مجلة

مجلة

المعهد القضائي

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

- **أحكام تشغيل العمال الأجانب في التشريع العراقي**
- **تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية**
- **فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية**
- **الحماية الجنائية للطفل في القانون العراقي**
- **الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة في القانون العراقي**
- **الآثار القانونية المترتبة على سلب وإيقاف الولاية وموقف القضاء العراقي**
- **الطعن لمصلحة القانون وفقاً لأحكام قانون الادعاء العام النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧**
- **الاثار القانونية لجائحة كورونا على العقود الحكومية/ الجزء الثاني**
- **إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات / الجزء الثاني**
- **محور مبادئ القضاء الدستوري**
- **محور المبادئ التمييزية**
- **محور مبادئ القضاء الاداري**

مجلة علمية نصف سنوية – العدد (١) اذار لسنة ٢٠٢٣

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق [٢٥٦٤]

الترميز الدولي **ISBN 978-9922-9955-6-4**

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – العدد (١) اذار لسنة ٢٠٢٣

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 علي فوزي ابراهيم

أ.د.رائد ناجي احمد

أ.د. أكرم محمد حسين التميمي

أ.م. د. محمد حميد عبد

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – العدد (١) اذار لسنة ٢٠٢٣

الهيـــأة الاستشـــــــارية

القاضي كاظـم عباس حبيب

القاضي محمد سلمان محمد

القاضي نـاصر عمران طاهر

القـاضي عـلي كمـال جابـر

القـاضي إيـاد محسـن ضمد

مجلة

المعهد القضائي

مجلة علمية نصف سنوية – العدد (١) اذار لسنة ٢٠٢٣

وحدة ادارة المجلة

سكرتير التحريـــــــر : رائد عصام جلال

مسؤول العلاقـــــــات : محمد زنزل رعد

التدقيق اللغوي : د. حسن زهراو غانم

الترجمة : د. خنساء محمد جاسم علي

طبـع : دار الوارث للطباعة النشر

التصميم والاخراج الفني : محمد عباس العامري

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. يجب أن يكون خط البحث المرسـل من قبل الباحث عربي من نوع (Simplified Arabic) بحجم ١٤ والهامش حجم ١٢. ويكون ترتيب الهوامش تسلسـلياً في كل صفحة.
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.

الترشيح والتكليف دستورياً

المادة ٧٦ الفقرة (اولاً) من الدستور تضع نص حاكم بعنوان (يكلف) رئيس الجمهورية (مرشح) الكتلة النيابية الأكثر عددا بتشكيل مجلس الوزراء (التي نرى انها الكتلة الفائزة في الانتخابات وليس التي تتشكل فيما بعد حسب رأي المحكمة الاتحادية الذي لا نتفق معه بخصوص تفسير مفهوم الكتلة النيابية الأكثر عدداً) وكلمة (مرشح) تعني ان جهة ما رشحته والفقرة (اولاً) أعلاه حددت الجهة المختصة بالترشيح وهي (الكتلة النيابية الأكثر عدداً) اما ما ورد في الفقرات (ثالثاً) بالنص على (مرشحًا جديدًا) و (خامساً) بالنص على (مرشح اخر) فإنها تعني (تكليف) (مرشح جديد) من الكتلة المنصوص عليها في الفقرة (اولاً) اي الكتلة النيابية الأكثر عدداً بمعنى ان (المكلف) من رئيس الجمهورية يجب ان (يرشح له) من كتلة نيابية ومن غير المنطقي قبول فرضية ان (يكلف) رئيس الجمهورية (مرشح من قبله) بتشكيل مجلس الوزراء لأن هذا يعني ان (رئيس الجمهورية هو من يرشح لنفسه شخص معين وبنفس الوقت هو من يكلف هذا المرشح) وهذا لا ينسجم مع منطق العقل ولو كان قصد المشرع الدستوري انفراد رئيس الجمهورية بترشيح وتكليف شخص ما بتشكيل مجلس الوزراء بدون الرجوع الى الكتلة النيابية الاكثر عدداً كان ممكن ان ينص على ذلك بمصطلح او بتعبير آخر غير مصطلح (المرشح) اضف الى ذلك ان انفراد رئيس الجمهورية (بالترشيح والتكليف) يتناقض مع نظام الحكم في العراق الذي رسمت شكله المادة من الدستور بالنص على ان (نظام الحكم جمهوري نيابي برلماني) ومن ابجديات هذا النظام ان تتم تسمية(مرشح) منصب رئيس مجلس الوزراء من خلال الكتل او الاحزاب السياسية المكونة للبرلمان بعكس (النظام الرئاسي) الذي ينفرد فيه رئيس الجمهورية بتسمية رئيس مجلس الوزراء . ومن ذلك نستنتج ان تكرار النص على كلمة (يكلف) رئيس الجمهورية وتكرار كلمة (مرشح) في الفقرة (اولاً) و (مرشح جديد) في الفقرة ثالثًا و (مرشح اخر) في الفقرة خامساً من المادة (٧٦) من الدستور كان قصد المشرع الدستوري منه هو ان دور رئيس الجمهورية ينحصر في (التكليف) فقط اما حق (الترشيح) يكون من قبل الكتلة المنصوص عليها في الفقرة (اولاً) من المادة (٧٦) التي ينسحب مفهومها على الفقرات (ثالثاً) و(خامساً) من المادة (٧٦) من الدستور .

وحق (الترشيح) لا ينتقل الى رئيس الجمهورية مطلقاً حتى عند اخفاق رئيس مجلس الوزراء المكلف في تشكيل الوزارة وانقضاء مدة الثلاثون يوما المنصوص عليها في الفقرة (ثانيًا) من المادة(٧٦) من الدستور ولا نتفق مع التفسير الوارد في قرار المحكمة الاتحادية العليا بالرقم ٢٩ /

اتحاديـة/٢٠٢٠ في ١٦ آذار ٢٠٢٠ بخصوص انتقـال (الصلاحية الحصرية) الى رئيس الجمهورية بتكليـف (مرشـح جديـد) لأن هذا التفسـير غير صحيح كـون صلاحية رئيـس الجمهورية تنحصر (بالتكليـف) فقط دون (الترشـيح) للأسـباب المتقدم ذكرها سـيما وان هذا القرار ولـد (ميتاً) لأنه معـدوم لصـدوره عن محكمة غير مكتملة النصـاب وشرط الانعقاد المنصوص عليه في المواد (٣و٥) مـن قانـون المحكمة المذكورة رقم (٣٠) لسـنة ٢٠٠٥ بسـبب اشـتراك احد القضـاة المتقاعدين من محكمـة التمييـز الاتحاديـة في اصدار هذا القرار بدون وجود سـند قانوني يجيز ذلك .

القاضي الدكتور
فائق زيدان
رئيس التحرير

إضاءة إبداعية يتبناها المعهد القضائي

دأب المعهـد القضائـي خـلال مسـيرته التعليميـة والتدريبيـة على الإحاطـة بكل زوايـا المنحى الأكاديمـي، وبما يخدم منظومة القضاء من خـلال رفدها بالقضاة الجدد، فضلاً عن تنمية القدرات البشريـة والمهـارات الاحترافية لدى الموظفين عموماً، وليس الأمر مقتصراً على ما تقدم، بل اتسـعت دائرة الاهتمام ومحاولات إيجاد السـبل والمشـاريع التي من شـأنها الارتقاء بواقع المعهد القضائي والتثقيـف القانونـي على مختلـف الاصعدة، فكان من ذلـك إقامة التعاون المثمر مـع منصة تطبيق "قانونجي"، نظراً لما يقدمه من محتوى قانوني بأسلوب تِقنيّ حديث تُمكّن المتصفح له من الإطلاع على مجموعة كبيرة من متون القوانين، والتشريعات، والقرارات، وغيرها كثير، ممن له إتصال مباشر في الثقافـة القانونية، فمن المهام الأساسـية التـي يضطلع بها المعهد القضائي، ويحرص على تنميتها هـي بنـاء قاعـدة رصينة للثقافة القانونية التي يتسـلح بها كل طالب من طلبـة المعهد القضائي؛ لما تشـكله هذه الثقافة من أهمية بالغة تسـاهم في بناء شـخصية الطالب وصقله من الناحية القانونية، وجعله أكثر إدراكاً واسـتيعاباً لما يتلقاه من الدارسـة النظرية والتدريب العملي في المعهد القضائي، فـإن سـهولة الإطلاع على الموقـع المذكور يقلل معدل الجهـد المبذول من الطلبـة، وذلك لكون وقت دراسـة الطالب في المعهد القضائي يكون ضمن سـقف محدد سـلفاً، حيث يُقسم إلى قسمين التدريب الصباحـي العملي في المحاكم، والدراسـة النظرية في المعهد القضائي مسـاءً حيث لايوجد متسـع من الوقـت لطلبـة المعهد بالذهـاب إلى المكتبات القانونيـة للحصول على متطلباتهم مـن الكتب والمراجع القانونيـة، والتي يقدمها موقع "قانونجي" بصورة مبسـطة للغاية.

ومنـذ أن تأسـس المعهـد القضائي بموجب القانون رقم ٣٣ لسـنة ١٩٧٦ لم يتـم الإهتمام بهذا المفصل، ونقصد به تطوير قابلية الشـخصية القانونية لطلبة المعهد القضائي، حيث الاكتفاء بقبول الطلبة، وإكمال دراسـتهم بحسـب المناهج المقررة، ومن ثم التخرج من المعهد، ولكن بعد ضمّ المعهد القضائي إلى مجلس القضاء الأعلى بموجب القانون رقم ٧٠ لسنة ٢٠١٧، وبإشراف مباشر من لدن السـيد رئيـس مجلس القضاء الأعلى القـاضي الدكتور فائق زيدان المحـترم، أصبحت ضمن أولويات المعهـد القضائـي هي العمل الجـاد على تكوين وبنـاء الشـخصية القانونية لطلبة المعهـد القضائي بالشكل الذي تمكنه من القيام بمهامهِ المستقبلية في سوح القضاء على أحسن وجه، وهذا ما سيجده الطالـب ليكون بمسـتوى الوعي القانوني القادر على إجـادة عمله من خلال المثاقفة والبحث العلمي والتزود من الخدمات المعرفية التي يوفرها تطبيق "قانونجي" هذا فضلاً عما تحتويه مكتبة المعهد

من أمهات الكتب القانونية والمصادر المعتبرة التي تحقق الغاية المنشودة التي نتطّلع لها، وهي رفع مستوى الثقافة القانونية لطلبة المعهد؛ لما تقدمه هذه الثقافة من دور تتضح فائدته في تشجيع طلبة المعهد على إعداد البحوث التي تتطلبها الدراسة في المعهد، واكتساب مهارة كتابة المقالات القانونية المختصة.

كما أن انعكاس التعاون القانوني بين المعهد القضائي وموقع تطبيق "قانونجي" يأخذ أبعاداً أخرى على مستوى سياق الأهداف الرئيسة التي تسعى إليها الهيئة التدريسية في المعهد القضائي (السادة القضاة/ والاساتذة الاكاديميين) عبر سلسلة المقالات القانونية والرؤى المستقبلية المرتقبة التي سينتجها هذا التعاون الهادف.

إن هذه الإشراقة المعرفية غايتها تنمية القدرات البشرية في مجال التطبيقات القضائية، وهي علامة مضيئة أخرى تضاف إلى سجل الإنجازات التي نطمح الى استدامة فاعليتها الآن، وفي المستقبل.

فاتن محسن هادي
مدير التحرير

أحكام تشغيل العمال الأجانب في التشريع العراقي

القاضي احمد محمود عبد التميمي

المستخلص

تظهر أهمية دراسة التنظيم القانوني لتشغيل العمال الأجانب في العراق ومكانة هذه الدراسة في بيان الشروط والإجراءات الواجب اتباعها عند استقدامهم ومعرفة مخاطر هذه العمالة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والأمنية على البلاد في حال عدم اتباع الجهات المختصة للضوابط والأصول التنظيمية لهم، وازدياد وجود هذه العمالة على خلاف الاحتياج الفعلي لسوق العمل.

وان ذلك يؤدي الى تفاقم تلك المخاطر بسبب منافسة العمالة الوافدة للعمالة الوطنية التي تؤدي حتماً الى تفاقم البطالة في البلاد وبالتالي ارتفاع نسبة الجريمة فيه.

وان الوقوف على كل هذه الآثار السلبية لهذه العمالة الأجنبية وتشخيصها يمكننا من وضع الحلول والمعالجات الناجعة في ذلك من خلال تطبيق الأحكام القانونية لاستقدام هذه العمالة وتشغيلها وفرض الجزاء الجنائي من قبل المحكمة المختصة على من يخالف تلك الأحكام والتعليمات الخاصة بذلك.

Abstract

The importance of studying the legal regulation of employing foreign workers in Iraq as well as the its position in stating the conditions & procedures to be obeyed when they are brought، and being aware of economic، political، social & security dangers of this labor in case the relevant authorities don't follow the regulatory controls، and their numbers have exceeded the job market's need.

And that leads to the aggravation of these dangers because of the competition of the foreign workers with the national ones which inevitably leads to the aggravation of joblessness in the country and therefore the crime rate goes up in it.

Diagnosing all these negative effects made by foreign workers، we can have successful solutions & treatments through applying legal provisions of having those workers brought & employed، and imposing criminal penalty by the authorized court against anyone who violates these provisions & instructions in that concern.

المقدمة

ان العمل حق لكل مواطن قادر عليه، وتعمل الدولة على توفيره على أساس تكافؤ الفرص دونما أي تمييز بين الأفراد، ونتيجة للتحولات الجذرية التي شهدها العراق بعد تبدل النظام السياسي فيه عام ٢٠٠٣ وما رافق ذلك من انفتاح البلاد على الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية كافة، فقد انتعش تدفق العمالة الأجنبية الوافدة اليه لتغطية العجز أو النقص في الموارد البشرية الوطنية وللنهوض بمتطلبات التنمية الصناعية والاقتصادية في البلاد، وقد تدخل المشرع لوضع السياسة التشريعية المناسبة لتنظيم استقطاب العمالة الوافدة وسبل تشغيلها، بما يجعلها غير منافسة للعمالة الوطنية، ولتجنب آثارها السلبية ومخاطرها على المجتمع في الأصعدة كافة، ولا يكون ذلك الا بوضع الخطط والضوابط الكفيلة لملاقاة تلك الآثار.

