestruct Function on Ethereum، Vol 1، No 1، Article 1، 2016 .
22-Julie Cameron : Catch me if you can : British Columbia Supreme Court allows tracing of cryptocurrency، Article، 2018 . published at the link : https://www.nortonrosefulbright.com/enno/knowledge/publications/933eb2e5/catch-me-if-you-can-british-columbia-supreme-court-allows-tracing-of-cryptocurrency 26/5/2021
23-Julio C. Mendoza-Tello And Xavier Calderón-Hinojosa : A Blockchain-Based Approach to Supporting Reinsurance Contracting، Advances in Emerging Trends and Technologies، Vol 1302، Springer Nature Switzerland AG، Switzerland، 2020 .
24-Karen E. C. Levy : Book Smart، Not Street Smart : Blockchain-Based Smart Contracts and The Social Workings of Law، Engaging Science، Technology، and Society، Nol 3، 2017 . published at the link : https://estsjournal.org/index.php/ests/article/view/107 16/2/2021
25-Kristian Lauslahti، And others : Smart Contracts : How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?، The Research Institute of the Finnish Economy (ETLA)، Aalto University، No 68، Finland، 2017 .
26-Kyt Dotson : Judge knocks down 'Bitcoin is not money' argument in Silk Road trial، Article، 2014 . published at the link :https://siliconangle.com/2014/07/10/judge-knocks-down-bitcoin-is-not-money-argument-in-silk-road-trial/ 26/5/2021
27-Lance Ashdown، Tom Kyte And others : Oracle Database Concepts، Copyright Oracle and/or its affiliates، 2017 . published

at the link : https://docs.oracle.com/database/121/CNCPT/title.htm27/5/2021
28-Maher Alharby And Aad Van Moorsel : Blockchain-based Smart Contracts: A Systematic Mapping Study، Fourth International Conference on Computer Science and Information Technology، Computer Science & Information Technology (CS & IT)، Cornell University، New York، USA، 2017 .
29-Mark Giancaspro : The Consideration Myth About Smart Contracts، Australian National University Journal of Law and Technology (ANU JOLT)، College of Law، Australian National University، Vol 1، Iss 1، Canberra، Australia، 2020 .
30-Mark Verstraete : The Stakes of Smart Contracts، Loyola University Chicago Law Journal، School of Law، University of Loyola، Vol 50، Chicago، USA، 2019 .
31-Markus Mueller-Chen : General Principles of Contract Law، Chapter 2 ، Part I، Introduction to Private Law، Introduction to Business Law، Contract Law، Vol 1، 2021 .
32-Marnah Suff : Essential Contract Law، Second edition، Cavendish Publishing Limited، London • Sydney، UK، 1997 .
33-Mateja Durovic and Andre Janssen : The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law، European Review of Private Law، Kluwer Law International BV، Vol 26، N 6، The Netherlands، 2018 .
34-Mateja Durovic and Andre Janssen : The Formation of Smart Contracts and Beyond: Shaking the Fundamentals of Contract Law?، Article، 2018 . published at the link :
https://www.researchgate.net/publication/327732779_The_Formation_of_Smart_Contracts_and_Beyond_Shaking_the_Fundamen-

tals_of_Contract_Law 5/5/2021
35-Michele Tumminelli And Steve Battle : A Smart Contract Model for Agent Societies، UK-RAS Conference : Robots Working For Among Us Proceedings، Paper، The EPSRC UK Robotics And Autonomous Systems (RAS) Network، UK، 2017 .
36-Mike Wheatley : The trial of alleged Silk Road kingpin Ross Ulbricht could be a defining moment for Bitcoin، Article، 2014 . published at the link :
https://siliconangle.com/2014/04/02/the-trial-of-silk-roads-ross-ulbricht-could-be-a-defining-moment-for-bitcoin/26/5/2021
37-Mili Seif Eddine : Conception d'une architecture basee agents pour la creation d'un marche virtuel، Mémoire، These Magister، Faculté des Sciences d'Ingénieur، Université Mentouri ed Constantine، Algeria، 2008 .
38-Nick Szabo : Smart Contracts Glossary، Article، 1995 . published at the link :
https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_glossary.html 10/2/2021
39-Nick Szabo : Smart Contracts، Article، 1994 . published at the link : https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html 10/2/2021
40-Nir Vulkan : Economic Implications of Agent Technology and E-Commerce، The Economic Journal، Royal Economic Society، Oxford Academic، Vol 109، Iss 453، UK، 1999 .
41-Nir Vulkan : Economic Implications of Agent Technology and E-Commerce، The Economic Journal، Royal Economic Society،

Oxford Academic، Vol 109، Iss 453، UK، 1999 .
42-Paul Catchlove : Smart Contracts : A New Era of Contract Use، research paper، 2017 . published at the link :
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226
11/2/2021
43-Peyman Faratin، And others : Negotiation decision functions for autonomous agents، Robotics and Autonomous Systems، Spanish Council for Scientific Research، Artificial Intelligence Research Institute، Vol 24، Iss 3-4، Barcelona، Spain، 1998
44-Riccardo De Caria : The Legal Meaning of Smart Contracts، European Review of Private Law، Kluwer Law International BV، Vol 26، Iss 6، The Netherlands، 2018 .
45-Robert H، And others : Agent-mediated electronic commerce: a survey، The Knowledge Engineering Review، Cambridge University Press، Vol 13، Iss 2، UK، 1998 .
46-Ryan Clements : Evaluating the Costs and Benefifits of a Smart Contract Blockchain Framework for Credit Default Swaps، William & Mary Business Law Review، School of Law، University William & Mary، Article، Vol 10، Iss 2، USA، 2019 .
47-Samir Chopra and Laurence F. White : A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents، University of Michigan Press، USA، 2011 .
48-Sonia Gonzalo : A Business Outlook regarding Electronic Agents، International Journal of Law and Information Technology، Schloss DagstuhlLeibniz Association، Vol 9، N 3، Germany، 2001 .
49-Tanaya Macheel : 4 Court Cases Helping Shape the US Stance on Bitcoin، Article، 2014 . published at the link:
https://www.coindesk.com/4-court-cases-helping-determine-us-stance-bitcoin 26/5/2021

50-the UK Jurisdiction Taskforce : UK charges ahead with legal certainty for smart contracts and cryptoassets، 18 November 2019 . published at the link :
https://www.finextra.com/newsarticle/34790/uk-charges-ahead-with-legal-certainty-for-smart-contracts-and-cryptoassets11/2/2021
51-Valentina Gatteschi، And others : Blockchain and Smart Contracts for Insurance: Is the Technology Mature Enough?، Future Internet، MDPI، Nol 10، N 2، 2018 .
52-Yuan Liu And others : SABlockFL: A Blockchain-based Smart Agent System Architecture and Its Application in Federated Learning، International Journal of Crowd Science، Tsinghua University، Vol 4، Iss 2، China، 2020 .

Eighth : References in French :

1-Blaise Carron، and Valentin Botteron : Le droit des obligations face aux (contrat intelligents) : Blockchain، Smart Contracts et contrats de droit Suisse، Article، researchgate، France، 2018 . published at the link:
https://www.researchgate.net/publication/331832053 22/2/2021
2-Blaž Podgorelec : Arhitektura Za Nadgradljivost in Zamenljivost Pametnih Pogodb Na Platformi Ethereum، Magistrsko Delo، Fakulteta Za Elektrotehniko، Univerza V Mariboru، Slovenian، 2018 .
3-Bruno Ancel : Les smart contracts : révolution sociétale ou nouvelle boîte de Pandore ?Regard comparatiste، Communication-Commerce Électronique، Lexisnexissa، N° 7-8، France، 2018 .
4-Bruno Dondero : Les smart Contracts، Le Droit civil à l'ère du numérique، Lexinexis، Université Paris، France، 2017 . published at the link : http://web.lexisnexis.fr/fb/droit_civil_a_l_ere_numeri-

que_112017/index.html#18 5/2/2021
5-Camille Tirand : Vers un encadrement des monnaies virtuelles en France et aux États-Unis، Régulation bancaire et financière، MBDE، Article، France، 2015 . publié sur le lien :
https://blogs.parisnanterre.fr/content/vers-un-encadrement-des-monnaies-virtuelles-en-france-et-aux-%C3%A9tats-unis26/5/2021
6-Christoph Müller : Les (Smart Contracts) en droit des obligations Suisse، 3e Journée des droits de la consommation et de la distribution : Blockchain et Smart Contracts، Défis، juridiques، l'Université de Neuchâtel، Suisse، 2018 . published at the link :
https://libra.unine.ch/Publications/Blaise_Carron/42624 21/2/2021
7-David Deroussin : Le contrat à travers le Code civil des Français، Association Française pour l'Histoire de la Justice، Cairn.info، Article، N° 19، France، 2009 .
8-Elise Huber : Les smart contracts : contrats non identifies، Village de la Justice، informatique، propriété intellectuelle، Article، France، 2018 . publié sur le lien :
https://www.village-justice.com/articles/les-smart-contracts-contrats-non-identifies،28893.html 25/5/2021
9-Enguerrand Mariqu : Les smart contracts en Belgique : une destruction utopique du besoin de confiance، Dalloz IP/IT، Article، N 1، France، 2019 .
10-John Richard Wisdom : Agents intelligents de l'internet: enjeux économiques et Sociétaux، Thèse docteur، l'École Nationale Supérieure des Télécommunications، Paris، France، 2005 .
11-Laurent Deveaux et Corina Paraschiv : Le rôle des agents intelligents sur l'internet: Révolution ou évolution commerciale?، Revue française de gestion، Lavoisier، Vol 5، n° 152، France، 2004 .

12-Laurent Deveaux et Corina Paraschiv : Le rôle des agents intelligents sur l'internet: Révolution ou évolution commerciale?، Revue française de gestion، Lavoisier، Vol 5، n° 152، France، 2004 .
13-Maria Ivone Godoy : La reconnaissance juridique des contrats intelligents face à la réglementation globale des technologies، Thèse Master، Faculté de droit، Université de Montréal، France، 2019 .
14-Marie-Hélène Verrons : GeNCA : un modèle général de négociation de contrats entre agents، Thèse Doctorat، l'Universit´e des Sciences et Technologies، sp´ecialit´e informatique، Lille، France، 2004 .
15-Maxime Morge : Syst`eme dialectique multi-agents pour l'aide `a la concertation، Thèse Doctorat، l'Universit´e Jean Monnet، sp´ecialit´e informatique، Saint Etienne، France، 2005 .
16-Mustapha Mekki : Blockchain : l'exemple des smart contracts Entre innovation et precaution، Article، France، P 6 . published at the link :
https://lesconferences.openum.ca/files/sites/97/2018/05/Smart-contracts.pdf 20/4/2021
17-Mustapha Mekki : Le contrat، objet des smart contracts، Partie 1، Dalloz IP/IT، Article، N 7-8، France، 2018 .
18-R. Moradinejad : Le contrat intelligent، nouveau vecteur de confiance dans les relations contractuelles : réalité ou rêve ?، Les Cahiers de droit، la Faculté de droit، l'Université Laval، Vol 60، N 3، France، 2019 .
19-S. A Kablan : Pour une évolution du droit des contrats : le contrat électronique et les agents intelligents، Thèse de doctorat، Université Laval، France، 2008 .

20-Tina Balke : “Entity” and “Autonomy” – The Conclusion of Contracts by Software Agents in the Eyes of the Law A Software Agent Definition-based Analysis، Revue D Intelligence Artificielle، Vol 24، No 3، France، 2010 .

Ninth : Laws in English :

1-United States State of Tennessee's Electronic Transactions Act No. (47) of 2019 .
2-United States State of Connecticut's Smart Contracts Act NO. (7310) of 2019 .
3-Legge italiana n. (12) del 2019 .
4-United States State of New York's Blockchain Act NO. (08780) of 2018 .
5-United States State of Illinois's Blockchain Act NO. (3575) of 2018 amending Law NO. (101) of 2020 .
6-United States State of OHIO Act NO. (300) of 2018 .
7-Maltese Innovative technology arrangements and Services Act No. (33) of 2018 amending Law NO. (389) of 2020 .
8-Maltese Digital Innovation Authority Act NO. (31) of 2018 .
9-Maltese Virtual Financial Assets Act NO. (30) of 2018 .
10-United States State of Arizona's Electronic Transactions Act No. (2417) of 2017 .
11-United States State of Nevada's Electronic Transactions Act No. (398) of 2017 .
12-The English Electronic Transactions (Guernsey) Law، 2000 .
13-Directive on electronic commerce 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 .
14-United States Uniform Electronic Transactions Act of 1999 .

15-United States Uniform Computer Information Transactions Act of 1999 .
16-Canada Uniform Electronic Commerce Act 1999 .
17-Directive on the protection of consumers in respect of distance contracts 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 .

Tenth : Laws in French :

1-Décret n° 2018-1226 du 24 décembre 2018 relatif à l'utilisation d'un dispositive d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers et pour l'émission et la cession de minibons .
2-Décret n° 2017-0121 du 23 mai 2017، Vocabulaire de l'informatique (liste de termes، expressions et définitions adopté) .
3-Décret n° 2016 -520 du 28 avril 2016 relatif aux bons de caisse .
4-LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence، à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique .
5-LOI français n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique .
6-LOI français no 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique .
7-Code civil français de 1804، modifié .

Eleven : Foreign Judicial Decisions and Judgments :

1-Singapore International Commercial Court، B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd [2019] SGHC (1) 03، 14 March 2019 . published at the link : https://www.supremecourt.gov.sg/news/case-summaries/

12/2/2021
2-United States District Court، District of Massachusetts، Civil Case No. 18-10077-RWZ، Commodity Futures Trading Commission v. My Big Coin Pay، INC. et al.، September 26، 2018 .
3-European Court of Justice، Case C-264/14، Official Journal of the European Union، Skatteverket v. David Hedqvist، 22 October 2015 .
4-United States District Court، Eastern District of Texas، Case No. 4:13-CV-416، Securities and Exchange Commission V. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust، September 18، 2014 .
5-Singapore Supreme Court، LRC 281(2005)2، Digilandmail.com Pte Ltd V. Chwee Kin Keong And Others، 2005 . published at the link : https://www.nortonrosefulbright.com/enus/knowledge/publications/6a118f69/singapore-courts-cryptocurrency-decisionimplications-for-trading-smart-contracts-and-ai#section3 11/5/2021
6-Paris : 24 oct 1998 ، n- 63197 L 98(B.F) – Gaz Pal ، de 23-24 juin 1999 .

الآثار القانونية لجائحة كورونا على العقود الحكومية

الطالب: محمد شاكر محمود حسن
المعهد القضائي – الدورة (٤٢)

الجزء الأول

المستخلص

تتعلق هذه الدراسة بالظروف الخارجية التي قد ترافق العقد الحكومي وتؤثر فيه، والتي لم يبين أحكامها قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤، الأمر الذي استوجب الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانوني المدني، وكذلك الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية الصادرة عن وزارة التخطيط، إذ تتنوع هذه الظروف وتتعدد، وتبعاً لذلك يتباين أثرها، فمنها ما يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، ومنها ما يجعل تنفيذه مرهقاً، فضلاً عن ذلك، فإن هذه الظروف لا يقتصر أثرها على مرحلة تنفيذ العقد الحكومي، بل يتعداه إلى مرحلة الانعقاد، والانتقال، والانقضاء، ومن هذا المنطلق كانت جائحة كورونا هي محور الدراسة، إذ أبرزت الأثر الذي رتبته على العقد الحكومي ومراحله المختلفة، وآلية تعامل السلطتين القضائية والتنفيذية مع آثارها.

وبنتيجة الدراسة تبين أن المشرع العراقي لم ينظم أحكام آثار الجوائح على الالتزامات العقدية، بل اكتفى بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة، أو نظرية القوة القاهرة، لذلك أوصت هذه الدراسة المشرع العراقي بضرورة تشريع قانون للعقود الحكومية يكون أكثر تفصيلاً، وأدق صياغة من القانون الحالي النافذ، وأن يعالج كيفية التعامل مع الجوائح، ووضع تعريف لها، وبيان طبيعتها القانونية، وكذلك أوصت الدراسة السلطة التنفيذية إلى عدم إطلاق وصف واحد عند حصول أمر مماثل لجائحة كورونا، إذ لكل حالة خصوصية.

Abstract

This study relates to the external circumstances which may accompany and affect the government contract and their rules which weren't stated in the Public Contracts Law No. 78 of 2004، so the matter necessitated a reference to the general rules in the Civil law and the controls which are attached to the instructions for implementing government contracts issued by the Ministry of Planning. These circumstances may be vary and manifold، and its impact varies، some of them make the implementation of the contract impossible، and some of them make it onerous، in addition، these circumstances aren't limited to the stage of government implementation، but go beyond it to the stage of convening، transition and expiration.

From this point of view، the Corona pandemic is the focus of the study as it highlighted the impact it had on the government contract and its various stages، and the mechanism for dealing of the judicial and executive authorities with its effects.

As a result of the study، it was found that the Iraqi legislator didn't regulate the provisions of the effects of pandemics on contractual obligations، but rather took the theory of emergency conditions، or the theory of force majeure، so this study recommended the Iraqi legislator the need to legislate a law for government contracts that is more detailed and more accurate than the current law، and that It deals with how to deal with pandemics، defining them and stating their legal nature، and the study also recommended the executive authority not to release an one description when something similar to the Corona pandemic happens، for each case is special.

أولاً: موضوع البحث

بعـد تصنيف وباء كورونـا كجائحة من قبل منظمة الصحة العالمية في ٢٠٢٠/٣/١١ سـارعت دول العالم إلى إعلان حالة الطوارئ، واتخذ العراق سلسلة إجراءات احترازية لمواجهة الجائحة بدءاً مـن ليلـة ٢٠٢٠/٣/١٧، لكـون جائحة كورونا تهـدد كينونة الوجود البشري، فتـم إغلاق الحدود وحظر التنقل بين المدن، لا بل حتى داخل المدينة الواحدة، ونستطيع القول إن فايروس كورونا سبب الخـوف والهلـع لمجهولية تأثيراته، وقد تقهقر أمامه الاقتصـاد العالمي، وألقى بتأثيراتهُ على مختلف نواحـي الحيـاة الاجتماعية والثقافية، ولـم تكن الالتزامات التعاقدية، والعقـود الحكومية على وجه الخصوص بمنأى من هذه التأثيرات، والتي تعد من وسـائل الإدارة في تسـيير نشـاط المرافق العامة بانتظام واضطراد، تتمتع فيها بسلطات استثنائية تعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، فكانت الإجـراءات الحكوميـة لمواجهـة جائحة فايروس كورونا المسـتجد هي من ألقـت بظلالها على العقد الحكومي في جميع مراحله، وسـببت إشـكالية قانونية في التكييف السـليم لها وما تبع ذلك من حكم يختلف باختلاف الوصف القانوني.

ثانياً: أهمية البحث

تتجلى أهمية موضوع البحث في تناوله مراحل إبرام العقود الحكومية، وما تعترضه من ظروف قد تتغير من مرحلة لأخرى متى كانت؛ بسبب خارج عن إرادة طرفيه وهذه الظروف تمثلت بجائحة كورونـا التـي أثرت على مراحل العقد الحكومي الانعقـاد، والتنفيذ، والانتقال، والانتهاء، فهناك من دفـع بـأن الجائحـة هي قوة قاهرة؛ بُغيـة الإعفاء من التزاماته، ومنهم من دفـع بأنها ظرف طارئ لحمل الإدارة المسـاهمة معه في تحمل هذه التأثيرات حتى يستمر في تنفيذ العقد الحكومي.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع

تعود أسباب اختيار الموضوع إلى الرغبة في دراسة هذا الموضوع لحداثته، وما سببه من اختلاف في الطبيعـة القانونيـة لجائحـة كورونـا، والحكـم المترتب على كل أثـر، فضلاً عن الرغبـة في إظهار الطريقـة التـي تـم التعامل معها من قبل السـلطات المتعـددة داخل الدولة في ظـل غياب النصوص القانونية الخاصـة التي تعالج الجائحة.

رابعاً: إشكالية البحث

يطرح موضوع البحث العديد من الإشكاليات لعل من أهمها: ما مفهوم العقود الحكومية ؟ وما هي جائحة كورونا ؟ وما هو التكييف القانوني لجائحة كورونا لدى السـلطة التنفيذية في العراق؟ وما هو موقف الفقه والقضاء العراقيين من تكييف الجائحة ؟ وهل أنتجت أثراً أم لم تؤثر في العقود

جميعهـا ؟ وهـل يصحُّ إطـلاقُ وصفاً قانونياً واحـداً على الجائحة ينطبق على جميـع العقود ؟ وما مدى إلزام قرارات اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية للقضاء بوصف الجائحة بالقوة قاهرة ؟.

خامساً: منهجية البحث ونطاقه

إن طبيعـة البحـث تقتـضي منّـا أن نتناولـه بأكثـر من منهـج علمي، فقـد تم اسـتعمال المنهج الوصفـي؛ وذلك مـن أجل توضيح بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسـة، كما تمت الاسـتعانة بالمنهج التحليلي لغرض تحليل الآثار القانونية المترتبة على العقود الحكومية، واستنباط الأحكام من النصـوص القانونية ومـدى تأثر الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين من جراء جائحة كورونا، ولإضفاء الطابـع العملي على البحث، فقد تم الاستشـهاد بالأحكام القضائية.

سادساً: خطة البحث

تقتضي تقسيم الدراسة على مبحثين، حيث نبين في المبحث الأول مفهوم جائحة كورونا والعقود الحكوميـة، وذلـك عـبر مطلبين، نتناول في المطلـب الأول تعريف الجائحة، وفي المطلـب الثاني نتكلم عـن تعريـف العقود الحكومية، في حين نوضح في المبحـث الثاني الأثر القانوني لجائحة كورونا على مراحـل العقـود الحكومية؛ وذلك من خلال مطلبين اثنين نكرس المطلب الأول لدراسـة أثر الجائحة عـلى انعقـاد وتنفيذ العقـد الحكومي، وفي المطلب الثاني نتولى بيان أثـر الجائحة على انتقال وانتهاء العقـد الحكومـي، ونبحث في دعوى المسـؤولية الناشـئة عن جائحـة كورونـا، وفي الخاتمة نتطرق لأهم الاسـتنتاجات التي خَلُص إليها الباحث، والمقترحات التي نرى أنّ من شـأنها إثراء هذه الفكرة وحيويتها في مجال العقود الحكومية، سـائلين الله الخير والسـداد.

المبحث الأول : مفهوم جائحة كورونا والعقود الحكومية

تعد العقود الحكومية إحدى وسائل الإدارة في تسيير المرافق العامة بانتظام واستمرار، والتي تبرمها لتحقيق غاياتها والمتمثلة بتحقيق المصلحة العامة، إلّا إن هذا النوع من العقود قد يلاقي في مرحلة تنفيذه عدة صعوبات تعترضه قد تكون قوة قاهرة أو ظروف طارئة، وهذا ما جرى فعلاً عند تفشي فايروس كورونا (كوفيد ١٩)، والذي عدته منظمة الصحة العالمية وباقي الدول ومنها العراق جائحة، ولبيان ذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم الجائحة، بينما نبحث في المطلب الثاني مفهوم العقد الحكومي.

المطلب الأول : مفهوم جائحة كورونا والطبيعة القانونية للجائحة

سوف نتناول في هذا المطلب تعريف جائحة كورونا لغةً واصطلاحاً ونبين شروطها، ثم نحاول أن نبين في الفرع الثاني الطبيعة القانونية للجائحة.

الفرع الأول : تعريف جائحة كورونا وشروطها

عندما وصفت منظمة الصحة العالمية فايروس كورونا أنه يشكل جائحة، كان الأغلب من غير المختصين لا يعلم ما هو هذا اللفظ ؟ ومتى يطلق؟، وهل هو مختلف عن الوباء؟ وماهي شروط الجائحة؟ لذا سنبين ذلك، وعلى النحو الآتي:

أولاً : تعريف جائحة كورونا

الجائحة لغة: مفرد جوائح، والجائحة : الشدّة والنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنةٍ أو فتنة، وكل مصيبة كبيرة وفتنة عظيمة، وجاحهم: إذا غشيهم بالجوائح وأهلكهم، والجوح الاستئصال، فيقال جاحتهم السنة جوحاً وأجاحتهم واستأصلت أموالهم[١]. فيقال: جاح الله ماله وأجاحه، بمعنى أهلكه بالجائحة[٢]، ويتضح أن الجائحة مُهلكة للمال أو النفس أو غيرها.

وفي الاصطلاح : فتُعَّرف الجائحة بأنها ما لا يُستطاع دفعه كالبرد أو الريح، أو ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدراً من ثمرٍ و نبات بعد بيعه[٣] .

وقد عّرفت منظمة الصحة العالمية فايروس كورونا بأنه من الأمراض المعدية والانتقالية: "فايروس كورونا هو فصيلة كبيرة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان والإنسان، ومن

١- ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج٥، ص٧٦.

٢- أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاريين اللغة، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩، ص٤٩٢.

٣- أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، الجزء الثاني، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٢، ص٢٨١.

المعروف أن عدداً من فيروسات كورونا تسبب لدى البشر حالات عدوى الجهاز التنفسي التي تتراوح حدَّتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد وخاصة متلازمة الشرق الأوسط التنفسية، والمتلازمة التنفسية الحادَّة الوخيمة (السارس) ويسبب فايروس كورونا المكتشف مؤخراً مرض فايروس كورونا (كوفيد-١٩)"[١].

وقد عرّف المشرّع العراقيّ جائحة كورونا بأنها: "الجائحة الناتجة عن انتقال فايروس كورونا SARS-COV-١٩ أو أي سلالة متطورة أو متحورة عنه"[٢].

أما الأمراض الانتقالية فقد عّرفها بعض الكُتَّاب العراقيين بأنها: "هي الأمراض التي تحدث نتيجة الإصابة بكائنات معدية أو سمومها، والتي تنتقل بطريق مباشر أو غير مباشر من مصادر العدوى إلى الشخص السليم بإحدى طرق الانتقال الخاصة بمسبب كل مرض، إذ يمكن أن تنتقل عن طريق التنفس أو البلع أو التلامس أو الجلد أو عن طريق نقل الدم أو عن طريق المشيمة، كما أنها قد تؤدي إلى الوفاة بسّنٍ مبكرةٍ، ومن هذه الأمراض: التهاب الكبد الفايروسي، والطاعون، والحصبة الألمانية، وغيرها"[٣].

أما قانون الصحة العامَّة العراقيَّ بالعدد ٨٩ لسنة ١٩٨١ المعدَّل فقد عّرف المرض الانتقالي بالقول: "المرض الانتقالي هو: المرض الناجم عن الإصابة بعامل معدٍ أو السَّموم المولدة عنه والذي ينتج عن انتقال ذلك العامل من المصدر إلى المضيف بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"[٤]. وتعرف الجائحة من الناحية الطبيَّة على أنها: أمراض مُعدية تظهر في أكثر دول العالم بأسره، يصعب السيطرة عليها على مستوى العالم؛ لأن انتشارها سريع، وهذا يهدد صحة البشر، أما الوباء فيعرف بأنه: أمراض معدية في دولة أو مجموعة دول صغيرة متجاورة، وينتشر بصورة سريعة بين النّاس، وبهذا يكون الوباء أقل انتشاراً من الجائحة، إلّا أنّ المصطلحينِ يطلقانِ على الأمراض المعدية فقط، ولا تعدُّ أمراضُ القلب والسُّكر أوبئة أو جوائح[٥] .

١- التعريف منشور على موقع منظمة الصحة العالمية الالكتروني بالرابط:
https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel_corona
تاريخ الزيارة ٣٠-١١-٢٠٢١.

٢- تنظر المادة ١_ثانياً من قانون توفير واستخدام لقاحات جائحة كورونا رقم ٩ لسنة ٢٠٢١، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٦٢١ في ١٥/٣/٢٠٢١.

٣- عباس حسين مغير، الأمراض الانتقالية، مقال منشور على الموقع الالكتروني لكلية التربية الأساسية، جامعة بابل بالرابط: http://www.uobabylon:edu.iq تاريخ الزيارة ٣-١٢-٢٠٢١.

٤- المادة (٤٤) من قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١.

٥- محمد الدسوقي، لقاء بعنوان الفرق بين الجائحة والوباء، موقع الجزيرة مباشر
https://mubasher.aljazeera.net/news. تاريخ الزيارة ٦/١٢/٢٠٢١

وفايـروس كورونا أو كوفيد (١٩) مرض تتسـبب به سـلالة جديدة من الفايروسـات التَّاجيّة، والتي ترتبط بالفيروسات ذاتها التي تسبب مرض المتلازمة التنفسية الحادة الوخيمة، وبعض أنواع الزكام العادي (سارس)، وهو أحد فايروسات عائلة كورونا، و تم اكتشاف السارس في عام ٢٠٠٢ في الصّين وانتشر في عدد من الدُول إذ أُصيب به أكثر من ٨٠٠٠ شـخص وأدَّى لوفاة أكثر من ٨٠٠ شخص[١] .

وتعنـي كوفيـد (covid) الاسـم الإنجليـزي للمـرض، وتمثـل أول حرفين من كلمـة كورونا، و"vi" همـا أول حرفـين مـن كلمـة فايـروس(virus)، وحـرف D يمثـل أول حـرف مـن كلمـة مرض(disease)، وينتقل مباشرة بالرَّذاذ التَّنفسي من شخص مصاب إلى آخر، وكذلك بالملامسة لأَسـطح ملوثـة بالفايروس ومن ثَمَّ لمس الوجه والعينين والأنـف والفم[٢]، ويحتوي الفايروس على كمية كبيرة من المعلومات الجينية، ويستنسـخ نفسـه في كل مرة داخل خلية المسـتضيف، الأمر الذي يؤدي إلى نشـوء سـلالات جديدة أكثر قدرة عـلى البقاء والانتقال بسـهولة بين البشر[٣] .

وقـد بـدأ انتشـار الفايـروس لأول مرة في مدينـة ووهان الصينيـة في أوائل شـهر كانون الأول لعام ٢٠١٩، وأَعلنت منظمة الصحة العالمية رسـميًا في ٣ كانون الثاني أن تفشي الفايروس يشـكل حالـة طـوارئ صحيَّـة عامَّة تدعو إلى القلق الـدولي، ومن ثَمَّ أعلنت المنظمـة بتاريخ ١١ اذار ٢٠٢٠ اعتبـار فايـروس كورونا جائحة، وبلغت عدد الإصابـات بالفايروس أكثر من ١٩٤ مليون إصابة في أكثـر مـن ١٨٨ دولة ومنطقة حتى تاريخ ٢٠٢١/١٢/٧، ومن بين هذه الإصابات تضمنت أكثر من (٤١٧٠٠٠٠) حالـة وفاة[٤].

وعـلى أسـاس القرار الـذي اتخذته منظمة الصحـة العالمية بكون فايـروس كورونا جائحة فقد قـررت حكومـات الدول في العالم اتخاذ العديد من الإجراءات بُغية الحد من انتشـار المرض؛ وتفشي الجائحـة وبـذات الوقـت حاولت الحفاظ على النشـاط الاقتصـادي، ومن هذه الإجـراءات والتدابير الوقائية فرض الحجر الصحي، ومنع التنقل داخل المدن، وإغلاق الحدود لمنع انتقال الفايروس من

١- مُشار إليه في موقع منظمة أطباء بلا حدود، موقع انترنيت: فيروسات-كورونا:
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٢٣ https://www.msf.org/ar/

٢- ليسـا بيندير، وثيقة رسـائل وأنشـطة رئيسـية للوقايـة من مرض كوفيد-١٩ والسـيطرة عليه في المـدارس، مكتب اليونيسـيف الإقليمي الشرقي آسـيا والمحيط الهـادي، منظمة الصحة العالمية، الاتحاد الـدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهـلال الأحمر، ٢٠٢٠، ص٢.

٣- إينـاس عبدالمجيـد رشـيد، فايـروس كورونا، ورقة عمل مُلقـاة في ندوة علميـة (CORONAVIRUS ncov-٢٠١٩ وبـاء كورونـا)، كلية الصيدلـة جامعة تكريت.

٤- موسوعة ويكيبيديا، مقال منشور بتاريخ ٢٠٢٠/٩/١٦ :
تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٧ https://ar.wikipedia.org/wiki/%D٨%Ac%

المسافرين الوافدين، وصدرت قوانين للحفاظ على الأمن الصحي للمجتمعات[١]، ومن بين هذه الدول اتخذ العراق عدّة إجراءات، فقد تم تأليف خلية الأزمة المركزية[٢]، ولجان أخرى محلية في المحافظات واتخذت قرارات متنوعة لمواجهة الجائحة وتطورات انتقال العدوى، وقد خولت المواد (٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨) من قانون الصحّة العامّة رقم ٨٩ لسنه ١٩٨١ وزير الصحة (أحد أعضاء خلية الأزمة) تحديد الأمراض الانتقالية بتعليمات يصدرها، وكذلك له إصدار بيان لإعلان أيَّة مدينة أو جزء منها موبوء بأحد الأمراض الخاضعة للوائح الصحيّة الدُّولية، واتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بمنع انتشار المرض، ومن هذه الإجراءات تقييد حركة تنقل المواطنين داخل المنطقة الموبوءة والدُّخول إليها أو الخروج منها، وغلق المحلات العامَّة والخاصَّة[٣].

ومما تقدم يمكن تعريف الجائحة بأنها: وقوع أمر دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل في حدوثه مما يتعذر عليه دفعه والوقاية منه بدون خسائر بشرية أو مالية، ومن خصائصه اتّساع رقعة انتشارها، وطول مدة بقائها، ومن شأنه التأثير على جميع نواحي الحياة البشرية الاجتماعية والاقتصادية.

ثانياً: شروط الجائحة

بعد أن عرَّفنا جائحة كورونا، نجد أنّ من الضروري تحديد شروط اكتساب الحدث المفاجئ من مرض أو غيره صفة جائحة[٤]، بمعنى ما السبب الذي دفع منظمة الصحَّة العالمية إلى عد فايروس كورونا جائحة وصنفته كوباء عالمي؟ بالرغم من أنَّها كانت تتردد في استخدامه في بدء ظهوره خوفا من الهلع[٥]، للإجابة عن هذا التساؤل نجد أن رئيس منظمة الصحَّة العالمية، الدكتور تيدروس

١- من التشريعات التي صدرت في ظل جائحة كورونا هو قانون فايروس كورونا الإنجليزي لسنة ٢٠٢٠، والذي منح الحكومة سلطة التعامل مع جائحة كورونا، وسمح القانون للحكومة اتخاذ الإجراءات التي تحد من التجمعات العامة واحتجاز الأفراد المشتبه بإصابتهم بالفايروس، نُشِر القانون على الإنترنت بالرابط:
enacted/٧/٢٠٢٠/https://www.legislation.gov.UK/UKpga تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٧

٢- لجنة الأمر الديواني رقم ٥٥ لسنة ٢٠٢٠، والتي شُكلت بقرار مجلس الوزراء في ٢٦/أذار/٢٠٢٠، وعَدّها الجهة المعنية بمكافحة انتشار فايروس كورونا المستجد في العراق، وخَّولها مسؤولية الإشراف على الإجراءات الاحترازية في هذا الشأن، موقع الحكومة العراقية الرسمي بالرابط : https://gds.gov.iq/ar تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٠/١٠

٣- قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١.

٤- يُعرَّف الحادث في اللغة العربية بأنه: من أحداث الدهر: شبه النازلة، ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، الجزء السابع عشر، دار المعارف، القاهرة، د.ت، ص ٧٩٧.

٥- خبر منشور على موقع يورو نيوز على الرابط: تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/١٠.
١١who-de-/٠٣/٢٠٢٠/https://www.google.com/amp/s/arabic.euronews.com/amp
pandemic-what-is-pandemic-exactly-١٩-clares-covid

أوهانوم غيبريسوس قال: "إن المنظمة ستستخدم هذا المصطلح لسببين رئيسين هما سرعة تفشي العدوى، واتساع نطاقها، والقلق الشديد إزاء قصور النهج الذي تتبعه بعض الدول على مستوى الإرادة السياسية للسيطرة على هذا التفشي للفايروس"[١].

ويمكن أن نضيف شروطاً أُخرى يتم على اساسها وصف الحدث بأنه جائحة:

١. عمومية الحدث سواء كان مرضاً أم كارثة طبيعية.
٢. الانتشار الواسع وعدم اقتصاره على منطقة أو بقعة معينة.
٣. تأثر الحياة الاجتماعية والاقتصادية بالجائحة.
٤. عدم وجود حلٍّ سريع لمواجهة الحدث دون خسائر بشرية أو مالية.
٥. عدم معرفة مُدة بقاء الحدث المسبب للجائحة، وهذا ما حصل فعلاً في جائحة كورونا إذ لم يُعلن عن انتهاء الوباء العالمي من قبل منظمة الصحَّة العالمية و وزارة الصحة العراقية.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لجائحة كورونا

لمَّا كانت جائحة كورونا أمراً مستجدًا أدى إلى جعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية صعبة أو مستحيلة نتيجة الإجراءات الوقائية، كمنع التنقل و إغلاق الحدود، لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية لجائحة كورونا، أو بالأحرى ما هو الوصف القانوني لها، وتأسيساً على ما تقدم سيتم بحث هذا الفرع على النحو الآتي:

أولاً: الظرف الطارئ

تعد نظرية الظروف الطارئة من النظريات التي أسس لها مجلس الدَّولة الفرنسي في قضية غاز بوردو عام ١٩١٦ بسبب تأثير الحرب العالمية الأولى، التي أدت إلى ارتفاع أسعار الفحم ارتفاعاً كبيراً، وأصبح تنفيذ عقد الالتزام للشركة المدعية في تلك القضية مرهقاً لدرجة لم تكن في الحسبان، وقد قضى مجلس الدَّولة بأن تؤدي الإدارة تعويضاً مناسباً للشركة، ومن ثم استقر في أحكامه على هذه النظرية[٢].

وقد أخذ المشرّع العراقي بهذه النظرية في المادة ١٤٦ من القانون المدني، إذ نصت الفقرة الثانية منها على: "على إنَّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها

١- خبر منشور على موقع بي بي سي عربي على الرابط: تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/١٠.
https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/arabic/science-and-tech-51854975.amp

٢- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٥٩٩.

إن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[١] .

وإن الأصل في العقود إذا نُفِّذت تكون لازمة، ولا يجوز الرجوع عنها ولا تعديلها إلّا بمقتضى نص قانوني أو بالاتفاق[٢]، ونظرية الظروف الطارئة استثناء على هذا الأصل إذا تحققت شروطها، إذ كثيراً ما يحصل في العقود المتراخية التنفيذ - كعقد الاشغال العامة - تغيير الظروف التي أُبرم العقد خلالها نتيجة حادث طارئ، لم يكن من الممكن توقعه عند إبرام العقد، فيصبح الوفاء بالالتزامات مرهقاً للمدين بسبب الظرف الطارئ.