وان للسلطات الحكومية المختصة الدور الرائد في ذلك من خلال التقييم العملي والعلمي لآليات استقطاب هذه العمالة وتنظيمها من خلال وضع القواعد القانونية والتعليمات التي تحدد شروط دخولها الى العراق وتشغيلها واجراءاتها ومسائلة من خالف ذلك جنائياً.

وبغية الاحاطة بموضوع البحث من جوانبه كافة آثرنا أن نقسمه على مبحثين: خصصنا الأول منهما بتعريف العمالة الأجنبية وشروط استقدامها الى العراق واجراءاته، أما الآثار السلبية ومخاطر هذه العمالة والجزاء المترتب على مخالفة أحكام تشغيلها فكان من نصيب المبحث الثاني، ثم ختمنا الدراسة بخاتمة تضم ما توصلنا اليه من نتائج ووضعنا التوصيات في ذلك وكالآتي:

٠١ أهداف البحث:

تهدف هذه الدراسة الى معرفة الطريقة الصحيحة السليمة لاستقدام العمالة الأجنبية الوافدة الى العراق والاجراءات القانونية التي يجب مراعاتها في ذلك، وبيان مخاطرها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية، اذا ما زادت وأصبحت عمالة سائبة في سوق العمل، ووضع الحلول الناجعة لمعالجة ذلك وبالتالي الحد من مخاطر هذه العمالة على المجتمع.

فضلاً عن معرفة الجزاء المترتب على مخالفة أحكام تشغيل هذه العمالة والمحكمة المختصة في فرضه، وفي النهاية بينا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية من مبادئ والتي تعد دليل عمل لمحاكم الموضوع.

٠٢ إشكالية البحث :

على الرغم من أهمية تدفق العمالة الأجنبية الى العراق للاستفادة من مؤهلاتها العلمية والفنية في العمل وسد النقص في سوق العمل من الموارد البشرية الوطنية فان لهذه العمالة مخاطرها

اذا مـا تدفقـت بأعداد كبيرة ومن دول متعـددة مع غياب الخطط والتنظيم العمـلي والعلمي لآليات اسـتقطابها، وعـدم معالجة ذلك بالشـكل المقبـول في نصوص قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسـنة ٢٠١٥ والقوانين ذات العلاقة مع ضعف الرقابة الحكومية أو عجزها عن السيطرة الفعلية على هذه العمالة في داخل العراق.

٠٣ أهمية البحث:

تبـدو أهميـة البحث من خلال الكشـف والوقـوف على أهم المشـكلات العمليـة والقانونية التي تواجـه البـلاد أثناء تدفق العمالة الأجنبيـة الوافدة اليه في ظل غياب التقييـم العلمي والعملي لآليات تنظيمها واسـتقطابها، الأمر الذي معه يعرض اقتصاد الدولة وأمنها الاجتماعي والسـياسي للخطر. ومـن هنـا تظهر أهمية البحث في تشـخيص هـذه المخاطر وايجـاد الحلول الناجعة لهـا التي تكفل المحافظـة عـلى أمن الدولـة في قطاعاتها كافة من مخاطر هذه العمالـة. وان للقضاء الدور الفعال في ذلك من خلال فرض الجزاء العادل على من يخالف القوانين والتعليمات التي تنظم استقدام العمال الأجانب في العراق وتشـغيلهم.

٠٤ منهجية البحث:

لأهمية موضوع التنظيم القانوني لتشغيل العامل الأجنبي في التشريع العمالي العراقي في الواقع العملي فقد اتبعنا المنهج التحليلي الوصفي من خلال تحليل النصوص القانونية التي عالجت الموضوع ابتداءً من قانون العمل النافذ ومروراً بقانون الاقامة والتعليمات الخاصة بممارسـة الأجانب العمل في العراق وما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية من مبادئ قانونية رصينة في ذلك والتي تكون منهاج عمل لمحاكم الموضوع.

المبحث الأول

تعريف العمالة الأجنبية وشروط استقطابها الى العراق واجراءاته

يعد تشـغيل الأجانب في العراق عملاً اسـتثنائياً، اذ ان تشـغيل العامل الوطني أولى منه، لأن من واجبـات الدولـة توفير فرص العمل لمواطنيها[١]. الا انه ولاعتبارات وجدها المشرع جديرة بالاهتمام سـمح باسـتقطاب العمالة الأجنبية وتشغيلها في البلاد ووضع شروطاً واجراءات لتنظيم استقدامها وعملها، فما هو تعريف العمالة الأجنبية؟ وما هي اعتبارات تشـغيلها؟ وما هي شروط اسـتقدامها الى العراق واجراءاته؟ هذا ما سنسـلط الضوء عليه في المطلبين الآتيين:

١- نصـت المـادة مـن قانون العمل عـلى: (العمل حق لكل مواطـن وتعمل الدولة على توفيره على أسـاس تكافؤ الفرص دونمـا أي نوع من أنواع التمييز).

المطلب الأول

تعريف العمالة الأجنبية واعتبارات تشغيلها

أولاً : تعريف العمالة الأجنبية:

يقصد بالعمالة الأجنبية أو كما تسمى بالعمالة الوافدة والعمالة المهاجرة: كل شخص غير عراقي يتواجد على أرض العراق للعمل في مؤسسة حكومية أو أهلية أو كان تابعاً للعامل من أفراد عائلته بغض النظر عن جنسه وجنسيته وديانته[١] . فالعمالة الأجنبية والحالة هذه تشمل العامل القادم الى البلد ليمارس عمله فيه ومن يتبعه من أفراد عائلته كزوجته وأولاده وغيرهم[٢] .

في حين عرف قانون العمل العراقي رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥ العامل الأجنبي: كل شخص طبيعي لا يحمل الجنسية العراقية يعمل أو يرغب بالعمل في العراق بصفة عامل بخلاف عمل لا يكون لحسابه الخاص[٣]. أما قانون اقامة الأجانب رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ فقد عرف الأجنبي وخص به الشخص الطبيعي الأجنبي دون المعنوي[٤] ، وقال بأنه: كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق[٥]. وقد هدف هذا القانون الى تنظيم دخول الأجنبي الى جمهورية العراق وخروجه منها، محدداً سبل سمات الدخول والمغادرة للأجنبي من والى العراق وضوابطهما، فضلاً عن تنظيم اقامة الأجنبي فيه[٦] ، ويسري ذلك على الأجنبي الذي يدخل العراق لغرض العمل أو لغيره من الأغراض.

وعرف الأجنبي في تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق المعدلة رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧، التي لا زالت سارية المفعول بأنه: كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية أو جنسية أحد الأقطار العربية ويرغب بالعمل في العراق بصفة عامل في القطاع الخاص أو المختلط أو التعاوني[٧] .

ويظهر واضحاً ان المشرع العراقي كان ينظر للعربي بأنه ليس كالأجنبي، وعامله معاملة العامل العراقي في الحقوق والواجبات المقررة له قانوناً مع منحه حرية التنقل والاقامة، وتقريره عدم الحاجة لحصوله على اجازة عمل اذا رغب العمل في البلاد[٨]. ولكون القانون يقدم على التعليمات

١- وان مفهوم العامل الأجنبي يتوافق والعامل الوافد، فالأجنبي هو من لا يتمتع بجنسية الدولة التي يتواجد فيها. د. علي عوض حسن: مختصر الوجيز في شرح قانون العمل، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠٠١ ، ص٩٨.

٢- د. ابراهيم بن عبد الكريم بن عيان : العمالة الوافدة في المملكة العربية السعودية والآثار السلبية المترتبة على وجودها وأدوار المؤسسات التربوية في الحد من استقدامها وتلافي آثارها، جامعة الشقراء، السعودية، ص٤.

٣- المادة (١/٢٣) من قانون العمل النافذ.

٤- المادة (١/أولا) من قانون اقامة الأجانب رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.

٥- المادة (١/ثانياً) من القانون نفسه.

٦- المادة من القانون نفسه.

٧- المادة (١/أولا) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧.

٨- د. صبا نعمان رشيد الويسي: قانون العمل، مكتبة النور، بغداد، ٢٠٢١، ص٢٠.

في التطبيـق فيكون التعريف الـوارد فيه هو المعول عليه وهو الذي يسري وليس التعريف الوارد في التعليمات.

وبنـاءً عـلى ذلـك فان مصطلح العامل الأجنبـي ورد في الفصل الخامس من قانـون العمل النافذ وهو لفظ عام يشـمل العامل العربي وكذلك العامل الأجنبي من بلاد غير عربية على السـواء، وان ما قرره من أحكام لتشـغيل هؤلاء العمال الأجانب تسري عليهما دون اسـتثناء[١].

وقـد عرفـت الاتفاقية الدوليـة لحقوق العمـال المهاجرين وأفراد أسرهم لسـنة ١٩٩٠ والمقررة مـن قبـل الأمم المتحدة التي دخلت حيز التنفيذ في ١ تموز عـام ٢٠٠٣ وفي المادة الثانية منها العامل المهاجر بأنه (الشخص الذي سيزاول أو يزاول أو ما برح يزاول نشاطاً مقابل أجر في دولة ليس من رعاياها). اذ لاقت مشـكلة العمال المهاجرين اهتمام الأمم المتحدة منذ السـبعينات، ففي عام ١٩٧٨ عقـد في جنيـف أول مؤتمر عالمـي لهذا الغرض الذي أوصى بأن تقوم الأمـم المتحدة بوضع مشروع اتفاقيـة حقوق العمـال المهاجرين وكان من نتائجها الاتفاقية المذكورة[٢] .

وكان من الأهداف الرئيسـة لمنظمة العمل الدولية المحددة في المادة (٤٢٧) من معاهدة فرسـاي هـو ضمـان معاملة اقتصادية عادلة للعمال الأجانب المقيمين اقامة قانونية في داخل كل دولة[٣].

فالعمالة الأجنبية أو الوافدة أو العمالة المهاجرة هم الأفراد الذين دخلوا العراق بطريقة قانونية أو غـير قانونيـة لغـرض العمل فيه وذلك عبر المنافذ الحدودية سـواء كانوا مـن جنس الذكور وهم الأغلب أو جنس الاناث[٤] .

ومهما قيل، يبقى العامل الأجنبي الذي يسمح له بالعمل في العراق بعد حصوله على اجازة عمل، يتمتـع بالحقـوق المقررة للعامل العراقي كافة بموجب قانـون العمل النافذ والتشريعات ذات الصلة ويترتب عليه الواجبات نفسها[٥].

١- في حـين نصـت المادة الخامسـة المعدلة من قانون العمل الملغي رقم ١٥١ لسـنة ١٩٧٠ عـلى ان وحدة الطبقة العاملة العربية، حقيقية، موضوعية، تاريخية، أصيلة، تتحدى واقع التجزئة الراهنة وتتخطاه وتجسد الارادة الكلية والمصلحة الحياتيـة لجماهير العمال العرب، بوحدة الأمة العربية ووحدة الوطن العربي.

٢- ولديهـا اتفاقيتـان رئيسـتان تخصان حماية العمال المهاجريـن هما: الاتفاقية رقم ٩٧ لعـام ١٩٤٩ التي نصت على التزام الدول الأطراف بأن ينص قانونها على كفالة المساواة في المعاملة بين العمال المهاجرين ومواطنيها، وكذلك الاتفاقية التكميلية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٧٥ التي نصت على ضرورة احترام الدول الأطراف فيها لحقوق الانسان الأساسية للعمال المهاجرين كافة.

٣- د. شاب توما منصور: شرح قانون العمل ، ط٦ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٧ ، ص٧٩.

٤- ان النساء العاملات من الأجانب في الأغلب يعملن في مجال الصحة والخدمة في المنازل أو المطاعم أو المكاتب وهكذا.

٥- وفقـاً للمـادة (٣/أولا) مـن قانـون العمل النافذ التي تنص على انه (تسري أحكام هـذا القانون على جميع العمال في جمهوريـة العـراق أو من هم بحكمهـم ما لم ينص البند ثانياً من هذه المادة على خلاف ذلك).

ثانياً: اعتبارات تشغيل العامل الأجنبي في العراق

لقد نظم المشرع العراقي عمل الأجانب وقيده بضوابط وذلك لاعتبارات معينة منها:

١. حاجة الاقتصاد الوطني للأيدي العاملة الأجنبية، لعدم وجود من يقوم بالعمل المطلوب نفسه من العمالة الوطنية أو عدم كفايته وبالتالي النهوض بمتطلبات التنمية وتغطية العجز من الموارد البشرية.

٢. منع دخول الأشخاص غير المرغوب بهم الذين يشكلون خطراً على الأمن القومي والاجتماعي والاقتصادي العراقي من خلال اتباع خطط وسياسات لتنظيم هذه الظاهرة والحد من مخاطرها.

٣. قد يسمح للأجانب ممارسة العمل في العراق لاعتبارات سياسية وقومية كما هو الأمر بالنسبة لأبناء الوطن العربي.

٤. قد يكون للأجانب حق العمل في دولة معينة وفق اتفاقيات ومعاهدات دولية كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية العمل الدولية والعربية التي صدق عليها العراق مع كثير من الدول العربية والأجنبية[١] ، وان انضمام العراق الى هذه الاتفاقيات لتنظيم انتقال العمال بين الدولتين ما هو الا دليل على شعور الجهات الرسمية المختصة بشؤون العمال العراقيين بأهمية تبادل الخبرات والمهارات الفنية بين الدول، والعمل على كل ما يؤدي الى حماية العمالة العراقية في بلاد العالم.

المطلب الثاني

شروط استقدام العمالة الأجنبية واجراءاته

لوزارة العمل ومنظمات العمل وأصحاب العمل الحق في اقامة الاتصالات وتبادل المعلومات بصورة منتظمة مع الدول الأجنبية بشأن استقدام العمال من لدنها للعمل في العراق ولضمان حماية الأمن الاقتصادي والسياسي والاجتماعي من مخاطر هذه العمالة، لا بد من التزام هذه الجهات

١- ومن هذه الاتفاقيات الخاصة بتسهيل انتقال الأيدي العاملة بين العراق وبعض الدول هي معاهدة العراق وجمهورية مصر العربية في مجال التأمينات الاجتماعية التي صدق عليها العراق بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٧٧ والاتفاقية الخاصة بانتقال الأيدي العاملة بينه وبين دولة بنغلاديش التي صدق عليها العراق بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٩ والاتفاقية مع الدولة التونسية التي صدق عليها العراق بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٨١ والاتفاقية العراقية الفلبينية التي صدق عليها العراق بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٨٣ واتفاقية التعاون الفني في مجال العمل بين العراق ودولة الامارات التي صدق عليها العراق بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٣. للمزيد من التفصيل ينظر د. محمد علي الطائي: التقاضي في دعاوى العمل في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة بغداد، ١٩٩٨ ، ص٢٩١ وما بعدها.