ويراد بهذه النظرية أنه إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة؛ فإنَّ الإدارة ستكون مُلزمة أمّا بتعويضه جزئياً و بصفة مؤقتة، أو تعديل العقد لغرض التخفيف من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد المرهق من الاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق[٣].

ويشترط لتطبيق النظرية ما يأتي:

١. أن يطرأ بعد التعاقد أمر لم يكن في حسبان أطراف العقد حصوله عند إبرامه، كالحرب أو الوباء وهذا الأمر استثنائي عام أي لا يخص أطراف العقد بل الجميع.
٢. أن يكون الظرف الطارئ، قد وقع بدون تدخل إرادة المتعاقد.
٣. أن يخل الظرف الطارئ العام بالتوازن المالي للعقد إخلالاً من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من جهة المتعاقد مع الإدارة مرهقاً يهدد بخسارة فادحة.
٤. استمرار المتعاقد الذي يدَّعِي الإرهاق بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، رغم حصول الظرف الطارئ، رغبة في احترام مبدأ سير المرفق العام[٤]، ويستفاد من ذلك إن العقد يكون متراخي التنفيذ، أو عقد فوري تنفيذه مؤجل.

أمّا آثار تطبيق الظرف الطارئ عند تحقق شروطه، فإن المشرع العراقي قد منح القاضي في الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) من القانون المدني سلطة التدخل في تعديل العقد، من خلال إعادة

١- تنظر المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني.
٢- تنظر الفقرة (١) من المادة (١٤٦) مدني.
٣- د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص٥٩٩.
٤- شاكر إكباشي خلف الزبيدي، فكرة الاعتبار الشخصي في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة اللبنانية/المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، ٢٠١٤، ص ١٩٧.

التـوازن الاقتصـادي الذي اختلَّ جرّاء تغيير الظروف التي أُبرم العقد في ظلها لأسـباب خارجة عن إرادة أطرافـه، ويكـون تدخـل القاضي بأن يـردَّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وهذه السـلطة هي سـلطة تقديرية واسـعة، إذ بإمكانه أن يختار الطريقة التي يزيل فيها الإرهاق في تنفيذ الالتزام[١]، وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: " ... أمّا بالنسبة لتنقيص الأجرة فإنه يحق للمدعي المطالبة بهـا اسـتنادًا لأحـكام الفقـرة (٢) من المـادة (١٤٦) من القانـون المدني؛ لذلك كان مـن المتعين على المحكمة بعد التحقق من كون القوات الأجنبية قد وضعت يدها على الموقع المذكور لمدة ستة أشهر ثم تجاوز المواطنون عليه بحيث تعذر عليه الاسـتمرار، بالعمل وبعد التثبت من مدَّة توقف المدعي عن العمل بسبب تلك الظروف، عندئذٍ يقتضي الاستعانة بخبراء مختصين لغرض بيان خبرتهم وتنقيص الأجـرة إلى حـدٍ معقول على أن تكون المدة المحسـوبة فيها ضمن مدة سريـان العقد ..."[٢]. وفي قرار آخر جاء فيه: "... إذا زاد السـعر الرسـمي للمادة المتعاقد على تجهيزها بعد التعاقد زيادة ملحوظة، فعـلى المحكمـة أن تنقـض الالتزام الذي أصبح مرهقـا للمدينِ، وذلك بعد موازنـة مصلحة الطرفين المتعاقدين ..." [٣].

وممـا تجدر الإشـارة إليه أن نص المـادة ٢/١٤٦ مدني هو نص عام يطبـق على جميع العقود، وتوجـد نصوص أخرى خاصة بعقود الايجـار والمقاولة عالجت ذات الموضوع[٤].

وقـد حسـم المشرع في القانـون المدني أي اتفـاق يحصل على اسـتبعاد تطبيق أحـكام الظروف الطارئة على العقود، إذ عَدّ أي اتفاق يتعلق بها هو اتفاق باطل، بحيث يبقى العقد صحيحا، ويبطل الـشرط، وذلك بموجب الفقـرة الثانية من المادة ١٤٦ مدني.

١- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ط٣، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٢٦.

٢- ينظـر قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة، رقم ٨١٨ /هيئـة مدنية / ٢٠٠٧، منشـور عـلى موقع قاعـدة التشريعات العراقيـة بالرابـط: https://iraqld.hjc.iq/verdictstextresults.aspx
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٢٣.

٣- ينظـر قـرار محكمة التمييز، بالعدد ٥٤/مدنية رابعة /١٩٧٨، منشـور في مجلة الأحكام العدلية، السـنة التاسـعة، ١٩٧٨، ص٢٢.

٤- نصـت المـادة ١/٧٩٢ مـن القانون المدني عـلى: (إذا كان الإيجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين إن يطلب فسـخ العقـد قبـل انقضاء مدته إذا حدثت ظروف من شـأنها أن تجعـل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً، عـلى أن يراعـي من يطلب الفسـخ مواعيد التنبيه بالإخـلاء المبينة بالمادة ٧٤١، وعلى أن يعـوض الطرف الآخر تعويضا عادلا)، كذلك نصت المادة ٨٧٨ من القانون المدني على:(ليس للمقاول إذا ارتفعت أسـعار المواد الأولية وأجور الأيدي العاملة أن يسـتند إلى ذلك ليطلب زيادة في الأجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسـيراً، على أنه إذا انهـار التـوازن الاقتصـادي بـين التزامات كل مـن رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسـبب حوادث لم تكن في الحسـبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة أن تقضي بزيادة في الأجرة أو فسخ العقد).

وقد سبق لمحكمة التمييز أن تصدت لموضوع مشابه لجائحة كورونا، وهو انتشار مرض الكوليرا إذ جاء في قرارها: "... إذا استؤجرت الكازينو من مصلحة المصايف لمدة سنتين ببدل إيجار سنوي فإن غلقها بسبب **انتشار مرض الكوليرا** يستلزم تخفيض الالتزام بالنسبة للمدة المتعاقد عليها لا بنسبة مدة الاستغلال بحجة أن افتتاحها مرتبط بافتتاح المسبح المقتصر على فصل الصيف..."[١].

ثانياً: القوة القاهرة الدَّائمة: عُرّفت القوة القاهرة بأنها: "أمر غير متوقع الحصول، ولا ممكن الدفع، يقع فيكون السبب في حصول الضرر"[٢]، وعُرّفت أيضًا بأنها: "الواقعة التي يتمسك بها المدين، ولا يكون له يد فيها، بحيث تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، وليس بالإمكان توقعها"[٣].

ومن التعريفين المتقدمين يتضح أن للقوة القاهرة شروطاً يمكن إجمالها بالآتي:

١. استحالة دفع الحدث الخارجي: بمعنى أن لا يكون بإمكان المدين دفع وقوع الحدث بصورة مطلقة، ولا يكون باستطاعته التغلب على نتائجه بعد وقوعه، أما لو استطاع دفعه ولو بتضحيات بالغة، فلا تعد قوة قاهرة، وهذا الشرط جوهري في طبيعة القوة القاهرة، إذ يجد المدين نفسه أمام استحالة مطلقة في التنفيذ، وليس استحالة نسبية خاصة بالمدين[٤].

٢. عدم إمكانية التوقع: أي يحصل الأمر بصفة مفاجئة، كحصول فيضان أو زلزال أو تفشي وباء، بحيث لا يتوقعه الرجل العادي اليقظ، وإنّ توقع حصول الحدث أو عدم توقعه يعد أساسياً في تحقيق القوة القاهرة ؛ لأن قدرته على التوقع تجعله يتفادى وقوع الحدث ويستعد له مسبقا، فإذا كان وقوع الحدث في حسبان المتعاقد فيخرج من نطاق القوة القاهرة التي بتحقيقها تنتفي العلاقة السببية، ورغم أهمية هذا الشرط فقد أغفلت التشريعات ذكره صراحة، كالقانون المدني المصري، والفرنسي، والعراقي[٥].

١- ينظر قرار محكمة التمييز بالعدد ١٣٣/هيئة عامة أولى /٧٤ في ١٩٧٤/١٠/٥، ذكره لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، ج ٢، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٨، ص ١٤٨.

٢- (٢) د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١، ط ٥، مطبعة نديم، ب. ت، ص ٥٣٨.

٣- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، منشورات جامعة جيهان الخاصة - أربيل، ج ١، ٢٠١١، ص ٤٥٦.

٤- د. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٠، العدد ٣٦، ٢٠٠٨، ص ٦٥.

٥- بن قردي أمين، مدى فعالية تطبيق نظرية القوة القاهرة على جائحة كورونا -كوفيد١٩- بحث منشور في المؤتمر الدولي الموسوم ((جائحة كوفيد_١٩ بين حتمية الواقع والتطلعات))، إصدار المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسة والاقتصادية، الجزء الأول، برلين،١٦/١٥ يوليو ٢٠٢٠، ص ٤٠١.

٣. شرط الخارجية: ويقصد به استقلال الحدث عن إرادة المدين، أي أنّ الحدث حصل دون تدخل الملتزم ولا ينسب إليه حدوثه، وإن هذا الشرط ينسجم مع مبدأ حسن النية، فمن غير المنطقي السماح للمدين عدم تنفيذ التزامه وبذات الوقت يرجع السبب إلى خطأه [١].

وقد ورد مفهوم القوة القاهرة في المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي إذ نصت على: "إذا أثبت شخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حدث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر فيه كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"، وعدها المشرع العراقي من صور السبب الأجنبي، وفي الجملة الأخيرة من المادة المذكورة فقد أجاز المشرع وجود اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، مما يعني أن القوة القاهرة ليست من النظام العام على خلاف الظرف الطارئ.

أما الأثر المترتب على تحقق القوة القاهرة الدائمة، فإنها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وبشكل مطلق، ومن ثم تبرأ ذمة المتعاقد بتنفيذ التزامه.

وقد أصدرت اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية بجلستها المنعقدة بتاريخ ٢/١٢/ ٢٠٢٠ قراراً جاء فيه:

١. تعد فترة أزمة كورونا قوة قاهرة لجميع المشروعات والعقود ابتداء من تاريخ ٢٠/٢/٢٠٢٠ ولغاية تاريخ إصدار هذا القرار.
٢. منح وزير التخطيط صلاحية استثناء الحالات الخاصة، على أن تقدم طلبات الاستثناء لغاية نهاية الدوام الرسمي ليوم الأحد الموافق ٢٨/٢/٢٠٢٠ .

ويلاحظ على القرار الذي أصدرته اللجنة أنه عَدَّ الجائحة قوة قاهرة بصورة دائمة منذ تاريخ ٢٠-٢ -٢٠٢٠ [٢]، رغم أن منظمة الصحة العالمية عدت فايروس كورونا كجائحة في ١١ أذار ٢٠٢٠، واتخذ العراق إجراءات المواجهة للجائحة تصعيداً بدءاً من ليلة ١٧ اذار ٢٠٢٠ ولا نعلم ما السبب في جعل الجائحة في العراق قوة قاهرة بهذا التاريخ على الرغم من أن تسجيل أول إصابة بفايروس كورونا في العراق كانت في ٢٤-٢-٢٠٢٠ [٣]، وإن يوماً واحداً له تأثير في إعفاء الملتزم من التزامه،

١- ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١٨، ص ٥٩ وما بعدها.

٢- القرار ذي العدد ١١٧ لسنة ٢٠٢٠، وإن هذه اللجنة هي ذاتها لجنة الأمر الديواني بالعدد ٥٥ لسنة ٢٠٢٠، والمعنية باتخاذ القرارات اللازمة لمواجهة جائحة كورونا.

٣- الموقع الرسمي للحكومة العراقية بالرابط : https://gds.gov.iq/ar/novel-coronavirus/
تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٧

كون القوة القاهرة تقطع علاقة السببية ما بين خطأ المدين و الضرر الذي يلحق بالدائن، كما يلاحظ على القرار أنّه عَدَّ أزمة كورونا قوة قاهرة لجميع المشروعات والعقود ولم يبين المقصود بالعقود المشمولة، وهل العقود الحكومية من بينها أم لا، وما هو السند القانوني في اعتبارها قوة قاهرة؟ .

ثالثاً: القوة القاهرة المؤقتة:

هناك من فرَّق بين القوة القاهرة الدائمة والمؤقتة، وقد أوضحنا في الفقرة السابقة ما يترتب على القوة القاهرة الدائمة في نطاق المسؤولية العقدية من استحالة تنفيذ الالتزام بصورة نهائية، والمقصود بكون القوة القاهرة دائمة هو استمرارها دون انتظار زوالها، ومعه يؤدي إلى فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين، أما القوة القاهرة المؤقتة فإن الاستحالة ستكون مؤقتة، ويقتصر الأمر فيها على وقف تنفيذ العقد لحين زوال المانع دون أن تؤدي إلى انفساخ العقد[١].

وسواء أدَّت القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد بصورة نهائية، أو كانت استحالة التنفيذ حادث مؤقت، ففي الحالتين يصبح عدم التنفيذ ضاراً بحقوق الدائن مما يؤدي إلى الإخلال بقاعدة التوازن العقدي بين الطرفين[٢]، وقد نصت المادة ٤٢٥ من القانون المدني على: "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه"، وإن عدم تفريق المشرع العراقي في هذه المادة بين الاستحالة المطلقة الدائمة، والاستحالة المؤقتة الناتجة عن القوة القاهرة، يجعلنا نتساءل عن مدى تأثير الجائحة في حالة الاستحالة المؤقتة؛ لأن ذلك تحقق على أرض الواقع في حالة الحظر الجزئي كإجراء اتخذته الحكومة لمواجهة الجائحة، بعد أن كان الحظر شاملاً طيلة أيام الأسبوع[٣]، فنجد إذا ما كان الإجراء المتخذ من قبل سلطات الضبط الإداري للحفاظ على الصحة العامة حظراً جزئياً، فإن ذلك لا تأثير له على تنفيذ المتعاقد لالتزامه العقدي، لأنَّ الحظر الجزئي يطلق على التقييد الجزئي للحق في حرية التنقل من قبل الحكومة؛ نتيجة لإعلان حالة الإنذار أو حالة استثنائية، ويوضع جدول زمني في هذا النوع من الحظر، ويتم تعليق أنواع معينة من الأنشطة، إذ يكون عادة ضمن مدى زمني معين، كأن يفرض حظر التجوال من بعد المغرب ولغاية

١- ياسر شحادة مرزوق ضبابات، المصدر السابق، ص١٠٠.

٢- (٣) القاضي عماد عبد الله، مقال بعنوان القوة القاهرة في العقود الدولية، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، رابط المقال: https://www.hjc.iq/view.٦٧٢٣٥ تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٢٥.

٣- بتاريخ ٢٠٢٠/٥/١٦ أصدرت اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية قراراها المتضمن تقليص ساعات حظر التجوال الكلي وجعله جزئياً من الساعة التاسعة مساءً إلى الساعة الخامسة صباحا، مع شمول أيام الخميس والجمعة والسبت بالحظر التام الكلي، وأبقت على استمرار غلق المجمعات التجارية والمطاعم والمقاهي، ومنع التنقل بين المحافظات، القرار منشور على الموقع الرسمي للحكومة العراقية بالرابط:
https://gds.gov.iq/ar. ٢٠٢١/١٠/٧ تاريخ الزيارة

الفجـر مـن اليـوم التالي[١]، وفي العادة يفرض مثـل هذا النوع من أنواع الحظـر من قبل الحكومات عند حصول حرب أو انتشـار الأوبئة[٢]، ففي هذه الحالة لا يكون الشـخص الذي بذمته الالتزام في حالـة القـوة القاهرة لأنَّ الحظر معلوماً لديـه، ومتوقعا، وكذلك فإنّ تطبيق هذا النوع من الحظر لا يـؤدي إلى اسـتحالة تنفيذ التزامه، فيسـتطيع تلافي آثار الحظر، أما لـو كان الحظر الجزئي قد أُعلن عنـه فجـأة لحصول أمر خطير على سـبيل المثـال، وكان الحظر مؤقتاً، فيكـون المتعاقد في حالة قوة قاهـرة مؤقتة[٣]، وقد تصدت محكمة التمييـز الاتحادية في أحد قراراتها للحظر الجزئي وعدّته قوة قاهـرة فيمـا يتعلق بمدَّة الطعن وليس في مدى تأثيرها من عدمه على موضوع التعاقد إذ جاء فيه: " ... لوحـظ بأنَّ الحكم المميز قد صدر من محكمة الاسـتئناف بصفتهـا الأصلية بتاريخ ١-٣-٢٠٢٠ وأن المسـتأنف قد طعن تمييزًا به بتاريخ ٢٧-٤-٢٠٢٠ (وهو خارج المدة المنصوص عليها قانوناً)، ولأنَّ الثابـت بـأنّ الخلية المركزية في العراق، والمشـكلة لمواجهة جائحة انتشـار فايروس كورونا قد أصدرت قرارها بفرض الحظر الشـامل على التنقل وضرورة بقاء جميع المواطنين في دورهم، وذلك للوقايـة مـن الإصابة بالأمراض، واعتبـارا من ليلـة ١٧/أذار/٢٠٢٠، ثُمَّ أصـدرت قرارها اللاحق بتاريـخ ٢١/٤/٢٠٢٠ بتخفيـف الحظر وجعله جزئيـاً، وإزاء هذا الواقع الاسـتثنائي يعتبر فرض حظر التجوال ونتيجة انقطاع الدوام الرسمي في المحاكم، بسبب تفشي فايروس كورونا قوة قاهرة، ومـن أثارهـا انقطاع مدّة الطعن القانونية، ومنها مدة الطعـن التمييزي في الأحكام والقرارات؛ لأنَّ انتشـار وباء فايروس كورونا في جميع أنحاء العالم، ومنها بلدنا العراق يعتبر واقعاً اسـتثنائياً غير متوقع بالمرَّة، ولأنَّ الأيام التي شملها الحظر وانقطاع الدوام الرسمي لا يمكن احتسابها ضمن المدّة القانونية للطعـن تمييزاً ويقتضي تجنيبها..." [٤].

ويشير القرار التمييزي إلى أنَّ مدّة الطعن التمييزي أثناء الحظر الشامل تُعدُّ قوة قاهرة، أمّا بعد تخفيف الحظر وجعله جزئيا، فإنَّ ذلك يسـمح لصاحـب المصلحة مباشرة حقوقه وتأدية التزاماته،

١- منشور على الموقع الإلكتروني بالرابط: تاريخ الزيارة ١٠/١٢/٢٠٢١.
https://ar.warbletoncouncil.org/toque-de-queda-٣٨٠٧

٢- نصـت المـادة ٤٦ الفقـرة ثانياً من قانون الصحة العامة المرقم ٨٩ لسـنة ١٩٨١ على: «تقييـد حركة تنقل المواطنين داخـل المنطقـة الموبوءة والدخول إليهـا أو الخروج منها».

٣- أحمـد سـمير محمـد، مدى اعتبـار منع التجوال صورة مـن صور القوة القاهـرة وما هو أثره على سـير الإجراءات القضائيـة، مقال منشـور على موقع جامعة كركـوك، كلية القانون والعلوم السياسـية، بالرابط:
https://uokirkuk.edu.iq/law/index.php/en/component/k٢/item/٩٥٩-٢٠٢٠-٣-٢٤-١٩-٥٩-٩٦ تاريـخ الزيـارة ١٠/١٢/٢٠٢١.

٤- ينظـر قـرار محكمـة التمييز الاتحادية ذي العدد ٢١٠٤/ الهيئة الاسـتئنافية عقار /٢٠٢٠ في ١١/٧/٢٠٢٠، (غير منشور).

فنرى المحكمة لم تحتسب مدّة الطعن أثناء سريان الحظر الشامل، رغم أنَّ مدد الطعن حتمية و تُعدُّ من النظام العام.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس القضاء الأعلى أصدر بياناً تضمن إيقاف سريان المُدد القانونية الخاصة بالطعون في الأحكام والقرارات طيلة تعطيل أيام الدوام الرسمي ابتداءً من تاريخ ٢٠٢٠/٣/١٨ بسبب انتشار فايروس كورونا، ويستأنف سيرها من بدء الدوام الرسمي بعد زوال الحظر[١].

وقد قضت محكمة التمييز في قرارٍ قديم لها يبين مفهوم القوة القاهرة المؤقتة وأثرها جاء فيه: " ... تبين أنَّ المميز عليه أقام الدعوى طالباً الزام الدائرة المميزة بأداء ١٩٥٠ ديناراً امتنعت عن دفعها له، بحجة أنّها اقتطعتها تعويضًا عن تأخره (٣٩) يومًا في تنفيذ مقاولة إنشاء خمسين داراً لها باعتبار خمسين ديناراً تعويضًا عن كل يوم، فصدر الحكم بإلزامها بألف دينار، وردّ الدعوى بالزيادة، وبناء على استئنافها فقد أيّد الُحكم بإلزامها استئنافًا، وقد وجد أنَّ الخبراء الذين انتخبتهم المحكمة ذكروا في تقريرهم إلى محكمة البداءة وفي تقريرهم الملحق إلى محكمة الاستئناف أنَّ مدّة التأخير في العمل (١٠٨) يومًا وأنّ مدّة التأخير المشروع ٨٩ يومًا، منها ٦٠ يومًا، بسبب سقوط الأمطار الغزيرة وعدم توفر الطابوق و٢٩ يوما بسبب تأخر الدائرة في تسليم قسم من الأرض للمقاول، وتأخرها في تجهيز الماء للبناء وإن مدة التأخير بلا سبب مشروع هي ١٩ يوما ولما كانت الدائرة قد اعتبرت مدّة التأخير غير المشروع ٣٩ يومًا واقتطعت لقاء ذلك ١٩٥٠ ديناراً من استحقاق المميز عليه، فهي غير محقة إلّا باقتطاع ما يعادل مدّة التسعة عشر يوماً المذكورة أي ٩٥٠ ديناراً، أما الألف المعادلة لعشرين يوماً فلا حق لها في اقتطاعها، لأنّ التأخير فيها كان لسبب أجنبي يعفي المقاول من التعويض (م ٤٢٥ مدني)، لذلك يكون الحكم المميز موافقاً للقانون أمّا الاعتراضات التمييزية فهي غير واردة، ذلك أن المحكمة اقتنعت برأي الخبراء، وهي مسألة تستقل بها محكمة الموضوع، وإنّ الدائرة المميزة نفسها اعتدّت بأسباب التأخير، وإن قدرت لها مّدة أقل فللأسباب المذكورة قرر تصديق الحكم المميز"[٢].

وقد أصدرت اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية قرارًا عدَّلت فيه القرار ذو العدد ١١٧ لسنة ٢٠٢٠ آنف الذكر، يُفهم منه أن جائحة كورونا قوة قاهرة مؤقتة، إذ جاء فيه:

١. عد مدّة أزمة جائحة كورونا مدَّة توقف للعقود الحكومية، التي توقفت بسبب هذه

١- البيان الصادر من مجلس القضاء الأعلى بالعدد ٤١/ق/أ في ٢٠٢٠/٤/٦ .

٢- ينظر قرار محكمة تمييز العراق بالعدد (٦٤/استئنافية/١٩٦٩) في ١٩٦٩/١١/٨، منشور على موقع قاعدة التشريعات بالرابط: https://iraqld.hjc.iq/VerdictsTextResults.aspx تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٣٠

الجائحة بدءاً من ٢٠/٢/٢٠٢٠ ولغايه ٣١/٧/٢٠٢٠، سـواء كان التوقف كلياً أم جزئياً مـن دون أن يترتـب عـلى ذلـك أي ضرر عـلى المتعاقدين من جهـات التعاقد مـن أجل عدم مطالبتها بالغرامات التأخيرية ورسوم التأمين من خلال هذه المدة، ومن دون أي تبعات أو متطلبات ماليـة على جهات التعاقد.

٢. يجـري التعامـل مـع العقود المذكورة آنفـاً التي تأثـرت بالجائحة بعد التاريـخ المذكور في الفقرة (٢) آنفاً من جهة التعاقد على وفق القانون والتعليمات النافذة، وبضمنها الضوابط رقـم ٦ الملحقـة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسـنة ٢٠١٤، وشروط المقاولة لأعمـال الهندسـة المدنية أو مـا يقابلها من الـشروط العامة للأعمال الهندسـية الكهربائية والميكانيكية أو الوثائق القياسية المتعلقة بالعقود الخاضعة لهذه الوثائق من خلال عد تلك المـدّة (توقفـا كلياً أو جزئياً أو تمديداً)، وتفصـل وزارة التخطيط في أي خلاف حول ذلك، يقـع بين جهة التعاقـد و المقاول أو الشركة المتعاقدة)[١].

وتنفيـذاً لهـذا القرار أصدرت الأمانة العامة لمجلس الوزراء أعمامها المتضمن تعديل القرار ١١٧ لسـنة ٢٠٢٠، وقد جاء فيه أن فترة أزمة كورونا قوة قاهرة مؤقتة لعقود التجهيز والمقاولات التي توقف تنفيذها، بسـبب الجائحة المذكورة (فقط) سـواء كان التوقف كلياً أم جزئياً[٢]، ولا نعلم كيف تحددت بنوعين من العقود في الأعمام دون باقي العقود المتأثرة، رغم أن نص القرار ٣ لسنة ٢٠٢١ لم يحدد ذلك.

ومـا يلاحـظ على القرار ٣ لسـنة ٢٠٢١ أنـه خوّل وزارة التخطيط سـلطة الفصل في أي خلاف نتيجـة تأثـر العقـود بالجائحـة بين جهـة التعاقد والمقـاول أو الشركـة، و إنّ في ذلـك مخالفة لمبدأ دستوري هو الفصل بين السلطات يسمى في الفقه الدستوري بالفكرة القانونية السائدة في الدستور أي المسـيطرة[٣]، إذ كيـف تكـون وزارة التخطيـط وهـي أحـد مكونات السـلطة التنفيذيـة مخولة بالفصـل في الخلافـات الناشـئة عن جائحـة كورونا ؟ فضلاً عـن أنّ صدور مثل هـذا القرار خلافاً لقواعـد الاختصـاص يجعله معدوماً من الناحيـة القانونية، إذ يُعد تجـاوزاً لعيب عدم الاختصاص الجسـيم، يسـمى في الفقه القانوني الإداري باغتصاب السـلطة[٤]، ومع ذلك يبقى للقضاء بما له من

١- القرار ذو الرقم ٣ لسنة ٢٠٢١ ، منشور على موقع الأمانة العامة لمجلس الوزراء.
رابط القرار : تاريخ الزيارة٧/١٢/٢٠٢١ https://www.Cabinet.iq/ArticleShow.a٥px?ID١١٣٩٠
٢- الأعمام منشور على موقع الأمانة العامة لمجلس الوزراء بالرابط: تاريخ الزيارة 11/11/2021.
037https://www.Cabinet.iq/ArticleShow.a5px?ID11
٣- تنظر المواد ٤٧ و٨٧ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٤- د.علي فوزي الموسوي، محاضرات القضاء الإداري أُلقيت على طلبة المعهد القضائي، الدورة ٤٢، ٢٠٢١، ص١٤.

ولاية القول الفصل.

وبعد توضيح مفهوم الظرف الطارئ والقوة القاهرة، وتحديد شروط كل منهما نجد توافر مقومات كل من القوة القاهرة والظرف الطارئ في جائحة كورونا، وهذا ما سيتم بيانه في النقاط الآتية:

إن فايروس كورونا حادث استثنائي عام، بمعنى: أنه حادث غير مألوف لدى الناس، وبالوقت ذاته هو عام لا يخص فئة معينة، أو المتعاقدين فقط.

عدم إمكانية توقع حدوث جائحة كورونا، أي لا يستطيع المتعاقدين إدراكها.

لا يمكن دفع جائحة كورونا، ولا يمكن دفع الإجراءات المُتخذة من قبل الحكومات لمواجهتها.

لكون جائحة كورونا حدثًا استثنائيًا، فإنّها تؤثر في تنفيذ الالتزامات العقدية، فأما تجعل الالتزام مرهقاً (ظرف طارئ) أو تجعله مستحيل التنفيذ(قوة قاهرة).

إن جميع شروط الدفع بالقوة القاهرة، والظرف الطارئ تتوفر في جائحة كورونا باستثناء الأثر المترتب على تحقق أياً منهما إذ يختلف أثرهما على الالتزام التعاقدي[١].

المطلب الثاني : مفهوم العقد الحكومي

لا يعدو أن يكون العقد الحكومي تطابق إرادتين، لينتج عنه آثار قانونية، لتحقيق أهداف الإدارة المتمثلة بتحقيق المصلحة العامة، ولبلوغ هذه الأهداف التي تتوخاها الإدارة، فإنها تلجأ إلى الاتفاق الودي مع الأفراد على اعتبار أن الإدارة لا تستطيع الاستعانة بخدمات الأفراد جبراً عنهم بصورة مطلقة، بل يلزم أن تنشأ رابطة عقدية بين الطرفين، كما أن العقود المبرمة من قبل الإدارة ليست ذات نوع واحد وإنما تتعدد أنواعها بتعدد أهدافها، وانسجاماً مع ما تقدم، يلزم تقسيم هذا المطلب على فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة تعريف العقد الحكومي، ومن ثم نعرج في الفرع الثاني لنوضح خصائص العقد الحكومي وأنواعه.

الفرع الأول : تعريف العقد الحكومي

لغرض تعريف العقد الحكومي لابدَّ لنا من بيان مدلوله من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، ولغرض معالجة هذا الأمر ينبغي تقسيم هذا الفرع على فقرتين، نتطرق في الفقرة الأولى منه

١- إبتسام شقاف، التكييف القانوني لجائحة كورونا بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بحث منشور في المؤتمر الدولي الموسوم ((جائحة كوفيد_١٩ بين حتمية الواقع والتطلعات))، إصدار المركز الديمقراطي العربي للدراسات الستراتيجية والسياسة والاقتصادية، الجزء الثاني، برلين، ١٥/١٦_٧/٢٠٢٠، ص١٢.

لتعريـف العقد الحكومي لغـةً، ومن ثم نتبعه بفقرة ثانية لتعريـف العقد الحكومي اصطلاحاً.

أولاً: تعريـف العقـد لغة: يُعـرف العقد لغة بأنّه خـلاف الحل بمعنى الربـط أو الارتباط، وهو العهد، والجمع عقود، ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، بمعنى ألزمتهُ ذلك، وعاقده أي عاهده[١]، كقوله تعالى: (والمُوفُونَ بعَهْدهم إذَا عَاهدُوا)[٢]، ويقال عقد العزم أي: الزم نفسـه بأمر مسـتقبل، وقولـه تعالى: (يا أيُّها الَّذين آمنُـوا أوفوا بالعُقُود)[٣].

ثانيـاً: تعريـف العقد اصطلاحاً: عُـرّف في الاصطلاح على أنه: العهد الذي يأخذ الأنسـان على احترامه[٤]، وقيل أيضاً في تعريف العقد بأنه: توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان إنشاء التزام أو تعديله أو انهاءه[٥].

وإنّ المشرع العراقي لم يُعرَّف العقد الحكومي، رغم صدور أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلَّة) رقم ٨٧ لسـنة ٢٠٠٤ تحت مسـمى قانون العقود العامة، الذي اكتفى ببيان تطبيق الأمر على:" ... جميـع عقود التعهدات التي تتعلق بالسـلع والخدمات وخدمات الإعمـار التي تباشرها دولة العراق عبر وزاراتها او مؤسسـاتها الفيدرالية الاخرى (والتي سـتدعى هنا إجمالاً بالمؤسسات) والوحدات الحكوميـة بما فيها الأقاليم والمحافظات وكل التقسـيمات الفرعية الأخرى لدولة العراق ... إلخ"[٦]، ونجد أنّ القانون المدني وفي المادة ٧٣ منه قد عرَّف العقد بصورة عامة دون التفرقة بين العقد الذي يبرم بين أشـخاص طبيعية أو معنوية من أشـخاص القانون الخاص أو العام إذ عرفه بأنّه: "العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه" [٧].

أمّا الفقه فقد ذهب جانب منه إلى أنّ العقد الإداري هو: "العقد الذي تبرمه الإدارة بقصد انشـاء أو تنظيـم أو تسـيير مرفـق عام وتظهر فيه نيـة الإدارة في الأخذ بأحكام القانـون العام"[٨]، وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العقد الإداري هو: "العقد الذي تكون الإدارة أحد طرفيه أو كليهما بقصد

١- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، الجزء السادس والثلاثون، مطبعة دار المعارف، القاهرة، ب.ت، ص٣٠٣١.

٢- سورة البقرة، الآية/١٧٧.

٣- سورة المائدة، الآية/١.

٤- يمـان جلال حسـن، سـلطة الإدارة في تعديـل العقد الإداري (دراسـة مقارنـة)، دار الجامعة الجديد، الإسـكندرية، ٢٠١٧، ص٧٣.

٥- د.عبـد الـرزاق أحمـد السـنهوري، الوسـيط في شرح القانون المدنـي، نظرية الالتـزام، ج١، تنقيح المستشـار أحمد مدحـت المراغـي، طبعة لجنة الشريعة الإسـلامية بنقابة المحامـين، ٢٠٠٧، ص ١١٨.

٦- القسم (١) من قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنه ٢٠٠٤.

٧- المادة ٧٣ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٨- د.ماهـر صالـح عـلاوي الجبـوري، مبـادئ القانـون الإداري، دراسـة مقارنـة، المكتبـة القانونية، بغـداد، ١٩٩٦، ص٢٢٤.

تسـيير أو تنظيم مرفق عام مستعينة بذلك بامتياز"[١].

ويتضـح أن العقـد الحكومـي هـو عقد إداري لكـون أحد أطرافـه جهة تابعة للدولة كالسـلطة التنفيذيـة أو التشريعيـة أو القضائيـة تسـتهدف من إجراء هـذا التصرف القانونـي تحقيق أهداف المؤسسة، وهذه الأهداف متنوعة وكثيرة، تنصب في مجملها على دوام عمل المرفق العام، وعدم توقف نشاطه إشـباعاً للحاجات العامة.

وتأسيسـاً عـلى ما تقدم يتبين أنّ العقد الحكومي لا يختلف بشـكل كبـير عن مفهوم العقد الذي يبرم على وفق القانون الخاص، في أنّ كليهما يَعدان التعاقد: اتفاق إرادتين على إحداث آثار قانونية، ويشـتركان في ضرورة توافـر الـشروط والأركان العامـة للعقـد كركـن الرضا في التعاقـد[٢]، ولكن الاختـلاف بينهمـا في خصائص العقد الحكومي التي سـنأتي على ذكرها لاحقاً.

أمـا القضـاء الإداري العراقـي، فلـم يتطـرق إلى تعريف العقـد الإداري في أحكامـه، وذلك لأن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات الناشئة عن العقود سواء كانت إدارية أم مدنيـة، واسـتمر خضوعها لولايته حتـى بعد صدور التعديل الثاني لمجلـس الدولة العراقي رقم (١٠٦) لسـنة ١٩٨٩، وكذلـك حتى بعد صدور قانون التعديل الخامـس لقانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسـنة ٢٠١٣، وكذلك قانون مجلس الدولة رقم ٧١ لسـنة ٢٠١٧، إذ اقتصر اختصاص محاكم القضـاء الإداري، كإحـدى هيئـات المجلـس بالنظر في صحة الأوامـر والقرارات الصـادرة من جهة الإدارة بإرادتهـا المنفـردة، وبذلك يخرج اختصاص النظر في العقـود الإدارية من نطاق ولايته[٣].

ورغـم ذلـك فإن عدم اختصاص مجلـس الدولة في العراق بنظر المنازعات الحاصلة بين الإدارة والمتعاقد معها، لا يعني أنّه بعيدًا عن إبداء الرأي فيها، فقد تسـنى لمجلس الدولة العراقي أن اصدر رأياً يُعد تفسـيريًا تطرق فيه لتعريف العقد الإداري بمناسـبة استيضاح تقدمت فيه أحدى الوزارات اسـتنادًا للمـادة /٦ - البند ٥ مـن قانون المجلس جاء فيه: "... وحيـث أن العقد الإداري يُعد أحدى وسـائل الإدارة الأساسـية في تسيير المرافق العامة، وضرورة تلبية احتياجاته وتأمين سيرها بانتظام

١- د.أحمـد محمـود جمعـة، العقـود الإداريـة طبقـاً لأحـكام قانـون تنظيم المناقصـات والمزايـدات الجديـدة الصادر بالقانـون رقـم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨، ط ٢، منشـأة المعـارف، الإسـكندرية، ٢٠١٣، ص٧٥.

٢- ذهبـت محكمـة التمييز الاتحادية في قرار لها بالعدد ٣٤٠\عقد\٢٠١١ في ١٤\٣\٢٠١١ إلى :»...في العقود الحكومية إبرام العقد وتوقيعه ممن ليس له شخصية معنوية ولم يخول بالتوقيع يجعل العقد غير منعقد...»، منشور على موقع مجلـس القضاء الأعلى، رابط القرار: https://www.hjc.iq/qview.١٥٤٩
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١/٢٣.

٣- د.سـامي حسـن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسـبة للغير، ط ١، المؤسسـة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٢، ص ١٣.

واطراد، وتحكم هذا العقد روابط القانون العام المتميزة من أحكام القانون الخاص تحقيقاً للصالح العام، وحيث إن الإدارة تتمتع بسلطات استثنائية في مجال العقود الإدارية ومنها الإشراف والرقابة على العقد وسحب العمل من المقاول وتنفيذ العمل على حسابه وتوقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حتى مع عدم وجود نص قانوني يخول لها هذا الحق ومن دون الحاجة للجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يسمح لها بذلك، وللمتعاقد اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء ذلك..."[١].

أمّا مجلس الدولة الفرنسي فقد عرّف العقد الإداري بأنّه: "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام". ومعنى ذلك أنَّ العقد الإداري يتضمن شروطاً استثنائيةً على غير ما هو مألوف في عقود القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة المساهمة في تسيير المرفق العام، وفي التشريع المصري فإنَّ العقود تُعد إدارية بطبيعتها على وفق خصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون، إذ أناط المشرع المصري اختصاص الفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر بمحاكم مجلس الدّولة دون غيرها، ولم يحدد العقود الإدارية على سبيل الحصر[٢].

وتصنف العقود الحكومية إلى صنفين: عقود تكون خاضعة لأحكام القانون الخاص، وتنضوي تحت تسمية العقود المدنية، وعقود تخضع لأحكام القانون العام، ويطلق عليها اسم العقود الحكومية.

وعلى هَدي ما تقدم ذكره يمكن القول إن العقد الحكومي: هو العقد المبرم بين جهة من جهات الإدارة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية يتعلق بمرفق عام تابع لها أيّاً كان موضوعه، وطرف آخر سواء أكان شخصًا طبيعيًا أم معنويًا، من أشخاص القانون العام أو الخاص، تستهدف الإدارة من ورائه تحقيق أهدافها التنموية، وإشباع الحاجات العامة، وتتمتع بموجبه بامتيازات السلطة العامة.