بشروط واجراءات اسـتقدامها التي تصدرها السلطات المختصة، وهذه الشروط والاجراءات منها ما يتعلـق بالعامل الوافد ومنهـا ما يتعلق بصاحب العمل، وهي كالآتي:

الفرع الأول: شروط واجراءات استقدام العمالة الأجنبية المتعلقة بالعامل:

لقـد وضـع المـشرع العراقي شرطين لاسـتقطاب العامل الأجنبـي الذي يروم العمـل في العراق وهما:

أولاً : شرط الحصول على اجازة أو رخصة عمل:

اذ حـذر المـشرع العراقي الادارات وأصحاب العمل من تشـغيل أي عامل أجنبي بأي صفة ما لم يكن حاصلاً على اجازة العمل التي تصدرها الوزارة مقابل رسم يحدد بتعليمات يصدرها الوزير[١] .

وقـد منعـت التعليمات الخاصة بممارسـة الأجانب في العراق العامل الأجنبـي من الالتحاق بأي عمـل قبـل الحصول على هذه الاجـازة[٢] ، وبخلافه يكون وجود العامل الأجنبي أو اقامته في العراق غير قانونية وقد أكدت هذا الشرط في أغلب التشريعات العمالية المقارنة، ففي مصر لا يجوز للأجنبي أن يـزاول عمـلاً الا بعد الحصول على تصريح له بالإقامة، وصـدور تصريح من وزير العمل بالإذن للأجنبـي بمزاولة العمل[٣]. كما ألزم المشرع الجزائري العامل الأجنبي بالحصول على رخصة العمل المؤقتة التي تسـلمها المصالح المختصة وتحمل البيانات الخاصة بالعمل والأسباب التقنية المؤدية الى تشـغيله[٤] . وهذا حال قانون العمل والعمال السـعودي بنصه: (لا يجوز لغير السعودي أن يمارس عملاً ولا يجوز مزاولته الا بعد الحصول على رخصة عمل من الوزارة وفق النموذج الذي تعده لهذا الغرض)[٥] .

ومـن اسـتقراء النصوص آنفة الذكر يتضح جليـاً اتفاقها مع التقنين العراقي على شرط حصول العامل الأجنبي على اجازة للعمل لتنظيم دخوله الى البلاد والعمل فيه وذلك للحيلولة دون تسلل أو دخول أي شخص الأراضي العراقية الا وفق الضوابط المقررة في ذلك لحماية البلاد من الآثار السلبية لتدفق هذه العمالة وللحد من منافستها للعمالة الوطنية.

١- المـادة (٣٠) مـن قانـون العمل النافـذ وتأكد هذا الشرط في المادة من التعليمات الخاصة بممارسـة الأجانب العمل في العراق.

٢- المادة (٣١) من القانون نفسه.

٣- المادة (٣٠/٢٧) من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

٤- وقـد حـددت هـذه القيـود في المواد (٩-١٢) من قانون الرسـوم العمـالي رقم ٣٩٣/٨١ في ٢٦ ديسـمبر عام ١٩٨١ الجزائـري. ينظر بشـير هـدفي: الوجيز في شرح قانون العمل – علاقـات العمل الفردية، دار الريحانـة، الجزائر، ٢٠٠١ ص١٨٨.

٥- المـادة (٣٣/١) مـن قانون العمل والعمال السـعودي رقم ٥١ لسـنة ١٤٢٦هـ وجاء في المـادة (٣٢) منه: (لا يجوز الاسـتقدام بقصد العمل الا بعـد موافقة الوزارة).

وان اجـازة العمـل أو الرخصـة هـي وثيقـة تصـدر مـن وزارة العمـل والشـؤون الاجتماعية وفقالنمـوذج المرفـق بالتعليمات الخاصة بممارسـة الأجانـب العمل في العـراق[١]. وقد حددت هذه التعليمـات اعتبـارات يجـب مراعاتها عند اصـدار اجازة العمل وهـي ما يأتي:

أولاً : مـدى حاجـة العـراق الى الأيـدي العاملة الأجنبية في ضـوء ما يتطلبه الاقتصـاد الوطني وحسـب متطلبـات كل محافظة بعد التثبت من ذلك من قبل دائرة العمـل والتدريب المهني في بغداد وأقسـام العمل في المحافظات.

ثانياً: تأييد الدوائر الأمنية المختصة بعدم وجود مانع من اشتغال الشخص الأجنبي في العراق.

وقـد حـددت المادة(٦) مـن التعليمات اجراءات الحصول على اجازة العمـل وميزت فيما اذا كان العامـل موجـوداً داخـل العـراق أو خارجـه[٢] وان مدة الاجازة سـنة واحدة تجدد وفـق متطلبات الحاجة، وعلى الشخص الأجنبي أن يطلب تجديدها عن طريق صاحب العمل قبل شهر على الأقل من تاريـخ انتهـاء نفاذها وفقـاً لما هو مقرر في المادة(٥) من التعليمات نفسـها.

وهـذا حـال المشرع المصري اذ انـه حدد شروط اسـتقطاب العمالة الأجنبيـة ومنها مدى حاجة البـلاد الاقتصاديـة لهذه العمالة والاحتيـاج الفعلي لخبراتها وعدم مزاحمة الأيـدي العاملة الوطنية وحصول الأجنبي على ترخيص في مزاولة المهنة وفقاً للقوانين واللوائح المعمول بها في البلاد والتزام المنشآت التي يصرح لها استخدام خبراء أو فنيين أجانب بتعيين مساعدين مصريين تناسب مؤهلاتهم مـع مؤهـلات هـؤلاء الخـبراء والفنيين وتدريبهم عـلى أعمالهم وعـدم جواز أن يزيد عـدد الأجانب

١- المادة (١/ثالثاً) من التعليمات الخاصة بممارسة الأجانب العمل في العراق رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧.

٢- وهذه الاجراءات هي:

أولاً : يمكـن للشـخص الأجنبـي الموجود في خـارج العراق الذي يريد مزاولـة العمل في العراق اتباع الاجـراءات التالية لغـرض الحصـول عـلى اجازة العمـل: أ- أن يتقدم بطلـب تحريري الى وزارة العمـل والشـؤون الاجتماعية عن طريق الممثليـات العراقيـة في الخـارج أو وكيله الرسـمي في العراق أو بواسـطة صاحـب العمل الذي يروم تشـغيله نيابة عنه. ب- يجب أن يتضمن الطلب جميع المعلومات التي تتعلق بمؤهلاته موثقاً بالشهادات والمستندات المتوفرة لديه مع بيان اسـمه وجنسـيته ونوع العمل ومدته واسـتصحاب العامـل وعنوانه الكامل. ج- تقوم دائرة العمـل والتدريب المهني في بغداد وأقسامها في المحافظات بالتثبت من الشروط القانونية وحصول الموافقة للعمل في العراق ومن ثم تفاتح السلطات المختصة لمنح سمة الدخول للشخص الأجنبي وعلى هذا الأجنبي عند دخوله العراق مراجعة دائرة العمل والتدريب المهني في بغداد وأقسـامها في المحافظات خلال مدة سـبعة أيام من تاريخ دخوله العراق لغرض التأشـير واسـتكمال اجراءات منح الاجازة.

ثانيـاً: عـلى الشـخص الأجنبي الموجـود في العراق الذي يريـد مزاولة العمل في العـراق اتباع الاجـراءات التالية لغرض الحصول على اجازة العمل: أ- تقديم المستمسكات القانونية التي تثبت كون دخوله العراق واقامته فيه بصورة مشروعة. ب- أن يتقدم بطلب تحريري الى دائرة العمل والتدريب المهني في بغداد أو أقسـامها في المحافظات أو بواسـطة صاحب العمل الذي يروم تشغيله . ج- يجب أن يتضمن الطلب جميع المعلومات التي تتعلق بمؤهلاته موثقاً بالشهادة والمستندات المتوفرة لديه مع بيان اسمه وجنسيته ونوع العمل ومدته واسم صاحب العمل وعنوانه الكامل.

العاملين في المنشـأة عن ١٠٪

من مجموع العاملين بها، وهي شروط في غاية الروعة والأهمية[١].

وقريـب الى ذلـك مـا ذهب اليه قانون العمل والعمال السـعودي اذ اشـترط لمنـح رخصة العمل للعامـل الوافد ما يأتي:

١. أن يكون العامل دخل البلاد بطريقة مشروعة ومصرحاً له بالعمل.
٢. أن يكون من ذوي الكفاءات والمؤهلات الدراسية التي تحتاج اليها البلاد.
٣. أن يكون متعاقداً مع صاحب العمل وتحت مسؤوليته[٢] .

نلحـظ من خلال اسـتقراء الـشروط ان المشرع العراقي لم يذكـر شرط الكفاءة المفترض توافره في العامـل الأجنبـي التي يندر وجودها في العمالة الوطنية، لذا ألـزم المشرع العامل الأجنبي اذا كان فنيـاً بـأن يقدم تعهداً خطياً بتدريب عامل أو أكثر من العمـال العراقيين المتواجدين في المشروع على العمل الذي يمارسه خلال مدة التصريح[٣] ليفيد العامل العراقي من المؤهلات وبالتالي الاستغناء عن العمالة الأجنبية في هذا المجال مسـتقبلاً، وعلى الرغم من أهمية ذلك فان قانون العمل النافذ قد جاء خالياً من هذا المبدأ، ورغم أهمية حصول العامل الأجنبي على اجازة العمل الا ان هذه الاجازة يمكن الغائها اذا توافرت أسباب ذلك[٤] .

أمـا مدة الاقامة المسـموح بها للأجنبـي العامل في شركات القطاع الخـاص يجب أن لا تزيد على سـت سـنوات[٥] ، حتى ان كان العامل الأجنبي حاصلاً على تصريح عمل تستمر مدته لما بعد الاقامة بسـت سـنوات، الا ان المشرع اسـتثنى من شرط المدة هذه البالغة سـت سنوات حداً أقصى للإقامة في العراق، كل أجنبي يقدم أعمالاً وخدمات علمية وثقافية وفنية للبلد ومضت على اقامته في جمهورية العراق ثلاث سـنوات والمسـتثمرين ورجال الأعمال الذين لديهم أعمال اسـتثمارية أو تجارية داخل

١- نظمت هذه الأحكام في القرار الوزاري رقم ١٣٦ لسنة ٢٠٠٣ والمنشور في جريدة الوقائع بالعدد ١٧ في ٢٠٠٣/٨/٣. للمزيد من التفصيل ينظر د. محمد حسين منصور: قانون العمل، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٢١ ، ص٢٠٨.

٢- المادة (٢/٣٣) من قانون العمل والعمال السعودي.

٣- المادة (٨/ثالثاً) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق.

٤- وقد حددت المادة (٥/أولا) من التعليمات نفسها أسباب الغاء الاجازة بما يأتي: أ- اذا ثبت ان المعلومات والمستندات عـن طالـب الاجـازة غير صحيحـة. ب- اذا أصبح وجود العامل الأجنبـي مضراً بالمصلحة العامـة. ج- اذا أنهى صاحب العمـل عقـد عمـل عامل عراقي بصـورة مخالفة للقانون ويشـغل محله عاملاً أجنبيـاً وكان الأول يتمتـع بنفس كفاءة وشروط العمل التي يتمتع بها الثاني. ثانياً- لا يمنع الغاء الاجازة من احالة العامل الأجنبي أو صاحب العمل الى المحاكم عند ثبوته مخالفتهما الفقرتين (أود) أعلاه.

٥- المادة من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٨٠٦ لسنة ١٩٨٩ .

البلد[١] ، وان في ذلك تشجيعاً للعاملين الأجانب لذلك يقدمون خدمة فنية أو علمية أو ثقافية وكذلك للمستثمرين ورجال الأعمال في العراق.

ثانياً : دخول العامل الأجنبي العراق بطريقة مشروعة

فضلاً عن شرط حصول العامل الأجنبي على اجازة عمل، يجب أن يكون دخوله الى العراق بطريقة مشروعة وقانونية وفقاً لقوانين الاقامة وأنظمتها وذلك بالحصول على موافقة السلطات المختصة لدخول البلاد، وهذا ما جاءت به المادة (٣) من قانون اقامة الأجانب العراقي النافذ بنصها: (يشترط لدخول الأجنبي أراضي جمهورية العراق والخروج منها ما يأتي: أولاً- أن يكون لديه جواز سفر أو وثيقة سفر نافذتين مدة لا تقل عن ستة أشهر صالحتين لدخول جمهورية العراق أو الخروج منها. ثانياً- أن يكون حائزاً على سمة دخول نافذة المفعول عند دخوله ومؤشرة في جواز سفره أو وثيقة سفره. ثالثاً- ثبوت خلوه من الأمراض السارية والمعدية والعوز المناعي المكتسب على وفق القانون. رابعاً- أن يسلك في دخوله وخروجه من والى أراضي جمهورية العراق المنافذ الحدودية الرسمية ...) .

وتتولى ممثلياتنا في الخارج اصدار سمات الدخول المنصوص عليها في البند (أولاً) من هذه المادة بعد موافقة مكتب التدقيق الأمني في وزارة الخارجية[٢].

ولا يمكن منح سمة الدخول الى العراق الا وفق شروط حددها القانون[٣] ، وللوزير أو من يخوله ابعاد الأجنبي الذي دخل العراق بصورة مشروعة اذا ثبت انه لم يكن مستوفياً أياً من الشروط المنصوص عليها في المادة (٨) من هذا القانون أو المقيم الذي فقد أحد هذه الشروط بعد دخوله[٤] .

وقد نظم المشرع حالة العامل الأجنبي من حيث تصريح عمله واقامته في العراق بعدما تنتهي علاقته العقدية مع صاحب العمل، هنا العامل لا يفقد تصريح عمله ولا يفقد مشروعية اقامته،

١- المادة (٢١/أولاً/ج-و) من قانون اقامة الأجانب رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.

٢- المادة (٦/ثانياً) من قانون اقامة الأجانب النافذ .

٣- وهذه الشروط جاءت بها المادة من القانون نفسه وهي : أولاً- ١- أن يقدم الى ممثليات جمهورية العراق في الخارج ومنافذ الدخول ما يثبت قدرته المالية للمعيشة خلال مدة بقائه في جمهورية العراق. ٢- عدم وجود مانع يحول دون دخوله أراضي جمهورية العراق بسبب يتعلق بالصحة العامة أو بالآداب العامة أو بالأمن العام. ثالثاً- أن لا يكون متهماً أو محكوماً عليه خارج جمهورية العراق بجناية. رابعاً- أن لا يكون قد صدر قرار بإبعاده أو اخراجه من أراضي جمهورية العراق. خامساً- ثبوت خلوه من الأمراض السارية والمعدية والعوز المناعي المكتسب على وفق القانون. ثانياً- دخول العامل الأجنبي البلاد بطريقة مشروعة.

٤- المادة (٢٧) من قانون اقامة الأجانب.

مـا دام انـه لم يخالف أو يخرق القوانـين العراقية[١]، أي ان الترخيص واجـازة العمل أو مشروعية اقامته غير مرتبطين بعمله أو الانقطاع عنه، وانها تبقى سارية المفعول مادام انه لم يخرق القوانين والأنظمة العراقية ذات الصلة.

الفرع الثاني: شروط استقدام العامل الأجنبي المتعلقة بصاحب العمل واجراءاته:

لقـد تطـرق المشرع العراقي لهذه الشروط والاجراءات بشـكل مختصر وقـد يعود ذلك الى عدم وجود قانون خاص باستقدام العمالة الأجنبية الى العراق، اذ ألزم المشرع صاحب العمل منح العامل الأجنبي الذي اسـتقدمه الى العراق تذكرة سـفر الى البلد الذي استقدمه منها[٢] .

وان التعليمـات الخاصـة بممارسـة الأجانب العمـل في العراق ألزمت صاحـب العمل اخبار دائر العمـل والتدريـب المهني في بغداد وأقسـامها في المحافظـات عند ترك العامل الأجنبـي العمل أو عند انتهاء خدمته أو انتهاء اجازته أو مغادرته العراق وأن يمسـك سـجلاً يدون فيه المعلومات اللازمة عن العامل الأجنبي وأن يخصص عمال عراقيون مسـاعدون للعمال الأجانب الفنيين من العاملين في المشروع تتناسـب مؤهلاتهم مع مؤهلات العمال الأجانب للتدريب على عملهم خلال مدة الاجازة[٣]. ورغم أهمية ذلك فان قانون العمل النافذ فيما يخص تشغيل هذه النسب من العمالة الوطنية مقابل الأجنبيـة جـاء خاليـاً من أي عقوبـة على صاحب العمل المخالـف[٤] ، الا ان دائـرة التقاعد والضمان الاجتماعـي مـن خلال التطبيق العملي لها فإنها تشـدد من اصدار براءة الذمـة لصاحب العمل التي تطلبها منه الدوائر المختصة المتعاقدة مع صاحب العمل لإطلاق أية مستحقات مالية لديها لصالحه مسـتندين في ذلك الى القرار ٦٤ لسـنة ٢٠١٥ الذي يأمر بذلك[٥].

وأوجب على صاحب العمل اذا كان متعاقداً مع وزارات أو مؤسسـات الدولة أو القطاع الخاص أن يـبرز المستمسـكات الأصولية للحصول على اجازة عمل لعمال شركتـه الأجانب أو لتجديدها، مع طلب معنون الى دائرة التسـجيل والقروض /قسـم الأجانب، ولصاحب العمل بخصوص المدبرة أو المدبـر في المنـزل أن يقدم طلباً الى الدائرة نفسـها يضاف له تعهد بصيغـة معينة لهذا الغرض[٦].

١- المادة (٣٤) من قانون العمل النافذ.

٢- وفقـاً لنـص المادة (٣٢/أولا) : (يلزم صاحب العمل منح العامل الذي اسـتقدمه الى العراق على نفقته، تذكرة سـفر الى البلد الذي اسـتقدمه منها ما لم يكن قد انقطع عن العمل قبل انتهاء العقد لسـبب غير مشروع).

٣- المادة من التعليمات الخاصة بممارسة الأجانب العمل في العراق.

٤- الا ان تعليمات ممارسـة الأجانب العمل في العراق وفي المادة (١٠) منها عاقبت من خالف الأحكام الخاصة بتشـغيل الأجانـب المنصـوص عليهـا في هـذه التعليمات بنصها: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شـهر ولا تزيد على سـتة أشـهر وبغرامـة لا تقـل عن مائة دينـار ولا تزيد على ثلثمائة دينار كل من خالف الأحكام الخاصة بتشـغيل الأجانب ..).

٥- المحامي غالب حسن : المصدر السابق ، ص٧٠.

٦- وفقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٨٠ لسنة ٢٠١٣ .

ونلاحظ من كل ذلك ان قوانين الدول تعمل على النص على شروط اسـتقدام الأجنبي واجراءاته المتعلقة بصاحب العمل أسوة بتلك الشروط والاجراءات المتعلقة بالعامل نفسه حماية للعمالة الوطنية من منافسة العمالة الأجنبية وبالتالي المحافظة على أمن الدولة واستقرارها[١] ، اذ ألزم قانون العمل والعمال السعودي توفر شروط واجراءات في صاحب العمل الذي يروم استقدام العمالة الأجنبية الى البلاد، والشروط حددت في المادة (٦/١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون العمل والعمال السعودي[٢] ، وجاء المشرع المصري بأحكام وشروط نظم فيها منح الترخيص بالعمل للأجانب في البلد[٣].

ولأهمية شروط اسـتقدام العمال الأجنبية الى العراق واجراءاته، ندعو الجهات الادارية والأمنية المسـؤولة عنـد منح تراخيص العمل بعدم التهاون في هذه الـشروط والاجراءات وتطبيقها من دون أي مجاملـة، خدمة للمصلحة العامة، وحماية لليد العاملة الوطنية من منافسـة الأجنبية غير المؤهلة فنياً وعلمياً، وللحد من العمالة الوافدة السـائبة في البلاد، ولمنع اسـتغلال أصحاب العمل من ضعاف النفوس هذه التراخيص في غير غرضها وجعلها متاجرة مع العامل الأجنبي، لتجنب آثار هذه العمالة السلبية ومخاطرها على البلاد.

وعـلى الرغـم من ذلك ألزم المـشرع صاحب العمل بمنـح العامل الذي اسـتخدمه أن يتحمل عند وفاة العامل الأجنبي تجهيز جثمانه ونقله الى موطنه الأصلي أو محل اقامته اذا طلب ذووه ذلك[٤] .

المبحث الثاني

مخاطر العمالة الأجنبية والجزاء المترتب على مخالفة

١- بشير هدفي: المصدر السابق ، ص١٨٧.

٢- وهذه الشروط تتمثل بما يأتي : أ- عدم منافسـة العامل الأجنبي للعامل الوطني اذ لا يمكن اسـتقدام عامل لشـغل مهنـة يمكـن للعامل المواطن شـغلها (م٢/١٥) من اللائحـة . ب- مراعاة قدرة العامل الوافد على ممارسـة العمل وفق المعايير الوطنية .. اذ لا بد من توفر ضوابط محددة في العامل الوافد تتمثل بـ : ١- السـن : لبيان مدى صلاحيته لأداء العمل ، وقد حدده القانون السـعودي بالحد الأدنى والحد الأقصى لسـن العامل الوافد بأن لا يقل عن ٢١ عام ولا يزيد على ٦٠ عام باستثناء العامل ذي الخبرة النادرة أو الكبيرة وفقاً للمادة (٢/١٥) من اللائحة ، في حين حدد قانون العمل النافذ في المادة منه (الحد الأدنى لسن العمل في جمهورية العراق هو ١٥ عاماً) وان هذا السن يخص العامل الوطني الا انه لم يحدد الحد الأدنى والأعلى لسـن العامل الأجنبي الذي يروم العمل في العراق.

٣- ونظمت هذه الأحكام في القرار الوزاري المرقم ١٣٦ لسـنة ٢٠٠٣ ومنها : ١- عدم مزاحمة الأجنبي للأيدي العاملة الوطنيـة. ٢- حاجـة البـلاد الاقتصاديـة. ٣- الاحتياج الفعلي للمنشـأة لهـذه الخبرة. ٤- أن تتناسـب مؤهلات وخبرات الأجنبـي مـع المهنـة المطلوب الاذن لـه بالعمل فيها. ٥- حصول الأجنبـي على الترخيص في مزاولة المهنـة وفق القوانين واللوائح المعمول بها في البلاد. ٦- التزام المنشـآت التي يصرح لها باسـتخدام خبراء أو فنيين أجانب بتعيين مسـاعدين مصريـين. ٧- تفضيـل الأجنبـي المولود والمقيم بصفة دائمة في البلاد. ٨- لا يجـوز أن يزيد عدد الأجانب العاملين في أي منشـأة ولو تعددت فروعها عن ١٠٪ مـن مجموع عدد العاملين بها .

٤- المادة (٣٢/ثانياً) من قانون العمل النافذ.

أحكام تشغيلها في العراق

ان لكل دولة سيادة على أراضيها ولها الحرية في التصرف بشؤونها الداخلية وفي تنظيم مرافقها العامة، وفي فرض سلطتها على كل من يوجد على أراضيها من أشخاص وان كانوا لا يحملون جنسيتها ولها أن تقرر من يسمح لهم بالدخول اليها من غير رعاياها لغرض العمل ومن لا يسمح لهم بذلك وفقاً لحاجتها الفعلية لهذه العمالة الوافدة تجنباً لمخاطرها وآثارها السلبية على البلاد من خلال وضع التعليمات والقواعد القانونية في ذلك ولها فرض الجزاء على من خالف هذه القواعد والتعليمات، فما هي مخاطر العمالة الأجنبية في العراق؟ وما هو الجزاء المترتب على مخالفة أحكام تشغيلها؟ وهذا ما سنسلط الضوء عليه في مطلبين وكالآتي:

المطلب الأول

مخاطر استقدام العمالة الأجنبية على العراق

رغم ما تحققه العمالة الوافدة من آثار ايجابية لدورها الفعال في انتعاش الانتاج الوطني وتطوره والاستفادة من الخبرات والمؤهلات الفنية بهذا العمالة وسد النقص في الموارد البشرية الوطنية، فان لهذه العمالة مخاطرها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية اذا لم تراعِ السلطات المختصة وضع القواعد والتعليمات التي تنظم استقدامها وتطبيقها بالشكل الذي يجنبها تلك المخاطر والآثار السلبية، وهذه المخاطر متنوعة ومنها ما يأتي:

الفرع الأول: المخاطر الاقتصادية للعمالة الأجنبية:

ان تنظيم دخول العمالة الأجنبية الى العراق ووضع القيود والأحكام التي تحول دون تزايد أعدادها سيجنب البلاد آثارها السلبية ومخاطرها الاقتصادية، ومن أهم هذه المخاطر هي:

١. تفاقم نسبة البطالة بين المواطنين بسبب مزاحمتهم من العمالة الأجنبية الوافدة وتدفقها غير المنظم في سوق العمل، فالبطالة التي يترتب عليها من مشاكل الفراغ والعوز والحاجة التي قد تدفع بصاحبها للانزلاق في مسالك الاجرام[١]، وقد بذلت الدول الحديثة الجهود الحثيثة لحل مشكلة البطالة أو ازالتها واتبعت الوسائل المتنوعة في ذلك لما لها من آثار خطرة على الأمن الوطني الاقتصادي الذي يعد الحجر الأساس في استقرار المجتمع.
٢. ازدياد التحويلات المالية النقدية للعمالة الوافدة الى بلدانها مما يؤدي الى آثار سلبية

١- د. أكرم نشأت ابراهيم: علم النفس الجنائي ، ط٦ ، دار الثقافة والنشر ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص٢٠.

خطيرة على موارد العراق كونها تسرب مخزوناً كبيراً من العملات الأجنبية الصعبة خارج البلـد، وبتزايد هذه العمالة تتزايـد التحويلات المالية لها ذات الآثار الاقتصادية المدمرة على الاقتصاد العراقي، اذ ان العائد من عمل العمالة الأجنبية يتحول طبيعياً الى بلدانها وبالتالي يـؤدي الى تعزيـز الدخل القومي في دولها وتدمير الدخل القومي في الدولة المسـتقبلة لهذه العمالـة من خلال النقـص الذي يصيب الاحتياط الأجنبي[١] .

٣. ان تزايـد تدفـق العمالـة الأجنبيـة في سـوق العمـل في العراق واسـتعدادها للعمـل بأجور منخفضـة يـؤدي بالنتيجـة الى عرقلة برامج التنمية البشرية بسـبب مزاحمـة هذه العمالة للمـوارد البشرية الوطنية واعاقة تشـغيلهم وتأهيلهم لسـد احتياجات العـراق من العمالة الوطنيـة، ذلـك لوجود عمالـة وافدة ماهرة ومدربـة وبالتالي حرمان العمالـة الوطنية من تطـور قدراتها ومهاراتهـا الفنية[٢].

٤. لـكل مجتمع قيمه وتقاليده وعاداتـه الخاصة به التي يعتز بها وبديهياً فان الخروج عليها يعد انحرافاً سلوكياً مرفوضاً، وتبرز الخطورة في المجتمع عندما تتسرب

اليـه تقاليـد وعادات مجتمع آخـر تتعارض مع قيمه وتقاليـده وعاداتـه[٣]، وان لتدفق العمالة الأجنبيـة المتزايـد دوره الفعـال في تغيير بعض هـذه التقاليد والعادات الأمر الـذي فيه خطورة على الأمن الاجتماعي في المجتمع، اذ ان ما يرافق العمالة الوافدة كثير من المشكلات الاجتماعية والمتنوعة المؤثرة على المجتمع العراقي وتماسكه كونها تأتي بعاداتها وتقاليدها التي لا تتوافق وديانة وعادات وثقافـة أبنـاء المجتمع[٤]، وبالتالي يؤدي ذلك الى نشر الفسـاد والتحلل الأخلاقـي وترويج المخدرات والمسـكرات وانتشار عصابات تهريب البشر والتزوير والتسول وهكذا[٥]، مما يتطلب وضع البرامج والخطـط التي تكفل حماية الأمن الاجتماعـي والاقتصادي في المجتمع من مخاطر العمالة الوافدة.