١- قرار مجلس الدولة العراقي، رقم ٩٩ / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/١٢، قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٩، مجلس الدولة، ص٢٤٥.

٢- د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، سوريا، ٢٠١٨، من ص ٢-٨.

الفرع الثاني : خصائص العقود الحكومية وأنواعها

لقد انصب جهد الفقه والقضاء بصورة أساسية في تعريفهم للعقد الحكومي على إبراز الخصائص الرئيسة التي يمتاز بها العقد الحكومي عن غيره من العقود الأخرى، ونظراً لأهمية هذا الموضوع في دراستنا، ولوجود خصائص عدّة يتميز بها العقد الحكومي يقتضي لبيانها أن نوضحها في الفقرات الآتية:

أولاً: خصائص العقد الحكومي

من تعريف العقد الإداري الذي تم بيانه فيما سبق، وعلى حسب ما أورده الفقه والقضاء يتبين أن الخصائص هي:

١. **الإدارة طرفٌ في العقد:** تُعد هذه الخصيصة من المسلمات في هذا النوع من العقود، فمن ظاهر التسمية فإن العقد الإداري يجب أن تكون الإدارة أحد طرفيه كقاعدة عامة، حتى يوصف بأنّه عقد إداري، وعلى ذلك فإنّ العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يكون عقدًا إداريا حتى وإنَّ كان هيئة أو مؤسسة خاصة ذات نفع عام[١] .ومصطلح الإدارة ينصرف عادة إلى السلطة التنفيذية التي تكون مهمتها تنفيذ القوانين، فضلاً عن إدارة مؤسسات الدولة ومرافقها العامة، وإنّ ذلك لا يقتصر على السلطة التنفيذية، فالسلطة التشريعية وإن كان اختصاصها الأصيل هو سن القوانين والرقابة، بيد أنَّ لها إبرام العقود، كعقود الأشغال العامة، مثل عقد اصلاح بناية مجلس النواب، وعقد توريد أدوات مكتبية[٢]. وينطبق الأمر ذاته على السلطة القضائية فعلى الرغم من أن اختصاصها في الأصل هو الفصل في المنازعات، إلاّ أن الجهة الإدارية للسلطة القضائية لها حق إبرام العقود[٣].

٢. **ارتباط العقد بالمرفق العام:** عُرّف المرفق العام بأنّه: نشاط يَنصَّبُ موضوعه على تلبية احتياج عام بهدف تحقيق المصلحة العامة، وتكون للدولة الكلمة العليا في وجوده وتنظيمه وإدارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة[٤]. وعلى وفق هذه الخصيصة فإن العقد الذي تبرمه الإدارة لا يكون إدارياً إلّا في حال ارتباطه بالمرفق العام، سواء وجدت معه عناصر

١- د. ثروت البدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع، ١٩٥٧، ص ١٢٠.

٢- د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، ص ١٣ و١٤.

٣- ينظر المادة (١ / أولا / أ) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤، والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٢٥ في ٢٠١٤/٦/١٦، إذ تضمنت سريان أحكامها على الجهات التعاقدية الرسمية كرئاسة الجمهورية، ومجلس النواب، ومجلس القضاء الأعلى.

٤- د. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٩، ص٢٩.

أخـرى أم لا، وقـد أكتفى مجلس الدولـة الفرنسي بمعيار المرفق العـام وحده لتمييز العقد الإداري إذ قضى في قضية الزوجين (بيرتان) اللذين كانا مكلفين بإطعام الرعايا السـوفيت الذيـن جُمِعْوا في أحد المراكـز، لإعادتهم إلى بلدهم، وجاء في القرار: "إنّه لما كان هدف العقد منح المعنيين مهمة تنفيذ المرفق العام، فذلك وحده يكفي لاعتبار العقد إداريًا دون الحاجة للبحـث عـن احتوائه على شروط مخالفة"[١]، وقد جاء أيضًا في قرار للمحكمة الإدارية العليا المصرية: "... مناط العقد الإداري أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة..." . وصفوة القول يتبين أن ارتبـاط العقـد بالمرفق العـام يعني ارتباطـه بالمفهوم الموضوعي للمرفـق العام، إذ إن للمرفق العام مفهوم عضوي يتمثل بأجهزته الإدارية، ومفهوم مادي يتعلق بنشاط المرفق من حيث التنظيم والإدارة والاستغلال[٢].

٣. **الـشروط الاسـتثنائية:** تُعرف الشروط الاسـتثنائية بأنّها: تلك الـشروط التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري[٣]، وفوق ذلك عرَّفها آخرون بأنّها: "الشروط التـي تكون باطلـة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفتـه النظام العام"[٤]، ومن هـذه التعريفـات يتبـين بأنّـه لا يكفي وجـود الإدارة كطرف في العقـد الإداري لكي يكون العقـد إداريـاً، كمـا لا يكفـي ارتباط العقـد بالمرفق العـام، بل يجب فوق ذلـك أن يتضمن العقد شروطا اسـتثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وأن يكونا قد اتبعا اسـلوب القانـون العـام، ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما جاء في حكـم مجلس الدولة الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٣ إذ ذهب إلى القول: "إن العقود التي تبرمها شركة كهرباء فرنسا تكون خاضعة لنظام استثنائي وتبدو فيه خصيصة العقد الإداري"[٥]. وإن هذه الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد الإداري كثيرة ومتنوعة، فقد تكون هذه الشروط على شكل امتيازات تمنح لـلإدارة في مواجهـة الطرف الآخر كحق الإدارة في إجراء تعديـلات على العقد دون موافقة

١- د. حلمي مجيد الحمدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره، بحث منشـور في مجلة العلوم القانونية والسياسـية، جامعة بغداد، كلية القانون، المجلد الخامس، العددان الأول والثاني، ١٩٨٦، ص ٢١٢.

٢- د. عزيزة الشريف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٧.

٣- د. محمود حلمي، مصدر سابق، ص ٢٦.

٤- د. منـير محمـود الوتـري، العقـود الإدارية وأنمـاط التطبيقية في إطار التحولات الاشـتراكية، ج١، بغـداد، ١٩٧٩، ص٢٠٠.

٥- د.علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص٣٤.

المتعاقد معها، وقد تصل هذه الامتيازات إلى فسخ العقد إذا رأت في ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة، وأحياناً قد تمنح الإدارة المتعاقد معها امتيازات لا وجود لها في عقود القانون الخاص، كما لو خولته امتياز السلطة العامة تجاه الغير، كنزع الملكية للنفع العام، أمّا في حال تخلت الإدارة عن رداء السلطة العامة وامتيازاتها، وتعاقدت مع الطرف الآخر على قدم المساواة، فلا يوصف العقد بأنّه إداري.

٤. **الشكلية في العقد الحكومي:** ومعنى ذلك أن يحرر العقد على وفق صيغة شكلية، واتباع إجراءات معينة، فالقاعدة العامة هي رضائية العقود أي انعقادها بمجرد التراضي، والاستثناء هو تطلب شكلاً معينًا في العقد وإجراءات لإبرامه حتى يعد منعقدًا، والعقود الحكومية المبرمة في إطار القانون العام تتطلب إجراءات خاصة تسبق العقد[١]، لأنّ الإدارة لا تتعاقد مع من تشاء وإنّما عليها اتّباع إجراءات خاصة في اختيار المتعاقدين معها، وذلك لضمان تعاقد الإدارة مع من تقدم إليها بالعرض الأفضل فنيًا وماليًا[٢]، أي أنّ العقد يتكون من عملية مركبة تمرُّ بعدّة مراحل، تبدأ بإجراءات تُعدُّ تحضيرية تمهد للتعاقد، مثل الإعلان عن المناقصة، وفتح العطاء، وتحليله، وصولا لقرار إرساء المناقصة، فهذه الإجراءات في حقيقتها قرارات إدارية قابلة للانفصال، تدخل في تكوين العقد، فإذا شابها عيب يمس مبدأ المنافسة، كاستبعاد أحد المتقدمين للمناقصة، لأسباب تتغيا منها الإدارة تحقيق المصلحة العامة، فهذا القرار هو منفصل عن العقد، يكون من حق المتضرر منه الطعن فيه بدعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري في مصر وفرنسا، أمّا في العراق فإنَّ الدعوى بالمخالفات التي تقع قبل إبرام العقد الإداري ترفع أمام القضاء العادي[٣].

ثانياً: أنواع العقود الحكومية

في سبيل تسيير المرفق العام وانتظام عمله وتحقيق أهداف وجوده، تبرم الإدارة أنواعا مختلفة من العقود الإدارية، ومن أبرز هذه العقود هي:

١. **عقود الأشغال العامة:** ويسمى أيضًا بعقد المقاولة ويعرف بأنّه: "اتفاق بين الإدارة

١- تُنظر المواد ٢ و٣ من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ .

٢- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مصدر سابق ص ٥٨٠.

٣- د. إسماعيل صعصاع البديري، أحمد فاهم مسلم، الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الرابع /السنة الحادية عشر٢٠١٩، ص ١١.

وأَحـد الأفـراد (المقاولين عادة) إذ يقوم بمقتضـاه الأخير ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقاً لمنفعة عامة وفقا للشروط الواردة في العقد"[١]. وعُرف أيضًا بأنه: عقد تقوم الإدارة بموجبه بتكليف شـخص عام آخر أو شـخص من أشخاص القانون الخاص بتنفيذ أشغال عامة مقابل استغلال هذه الاشغال لزمن معين[٢]. ويعد عقد الأشغال العامـة مـن أهم العقود الإداريـة وأقدمها في النشـأة، ويتميز بأنَّ الإدارة فيه تملك سـلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد واختيار طريقة التنفيذ، ويجوز للإدارة تعديل الشروط الأصلية في العقد بما يضمن تحقيق المصلحة العامة[٣]. وقد عرّفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ كانون الأول لعام ١٩٥٦ بالقول: "إنّ عقد الأشـغال العامة: هو عقد مقاولة بين شـخص من أشـخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهـد المقـاول بالقيام بعمل من أعمـال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحسـاب هذا الشـخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[٤].

٢. **عقود التوريد:** عُرّف عقد التوريد بأنّه: اتفاق بين جهة من جهات الإدارة مع شخص آخر عـام أو خـاص يتعهد بموجبه الطرف الآخر بتوريد منقولات للإدارة تكون لازمة لتسـيير مرفق عام مقابل ثمن معين؛ على أن تلجأ الإدارة إلى استعمال وسائل القانون العام في إبرام العقد، وذلك بتضمينه شروطاً اسـتثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وإن عقد التوريد مقابل عقد البيع الذي يعتمد في إطار القانون الخاص، والذي ينصب على منقولات، كالمواد الغذائيـة والأثـاث المكتبيـة وغيرها، وإنْ انعـدم الاتفاق بين طرفي العقد على السـعر مقابل توريد السـلعة، فإنَّ ذلك لا يؤدي إلى بطلان العقد وإنّما تقوم المحكمة بتحديد السـعر عند الاختلاف بين أطراف العقد[٥].

ومن خلال التعريف المتقدم يتبين أن عقد التوريد يتمتع بالخصائص الآتية:

أ. يكون موضوع العقد دائما توريد منقولات[٦].

١- د. عزيزة الشريف، مصدر سابق، ص ٦٦.

٢- د. محمد العموري، مصدر سابق، ص٢٥.

٣- د. سـليمان محمد الطماوي، الأسـس العامة للعقود الإدارية، دراسـة مقارنة، ط ٤، جامعة عين الشـمس، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧٠٦.

٤- حكـم محكمـة القضاء الإداري المصري في القضية رقم ٢٨٤ لسـنة ٨ قضائيـة في ١٩٥٦/١١/٢٣، مجموعة المبادئ التـي قررتها محكمـة القضاء الإداري في (١٥) عاماً ١٩٤٦-١٩٦١،ج١ ، ص١٠٤.

٥- د.ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٢١١.

٦- د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، القانون الإداري، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٤، ص ٣٧٦.

ب. يتم تنفيذ العقد على دفعة واحدة أو عدة دفعات، أي أنَّه عقد مستمر التنفيذ.

ج. عقد التوريد ليس عقدا إدارياً بطبيعته، إنّما يكتسب هذه الصفة لخصائصه الذاتية[١].

٣. **عقد القرض العام:** يُعرّف عقد القرض العام بأنّه: "عقد يقرض بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص فرداً كان أم شركة أو قد يكون البنك الدولي مبلغاً من المال للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام الأخرى مقابل التزامها برد المبلغ بعد نهاية أجل القرض، هذا بالإضافة إلى دفع فوائد سنوية محددة، وتلجأ الدولة لمثل هذه العقود لمعالجة أزمة اقتصادية تمرُّ بها فتطرح في السوق سندات القرض"[٢]. ويعد القرض العام مصدراً مهماً من مصادر تمويل الدولة، ويمر هذا العقد بمراحل متعددة تبدأ بإجراءات تسبق إصدار هذا القرض، وإجراءات مرافقة للعقد وإجراءات لاحقة لإبرامه، وذهب رأي إلى أنَّ طبيعة القرض العام هي عقد من العقود الإدارية وتسري عليه الأحكام والقواعد كافة التي تسري على العقود لاحتوائها على كل خصائص العقد من توافق إرادتين هما الدولة، وإرادة الغير متمثلة بالجمهور أو أحدى المؤسسات المالية أي الطرف المقابل وتستند الحكومة في إبرام العقد إلى إذن مسبق يصدر من السلطة التشريعية، أي يسبق عملية إصدار السندات وجود نص قانوني، وبخلافه يُعدُّ عمل الحكومة غير مشروع، لأنّ العقد يمثل التزاماً مالياً بالغ الأهمية، ومن ثَمَّ يجب استحصال موافقة ممثلي الشعب على الاستدانة، ويكون الإذن مقتصراً على المبادئ الأساسية، ويترك للسلطة التنفيذية تنظيم أمر القرض من الجانب الفني[٣].

٤. **عقود التزام المرافق العامة:** هو عقد إداري يتم بين أحد أشخاص القانون العام يسمى (مانح الالتزام)، وطرف أخر من أشخاص القانون الخاص يسمى الملتزم، وذلك لإنشاء مرفق عام وإدارته وتسييره أو قد يقتصر على إدارة المرفق وتسييره دون إنشائه، وذلك على نفقة الملتزم ويكون مسؤولاً ومتحملاً المخاطر في مقابل رسوم أو أجور يحصل عليه من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل العقد[٤]. وعرَّفُه أخرون بأنَّهُ: عقد يتعهد

١- د.جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ط ٢، ص١١٩.

٢- د.محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٢٢.

٣- بان صلاح عبد القادر، إصدار القرض العام، بحث منشور في مجلة كلية التراث الجامعة، العدد السابع عشر، ص١٤٧-١٤٨، منشور على الإنترنت برابط: تاريخ الزيارة ٢٠٢١/١٢/٦ الساعة ١٢:٠٩ صباحاً.
https://www.idsj.net/idsj/pdf/eofcda٦ddcd٤٦٢٢

٤- د.دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١٠، ص٥٤.

بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وطبقاً لشروط توضع في العقد بأن يؤدي خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع مدة محددة من الزمن للحصول على ربح[١]. ومما تقدم يبدو أن عقد الالتزام عقداً إدارياً ذو طبيعة خاصة، يكون موضوعه إدارة مرفق عام لمدة معينة تُحدد في العقد، يتحمل فيها الملتزم أخطار المشروع المالية، في مقابل حصوله من جمهور المنتفعين من خدمات المرفق على عوض في شكل رسوم[٢].

٥. **عقود الفيديك (FIDIC):** يُعرف عقد الفيديك بأنّه: عقد نموذجي وضعه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، لتنظيم العلاقة بين أرباب الأعمال والمقاولين في مجال تنفيذ المشاريع الإنشائية المتعلقة بأعمال المقاولات بأنواعها كمقاولات أعمال الهندسة المدنية أو الكهربائية أو الميكانيكية وغيرها، ويتضمن العقد تفاصيل العقود والالتزامات لكل طرف، ويحدد الوظائف الموكلة للمهندس الاستشاري كونه ممثل عن المالك ومكلف بإدارة المشروع من قبله[٣].

أمّا في العراق فقد بدأ استعمال عقد الفيديك مؤخراً في القطاع العام عن طريق منحة ومشاريع البنك الدولي الذي يشترط استعمال نموذج العقد في المشاريع التي يقوم بتمويلها، وقد أصدر الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (FIDIC) نسخ معدلة من الكتاب الأحمر لتتناسب مع المشاريع الممولة من الجهات المانحة، وسُميت بالطبعة المنسقة، وكانت أولى الإصدارات المعدلة عام ٢٠٠٥، وقد أصدرت دائرة العقود الحكومية التابعة لوزارة التخطيط العراقية وثائق العطاء القياسية لعقود تنفيذ الأشغال العامة في آذار من عام ٢٠١٤، تتكون من ثمانية أقسام، وتعد هذه الوثائق النسخة العراقية من عقد الفيديك لعام ١٩٩٩، بعد ترجمتها ونشرها على موقع الوزارة، وقد بدأ استخدام هذه الوثائق في بداية الأمر اختياريا في بعض الدوائر والشركات في العراق، إذ يكون لرب العمل الحرية في استعمال نموذج العقد الذي يراه مناسبًا، سواء كانت الشروط العامة والوثائق، وسوف تحل محل الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية[٤].

وتتميز العقود النموذجية بعدّة مميزات هي:

١- محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٦٥.

٢- د.جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص ٣٠.

٣- عماد أحمد البهجي، التزامات المهندس والمقاول ورب العمل في عقود الإنشاءات الدولية (الفيديك)، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٤ ، ص ١٦.

٤- علي داود علي، المركز القانوني للمهندس الاستشاري في عقود الفيديك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٦، ص ٢٩٦.

١. إنّ هـذه العقـود لم تنظمهـا جهة محتكرة، تتفـوق اقتصادياً، بل وضعت مـن قبل هيئات مستقلة ذات خبرة.

٢. إنّهـا تسـاعد في اختصار الوقت والتكاليـف، وتجنب المتعاقدين مخاطر عدم الاسـتقرار في المعاملات.

٣. يصبح العقد النموذجي عند استعماله القانون الذي اختاره أطراف العقد لحكم تعاملهم.

٤. لمـا كان العقـدُ النموذجي ذا شـكل محكم، فيمكـن أن يمنح مزايا أكثر مـن مزايا التشريع لكون تبديله أو تعديله يتم بسـهولة[١].

١- د. سـعدون ناجي القشـطيني، دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية - كعقد نموذجي- بغـداد، مطبعـة المعارف، سـنة ١٩٧٥، مـن ص ٥-٦ .

المصادر

القرآن الكريم

أولاً: المعاجم والقواميس اللغوية

١. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج٥.

٢. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، الجزء السابع عشر، مطبعة دار المعارف، القاهرة، ب. ت.

٣. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، الجزء السادس والثلاثون، مطبعة دار المعارف، القاهرة، ب. ت.

٤. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، الجزء الثاني، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٢.

٥. أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاريين اللغة، الجزء الأول، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩.

ثانياً: الكتب القانونية

١. د. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٩.

٢. د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديدة الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، ط ٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣.

٣. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ط٢.

٤. د. دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١٠.

٥. د. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١٢.

٦. د. سعدون ناجي القشطيني، دراسة في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية -كعقد نموذجي- بغداد، مطبعة المعارف، سنة ١٩٧٥.

٧. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط٤، جامعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٨٤.

٨. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج١، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بنقابة المحامين،

٢٠٠٧.

٩. د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، القانون الإداري، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٤.

١٠. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١، ط ٥، مطبعة نديم، ب. ت.

١١. د. عزيزة الشريف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

١٢. د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، منشورات جامعة جيهان الخاصة - أربيل، ج١، ٢٠١١.

١٣. د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.

١٤. د. علي فوزي الموسوي، محاضرات القضاء الإداري أُلقيت على طلبة المعهد القضائي، الدورة ٤٢، ٢٠٢١.

١٥. عماد أحمد البهجي، التزامات المهندس والمقاول ورب العمل في عقود الإنشاءات الدولية (الفيديك)، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠١٤.

١٦. القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، ج ٢، ط ١، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٨.

١٧. ليسا بيندير، وثيقة رسائل وأنشطة رئيسية للوقاية من مرض كوفيد-١٩ والسيطرة عليه في المدارس، مكتب اليونيسيف الإقليمي الشرقي آسيا والمحيط الهادي، منظمة الصحة العالمية، الاتحاد الدولي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر، ٢٠٢٠.

١٨. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.

١٩. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

٢٠. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٩٦.

٢١. د. محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، دمشق، سوريا، ٢٠١٨.

٢٢. د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٢٣. د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٧.

٢٤. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

٢٥. د. منير محمود الوتري، العقود الإدارية وأنماط التطبيقية في إطار التحولات الاشتراكية، ج١، بغداد، ١٩٧٩.

٢٦. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ط٣، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢٧. يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٧.

ثالثاً: الاطاريح والرسائل الجامعية

١. شاكر إكباشي خلف الزبيدي، فكرة الاعتبار الشخصي في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة اللبنانية/المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، ٢٠١٤.

٢. علي داود علي، المركز القانوني للمهندس الاستشاري في عقود الفيديك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٦.

٣. ياسر شحادة مرزوق ضبابات، أثر القوة القاهرة على الرابطة العقدية في نطاق المسؤولية العقدية ومدى إمكانية تعديل الأثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١٨.

رابعاً: البحوث والدوريات

١. إبتسام شقاف، التكييف القانوني لجائحة كورونا بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بحث منشور في المؤتمر الدولي الموسوم ((جائحة كوفيد_١٩ بين حتمية الواقع والتطلعات))، إصدار المركز الديمقراطي العربي للدراسات الستراتيجية والسياسة والاقتصادية، الجزء الثاني، برلين، ١٥/١٦_٧/٢٠٢٠.

٢. إيناس عبدالمجيد رشيد، فايروس كورونا، ورقة عمل مُلقاة في ندوة علمية (CORONAVIRUSncov-٢٠١٩وباءكورونا)،كليةالصيدلةجامعةتكريت.

٣. بن قردي أمين، مدى فعالية تطبيق نظرية القوة القاهرة على جائحة كورونا -كوفيد١٩- بحث منشور في المؤتمر الدولي الموسوم ((جائحة كوفيد_١٩ بين حتمية الواقع والتطلعات))، إصدار المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسة والاقتصادية، الجزء الأول، برلين،١٥/١٦ يوليو ٢٠٢٠.

٤. د. إسماعيل صعصاع البديري، أحمد فاهم مسلم، الحماية القضائية لمبدأ المنافسة في المناقصات الحكومية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية

والسياسـية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الرابع /السـنة الحادية عشر٢٠١٩.

٥. د. ثـروت البدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشـور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع، ١٩٥٧.

٦. د. حلمـي مجيـد الحمـدي، كيفيـة تمييـز العقد الإداري عـن غيره، بحث منشـور في مجلة العلـوم القانونية والسياسـية، جامعة بغداد، كلية القانـون، المجلد الخامس، العددان الأول والثاني، ١٩٨٦.

٧. د. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة وأثرها في أحكام قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٠، العدد ٣٦، ٢٠٠٨.

خامساً: التشريعات

أ- الدساتير والتشريعات العادية

١- دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٢- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٣- قانون مجلس الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٤- قانون الصحة العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٨١ المعدل.

٥- قانون العقود العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

٦- قانون مجلس الدولة رقم (٧١) لسنة ٢٠١٧.

٧- قانون توفير واستخدام لقاحات جائحة كورونا رقم (٩) لسنة ٢٠٢١.

ب- التشريعات الفرعية والقرارات الإدارية

١- الأمر الديواني رقم ٥٥ لسنة ٢٠٢٠.

٢- قرار اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية المرقم ١١٧ لسنة ٢٠٢٠.

٣- قرار اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية المرقم ٣ لسنة ٢٠٢١.

٤- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ والضوابط الملحقة بها.

٥- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٧.

سادساً: الصحف الرسمية

١- جريدة الوقائع العراقية.

سابعاً: مجموعة المبادئ والأحكام والقرارات القضائية

أ- المجموعات القضائية

١- مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في (١٥) عاماً ١٩٤٦-١٩٦١،ج١.

٢- مجلة الأحكام العدلية، السنة التاسعة، ١٩٧٨.

٣- قرارات وفتاوى مجلس الدولة لعام ٢٠١٩، مجلس الدولة.

ب- الأحكام والقرارات القضائية غير المنشورة

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٦٦/هيئة مدنية منقول/٢٠١٠) في ٣٠/٨/٢٠١٠.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢١٠٤/ الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٠) في ١١/٧/٢٠٢٠.

ثامناً: مواقع الشبكة الدولية

١- الموقع الإلكتروني الرسمي لمنظمة الصحة العالمية:

https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel_corona

تاريخ زيارة الموقع ٣٠-١١-٢٠٢١

٢- عباس حسين مغير، الأمراض الانتقالية، مقالة منشورة على الموقع الإليكتروني الرسمي لكلية التربية الأساسية، جامعة بابل، منشور على الرابط: http://www.uobabylon:edu.iq

تاريخ زيارة الموقع ٣-١٢-٢٠٢١

٣- محمد الدسوقي، لقاء بعنوان الفرق بين الجائحة والوباء، موقع الجزيرة مباشر، منشور على الرابط: تاريخ زيارة الموقع ٦-١٢-٢٠٢١ https://mubasher.aljazeera.net/news

٤- موقع منظمة أطباء بلا حدود، فيروسات-كورونا، منشور على الرابط:

تاريخ زيارة الموقع ٢٣/١/٢٠٢٢ https://www.msf.org/ar/

٥- موسوعة ويكيبيديا، مقال منشور بتاريخ ١٦/٩/٢٠٢٠ :

تاريخ زيارة الموقع ٧-١٢-٢٠٢١ ٪Ac٪https://ar.wikipedia.org/wiki/٪D٨

٦- قانون فايروس كورونا الإنجليزي لسنة ٢٠٢٠، منشور على الرابط:

تاريخ زيارة الموقع ٧-١٢-٢٠٢١ https://www.legislation.gov.UK/UKpga/٢٠٢٠/٧/enacted

٧- خبر منشور على موقع يورو نيوز على الرابط:تاريخ زيارة الموقع ١٠-١٢-٢٠٢١

https://www.google.com/amp/s/arabic.euronews.com/

11who-declares-covid-19-pandemic-what-is-/03/amp/2020
pandemic-exactly

٨- خبر منشور على موقع بي بي سي عربي على الرابط: تاريخ زيارة الموقع ١٠-١٢-٢٠٢١
https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/arabic/science-and-tech-51854975.amp

٩- موقع الحكومة العراقية الرسمي على الرابط:https://gds.gov.iq/ar
تاريخ زيارة الموقع ١٠-١٠-٢٠٢١

١٠- موقع قاعدة التشريعات العراقية على الرابط: https://iraqld.hjc.iq/verdictstextresults.aspx
تاريخ زيارة الموقع ٢٣-١-٢٠٢٢

١١- القاضي عماد عبد الله، مقال بعنوان القوة القاهرة في العقود الدولية، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى، رابط المقال:https://www.hjc.iq/view.67235
تاريخ زيارة الموقع ٢٥-١-٢٠٢٢

١٢- مقال منشور على الموقع الإلكتروني بالرابط:https://ar.warbletoncouncil.org
تاريخ زيارة الموقع ١٠-١٢-٢٠٢١

١٣- أحمد سمير محمد، مدى اعتبار منع التجوال صورة من صور القوة القاهرة وما هو أثره على سير الإجراءات القضائية، مقال منشور على موقع جامعة كركوك، كلية القانون والعلوم السياسية، بالرابط:
https://uokirkuk.edu.iq/law/index.php/en/component/k2/96-59-19-24-3-2020-item/959 تاريخ زيارة الموقع 10-12-2021

١٤- موقع الأمانة العامة لمجلس الوزراء العراقي على الرابط:تاريخ زيارة الموقع ٧-١٢-٢٠٢١
https://www.Cabinet.iq/ArticleShow.a5px?ID11390

١٥- موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي على الرابط:https://www.hjc.iq/qview
تاريخ زيارة الموقع ٢٣-١-٢٠٢٢

١٦- بان صلاح عبد القادر، إصدار القرض العام، بحث منشور على موقع المجلات الاكاديمية العلمية العراقية على الرابط:https://www.iasj.net
تاريخ زيارة الموقع ٦-١٢-٢٠٢١

إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات

بحث تقدم به الطالب
هاشـم يوسف كطان
(الدورة ٤٢) الجزء الأول

المستخلص

ان قيـد التسـجيل العقـاري هو من السـندات الرسـمية وهـو حجة على الناس كافـة ولا يجوز الطعـن فيـه الا بالتزويـر ويجـب أن يصدر مـن دائرة التسـجيل العقاري المختصة وفـق إجراءات رسمها القانون ورسم طرق لابطال القيد أيضا والمشرع العراقي لم يذكر الأسباب الخاصة بإبطال قيـد التسـجيل العقـاري على سـبيل الحصر بـل أورد نصوصاً عامـة في قانون التسـجيل العقاري وكذلك جهة الابطال فبخصوص الإبطال الإداري قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي بقرار إداري مـن وزير العدل، وبعد اكتساب التسجيل شكله النهائي بحكم قضائي مكتسب درجة البتات وهو الأبطـال القضائـي وإن إبطال قيد التسـجيل العقـاري تترتب عليه اثار قانونيـة منها اثار من حيث التعويض ومدى تأثير الابطال بمبدأ اسـتقرار المعاملات اتجاه محكمة التمييز الاتحادية قد حسـمت الامر بخصوص اقرار مبدا استقرار المعاملات وحماية حسن النية وان هذا المبدأ هو نسبي ولا يمكن تعميمـه عـلى جميـع حالات ابطال القيد العقاري وفق ما اسـتقرت عليه محكمـة التمييز الاتحادية وذلك من خلال تدخل تشريعي يتبنى الاتجاه التي سار عليها القضاء العراقي وفي الختام نرجو ان نكون قد اعطينا موضوع البحث الحق والاهتمام الوافي والكافي لما يخدم القانون والقضاء والمسـيرة العلميـة ومن اجل السـير في طريق الحفاظ على الحقوق وتحقيـق العدالة ومن الله التوفيق.

Abstract

The real estate registration is one of the official bonds, and it is an argument against all people, and it cannot be challenged except by fraud. It must be issued by the competent real estate registration department in accordance with procedures drawn up by law and drawing ways to invalidate the registration as well. The Iraqi legislator did not mention the reasons for voiding the real estate registration registration exclusively, but rather He cited general texts in the real estate registration law, as well as the authority of invalidation, with regard to administrative invalidation before the registration acquired its final form by an administrative decision of the Minister of Justice, and after the registration acquired its final form by a court ruling

that acquired the degree of finality, which is the judicial invalidation. Compensation and the extent to which annulment affects the principle of transaction stability towards the Federal Court of Cassation has settled the matter regarding approving the principle of transaction stability and the protection of good faith, and that this principle is relative and cannot be generalized to all cases of annulment of real estate registration, according to what the Federal Court of Cassation has settled on, through legislative intervention that adopts the trend Which the Iraqi judiciary has followed, and in conclusion, we hope that we have given the topic of research the right and adequate and sufficient attention to what is left The blood of the law, the judiciary, and the scientific career, in order to walk the path of preserving rights and achieving justice, and God grant success.

المقـــدمـــــة

أولا:- موضوع البحث:-

الملكيـة هـي مـن أقدس الحقـوق للدولة وللأشـخاص وإنَها من أهـم الحقوق الماليـة و من أهم الأهـداف التـي تسـعى إلى تحقيقها أغلب التشريعات والقوانين سـواءً كانت في العصـور القديمة أو الحديثـة هـي تنظيم المجتمع وتربيته على العمل بروح القانون وحماية حقوق الأفراد داخل المجتمع لكي تطمئن النفوس بوجود تشريعات ترتب وتنظم عمل الأفراد لمعرفة مالهم من حقوق وما عليهم مـن واجبـات، إذ لولا وجود القوانـين المنظمة للمجتمع لأصبح غارق في الفـوضى ، بحيث أن من له القـوة والسـطوة والنفوذ يتحكم بمصير ذلك المجتمع ، لذلـك لاحظت البشرية وعلى مر العصور أنه لابـد مـن أن تنظـم حياتها عن طريق القوانين ، وأن أهم تلك القوانين هو قانون التسـجيل العقاري لآن الغاية والهدف الأسـاس للتسـجيل العقاري هـو ضمان الحماية القانونيـة للتصرفات العقارية والحقوق الناشـئة عن هذه التصرفات وصيانتها وأن هذه الحماية لا تتحقق إلاّ بتثبيت تلك الحقوق وفق أسس وقواعد وإجراءات قانونية سليمة ومنطقية تكون بمثابة الحارس الأمين الذي يحمي هذه الحقوق ، كما يهدف قانون التسجيل العقاري كباقي القوانين التي تنظم حياة الأفراد داخل المجتمع واسـتقرار المعامـلات وحفظ الحقوق وصيانتهـا وإظهار وجودها للحيلولـة دون إنكارها وبالتالي ضياع تلك الحقوق ونشـوء منازعات لإثباتها لذلك ألزم قانون التسـجيل العقاري تسـجيل وتوثيق التصرفات القانونية وفق شكلية معينة وان يكون هذا التسجيل في دوائر خاصة أنشأت لهذا الغرض حتى يكون الافراد على بينة من أمر تلك التصرفات والعلم بأثارها لذلك يكون قيد التسجيل العقاري ومـا يحمله من اهمية بالغة لإثبات الحقوق وفق القانون .

ثانياً:- أهمية موضوع البحث:-

نظـراً للظـروف التـي يمر بها البلد ومـا حصل من تغيرات وأرتفاع أسـعار العقـارات ما دفع البعـض من ضعاف النفوس إلى سـلك طرق مخالفـة للقانون في بيع وشراء العقـارات وكذلك أثناء ترويـج معاملة نقل الملكية ومنها حالات التزوير بكافة اشـكاله وصوره المختلفة رتّب اقامة العديد مـن الدعـاوى لغـرض إبطال القيـد العقاري المعيب أمـام المحكمة المختصة التي يقـع العقار ضمن اختصاصهـا المكانـي وان إجـراءات الإبطال هـذه بنوعية ترتب آثاراً قانونية بالنسـبة للأشـخاص المتعاقديـن أو الاغيـار وكذلك بالنسـبة للتصرفـات القانونية الصادرة عن جانـب واحد وأهمية ذلك وأثـره على مبدأ اسـتقرار المعاملات للمحافظـة على المراكز القانونية والثقة بعمـل تلك الدوائر ذات العلاقة ولكثرة هذه الحالات ومن أجل توضيح ذلك الموضوع واهميته في الحياة العملية ومدى تأثير مبدأ اسـتقرار المعاملات على ذلك .

ثالثاً:- أسباب اختيار البحث :-

للأهميـة البالغـة لموضوع إبطال القيد العقـاري ولكثرة حالاته وأثره على اسـتقرار المعاملات

في الواقـع العمـلي ونتيجة التنوع بالوقائـع التي تعرض على المحاكم من دعـاوى الإبطال ولقلة من تنـاول هـذا الموضوع من الباحثين والشراح ولرغبتي في البحـث في هذا الموضوع لما يملكه من اهمية فقد اخترت هذا الموضوع.

رابعاً:- صعوبات البحث:-

إن من أهم الصعوبات التي واجهتها في كتابة هذا البحث هي قلة المصادر والمراجع التي تتناول هذا الموضوع في التشريع والفقه القانوني .

خامساً:- إشكالية البحث:-

يتناول هذا البحث الإجابة على عدة اسئلة هي :ما هو قيد التسجيل العقاري؟ وما هو إبطال قيد التسجيل العقاري؟ وماهي الآثار المترتبة على إبطاله؟ ومدى تأثير ذلك على استقرار المعاملات سواءً كانوا متعاقدين او من الغير؟ وما هو راي القضاء العراقي إتجاه هذا الموضوع ؟

سادساً :-خطة البحث:-

بعـد الاتـكال على اللـه عز وجل وبدعـم وتوجيه من الأسـاتذة الافاضل والزمـلاء الاكارم فقد بادرت إلى الكتابة في هذا الموضوع ((إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات)) فسيكون المبحث الاول هو مفهوم قيد التسجيل العقاري وخصائصه وإبطاله وعلى مطلبين الأول قيد التسجيل العقاري وخصائصه وعلى فرعين :

نتنـاول في الفـرع الأول قيـد التسـجيل العقـاري ، وفي الفـرع الثاني خصائص قيد التسـجيل العقاري .

أما المطلب الثاني فنخصصه لبيان إبطال قيد التسجيل العقاري وأنواعه وعلى فرعين :

الفـرع الأول إبطـال قيد التسـجيل العقـاري ، والثاني نتنـاول فيه أنواع إبطال قيد التسـجيل العقاري .

أمـا المبحث الثاني فسـنتناول فيـه الآثار القانونية المترتبة على إبطال قيد التسـجيل العقاري ، وقد قسـمت هذا المبحث على مطلبين تناولت في المطلب الاول الاثار القانونية للإبطال بالنسـبة للأشـخاص ، وعلى فرعين الفرع الاول أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للمتعاقدين ، أما الفرع الثاني لبيان أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للغير .

والمطلب الثاني الآثار القانونية للإبطال من حيث التعويض وأثره على مبدأ استقرار المعاملات ، وعلى فرعين الفرع الاول أثر إبطال قيد العقار من حيث للتعويض وفي الفرع الثاني أثر إبطال قيد العقار على مبدأ استقرار المعاملات ومعززاً بقرارات صادرة عن محكمة التمييز الاتحادية الحديثة وبعد أن انتهينا من كل ذلك انهينا البحث بخاتمة تتضمن ما جرى التوصل إليه من نتائج وتوصيات ومن الله التوفيق.

المبحث الأول : مفهوم قيد التسجيل العقاري وخصائصه

تعد الملكية العقارية محلاً لإهتمام غالبية القوانين في دول العالم ، إذ منحتها الكثير من الحماية القانونيـة ومنهـا تشـكيل دوائر مختصة لتسـجيلها مع الحرص على إعداد إجـراءات خاصة تكون واجبة الإتباع حيث نلاحظ أن الغاية من قانون التسجيل العقاري هو تأمين السلامة والصحة لكافة التصرفـات العقاريـة الجارية على العقار و بكل أنواعها وأشـكالها ، وهو ما يمثل الضمان الحقيقي لحماية التصرفات العقارية ولا تتحقق الإّ بتثبيت تلك التصرفات وفق الأسـس التي رسـمها القانون ، مـا دفـع القوانين والشرائـع المتعددة إلى توفير تلك المكانة لحمايتها والتـي أولتها الأهمية البالغة ، ممـا حـدى بالمشرع العراقي إلى الأخذ بهـا وهذا ما نراه واضحاً وجلياً من خلال ما تناوله دسـتور جمهوريـة العراق لسـنة ٢٠٠٥ النافذ على أنه :- ((الملكيـة الخاصة مصونة، ويحق للمالك الإنتفاع بها واسـتغلالها والتصرف بها في حدود القانون)) [١].