٥. ان اختلال البيئة الاقتصادية التي تمثل الحالة المادية للأفراد في المجتمع المرتبطة بحاجاتهم

١- د. مظفـر جابـر الراوي: أثـر التشريعات في تنظيم العمالة الأجنبية والحد من البطالة – دراسـة في ضوء التشريعين الأردنـي والجزائـري ، جامعة عمان ، الأردن ، ٢٠١١ ، ص١٥.

٢- د. ابراهيم عبد الكريم عياف : المصدر السابق ، ص١٧.

٣- د. أكرم نشأت ابراهيم : المصدر السابق ، ص٢٤ .

٤- د. بان علي حسـين المشـهداني : العمالة في دول مجلس التعاون الخليجي ، مركز دراسـات البصرة والخليج العربي مجلـة الاقتصـادي الخليجـي ، ع٢٤ ، ٢٠١٣ ، ص٣. واحمـد محمـد خليفة : أصـول علم الاجرام الجنائـي ، القاهرة ، ص١٣٢.

٥- ان ظاهـرة التسـول المنتـشرة في شـوارع بغـداد والمحافظات التي يقوم بهـا الوافدون من الـدول العربية وبخاصة سـوريا ولبنان تنذر بخطر اجتماعي وجنائي خطير على العراق مما يتطلب من السـلطات المختصة تفعيل القوانين التي تعالج مشـكلة التسول وبأسرع وقت ممكن.

المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات وتوزيعها، له أثره في سلوك الأفراد السلوك الاجرامي لما لها من مساس بوضعهم المعيشي[١]، وان اختلالات هذه البيئة الاقتصادية الناتج عن الظروف التي أدت الى عدم كفاية دخل الفرد لسد تلك الحاجات والخدمات بسبب قلة الموارد الاقتصادية وعجز الأفراد من ذوي الدخل المحدود عن سدها، وان لسوء توزيع غلة هذه الموارد دوره في عدم توازن دخول الأفراد، فتتضخم لدى البعض وتقل و تنعدم لدى بعض آخر، فيعرض من قل أو انعدم دخله الى العوز والحاجة التي قد يندفع أصحابها الى ارتكاب السلوك الاجرامي[٢].

٦. ان للعمالة الأجنبية الوافدة وتزايد وجودها في البلد دوراً فعالاً في قلة دخول الأفراد بسبب مزاحمتها للموارد البشرية الوطنية كما انه من البديهي أن تؤدي هذه العمالة الى زيادة الضغط على السلع والخدمات الضرورية كالتعليم والصحة والنقل وغيرها فضلاً عن حصولهم على ما يكفيهم من المرافق العامة كما يحصل عليها المواطن وبمقابل رمزي مما يساهم في رفع معدلات الانفاق الحكومي العام لدعم تلك الخدمات والسلع، وهذا يدعو الى ارتفاع العجز في الميزانية العامة للدولة[٣] .

٧. ان تدفق الأيدي العاملة الأجنبية بشكل غير منظم له في البلد يؤدي الى انتشارها المتزايد في سوق العمل، ورغبتها بالحصول على العمل ولو بأجور زهيدة ومنخفضة ولساعات عمل تزيد على ما هو مقرر قانوناً[٤]. وان كل ذلك يدفع أصحاب الأعمال الى استقطاب هذه العمالة وعزوفهم عن تشغيل الأيدي العاملة الوطنية، أو تشغيلها بأجور منخفضة، ومن البديهي أن يؤدي ذلك الى التوزيع غير العادل للدخل القومي الذي له مخاطره الاقتصادية على النظام المعاشي للأفراد في المجتمع.

٨. ان تزايد العمالة الأجنبية الوافدة في البلاد يؤدي الى الانتشار الجماعي للعمالة السائبة التي تبحث عن فرص عمل، ويتحول وجودها الجماعي الى بؤرة للجريمة في بعض المدن لاسيما العاصمة، ومكان آمن لإيواء من هرب من كفلائهم وتعذر عمل الجهات الأمنية وصعوبته

١- د. أكرم نشأت ابراهيم: المصدر السابق ، ص٢٦.

٢- وان الأفراد في هذه الحالة معرضون الى ارتكاب الجرائم بأنواعها كافة وبخاصة الجرائم الواقعة على المال للحصول على ما ينفقونه لسد حاجاتهم المعاشية. د. احمد محمد خليفة: المصدر السابق ، ص١٣٤.

٣- د. ابراهيم بن عبد الكريم عيبان : المصدر السابق ، ص١٧. د. بان علي حسين المشهداني : المصدر السابق، ص٣.

٤- عرفت المادة (٦٦) من قانون العمل النافذ ساعات العمل أو الوقت المحدد قانوناً ليقوم العامل خلاله بالتزاماته المحددة في عقد العمل . وقد حددت المادة (٦٧/أولا) هذه الساعات بنصها : (لا تزيد ساعات العمل اليومية من ثمان ساعات في اليوم أو ثمان وأربعين ساعة في الأسبوع ..) .

في متابعة المخالفين منهم لأحكام تشـغيل الأجانب المقررة قانوناً، وان في ذلك خطورة على الأمن أو النظام أو الصحة العامة أو الاقتصاد القومي وغيرها[١] .

الفرع الثاني: المخاطر الأمنية والسياسية والاجتماعية للعمالة الوافدة

عندمـا تـشرع الدولـة القوانـين العادلة التـي هدفها تحقيق المصلحـة العامة، تضمـن احترامها ومراعاتهـا في المجتمـع، وكان هـدف التشريعـات العمالية يـدور في هذا الاطار عندمـا جاءت بقيود وأحـكام تنظم شـؤون العمـل وتضمن توفير فرصة عمل للعمال بالسـبل المتنوعـة ومنها الحد من تدفق العمالة الوافدة الى البلاد وتقييدها بأحكام تجنب البلاد الآثار السلبية لهذه العمالة ومخاطرها الأمنيـة والسياسـية والاجتماعية ومنها ما يأتي:

١. ان تزايد تدفق العمالة الأجنبية بشـكله غير المنتظم سـيهدد أمن الدولة الداخلي والخارجي ويظهـر ذلـك من خلال الأزمات السياسـية أو الحـروب التي يرافقها رحيـل جماعي لهذه العمالـة مـن البلاد، مما يؤثر سـلباً عـلى عملية الانتاج الوطني، لا سـيما في القطاعات التي تعتمد على العمالة الأجنبية بشـكل أسـاس، وصعوبة الحصول على قوى عاملة وطنية تحل محلها في هذه القطاعات والمشـاريع الانتاجية في الوقت المناسـب.

٢. ان للعمالـة الأجنبيـة الوافدة الى البلاد عاداتها وتقاليدهـا التي يصعب عليها التنصل منها، بـل لهـا الرغبـة في نشرها والترويج لهـا، وان كانت لا تنسـجم وعادات المجتمـع وتقاليده وقيمـه الدينيـة والأخلاقيـة، وان لهذا الأمر خطورته الحقيقية على سـلوك الأفراد في البلد، مـن خـلال ضعف كثير من النوازع والـروادع الأخلاقية وتضاؤل القيـم المعنوية وضعف السـلطة الأبوية والزوجية والعلاقات العائلية عموماً، وان في ذلك أثره السـلبي الخطير على الأمـن العائلي والاجتماعي في البلاد.

٣. ان للعمالة الأجنبية الوافدة الى البلاد دوراً مهماً في ترسيخ العلاقات السياسية بين بلدانهم والعـراق من خلال تبادل مذكرات التفاهم وابرام معاهـدات واتفاقيات العمل التي تضمن حقـوق العاملين لـكلا الدولتين، وعلى الرغم من ذلك فان لهـذه العمالة دوراً بارزاً في تأزم العلاقات بين الحكومتين اذا ما سعت الى صنع أزمة عمل وعجزت الجهات المعنية عن حلها بالطرق السـلمية والودية وبالتالي فان لذلك الأمر مخاطره السياسية في البلاد.

٤. قـد تشـغل بعض الـدول عمالتها الوافـدة وتوظفها لتهديد اسـتقرار الدول المسـتقبلة لها

١- د. محمد حافظ غانم : مبادئ القانون العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص٥٤٢.

وأمنهـا مـن خلال تشـجيعها على العنـف والتخريب والاضرابـات غير القانونيـة للمطالبة بحقوقهـم أو بمسـاواتهم مـع العمالـة الوطنية في ذلـك ، ويمكن أن تتعدى هـذه المظاهر الاعتراضيـة الى الاعتـداء عـلى الممتلـكات العامة أو الأفـراد[١] ، فتضطر الدولـة الى التدخل لحمايتهـا ولو باسـتعمال القـوة ، مما قد يدعو دولة العمالة الوافـدة أن تتدخل مباشرة في شؤون الدولة المستقبلة بحجة حماية رعاياها من العمال والمطالبة بتحسين أوضاعهم وان ذلـك من البديهي أن يتسـبب في صنع أزمة سياسـية بين الدولتين.

فالحقيقـة ان مخاطـر العمالـة الأجنبية في أي بلـد لا يمكن حصرها وانها في تزايد مسـتمر مما يتطلـب من الجهات المختصة بشـؤون هذه العمالة اعادة النظر فيهـا والافادة من تجارب البلدان لا سـيما العربية في تنظيمها وتقنينها والحد من اسـتقدامها قدر الامكان[٢] .

وقـد اتجـه المـشرع العراقـي الى اصدار التشريعـات التي تحد من هـذه العمالـة الا انها لم تكن بالمسـتوى المطلـوب لحد الآن اذ انه ميـز في الحصول على التصريح بين العامـل الأجنبي الذي يروم العمـل في الـشركات الأجنبيـة المتعاقدة مع الـوزارات والمؤسسـات الحكومية[٣] ، وكذلـك اذا طلبت الوزارة أو الجهة الحكومية المستفيدة منح تأشيرة دخول متعددة الأغراض للأجنبي من المستثمرين والشركات الاستثمارية ورجال الأعمال والخبراء والعمال وبين غيرهم اذ يسمح لهؤلاء دخول البلاد بعد حصولهم على تأشيرة

الدخـول دون انتظـار حصولهـم عـلى تصريح عمـل[٤] ، عـلى أن تتم المراجعة خلال شـهر من صاحب العمل لوزارة العمل والشـؤون الاجتماعية للحصول على الموافقات الأصولية[٥] ، وقد عاقب من خالف أحكام تشـغيل العمالة الأجنبية[٦].

١- بان علي حسين المشهداني : المصدر السابق ، ص٣.

٢- ويكون ذلك من خلال فرض الاجراءات الوقائية على اسـتقدام هذه العمالة كزيادة فرض الرسـوم على اسـتقدامها أو تأشـيرات دخولها أو رخص عملها أو تجديدها ، أو فرض رسـوم على أجورها وتطبيق سياسـة الحد الأدنى للأجور المقررة قانوناً ودفع تكاليف الاستعانة بهذه العمالة أو من خلال رفع تكاليف المعيشة لها وفرض الضرائب على صاحب العمـل بنـاءً عـلى عدد العاملين الأجانب ووضـع القيود على قدومهم وتحديد الأعمال التي يمكـن أن تزاول من قبل هذه العمالة وبالتالي قد يشـعر صاحب العمل بتسـاوي تكاليف العمالة الأجنبية مع الوطنية مما يضطر الى الاسـتفادة من الموارد البشرية العراقية في مشروعه.

٣- الفقرة من قرار مجلس الوزراء المرقم ٣١٩ لسنة ٢٠١٢ .

٤- الفقرة من قرار مجلس الوزراء المرقم ٨٠ لسنة ٢٠١٣.

٥- الفقرة من قرار مجلس الوزراء المرقم ٣١٩ لسنة ٢٠١٢ .

٦- الفقرة من قرار مجلس الوزراء المرقم ٨٠ لسنة ٢٠١٢.

المطلب الثاني

جزاء مخالفة أحكام تشغيل عمل الأجانب والمحكمة المختصة في فرضه

ان الأحـكام الخاصـة بتنظيم عمـل الأجانب الواردة في الفصل الخامس مـن قانون العمل النافذ والتعليمات التي يصدرها الوزير والخاصة باسـتقدامهم وتشـغيلهم من النظام العام التي لا يجوز الاتفـاق على خلافها[١] ، ففرض المشرع على مـن يخالف هذه الأحكام الجزاء الجنائي.

وان عـدم محاسـبة مـن خالفها سـيحول مبادئ هـذه الأحـكام الى قواعد أخلاقيـة متروك أمر تطبيقها وتنفيذها للدوافع الشخصية لكل فرد ورغباته[٢] ، فما هو الجزاء المفروض على من خالف الأحكام والتعليمات الخاصة باستقدام عمل الأجانب وتنظيمه من الجهة المختصة بفرضه؟ وهذا ما سنسـلط الضوء عليه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: جزاء مخالفة أحكام تشغيل عمل الأجانب في العراق

اسـتكمالاً للوسـائل التي تبناها المشرع العراقي لحماية العمالة الوطنية وتنظيم شـؤونها وعدم مزاحمة العمالة الأجنبية لها تحقيقاً لمبدأ الاسـتقرار الأمني والسـياسي والاقتصادي والاجتماعي في البـلاد فقد فـرض المشرع الجزاء على من خالف هذه الأحكام والتعليمـات[٣] بنصه: (يعاقب بغرامة قدرها ثلاثة أضعاف الحد الأدنى للأجر اليومي وثلاثة أضعاف الحد الأدنى للأجر الشهري للعامل كل جهة أو شـخص خالف أحكام هذا الفصل)[٤]. أما المادة (١٠) من التعليمات الخاصة بممارسـة الأجانب في العراق رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧ فقد نصت على انه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ثلثمائة دينار كل من خالف الأحكام الخاصة بتشغيل الأجانب المنصوص عليها ..). في حين عاقب قانون اقامة الأجانب العراقي رقم ٧٦ لسـنة ٢٠١٧ في المادة (٣٩) منه من دخل العراق خلافاً لأحكام هذا القانون أو لم يطع أمراً صادراً بترحيلـه منـه بالحبس والغرامـة بنصها: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سـنة واحدة وبغرامة لا

١- د. صبا نعمان رشيد : المصدر السابق ، ص٨٣.

٢- د. سـعيد عبـد الكريـم مبارك: أصول قانـون العمل ، مطبعة مديرية ادارة الكتب للطباعـة، جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ص٥٢. د. محمـد عـلي الطائي: الضمانات الجزائية في قانون العمل وتطبيقاته، بحث منشـور في مجلة القضاء، العدد ٣ و٤ منه ، ١٩٨٨ ، ص٨٩.