ونرى من حق الملكية الخاصة امتلاك الحصانة الكافية بأن يمارس المالك كافة الحقوق الاصلية والتبعية في ملكه وفقاً للقانون .

لذا سـنبين مفهوم قيد التسـجيل العقاري وخصائصه و إبطاله في مطلبين ؛ الأول بيان مفهوم قيد التسـجيل العقاري وخصائصه والمطلب الثاني نتناول فيه مفهوم إبطال قيد التسـجيل العقاري وانواعه .

المطلب الأول : قيـد التسجيل العقاري وخصائصه

لمعرفة قيد التسـجيل العقاري لابد من توضيح معناه من الجانبين اللغوي والاصطلاحي وبيان المقصود منه ، ثم بيان القيمة القانونية له باعتباره سنداً رسمياً وماهي خصائصه .

وكـون قيـد التسـجيل العقاري من السـندات الرسـمية فقد عـرف المشرع العراقي السـندات الرسـمية بأنهـا ((هي التي يثبت فيها موظف عام أو شـخص مكلف بخدمـة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذووّ الشأن في حضوره)) [٢] ، ويتبين من هذا التعريف الخاص بالسـندات الرسـمية انها يجب ان تكون من موظف او مكلف بخدمة عامة وفي حـدود اختصاصـه اي أنهـا تكون ذات حجية قوية بالإثبات فيتوجـب أن تكون بهذه الشروط ، وقد أشار المشرع العراقي في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ إلى أن التصرفات

١- المادة(٢٣) الفقرة اولاً من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥النافذ .

٢- المادة(٢١) الفقرة اولاً من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .

القانونيــة تنعقــد بمجرد توافق الإيجــاب مع القبول الصادرين من طرفي التــصرف القانوني والتي تســمى بالتصرفــات الرضائية والتي لا تحتاج الى شــكلية معينة لانعقادها لكــي تتم وتنتج اثارها ، وإضافة إلى ذلك هناك تصرفات أخرى تتطلب شــكلاً معينا والتصرفات القانونية التي تتطلب شــكلاً معينا يفرضه القانون لانعقادها وبخلافه لا تنعقد تلك التصرفات إلاّ بوجود شــكلية معينه وتسمى تلك التصرفات بالتصرفات الشكلية [١] ، ولغرض توضيح تلك الأهمية البالغة سوف نعرّج على بيان كل ما يحتويه مفهوم قيد التسجيل العقاري وخصائصه في فرعين ، نخصص الفرع الأول لتعريف قيد التســجيل العقاري ونتناول في الفرع الثاني خصائص قيد التســجيل العقاري .

١- المادة(٩٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

الفرع الأول : قيـــــــد التسجـــــــيل العقـــــــاري

للإحاطـة بقيد التسـجيل العقاري لابد من تعريفه لغةً واصطلاحـاً ، فالتعريف لغةً للقيد يعني التسـجيل و الإثبـات في ورقة رسـمية أو دفتر والجمـع أقياد أو قيود [١] ،وقيـد **العلم بالكتاب**[٢]، بضبطـه اي تسـجيل العلـم في الكتاب لغـرض التوثيق[٣] ، وهـو مصدر للفعل(سَـجّلَ) [٤] ، ويعني الكتـاب الذي يـدون فيه ما يراد حفظه [٥].

اما التعريف الاصطلاحي ، فيعرف بأنه اجراء شـكلي يتم بالتحرير الحرفي للمحررات المشـتملة عـلى التصرفـات أو التحرير الحرفي لكل تصرف عقاري من شـأنه أنشـاء حق مـن الحقوق العينية الاصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة [٦] ، وكذلك عُرف بانه هو المصدر القانوني لاكتسـاب الحقوق العقارية[٧] .

وهنـاك مـن عرف التسـجيل بأنـه (التوثيـق ودرج البيانـات الخاصـة بالتصرفـات و الوقائع القانونيـة) أمـا مصطلح التسـجيل العقاري فيعني (الأعمـال التي يباشرها الموظفـون المختصون بشأن معاملات وطلبات التسجيل ابتداءً من تقديمها الى الدوائر المختصة الى حين درج وتنظيم تلك البيانـات التـي تضمنتها المعاملات في السـجل العقاري الخـاص بها)[٨].

وقد أوردت بعض التشريعات تعاريف للقيد العقاري ومن هذه التعاريف بأن (السجل العقاري ،هـو مجموعـة الوثائق التي تبـين أوصاف وعقار ، وتعين حالته القانونيـة وأوصافه الفنية وتنص على الحقوق المترتبة له او عليه وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به ويتألف من الملكية، والوثائق المتممـة لـه) وكمـا عرفته المادة (١) مـن قانون التسـجيل العقـاري اليمني بأنـه ((مجموعة الصحائـف التـي تبـين اوصاف كل عقـار وتبين حالتـه القانونية وتنص عـلى الحقوق المرتبة

١- ابراهيم مذكور ،المعجم الوسيط ،بدون سنة طبع ، ص ٢٨٥ .

٢- ابو نصر اسماعيل بن حماد (ت ٣٩٣ ه) الصحاح ،بدون مطبعة ،ص ١٧٦ .

٣- ابن سيدة (ت ٤٥٨ ه)المحكم والمحيط الأعظم ،بدون مطبعة وسنة طبع ،ص ١٦.

٤- مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ط٤،دار المعرفة، لبنان ،٢٠٠٩ ،ص٥٩٥ .

٥- ابراهيم مصطفى ، احمد الزيات ، حامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط ،مجموعة اللغة العربية، منتدى الكتاب الالكتروني الإسلامي،ط٤،القاهرة،٢٠٠٤ ،ص٤١٢ .

٦- د. عبـاس الـصراف ،شرح عقـد البيـع في القانون المدني الكويتي ،ط (١)، دار البحـوث العلمية الكويت ،١٩٧٥،ص ٣٩٤ ، بحـث القـاضي عماد علي عطشـان موقف القضاء العراقي من ابطال قيد التسـجيل العقـاري، ٢٠٢١، كجزء من متطلبـات الترقيـة الى الصنف الثالث من اصناف القضاة / محكمة اسـتئناف المثنى الاتحادية.

٧- الدكتور ابو النجا ،حجة القيد في السجل العيني ،معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ،١٩٧٣ ص ٤٩ .

٨- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، موجز احكام قانون التسجيل العقاري ، مطبعة دار الحكمة بغداد ، ١٩٩٣ ، ص ١١.

لـه او عليه وتبين المعاملات والتعديلات المتعلقة به)) [١] .

ونلاحـظ مـن التعريـف الـوارد اعلاه انـه اوضح بان التسـجيل بمعنـى الصحائـف التي تبين اوصاف العقارات وما تحمله بين طياته من ملامح ضرورية امتازت بها العقارات والحقوق المثبتة لهـا او عليهـا والمعاملات الخاصة بها وكافة الاجراءات الواردة على العقار ،وبذلك فان هذا التعريف لـم يأت بالمعنى الدقيق لتعريف التسـجيل العقاري وكان هذا التعريف جـاء متأثرا بالتعريف الذي اورده قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ والذي عرف السجل العقاري بمادته الأولى بان ((السجل الذي تثبت فيه التسجيلات العقارية وفق نصوص القانون ويستند اليه في اصدار السند)) .

وعنـد الامعـان في هـذا التعريف والفاظـه يبدو واضحاً وبلا ادنى شـك أن القانـون المذكور لم يعرف التسجيل وانما عرف السجل العقاري ولم يتناول معنى وتعريف كلمة (التسجيل) ومع ذلك فانـه حتى في تعريفه للسـجل العقـاري خالف أحكام المنطق في ايراده ذلـك التعريف ، إذ ان احكام المنطـق تقـضي بـأن الكلمة المـراد تعريفها يجب ان لا تـرد في نص التعريـف ، فالتعريف هو البيان والتوضيح والتفسـير وان المنطق يشـترط في التعريف ان لا يكون المعرف (بالكسر) هو عين المعرف (بالفتح) [٢] .

وتصنف القوانين المدنية ومنها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ التصرفات القانونيـة بأنهـا تنعقـد بمجرد توافق الإيجاب مـع القبول الصادرين من طـرفي التصرف القانوني والتـي تسـمى بالتصرفـات الرضائية والتي لا تحتاج الى شـكلية معينة والتصرفـات القانونية التي تتطلب شـكلاً معينا يفترضه القانون لانعقادها وتسـمى تلك التصرفات بالتصرفات الشـكلية [٣].

ويرى البعض أن التسـجيل في السـجل العقاري هو إجراء يتطلبه القانون لنقل الملكية العقارية لكـي يحتج بذلـك التصرف بين الاطراف واتجاه الكافة ، وبالتالي فإن عقد بيع العقار متى اسـتوفى شروطه الشـكلية وتم تسجيله يعتبر صحيحاً من الناحية القانونية [٤] .

ويلاحـظ أن هذا التعريف الأقرب والأشـمل لمعنى التسـجيل فان التسـجيل هـو كلمة يراد بها الإجـراءات التي رسـمها القانـون لتثبيت الحقوق العقارية، وهي اجـراءات واجبة بمقتضى القانون التي أولاها اهميه بالغة تقديراً منه لخصوصية العقارات وقيمتها الكبيرة وطبيعتها المستقرة الثابتة

١- المادة (١) من قانون التسجيل العقاري اليمني رقم(٣٩) لسنة ١٩٩١.
٢- محمد رضا المظفر ، كتاب المنطق ، ج ١، ط ١١ ، التصورات ، قم ، ٢٠٠٧ ، ص ٩٦ .
٣- القاضي عباس قاسم مهدي ،ابطال تسجيل العقار ، مكتبة السنهوري ،بغداد،٢٠١٤ ، ص ١٨.
٤- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ١٩٨١ ، ص٢٦٠ .

فاعتبر اجراءات التسجيل ركنا في اغلب العقود الواردة على العقار ومنها البيع والرهن والهبة والقسمة الرضائية والافراغ [١] ، فأوجب اضافة لأركان العقد العامة (الايجاب والقبول) ركناً ثالثاً وهو التسجيل العقاري أي أن يجري إقرار المتعاقدين بالتصرف حصراً أمام دائرة التسجيل العقاري المختصة وبالتحديد امام رئيس الدائرة أو من يخوله من المعاونين ،وبذلك فإن التسجيل هو الذي يكسب الحق العيني العقاري للمتصرف اليه ومن تاريخ تسجيل العقد وبخلافة يكون العقد باطلا ًلان بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة يكون عقداً باطلاً .

وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بأحد قراراتها والذي جاء فيه ((... وجد ان الحكم صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعي \المميز طلب الزام المدعى عليه بأعاده بدل بيع العقار موضوع الدعوى كونه لا يملكه وإنما يعود لشخص آخر وحيث أن المحكمة اطلعت على مقاولة البيع المؤرخة في ١٥\١٢\٢٠٠٤ المتضمنة بيع المدعى عليه للمدعي العقار المذكور بمبلغ ثمانية ملايين دينار مقبوضة ولما كان المدعى عليه انكر التوقيع المنسوب إليه أسفل المقاولة ، فقد عينت المحكمة ثلاثة خبراء من مديرية الأدلة الجنائية قسم المخطوطات وتم إجراء التطبيق والمضاهاة للتوقيع المنسوب للمدعى عليه وقدم الخبراء تقريرهم المتضمن عائديه التوقيع للمدعى عليه وحيث أن المحكمة اعتبرت المدعى عليه صارفاً النظر عن طلبه بأجراء التطبيق بمعرفة خمسة خبراء كونه لم يحضر جلسات المرافعة وعدم تسديده اجور الخبراء ، ولما كان بيع العقار خارج الدائرة المختصة يعد باطلاً ولا يفيد الحكم اصلاً ...)) و جاء ذلك واضحاً من خلال ما أكدته محكمة التمييز الاتحادية بقرار لها والذي جاء فيه((... وجد أن الحكم المميز الذي قضى بالزام المدعى عليه بتأديته إلى المدعي مبلغاً قدره ثلاثة ملايين دينار، صحيح وموافق للقانون ذلك أن المدعي يطالب ببدل المحل الذي اشتراه من المدعى عليه في ٥\٤\٢٠١١ خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة والذي يعد عقداً باطلاً لعدم استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عملا بأحكام المادة ٢/١٣٨ من القانون المدني ممّا يكون للدعوى سند في القانون لذا قرر تصديق الحكم المميز...)) . [٢] .

وأكدت محكمة التمييز الاتحادية على الالتزام بالشكلية التي حددها القانون وبخلافه تعد

١- المواد ٥٠٨ و ٦٠٢ و ١٠٧١ \ ٢ و ١١٢٦ \٢ و ١٢٠٣ و ١٢٨٦ \١ و ١٣٢٤ من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، و٣\٢ من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ .

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٣٦١/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٣ في ٣/١/٢٠١٣،وقرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٢٥٢٨/الهيئة المدنية /٢٠١٥ في ١٠ \٦\٢٠١٥ ، المحامي فوزي كاظم المياحي ، نظرية العقد \القسم الثاني ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ٧٢وص ٧٥.

التصرفات التي تجري على العقار لابد من تأشيرها لدى الدائرة المختصة ووفقاً لإجراءات رسمها القانون وبخلافه تعتبر باطلة وهذا ما جاء فيه ((... وذلك أن بيع العقار لا ينعقد الإ إذا سجل في دائرة المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه قانونا المادة (٥٠٨/ مدني) وكذلك ما أشارت إليه المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ النافذ لذا فإن العقد غير المستوف للشكلية القانونية يعد باطلاً وحيث أن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلا فإذا أبطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل المادة (١٣٨/ مدني) سيما وان المدعي سبق له واستحصل على حكم بالدعوى المرقمة ١٥١٢/ب/٢٠١٨ المحسومة في ٢٠١٨/١٠/٢٩ بعد ثبوت صحة توقيع مورث المدعي عليهم لمقاولة البيع المؤرخة ٢٠١١/١٠/١٥ وقد حكمت المدعى عليها أصالة عن نفسها يعد أن أبطلت الدعوى حسب وصايتها عن القاصر عنه وبالتالي فأنها ملزمة ما يؤدي للقاصر حسب وصايتها عنه وقد حلف المدعي اليمين الاستظهار في جلسه المرافعة ليوم ٢٠٢١/٢/١٤ لذا قرر تصديقه ...)) [١]

يتضح مما تقدم ذكره أن تعرف التسجيل، هو مجموعة الاجراءات القانونية التي يقوم بها الموظفون المختصون لغرض تثبيت ما يتطلبه القانون بخصوص المعاملات الخاصة بدوائر التسجيل العقاري المختصة وتثبيت تلك البيانات في سجلات خاصه أعدت لذلك وتمنح لمن يكون له حق مثبت فيها بموجب القانون، وما اكدته قرارات محكمة التمييز الاتحادية على ذات الموضوع .

إن أنظمة التسجيل العقاري في اغلب دول العالم تبنت نظامين فمنهم من جعل أساس التسجيل هو على الاشخاص الذين تصدر عنهم تلك التصرفات القانونية وفقا لمعيار شخصي ويسمى نظام (التسجيل الشخصي) والذين تنتقل حقوقهم العينية بسبب الوفاة، وبموجب هذا النظام فإن التسجيل يجري باسم الملاك وليس طبقاً لموقع وتسلسل العقارات، لأن الشخص المالك أو صاحب الحق العيني هو وحده محل الاعتبار في السجلات الشخصية[٢]، وفي هذا النظام فان من يرغب في معرفة الحقوق العينية لعقار معين يجب أن يكون عارفا بأسماء مالكي هذه الحقوق، وهذا أمر صعب الوصول اليه وهو الانتقاد الموجه إلى السجلات الشخصية كما تنتقد من ناحية القوة الثبوتية لهما، حيث أن كل سجل شخصي يستند إلى سجل شخصي آخر سابق له يستمد منه وجوده وقوته، لذا فان المالك لحق عيني مسجل في احدى السجلات الشخصية يكون معرضاً في كل وقت للمنازعة في ملكيته، والحكم بزوالها، وبذلك يعد هذا النظام من انظمة التسجيل الأكثر انتقاداً لأنه لا يبعث على

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٩٤٢/ الهيئة المدنية / ٢٠٢١ في ٩/٥/ ٢٠٢١ غير منشور .
٢- مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ، الجزء الاول ، العاتك لطباعة الكتب ، القاهرة ، توزيع المكتبة القانونية ،بغداد ،٢٠٠٨ ، ص ٢٦.

الاستقرار والدوام لأن محوره الشخص والشخص بطبيعته قابل للانتقال من حيث المكان والزمان وبالتالي يفتقر إلى الاستقرار الذي تتطلبه المعاملات، فضلاً عن عيوب أخرى يحملها هذا النظام منها عدم التحقيق من أن الشخص المسجل الملك باسمه هو مالكه الأخير، إذ يجوز أن تكون الملكية قد انتقلت بعقود وأسباب لم تسجل أو أن الملكية قد اكتسبت بمضي المدة [١].

اما النظام الثاني الذي اعتمد في اساسه على العقار وهو نظام (التسجيل العيني) ويجري التسجيل فيه على اساس (العقار) حيث يعتمد التسجيل على تثبيت البيانات المتعلقة بالعقار، من حيث رقمه وموقعه وحدوده ومساحته وأوصافه، وما سجل فيه من حقوق عقارية، وبذلك يكون السجل العيني بما يحتويه من بيانات تتعلق بالعقار هو الصورة الحقيقية للعقار من الناحية المادية والقانونية وعلى ضوء هذه البيانات يستطيع كل متعامل في العقار أن يقدم على التعامل وهو مطمئن إلى أنه يتعامل مع المالك الحقيقي للعقار بالاستناد إلى ما مثبت في السجل العيني للعقار كون العقار يمتاز بالاستقرار والثبات، كما أن هذا النظام لا يؤدي إلى الخلط بين عقار وآخر، وتكون الحقوق العينية واردة على العقار لا تابعة للشخص الذي يملكه ، لذلك فان السجل العقاري هو الأساس الذي بني عليه نظام التسجيل العقاري في العراق منذ سنة ١٨٥٧م والى يومنا هذا ، وأن هذا النظام المتبع في الجمهورية العربية السورية ولبنان وتركيا وسويسرا هو نفس نظام السجل العيني المتبع في العراق والذي أخذ به القانون الجديد مع تطويره ، أما النظام المتبع في جمهورية مصر العربية فهو نظام التسجيل الشخصي ، وبالرغم من تشريع قانون الشهر العقاري في سنة ١٩٦٤ الذي أخذ بنظام التسجيل العيني فانه لم يتم تنفيذه إلى الآن لعدم اعداد المتطلبات اللازمة لتنفيذه ومنها المسح وتنظيم الخرائط اما النظام المتبع في انكلترا فهو نظام يجمع بين نظامي التسجيل العيني والشخصي ، ولكن يمكن اعتباره نظاماً شخصياً أكثر مما هو عيني [٢].

ويتطلب القانون العراقي بأن يتم توثيق التصرف وتسجيله بنفس الوقت في دائرة التسجيل العقاري المختصة بموقع الوحدة العقارية بحيث أن التصرف لا ينعقد ولا يترتب عليه اي اثر ما بصدد حقوق الملكية لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للأغيار الا بالتسجيل[٣] .

ويتضح لنا أن نظام التسجيل العقاري في العراق قد اتبع النظام العيني ، وحسناً فعل المشرع بانتهاج هذا النظام المتميز بالاستقرار والثبات، والذي اعتمد على التوثيق كافة الاجراءات وكافة التصرفات الجارية على العقار وأوكل ذلك الى دوائر التسجيل العقاري المختصة من أجل رسم

١- حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، مطبعة البيان العربي ، بغداد ، ١٩٦٤ ، ج (١) ، ص ١٨٠ .
٢- مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ص ٢٧.
٣- القاضي ناصر ياسين حمود الجبوري ، ابطال التسجيل العقاري قضائياً ، الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠١٢ ، ص ٦.

الحماية القانونية لحق الملكية من العبث ، وكذلك رسم آليات الانتقال بكافة الطرق القانونية لكون النظام المتبع هو النظام العيني لكونه ينتج الثقة بما يملكه من ثبات واستقرار مبني على أرضية راسخة لكون الخطوات مرسومة وفقاً للقانون.

الفرع الثاني : خصائص قيد التسجيل العقاري

كون قيد التسجيل العقاري كما سبق ذكره له خصائص عديدة تميزه عن غيره من التصرفات الشكلية لذا سنوضح تلك الخصائص كما يلي:-

أولاً :- الحجية على الناس كافة

الحجية تعني الدليل والبرهان ، وان قيد التسجيل العقاري حجة على الناس كافة ولا يجوز الطعن فيه إلاّ بطريق التزوير حيث تعد من السندات الرسمية وان السندات الرسمية كما عرفها المشرع العراقي في قانون الاثبات رقم (١٠٧) سنة ١٩٧٩ المعدل في المادة (٢٢) الفقرة ثانيا منه ((تعتبر من قبيل السندات الرسمية ، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع واحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك)) .

لذا فأن كل تصرف لا ينتج اي أثر قانوني ما لم يكن قد جرى وفقاً للطريقة التي رسمها ويجب ان تراعى في التصرفات القانونية ما يتطلبه القانون لكي تتوفر لها الحماية القانونية لذلك قد راعت التشريعات القانونية أن تنضم كيفية توثيق تصرفاته ، وقد منحت سجلات التسجيل العقاري قوة قانونية تهدف لحمايته، ويتضح هذا الأمر جلياً من خلال ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ والتي نصت على : ((لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري))[١] .

وبذلك تصبح التصرفات القانونية على اختلاف أنواعها لا يمكن أن تتم أو ترتب أثارها ما لم تكن قد جرت على وفق الأصول القانونية المقررة لهذا التصرف ، وأن مراعاة تلك الأصول تضيف على هذا التصرف حماية قانونية ، وكلما كان التصرف القانوني يتمتع بغطاء وحماية قانونية كانت له حجية يستمدها من هذه النصوص القانونية ، وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية بقرارٍ لها على ذلك والذي جاء فيه ((...ذلك لأنه المميز المدعي يطلب في دعواه ابطال قيد تسجيل العقار المرقم (٦\٣٠٥ م٢٢ راغبة خاتون)الذي تم افرازه الى ثلاث قطع ومنها القطعة العائدة له المرقمة (٦\٤٢٨) حيث تبين انها تقل عما ورد في سندها ودعواه وفقاً لما تقدم واجبة الرد لان معاملة

١- الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم(٤٣) لسنة١٩٧١ النافذ.

الافـراز للعقـار تمـت وفق اجـراءات اصولية وبحضوره وباقـي الشركاء وفقا لـشرح الاقرار عملاً بالمادة (٢٨٣و٢٨٤) من قانون التسـجيل العقاري النافذ وبإمكانه اقامة الدعوى بتصحيح خريطة الافرازات كان لدعواه مقتضى قانوني سيما وان السجلات العقارية وصورها المصدقة وسنداتها تعد اساسـاً للأثبـات ولهـا حجة مطلقة بما دون فيها مالم يطعن فيهـا بالتزوير م ١٠ من ذات القانون وهـذا ما قضى به الحكـم المميز لذا قرر تصديقه ...)) [١] .

وكذلـك أشـارت محكمـة التمييز الاتحادية في قرارا لها والذي جاء فيـه ((... أن قطعة الارض رقم (١) بتاوين كانت مسجله باسم المميزة \ المدعية لدى دائرة التسجيل العقاري واصبح التسجيل حجـة عـلى الناس كافة فلا يجوز للمميز عليه \ المدعى عليه ان يتصرف بالعقار بعد ان خرجت من ملكه وان وجد ما يدعو الى ابطال التسـجيل فيمكن سـلوك الاجراءات المرسـومة بالمادة (١٣٩/١) مـن قانـون التسـجيل العقاري وعليـه كان على المحكمة النظـر في الدعوى موضوعـا إذا إنّ الإبطال لـم يتـم بقانون او بقرار له قـوة بالقانون وحيث ان المحكمة قد اغلفت ذلك مما اخل بصحة حكمها الاستئنافي المميز فقرر نقضه))[٢] .

لذلـك حرصت معظـم التشريعات العقارية على تنظيم آلية توثيـق التصرفات العقارية واعطت لسـجلاتها قوة قانونية خاصة، الهدف منها الحماية القانونية للحقوق الموثقة فيها.

ثانياً:- عدم الطعن بالصورية في سجلات التسجيل العقاري

الصوريـة في معناها الواسـع هي اظهار وضـع وهمي بمظهر وضع حقيقـي ،وكذلك تلك التي تتنـاول وجـود العقـد ذاتـه فيكون العقـد الظاهر لاوجـود له في الحقيقـة ،لذا لا يجـوز الطعن في الصورية في السـجلات العقارية ،والصورية تعني اتفاق شـخصين على تعديل الاتفاق الظاهري مع وجود اتفاق اخر بينهما يخالف الظاهر مثاله لذلك اتفاق شخص مع شخص اخر على بيع دار بمبلغ معـين للتخلص من حق الشـفعة وكذلك يخفيان عقد البيع تحتـه عقد الهبة ويخفيان ورقة تتضمن اصل الاتفاق الصحيح والتي لا يجيزها القانون كما تضمنها كما نصت عليه المادة (١٤٩) من قانون المدني العراقي رقم(٤٠) سنة ١٩٥١ النافذ بأنه ((لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسـجيلها في دائرة التسجيل العقاري))[٣] .

وعليه فانه لا يجوز الطعن بالصورية بالقيود العقارية المثبتة والمكتسبة شكلها النهائي لكونها

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٤٤ /الهيئة المدنية /٢٠٢١ في ٢٠٢١/٢/٩ غير منشور.
٢- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية الموقرة رقم القرار (٨٣٨/الهيأة الاسـتئنافية عقـار /٢٠١٧) في ٢٠١٧/٩/١٧ ، القاضي محمد عبد جازع ، من القرارات المدنية الحديثة الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ١٧.
٣- المادة (١٤٩) من قانون المدني العراقي رقم (٤٠)سنة ١٩٥١ النافذ .

حجـة عـلى الناس كافة وهذا ما اكدته محكمة التمييـز الاتحادية بأحد قراراتها والذي جاء فيه ((... وذلـك ان دعـوى \المميـز عليه\ع ح ع هي انه سـبق وان اتفـق مع المدعى عليه \المميز \شـقيقه (ب) على تسـجيل العقار المرقم ٦٧٦ جلولاء باسـم الاخير امانة على ان يقوم لاحقاً بتسـجيله باسمه وانه(المدعـي) دفـع كامـل بـدل الشراء العقـار الى البائع وطلب ابطـال قيد العقـار المذكور واعادة تسـجيله باسـمه ثبت مع صورة قيد العقار المشـار اليه أعلاه انه مسـجل باسم المدعى عليه بموجب القيد ٢٩في تموز \١٩٨٣ واكتسـب الشكل النهائي حيث ان السجلات العقارية وصورها وسنداتها تعتـبر اساسـاً لأثبـات حق الملكيـة ٠٠٠ وتعتبر حجة على الناسـة كافـة بما دون فيهـا مالم يطعن فيها بالتزوير ، ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسـجلة فيها (م ١٠ من قانون التسـجيل العقـاري) لـذا فان تكليف المحكمة للمدعي باثبات دعواه على خلاف ما ورد في السـجل العقاري لا سند له من القانون ،وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة في العديد من قراراتها وفي هذه الحالة ان صـح ادعـاء المدعي بإمكانه مطالبة المدعى عليـه بالبدل ان كان له مقتضى قانوني ولما تقدم قرر نقـض الحكـم المميز واعادة اضبارة الدعـوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم ...)) [١] .

وكذلـك اكدتـه محكمة التمييز الاتحادية بقرار اخر لها ((... وجـد أنه صحيح وموافق للقانون اذ أن الثابت من التحقيقات الجارية بالدعوى أن تسـجيل العقار المرقد ١٥/ ٢٤ م٢١ السـلام باسـم المدعى عليه قد تم من قبل وكيل المتوفية مورثه المدعين (ن ج) حال حياتها بموجب وكاله رسـمية منحت له كافة الصلاحيات وانه قد تأييد صحة صدورها وان التسجيل للهبه غير المشروطة اكتسب شكله النهائي وحيث لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواردة على العقار وحيث أن سجلات التسـجيل العقـار وصورها المصدقة وسـنداتها تعتبر حجة على الناس كافـة ولا يجوز الطعن فيها الا بالتزويـر وفقـا لأحكام المادة ١٠/ ١ من قانون التسـجيل العقاري النافذ، عليه واسـتنادا للمادة ٢١٠/ ٢ قانـون المرافعات المدنية قرر تصديق الحكـم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميزين رسـم التميز وصدر القرار بالاتفاق في ٩/ ١/ ٢٠٢٢م))[٢].

ثالثاً :- لا يعتد بالتقادم في مواجهة الحقوق المثبتة في سجلات التسجيل العقاري

التقـادم هـو مرور الزمان المانع من سـماع الدعوى، وان التقادم لا يمكـن الدفع به في مواجهة مـا هو ثابت في سـجلات التسـجيل العقاري وعدم الاعتـداد بالتقادم في مواجهـة الحقوق المثبتة في سجلات التسجيل العقاري، واكدته المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١

١- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد٧٢٠ /الهيئة الاسـتئنافية/عقار / ٢٠١٨ ،ت/٥٣٠ في ٦\٢\٢٠١٨ ، غير منشور .

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد١٤٠/الهيئة المدنية / ٢٠٢٢ في ٩\١\٢٠٢٢ ، غير منشور .

النافذ والتي تنص على ((الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشر ة سنة مع مراعاة ما ورد في احكام خاصة)) وقد تأيد ذلك بقرار لمحكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه : ((... حيث أن الثابت من اضبارة الدعوى بأن العقار المرقم ١/٢١١ م مسجل وحسب سنده العقاري باسم مديرية بلدية المدينة استنادا لأحكام القانون رقم (٨٠) لسنة ١٩٧٠ , حيث نصت المادة الأولى منه تملك الوحدات الادارية البلديات الأراضي الاميرية الصرفة والاراضي المسجلة باسم وزارة المالية التي لم تكن قد آلت اليها عن طريق الشراء والانتقال المتأتية من ضريبة التركات والدخل الواقعة ضمن الحدود البلدية وحتى على فرض صحة ادعاء المدعين بانهم كانوا حائزين للقطعة موضوع الدعوى سابقا ، و انهم هاجروا من المنطقة فأن تلك الحيازة لا تبيح لهم حق طلب تملكها بعد ان تم تسجيلها باسم البلدية ، اذ ان سجلات التسجيل العقاري وصورة قيودها تعد حجة على الناس كافة بما دون فيها ، ما لم يطعن فيه بالتزوير (م ١٠) من قانون التسجيل العقاري .وبذلك تكون دعوى المدعين فاقدة لسندها القانوني)) [١].

مما تقدم يتبين لنا ان السند العقاري هو سند رسمي يتمتع بحجية السندات الرسمية ، ولكي يمكن اعتبار هذه السندات حجة على الناس كافة بما دون فيها و لا يطعن فيها إلا بالتزوير ،لا بد أن تصدر هذه السندات وبضمنها القيد العقاري من موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطة واختصاص هذا الموظف او المكلف بخدمة عامة مع الاخذ بنظر الاعتبار مراعاة الاوضاع القانونية في اصدار هذه السندات [٢].

رابعاً :- السجل العقاري هو الصورة الصادقة لحالة العقار المادية والقانونية

إن السجل العقاري هو الصورة الصادقة لحالة العقار المادية والقانونية ، كونها متوفرة في السجلات العقارية، حيث انها تتضمن الوضع المادي والقانوني للعقار بصورة حقيقية، إذ تحتوي على الاوصاف القائمة للعقار والحقوق المرتبة له او عليه، اضافة إلى احتواء السجلات على اسماء اصحاب الحقوق العقارية ومقدار انصبتهم وهي التي بعتد بها ولا يمكن الاخذ بخلاف السجل العقاري.

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٥ / الهيأة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٩ في ١٥ /١/٢٠٠٩ م ، النشرة القانونية العدد واحد وعشرون ، ٢٠١٠ ، بغداد مكتبة صباح ، الكرادة ، اعداد ، دريد سلمان الجنابي ، ص ٣.
٢- ادم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، الطبعة الثانية ، مطبعة الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد ، ١٩٨٦ م ، ص ٢٤ .

خامساً:- ان للسجل قوة اثبات مطلقة

إن لسـجلات قيد التسـجيل العقاري قوة اثبات مطلقة بحيث يعتبر حجة يعترض بها تجاه كل شـخص، وهذا لا يتحقق الا باتخاذ جميع التدابير اللازمة لكي يكون التسـجيل صحيحاً وسـالماً من التزوير، وقد رسـم القانون طريقة سـليمة للتسجيل والتدقيق تتضمن رفع كفاءة جهازي التسجيل والرقابة على المعاملات التي تجري في دوائر التسـجيل العقاري، وتؤمن تسـجيل وتثبيت التصرفات العقارية بصورة صحيحة وسالمة من التزوير، بالإضافة الى ايداع مهمة حفظ وفحص هذه السجلات الى موظفـين مسـؤولين ،وهذا يعني بأن السـجلات التسـجيل العقاري حجة مطلقـة في الأثبات، ولا يجوز الطعن بها إلا بالتزوير، ولذلك فان السـند الرسـمي يعد حجة على الموقعين عليه، وعلى غيره من الناس كافة وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه:((...لأن الثابت من المسـتندات الرسـمية لإضبارة العقار المرفقة بالدعوى تضمنت شراء العقار موضوع الدعوى رضاء مـن مالكـه مـورث المدعين بموجب قـرار مجلس قيادة الثـورة المنحل المرقـم ٣٥ في ٣٠\٥\١٩٧٢ ببـدل الـشراء المذكور في القـرار، وبعد دفع البدل بموجب المسـتندات المحفوظـة بالإضبارة اتخذت دائـرة التسـجيل العقـاري الإجراءات اللازمة لفسـخ المداينة الواقعة على العقـار، ورفع الحجوزات عنه وتسجيله باسم المميز (وزارة المالية لأعراض وزارة الدفاع) وتم التسجيل بالعدد ٢٦/ تموز/ ١٩٧٢ حال حياة مورث المدعين، وقبل وفاته بمدة تزيد على ستة وعشرين عاما وان سندات التسجيل العقاري هي سندات رسمية وحجة على الناس كافة ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير (المادة ٢٢/ اثبـات) ولـم يحصـل طعن بالتزوير مـن مالك العقار حـال حياته، أو من ورثتـه المدعين فكان على المحكمة أن تقضي برد الدعوى وحيث أنها خالفت وجهة النظر المتقدمة أعلاء فيكون حكمها مخالف للقانون فقرر نقضه...))[١] .

وقـد اكدتـه في قرار اخر لها يخـص ذات الموضوع والذي جاء فيه ((...وجد انه صحيح وموافق لأحـكام القانون إذ طلب المدعي أبطال قيـد العقار المرقم ٣/٢٦٣٦ مقاطعة ٢٠ داودي والذي كان قد سجله بأسم والدته /مورثة الطرفين على سبيل الامانة لتعذر تسجيله باسمه في حينها وان المدعى عليهـم يرفضـون نقل ملكيته بأسـم المدعي فطلب الزامهم حكماً بذلك ونتيجـة المرافعة فقد اطلعت المحكمة على اسـتمارة صورة السـجل العقاري للعقار المرقم ٣/٢٦٣٦ م ٢٠ داودي والمسجل بأسم س ع ا مورثة الطرفين وماهية التسـجيل (بيع حكم) والقيد ثابت الحكم وذكر المدعي ان التسـجيل بأسم مورثة المدعين كان على سبيل الامانـة وهـو تسجيـل صـوري وانـــــــه اشترى العقار

١- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٥/ الهيئة الموسـعة مدنيـة/٢٠٠٨ في ٢٤\٩\٢٠٠٨ ،القاضي لفتة هامل العجيـلي ، المختار من قضـاء محكمة التمييز الاتحادية، ج٤، مطبعة الكتاب، ٢٠١٣، ص ٤.

من ماله الخاص وتلاحظ المحكمة أن الطعن بالصورية في التصرفات العقارية غير وارد قانونا وان سجلات التسجيل العقاري حجة على الكافة بما مدون فيها ولا يمكن الطعن بها الا بطريق التزوير المادة ١٠ من قانون التسجيل العقاري وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة في العديد من قراراتها ومنهـا القـرار المرقم ٧/ الهيئة العامـة /٢٠٢١ في ٢٧/٤/٢٠٢١ مما يجعل دعوى المدعي والحالة هذه فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم البدائي وايدته محكمة الاستئناف في حكمهـا المميـز والذي جاء تطبيقاً سـليما لأحـكام القانون فقرر تصديقـه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق عملا بأحكام المادة ٢/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية في ١٢/١٢/٢٠٢١ م))[١].

سادساً:-السجل العقاري يمتاز بالعلانية

إن يكـون للسـجل العقـاري طابع العلانية حيث ان المعاملات تقدم على اسـتمارات خاصة تمر بمراحل شتى يطلع على مضمونها موظفين حتى من دوائر اخرى كدوائر الضريبة، وكذلك الدلالين والمعقبـين، وان التسـجيل يتم في السـجل علانية وليس بصورة سرية ، ولكن لـم يعط القانون لكل شـخص حـق الاطلاع على السـجل كما هو متبـع في الدول الاخـرى ، وانما جوز الاطـلاع عليه من قبـل الجهات القضائية والدوائر الرسـمية وللأغراض الرسـمية في نفـس الدائرة وبأشراف الموظف المسـؤول [٢] ، كمـا جـوز القانون تزويـد كل ذي مصلحة باستشـهاد عن عائدية العقـار بعد بيان الاسباب المبررة لطلبه [٣]، ولا يحق لأشخاص لا علاقة له بموضوع التسجيل الاطلاع على محتوياتها، وللأسباب التي اوضحناها فان القانون المدني وقانون التسجيل العقاري يعتمدان السجلات الدائمية وسجلات التسوية وسجلات التأمينات العينية أساسا لأثبات حق الملكية والحقوق العينية الاخرى .

وبالتـالي نخلص إلى ان قيد التسـجيل العقاري له عـدة خصائص منها أنه حجة على الناس كافة ، وانه لا يطعن به إلا بالتزوير ، كما ان له أهمية بالغة إذ يمتاز بطابع العلانية ولا يعتد بالتقادم في مواجهتها ولا يدفعوا بالصورية بما يثبت فيها لذلك تكون اكثر ثباتا واستقرارا وحفاظاً على المراكز القانونية وقد عد جميع التصرفات التي تبرم خارج دائرة التسجيل العقاري المختصة باطلة , لعدم

١- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعدد ٥٠١٩ / الهيئة الاسـتئنافية العقـار / ٢٠٢١ في ١٢/ ١٢ / ٢٠٢١ ، غير منشور .

٢- نص المادة (١٧) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ((لا يجوز اخراج السجل العقاري من دائرة التسجيل العقاري المختصة لأي سبب كان ويجوز الاطلاع عليه في الدائرة المختصة بأشراف الموظف المسؤول اذا طلبت ذلك الجهات القضائية او الرسمية لأغراض معينة)) .

٣- نص المادة (٢٠)الفقرة(٢) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ ((ويجوز تزويد كل ذي مصلحة باستشهاد عن عائدية العقار بعد بيان الاسباب المبررة لطلبه)).

مراعاة الشكلية التي تكتمل عند التسجيل والتأشير في الدائرة المختصة وهي دائرة التسجيل العقاري المختصة ، وبخلاف ذلك لا قيمة لتلك التصرفات ولا يكمن الاعتداد بها اتجاه الغير.

المطلب الثاني : مفهوم إبطال قيد التسجيل العقاري

يتمتع قيد التسجيل العقاري بأهمية بالغة في حياة المجتمع من الناحية القانونية والناحية العملية وهذه الاهمية تتضح من خلال كون القيد حجة ، لذا وللإحاطة بهذا المفهوم لابد من تعريف إبطال قيد التسجيل العقاري وتبيان انواعه ، لذلك سوف نبين ذلك من خلال ما سنتناوله في هذا المطلب والذي نقسمه على فرعين ؛ الفرع الأول نخصصه لتعريف إبطال قيد التسجيل العقاري ، والثاني نتناول فيه انواع هذا الإبطال .

الفرع الأول : إبطال قيد التسجيل العقاري

لكلمة الإبطال دلالات عديدة يجب ايضاحها وخاصه إذا ما اقترنت بمصطلح اخر إلاّ وهو أبطال قيد التسجيل العقاري والذي يتكون من عدة مصطلحات ، لذلك يتوجب علينا توضيح كل مصطلح ليتجلى ويتضح مضمونه ، ومن هنا نجد ان الابطال قد عرف بأنه (مادة : ب ط ل) وهو مصدر إبطال أي الازالة ، و الإبطال منطقياً يعني بيان زيف الشيء بالدليل [١] .

وكذلك عرف الابطال لغة بأنه ((الإلغاء أو سقوط حكم الشيء الباطل))[٢] ، كذلك عرف بأنه ((الفساد وسقوط الحكم فالعمل الباطل عمل ضائع أو خاسر أو عديم القيمة))[٣] . وكذلك عرف بانه ابطال زنة افعال ،إبطال الشيء اذا جعله باطلاً [٤] ، وكذلك الابطال يقال له بانه ابطال الشيء وازالته سواء كان ذلك حقا او باطلا وبطل الشيء اي فسد او سقط حكمه وذهب ضياعا وخسرا [٥] .

١- د. عصام نور الدين ، معجم نور الدين الوسيط ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، لبنان – بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٩ .

٢- مصطفى مجيد ، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، الجزء الثاني ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨ ، ص ١٠٤ .

٣- الدكتور عبد الحكيم فوده ، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض ، الجزء الأول ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية ، ص١٧.

٤- الخليل ابن احمد الفراهيدي (ت ١٧٠ هـ) ،منشورات محمد علي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ج ٧ ، بلا مطبعة وسنة طبع ، ص ١٣١ .

٥- سعيد الخوري ، اقرب الموارد في فصح العربية والشوارد ، منشورات اية الله المرعشي ، قم ، ايران ، ج ١ ، ٢٠٠٣ ،ص ٢٨ .

أمـا الإبطـال اصطلاحاً فعرفه البعض بانه ((سـقوط حكم الشيء الباطـل)) [١]، وكذلك عرفه اخـرون بانه((الغـاء حكـم شيء وعده كأن لم يكن)) [٢]، والعقـد الباطل هو ملا يصح أصلا اعتبار ذاتـه او وصفه باعتبـار بعض اوصافه الخارجية [٣] .

وذكـر اخـرون ان البطـلان هـو نظـام يضع صورة مـن صور الجـزاء ولكنه جـزاء لا يفرض على شـخص من الاشـخاص كما هو الحال في العقوبة او التعويض، بل يوقع على كائن قانوني هو التصرف القانوني[٤] .

وقـال آخـرون أن العقـد الباطل هو العقد الذي تخلف ركن من اركانـه الشرعية او القانونية او شرط مـن شروط انعقـاده واهمهـا مطابقة الايجـاب والقبول في الامور الجوهريـة واتحاد المجلس تعدد العاقدين والتمييز في المعاوضات والعقل في التبرعات وكون المحل معياً او قابلاً للتعيين وكونه متقومـاً قابـلا للتعامـل ومقدور التسـليم فـاذا تخلف عنصر من هـذه العناصر يكـون العقد باطلاً والباطـل والمعـدوم سـيان [٥] ، وعد المشرع العراقي التصرفات القانونية ذات طابع شـكلي ولا يعتد بتلك التصرفات الا اذا حازت الشكل الذي اوجبه القانون وان مجرد صدور قرار اداري بتخصيص او تمليـك عقـار فانـه لا يكسـب ذلك القرار حقا لمن صدر اليه في طلب تمليكه وتسـجيله باسـمه في السجل العقاري وذلك لان القرار المتضمن التمليك والتخصيص لا يعتد بتلك التصرفات ألا بالشكلية التي رسمها القانون الا وهي التسجيل في الدائرة المختصة عليه فان الابطال هو وصف يلحق بعمل معيب لمخالفته احكام القانون وان هذه المخالفة تؤدي الى العدم وبالتالي انعدام اثره القانوني وهنا يتضـح ان البطـلان يتكون من عنصران وهما العيب المتمثل العيب في مخالفة القانون وانعدام الاثار القانونية بسبب ذلك العيب [٦].

وقد أخذت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الرأي في قراراً لها جاء فيه ((... وجد ان المميز طلب في عريضة الدعوى الزم المدعى عليه المميز اضافة لوظيفته بتسـجيل قطعة الارض السـكنية المرقمة

١- محمد بن ابي بكر الرازي ،مختار الصحاح ،الطبعة الاولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،١٩٦٧ ، ص ٥٦ .

٢- عبد الله غزاي ، دراسات في قانون التسجيل العقاري ، بغداد ، بدون ط ، ٢٠٠٠ ،ص ١٥٥ .

٣- قـرار محكمـة التمييـز رقـم ٦٦١/ حقوقيـة/٣ في ٢٣/٦/ ١٩٦٠ ، المحامي حيـدر نجم الحلفـي ،حقيبة المحامي لدعـاوى محاكـم البداءة الاكثر شـيوعاً ،مكتبـة الصباح ،بغداد ،الكـرادة، ٢٠٢٠ ،ص ٢٤٧ .

٤- الدكتـور جميـل الشرقـاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المـصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ص٢ .

٥- الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ،عناصر الالتزام في الشريعة الاسـلامية والتشريعات المدنية العربية دون ذكر دار النشر اربيل ،٢٠١٥ ،ص ٢٠٨.

٦- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ،ج١ ، ط٢ ، العاتك لصناعة الكتاب ،٢٠٠٨ ،القاهرة ، ص ٣٠٩ .

١\٧٧٣٢ م ١٧ ناجية والمخصصة له وفق القرار ١١٧ لسنة ٢٠٠٠ وحيث ان المحكمة غير مختصة بالزام الجهات الادارية بتسجيل العقارات السكنية المخصصة لشرائح الموظفين والعسكرين وقوى الامن الداخلي وانما يخضع ذلك للإجراءات الادارية والقانونية المحددة في قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل وحيث ان الحكم البدائي المميز قضى برد الدعوى لسبب اخر فيكون صحيحا وموافقا للقانون لذا قرر تصديقه من حيث النتيجة ورد الطعن التمييزي ...))[١].

ويرى فريق آخر أن العقد الباطل هو اذا تخلف ركن من اركان العقد او شرط من شروط انعقاده فانه يعد باطل ولا تترتب عليه اثار العقد الاصلية باعتباره تصرفا قانونيا ولكن قد تترتب عليه اثار عرضية باعتباره واقعة قانونية وليس تصرفا وقد اعتبر جانب من الفقه العراقي عدم القبض في العقود العينية مبطل لها فالعقود العينية لا تنعقد الا بالقبض مثل المادة ١/٦٠٣ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ بانه ((١-لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض ويلزم في القبض اذن الواهب صراحة او دلالة)) .

ولكن لو تأملنا هذا النص نجد ان لفظه تمام لا يتجه الى الانعقاد وانما للأثار (اثار العقد) فالتمام ليس للانعقاد وانما للأثار بدليل ان المشرع العراقي في البطلان عقد تسجيل العقار اذا لم يحصل في دائرة التسجيل العقاري يقول (لا ينعقد) الا بالتسجيل في الدائرة التسجيل العقاري وهذا يعني ان المشرع يعرف كيف يستخدم الكلمات او ينتقي العبارات وليس اعتباطاً او عشوائيا[٢] .

وانقسمت اراء الفقهاء حول التعريف بالبطلان فذهب فريق منهم إلى ان البطلان هو جزاء لتخلف ركن من أركان العقد حيث يرى الأستاذ الدكتور السنهوري ان بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملةً مستوفية لشروطها[٣] .

في حين ذهب فريق آخر إلى ان البطلان وصف يلحق بالتصرف ذاته نتيجة عيب وليس موجه إلى آثاره مباشرةً ويلحق العيب التصرف القانوني إذا خالف هذا التصرف قاعدة قانونية تتعلق بإبرام التصرف وينتهي إلى ان هذا الوصف يؤدي إلى عدم نفاذ التصرف كما هو الحال عند عدم اتباع الشكلية في العقود التي فرض القانون لها شكلاً معيناً[٤] .

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢٨ /الهيأة المدنية العقار /٢٠١٤ في ٢٠ / ١ / ٢٠١٤ ، غير منشور ،قرار مجلس قيادة الثورة المنحل تمليك الاراضي الزراعية المقرر لها استعمالات غير زراعية الى امانة بغداد او البلديات رقم (١١٧) لسنة ٢٠٠٠ .

٢- الدكتور علي فوزي الموسوي محاضرات في القانون المدني العراقي القيت على طلبة المعهد القضائي دورة ٤٢ المرحلة الاولى ،٢٠٢١.

٣- الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، العقد ، طبعة ١٩٨١ ، ص ٦٤٣ .

٤- الدكتور عبد الحكيم فوده ، المصدر السابق، ص ١٧ .

أمـا المـشرع العراقي فقـد عرف البطلان عند تعريفـه للعقد الباطل فقـد ورد ذلك في القانون المدنـي العراقـي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ النافذ حيث نصت عـلى ((١- العقد الباطل هو ما لا يصح اصـلاً باعتبـار ذاته أو وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية ... ٣- ويكون باطلا ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشـة او يكون العقد غير مسـتوف للشـكل الـذي فرضه القانون)) [١].

وقـد ذهبـت محكمـة التمييز الاتحادية في قرارٍ لهـا والذي جاء فيـه ((... أن مجرد تخصيص العقار لشخص معين من قبل مؤسسات الدولة لا يعد بذاته سبباً من أسباب كسب الملكية ما لم يتم الإقرار بالتصرف أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري وحيث ان ذلك لم يحصل بالنسبة للعقار موضوع الدعوى فتكون دعوى المدعي لا سـند لها من القانون...))[٢] .

وفي قـرار آخـر لمحكمـة التمييـز الاتحاديـة والذي جـاء فيه ((... ذلـك أن المحكمة قد اسـتندت بحكمهـا وقـررت رد الدعـوى لوجود مقاولـة بيع مؤرخة في ٢٨/٤/٢٠١٢ بـين المدعي و شركائه والمشتري المدعى عليه وان المدعي أقر ببصمة ابهامه وتوقيعه على مقاولة البيع و بالتالي فقد ترتبت عـلى العقـد آثـار منها الانتقال وان وجهة النظر هذه غير صحيحة ذلك أن بيع العقار لا ينعقد الا اذا سـجل في الدائرة المختصة واسـتوفي الشكل الذي نص عليه القانون و بالتالي فان العقد اصبح باطل وحيث أن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً لذا فان العقار موضوع الدعوى لازال مسجلاً باسـم المدعي وشركاءه و بالتالي فانه يسـتحق الاجر المسمى عن حصته في العقار الفترة المطالب بها إذا أثبـت عـدم قيام المدعى عليه بتسـديده لها خاصة وان المدعى عليه لم يسـدد بدل البيع لحد الآن وحيـث أن المحكمـة قد ذهبت خلافا ما نقدم فيكون حكمها موجبـا النقض ، لذا قرر نقضه وإعادة الدعـوى لمحكمتهـا لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسـم التمييز تابعا لنتيجـة الدعوى وتصدر القرار بالاتفاق استنادا لأحكام المادة ٣٢١٠ من قانون المرافعات المدنية في٧/ رمضان/ ١٤٣٦ هـ الموافق ٢٤\٦\٢٠١٥)) [٣].

فالبطـلان وصـف يلحـق عملاً معيباً لمخالفتـه للقانون مخالفة تؤدي إلى عـدم إنتاج الآثار التي يرتبها القانون على هذا العمل لو لم يكن معيباً فعنصرا البطلان هما العيب في مخالفة القانون وعدم

١- المادة (١٣٧\١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ .

٢- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ٣١٤٧ في ٢٢/١/٢٠٠٧، منشـور في كتـاب المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعـة المدنيـة للسـنوات ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، الطبعة الثانيـة ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٧ .

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٣٩/الهيئة المدنية/٢٠١٥ في ٢٤/٦/٢٠١٥ غير منشور .

ترتيب الآثار القانونية بسبب ما شاب العمل من عيب[١] ، ويترتب على الحكم ببطلان الإجراء اعتباره كأن لم يكن فيسقط وتسقط معه كل الإجراءات اللاحقة له متى كان هو أساساً لها وترتبت هي عليه عملاً بالقاعدة القانونية (ما بني على باطل فهو باطل) كما يترتب على بطلان الإجراء زوال كافة الآثار القانونية المترتبة عليه كما ان الحكم ببطلان الإجراء لا يستتبع بطلان ما تقوم به من إجراءات كما لا تبطل الإجراءات المتأخرة عليه إذا كان لديها كيان مستقل بذاتها ولم تكن معتمدة عليه ولا تبطل الإجراءات المعاصرة له ما لم ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بسبب طبيعتها أو بسبب طبيعة موضوعها[٢] .

ومما تقدم نجد ان التعريف الاصطلاحي لإبطال قيد التسجيل العقاري هو ((إلغاء حكم التسجيل وعده كأن لم يكن وإعادة الوضع القانوني للعقار إلى الحالة التي كان عليها قبل التسجيل))[٣] ، في حين لم يعرّف قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ الابطال وإنما بين الكيفية التي يتم بها إبطال قيد التسجيل العقاري في المادة (١/١٣٩) منه والتي سيأتي ذكرها لاحقاً ، في حين بين القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ معنى البطلان من خلال النص على العقد الباطل وسبب البطلان والعقد الباطل هو الذي لا يصح أصلاً أي بالنظر إلى ذاته أو لا يصح وصفاً أي بالنظر إلى أوصافه الخارجية فهذا الأخير لا يكون كذلك إلا إذا لم يستوفِ الشكل الذي فرضه القانون والذي يجب التقييد به وإلا بطل التصرف دون ان ينتج أي اثر له فعقد بيع العقار لا ينتج أثره ولا تنتقل ملكية العقار إلى المشتري والثمن إلى البائع ما لم يسجل هذا البيع في دائرة التسجيل العقاري وفق الإجراءات التي رسمها قانون التسجيل العقاري وأمام الموظف المختص[٤] ، والبطلان في القانون المدني العراقي بطلان مطلق أي ليس على درجات وإنما هو بطلان واحد فيبطل التصرف برمته فالعقد الباطل منعدم قانوناً ولا ينتج أي أثراً ويستطيع ان يتمسك بالبطلان كل من كسب حقاً في المحل يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه سواء كان قد كسب الحق قبل صدور العقد أو بعده فيتمسك به الطرفان وورثتهما لكن دون الإخلال بحق المتضرر من طلب

١- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الأول ،الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨ ، العاتك لصناعة الكتاب ،القاهرة ، ص٣٠٩ .

٢- عبدالله غزاي سلمان العزاوي ، إجراءات التسجيل العقاري ، دراسة تطبيقية في أحكام قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ ، الطبعة الأولى ، وزارة العدل ، مكتبة العدالة ، بغداد ، ٢٠٠٥ ، ص ١٥٥ .

٣- نصت المادة ١/١٣٩ من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ بأنه((يتم إبطال التسجيل العقاري استناداً إلى قرار من الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي وفقاً لأحكام هذا القانون أما إذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز إبطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات)) .

٤- نصت المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ((بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)) .

التعويض جراء ما لحقه من ضرر نتيجة العقد الباطل[١] ، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارٍ لها والذي جاء فيه ((...وحيث ان عقد بيع العقار من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون وبخلافه يكون العقد باطلاً ولما كان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً (م ١٣٨) من القانون المدني إلا ان ذلك لا يمنع إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد فيستعيد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف في حكمها المميز لذا قرر تصديقه ...))[٢].

كذلك لابد من الإشارة إلى انه ينبغي لانتقال الملكية بالبيع ان يكون هناك عقد صحيح خال من عيوب الإرادة وصادر عن مالك فإذا كان عقد البيع باطلاً لسبب أو لآخر من البطلان الأخرى فان تسجيل العقد المبرم بين الطرفين في السجل العقاري والخاص بعقار ما لا ينقل ملكية هذا العقار إلى المشتري كما يمكن تصور هذه الحالة بالنسبة لعقد البيع الصادر عن شخص هو ليس بمالك للعقار ويمكن حصول هذه الحالة الأخيرة إذا تقدم الشخص البائع بمستمسكات توحي بأنه هو المالك لكن هذه المستمسكات في الحقيقة هي مزورة وكثيراً ما تحصل هذه الحالة في نظام التسجيل العيني فان التسجيل في السجل العقاري لا يصحح العقد الباطل فالبطلان مطلق والمطلق يجري على إطلاقه وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة بقرارٍ لها والذي جاء فيه ((وحيث ان حاصل التحقيقات التي أجرتها محكمة البداءة والاستئناف قد أكدت ان زوج المميز عليها كان فاقد الأهلية قبل وأثناء وبعد إجرائه التصرف المطعون فيه إذ أكدت التقارير الطبية المتعددة التي اعتمدتها محكمة الاستئناف من انه متخلف عقلياً منذ طفولته ولا يمر بفترات تحسن ولا يقدر مسؤولية أفعاله وهذه التقارير عززت بصورة دفتر الخدمة العسكرية المتضمن سبق إعفائه من الخدمة العسكرية وبما ان زوج المميز عليها قد تم حجره للسبب المذكور وان حجة الحجر كاشفة لسبب الحجر وليست منشأه له لأنه يعد محجوراً لذاته عند إجراء التصرف وقبله وبعده للأسباب المتقدمة وحيث ان حكم المعتوه والمجنون المطبق في التصرفات التي يجرونها بحكم الصغير غير المميز وهم محجورون بذاتهم (م ٩٤ مدني) وتصرفاتهم باطلة (م ٩٦ مدني) لذا فان إبطال قيد التسجيل الذي تم بموجبه نقل سهام المحجور باسم المميز المدعى عليه له سند من القانون))[٣] ، وكذلك ان

١- الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٢١ .

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٣٤/الهيأة الاستئنافية/عقار/٢٠٠٦ ، دريد داود سلمان ،المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية/القسم المدني ، الجزء الثاني ، بغداد ، الكرادة ، ص ١٩ .

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٧ في ٢٨/١١/٢٠٠٦ ، المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦ ـ ٢٠٠٧ ـ ٢٠٠٨ ، الطبعة الثانية ، بغداد، ٢٠٠٩ ، ص ٢٠٥ .

عدم التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة فيكون العقد باطل اذا لم يتم تسجيله لدى الجهة المختصة وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه ((... ذلك لان الثابت من سند العقار ١٥٠ \ ١١٠ بتاوين عائديته الى المدعي المميز عليه وقد شغله المميز \ المدعى عليه استناداً لعقد بيع خارجي لم يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة وحيث ان العقد المذكور يعد باطلاً والعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً م ١٣٨\١ مدني وبالتالي فان الاباحة بالاشغال انقطعت بالمطالبة القضائية ويتعين عليه عدم معارضة المميز عليه \المدعي بالانتفاع بالعقار لان يده اصبحت غاصبة له والمغصوب يتعين رده الى صاحبه مع اجر مثله م ١٩٧ مدني وهذا ما قضى به الحكم المميز قرر تصديقه ...))([١]).

ويمكننا أن نستنتج مما تقدم بعض الاسباب للأبطال الخاصة للعقود واغلبها يعود الى فكرة معينه وهي فكرة الاخلال او تخلف العناصر الاساسية للعقد او بما يخص اركان او شروط العقد ويمكن ايرادها وبشكل موجز وكما يلي :-

١. **اختلال الصيغة الخاصة بالعقد:** وهو حصول اختلال في الصيغة التي يتطلبها العقد كما لو حصل التعبير بصورة منافية للصورة المعتادة من صور التعبير عن الارادة او كان التعبير عن الارادة غير صيغة الماضي او نحوها.
٢. **تخلف المعقود عليه اي المحل :** ويعني ذلك اذا تم العقد على شيء غير موجود اصلاً او كان موجود لكنه اتلف قبل ابرام العقد او كان المحل غير الذي تم الاتفاق عليه .
٣. **تخلف احد المتعاقدين :** ويكون ذلك بان قام العقد على طرف واحد او على واحد من غير اطراف العقد وليس له تفويض او اذن شرعي بأنشاء العقد مع قصد التعدي .
٤. **صدور التعبير عن الارادة من شخص غير ذي اهليه او تمييز :** كالطفل او السكران يهب مالاً او المجنون يزاول عملاً تجارياً .
٥. **كون العقد مشوب بعيب من عيوب الارادة :** اذا كانت هذه العيوب فاعلة ومؤثرة كالإكراه الملجىء يبتاع شيئاً والذي يقع بالغلط بعقد شراء سلعة عادية على انها اثرية .
٦. **اختلال سببية العقد :** وذلك بان يكون السبب الدافع للتعاقد غير مشروع ومخالف للنظام العام والآداب العامة .
٧. **انتفاء صلاحية المعقود عليه لحكم العقد:** وذلك كون محل العقد من غير المقدور على تسليمه أو غير قابل للتعامل فيه مما يضفي على محل العقد نوعاً من التغرير والجهالة [٢] .

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٧٣٢/الهيئة المدنية /٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١٤ .
٢- الدكتور محمود المظفر ، نظرية العقد ، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية ، دار المثنى للطباعة والنشر بغداد ٢٠١٠ ص٣٥٦

ويتضح مما تقدم ذكره ان بيع العقار لا ينتج أثره الإ اذا تم التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة لغرض اكتمال الإجراءات القانونية، أي اكتمال الشكلية المطلوبة ، بحيث تتم من قبل موظف مختص في هذه الدائرة المختصة (دائرة التسجيل العقاري) ، وبخلاف ذلك فأن الإجراءات باطلة و بطلانها بطلان مطلق، وحيث ان المطلق يجري على اطلاقه.

وبما أن التسجيل في دائرة التسجيل العقاري لا يكتسب الشكل النهائي الا اذا كان قد تم تدقيقها في الجهة المختصة في التدقيق بحيث تكون هذه الاجراءات التي تمت على قيد التسجيل العقاري وخالية من النواقص الجوهرية التي يتطلبها القانون وان هذه اللجنة المختصة لها ان ترفض اي معاملة يشوبها النقص اي ان تصديق هذه اللجنة للمعاملة وفقا للقانون مما يعني ان التسجيل يعد مكتسبا لشكله النهائي وان لم يصدر سنده [١] .

وحسناً فعل المشرع العراقي لاشتراط هذه الشكلية في التسجيل العقاري لما يحمله من أهمية من جانب ، وللحفاظ على الاستقرار في المراكز القانونية من جانب اخر مما ادى الى المحافظة على استقرار المعاملات والمحافظة على المراكز التي يحميها القانون.

الفرع الثاني : أنواع إبطال قيد التسجيل العقاري

نص قانون التسجيل العقاري في المادة (١٣٩) رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ على أنواع الإبطال اذ نصت على انه : ((١- يتم ابطال التسجيل العقاري استناداً الى قرار من الوزير قبل اكتساب التسجيل شكله النهائي وفقا لأحكام هذا القانون اما اذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز ابطاله الا بحكم قضائي حائز درجة البتات)) ، وحسب ما جاء بنص المادة انفة الذكر يتضح لنا إن التسجيل في حالة اكتسابه الشكل النهائي سواء صدر سنده أم لم يصدر فانه حجة على الناس كافة وله قوة اثبات مطلقة ولا يمكن ابطاله إلا بحكم قضائي حائز درجة البتات من خلال اقامة دعوى لدى محكمة البداءة المختصة واما اذا كان التسجيل لم يكتسب شكله النهائي فلا يحتاج الى اقامة دعوى بهذا الشأن وانما يمكن إبطال هذا التسجيل بقرار من وزير العدل [٢]، لذا توجب بيان تلك الطريقتين بشيء من التوضيح وهما كالآتي :

١- عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري ،المصدر السابق ، ج ١ ، ص ٢٠٤ .

٢- القاضي حيدر عودة كاظم ، الاجراءات العملية في الدعوى المدنية ،الجزء الثاني ، مكتبة القانون المقارن ،بغداد ، ٢٠٢١ ،ص ٤٣٥.

أولاً:-الإبطال الإداري

يعـد الإبطـال الإداري أحـد أنواع الإبطال التي تلجـأ اليها الادارة بعد منحهـا صلاحية الإبطال بموجب قانون التسـجيل العقاري النافذ والمتمثلة بوزير العدل ، ويتم ذلك في حالة اكتشـاف أخطاء أو نواقص قانونية رافقت عملية التسـجيل وقبل اكتسـابه شكله النهائي .

وقبل تدقيق المعاملة من قبل هيأة التدقيق أيضاً ، وهو ما يعني ان المعاملة قد تمت بإجراءات مخالفة للقانون وبالاستناد إلى بيانات ووثائق مخالفة لأحكام القوانين والقرارات والأنظمة المتعلقة بتنظيم الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية .

وليس مخالفة أحكام قانون التسـجيل العقاري النافذ فحسـب ، ذلك أن التسجيل الذي لم تراع فيه الشروط القانونية يكون باطلاً وبالتالي كأن شـيئاً لم يكن ، وان التسـجيل يمر بمراحل وادوار محـددة قانونـاً تبـدأ من تقديم الطلب وتنتهي بالتدقيق من قبل هيـأة التدقيق ، كما انه لا يعد عملاً منفـرداً ، وإنما يعد مع التوثيق والإجراءات الأخرى وحده واحدة[١] .

لذلـك فأنـه أي التسـجيل لا يعد تاماً بمجرد تدوين تلك البيانات المطلوبة في السـجل العقاري بل لابد ان يكون سـالماً من الأخطاء والعيوب في جميع مراحل التسـجيل ففي حالة حصول خطأ أو نقص في البيانات أو الإجراءات أو مخالفة قانونية في أية مرحلة من مراحل التسجيل وتعذر إصلاح هذا الخطأ بطريقة قانونية تعتبر كافة الإجراءات الأخرى للتسجيل باطلة تبعاً لذلك عملاً بقاعدة ما بني على باطل فهو باطل .

وبموجب قانون التسـجيل العقاري النافذ لا يكتسـب التسـجيل شـكله النهائي إلا بعد المصادقة عليه من أقسام التدقيق بعد اتمام معاملة التسجيل وليس قبله وقد نص القانون على إبطال التسجيل الذي يتعذر إصلاح الأخطاء والنواقص الحاصلة فيه قبل اكتسـابه الشـكل النهائي بقرار من وزير العـدل ، كمـا اوضحت المادة (١٤٠) من قانون التسـجيل العقاري رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧١ النافذ على مـا يـلي ((يصدر الوزيـر قراره بالإبطال بسـبب مخالفة التسـجيل لأحكام القانون أو اسـتناده الى وثائـق أو بيانـات غـير قانونية عند تعذر اصلاحها بالطرق الاصولية وذلـك بناء على توصية الهيئة الاستشـارية في مديرية التسـجيل العقاري العامة المؤيدة من المدير العام)) .

وتعتبر الوثائق التي اسـتند إليها التسـجيل غير قانونية في حالات عديدة منها على سـبيل المثال ، إذا كان قد استند التسجيل إلى وكالة مضى على تنظيمها أكثر من خمسة عشر سنة ، أو أن الوكيل عُزل أو أن الموكل توفى أو غير ذلك من الأسباب التي تعد مخالفة لأحكام القانون ، وبعكس ذلك لا يجوز

١- مصطفى مجيد، الجزء الثاني ، المصدر السابق، ص ١٠٥ .

اتخاذ قراراً بإبطال قيد التسجيل العقاري إذا تم وفق الإجراءات والأصول القانونية السليمة ، وبهذا الصدد فأن قرار وزير العدل الذي نص على :((... ان معاملة البيع موقوفة وغير مكتسبة شكلها النهائي بالمصادقة من هيئة التدقيق اللامركزية وذلك لثبوت وفاه المالك السيد (ح. أ. أ.) بتاريخ ٤\٢\٢٠١٤ قبل نقل الملكية بتاريخ ١٦\٢\٢٠١٤ بموجب وكالة عامة بالعقار المرقمة بالعدد العمومي (٤٠٤٠٤) في ١٩\١٢٠١٣ وبذلك تكون الوكالة منتهية الصلاحية بوفاة الموكل استنادا لأحكام المادة (١٩٩) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل لذا تقرر ابطال معاملة البيع الجارية على العقار المرقم (٤\١٢٥٢١ م ٤ وزيرية) بالعدد (٢٧\شباط\٢٠١٤) جلد ٧٩٥ استنادا لأحكام المادتين (١٣٩\١٤٠) من قانون التسجيل العقاري ...)) [١] .

كما أصدر مجلس شورى الدولة قراراً جاء فيه ((... اذا تم تسجيل جزءا من الارض الزراعية في دائرة التسجيل العقاري استنادا الى حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية ولم يكتسب هذا التسجيل شكله النهائي وكان مخالفا لقانون الحد الاقتصادي فيبطل بقرار من السيد وزير العدل بناءً على توصية الهيئة الاستشارية الدائمية استنادا الى المادتين (١٣٩,١٤٠) من قانون التسجيل العقاري بدلالة المادة (٢) من قانون تنظيم الحد الاقتصادي ...)) [٢] .

وفي قرار آخر لوزير العدل نص على ((...استنادا لما جاء بكتاب دائرة التسجيل العقاري المرقم (٥\٦\٢\٤\٤٦٧٤\أ) في ١٤\٤\٢٠١٤ و توصية الهيئة الاستشارية المرقمة (١٢) في ٩\٤\٢٠١٥ الخاصة بالمعاملة المسجلة بالعدد (٩١\ت١\٢٠١٤\مجلد ٢١٠٨) للعقار المرقم (٤٠٧\٧٢٥) كرادة مريم الواقع ضمن اعمال مديرية التسجيل العقاري في الكرخ الاولى حيث ان العقار قد تم تسجيله باسم المشترية (ر. ح. ع) لبنانية الجنسية خلافا لما جاء بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ الذين ينص على ايقاف القوانين والقرارات التي تجيز تملك غير العراقي للعقار ولعدم اكتساب المعاملة الشكل النهائي لإيقافها من قبل هيئة التدقيق اللامركزية تقرر ابطال معاملة البيع المسجلة بالعدد (٩١\ت١\٢٠١٤ مجلد ٢١٠٨) الخاصة بالعقار المرقم (٤٠٧\٧٢٥) كرادة مريم استنادا لأحكام المادتين (١٣٩\١٤٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل ...)) [٣] .

١- قرار الابطال الصادر عن وزير العدل بالعدد ٧\١\١٣\٤ في ٤\٥\٢٠١٥ ، ، بحث الطالب عمار رجب معيشر ،المقدم الى مجلس المعهد القضائي ، لعام ٢٠١٨ م ، ص٢٢ .

٢- المستشار عبد الله غزاي سلمان العزاوي ، اجراءات التسجيل العقاري ، ص ٢٠٥ .

٣- قرار الابطال الصادر عن وزير العدل بالعدد ٧\١\١٣\٧ في ٣٠\٦\٢٠١٥ ، بحث الطالب عمار رجب معيشر ، المصدر السابق ، ص ٢٣ .

ومما تقدم ذكره نخلص إلى نتيجة مفادها أن إبطال قيد التسجيل العقاري قبل اكتساب شكلة النهائي يجب ان تتوفر الشروط الاتية :-

١. إن تكون معاملة التسجيل قد تمت خلافاً لأحكام القانون أو بالاستناد إلى وثائق وبيانات ومستندات غير اصولية بما يعني أن المستندات والوثائق التي قدمت إلى الدائرة المعنية دائرة التسجيل العقاري غير قانونية وقد صدر قرار من مجلس شورى الدولة الذي نص على ((اذا تم تسجيل جزء من الارض الزراعية في دائرة التسجيل العقاري استنادا الى حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية ولم يكتسب هذا التسجيل شكلة النهائي وكان مخالفا لقانون تنظيم الحد الاقتصادي فيبطل بقرار من السيد وزير العدل ,,, استنادا الى المادتين (١٣٩) و(١٤٠)من قانون التسجيل العقاري بدلالة المادة (٢) من قانون تنظيم الحد الاقتصادي)) [١].

٢. إن تصدر توصية بأبطال التسجيل من قبل الهيئة الاستشارية وتأييدها من قبل المدير العام ، فمجرد وجود الأخطاء والنواقص لا تكفي لإصدار الوزير قراره بأبطال المعاملة حتى وان تم تأييد ذلك من قبل المدير العام بكتاب رسمي ، و انما يقتضي ان يقترن ذلك بتوصية الهيئة الاستشارية بالأبطال وبدون هذه التوصية لا تستكمل اجراءات الابطال ، ولابد من وجود توصية الهيئة الى جانب الاخطاء القانونية .

٣. إن يتعذر اصلاح المخالفة القانونية بالطرق الاصولية ، بحيث لا يكون هناك اي طريق قانوني لتلافي تلك المخالفات او الأخطاء ، فإذا أمكن اصلاح تلك الاخطاء او الاغلاط فأن ذلك لا يؤثر على صحة التسجيل .

٤. إن يصدر قرار بالأبطال من وزير العدل يقتضي بأن وجود الأخطاء القانونية واقترانها بتوصية الهيئة الاستشارية بالأبطال معاملة التسجيل مالم يقترن كل ذلك بتأييد من المدير العام ، فإذا توفرت الشروط الاربعة اعلاه مجتمعة تكون اساساً لاستناد الوزير عليها لغرض إصدار قراره بأبطال المعاملة ، وان فقدان اي منها يعني فقدان ركيزة الابطال وعدم استيفاءه الشروط القانونية [٢] .

١- قرار مجلس شورى الدولة رقم ٩٨ لسنة ١٩٨٠ في ١٣\١٢\١٩٨٠ ، منشور في فتاوى مجلس شورى الدولة .
٢- مصطفى مجيد ، المصدر السابق ، ج ٢ ، ص ١٠٩ .

ثانياً:- الإبطال القضائي:

أوضحنا فيما سبق ان التدقيق يسبق مرحلة التسجيل، حيث يكتسب القيد شكله النهائي عند تدوين المعلومات والبيانات في السجل العقاري دون حاجة إلى إصدار سنده، وعندها يعد حجة على الناس كافة وله قوة إثبات مطلقة ، وعند ذلك إذا ظهرت أي مخالفة أو خطأ في إجراءات التسجيل فلا يمكن إبطال السند إلا عن طريق القضاء من خلال إقامة دعوى أمام المحكمة المختصة ((محكمة بداءة موقع العقار)) من قبل المتضرر وهذا ما أكده قانون التسجيل العقاري النافذ في المادة (١/١٣٩) منه والذي جاء فيها ((... إذا كان التسجيل قد اكتسب الشكل النهائي فلا يجوز إبطاله إلا بحكم قضائي حاز على درجة البتات)) ، ويتم اللجوء إلى الابطال القضائي من قبل صاحب المصلحة في ذلك في حالة عدم وجود أي طريق آخر لإصلاح ذلك الخطأ أو المخالفة القانونية [١].

إن اشتراط المشرع اصدار حكم قضائي حائز لدرجة البتات لإبطال قيد التسجيل العقاري المكتسب شكله النهائي هي ضمانة أوجدها المشرع لاستقرار الأوضاع القانونية والمعاملات وإعطاء الثقة لمثل هذه القيود التي تشكل عصب الحياة في الوقت الحاضر لما للعقار من قيمة مادية ومعنوية في حياة الأفراد وما يتمتع به القضاء من استقرار في الأحكام والقواعد القانونية وبما يتماشى مع الوضع السائد في مجتمع ما من المجتمعات وان من واجب القضاء عند اللجوء إليه البحث والتحري لإيصال الحق إلى أصحابه وعلى المحكمة التوسع في تحقيقاتها وصولاً إلى إحقاق الحق وإدخال الطمأنينة في نفوس الأفراد وتعزيز دور القضاء في المجتمع وبما له من ولاية عامة ما لم تقيد هذه الولاية بنص يمنع القضاء من النظر في نوع معين من الدعاوى ونجد هذا الاتجاه في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه ((... حيث ورد اسم المدعي في القائمة المتعلقة بأسماء وأرقام القطع السكنية المسحوبة تسلسل (٥١) ان اسم الشخص المعني هو (ف ح خ) وتشير صورة السجل العقاري عدد ١٠٢ تاريخ نيسان ١٩٩٤ رقم الجلد ٦٥٢ إلى ان الاسم هو (ف ح خ) كما ذكر في صورة شهادة الجنسية العراقية محفظة ج/١٢٤٢٤٧/١٩٧٤ رقم ٩١٣٩٤٧ وتاريخ ٢١/٨/١٩٧٤ أن اسمه (ف ح خ) كما لوحظ في الورقة المصورة ضمن اضبارة العقار اسم (ف ح خ) وتم شطب (الياء) من كلمة حسين وكذلك بالنسبة لصورة كتاب مديرية بلدية كربلاء عدد ٨٨٥ في ١٦/٣/١٩٩٤ المتعلق بمحضر اجتماع لجنة توزيع الأراضي السكنية في المحافظة حيث تم أيضاً شطب حرف (الياء) من كلمة حسين وكذا ورد في صورة السجل العقاري والمقتضى تكليف المدعي بتقديم أصل شهادة الجنسية العائدة إليه وهوية الأحوال المدنية وطلب صورة قيده من دائرة

١- المادة (١/١٣٩)من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ.