٣- نصت المادة (٣٣) من قانون العمل النافذ : (للوزير اصدار تعليمات خاصة باسـتقدام وتشـغيل العمال الأجانب في العراق).

٤- أمـا المـادة (٢٤) مـن قانـون العمل الملغي رقم ٧١ لسـنة ١٩٨٧ فقد ميـزت في الجزاء بين العامـل العربي والعامل الأجنبـي مـن الـدول غـير العربية، وأرى انه لا مبرر لهـذا التمييز في الجزاء ، فـكان قانون العمل النافـذ موفقاً في ذلك.

تقل عن خمسمائة الف دينار ولا تزيد على مليون دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل أجنبي دخل جمهوريـة العراق خلافاً لأحكام هذا القانون أو لم يطع أمراً صادراً بترحيله ..).

ونـرى ان العقوبـة المفروضة على المخالف خفيفة ولا تنسـجم وخطورة الفعل المرتكب من قبل صاحب العمل[١] مقارنة بالتشريعات العربية المقارنة، اذ فرض قانون العمل المصري عقوبة الغرامة على المخالف لأحكام تشـغيل الأجانب بنصه: (يعاقب كل من يخالف حكماً من أحكام الفصل الثاني من الباب الأول بشـأن تشـغيل عمل الأجانب والقرارات الوزارية الصادرة تنفيذاً له بغرامة لا تقل عن خمسـمائة جنيه ولا تزيد على خمسـة آلاف جنيه وتتعدد العقوبة بتعدد العمال الذين وقعت في شـأنهم الجريمة، وتضاعف الغرامة في حالة العود)[٢] .

وقد نص قانون العمل والعمال السـعودي على فرض عقوبة الغرامة التي لا تقل عن ألفي ريال ولا تزيد على خمسـة آلاف ريال على من يخالف أحكام المادة (٣٣) من القانون[٣] ، وقد تم التطرق في المادة (١/٣٣) من القانون نفسه الى عدم جواز ممارسة غير السعودي العمل الا بعد حصوله على رخصة عمل من الوزارة[٤].

ومما تجدر الاشـارة اليه ان قانون الاقامة في العراق قد فرض بالإضافة الى العقوبة آنفة الذكر منـح السـلطة المختصـة الحق بإخـراج أي أجنبي يدخل أراضي العـراق بنصه في المـادة (٢٦) منه: (للمدير العام أو من يخوله صلاحية اخراج الأجنبي الذي دخل أراضي جمهورية العراق بصورة غير مشروعة الى خارج الحدود)[٥] ، لأن للدولة السـيادة على اقليمها وعليها واجب المحافظة على كيانها وهـي تملـك ابعاد أي أجنبي موجود على اقليمها اذا ظهر خطورته على أمنها أو على النظام العام أو الصحـة العامـة أو الاقتصاد القومي أو غـير ذلك، أو كان دخول الأجنبي بطريقة غير شرعية[٦] ، بل يمكـن الغـاء اجازة العمل للأجنبـي اذا أصبح وجوده مضراً بالمصلحة العامـة، وهذا ما نصت عليه

١- ان الاكتفـاء بفـرض غرامـة على المخالف – وفي الأغلب يكون صاحب العمـل – دون الحبس يكون غير رادع له كون أصحـاب الأعمـال في الأغلب ميسـوري الحال فـلا تؤثر فيهم هذه العقوبـة . نلتمس من مشرعنا فـرض عقوبة الحبس والغرامـة لكـي تحقق العقوبة هدفها في الردع والاصلاح وفقاً للسياسـة العقابية الحديثة.

٢- أمـا الجـزاء المدني فيتمثل في بطلان عقد العمل المبرم مـع الأجنبي المخالف لأحكام القانون بطلاناً مطلقاً . د. محمد علي منصور: المصدر السابق، ص٢٩٠.

٣- المادة (٣٢١) من قانون العمل والعمال السعودي النافذ.

٤- وقد حددت الفقرة من المادة نفسها شروط منح رخصة العمل.

٥- وجـاء في المـادة (٢٧) منـه: (للوزيـر أو مـن يخوله ابعاد الأجنبي الـذي دخل العراق بصورة مشروعـة اذا ثبت انه لـم يكـن مسـتوفياً أياً من الشروط المنصوص عليها في المادة من هذا القانـون أو المقيم الذي يفقد أحد هذه الشروط بعد دخوله.

٦- د. محمد حافظ غانم: المصدر السابق، ص٥٤٣.

المادة (٩) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧.

الفرع الثاني: المحكمة المختصة في فرض الجزاء على المخالف لأحكام تشغيل العمال الأجانب

تبقى اقامة العدل وتوفير الحماية القانونية للأفراد من خلال اقامة مرفق القضاء والاشراف عليه من أهم واجبات الدول المعاصرة وأسماها، وان اخلاص العاملين وكفاءتهم في هذا الجهاز من القضاة والموظفين سيضمن أداء مهامه على أكمل وجه بعيداً عن الأهواء والرغبات المشبوهة. ووفقاً لذلك رسمت السياسة التشريعية للدول اجراءات تقاضٍ لكل محكمة بما يتلاءم وطبيعة النزاع وواقع أطرافه من الخصوم.

ولما يتميز به النزاع العمالي من طبيعة خاصة فقد أنيط الفصل فيه بمحكمة العمل التي لها اختصاص نوعي من نمط خاص هو الجمع بين الدعاوى المدنية والجزائية حتى التأديبية في آن واحد، ما دامت هذه الدعاوى والقضايا تدور في نطاق العمل[١] ، وتشكل محكمة العمل من قاضٍ وعضوين يكون أحدهما ممثلاً عن العمال والآخر عن أصحاب العمل[٢] .

وان هذه المحكمة هي المختصة باعتبارها محكمة جنح بفرض الجزاءات المحددة في قانون العمل وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي والتشريعات ذات العلاقة، وجعل لهذا الجزاء حدين أدنى وأعلى سواء فيما تعلق بالعقوبة المالية أو بعقوبة الحبس المقيدة للحرية، وترك أمر تقدير ذلك للمحكمة عند الحكم على أن تكون العقوبة ضمن هذين الحدين فقط وفقاً لملابسات وظروف كل مخالف على أن تحقق العقوبة أهدافها لردع المخالفين وزجر غيرهم[٣].

وان جزاء مخالفة تطبيق أحكام تشغيل العمال الأجانب في العراق واحد من هذه الجزاءات التي تفرضها محكمة العمل[٤] ، اذ أورد المشرع في قانون العمل النافذ أحكام تشغيل العامل الأجنبي

١- وفقاً للمادة (١٦٦/أولاً-٣) من قانون العمل العراقي النافذ بنصها : (تختص محكمة العمل بالنظر فيما يلي : أ- الدعاوى والقضايا والمنازعات المدنية والجزائية المنصوص عليها في هذا القانون وفي قانون الضمان الاجتماعي والتشريعات الأخرى ..) .

٢- المادة (١٦٥) من قانون العمل العراقي النافذ .

٣- د. محمد علي السلطاني : الضمانات الجزائية في قانون العمل ، ص٨٩ وما بعدها .

٤- من هذه الجزاءات : أ- جزاء مخالفة الأحكام الخاصة بالأجور وتحديدها المادة (٦٤) منه. ب- جزاء مخالفة الأحكام الخاصة بأوقات العمل والراحة والاجازات والأعياد في المواد (٧٣ و٨٣) منه. ج- جزاء مخالفة أحكام تشغيل عمل النساء في المادة (٩٤) منه. د- جزاء مخالفة تشغيل عمل الأحداث المادة (١٠٥) منه. هـ- جزاء مخالفة أحكام حماية عمال أصحاب المقالع المادة (١١٢) منه. و- جزاء مخالفة احتياط العمل وسلامته المادة (١٢٥) منه. ز- جزاء ممانعة أو عرقلة أعمال لجان مفتشي العمل أو لجان التفتيش المادة (١٣٥) منه .

في العـراق ووضـع عقوبة على مـن يخالف هذه الأحكام تصل الى ثلاثة أضعـاف الحد الأدنى للأجر الشـهري للعامل على كل جهة أو شـخص خالف ذلك[١] ، فتكون محكمة العمل المحال عليها الدعوى الجزائيـة الخاصـة بمخالفة هذه الأحكام من قبل وزير العمل والشـؤون الاجتماعية بناءً على تقرير لجنة التفتيش أو كل ذي مصلحة هي المختصة بالفصل في هذه الدعوى. وهذا ما استقر عليه قضاء محكمـة التمييـز الاتحاديـة اذ وجـدت هـذه المحكمة ان حكم محكمـة عمل ذي قار القـاضي بإدانة المشكو منه وفق المادة (٣٦) بدلالة المادة (٣٠) من قانون العمل عن قيامه بتشغيل خمسة وعشرين عاملاً أجنبياً في مشروع انشاء مستشفى في مدينة الناصرية المنفذ من قبل شركة المدان دون الحصول على اجازة عمل صادرة من دائرة التشـغيل في وزارة العمل والشـؤون الاجتماعية، صحيحاً وموافقاً للقانـون بعـد أن اعتمدت الأدلة الكافية والمقنعة المتحصلة في الدعوى المتمثلة بأقوال الممثل القانوني للوزارة وأقوال أعضاء لجنة التفتيش بصفة شـهود وتقرير لجنة التفتيش واعتراف المدان الصريح لذا قرر تصديقه[٢] .

وان الشـخص المعنـوي هو المسـؤول جزائيـاً عن الجرائم التـي يرتكبها ممثلـوه أو مديروه أو وكلاؤه فجـاء بقـرار للمحكمـة نفسـها: (اذا تبين لمحكمة العمـل أن المتهم المحال اليهـا عن جريمة تشـغيل عمال في الشركة من جنسـيات مختلفة دون حصولهم على اجازة عمل من قبل وزارة العمل بأنه عامل وله صلاحية تشـغيل عمال في الشركة فيكون فعل المتهم محكوم بالبراءة كون الشـخص المعنـوي هو المسـؤول جزائياً عـن الجرائم التي يرتكبها ممثلوه أو مديـروه أو وكلاؤه عدا مصالح الحكومة[٣] .

ولا يمكـن للعامـل الأجنبـي المطالبة بحقوقه الماليـة الا بعد حصوله على اجـازة عمل اذ وجدت محكمـة التمييـز الاتحاديـة ان حكم محكمة عمل البـصرة صحيحاً وموافقاً للقانـون والمتضمن رد دعـوى المدعـي (العامـل الأجنبي) بعد أن تم انهـاء خدماته اجباراً بشركة المدعـى عليه لعدم ايفاءه بالتزاماته المالية ولم يحكم له بالمبالغ التي طالب بها لعدم حصوله على اجازة عمل من وزارة العمل عملاً بالمـادة (٣٠) من قانون العمل[٤] .

كمـا وجدت المحكمة نفسـها ان حكم محكمة عمل بغـداد المتضمن الحكم على المدان الهارب (ع) بغرامة مالية (كذا) عن تشغيله عمالاً أجانب صيني الجنسية وبما يعادل ثلاثة أضعاف الحد الأدنى

١- طبقاً للمادة (٣٦) من قانون العمل النافذ .
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٣٣١/الهيئة المدنية/٢٠٢١ في ٥/٤/٢٠٢١ ، غير منشور.
٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨١٦/هيئة مدنية/٢٠٢١ في ٢٨/٤/٢٠٢١ ، غير منشور.
٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٩٣٥/هيئة مدنية/٢٠١٧ في ١٢/٤/٢٠١٧ ، غير منشور.

للأجر الشهري بواقع ثلاثمائة ألف دينار وايداع المبلغ في صندوق المحكمة بغية ارساله الى صندوق التقاعد والضمان الاجتماعي وفي حالة عدم الدفع حبسه لمدة (٢٢٤) يوماً بما يعادل يوم واحد عن كل خمسين ألف دينار من مبلغ الغرامة وألزم صاحب العمل المدان بإزالة آثار المخالفة خلال مدة أقصاها شهرين بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية كان حكمها صحيحاً وموافقاً للقانون فقرر تصديقه[١].

وان قانون العمل بعد أن جرم فعل مخالفة أحكام تشغيل العمال الأجانب في العراق حدد عقوبة الغرامة على المخالف التي لا يمكن معها شموله بقرار تعديل الغرامات رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل الغرامات الواردة بقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل[٢] .

وان الأحكام التي تصدرها محاكم العمل سواء تعلقت بمخالفة أحكام تشغيل العامل الأجنبي أو غيرها من المخالفات يجب أن تتم بحضور ممثل عن الاتحاد العام الأكثر تمثيلاً للعمال وممثل عن اتحاد أصحاب العمل وبخلافه يكون الحكم فاقداً للشكلية القانونية ولا يترتب عليه أي أثر ما لم يصدر وتتلى مسودته بمشاركة رئيس وأعضاء المحكمة[٣] ، اذ ان اصدار الحكم في الدعوى العمالية المدنية أو الجزائية هي الخطوة النهائية التي تتخذها المحكمة بعد جلسات في الدعوى والاستماع الى طلبات ودفوع الطرفين، فان معه يخرج النزاع من ولاية المحكمة، فلا تملك بعدها الحق في تعديله أو تغييره الا عن طريق سلوك المتضرر من الحكم واحد من طرق الطعن والتي هي الاعتراض على الحكم الغيابي أو طريق اعادة المحاكمة أو الطعن تمييزاً[٤] ، وان يكون الطعن خلال المدة المحددة قانوناً ولا يجوز الاتفاق على خلافها ويترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن ورده شكلاً.

الخاتمة

ان تنظيم عمل الأجانب وتشغيلهم في العراق من المواضيع التي عالجت أحكامه قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠٥ والتشريعات ذات الصلة وكذلك قانون الاقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ في بعض نصوصه وتم التطرق الى هذه الأحكام بشكل موجز، الا اننا في نهاية الدراسة يمكن أن نجمل أهم

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٠٦٥/هيئة مدنية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٧/٢٠ ، غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٧١/هيئة مدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٤/٢٩ ، غير منشور.

٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٨٧/هيئة مدنية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/١٤. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي : مبادئ محكمة التمييز الاتحادية – القسم الجزائي ، الجزء ٤ ، ط١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٢١ ، ص٢٠٥.

٤- وقد حدد المشرع طرق الطعن في أحكام محاكم العمل في نصه في المادة (١٦٨) من قانون العمل النافذ فلا يجوز ايجاد طرق طعن جديدة غيرها.