الأحـوال المدنية المختصـة وهويته الحالية التي يعتمد عليها ان كان موظفاً أو متقاعداً ومقارنة ذلك بالمسـتندات المحفوظـة في اضبارة العقار المبرزة في اضبـارة الدعوى ...))[١] .

يلاحـظ مـن القـرار التمييـزي اعلاه مدى دقـة الإجراءات التـي يتخذها القضـاء قبل إصدار القرار الفاصل في الدعوى بغية الوصول إلى الحكم العادل وإيصال الحق إلى أصحابه للمحافظة على استقرار القيود العقارية.

كمـا ان هنـاك اسـباب متعددة لطلـب إبطال قيد التسـجيل العقاري ، ومنها على سـبيل المثال التسـجيل اسـتنادا الى قسام شرعي او قسام نظامي معيب , او كان التسجيل بناءً على معلومات غير صحيحة او وقع التسـجيل نتيجة التزوير ، او بسـبب مرض الموت او صدور الوكالة بعد الوفاة او تجاوز حدود الوكالة .

وبالتالي يتضح لنا من خلال ما تقدم ان إبطال قيد التسـجيل العقاري المكتسـب شـكله النهائي لا يتم إلا بناءاً على حكم قضائي مكتسب درجة البتات ،وبهذا الشأن قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارٍ لها والذي جاء فيه ((... حيث أن سـندات التسـجيل العقاري و صورها المصدقة حجة على الناس كافة ما لم يطعن بها بالتزوير و لا يجوز قانونا ابطال التسـجيل العقاري الا بحكم قضائي مكتسـب الدرجـة القطعيـة و حيث ثبـت أن مديرية التسـجيل العقاري في الكاظميـة الاولى اجرت معاملـة تصحيح السـجل العقاري دون صدور حكم قضائـي وان المديرية يمكنها تصحيح الاخطاء الواردة في التسجيل وان فعل المديرية المذكورة يتسبب بانقاص اسهم المدعين و تسجيل السهم باسم المدعى عليها الثانية المميزة فيعتبر ذلك مساسا بالملكية و لا يعتبر من قبيل التصحيح وان المميزة لها حق كفله القانون بالمطالبة بتسجيل اسهمها حسب القسام الشرعي بالمطالبة القضائية و استحصال حكم قضائي بتصحيح قيد العقار و اضافة الاسهم التي ستحقها حسب القسام الشرعي وذلك الحق لا يجيز لمديرية التسـجيل العقاري في الكاظمية الأولى بالتصحيح حيث ان الحكم المميز قد قضى بما رسمه القانون فيكون قد جاء تطبيقا سليما لأحكام القانون عليه قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي و تحميل المميز رسـم التمييز وصدر القرار بالاتفاق اسـتناداً لأحكام المادة ٢/٢١٠ مرافعات مدنية في١٧\١٢\٢٠١٨م))[٢] .

وجـاء في قـرار اخـر لمحكمة التمييز الاتحادية اكـد فيه بعدم جواز ابطال القيود بعد اكتسـابها الشكل النهائي ألا بحكم قضائي بات والذي جاء فيه ((...لان الثابت من أوراق الدعوي ومستنداتها بـأن القطعـة موضوع الدعوى سـجلت باسـم مورثـة المدعي في دائرة التسـجيل العقاري اسـتنادا

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٥٥٤/الهيأة الاستئنافية العقار/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٧/١١ ، غير منشور

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٧٦٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٧ غير منشور .

الى كتاب مديرية بلدية تازة الاملاك بالعدد ٣٨٥ في ١٩٩٦/٥/٥ وقد تم سحب القطعة والغاء تخصيصها استناداً إلى كتاب ذات الدائرة وبناء على ما جاء بكتاب مديرية ناحية تازة المرقم ٦٢٥/٢ في ٢٠٠٢/٨/٢٥ واعيد تسجيلها باسم البلدية بالقيد ٥٧/ك١ /٢٠٠٣ وحيث انه على فرض صحة ما تمسك به المدعى عليه المميز إضافة لوظيفته بعدم قيام مورثة المدعي بالبناء على القطعة خلال ستة اشهر من التسجيل فانه لا يمكن ابطال القيد العقاري اذ لا يجوز ابطاله الا بحكم قضائي بات استنادا لصراحة المادة (١٣٩) من قانون التسجيل العقاري وان اعادة تسجيل القطعة باسم البلدية جرى خلاف النص المذكور مما تكون دعوى المدعي واردة قانونا ويقتضي أجابتها وهذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه ورد الطعنين التمييزيين وتحميل المميزين رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق استنادا للمادة ٢/٢١٠ مرافعات مدنية في ٢٠٢٢/١/١٢ م .))[١].

وهنا لابد لنا من ان نوضح بعض أسباب الإبطال لقيد التسجيل العقاري على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وكما يلي :-

١ – أسباب تعود الى المستندات والوثائق المستخدمة لتسجيل العقار، وهي التي تكون سببا لتسجيل العقار والتي يقع بموجبها تسجيل التصرف القانوني، ومثالها التزوير في السندات فإذا تم التسجيل وبعدها تم اثبات التزوير عندها يحق لكل من له حق ان يطلب ابطال قيد العقار الذي تم انتقال الملكية بناءً على هذا السند المزور، وهذا ما اكدته محكمة التمييز الاتحادية بقراراً لها والذي جاء فيه ((... اذ ثبت من خلال التحقيقات التفصيلية التي اجرتها محكمة البداءة بان القطعة الفرقية (٤٥/ ١٢١٩ م ١ الخر) قد سجلت باسم المدعى بالقيد العقاري المرقم ٢٠١ في ١٩٨٨\٣\٢٨ مجلد ٢١٨ وبعد ذلك سجلت معاملة بين باسم الشخص الثالث إلى جانب المدعى عليهما ح ح خ بالقيد (١٩٨) في ٢٠١٦\٤\٢١٢ مجلد (١٤٤) وبعد ذلك سجلت معاملة بيع باسم المدعى عليهما ث ك ك و ه ك ك بالقيد العقاري ٣٩٥ في ٢٠٠٨/٧/٢٦ مجلد ٣٩٥ ولان المدعي قد طعن بالتزوير وانه لم يقم ببيع القطعة موضوعه الدعوى الى الشخص الثالث وقد ثبت صحة ذلك بالحكم الصادر بالدعوى الجزائية المرقمة ١٢٢٧\ج \٢٠١٧ في ٢٠١٨\٤\١٦ الصادر من محكمة جنايات الكرخ والذي قضى بتحريم المتهم ف ح ج وفق أحكام المادة ٢٩٠ عقوبات وحبسه لمدة أربع سنوات وذلك لقيامه بانتحال صفه المدعي المالك للقطعة : ٤٥/ ١٢١٩ م ١ الخر وبيعها إلى الشخص الثالث إلى جانب المدعى عليهما وقد اكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية بتصديقه تمييزا ولان المادة ١٠٧ من قانون الانبات قد نصت (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي الا في الوقائع التي فصل فيها

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢/٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/١٢ غير منشور .

هـذا الحكـم وكان فعلـه فيها ضروريا) ولان البـت بتزوير معامله مع القطعة قـد تم بموجب حكم جزائـي وهـذه الواقعـة يرتبط بها القاضي المدنـي ويتقيد بما جاء بالحكـم الجزائي ويكون الحكم الجزائـي بثبـوت واقعة التزويـر حجه على القاضي المدنـي وملزما به وبهذا يعتبر تسـجيل القطعة الذي اسـتند على التزوير المتمثل بحضور شـخص انتحل صفة المالك وقام بنقل ملكية القطعة للغير يعتـبر هذا التسـجيل والقيد الذي سـجلت بموجبه معاملة البيع المزورة باطـلا وكذلك القيد اللاحق لان مـا بنـي على خلل يعتبر باطلا ممـا يقتضي أبطال هذه القيود العقارية واعادة تسـجيل القطعة موضوعة الدعوى بأسـم المدعي وهذا ما قضى به الحكم البدائي والذي تم تأييده اسـتئنافا بموجب الحكم المميز الذي جاه متفقا واحكام القانون وتأسيسـا على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم التميـز ورد عريضـة الطعن التمييزي مع تحميل المميزين رسـم التميز وصدر القرار بالاتفاق في ١٨\٩\٢٠١٩))[١] .

٢- ورود أخطـاء في السـندات ، ومـن أمثلتهـا القسـامات الشرعية أو النظاميـة بعد تصحيحها عند حجب احد الورثة عن طريق اصدار قسـام شـابه الخطأ ، وهنا لابد من تصحيح الخطأ من قبل المحكمة المختصة ، واذا صدر قيد وتم الحجب يتم ابطال القيد واعادة التسجيل بعد ادخال الوريث من ضمن الشركاء في قيد التسـجيل العقاري .

٣-حالـة الخطـأ في تسـجيل العقار بناء على كتـاب التخصيص او تمليك العقـار ويحدث ذلك في حالـة وجود خطا في كتاب التخصيـص او التمليك من البلديات او امانه العاصمة في حالة تخصيص بالخطـأ او عـدم توفـر الشروط الخاصة للتخصيص ، وهنا بعد اثبات ذلـك يتم ابطال القيد واعادة تسجيله باسـم الجهة التي خصصته بالخطأ .

٤- حالة التسـجيل بموجب المصادرة لاسـباب غير قانونية وهنا تكـون الحالة المصادرة للعقار لم تكن بموجب سند قانوني او مخالف للقانون وهنا يتم ابطال القيد ويتم اعادة تسجيله باسم من تم مصادرة عقاره.

وخلاصـة القول ان قيد السـجل العقـاري ومايحمل من أهميه كبـيرة ، وللمحافظة عليه طرق عديـدة لكـي يتـم التدخل في صحتـه وابطاله ، وتوضع مـن قبل وزير العدل في حالة عدم اكتسـاب المعاملة الشـكل النهائي وفقاً للاجراءات ولسـبب مخالفته لاحكام القانون او تم التسـجيل بناءً على بيانـات غـير قانونية وتعذر اصلاحها بالطرق الاصولية التي نص عليها القانون وفي حالة اكتسـاب الشـكل النهائي فقد منحها الى القضاء والمتمثله باصدار حكم قضائي مكتسب الدرجة القطعة ومما

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٢٣٥/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٩ في ١٨/ ٩/ ٢٠١٩ غير منشور .

يجدر الاشارة الية هناك قوانين صدرت ورغم ان القيود مكتسبة الشكل النهائي فانها صادرت تلك الاموال المنقولة وغير المنقولة وتسجيلها باسم جهة اخرى ومنها قانون حجز ومصادرة الاموال المنقولة وغير المنقولة العائدة الى اركان النظام السابق رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.

وإن جهة الإبطال القضائي هي محكمة البداءة التي يقع العقار ضمن اختصاصها ويوجد اتجاه في بعض المحاكم الجزائية انه يحق لها ان تبطل قيد التسجيل العقاري في حالة ثبوت التزوير ومنها محكمة جنايات بابل بقراراً لها بالعدد ٥٣٥/ج/٢٠٢١ في ١٣/٤/٢٠٢١ الفقرة ٢منه على (٢- الزام دائرة التسجيل العقاري في كربلاء بابطال قيد العقار المرقم ٢٢٢٣ عباسية المؤرخ في ٥ نيسان /٢٠١٣ رقم الجلد /١١٥٠ واشعار مديرية بلدية كربلاء المقدسة بمراجعة الدوائر المختصة لتسجيله بأسمها وفق القانون٠) والمصدق من قبل محكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه((... لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة جنايات بابل/ ه١ بتاريخ ١٣/٤/٢٠٢١ في الدعوى المرقمة ٥٣٥/ج/٢٠٢١ كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقاً صحيحاًبعد ان اعتمدت الادلة الكافية التي اظهرتها وقائع الدعوى تحقيقاً ومحاكمة وللاسباب التي استندت اليها المحكمة فان قرراتها الصادرة في الدعوى صحيحة قرر تصديقها لموافقتها للقانون استناداً لأحكام المادة ٢٥٩/ ١ من قانون اصول المحاكمات الجزائية...))[١].

ونرى من القرار اعلاه قد جاء باتجاه جديد وهو ان يتم ابطال القيد من محكمة الجزاء وهذا الاتجاه يوفر الكثير من الجهد والوقت والاجراءات وخاصة بعد ان يتم الحكم بالتزوير ومن ثم انتظار مدة لكي يكتسب الحكم الدرجة القطعية ومن ثم اقامة دعوى بابطال قيد التسجيل استنادا الى الحكم الجزائي ونرى مثل هكذا اتجاه هو من الاتجاهات التي تؤدي الى اختصار الوقت والجهد و الخطوات وصولاً الى ذات النتيجة ونرى ان هكذا اتجاه واجب العمل به وبشكل تام لدى المحاكم الجزائية وخاصة في العقارات الخاصة التي تعود ملكيتها الى الدولة وكذلك الى الافراد التي لم تنتقل ملكية العقار لاكثر من من شخص توفيراً للوقت الجهد وسرعة بوصول الحق الى اصحابه.

ونخلص مما تقدم ان سجلات التسجيل العقاري هي من السندات الرسمية وهي حجة على الناس كافة بما تمتلكه من حصانة لحمايتها وان تصدر من دائرة مختصة ومن موظف مختص وفق اجراءات لحماية الحقوق الواردة على القيد العقاري كما رسم بالطرق الخاصة لتثبيت الحقوق الواردة عليها وكيفية تصحيح الاخطاء الواردة فيها وايضا بين كيفية ابطالها واسباب ابطالها

١- قرار محكمة التميز الاتحادية بالعدد ١٣٩١٩/الهيئة الجزائية/٢٠٢١ في ١٨/٩/٢٠٢١ غير منشور٠

بالجهة المختصة بالأبطال وقد فرق القانون في حالة قبل اكتساب التسجيل الشكل النهائي ومنح الصلاحية بذلك الى وزير العدل في حالة اكتساب الشكل النهائي منح ذلك الابطال الى المحكمة المختصة بعد اصدار حكماً مكتسباً درجة البتات وهذا يعني ان السجلات الخاصة بقيد التسجيل العقاري تمتلك القوة الكافية من حيث الثبات والحجية التي منحت لها بموجب القانون من ما حدى به لحصر الابطال لتلك الجهتين ونرى ان المشرع حسننا فعل لتلك الشروط والكيفية والجهة المختصة به.

المصادر والمراجع

الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ

القوانين والتشريعات:

١. القانون المدنـــــي العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
٢. قانون التسجيل العقـــــــاري رقم (٤٣)لسنة١٩٧١ النافذ.
٣. قانون الاثبـــــــات رقم(١٠٧)لسنـــــــــــة ١٩٧٩ النافذ.
٤. قانون التسجيل العقاري اليمني رقم(٣٩) لسنة ١٩٩١.
٥. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١١٧) لسنة ٢٠٠٠

المصادر اللغوية:

١. ابراهيم مذكور المعجم الوسيط،بدون سنة طبع.
٢. ابراهيم مصطفى، احمد الزيات، حامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط ،مجموعة اللغة العربية، منتدى الكتاب الالكتروني الإسلامي،ط٤،القاهرة،٢٠٠٤.
٣. ابن سيدة (ت ٤٥٨ هـ)المحكم والمحيط الأعظم ،بدون مطبعة وسنة طبع.
٤. ابو نصر اسماعيل بن حماد (ت ٣٩٣ ه) الصحاح ،بدون مطبعة .
٥. حمـد بـن ابي بكـر الرازي ،مختار الصحـاح ،الطبعة الاولى ، دار الكتـاب العربي ، بيروت ،١٩٦٧ .
٦. الخليـل ابـن احمد الفراهيدي (ت ١٧٠ هـ) , منشـورات محمد عـلي , دار الكتب العلمية , بـيروت , لبنان , ج ٧ , بلا مطبعة وسـنة طبع .
٧. الدكتور عبد الحكم فوده ، الموسـوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض ، الجزء الأول ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية .
٨. الدكتور عصام نور الدين , معجم نور الدين الوسيط , الطبعة الثانية , دار الكتب العلمية , لبنان – بيروت , ٢٠٠٩.
٩. سـعيد الخوري، اقرب الموارد في فصح العربية والشـوارد ، منشورات اية الله المرعشي ،قم ، ايران ، ج ١ ، ٢٠٠٣ .
١٠. مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ط٤،دار المعرفة، لبنان ،٢٠٠٩.
١١. محمد رضا مظفر , المنطق , ج ١, ط ١١ , التصورات , رقم , ٢٠٠٧ .

الكتب القانونية:

١. ادم وهيب النداوي , شرح قانون الاثبات , الطبعة الثانية , مطبعة الدار العربية للطباعة والنشر, بغداد , ١٩٨٦ م .

٢. الأستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ المساعد محمد طه البشير ، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ، ٢٠٠٩ .

٣. حامد مصطفى ، الملكية العقارية في العراق ، مطبعة البيان العربي ، بغداد ، ١٩٦٤.

٤. د. عبد المجيد الحكيم ' القانون المدني واحكام الالتزام ' الجزء الثاني ' الطبعة الثانية ' ٢٠٠٨' العاتك لصناعة الكتب ' القاهرة.

٥. د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول ، ط٣ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠.

٦. د. عبدالمجيد الحكيم واخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، الطبعة الثانية ، العاتك لصناعة الكتاب ، مصر – القاهرة ، ٢٠٠٨.

٧. د.عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان ، بيروت – لبنان ، ١٩٥٣.

٨. الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك ، موجز احكام السجل العقاري ،مطبعة دار الحكمة ،بغداد ،١٩٩٠.

٩. الدكتور ابو النجا ،حجة القيد في السجل العيني ،معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ،١٩٧٣ .

١٠. الدكتور جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ، ١٩٥٦ .

١١. الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك ، موجز احكام قانون التسجيل العقاري ، مطبعة دار الحكمة بغداد , ١٩٩٣.

١٢. الدكتور عباس الصراف ،شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي ،ط (١)، دار البحوث العلمية لكويت ،١٩٧٥ .

١٣. الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، العقد ، طبعة ١٩٨١ .

١٤. الدكتور علي فوزي الموسوي محاضرات في القانون المدني العراقي القيت على طلبة المعهد القضائي دورة ٤٢ المرحلة الاولى .

١٥. الدكتور محمود المظفر ، نظرية العقد، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية، دار

المثنـى للطباعة والنشر ، بغـداد، ٢٠١٠ ، ص ٣٥٦، نقلا عن كتاب المحامي فوزي المياحي، نظرية العقد، القسـم الثاني ،بغداد ، ٢٠١٨.

١٦. الدكتـور مصطفـى ابراهيـم الزلمي ،عنـاصر الالتـزام في الشريعة الاسـلامية والتشريعات المدنيـة العربيـة دون ذكر دار النـشر اربيل ٢٠

١٧. عبـد الرحمـن العـلام ، شرح قانون المرافعـات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ ، الجزء الأول ،الطبعـة الثانية ، ٢٠٠٨، العاتك لصناعـة الكتاب، القاهرة .

١٨. عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري ، الجزء (١).

١٩. عبدالله غزاي سـلمان العزاوي ، إجراءات التسـجيل العقاري ، دراسـة تطبيقية في أحكام قانـون التسـجيل العقـاري رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧١ ، الطبعـة الأولى ، وزارة العـدل ، مكتبة العدالـة ، بغداد ، ٢٠٠٥.

٢٠. القـاضي حيـدر عـودة كاظم ، الاجراءات العمليـة في الدعوى المدنية ،الجـزء الثاني ، مكتبة القانـون المقارن ،بغداد ، ٢٠٢١ .

٢١. القاضي عباس قاسم مهدي ،ابطال تسجيل العقار ، مكتبة السنهوري ،بغداد،٢٠١٤.

٢٢. القـاضي محمـد عبد جـازع ،من القـرارات المدنيـة الحديثة الصـادرة من محكمـة التمييز الاتحاديـة ،بغـداد ، ٢٠٢٠.

٢٣. القاضي ناصر ياسـين حمود الجبوري ، ابطال التسـجيل العقاري قضائياً ، الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠١٢.

٢٤. قـرار الابطال الصادر عن وزيـر العدل بالعد ٧\١\١٣\٤ في ٤\٥\٢٠١٥ ، بحث الطالب عمار رجب معيشر , المقدم الى مجلس المعهد القضائي ،لعام ٢٠١٨ م .

٢٥. المحامـي حيدر نجـم الحلفي ،حقيبة المحامي لدعاوى محاكم البداءة الاكثر شـيوعاً ،مكتبة الصباح ،بغداد –الكرادة، ٢٠٢٠ .

٢٦. المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية للسنوات ٢٠٠٦ ـ ٢٠٠٧ ـ ٢٠٠٨، الطبعة الثانية ، بغداد ، ٢٠

٢٧. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ١٩٨١ .

٢٨. مصطفـى مجيـد ، شرح قانـون التسـجيل العقاري رقـم ٤٣ لسـنة ١٩٧١ ، الجزء الاول ، العاتـك لصناعـة الكتاب ، القاهرة ، الطبعـة الثانية ، ٢٠٠٨.

٢٩. مصطفـى مجيـد ، شرح قانون التسـجيل العقـاري رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧١ ، الجزء الثاني ، العاتـك لصناعة الكتاب ، القاهـرة ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨.

المنشورات:

١. منشـور المختـار في قضـاء محكمة التمييـز الاتحادية/القسـم المدني ، إعـداد : دريد داود سـلمان ، الجزء الثاني، بغـداد ، الكرادة .

٢. النـشرة القانونيـة العـدد واحد وعشرون ، ٢٠١٠ ، بغداد مكتبة صبـاح ،الكرادة ، اعداد ، دريد سلمان الجنابي.

٣. منشـور المختـار من قضـاء محكمة التمييـز الاتحادية، القاضي لفتة هامـل العجيلي، الجزء الرابـع، مطبعة الكتاب، ٢٠١٣.

٤. منشـور المحامي علاء صبري التميمي ، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦ ـ ٢٠٠٧ ـ ٢٠٠٨ ، الطبعة الثانية ، بغداد، ٢٠٠٩ .

البحوث والرسائل:

١. بحث الطالب عمار رجب معيشر , المقدم الى مجلس المعهد القضائي ، لعام ٢٠١٨ م .

القرارات التمييزية:

١. . قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعـدد ١٥٥٤/الهيأة الاسـتئنافية العقـار/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٧/١١ ، غير منشـور .

٢. . محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٧٢٠ /الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٨ في ٦\٢\٢٠١٨ غير منشور .

٣. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة المرقـم ٥٧٦٣/الهيئـة الاسـتئنافية عقـار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٧ غـير منشـور .

٤. قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٢٣٥/ الهيئة الاسـتئنافية عقار/ ٢٠١٩ في ١٨/ ٩/ ٢٠١٩ غير منشور . .

٥. قـرار محكمة التمييز الاتحادية بالعـدد ٩٤٤ \الهيئة المدنية \٢٠٢١ في ٩\٢\٢٠٢١ غير منشور.

٦. قـرار محكمـة التمييز الاتحاديـة بالعدد ٢٩٤٢/ الهيئة المدنيـة / ٢٠٢١ في ٩/٥/ ٢٠٢١ غير منشور .

٧. قـرار محكمة التمييـز الاتحادية بالعـدد ٣٧٣٢\الهيئة المدنيـة \٢٠٢١ في ١٤\٦\٢٠٢١ غير منشور.

٨. قـرار محكمة التميز الاتحادية بالعدد ١٣٩١٩/الهيئـة الجزائية/٢٠٢١ في ١٨/٩/٢٠٢١ غير منشور .

٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٠١٩ / الهيئة الاستئنافية العقار / ٢٠٢١ في ١٢/ ١٢ / ٢٠٢١ ، غير منشور .

١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٦٦٨/الهيأة الاستئ.

١١. قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد١٤٠/الهيئة المدنية / ٢٠٢٢ في ٩\١\٢٠٢٢ ، غير منشور .

١٢. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٢/٣/الهيئـة الاسـتئنافية عقـار/٢٠٢٢ في ١٢/١/٢٠٢٢ غـير منشـور

مبادىء القضاء الدستوري

المبادئ المستخلصة من بعض قرارات المحكمة الاتحادية العليا

تعليق على قرار المحكمة الاتحادية العليا على القرار المرقم ٥٩/اتحادية،٢٠١٢ وموحدتها ١١٠/اتحادية/٢٠١٩ الصادر بتاريخ ١٥/٢/٢٠٢٢

عرض القاضي الدكتور حيدر علي نوري

١-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا ان النظام الاتحادي في جمهورية العراق، استناداً لأحكام المادة (١١٦) من دستور عام ٢٠٠٥، يتكون من عاصمة وأقاليم ومحافظات لامركزية وإدارات محلية بما لايخل بوحدة العراق تطبيقاً لأحكام المادة (١١٦ منه)، ويقر الدستور عند نفاذه إقليم كردستان وسلطاته القائمة إقليمياً إتحادياً بموجب أحكام المادة (١١٧/أولاً) منه، ولسلطات الاقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقاً لأحكام الدستور وإن ذلك لايشمل الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية التي لايجوز تجاوزها استناداً لأحكام المادة (١٢١/ اولا) من الدستور).

٢-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا ان الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، حددت بموجب أحكام المادة (١١٠/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ومنها اختصاصها الدستوري الحصري بوضع السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية، ولذا لايجوز للمحافظات غير المنتظمة في إقليم والاقاليم في جميع أنحاء العراق ممارسة تلك الاختصاصات الحصرية بدلاً من السلطات الاتحادية، وبخلافه تكون تلك الممارسة مخالفة للدستور).

٣-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا أن تنظيم السياسة التجارية عبر حدود الأقاليم والمحافظات في العراق وضع الميزانية العامة للدولة ورسم السياسة النقدية والمالية والكمركية من الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية استناداً لأحكام المادة (١١٠/ ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، ولايجوز للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم تنظيم السياسة التجارية عبر حدودها والقول بخلاف ذلك لأي سبب كان يُعد مخالفاً لأحكام الدستور).

٤-المبدأ:

(نصت المادة (١١١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، على ان (النفط والغاز هو ملك كل الشعب العراقي في كل الاقاليم والمحافظات)، وتجد المحكمة الاتحادية العليا، ان تعبير الشعب العراقي يشمل جميع العراقيين في العراق، دون استثناء من شماله الى جنوبه ومن شرقه الى غربه

بغـض النظر عن القومية أو الدين).

٥-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا: إن النفط والغاز في جميع أنحاء العراق هو ملك للشعب العراقي، ولايجـوز لأية سـلطة اتحادية او السـلطات المحليـة للأقاليم والمحافظات تجاوز ذلـك، والأمر الذي يقتضي توزيع عادل ومتسـاوي لعائدات النفط والغاز على جميع أبناء الشـعب العراقي بغض النظر عـن مناطق الانتاج، كي لايحرم أبناء المحافظات غير المنتجة منها).

٦-المبدأ:

(تجـد المحكمـة الاتحاديـة العليـا: ان ملكية كل الشـعب العراقي في الاقاليـم والمحافظات للنفط والغـاز تطبيقـاً لأحكام المـادة (١١١) من دسـتور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، يسـتلزم معرفته واطلاعه على مقدار عائداتها، بعده هو المالك لها، بغية الوقوف على كيفية توزيعها، فمن غير الممكن أن لايعلم المالك بعائـدات ملكه وكيفية توزيعها).

٧-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا: إن إدارة النفط والغاز يعود الى الحكومة الاتحادية بالتعاون مع حكومات الاقاليم والمحافظات المنتجة بما يؤمن توزيع وارداتها بشكل يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع أنحاء العراق، لتحقيق التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة استناداً لأحكام المادة (١١٢/اولاً) من الدستور).

٨-المبدأ

(تجـد المحكمـة الاتحاديـة العليـا: ان الحكومـة الاتحاديـة وبالتعـاون مـع حكومـات الأقاليم والمحافظات المنتجة، تقوما معاً برسـم السياسـات الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز وبمـا يحقـق أعلى منفعة للشـعب العراقـي، وتعتمد الحكومـة الاتحادية في ذلك عـلى احدث تقنيات مبادىء السوق وتشجيع الاستثمار استناداً لأحكام المادة (١١٢/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥).

٩-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا: إن رسـم السياسـات الاسـتراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز من قبل الحكومة الاتحادية يعتمد على الوضع الاقتصادي والتجاري الدولي والاقليمي للعراق، بما ينسـجم مع التزامات العراق الدولية مع الدول الاخرى والمنظمات الدولية ومنها منظمة الأوبك النفطية).

١٠-المبدأ:

(تجـد المحكمة الاتحادية العليا: ان صلاحيات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم تحددت وفقاً لما جاء في المادة (١١٥) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، التي نصت على انه (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسـلطات الاتحادية، يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم).

١١-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا: إن إدارة الحكومة الاتحادية للنفط والغاز، المتمثلة بوزارة النفط الاتحادية، يخضع لأحكام القوانين النافذة، التي لازال معمولاً بها اسـتناداً لأحكام المادة (١٣٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، والقوانين التي شرعت لاحقاً من قبل مجلس النواب العراقي).

١٢-المبدأ:

(تجـد المحكمـة الاتحادية العليا: ان السـلطات الاتحادية تختص بوضع الميزانيـة العامة للدولة استناداً لأحكام المادة (١١٠/ثالثاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، وإن عدم قيام حكومة اقليم كردسـتان بمراعاة الصلاحيات الحصرية للسلطات الاتحادية بخصوص النفط والغاز أدى الى حصـول تعقيدات بـين الحكومة الاتحادية وحكومة الاقليم وهذا بـدوره أدى الى عدم إيصال حصة شـعب اقليم كردسـتان من الموازنة العامة، مما أدى الى عدم تسـليم رواتب موظفي اقليم كردستان بصورة كاملة ولعدة سنوات).

١٣-المبدأ

(تجـد المحكمـة الاتحاديـة العليا: ان قوانـين الميزانية العامـة في جمهورية العـراق، توجب على حكومة اقليم كردستان تنفيذ ما تتضمنه من التزامات تعلقت بموضوع النفط وتصديره، وان عدم التزام حكومة اقليم كردسـتان بذلك أثر سـلباً اثر على المسـتوى المعاشي لمواطني الاقليم).

١٤-المبدأ:

(تجـد المحكمـة الاتحادية العليـا: ان التزام حكومة اقليم كردسـتان بأحكام دسـتور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ واحترام الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية ومنها المتعلقة باستشكاف النفـط والغـاز واسـتخراجهما وتصديرهما، من شـأنه ان يُمكّن مواطني الاقليـم من الحصول على مسـتحقاتهم مـن مجمل مبلغ الموازنة وفقاً للنسـب المحدودة بموجب القانـون دون تعليق ذلك على حـل الخلافات الحاصلة بين الحكومـة الاتحادية والاقليم، إذ يجب أن لايتأثر أبناء محافظات الاقليم بتلك الخلافات).

١٥-المبدأ

(تجد المحكمة الاتحادية العليا: إن قيام حكومة إقليم كردستان بإستخراج النفط وتصديره والتعاقد مع الأطراف الخارجية دولاً وشركات وتشريع قانون النفط والغاز لحكومة إقليم كردستان يخالف أحكام المواد (١١٠ و١١١ و١١٢ و١١٥ و١٢١ / أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥).

١٦-المبدأ:

(لمخالفة حكومة اقليم كردستان أحكام المواد (١١٠ و١١١ و١١٢ و١١٥ و١٢١ و١٣٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية قانون النفط والغاز لحكومة اقليم كردستان رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٧ والغائه).

١٧-المبدأ:

(لمخالفة حكومة إقليم كردستان أحكام المواد (١١٠ و١١١ و١١٢ وو١١٥ و١٢١ و١٣٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، قررت المحكمة الاتحادية العليا بإلزام حكومة الاقليم بتسليم كامل إنتاج النفط من الحقول النفطية لاقليم كردستان والمناطق الاخرى التي قامت وزارة الثروات الطبيعية في حكومة اقليم كردستان باستخراج النفط منها وتسليمها الى الحكومة الاتحادية والمتمثلة بوزارة النفط الاتحادية وتمكينها من استخدام صلاحياتها الدستورية بخصوص استكشاف النفط واستخراجه وتصديره.

١٨-المبدأ:

(لمخالفة حكومة إقليم كردستان أحكام المواد (١١٠ و١١١ و١١٢ و١١٥ و١٢١ و١٣٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم للمدعي إضافة لوظيفته (وزارة النفط الاتحادية) بالحق في متابعة بطلان التعاقدات النفطية التي أبرمتها حكومة اقليم كردستان والمتمثلة بالمدعى عليه وزير الثروات الطبيعية مع الاطراف الخارجية دول وشركات بخصوص استكشاف النفط واستخراجه وتصديره وبيعه).

نظرية الدستور الحي

• أ.د. امين عاطف صليبا استاذ وباحث في القانون الدستوري

نظريـة لـم تولد البارحة،حيث ان الباحثين في القانون الدسـتوري يتأكدون من ان عمرها لامس قـرن مـن الزمن،وكان مهدهـا في الولايات المتحـدة الأميركية،وتحديداً مع ظهور كتاب البروفسـور Howard Mc Bain عـام ١٩٢٧ بعنـوان:

The Living Constitution

A survey of the realities and legends of our Fundamental Law.

بما معناه: "الدستور الحي؛استبيان الحقائق من الاساطير في قانوننا الأساسي".

منذ ذلك التاريخ بدأت تسـلك هذه النظرية طريقها في وسـط الفقه الدسـتوري الأميركي بداية – حيث توسـعت الى اوروبا لاحقاً كما سـنرى – وككل نظرية في العلوم الانسـانية،حيث لا وجود لمعادلات حسـابية،تعرضت لانقسـام بين مؤيد ورافض لها،وقد رأى هذا العلامة منذ ذاك الزمن،ان نـص الدسـاتير لا يمكن إلاّ ان تكون ذات طبيعة ديناميكية،تقبـل التطور من جراء ضغط المتغيرات الاجتماعيـة والثقافية والسياسـية،حيث يجب على القاضي الدسـتوري ان يواكـب تلك المتغيرات من خلال تفسـيره لنص الدسـتور،في معرض الطعن المقدم امامه على هذا النص او ذاك.في هذا السـياق رأى القـاضي الأميركـي Oliver Wendell Holmes Jr بأن : "المنازعات الدسـتورية يجب ان تدرس في ضوء التجربة التي يعيشها المجتمع،وليس فقط في ضوء ما كتب في الدستور منذ قرن من الزمن".وعلى هذا الأساس يرى ان هذا التوصيف للدستور يتماشى مع ما تفرضه التغيرات والظروف التي يعيشها المجتمع.

لكـن كما ذكرنا،لقد انقسـم الفقه الدسـتوري الأميركي حـول نظرية الدسـتور الحي،وذلك الى فئتين ضمـن الفئة المؤيدة:

الاولى: تؤيد هذه النظرية بالمطلق لكن ضمن مفهومين مختلفين كالتالي:

(أ)-مفهوم النص:حين وضع الدسـتور الاميركي عام ١٧٨٧ كان من مقدمة وسـبعة مواد قبل ان يطاله ٢٧ تعديل،وجاءت نصوصه بعبارات فضفاضة وقابلة للتطويع،بهدف خلق نص ديناميكي حي.

(ب)-مفهـوم براغماتـي: يقوم على ان التفسـير وفق معاني ومقاصد الدسـتور من قبل الطبقة السياسـية،غير مقبـول لأنـه سـيكون وفـق مصالحها،حيث من الضروري تفسـيره بشـكل متطور

وخلاق،من قبـل جهة محايدة.

امـا الفئـة الرافضة لفكرة الدسـتور الحي،بنت موقفها على ان تعديل الدسـتور له آلياته ويجب التقيد بها،ولذا قد يأتي تفسير القضاة لِيُغير بمعنى الدستور ومقاصده،الذي تقوم عليه اسس الدولة المعنية.

كمـا اضـاف البعض الى هذا الرأي،موقفاً يؤكد على ان البرلمان هـو من يمثل الارادة العامة،وهو الأمـين عـلى هـذه الصلاحية،اكثر من القضـاة الدسـتوريين،والنواب يفهمـون آراء ناخيبهم،كما ان القضاة غير منتخبين.

هذا التباين من الموقف تجاه الدستور الحي،سرعان ما حُسِمَ من قبل المحكمة العليا في اميركا،حيث صرَّحَ قـاضي القضـاة Charles Evans Hughes [رئيس المحكمة العليا من ١٩٣٠ -١٩٤١] بأننا:"محكومين بنص الدستور، لكن هذا النص، هو ما يقوله القضاة كيف يجب ان يكون."

هذه النظرية سرعان ما انتقلت الى اوروبا،وكانت ايطاليا هي السباقة الى تبني هذه النظرية،وقد رأى بعض الفقه الدسـتوري،ان السـبب في ذلك هو وضع الدسـتور عام ١٩٤٧ على عجلة بعد حكم فاشي استمر ٢٠ سنة،وقد منح الدستور السلطات السياسية حق إنشاء مؤسسات دستورية ضرورية لتجذير دولة القانون،وفي طليعتها إنشـاء المحكمة الدستورية،لكنه لم يُحدِّد مهل واضحة،ولذلك لم تُبصِر النور تلك المحكمة إلاّ عام ١٩٥٣ ولم تُباشر صلاحياتها إلاّ عام ١٩٥٦ اي بعد انقضاء حوالى عقـد مـن الزمن،لذلـك اندفع القضاء الدسـتوري وبتأييد من الفقـه الايطالي،بأتجـاه تطبيق نظرية الدسـتور الحي!ليدخـل في تفاصيـل إجتهادية غير مسـبوقة في اوروبا،جاعلاً من الدسـتور الايطالي النص المُتجدِّد لِما فيه المصلحة العليا والشعب الايطالي.وقد اتفق الفقه الايطالي،على ضرورة ان يكون هناك دستور حي الى جانب الدستور المدون،وهذه ظاهرة اصبحت من المبادىء الأساسية التي تقوم عليها الديمقراطيات المعاصرة.

هنـا تـبرز المشـكلة الأساسـية،في التفـاوت الواضح بين مـا يتبدّى مـن النـص المدون،والقاعدة الدسـتورية كما يقتضي تطبيقها وفق تفسـير القاضي الدستوري،وهذا ما فسَّره البعض بأنه صراع بين مفهوم (Originalisme) اي الاصولية التي تقضي بأن يؤخذ بمضمون النص كما وضعه المشرع الدسـتوري،وبين مفهوم قواعد الدسـتور الحي.

هـذه مسـألة يتطلـب شرحها صفحات،وهـي لغاية اليوم لم تهـدأ حيث نجـد ان الفقه الفرنسي سـارع عـام ٢٠١٦ الى ترجمـة كتـاب العلامة الدسـتوري الاميركـي (Jack M.Balkin) الذي اصدره عام ٢٠١١ في اميركا،وكان عنوانه "الفقه الدسـتوري الأميركي،الى ما بعد نظرية الدسـتور الاصـلي ونظرية الدسـتور الحـي" حيث تضمن الكثير مـن الآراء والمواقف التـي تؤكد على ضرورة

التمسك بنظرية الدستور الحي،لكي يتمكن المشرع الاميركي – وغيره – من مواكبة التطور العلمي والتقني والاجتماعي والتواصل الاجتماعي،حيث لا يجوز ان تبقى النصوص الدستورية اسيرة مفاهيم عفى عنها الزمن.ترى ألم يتوقف الرافضين لفكرة الدستور الحي،امام مقولة نابليون بونابرت الشهيرة،من ان الأجيال السابقة لايمكنها ان تخضع ارادة الاجيال اللاحقة لمشيئتها.

هنا وفي ختام هذا الشرح،نؤكد على ان الدستور الحي،لا يمكن ان يتصدى لمفاهيم اساسية يقوم عليها النظام السياسي في هذه الدولة او تلك،بل يقتصر دوره في مسألة حماية حقوق الانسان وحرياته،وعلى هذا الأساس ومن متابعتنا لقرارات المحكمة الاتحادية العليا،نرى انها تسعى لتطبيق نظرية الدستور الحي،بالرغم من انه حديث النشأة عام ٢٠٠٥، لكن الابهام في بعض مواده،يُحتم على هذه المحكمة ان تتبنى نظرية الدستور الحي،وتعمل على سد الثغرات في هذا المجال،لكن مع ضرورة عدم الغوص في النصوص الدستورية التي ترعى المسائل السياسية ذات الحساسية المتعلقة بتركيبة الدولة العراقية،ولكونها قائمة على قاعدة اورثها الحاكم الاميركي،وادخلها في النص الدستوري، تقوم على مبدأ الديمقراطية التوافقية،التي للأسف لم يرتقِ مسألة تطبيقها كما اعتمدت في عدة دول اوروبية ذات تعددية أتنية ام دينية!

وعلى اساس هذا الشرح المقتضب،نرى ان نظرية الدستور الحي يجب التمسك بها، وقد اصبحت من المفاهيم الاساسية في كل الديمقراطيات،لكن مع التأكيد على انها نظرية مُتمِّمة للدستور المدون،بحيث لا يمكن تصور اي شطط من القاضي الدستوري،عند تفسيره للنص المدون،من اجل تحقيق اي غاية كما هي الحال مع السلطة السياسية التي تسعى لتطويع النص الغامض او المبهم،لِما فيه خدمة لمصالحها السياسية!

دولة القانون لا تقوم إلاّ على اساس واحد،هو ان يكون الحاكم قبل المحكوم خاضعاً لنص الدستور،الذي هو مصدر السلطات،ومن يُحدِّد صلاحياتها وحدود تلك الصلاحيات.وهو النص الذي يتربع على رأس كل النصوص الوضعية،وفق نظرية "هانز كلسن" القائمة على مبدأ تسلسل قواعد القانون!والقاضي الدستوري هو من يسهر على التقيد بهذه الهرمية،ولا يجوز عرقلة هذا الدور الأساسي حماية للنظام وللحريات في آن واحد.

المبادىء التمييزية

-١-

تشكلت الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ١/ذي القعدة/١٤٤٣هـ الموافق ٢٠٢٢/٥/٣١م برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية القاضي الدكتور فائق زيدان وعضوية نواب الرئيس السادة زيدون سعدون ونجم احمد وكاظم عباس وحسن فؤاد والقضاة السادة صالح شمخي وحامد ساهي ومقداد بدر وحامد عبيد وصباح رومي ومثنى احمد وحجاب ابراهيم ومحمد عبد علي وعبد الوهاب عبد الرزاق ومنذر ابراهيم وعصام عبد الحميد ويحيى خضير وصباح عريبي وحيدر جواد وشهاب احمد ومحمود عباس وماجد حسين وفيصل ابراهيم واحمد علي خلف المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:

طالبة تحديد الاختصاص/ محكمة بداءة المعقل

ادعى وكيل المدعي السيد وزير المالية / اضافة لوظيفته لدى محكمة بداءة المعقل ان لموكله بذمة المدعى عليه شركة (خ. ج. ق) مبالغ مالية عن اجور الاشراف والكشف عن نفاض تحميل الطائرات في مطار البصرة الدولي تطبيقا الى احكام القرارات رقم ٤ لسنة ٢٠١٠ و ٨ لسنة ٢٠١٧ وحسب الجداول المرسلة الى مديرية كمرك المنطقة الجنوبية من قبل مطار البصرة الدولي النقل الجوي والمتضمنة النشاط الاجمالي لحركة الطائرات للسنوات (٢٠١٧ و ٢٠١٨ و ٢٠١٩) و اصبح المبلغ الاجمالي للسنوات الثلاثة خمسمائة وواحد وخمسون مليون ومائة وخمسون الف دينار عراقي لذا طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة و الحكم بتأدية المبلغ المذكور.

قررت محكمة بداءة المعقل بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٧ وبعدد ٩٦٥/ب/ ٢٠٢١ احالة الدعوى الى المحكمة الكمركية في المنطقة الجنوبية استنادا لأحكام المادة ٧٨ من قانون المرافعات المدنية والاحتفاظ للمدعي بما دفعه من رسم. قررت المحكمة الكمركية للمنطقة الجنوبية بتاريخ ٢٠٢١/١٢/٢٠ وبعدد ١٠٤/ج/كمركية/٢٠٢١ رفض قرار الاحالة واعادة الدعوى الى محكمة المعقل استنادا للمادتين ١ و ٧٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩. قررت محكمة بداءة المعقل بتاريخ ١١/١/ ٢٠٢٢ رفض الاحالة وارسال اضبارة الدعوى الى محكمة التمييز الهيئة الموسعة لتحديد المحكمة المختصة. احليت الدعوى الى الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية ووضعت موضع التدقيق والمداولة.

القرار// لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية وجد بأن المدعي وزير المالية -

اضافة لوظيفته قد اقام امام محكمة بداءة المعقل دعواه ضد المدعى عليه شركة (خ. ج.

ق) وقـد اوضـح فيهـا بأنه قـد ترتب بذمة المدعـى عليه مبالـغ مالية عن اجور الاشراف والكشـف عـن نفـاض وتحميل الطائـرات في مطار البـصرة الدولي تطبيقـا الى احكام القرارات رقم ٤ لسـنة ٢٠١٠ و ٨ لسـنة٢٠١٧ وحسـب الجداول المرسلة الى مديرية كمرك المنطقة الجنوبية من قبل مطار البصرة الدولي والمتضمن النشاط الاجمالي لحركة الطائرات وعدد الرحلات للسنوات ٢٠١٧و٢٠١٨ و٢٠١٩ وقـد تـم ابلاغ المدعى عليه من قبـل مكتب كمارك مطار البصرة والذي اصبح المبلغ المترتب بذمته للسنوات اعلاه (خمسمائة وواحد وخمسون مليون ومائة وخمســون الف دينار (٠٠٠و١٥٠ و٥٥١) ولعـدم تسـديد هذا المبلغ طلـب الزامه بتأديته المبلغ اعلاه قـررت محكمة البداءة في محضر جلسـة ٢٠٢١/١٢/٧ باحالـة الدعـوى الى المحكمـة الكمركيـة في المنطقة الجنوبية وهـذه المحكمة قـررت رفض الاحالـة وتم اعادة اضبارة الدعوى الى محكمة البداءة والتي قررت في محضر جلسـة ٢٠٢٢/١/١١ ارسـال الاضبـارة الى هـذه المحكمة لتحديـد المحكمة المختصة نوعيـاً بنظر الدعوى وتجد الاكثرية في هذه المحكمة بأن المادة (٢٤٦) من قانون الكمارك رقم ٢٣ لسنة ١٩٨٤ المعدل قد نصت على الاختصاص الحصري للمحكمة الكمركية بصورة واضحة وصريحة وجاء في المادة اعلاه (تختـص المحكمة الكمركية بما يأتي:

اولا: الفصل في الدعاوى المتعلقة بجرائم التهريب. ثانيا: الفصل في الدعاوى التي تقيمها الدائرة الكمركية من اجل تحصيل الرسوم الكمركية والرسوم والضرائب والتكاليف الاخرى. ثالثا: النظر في الاعتراضات على قرارات التحصيل والتغريم عملا بأحكام المادة (٢٤٠) من هذا القانون) ومن تحليل هـذا النـص نجد بأن المشرع العراقي قد اعطى للمحكمة الكمركية اكثر من اختصـــاص نوعي فهي تختص بالفصل جزائيا في الدعاوى المتعلقة بجرائم التهريب كما ان هذه المحكمة عينها تختص مدنيا في الدعاوى التي تقيمها الدائرة الكمركية من اجل تحصيل الرسـوم الكمركية والرسـوم والضرائب والتكاليف الاخرى فهي ذو طبيعة مزدوجة جزائية مدنية في ذات الوقت والحكمة التشريعية من هذا الاختصاص المزدوج لها نابع من الاهمية الكبرى لقضايا الكمارك التي تعتبر اكثر تعقيدا من بعض القضايا الاخرى سـواء في الجانب الجزائي ام الجانب المدني فالضابط بالاختصاص لاي محكمة هو النـص القانوني الذي يصرح بذلك ويمنحها الاختصـــاص الموضوعـي المنفرد اواختصاص مزدوج او اختصاصـات موضوعيـة متعددة وعلى ضـوء هذا يتم وصف المحكمة بأنهـا جزائية او مدنية او متعددة الاختصاصات أما اذا لم يرد مثل هكذا نص بتحديد الصلاحيات لمحكمة ما فلا يمكن الذهاب بعيدا بوصف تلك المحكمة مدنية أو جزائية ويبقى فقط معيار نوع المنازعة التي تتصدى موضوعاً لهـا هو الضابط في تحديد وصفهـا مع غياب النص القانوني وفقاً للقواعد العامة ولأن الاختصاص القضائي بكافة أنواعه ومنه الاختصاص النوعي هو توزيع الدعاوى والقضايا بين المحاكم المختلفة في النظـام القضائـي للدولـة وعلى هذا فإن محكمة البـداءة ذو اختصاص مدنـي ومحكمة التحقيق

والجنـح والجنايـات ذو اختصاص جزائي صرف أما بعض المحاكم فاختصاصها النوعي ذو طبيعة مزدوجة مدني وجزائي ومنها على سـبيل المثال محكمة العمل المشـكلة بموجب قانون العمل المرقم ٣٧ لسـنة ٢٠١٥ وتنفرد محكمة التمييز الاتحادية باعتبارها أعلى هيئة قضائية في العراق اسـتناداً لصراحـة نـص المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي بأنها ذو اختصاص نوعي ووظيفي شـامل وتنظر كافة المنازعات القضائية التي تنعقد لها ومنها المنازعات المدنية والجزائية والشرعية وغيرها وكل ماينـص عليـه قانون التنظيم القضائي والقوانين الاخـرى ولايتعارض هذا الوصف لها مطلقاً بتعـدد الهيئـات القضائية في محكمة التمييز الاتحادية ونظرها لمنازعات ذات طبيعة واحدة لأن هذا الأمـر مـن قبيل توزيـع العمل بين هذه الهيئات الـذي أقرته المادة ١٣ من قانـون التنظيم القضائي والذي يعتبر نصاً تنظيمياً فتوزيع العمل بين الهيئات لايعتبر توزيعاً وتقسـيماً للاختصاص. وانما هو تقسيم تنظيمي بحت لضمان حسن أداء العمل ويبقى الاختصاص الشامل ينعقد لمحكمة التمييز الاتحاديـة كوحدة واحدة وتقسـيم العمـل فيها لايؤثر على اختصاص المحكمـة كوحدة واحدة ولأن القـاضي يمـارس عمله وفقـاً لولايته العامة بفض النزاعات ومنها النظـر في دعاوى ذات اختصاص منفـرد او مـزدوج او متعـدد ولأن طبيعة الاختصاصات المنسـوبة لمحكمة الكمـارك وفقاً لصراحة نـص المـادة ٢٤٦ من القانون ذو طبيعة مزدوجة جزائية ومدنية فيكون النزاع الحاصل بينها وبين محكمة بداءة المعقل يتعلق بالاختصاص النوعي وهذا نزاع سـلبي اذ تخلت كلا المحكمتين عن نظر موضـوع النـزاع ولأن موضـوع النزاع من ضمن الحـرم الكمركي في مطار البـصرة الدولي فيكون الاختصـاص النوعـي منعقد للمحكمة الكمركيـة لأن الدائرة الكمركية التابعـة للمدعي وزير المالية اضافـة لوظيفتـه لها حق اقامة الدعوى أمام المحكمة الكمركية من أجل تحصيل الرسـوم الكمركية والرسوم والضرائب والتكاليف الاخرى والتي تحتاج الى اثبات حتى يصار الى تحصيلها كأن تكون غـير ثابتة او غير مسـتحقة الاداء وتأسيسـاً عـلى ماتقدم قـررت المحكمة تعيين المحكمـة الكمركية للمنطقـة الجنوبيـة هي المحكمـة المختصة نوعياً بنظر دعـوى المدعي وزير الماليـة اضافة لوظيفته واحالة الدعوى اليها لغرض حسمها وفقاً للقانون واشعار محكمة بداءة المعقل بذلك وصدر القرار بالاكثرية في ١/ذي القعدة/١٤٤٣هـ الموافق ٣١/٥/٢٠٢٢م.

-٢-

تشكلت الهيئة الموسعة الجزائية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ١٦/شعبان/١٤٤٢هـ الموافق ٢٩/٣/٢٠٢١م برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية السيد فائق زيدان وعضوية نائبي الرئيس السيدين كاظم عباس وحسن فؤاد والقضاة السادة حامد ساهي وصباح رومي وحجاب ابراهيم ومحمد عبد علي ومنذر ابراهيم وعصام عبد الحميد ويحيى خضير وحيدر جواد وشهاب أحمد ومحمود عباس وفيصل ابراهيم واحمد علي خلف المأذونين بالقضاء بإسم الشعب وأصدرت القرار الاتي:

المتهمون/ المميز/ ١-(ع.ع.ك) / وكيلاه المحاميان:

(ط.ع.ح) و (ع.ع.ع)

٢-(أ.ح.م)

٣-(غ.ع.ك)

قرر قاضي محكمة تحقيق الرصافة بتاريخ ٣١/١٢/٢٠١٩ رفض الطلب المقدم من قبل وكيل المدعي بالحق الشخصي (س.ف.ع) والمتضمن طلب اصدار أمر قبض بحق المتهم (ع.ع.ك) ولعدم قناعة المدعي بالحق الشخصي بالقرار أعلاه طعن به طالباً نقضه، قررت المحكمة الجنائية المركزية/ بصفتها التمييزية بتاريخ ١٩/١/٢٠٢٠ وعدد ٥٠/ت/٢٠٢٠ تصديق القرار ورد الطعن التمييزي ولعدم قناعة المدعي بالحق الشخصي بالقرار أعلاه طعن به طالباً التدخل به تمييزاً وعرض الدعوى على الهيئة الموسعة الجزائية.

قررت محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٠١/الهيئة الجزائية/٢٠٢٠ في ٢٥/٢/٢٠٢٠ التدخل تمييزاً بقرارات محكمة الجنايات المركزية بصفتها التمييزية بالعدد ٥٠/ت/٢٠٢٠ في ١٩/١/٢٠٢٠ و٧٢٨/ب/٢٠١٨ في ١٠/١٠/٢٠١٨ ونقضها ونقض قرارات قاضي محكمة تحقيق الرصافة المؤرخة ٣١/١٢/٢٠١٩ و ١١/١٠/٢٠١٨ وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها واعادة اتخاذ الاجراءات القانونية بحق المتهم (ع.ع.ك) واتباعاً للقرار التمييزي أعلاه قررت المحكمة الجنائية المركزية بالعدد ١٨٤٣/ج/٢٠٢٠ في ٨/١٢/٢٠٢٠ تجريم المتهمين كل من (ع.ع.ك و أ.ح.م) وفق أحكام المادة ٤٠٦/١/أ/ح من قانون العقوبات وبدلالة مواد الاشتراك ٤٧ و٤٨ و٤٩ منه وبدلالة الأمر ٧ لسنة ٢٠٠٣ القسم ١/٣ وبدلالة المادة ٢/٢ عقوبات. وذلك عن جريمة الاتفاق والاشتراك بإستدراج المجنى عليه (ف.ع.ع) الى محل الحلاقة العائد للمتهم (ع.ع.ك) في دولة الاردن وقتله عمداً مع سبق الاصرار وسرقة أمواله. وحكمت المحكمة على كل واحد منهما بالسجن مدى

الحيـاة مـع احتسـاب موقوفيتهما وإعطـاء المدعين بالحق الشـخصي حق المطالبـة بالتعويض. كما قـررت المحكمـة إلغـاء التهمة الموجهـة الى المتهم (غ.ع.ك) وفـق ذات المادة أعلاه عـن ذات الجريمة والافـراج عنـه واخلاء سـبيله ما لم يكن هناك مانع قانوني يحـول دون ذلك. طعن المتهم (ع.ع.ك) بالقـرار أعـلاه طالباً نقضه وعرض الدعوى على الهيئة الموسـعة الجزائية بلائحة وكيلاه المحاميان المؤرخـة ٢٠٢٠/١٢/١٧. طلبـت رئاسـة الادعاء العام بمطالعتها المرقمـة ١٣٣٥٦ / ج/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٣/١٧ تصديـق القرارات.

القرار// لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسـعة الجزائية المركزية في الرصافة/ الهيئة الأولى قـد راعـت عند اصدارهـا للقرارات المميزة تطبيـق أحكام القانون لأن الثابت من خلال سـير التحقيـق والمحاكمـة بأن المدعين بالحق الشـخصي قـد أوضحوا في افاداتهم وهـم أولاد المجنى عليه (ف.ع.ع) كل مـن (س) و(ع) و (ر) و (م) و (م) و(ح) و(ع) و(د) و(ح) و (أ) و(ز) و(ح) وزوجتـه (ع.ج.ك) والذيـن أكدت أقوالهم بأن المجنى عليه قد سـافر سـنة ١٩٩٩ الى خارج العراق لدولة الاردن لغرض العمل في محل لبيع الألبان في العاصمة عمان وكان بجوار محله محل للمتهمين (غ.ع.ك) و (ع.ع.ك) الذيـن يتخذونـه للحلاقة وبتاريخ الحـادث ٢٠٠٢/١٢/٩ وكان المجنى عليه قـد تـم دعوته من قبل المتهمين لتناول وجبة العشـاء وبحوزته اربعة الاف دولار امريكي وبعد هذا التاريخ لم يعرف له مصير وبعد عودة المتهم (ع.ع.ك) من الاردن الى العراق سـنة ٢٠٠٣ كان لديه سـيارة جيمسي نيلي اللون وأموره المادية جيدة وفي سـنة ٢٠١٨ تم العثور على جثة المجنى عليه في محل الحلاقة العائد للمتهمين وبعد اخبارهم من قبل السلطات الأردنية ذهب المدعي بالحق الشخصي (س.ف.ع) الى الاردن وبعـد أخـذ عينات (دي ان أي) اتضح بـأن الجثة تعود لوالده.

لذا طلب المدعون بالحق الشـخصي الشـكوى ضد المتهمين أعلاه وذلك نتيجة واقعة حدثت سـنة ٢٠١٢ إذ حصـل خـلاف بين المتهم (ع.ع.ك) مع أهل زوجته وسـمعه الناس يقول بالحرف الواحد (مثلمـا ضيعت "ف" سـوف أقـوم بتضييعكم). تم تدويـن أقوال المتهـم (ع.ع.ك) والذي اعترف في مرحلة التحقيق وبحضور عضو الادعاء العام والمحامي المنتدب للدفاع عنه بأنه في سنة ٢٠٠٣ كان يعمـل في صالـون حلاقة رجالي في العاصمة الاردنية عمان ويعمل تحـت اشرافه عاملين لأنه لايجيد مهنـة الحلاقـة. وقد تعرف هناك على المجنى عليه (ف.ع.ع) الـذي يعمل في محل لبيع الخبز (فرن) قريـب من صالون الحلاقة وقد نشـأت بينهما صداقة ومن خلال هـذه العلاقة علم بأن المجنى عليه لديـه مبلـغ مـن المال كان يحمله معه باسـتمرار وكان من عملة الـدولار الامريكي وكان يجلس بين الحين والاخر في المحل مع المجنى عليه والمتهم (أ.ح.م) وهو (ابن عمة المتهم "ع.ع.ك") لغرض تناول المشروبات الكحولية وبدافع الطمع تولدت لديه فكرة قتل المجنى عليه بغية سرقة مبلغ النقود الذي

بحيازتـه وطـرح هذه الفكرة على المتهم (أ) الذي وافق عليها وتم الاتفاق بينهما على قيامهما بدعوة المجنى عليه للحضور لمحل الحلاقة لغرض احتسـاء المشروبات الكحولية وتناول الطعام وتم تكرار هـذه العمليـة أكثـر من مرة لمنـح الثقة للمجنى عليه ولاكثر من اسـبوع وقبل تاريـخ الحادث بيوم واحـد قامـا بحفر حفـرة في الحمام الذي في نهاية المحل وبعمق متر واحـد لغرض دفن المجنى عليه وفي اليـوم التـالي ليلاً تم دعوة المجنى عليه كالعادة لغرض احتسـاء المشروبات الكحولية وبإشـارة منه للمتهم (أ.ح.م) تم تنفيذ الجريمة والذي قام بدفع المجنى عليه واسـقاطه ايضا والجلوس فوقه وتقييد يديه وقاما بخنق المجنى عليه الذي كانت مقاومته قليلة بسـبب تناوله المشروبات الكحولية وبعـد ان فـارق الحياة قاما باسـتخراج المبلـغ النقدي الذي كان يحمله المجنـى عليه داخل السروال (البنطلـون) وسرقتـه ومـن ثم تم لـف المجنى عليه ببطانيـة وحمله ووضعه داخل الحفرة بشـكل عمـودي وقامـا بردم الحفرة وبعدها تم احتسـاب المبلغ المسروق واتضح أنـه الف وثمانمائة دولار أمريكي وقام بإعطاء المتهم (أ.ح.م) مبلغ خمسمائة دولار واحتفظ هو بالباقي وغادر المتهم (أ.ح.م) وبقي في المحل وفي اليوم التالي حضر المتهم (أ.ح.م) بعد إرسـاله أحضر كيس اسـمنت لغرض ردم الحفـرة وفعـلا تم ردم الحفرة بإسـمنت وبعـد يومين حضر ابن المجنى عليـه المدعو (م) الذي كان متواجداً في عمان وسـأل عن مصير والده فأخبره بأنه لايعلم بذلك وتم الشـكوى ضده وضد المتهم (غ.ع.ك) في عمان وهو شقيقه وبعد الاستجواب تم اخلاء سبيلهم بعد انكارهم معرفة مصير المجنى عليه. وبعدها قام بشراء سـيارة نوع جي ام سي وعاد الى العراق وفي سـنة ٢٠١٢ أقام ذوي المجنى عليـه الشـكوى ضده في مركـز شرطة المحاويل اثر حصول مشـاجرة بينه وبين أحـد اقاربه والذي قال له (سـوف اضيعك مثل ماضيعت "ف") وبعد التوقيف لمدة أربعة أشـهر تم الافراج عليه لعدم كفايـة الأدلـة وفي يـوم ٢٢/٤/٢٠٢٠ تم القبض عليه كما اعترف المتهـم (أ.ح.م) عند تدوين اقواله في مرحلـة التحقيـق وبتوافر كافـة الضمانات القانونية وبحضور عضو الادعاء العام بإشـتراكه مع المتهـم (ع.ع.ك) بقتـل المجنـى عليه (ف.ع.ع) بـذات الكيفية والوقائع التي ذكرهـا المتهم (ع.ع.ك) بغيـة سرقـة النقود التـي بحوزته تعززت هـذه الاعترافات الصريحة بما جاء بمحضر الكشـف على محـل الحـادث الـذي أجرته السـلطات التحقيقيـة في الاردن وكذلك ماثبت فنياً مـن تطابق العينات الوراثية من عظام الهيكل العظمي المسـتخرج من مـكان الجريمة مع العينات الوراثية المأخوذة من ذوي المجنـى عليـه وبهذا تكون الأدلة المتحصلة في الدعوى كافيـة ومقنعة لتجريم المتهمين (ع.ع.ك و أ.ح.م) وفـق أحـكام المـادة (٤٠٦/١/أ/ح) من قانـون العقوبات وبدلالة الاشـتراك وذلك لثبوت قيامهمـا بقتل المجنى عليـه (ف.ع.ع) تمهيداً لسرقة أمواله التي بحوزته في العاصمة الاردنية عمان لأن كل عراقي يرتكب جريمة خارج العراق تعد جناية أو جنحة بمقتضى قانون العقوبات العراقي

فأنــه يحاكــم بموجب هذا القانون لأن المشرع قد حرص على الأخذ بالاختصاص الشــخصي وهذا ما جاء في نص المادة (١٠) من قانون العقوبات وذلك حتى لايفلت الجاني اذا كان عراقياً الذي يرتكب جريمته خارج العراق من العقاب. اذا ماتم التقيد بمبدأ الاختصاص المكاني للجريمة بصورة مطلقة لــذات فــإن مقتضيات العدالة حتمــت على الاخذ قانونا بمبدأ شــخصية الجريمــة ومرتكبها اذا كان عراقيــا، وهذا يعتبر اســتثناء مــن مبدأ اقليمية الجريمــة ومرتكبها. هذا من جانــب ومن جانب اخر فــأن محكمة التحقيق عنــد مباشرتها مجدداً للاجراءات القانونية تنفيــذا لقرار هذه المحكمة بالعدد ٢٨٠١/الهيئــة الجزائيــة/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٢٥ قــد أصابــت الصحيح مــن القانون لأن محكمة تحقيق المحاويل سبق لها وان اصدرت قرارها المؤرخ ٢٠١٢/٦/١٤ بغلق التحقيق مؤقتاً والافراج عــن المتهــم (ع.ع.ك) بعد اجراء التحقيق عن جريمة قتل المجنى عليــه وفق المادة (٤٠٥) من قانون العقوبــات وهــذه الجريمة قتل عمد بســيط لم تقترن بأي ظرف مشــدد. لذا فإن العــودة مرة ثانية لاتخــاذ الاجــراءات القانونية بحق المتهمين بعد غلق التحقيق ومضي أكثر من ســت ســنوات من قبل محكمة التحقيق ترتكز على ســند قانوني ســليم ولاينال من صحة وشرعية هذه الاجراءات بالتعكز عــلى نص احكام المــادة (٣٠٢/الفقرة ج/د) من قانون أصول المحاكمــات الجزائية والتي بموجبها يمتنع الاستمرار باجراءات التحقيق والعودة مرة ثانية له اذا مضت سنتان على القرار البات بالافراج عن المتهم (ع.ع.ك) وغلق التحقيق وفق أحكام المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات ولأن مناط التقييد بأحــكام المــادة (٣٠٢/ج.د) من قانــون أصول المحاكمات الجزائية وفاعلية المنــع الوارد فيها عندما تكــون حالة موضــوع العودة للاجــراءات التحقيقية مرة ثانية بالجريمة بذات الوصف والجســامة عندمــا تــم غلق التحقيق ســابقاً. اما اذا ظهر وحصل بعد صدور الحكــم او القرار البات او النهائي فيها فعلا او نتيجة تجعل الجريمة التي حوكم المتهم عنها او اتخذت الاجراءات ضده بشأنها مختلفة في جســامتها فيجوز العودة الى اجراءات التحقيق والمحاكمة ضد المتهم الذي ســبق وان انقضت عنه الدعــوى الجزائية وذلك اســتناداً لصراحة نص المادة (٣٠٣) من قانون اصــول المحاكمات الجزائية والتي أعطت بوجود هذه المبررات وثبوتها العودة مرة ثانية للاجراءات التحقيقية دون الالتفات الى المدة التي مضت من تاريخ غلق التحقيق. ولان الثابت بعد السير بالاجراءات القانونية ضد المتهمين بقتــل المجنــى عليه ظهور افعال جرمية جديدة ارتكبت مــن قبل الجناة وهذه الافعال جعلت وصف الجريمة وجسامتها تختلف بصورة جذرية عن الجريمة التي سبق وأن تم التحقيق بها. وقد تمثلت هــذه الافعال باعتراف المتهمــين (ع.ع.ك) و (أ.ح.م) بقيامهما بقتل المجنى عليه وذلك تمهيداً لسرقة النقــود التــي بحوزتــه وفعلاً تم ذلك وبهذا فإن الوصف القانوني للجريمــة المرتكبة من قبل الجناة وفي المــادة (٤٠٦/١/أ/ح) مــن قانون العقوبات وعقوبة هذه الجريمة تصل الى الاعدام شــنقاً حتى

المـوت بينمـا عقوبة القتـل العمد وفق أحكام المادة (٤٠٥) من قانـون العقوبات تصل العقوبة فيها كحد أعلى الى السـجن المؤبد وبهذا فإن جسـامة الجريمة قد اختلفت التي ارتكبها الجناة وتم العودة مرة ثانية للاجراءات القانونية المتخذة ضدهم لأن حقيقة جريمة القتل العمد تمهيداً لارتكاب جناية او جنحة هي ارتكاب الجاني جريمتين الاولى هي جريمة القتل العمد وهي وسيلة والجريمة الثانية هـي ارتكاب الجاني جناية او جنحة وهي الغاية الاساسـية من ارتكاب الجريمة الاولى.

والمتهمـين (ع.ع.ك و أ.ح.م) قـد ارتكبا جريمتين الاولى القتل العمـد والثانية سرقة المجنى عليه ولـم يتـم التحقيـق معهما في المـرة الاولى من قبل محكمـة التحقيق عن هذه الجريمـة بهذا الوصف وبهـذه الجسـامة ولخطورة مثل هكـذا جرائم تكمن الحكمة التشريعية مـن جعل هاتين الجريمتين بجريمـة واحـدة بظرف مشـدد. وهي جريمـة القتل العمد تمهيـداً لارتكاب جنايـة او جنحة لاتقل عقوبتها عن الحبس لمدة سنة واحدة لأن سلوك الجاني في مثل هذه الحالة ينم عن شخصية عدوانية مسـتهترة بـأرواح الاخرين لاتتورع عن ازهاق الارواح البريئة مـن أجل غايات تكاد تكون تافهة او لاقيمـة لهـا. وبهذا فإن قرارات محكمـة الجنايات بتجريم المتهمين وفق المـادة (٤٠٦/١/أ/ح) من قانـون العقوبـات قد جاء متفقاً وأحكام القانون وكذلك قرارها بفرض عقوبة السـجن مدى الحياة هو الاخر قد جاء صحيحاً وموافقاً للقانون. لأن الفعل الجرمي قد ارتكب وقت تعليق عقوبة الاعدام شـنقاً حتـى الموت. كما ان قـرار محكمة الجنايات بالغـاء التهمة والافراج عن المتهـم (غ.ع.ك) هو الاخـر قـد جاء صحيحا وموافقا للقانون لان الادلة المتحصلة في الدعوى ضده تحقيقاً ومحاكمة غير كافية لتجريمه وفق مادة التهمة وذلك لانكاره لها كما ان اقوال المدعين بالحق الشـخصي قد جاءت سماعية ولم يثبت بالدليل القانوني المعتبر اشتراكه مع المتهمين الاخرين (ع.ع.ك و أ.ح.م) بجريمة قتـل المجنى عليه. وتأسيسـاً على ماتقدم قررت المحكمـة تصديق كافة القرارات المميزة الصادرة من محكمـة الجنايات المركزيـة في الرصافة الهيئة الاولى بالعـدد ١٨٤٣/ج١/٢٠٢٠ في ٨/١٢/٢٠٢٠ ورد الطعـون التمييزية وصدر القرار بالاتفاق في ١٦/شـعبان/١٤٤٢هـ الموافق ٢٩/٣/٢٠٢١م.

-٣-

تشـكلت الهيأة التمييزية المدنية في رئاسـة محكمة اسـتئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بتاريخ ٢٠٢٢/١/٢٦ برئاسـة الرئيس السـيد عبد الرزاق محيسن صالح وعضوية نائبي الرئيس السيدين جمعة عبد داود وعلي حسـين يونس المأذونين بالقضاء باسـم الشعب واصدرت القرار الاتي:

المميز/ طالب التحكيم/ ١-المدير المفوض لشركة (غ) للمقاولات العامة والاستشارات الهندسية المحدودة اضافة لوظيفته.

٢-المدير المفوض لشركة (ع.أ) للمقاولات العامة -اضافة لوظيفته-وكيلهما المحامي/(ف.ن.أ)

المميز عليه/ المطلوب التحكيم ضده/ أمين بغداد - اضافة لوظيفته.

ادعـى طالـب التحكيم/ المميزان أمام محكمـة البداءة المختصة بالدعـاوى التجارية في الرصافة بواسطة وكيليهما انه سبق ابرام العقد المرقم ٢/١/١٩٦٨٧ في ٢٠٠٨/١٢/٦ مع المطلوب التحكيم ضده الخاص بتنفيذ مشروع ماء الرشيد وطلبا دعوة المطلوب التحكيم ضده للمرافعة لغرض تعيين محكما عنه وفي حالة امتناعه تقوم المحكمة تعيين المحكمين.

وبتاريـخ ٢٠٢٢/١/١٠ وعدد ٢٤٨/تحكيـم/ ٢٠٢١ قررت المحكمة أعلاه برفض طلب تعيين المحكمـين حضوريـا قابـلا للتمييـز. ولعدم قناعـة المميزان بالقـرار أعلاه طلـب وكيلاهما بلائحته التمييزيـة المؤرخة في ٢٠٢٢/١/١٧ نقضه للاسـباب الواردة فيها.

القـرار// لـدى التدقيـق والمداولة فقد وجـد ان الطعن التمييـزي مقدم ضمن المـدة القانونية ولاشتماله على اسبابه قرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح موافق للقانـون مـن حيث النتيجة وذلك لأن المادة ١/٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية تنص (ومع ذلك اذا لجأ احد الطرفين الى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الاخر في الجلسة الاولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغيا) وبما ان طالب التحكيم سـبق له اقامة الدعوى المرقمة ١٥٠/ب/٢٠١٦ والتي انتهت بالرد فيكون ذلك تنازلا منه عن شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين ولايجوز التمسـك به مسـتقبلا. وحيث ان المحكمة المميز قرارها قد ردت الطلب لسـبب اخر فيكون قرارها موافق للقانون من حيث النتيجة، لذا قرر تصديق القرار المميز من حيث النتيجة ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسـم التمييز. وصدر القرار بالاتفاق في ٢٢/ جمادي الاخرة/١٤٤٣هـ الموافق ٢٠٢٢/١/٢٦م.

-٤-

تشكلت رئاسة محكمة استئناف بغداد – الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية-الهيأة المدنية بتاريخ ١٦/١/٢٠٢٢ برئاسة القاضي السيد صلاح دريب ابراهيم وعضوية نائبي الرئيس القاضيين السيدين امير كاظم الشمري وعلي حميد العلاق المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت قرارها الاتي:

طالب التصحيح الأول/ رئيس جامعة النهرين اضافة لوظيفته – وكيلاه الموظفان الحقوقيان (أ.ف.س) و (س.ع.ر).

طالب التصحيح الثاني/ وزير التعليم العالي والبحث العلمي اضافة لوظيفته –وكيله الموظف الحقوقي (أ.ح.ر).

المطلوب تصحيح القرار التمييزي ضده/ المدير العام لصحة بغداد الكرخ اضافة لوظيفته.

ادعى المدعي مدير عام دائرة صحة بغداد الكرخ اضافة لوظيفته بواسطة وكيلاه لدى محكمة بداءة الكاظمية في الدعوى المرقمة ١٤٤٨/ب/٢٠٢٠ ان المدعى عليه تعرض له بالانتفاع بالعقار المرقم (١٦٨/١ عوينات) المنشأ عليه مستشفى مدينة الامامين الكاظمين (ع) الطبية المستغل من قبل دائرته مطالبين بتسليم العقار مع موجوداته والتزاماته وحقوقه وملاكه الى جامعة النهرين في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي من خلال المخاطبات المذكورة في عريضة دعواه لذا طلب دعوة المدعى عليهم كلا من(الأمين العام لمجلس الوزراء اضافة لوظيفته ووزير التعليم العالي والبحث العلمي اضافة لوظيفته ورئيس جامعة النهرين اضافة لوظيفته) للمرافعة والزامهم بعدم التعرض لدائرة المدعي اضافة لوظيفته بالانتفاع بالعقار اعلاه الذي تبلغ منفعته السنوية (١٢) مليون دينار عراقي، ونتيجة المرافعات اصدرت المحكمة بعدد اعلاه بتاريخ ١٨/٣/٢٠٢١ حكماً حضوريا قابلا للتمييز يقضي (رد دعوى المدعي اضافة لوظيفته وتحميله الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة وكلاء المدعى عليهم مبلغ خمسمائة الف دينار). ونتيجة الطعن التمييزي المقدم من قبل المميز مدير عام دائرة صحة بغداد الكرخ اضافة لوظيفته بواسطة وكيلاه على الحكم المذكور آنفاً، نقض الحكم المميز بالقرار التمييزي الصادر عن رئاسة محكمة استئناف بغداد – الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية –الهيأة المدنية بعدد ١٧٠/حقوقية/٢٠٢١ في ٢٩/٤/٢٠٢١ للأسباب الواردة فيه، دعت المحكمة الطرفين للمرافعة ثم اصدرت بعدد ١٤٤٨/ب/٢٠٢٠ في ٢٨/١٠/٢٠٢١ حكماً حضورياً قابلا للتمييز يقضي (الزام المدعى عليهما الثاني والثالث اضافة لوظيفتهما بمنع التعرض الى دائرة المدعي اضافة لوظيفته بالانتفاع بالعقار المرقم ١٦٨/١ عوينات/ مستشفى

مدينة الامامين الكاظمين (ع) الطبية وتحميلهما الرسوم والمصاريف وأتعاب محاماة وكيلا المدعي مبلغ مقداره خمسمائة الف دينار ورد الدعوى تجاه المدعى عليه الاول اضافة لوظيفته لعدم توجه الخصومة وتحميل المدعي اضافة لوظيفته اتعاب محاماة وكيل المدعى عليه الاول اضافة لوظيفته مبلغ مقداره خمسمائة الف دينار). ونتيجة الطعن التمييزي المقدم من قبل المدعى عليهما الثاني والثالث اضافة لوظيفتيهما بواسطة وكيليهما على الحكم المذكور آنفاً، صدق الحكم المميز بقرار رئاسة محكمة استئناف بغداد – الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية-الهيأة المدنية بعدد ٤٤١/٤٤٢/حقوقية/٢٠٢١في ٢٠٢١/١٢/١، ولعدم قناعة طالب التصحيح الاول اضافة لوظيفته بالقرار المذكور انفا طعن به وكيله تصحيحا بلائحته المؤرخة ٢٠٢١/١٢/٢٩ كما طعن به طالب التصحيح الثاني اضافة لوظيفته بواسطة وكيله بلائحته المؤرخة ٢٠٢٢/١/٣.