مـا توصلنـا اليـه من نتائج وما يسـتحق أن يطرح من مقترحـات تحقيقاً للفائـدة العملية والعلمية وكالآتي:

أولاً : النتائج:

١. لقـد شـهدت العمالـة الأجنبية في العراق انتعاشـاً لم يسـبق له نظير بسـبب الانفتاح الذي شهده البلد بعد عام ٢٠٠٣ ورغبة أصحاب الأعمال بتشغيل هذه العمالة لانخفاض الأجور وتكاليفهـا مقارنـة بالعمالـة الوطنية وهذا بدوره يـؤدي الى عدم التوزيـع العادل للدخل الوطني.

٢. ان زيـادة تدفـق العمالـة الأجنبيـة الوافدة على خلاف المعتـاد في البلد وجعل هـذه العمالة منافسـة للقـوى العاملـة الوطنية في سـوق العمـل له مخاطـره الاقتصاديـة والاجتماعية والسياسـية على المجتمع.

٣. ان وجود العمالة الأجنبية الوافدة وبالحجم غير المنضبط يؤدي الى أن تكون من الأسـباب الرئيسة للتحويلات النقدية للعملات الصعبة في البلاد التي تشكل خطاً مدمراً عل الاقتصاد الوطني بسبب ما تؤديه هذه التحويلات من نقص الاحتياط الأجنبي في المصارف العراقية.

٤. ان تواجـد العمالـة الأجنبيـة في سـوق العمـل العراقـي بأجور منخفضة سـيعيق تشـغيل العمالة الوطنية وتأهيلها لسـد احتياجات البلد وبالتالي حرمانها من فرص تطور قدراتها ومهاراتها الفنية.

٥. ان زيـادة تدفـق الأيدي العاملة الأجنبية العـراق دون مراعاة الاحتياج الفعلي لها يؤدي الى انتشار عمالة سائبة تبحث عن فرص عمل وقد ينزلق بعضها الى اتباع أساليب غير مشروعة في تحصيـل المـال، بعد أن تحول وجود هذه العمالة الجماعـي الى بؤرة للجريمة وبأنواعها كافة.

٦. ان محكمة العمل هي المختصة قانوناً في فرض الجزاء على من خالف أحكام تشغيل العمال الأجانب في العراق باعتبارها محكمة جنح وان حكمها قابل للطعن به أمام المحكمة نفسها بطريـق الاعـتراض على الحكم الغيابي اذا صدر غيابياً أو بطريق اعادة المحاكمة، كما يمكن الطعـن به تمييزاً أمام محكمة التمييز الاتحادية بطريق التمييز وذلك خلال المدد القانونية المحددة.

ثانياً : المقترحات والتوصيات:

١. عـلى الجهـات المختصة وبخاصـة وزارة العمل والشـؤون الاجتماعيـة ووزارة الداخلية في العـراق وضـع الخطط والحلول الناجعة العلمية والعملية للحـد من تدفق العمالة الأجنبية وفقـاً للاحتيـاج الفعلي لهـا لتجنب الأخطار التـي يمكن أن يتعرض له الأمـن الوطني من هذه العمالة، وايجاد عمالة وطنية مدربة ومؤهلة بأعداد كافية لمواجهة احتياج العراق من الطاقة البشرية.

٢. على الجهات الأمنية المختصة الاعتماد على خطط استراتيجية لتأسيس جهاز وقائي متكامل لمراقبة العمالة الأجنبية للتخلص من العمالة السـائبة المخالفة للقوانين والتعليمات، وابعاد من خالف منهم نظم التشغيل القانونية.

٣. نرى انه يتطلب من العامل الأجنبي الحصول على اجازة عمل بكفالة صاحب العمل، تضمن حسن سيرته وسلوكه طيلة مدة عمله عنده، ويتحمل صاحب العمل المسؤولية الجنائية عن أي مخالفة أو خرق لهذا العامل للقوانين والأنظمة والتعليمات لحين خروجه من العراق.

٤. عـلى لجـان تفتيش العمل وبمرافقة الجهـات الأمنية أن تكثف جولاتها الميدانية التفتيشـية لاماكـن العمـل المتواجـد فيها العمالة الوافدة وأن يعدوا برامج يبـين فيه مكان تواجد هذه العمالـة ويلـزم من يغير مكان عمله منهم بإبلاغ هذه اللجان خلال فترة زمنية وجيزة والا تعرض هو ومن يعمل عنده الى المسـاءلة القانونية.

٥. عـلى الجهات المختصة أن تسـتقدم العمالة الأجنبية الماهـرة ذات الخبرة النوعية والمؤهلات العلمية التي قد تكون نادرة في العراق أو تكون العمالة الوطنية تحمل هذه المؤهلات نفسها الا انها لا تكفي لسـد النقص في العمل وأن تفرض على صاحب العمل تشـغيل أيدي عاملة وطنية في مشروعه مع هذه العمالة الوافدة بنسـبة ٥٠٪ والا عرض نفسـه لعقوبة جزائية شديدة.

٦. على السلطات المختصة باستقدام العمالة الوافدة اتباع سياسة احلال العمالة الوطنية محل العمالـة الأجنبيـة وعدم الاعتماد الرئيس على العمالة الوافـدة وان اقتضى الأمر ذلك فعليها اللجوء الى العمالة العربية من الأقطار العربية.

٧. ان المـشرع العراقـي في قانون العمل النافذ عاقب من خالف أحكام تشـغيل العامل الأجنبي بالغرامـة فقـط ولكي تكون العقوبة أكثر ردعاً وزجراً للآخريـن نقترح أن تكون العقوبة الحبس فضلاً عن الغرامة أسـوة بالتشريعات العمالية الأخرى المقارنة.

المصادر

أولاً : الكتب والمراجع القانونية:

- د. ابراهيم بن عبد الكريم بن عيان: العمالة الوافدة في المملكة العربية السعودية والآثار السلبية المترتبة على وجودها وأدوار المؤسسات التربوية في الحد من استقدامها وتلافي آثارها، العدد ٦، جامعة الشقراء، السعودية، ٢٠١١.
- د. أكرم نشأت: علم النفس الجنائي، ط٦، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
- د. احمد محمد خليفة : أصول علم الاجرام الاجتماعي، القاهرة ، ١٩٥٥.
- د. بشير هدفي : الوجيز في شرح قانون العمل، دار الريحانة للكتاب، الجزائر ، ٢٠٠٦.
- شاب توما منصور: شرح قانون العمل دراسة مقارنة، ط٦، دار الحرية للطباعة ، بغداد، ١٩٧٠.
- د. صبا نعمان رشيد الويسي: قانون العمل، مكتبة نور العين، بغداد، ٢٠٢٢.
- المحامي غالب حسن التميمي: المختزل في شرح قانون العمل، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩.
- د. مظفر جابر الراوي: أثر التشريعات في تنظيم العمالة الأجنبية والحد من البطالة، جامعة عمان الأهلية، الأردن، ٢٠١١.
- محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي العام، ط٢، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٧٢.
- د. محمد حسين منصور: قانون العمل، دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية ٢٠٢١.
- د. محمد علي حسين: التقاضي في دعاوى العمل في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩٢ .
- د. محمد علي حسين: الضمانات الجزائية في قانون العمل وتطبيقاته، مجلة القضاء، ع٣و٤، بغداد، ١٩٨٨.

ثانياً : القوانين:

- قانون العمل العراقي الملغي رقم ١ لسنة ١٩٥٨.
- قانون العمل العراقي الملغي رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠.
- قانون العمل العراقي الملغي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧.
- قانون العمل العراقي النافذ رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥.

- قانون اقامة الأجانب العراقي رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧.
- التعليمات الخاصة بممارسة الأجانب العمل في العراق رقم ١٨ لسنة ١٩٨٧.
- قانون العمل والعمال السعودي رقم ٥١ لسنة ١٤٢٦هـ.
- قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

القـــاضي احمـــد عبيـــد الكعبـــي

المستخلص

الاصل في الاحكام القضائية هي ان تنفذ بالطريقة السوية من خلال الجهة المعنية في التنفيذ حسب الاحوال ، ويكون ذلك فور صدور الحكم مالم يطعن بالحكم بطرق التنفيذ غير الاعتيادية (الاستئناف والاعتراض على الحكم الغيابي) ، والذي يحصل عدم التنفيذ من قبل الخصم الذي صدر الحكم لمصلحته من خلال التراخي في التنفيذ لمدة معينة حسب الاحوال ، فالحكم القضائي والحجج ماعدا حجة التخارج اذا لم ينفذان خلال سبع سنوات من تاريخ صدور هذا الحكم تسقط قوته التنفيذية وذلك لصراحة المادة ١١٢ و١١٤ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل الذي نص المادة ١١٢ على انه (اذا ترك الحكم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشأنه سبع سنوات اعتبارا من تاريخ اخر معاملة فتسقط قوته التنفيذية) وكذلك نصت المادة ١١٤ على انه (لا يقبل التنفيذ ، الحكم الذي مضى سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات) .

ولكن ما هو الحل في هذه الحالة ؟ لان التراخي قد يكون بعذر او بدونه ، فهل يؤدي الى ضياع الحق الثابت في الحكم ؟

ابدع القضاء العراقي الرصين في ايجاد الحل من خلال الدور الرئيس باعتباره مصدر للتشريع حسب ما نصت عليه المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل التي نصت على انه (ا- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها اوفي فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) .

وهذا الدور هو مستمر في استقرار الامن القانوني واستقرار المعاملات وايصال الحقوق الى اصحابها ، فكان الحل من خلال تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية وذلك من دعوى قضائية لها شرائطها واحكامها فالبحث الموسوم (تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية) يبين هذه الاحكام والشرائط الذي سوف نبحثها تباعا .

Abstract

The origin in verdicts is that they are executed in the right way through the concerned party، and that occurs once the verdict is made unless it is appealed by unusual executing ways (appeal & objection on judgement in absentia)، which occurs through the opponent's failure، whose sentence was in his favor، in executing through laxity in executing for a period of time، if verdict & certificates except the certificate of Apportionment of Shares of Inheritance are not executed in seven years from this verdict's issuing date، its executive power fails due to the clearance of Articles 112 & 114 of implementation law of number 45 for the year 1980 amended whose Article 112 states that (if verdict is left & its owner does not refer to it in seven years starting from the date of the last reference، its executive power fails)، and Article 114 states that (verdict، who acquires finality for seven years، is not executed).

But what is the solution in that case? Because laxity could be with or without an excuse، will it lead to the loss of the fixed right in verdict?

Solid Iraqi judiciary was creative in finding the solution through the main part as it is a source of legislation according to what Article 1 of the Iraqi Civil Law of number 40 for the year 1951 amended stated (1 – Legislative texts apply to all questions discussed in these texts in their pronunciation & content. 2 – If there isn't any applicable legislative text، court sentence through custom. If there isn't، through the most suitable Islamic Law Principles for this law without restricting to a certain sect. If there isn't، through justice rules. 3 – Courts are guided in all that by verdicts approved by judiciary & jurisprudence in Iraq، then in other countries whose laws are close to the Iraqi ones). And this role is continuous in stabilizing national security & getting rights to their owners، so the solution was through renewing the executive power of verdicts، and that is from a litigation having its conditions and judgements، as the research entitled (Renewing the executive power of verdicts) illustrates these judgements & conditions which we will discuss later.

المقدمة

أولا : موضوع البحث :

مـن المتفـق عليه من الناحيتـين الفقهية والقضائية إنّ الغاية الاساسـية لوجود سـلطة قضائية هـي تطبيـق احكام القانون على الناس كافة والفصـل في المنازعات واصدار الاحكام والقرارات التي من شـأنها تطبيق مبدأ سـيادة القانون وسريانه على الكافة وتحقيق العدالة وضمان الحقوق العامة والخاصـة وضمان الشرعية والمشروعية ورقابة اداء السـلطتين التشريعيـة والتنفيذية لضمان عدم ممارسـتهما لصلاحياتهمـا عـلى خلاف حكم القانـون ومن ثم لا قيمة لأي حكـم او قرار قضائي لا يتـم تنفيـذه مـن دون تأخير او مماطلة او امتناع وهذا ما نصـت عليه القوانين و اكد المشرع ذلك في القوانين التي نظمت عمل السـلطة القضائية .

كمـا ويجمـع الفقـه كذلك ان اخطر مـا يواجه منظومـة العدالة والقانـون في أي مجتمع هو ان يتـم انتهاكـه مـن قبل القائمين على تنفيذه او تطبيقه ، ولاشـك أنَّ تأخـير او تعطيل او الامتناع عن تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية يشكل عنوان انتهاك حكم القانون من قبل القائمين على تنفيذه ، ويشكل عنوانا بالمساس بمبدأ سيادة القانون والفصل بين السلطات وهما الركيزة الاساس للدولة .

اذ أن الدعـوى هـي وسـيلة الدولـة لاتخاذ الاجـراءات اللازمـة لضمان الحقـوق التي تعرضت للضرر بسبب الخطأ ومن هنا تنشأ رابطة قانونية بين صاحب الحقَ وهو رافع الدعوى (المتضرر) و مرتكب الخطأ ولذلك كان لا بد من الاستمرار في الاجراءات تمهيداً لاستكمال المرافعة ومن ثم صدور حكـم بـات فيهـا ، وبذلك فان الدعوى تكون قد انقضت ببلوغ غايتهـا الطبيعية لان الحكم هو غاية الدعوى لحسـمها وتنفيذ ما يقضي به بعد اكتسـابه درجة البتات [١]. والحكم هو الرأي الذي تنتهي اليـه المحكمـة في النـزاع المطروح عليها أو في نقطة منه أو هو القرار الذي تصدره المحكمة فاصلاً في قضيـة معينـة اثناء نظر الدعوى المدنية او الجزائية أو وضع حد لها [٢] .

وان الاحـكام تختلـف مـن حيـث صدورهـا بحضـور المدعـى عليـه أو غيبته فهي تنقسـم على احـكام حضوريـة واخـرى غيابيـة وكذلك تنقسـم الاحكام مـن حيـث قابليتها للطعن عـلى احكام بدرجـة اولى وبدرجـة اخـيرة ، ومـن حيـث موضوعاتها تنقسـم الاحـكام إلى فاصلـة في الموضوع واخـرى صـادرة قبـل الفصـل في الدعـوى ، وان الحكـم لكي يكـون صحيحـاً لابـد أنْ تتوافر فيه بعـض الـشروط الخاصـة بإصداره واخـرى بتحرير نسـخته الاصلية، اما من حيـث شروط صحة

١- ينظر ابراهيم البرغوثي ، تنفيذ الاحكام القضائية وضمانات حسن سير العدالة ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٧٧،ص ٣.