القرار:

بعد التدقيق والمداولة وجد ان طلب التصحيح مقدم في مدته القانونية الا انه لايستند الى أي سبب من الاسباب القانونية المنصوص عليها في المادة (٢١٩/آ) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل للاسباب الاتية:١-ان دعوى المدعي ضد المدعى عليه الاول (الامين العام لمجلس الوزراء اضافة لوظيفته) قد حسمت بالرد لعدم توجه الخصومة ولم يطعن المدعي بالفقرة الحكمية التي قضت برد دعواه ضد المدعى عليه الاول المذكور انفاً، وتطبيقاً لمبدأ نسبية الأثر المترتب على اجراءات المرافعات المنصوص عليه في المادة (١/١٧٦) من ذات القانون آنف الذكر ليس لهذه الهيأة النظر في الفقرة الحكمية الخاصة برد دعوى المدعي ضد المدعى عليه الاول طالما ان المدعي قد رضي بها، سيما ان للخصم الحرية في التصرف في حقوقهم الخاصة كما أن العدالة تقتضي بأن ما ارتضاه الخصوم لايفرض عليهم سواه.٢-ان محكمة البداءة مختصة نوعياً بنظر دعوى منع التعرض وان كان المدعى عليه يستند في تعرضه الى قرار اداري، ذلك ان الفعل يعتبر تعدياً على الحيازة ولو كان فاعله يستند الى ترخيص اداري اذ لامجال لمناقشة مشروعية الفعل او عدم مشروعيته في دعوى الحيازة لأن هذه المناقشة تتصل بصميم الحق الذي لاتجوز المجادلة فيه في دعوى الحيازة، سيما أن دعاوى الحيازة شرعت لحماية الحائز الذي استجمعت حيازته شروطها القانونية، ذلك ان حماية الحيازة يراد منها المحافظة على الوضع الراهن لحين لجوء صاحب الحق الى القضاء والمطالبة بحقه في دعوى الملكية، كما ان الحكم في دعوى الحيازة لصالح الحائز لايعد تعطيلا للقرار الاداري كما جاء في لائحة طالب التصحيح لان بإمكانه اقامة دعوى الملكية، ذلك ان الحماية التي توفرها دعوى الحيازة حماية مؤقتة يسلبها منه المالك بدعوى اثبات حقه او ملكه، كما ان محكمة البداءة لم تنظر في صحة القرار الاداري الذي يستند اليه طالب التصحيح من عدمه حتى

يمكـن القـول بأنها غير مختصة نوعيـاً بنظر الدعوى لأن الدعوى المقامة هـي دعوى منع التعرض وهـي مـن دعاوى الحيـازة التي يختص بها القضاء العـادي (محاكم البـداءة) وليس دعوى النظر في صحـة القـرار الاداري (كما يدعي طالب التصحيح) الذي يختص بهـا القرار الاداري، وبناءً على ماتقدم بيانه يكون طلب التصحيح واجب الرد كونه لايسـتند الى أي سـبب من الاسـباب القانونية المنصوص عليها في المادة (٢١٩/آ) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، عليه واستناداً لأحكام المادة (٢/٢٢٣) من ذات القانون تقرر رد طلب التصحيح وقيد التأمينات المدفوعة ايـراداً للخزينة، وصدر القرار بالاتفاق في ١٣/جمادى الاخر/١٤٤٣هـ الموافق ٢٠٢٢/١/١٦م.

مبادىء القضاء الاداري

تغيير سن الإحالة على التقاعد

تشكلت المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة بتاريخ ١٨/ذو الحجة/١٤٤٢هـ الموافق ٢٠٢١/٧/٢٨ برئاسة الدكتور كريم خميس خصباك نائب الرئيس لشؤون القضاء الاداري وعضوية كل من المستشارين الدكتورة وداد عبد الرحمن والدكتور محمد ماضي والدكتور رياض محسن والدكتور قيصر يحيى والدكتور رافد خلف هاشم والدكتور مازن ليلو راضي المأذونين بالقضاء بإسم الشعب وأصدرت القرار الاتي:

المميزة: (س.ح.ي).

المميز عليه: وزير المالية/ اضافة لوظيفته

أقامت المدعية (المميزة) (س.ح.ي) الدعوى أمام محكمة قضاء الموظفين مدعية فيها بأن المدعى عليه (المميز عليه)/ إضافة لوظيفته أصدر الأمر المرقم (١٤٨٢) في ٢٠٢٠/١/١٥ والمتضمن إحالتها إلى التقاعد قبل إكمالها السن القانوني للاحالة الى التقاعد، لذا طلبت دعوة المدعى عليه إضافة لوظيفته للمرافعة والحكم بإلغاء الأمر محل الطعن، ونتيجة المرافعة أصدرت محكمة قضاء الموظفين قرارها المؤرخ في ٢٠٢١/٣/٢٣ وبعدد اضبارة (٦٢٢/م/٢٠٢٠) رد دعوى المدعية. ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور تصدى له تمييزاً لدى المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة بلائحته المؤرخة في ٢٠٢١/٤/٤ طالباً نقضه للأسباب الواردة فيها.

القرار

-لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الادارية في مجلس الدولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن المميزة (المدعية) تطعن في الأمر الوزاري الصادر من المدعى عليه بالرقم (١٤٨٢) في ٢٠٢٠/١/١٥ القاضي بأحالتها الى التقاعد لبلوغها السن القانوني للاحالة الى التقاعد واعتباراً من ٢٠١٩/١٢/٣١، وتطلب الغاءه، فحكمت المحكمة برد الدعوى للأسباب التي استندت اليها والتي تتلخص بأن الاحالة الى التقاعد تكون بإدراك اليوم الأول من سن الستين من العمر، وجدت المحكمة الادارية العليا ان المدعية من مواليد ١٩٥٩/٩/٢٤ وبذلك تكمل الثالثة والستين من العمر بتاريخ ٢٠٢٢/٩/٢٤ عندما تكون سن الاحالة الى التقاعد اكمال (٦٣) الثالثة والستين من العمر وذلك استناداً الى حكم المادة (١٠/ اولا) من قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لسنة ٢٠١٤ التي يقضي بأن تتحتم إحالة الموظف الى التقاعد عند إكماله (٦٣) الثالثة والستون من العمر وهي السن القانونية للاحالة الى التقاعد (قبل تعديل النص)، وحيث أن النص المذكور آنفاً المعدل بموجب المادة (١) من قانون رقم (٢٦) لسنة

٢٠١٩ قانـون تعديـل الاول لقانون التقاعد الموحد فأصبح السـن القانونـي للاحالة الى التقاعد هو اكمال (٦٠) سـتين سـنة من العمر وعد هذا القانون نافذاً اعتباراً من٢٠١٩/١٢/٣١، وبذلك تكون المدعية قد أكملت السـتين من العمر في ٢٠١٩/٩/٢٤ وذلك بإضافة مقدار السـن القانوني للتقاعد (٦٠) سـنة على التولد (١٩٥٩/٩/٢٤) ومعنى اكمال السـتين سنة في هذه الحالة ليس إدراك اليوم الأول منها – كما ذهبت اليه المحكمة- انما اكمال اليوم الاخير من السـتين. ولاسـند قانوني لتفسـير المحكمـة معنـى اكمال السـن القانوني للاحالة الى التقاعد بإدراك اليوم الأول من سـن السـتين لأن الاكمال يفيد الاتمام، وان المشرع حين ينص على اكمال السـن فيعني انتهاء السـنة. لكن هذا لايغير بالنتيجـة لأن المدعية أكملت سـن السـتين وهو السـن القانوني للاحالة الى التقاعـد قبل نفاذ قانون التعديل، وتكون دعواها واجبة الرد لهذا السـبب، وحيث ان المحكمة ردت الدعوى لغير هذا السـبب قـرر تصديـق الحكم من حيث النتيجة، ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسـم التمييز وصدر القـرار بالاتفاق في ١٨/ ذو الحجة/١٤٤٢هـ الموافق ٢٠٢١/٧/٢٨م.

رئيس المحكمة الادارية العليا

الفرق بين دعوى الاسترداد ودعوى التضمين

تعليـق على حكم المحكمة الإدارية العليا على القرار المرقـم ١١٩٥/قضاء اداري/ تمييز/٢٠١٨ المؤرخ في ١٤/١/٢٠٢١

عرض الأستاذ الدكتور علي فوزي الموسوي

خلاصة الدعوى والقرار الصادر فيها

اقـام المدعـي (س) دعـواه امام محكمة القضـاء الاداري مدعيا فيها ان المدعـى عليه امين بغداد اضافـة لوظيفتـه اصـدر الامـر الاداري ٣٦٧٢ في ٢٣/١٠/٢٠١٧ المتضمن تضمينـه كافة الرواتب والمخصصات التي استلمها طيلة فترة خدمته الوظيفية لتقديمه شهادة دراسية مزورة، وقد اصدرت محكمـة القضـاء الاداري قرارها ٢٠١٨/١٨٥ في ٢٥/٦/٢٠١٨ بالغـاء الامر الاداري المطعون فيه ، على اسـاس ان تضمين المدعي يكون وفق مايسـتحقه من راتب ومخصصات وعلى اسـاس شهادته الحقيقية وهي شـهادة الدراسة الابتدائية وبين ماتسـلمه من رواتب ومخصصات بناء على الشهادة الدراسـية المـزورة ، ولعـدم قناعة المدعى عليه بالقـرار تصدى له وطعن به تمييـزا امام المحكمة الادارية العليا، وقد وجدت المحكمة الادارية العليا ان تحصيل المبالغ التي تسلمها الموظف زيادة على استحقاقه لا يسري عليه قانون التضمين رقم ٣١ لسنة ٢٠١٥ بتضمينه مبالغ هذه الزيادة وانما عن طريق اسـترداد الاموال المصروفة بناء على خطا من الادارة دون حاجة الى تطبيق قانون التضمين.

سنتولى التعليق على القرار المذكور انفا من عدة نقاط اهمها:

اولا- بيان دعوى التضمين واساسها القانوني.

ثانيا- بيان دعوى استرداد الاموال المصروفة بخطأ من الادارة واساسها القانوني .

ثالثا- تقييم مشروعية القرار الصادر من المحكمة الادارية العليا وكما ياتي:

اولا- بيان دعوى التضمين واساسها القانوني؛

اسـتهدف قانون التضمين المنشـور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٣٨٠ في ١٤/٩/٢٠١٥ جبر الضرر في المال العام وحدد الالية التي بموجبها يتم تضمين الموظف المقصر ما أصاب المال العام مـن ضرر بتعديـه عمداً او خطأ بأمر اداري تصدره الإدارة وتتمثل هـذه الاليه الواجب اتباعها بالاتي :-

١- بعـد حـدوث الضرر يصدر الوزيـر أو رئيس الجهة غير المرتبطة بـوزارة او المحافظ او من يخولـه اي منهـم أمراً بتشـكيل لجنـة تحقيقية من ثلاثـة أعضاء على ان يكـون احدهم حاصلاً على

شـهادة جامعيـة اوليـة في القانـون وقانون التضمـين في البند اولا من المادة ٢ منـه قد حدد حصراً صلاحية تشكيل اللجنة بالوزير أو رئيس الدائرة غير المرتبطة بوزارة ولا يجوز أن تشكل لجنة من أي شـخص آخر سـواء كان وكيل وزير أو مدير عام الا اذا خول بذلك من الوزير أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة وأي لجنة تشـكل بأمر صادر من غير الوزير أو رئيس الجهة او المخول منهما تحريرياً وكل لجنة تشـكل بدون عضو حاصل على شـهادة جامعية في القانون يكون عملها باطلا وكل مـا يصـدر منها لا تلحقه الحصانة القانونيـة لأنه بني على أمر باطل قانوناً .

٢- ان مهـام اللجنـة تشـمل التحقيق من حيث جمـع الأدلة التي تحدد المقصرية وكذلك تشـمل الجوانـب الفنيـة التي تحدد مقدار الـضرر وان من أهم مهامها :-

أ- تحديد مبلغ التعويض .

ب- تحديد الشخص المسؤول عن إحداث الضرر .

ج- جسامة الخطأ المرتكب من قبل محدث الضرر .

د- وبيان فيما إذا كان الضرر عمديا أو غير عمدي .

٣- أما فيما يتعلق بالجهة التي تصدر قرار التضمين فإنها وردت على سـبيل الحصر بشـخص الوزيـر او رئيـس الجهـة غير المرتبطة بـوزارة وهذه الصلاحية للوزير المختـص او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظ بصفته الوظيفية لا الشـخصية بناءا على توصيات اللجنة التحقيقية المشـكلة من قبله مادة (٢/ثالثاً) من قانون التضمين انف الذكر .

٤- للموظـف المضمـن التظلـم من القـرار الذي يصدره الوزيـر او رئيس الجهة غـير المرتبطة بـوزارة خـلال مدة (٣٠) يوماً من تاريخ التبلغ به او اعتبـاره متبلغاً ولا يحق لأي جهة كانت البت بطلب التظلم غير الوزير او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظ لذا فهي صلاحية حصرية .

٥- للموظـف الطعـن بقـرار الوزير او رئيس الجهـة غير المرتبطة بوزارة بنتيجـة التظلم امام محكمـة القضـاء الاداري خلال (٣٠) يوماً بعد التبلغ بـه او اعتباره متبلغا .

٦- يسـدد مبلـغ التضمين من قبل الموظـف المضمن دفعة واحدة وللوزيـر او رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة او المحافظ الموافقة على تقسـيطه لمدة لا تزيد على (٥) سـنوات لقاء كفالة شخصية ضامنة او عقارية ويتم وضع اشـارة الحجز بحكم الرهن على العقار في مديرية التسـجيل العقاري المختصـة وفقاً للقانون في حال تقديمه كفالة عقارية وهذه الصلاحية هي من الصلاحيات الشخصية التي منحت للوزير او رئيس الجهة او المحافظ حصـــــراً ولا يجوز تفويضها لغيرهما .

ثانيا- بيان دعوى استرداد الاموال المصروفة بخطا من الادارة واساسها القانوني.

أحيانـا كثـيرة تقوم الادارة بصرف رواتب او مخصصات او مكافآت أو علاوات أو تقوم باجراء

تسويات مالية للموظفين بزيادة رواتبهم او مخصصاتهم بما ليس من حقهم ، ثم تكتشف بعد ذلك عـدم أحقيـة تقاضي الموظـف المبالغ المالية المصروفة له ، فهل يجوز لجهـة الادارة فى هذه الحالة أن تسـترد المبالغ المصروفة للموظفين خطأ بمجرد اكتشاف عدم صحة صرف هذه المبالغ .

للاجابة على هذا التساؤل نقول

أن مسـألة اسـترداد المبالـغ المالية المصروفـة للموظفين دون وجه حق يـدور فى فلك المشروعية والاسـتقرار القانونى، فإذا كانت المشروعية القانونية توجب تصحيح كل ماهو معيب بغض النظر عمـا مـضى عليه من زمـن، إلا انه فى المقابل فإن تحقيق الاسـتقرار القانونـى فى العلاقات الوظيفية يقتضى الاعتداد بما صدر معيبا، طالما مضت على صدوره فترة من الزمن وذلك للحفاظ على أستقرار المراكـز القانونية، وبناء على ذلك فإنه من المسـتقر عليـه قانونا أن القرارالمعيب لايتحصن في النظام الوظيفـي في العـراق بمضى مدة على خـلاف ماهو عليه الحال في مصر اذ ان القرار الاداري الصادر في مصر يتحصن ضد الطعن والالغاء بمرور ستين يوما على صدوره، ويكون بمنأى عن السحب والتعديـل بعـد مضى هذه المدة رغم ما به من عيب، فضلا عن انه من غير المقبول ان يتحمل الموظف خطـأ جهـة الادارة فى فهم أحكام القانون والتعليمات المالية، وأن تضطرب أحواله المالية ويختل أمر معيشته نتيجة خطأ لا يد له فيه، على أن ضوابط استرداد ما صرف خطأ للموظفين يمكن تحديدها بالنقطتين الاتيتين :

اولا: ما صرف للموظف خطأ لا يسترد منه بعد اكتشاف الخطأ .

أذا ثبت أن الصرف الخاطىء كان نتيجة خطأ غير متعمد وبحسن نية، من القائمين على الصرف بجهة الإدارة فى تطبيق القوانين والتعليمات المالية، وعلى الموظف المستفيد ان يثبت انه لم يكن له يد فى صرف المبالغ التى تقاضاها بدون وجه حق.

ثانيا: ما صرف للموظف خطأ يسـترد منه بعد اكتشـاف الخطأ فى أى وقت، إذا ثبت أن الصرف الخاطىء كان نتيجة غش أو تدليس أو تواطؤ أو سعي غير مشروع من الموظف المستفيد، وأن يثبت أن الـصرف الخاطـىء كان مرجعـه مجاملة بدون سـند من القانون من القائمـين بجهة الادارة على الصرف للموظف المستفيد.

وأيضـا أن يثبـت تعمـد الصرف غير المشروع سـواء من الموظف المسـتفيد أو مـن القائمين على الصرف، من خلال تحقيق تباشره الادارة لتحديد مسـؤولية المسـتفيد ومن شاركوه في أرتكاب هذا الاثم الانضباطي، باعتبار أن هذه الافعال تشـكل مخالفات مالية تختص الادارة وحدها دون غيرها بالتحقيـق فيهـا، وإلا كانت إجراءات المسـاءلة الانضباطية مشـوبة بعيب جوهرى يبطلها .

وتاكيـدا لذلـك قـررت المحكمـة الاداريـة العليـا في العراق بقـرار لها برقـم ٢٠١٨/١٥٦٩ في

٢٠١٨/١١/١٥ ماياتــي:

(الموظف غير مسؤول عن خطا الادارة في احتساب مستحقاته المالية اذا لم يصدر غش او خطا منه) وهذا يؤكد على

ان من حق الادارة تصحيح الخطا الاداري ولكن ليس للادارة اســترجاع المبالغ المســتلمة نتيجة هــذا الخطــا ولم يصدر غش او خطا من الموظف فهو لا يتحمل اخطاء دائرته وليس له يد في صرف هذه المبالغ لذلك قررت المحكمة الغاء قرار الادارة باسترجاع المبالغ الناتجه من الاخطاء الادارية اما اذا كان للموظــف يــد في ايقــاع الادارة بالخطا فانه يكون مســؤولا عن اعادة المبالغ وترســيخا لهذا الاتجــاه هو ماجاء بــه المبدا القانوني الصادر من المحكمة الادارية العليا برقم ٢٠١٨/٨٣٨ بتاريخ ٢٠١٨/٩/٢ (يكون الموظف مســؤولا عن اعادة المبالغ التي اســتلمها جراء ايقاعه الادارة في خطأ احتسابها) .

نشــير في هــذا الصــدد الى ان قرار مجلس الــوزراء رقم ٨١ لســنة ٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١٠/٢/٢٥ قــد نــص على اطفــاء المبالغ التي ســبق وان اســتلمها الموظفون كافــة بعنوان مســتحقات ورواتب ومخصصــات ، وظهــر لاحقا عدم اســتحقاقهم لها نتيجــة خطا الادارة في تقييم الاســتحقاق وذلك اســتنادا الى الصلاحية المخولة لمجلس الوزراء بموجب احكام الفقرة (١١) من (القســم الرابع) من قانون الادارة المالية والدين العام رقم ٩٥ لســنة ٢٠٠٤ المعدل ان هذا القرار صدر لمعالجة حالات ســابقة على صدوره .

امــا اذا كانــت المبالــغ المصروفة هي بناء على تقديم شــهادات مزورة قدمت من الموظف اساســا للتعيــين فــان مجلــس الدولة افتى في قرار اخر في شــان الرواتب المصروفة خطا بناء على شــهادات مزورة

رقم القرار ٢٠١١/٧

تاريخ القرار ٢٠١١/١/٣١

يســتوضح ديــوان الوقف الشــيعي بكتابه المرقــم بـــ(٧١٤/١/١) في ٢٠١٠/٨/٤ ، الرأي من مجلــس شــورى الدولــة اســتناداً الى أحكام البند (خامســاً) من المــادة (٦) من قانــون المجلس رقم (٦٥) لســنة ١٩٧٩ ، في ما اذا كان الموظف المعين بناءً على شــهادة دراســية مزورة يســتحق الراتب والمخصصــات التــي تقاضاهــا مقابــل العمل الــذي اداه في الوظيفة نظراً لحصول حــالات تزوير في الشــهادات الدراســية المعــين بموجبها كثير من الموظفــين (تحت ظروف خاصة) مما شــكل ظاهرة واقعية تحتاج الى المعالجة وان الرواتب والمخصصات التي تسلمها مثل هذا الموظف اثناء وجوده في الوظيفة لاتســترد منه تطبيقاً لمبــدأ الاجر مقابل العمل

حيث ان المادة (الثانية والستين) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ نصت على ان (اذا ثبت بأن شروط التوظيف المنصوص عليها في المادتين (السابعة) و(الثامنة) من هذا القانون لم تكن متوفرة كلها او قسم منها في الموظف عند تعيينه لأول مرة يجب اقصاؤه بامر من سلطة التعيين ....) .

وحيث ان قرارات التعيين المستندة الى وثائق ثبت انها مزورة تعد من القرارات غير المشروعة التي بلغ فيها عيب مخالفة القانون حداً جسيماً وان السحب جزاء عدم المشروعية .

وحيث ان سحب القرار الاداري كمبدأ عام يعني انهاء اثارة باثر رجعي للماضي والمستقبل دون التقيد بمدة معينة .

وحيث استقر الفقه والقضاء في العراق على ان الاعمال التي يقوم بها ذلك الموظف المستوضح عنه تكون ملزمة للادارة طبقاً لنظرية الاوضاع الظاهرة (الموظف الظاهر) .

وتأسيساً على ما تقدم من أسباب , يرى المجلس :ـ

ان الرواتب والمخصصات التي تسلمها الموظف المعين المتقدم بوثائق مزورة يعد اجراً مقابل العمل الذي اداه دون الاخلال بحق الادارة في تحريك الدعوى الجزائية امام القضاء ، وللمجلس رأي في هذا المآل بقراره رقم (١٢/٢٠٠٩) في ٧/٦/٢٠٠٩ ــ انتهى ــ .

المبدأ القانوني

ان قرارات التعيين في الوظائف المستندة الى وثائق ثبت انها مزورة تعد من القرارات المعدومة وجزاؤها سحب القرار ولا تسترد الرواتب والمخصصات التي تسلمها الموظف طيلة مدة خدمته في الدائرة .

من وجهة نظرنا ولغرض السير على مبدأ قانوني لحل هذه الاشكاليات نقول انه:

يمكن تاسيس مطالبة الادارة باسترداد المبالغ المصروفة بخطا من الادارة على اساس القاعدة الواردة في المادة ٢٣٣ من القانون المدني العراقي بعنوان المدفوع دون حق اذ جاء في نص المادة :

١-من دفع شيئا ظانا انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق .

٢-واذا كان من تسلم غير المستحق سيء النية وقت التسلم او بعده فانه يلزم ايضا برد ما استفاده وان هذه المطالبة من جهة الادارة تكون صحيحة بحدود ثلاث سنوات من اليوم الذي علمت به الادارة بحقها في الرجوع ،ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشا فيه حق الرجوع تطبيقا لنص المادة ٢٤٤ من القانون المدني الخاصة بمدة تقادم دعوى الكسب

دون سبب

يتضح من النص في المادة ٢٣٣ انه يفرق بين حسن النية وسوء النية ويمكن القياس على حالة الموظف ان كان سيء النية واستخدم وسائل من الغش او التزوير او التوسط لايقاع الادارة بالخطا فان الجزاء المترتب هو حرمانه من مدة المطالبة التي يمكن للادارة المطالبه بالمستحقات وهي ثلاثة سنوات فتكون المدة مفتوحة لان الغش والتحايل يفسد كل شيء وتطبيقا للقاعدة القصد السيء يرد على اهله.

ثالثا- تقييم مشروعية القرار الصادر من المحكمة الادارية العليا.

يقوم اساس دعوى المحكمة الادارية العليا محل الدراسة والتعليق عليها على اساس التفرقة بين دعويين دعوى استرداد الاموال المصروفة بخطأ من الادارة ودعوى التضمين ورغم ان محل الدعويين واحد وهو اعادة الاموال الى خزينة الدولة الا ان الفارق بينهما كبير من حيث الاساس القانوني والاجراءات والمحكمة المختصة فمن العرض المتقدم ان دعوى التضمين تقام امام محكمة القضاء الاداري وبحضور المدعي العام بعد تقديم تظلم الى جهة الادارة التي اصدرته وبالمدد المحددة قانونا والتي اشير اليها في النقطة الاولى اما دعوى استرداد الاموال المصروفة بخطا من الادارة فانها تقام امام محكمة قضاء الموظفين باعتبارها من دعاوى شؤون الخدمة والتي يجب اقامتها خلال ثلاثين يوما من تاريخ التبلغ بقرار الاسترداد دونما حاجة لتقديم تظلم

وان اعادة هذه المستحقات الى الادارة لايكون مقيدا بدفعها صفقة واحدة او تقسيطها لمدة لاتزيد على خمس سنوات لقاء كفالة شخصية ضامنة او عقارية مع وضع اشارة الحجز بحكم الرهن على العقار عند تقديمه كفالة عقارية تطبيقا لنص المادة ٤ من قانون التضمين وانما يخضع لقانون تحصيل الديون الحكومية رقم ٥٦ لسنة ١٩٧٧ مباشرة ولا يخل ذلك وبموجب المادة ١٤ من القانون المذكور بتطبيق قواعد قانون التنفيذ وقانون المرافعات المدنية فيما لم يرد نص به .

من العرض المتقدم نصل الى نتيجة مفادها ان المحكمة الادارية العليا قد اصابت في حكمها وطبقت صحيح نصوص القانون وان ماتوصلت اليه من تحقيقات ونتائج كان يتفق تماما مع النظام القانوني في العراق.

نامل ان يكون هذا التعليق فيه فائدة علمية وقدم دراسة وجيزة عن مداخلات استراد اموال الدولة المصروفة بخطا من الادارة ومن الله التوفيق.

اشراقات قانونية

الأستاذ (منير القاضي)

بقلم الدكتور جليل الساعدي
كلية القانون جامعة بغدد

- ولـد الأسـتاذ منـير القاضي في بغداد عـام (١٨٩٢ م) وتوفي عـام (١٩٦٩م) وهو: منير بن خـضر بن يوسـف القـاضي البغدادي وهو من اسرة يرجع نسـبها الى الفقيـه الاديب احمد الحموي شـارح كتاب الاشباه والنظائر.
- تخرج من كلية الحقوق في بغداد عام (١٩٢٥ م) وكان الأول على دفعته، ثم عمل في السلك القضائي وأصبح عضوا في المجمع العلمي العربي في دمشـق، وبعدها تولى رئاسـة المجمع العلمي العراقي لعدة مرات.
- كان والـده أحـد قضـاة بغداد وقـد وصل الى مرتبة عاليـة في مجلس التمييز، وهو شـقيق الوزير والحقوقي نوري القاضي الذي أسهم مع العلامة السنهوري في وضع القانون المدني العراقـي (رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ المعدل).
- في عـام (١٩٢٩م) اُختـير الأسـتاذ منير القاضي من بين اقرانه ليشـغل منصب مدير اوقاف بغداد.
- في عـام(١٩٣٢م) لاحظـت وزارة العدلية ان هناك تراكمـا في الدعاوى الحقوقية في محكمة بـداءة بغـداد مما أدى الى التأخير في حسـم الدعاوى، فأصدرت قـرارا بتعيينه قاضيا لهذه المهمة العسيرة.
- في عـام(١٩٣٥م) وعندمـا كان العلامـة السـنهوري عميـدا لكليـة الحقوق في بغـداد تولى الأسـتاذ منير القاضي التدريـس في الكلية.
- وفي عام(١٩٤٠م) شغل الأستاذ منير القاضي منصب عميد كلية الحقوق في بغداد.
- ولـه إصـدارات علمية كثيرة ، ولعـل اهم مؤلفاته العلمية والتي يشـار اليهـا بالبنان حتى يومنا هذا كتابه الموسـوم (مجمع البحرين في القانون المدني) الذي يُعد من اقدم المؤلفات العلميـة في العـراق التي تناولت شرح القانون المدني العراقي (رقـم ٤٠ لعام ١٩٥١ المعدل) .
- في عـام(١٩٥٤م) ودع الأسـتاذ منـير القاضي عمادة كلية الحقوق في بغداد، حيث اسـند له منصـب رئيـس ديوان مجلس الوزراء، ثم تقلد منصـب وزير المعارف عام (١٩٥٥م).
- وقد بلغ الأستاذ منير القاضي سن التقاعد في عام(١٩٥٨م).
- وكان له مجلس ثقافي اسبوعي في بيته الكائن في محلة الشيخ بشار، ثم انتقل به الى مسكنه الجديد في محلة نجيب باشا حتى وفاته عام (١٩٦٩م).
- رحم الله الأستاذ منير القاضي الذي ترك اثرا علميا وقانونيا يُنتفع به حتى يومنا هذا.

الفهرست

ضوابط النشر في مجلة المعهد القضائي ٩

كلمة السيد رئيس التحرير القاضي الدكتور فائق زيدان ١١

حوار مع مدير عام المعهد القضائي السيدة فاتن محسن هادي..... ١٣

البحوث

صور الجرائم ضد الإنسانية... سبايكر أنموذجاً / القاضي ياسر فنطيل حامد الخزاعي..... ٢٠

المستخلص ٢١

المقدمة..... ٢٢

أهداف البحث ٢٣

إشكالية البحث..... ٢٣

أهمية البحث ٢٣

المنهجية المتبعة في كتابة البحث ٢٣

مفهوم الجرائم ضد الإنسانية ٢٤

صور الجرائم ضد الإنسانية وموقف القضاء العراقي منها..... ٢٤

صور الجرائم ضد الإنسانية وموقف القضاء العراقي منها..... ٢٥

المطلب الأول : الجرائم الماسة بالسلامة الجسدية..... ٢٦

الفرع الأول : جريمة القتل العمد ٢٦

الفرع الثاني : جريمة الإبادة..... ٣٠

الفرع الثالث : التعذيب ٣٢

الفرع الرابع : جرائم العنف الجنسي..... ٣٤

المطلب الثاني : الجرائم الماسة بالحرية ٣٨

الفرع الأول : جريمة الاسترقاق..... ٣٨

الفرع الثاني : جريمة إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان..... ٣٩

الفرع الثالث : جريمة السجن والحرمان من الحرية الشخصية..... ٤٢

الفرع الرابع : جريمة الإخفاء القسري للأشخاص ٤٣

الفرع الخامس : جريمة الاضطهاد ٤٥

الفرع السادس : جريمة الأفعال اللاإنسانية الأخرى ٤٧

المطلب الثالث : جريمة سبايكر أنموذجاً حديثاً للجريمة ضد الإنسانية..... ٤٨
الفرع الأول : مدى انطباق الأركان الخاصة للجريمة ضد الإنسانية على جريمة سبايكر ٤٩
الفرع الثاني : جدوى إجراءات المحكمة الجنائية الدولية بخصوص جريمة سبايكر..... ٥٢
الفرع الثالث : موقف القضاء العراقي من جريمة سبايكر..... ٥٨
الخاتمة..... ٦٠
المصادر ٦٦
احكام حبس المدين في القانون العراقي / القاضي محمد غالب هاشم فليح ٧٢
المستخلص ٧٣
المقدمة :..... ٧٤
المبحث الاول : مفهوم حبس المدين ٧٧
المطلب الاول : التعريف بالحبس وتمييزه عن الأوضاع الأخرى ٧٧
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لحبس المدين ومشروعيته ومبرراته ٨١
المطلب الثالث : التأصيل التاريخي لحبس المدين وأطراف المعاملة التنفيذية..... ٨٥
المبحث الثاني : أحكام حبس المدين تنفيذا ٩٣
المطلب الاول : شروط الحبس وموانعه ٩٣
المطلب الثاني : السلطة المختصة باصدار قرار الحبس ومدته واثاره..... ١١٢
المطلب الثالث : حالات اخلاء سبيل المدين وطرق الطعن بقرار الحبس..... ١١٧
الخاتمة ١٢٢
قائمة المصادر والمراجع :..... ١٢٦
توحيد الدعاوى الشرعية للارتباط / القاضي احمد محمود عبد التميمي..... ١٣١
المستخلص ١٣٢
اهداف البحث ١٣٣
اشكالية البحث..... ١٣٣
اهمية البحث ١٣٣
منهج البحث ١٣٣
المقدمة ١٣٤
المبحث الأول : اجراءات اقامة الدعوى ١٣٥
المطلب الأول : توحيد دعويين شرعيتين لارتباطهما..... ١٣٦

البند الأول: تعريف الارتباط وأحكامه ١٣٦
البند الثاني : شروط توحيد الدعاوى لارتباطها ١٣٨
المطلب الثاني : إجراءات المحكمة عند التوحيد ١٤١
المبحث الثاني : سلطة المحكمة في التوحيد ونظر الدعويين الموحدتين والحكم فيها ١٤٣
المطلب الأول : قرارات المحكمة في التوحيد والطعن فيها ١٤٣
المطلب الثاني : نظر الدعويين الموحدتين والحكم فيهما ١٤٥
المطلب الثالث : موقف القضاء العراقي من توحيد الدعويين الشرعيتين لارتباطهما ١٤٧
الخاتمة ١٥٠
المصادر ١٥١
مخاصمة الشخص المعنوي / القاضي عواد حسين ياسين العبيدي ١٥٢
المستخلص ١٥٣
المقدمة ١٥٤
المبحث الأول : مفهوم الشخص المعنوي ١٥٦
المطلب الأول : تعريف الشخص المعنوي ١٥٦
المطلب الثاني : تحديد الأشخاص المعنوية ١٥٩
المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للشخص المعنوي ١٦٠
الفرع الأول : اتجاه انكار فكرة الشخصية المعنوية ١٦١
الفرع الثاني : اتجاه الشخصية الافتراضية او المجازية ١٦٢
الفرع الثالث : إتجاه الشخصية الحقيقية ١٦٤
المبحث الثاني : إجراءات مخاصمة الشخص المعنوي ١٦٦
المطلب الأول : إقامة الدعوى من قبل الشخص المعنوي ١٦٧
المطلب الثاني : أهلية اختصام الشخص المعنوي ١٦٩
المطلب الثالث : الاهلية الإجرائية للشخص المعنوي ١٧٣
الخاتمة ١٧٦
المصادر ١٧٨
عوارض الخصومة في الدعوى المدنية / القاضية زينب صبيح كاظم ١٨١
المستخلص ١٨٢
المقدمة ١٨٣

اهمية البحث ١٨٤
المبحث الاول : انعدام الخصومة اونقصانها ١٨٥
المبحث الثاني : الدفوع التي ترد على الخصومة ١٩٢
المبحث الثالث : اثر الخصومة في وقف المرافعة او انقطاعها ١٩٥
الخاتمة..... ٢١١
المصادر ٢١٣
واجب الادعاء العام في حماية الدستور / أ.د. علي هادي عطيه الهلالي ٢١٦
المستخلص ٢١٧
المقدمة..... ٢١٨
الخاتمة..... ٢٢٥
المصادر:..... ٢٢٦
الأمان التعاقدي في العقود الذكية (دراسة مقارنة)
الأستاذ الدكتور جليل حســـن الســـاعدي
باحث دكتوراه عمار عبد الحسين علي شاه..... ٢٢٧
المستخلص ٢٢٨
المقدمة..... ٢٢٩
المبحث الأول : الاطار المفاهيمي للعقود الذكية ٢٣٠
المطلب الأول : تعريف العقود الذكية ٢٣٠
المطلب الثاني : خصائص العقود الذكية ٢٣٩
المبحث الثاني : مظاهر الأمان التعاقدي في إبرام وتنفيذ العقود الذكية..... ٢٤٦
المطلب الأول : الأمان التعاقدي في مرحلة إبرام العقود الذكية ٢٥١
الفرع الأول : مرحلة المفاوضات الذكية..... ٢٥١
الفرع الثاني : مرحلة الإتمام الذكي..... ٢٥٨
المطلب الثاني : الأمان التعاقدي في مرحلة تنفيذ العقود الذكية ٢٦٦
الخاتمة..... ٢٧٥
قائمة المراجع ٢٧٨

الآثار القانونية لجائحة كورونا على العقود الحكومية
الطالب: محمد شاكر محمود حسن ٢٩٥
المستخلص ٢٩٦
المبحث الأول : مفهوم جائحة كورونا والعقود الحكومية ٣٠٠
المطلب الأول : مفهوم جائحة كورونا والطبيعة القانونية للجائحة..... ٣٠٠
الفرع الأول : تعريف جائحة كورونا وشروطها ٣٠٠
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لجائحة كورونا ٣٠٤
المطلب الثاني : مفهوم العقد الحكومي ٣١٣
الفرع الأول : تعريف العقد الحكومي ٣١٣
الفرع الثاني : خصائص العقود الحكومية وأنواعها ٣١٧
المصادر ٣٢٤
إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات/الطالب هاشم يوسف كطان.... ٣٣٠
المستخلص ٣٣١
المقـــدمـــــة ٣٣٣
سادساً :-خطة البحث:- ٣٣٤
المبحث الأول : مفهوم قيد التسجيل العقاري وخصائصه..... ٣٣٥
المطلب الأول : قيــد التسجيل العقاري وخصائصه..... ٣٣٥
الفرع الأول : قيـــــــد التسجـــــــيل العقـــــــــاري ٣٣٧
الفرع الثاني : خصائص قيد التسجيل العقاري ٣٤٢
المطلب الثاني : مفهوم إبطال قيد التسجيل العقاري ٣٤٨
الفرع الأول : إبطـــــال قيد التسجيـــــل العقاري ٣٤٨
الفرع الثاني : أنواع إبطال قيد التسجيل العقاري ٣٥٥
المصادر والمراجع ٣٦٥

المبادئ

مبادىء القضاء الدستوري..... ٣٧٠
المبادئ المستخلصة من بعض قرارات المحكمة الاتحادية العليا..... ٣٧١
عرض القاضي الدكتور حيدر علي نوري..... ٣٧١

نظرية الدستور الحي..... ٣٧٥
المبادىء التمييزية..... ٣٧٨
-١-..... ٣٧٩
-٢-..... ٣٨٢
-٣-..... ٣٨٧
-٤-..... ٣٨٨
مبادىء القضاء الاداري..... ٣٩١
تغيير سن الإحالة على التقاعد..... ٣٩٢
الفرق بين دعوى الاسترداد ودعوى التضمين..... ٣٩٤
اشراقات قانونية..... ٤٠٠