٢- ينظر د أحمد ابو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، ط٣، ١٩٧٤، ص٥١.

اصـدار الحكـم فانه يشـترط في القـاضي الذي يتـولى الفصل في الدعـوى ان يكون قد اطلع بنفسـه عـلى الدفـوع كافة والاسـانيد في الدعوى واشـترك في جميع التحقيقات بنفسـه وسـمع اوجه الادلة للخصـوم فيهـا، ومن الـشروط الاخرى هـي اجراء المداولـة بعد ختم بـاب المرافعـة ،وكذلك يجب تحريـر وتوقيعـه ،لان القانـون لا يعـترف بحكـم غـير مكتـوب وهـذا يسـتفاد مـن نـص المـادة (١٦١) مـن قانـون المرافعـات المدنيـة ذلـك لان الكتابة تعد عنصراً شـكلياً،لذا يجـب تحرير الحكم واسـبابه في الميعـاد الـذي تحدده المحكمة للنطق به ،ومن الشروط الاخرى النطق بالحكم في جلسـة علنية بعد المداولة ولو كانت الدعوى قد نظرت في جلسـة سرية، اما بالنسـبة لتحرير نسـخة الحكم الاصلية فانه يقتضي ان تتضمن جملة بيانات نصت عليها المادة (١٥٩) قانون المرافعات المدنية بعد ان يصدر الحكم القضائي مستوفياً للشروط السابقة فانه يرتب اثاراً ومن هذه الاثار هي قوة الشيء المقضي فيه .

ثانيا : اهمية البحث:

إنَّ اصعـب مـا يواجهـه الباحث ولا سـيما القانوني منـه هو اختيار موضـوع البحث ، فهو بين أمرين بين اختيار موضوع تتوافر فيه المصادر ويتم انتقاده بان الموضوع تم التطرق له سابقاً ولم يأت بشيء جديد وبين اختيار موضوع لم يتم التطرق له سـابقاً ويتم الاصطدام بعقبة قلة المصادر ، ان هـذا الموضـوع محـل البحث بين هذين الامرين فهو لم يغنَ مـن البحث وتم تجاهله من المشرع العراقـي ، فهـو وليـد ابداع القضاء فلا هو موضـوع من موضوعات القانـون الاجرائي (المرافعات المدنيـة) ولا هـو موضوع من موضوعـات القانون الموضوعـي (القانون المدني)، فهـو خليط لهذه القوانين لذا اجد ان الفائدة العلمية و هي اغناء المكتبات القانونية في هذا الجهد المتواضع كما ارتأت اللجنـة الموقرة للبحوث في المعهد القضائي .

ثالثاً: إشكالية البحث:-

يثير موضوع البحث مشاكل عدة يمكن بيانها أو طرحها على شكل التساؤلات وكما يلي :

١. في حالة صدور حكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية وثبت حقاً لاحد الخصوم ، ولم يتم تنفيذه وفقد قوته التنفيذية بمرور المدة القانونية ما هو الحكم في هذا الفرض ؟
٢. ماهي مصير الحقوق الثابتة في هذا الحكم ؟
٣. هل أغفل المشرع العراقي تنظيم هذه المشكلة ؟
٤. وما هو موقف القضاء وهل سـعى الى الاجتهاد في سـبيل سد الفراغ التشريعي في فرضيته

ان وجد ؟

٥. فـاذا مـا تـم معالجته مـن قبل القضـاء على فـرض ثبوته كيـف كانت المعالجـة ؟ وماهي المـبررات التي أسـتند اليها ؟ وماهي طريقة المعالجـة ؟ وهل كان موفقاً في تلك المعالجة ام تعـدى اختصاصه المحصـور في تطبيق القانون ؟

غيرها من التسـاؤلات التي تثار، وهي حالات لم يعالجها المشرع العراقي. وسـوف يتم الاجابة عليها في هذا البحث .

رابعاً: منهجية البحث:-

لقـد اعتمدنـا في كتابة البحث على الجانب الفلسـفي ، وذلـك لأنَّ طبيعة البحث تقتضي الولوج في الاسـاس الفلسـفي للقوة التنفيذية وبيان فلسـفة المـشرع في اقرار هذه القـوة، و عرجنا على تحليل الآراء الفقهيـة وترجيحنـا للـرأي المفضل، وكذلك اعتمدنـا الجانب التطبيقـي في كتابة البحث وهي قـرارات المحاكـم وعلى رأسـها محكمة التمييز الاتحاديـة التي كان لها دور كبـير في اغناء موضوع البحث؛اسـتكمالاً للفائـدة المرجوة من هذا البحـث، وكذلك اعتمدنا الجانب النظـري في كتابة البحث التـي تتمثـل بالاسـتعانة بمؤلفات شراح القانون وفقهـاه ومن ثمَّ يمكن القول أنّنـا راعينا في كتابة البحث المنهج الوصفي (الدراسـة التحليلية).

خامساً: خطة البحث :

لقد تم تقسيم البحث الى مطلبين

المطلب الاول:- التعريف بتجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

المطلب الثاني – احكام تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

والله ولي التوفيق

المطلب الأول

التعريف بتجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

إن تنفيـذ الأحـكام القضائية هو الهدف المتوخى من اللجـوء الى القضاء اذ لا ينفع المطالبة بحق لا نفـاذ لـه هذا من جانب ومـن جانب آخر ، ان عدم التنفيذ او التأخير عـن التنفيذ فيه يلحق ضرراً جسـيما بالمحكـوم له ، ومن ثمَ يؤثر على مصداقية الأحكام وعـلى القوة التنفيذية للحكم القضائي ، ولا يتوفر لموضوع البحث تنظيم تشريعي خاص به ضمن القواعد العامة في القوانين ولكنه من ابداع القضـاء العراقـي الأمر الذي دعانـا الى البحث عن مدلول تجديد القـوة التنفيذية في فرع وعن ذاتية تجديد القوة التنفيذية في فرع ثان .

الفرع الاول

مدلول تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

ان إيجاد مدلول تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية يقتضي أن نعرف معناه ثم مرجعيته ، لأن دعـوى تجديد القوة التنفيذية المسـتندة الى موضـوع البحث لم تكن متأصلة بعنوان صريح في التشريعـات إنّمـا جـاءت من إبداع القضاء العراقـي الرصين الذي كان ومازال يـؤدي الدور الفعال في اسـتقرار الامن القانوني وتنفيذ القوانين واسـتقرار المعاملات[١] لذا اقتضت الحاجة أن نشـير الى معنـى تجديد القوة التنفيذية كما في التفصيل الاتي :

لـم نجـد مدلولا لتجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائيـة في القانون العراقي ،مما حذا الكتاب الى تعاريف متباينة قد تم الاشارة اليها باتجاهين احدهما يتعلق بالمفهوم والثاني وسع بشيء منه ، مما دفع الباحث الى الاسـتعانة بتعاريف متباينة وهو كالاتي :

الاتجـاه الاول : والـذي وضع مصطلحاته مقتضبة في تعريفـه لمصطلح تجديد القوة التنفيذية وهي كالاتي :

الاول هو (اخراج الشيء من حيز التفكير الى مجال الواقع الملموس)[٢] .والثاني هو (قبول تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية)[٣].

١- القضـاء العراقـي كان ولا يـزال لـه الـدور الرئيس في اسـتقرار البلاد من خـلال الاحكام التي يصدرهـا ولها الاثر الواضح على الشارع من جانب ومن جانب اخر الاجتماعات الدورية لمجلس القضاء الاعلى الموقر ومن التعاميم التي كان لها صدى واسع على الشارع العراقي منها التعميم الخاص باعتبار الدكة العشائرية دعوى ارهاب المعمم في اليوم الثامن من تشرين الثاني / نوفمبر /٢٠١٨ .

٢- ينظر علي مظفر حافظ ، شرح قانون التنفيذ المعدل ،مطبعة العاني ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص ٣.

٣- ينظر د. أحمد ماهر زغلول ، اول قواعد المرافعات ، ط ١ دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ص ٧.

ونحن ننتقد التعريفين المذكورين آنفاً بانتقادات عدة منها :

١. تم تعريف عنوان البحث من خلال مرادف الشيء وتم تسطير المصطلحات وقام بما يقابلها برديفها الفلسفي .

٢. ان التعاريف كانت لغوية اكثر مما هي قانونية وهو خارج محل الاختصاص ،لان اهل اللغة يقومون بالتعريف بمصطلحات غير مترابطة بمجرد اعطائها المعنى اللغوي فقط

٣. لم يفرق بين تجديد القوة واعطاء القوة التنفيذية للحكم ، وهنالك فرق بين المصطلحين كما سوف نبحثه لاحقاً.

أما الاتجاه الثاني : الذي وسع في مفهوم المصطلح يعني (الاسم الذي يرتبه القانون لبعض الاحكام والذي يستطيع بموجبه المحكوم له ان ينفذ جبرا على ما حكم له به منشئً له الحق في التنفيذ)[١] . فهو الاخر قد انتقدناه كما يلي :

١. عرف تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية بما يقابله في تعريف الحكم .

٢. ان التعريف المذكور ، غير جامع ومانع ، فهو غير جامع للشرائط الخاصة بتجديد القوة التنفيذية وهو غير مانع لأنه يدخل في مصطلح الحكم .

والحكم القابل للتنفيذ يعني الحكم الذي يصدر من المحكمة حاسما لموضوع النزاع المرفوع اليها ، ويقضي بالزام المحكوم عليه بإداء شيء معين الى المحكوم له او القيام بعمل او الامتناع عن عمل[٢].

ومن جانبنا نرى أنَّ تجديد القوة التنفيذية نعني بها (دعوى قضائية تقام من قبل الخصم المحكوم له في نزاع قال القضاء كلمته فيه بالحسم لصالح احد الخصوم واكتسب شكله النهائي ولم يقم بتنفيذ الحكم لغرض استحصال الامر بتأييده وتجديد قوته بعد ان فقدها بمضي المدة القانونية على اصداره). وإن كان المفهوم المذكور فيه شيء من الاطالة والشرح ولكنه مفهوم جامع مانع، فهو جامع لجميع اركان رفع الدعوى من دعوى قضائية واقامتها والسند الذي يستند اليها ،أما فهو مانع فهو يخرج الاحكام غير مكتسبة لشكلها النهائي أو التي لم تحسم لصالح الخصم الذي اقام دعوى التجديد .

١- ينظر د. وجدي راغب ، العمل القضائي ، دار المعارف ، القاهرة ، عام ١٩٧٧ ، ص ٣٨٢.

٢- ينظراستاذنا القاضي حسن فؤاد منعم ، تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق (دراسة في ضوء قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، بغداد المكتبة الوطنية ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٥.

الفرع الثاني

نطاق تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

ان تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية ، تعالج الحكم الذي وصل مرتبته الى العدم من حيث أثره على تغيير المراكز القانونية تعديلاً وانهاءً وإلغاءً ،وهذا لا يأتي تلقائياً، فالقضاء انقذ النصوص القانونية من الإصابة بالفراغ التشريعي من خلال دعوى قضائية مكتسبة لشرائطها القانونية ، والذي يعنينا في هذا الفرع هو الاجابة على التساؤل الاتي ما هو النطاق او الحيز و الاساس القانوني لهذه الدعوى ، وللإجابة عن التساؤل السابق نجد ثلاثة اتجاهات سوف نبحثها تباعا :

الاتجاه الأول : وهم شراح قانون التنفيذ ، فيجدون ان الأساس لدعوى تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية يكمن في النصوص القانونية التي وثقها المشرع في قانون التنفيذ العراقي النافذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ .

ولكن حصل خلاف في الرأي بالاستناد الى أي من هذه النصوص القانونية التي تشير الى تجديد القوة التنفيذية ، ولقد انتقينا رأيين في هذا المآل :

فالرأي الأول : يستند الى نص المادة (١١٤) من قانون التنفيذ العراقي النافذ والتي تنص على انه (لا يقبل التنفيذ ، الحكم الذي مضى سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات) ، ويجد اصحاب هذا الرأي منطلقا بانه لا يجوز تنفيذ الحكم القضائي الذي مضى على اكتسابه درجة البتات سبع سنوات ، لذا كان من المقتضى إقامة دعوى أمام ذات المحكمة التي أصدرته لاستحصال حكم جديد بتجديد قوته التنفيذية [١] . وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها الى ضرورة الاستناد الى هذه المادة دون المواد الاخرى بصراحة قرارها المذكور الى انه (...ان ما ذهبت اليه المحكمة ..... ان ما يتعلق بقرار ابطال القيد واعادة تسجيله باسم المالك الاصلي للعقار ينفذ في دائرة التسجيل العقاري وليس في دائرة التنفيذ وانه لا يفقد قوته التنفيذية الا بعد مرور خمس عشرة سنة وان وجهة النظر من المحكمة غير واردة قانونا حيث ان نص المادة (١١٤) من قانون التنفيذ وحيث لا مساغ للاجتهاد في مورد النص فان امتناع دوائر التنفيذ او دوائر التسجيل العقاري او المرور او أي جهة اخرى تودع فيها المحررات القابلة للتنفيذ تمتنع عن قبول تنفيذ الحكم الذي مضت عليه هذه المدة تسقط معها قوته التنفيذية سواء كان التنفيذ في مديرية التنفيذ او في الدوائر الاخرى)[٢] ، وانتقد اصحاب

١- ينظر القاضي عدنان مايح بدر ، دعاوى البداءة وأحكامها في القانون العراقي دراسة للدعوى المدنية معززة بالتطبيقات القضائية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٢١٠ .

٢- ينظر القرار لمرقم (٢٧٠٥/ الهيئة المدنية / ٢٠١٨في ٢٥ /٤/ ٢٠١٨) منشور في مجلة الاحكام القضائية، القاضي

هذا الرأي بان الاستناد الى هذا النص لم يرسم طريقاً صريحاً بإقامة مثل هذه الدعوى ، فقط اشار الى ان الحكم لا يمكن تنفيذه اذا مضى سبع سنوات على اكتسابه درجة البتات هذا من جانب ومن جانب آخر لدى الرجوع الى موطن القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل عند خلو قانون التنفيذ كذلك لم يوجد نص يعالج مثل هكذا حالة بإقامة دعوى بتجديد القوة التنفيذية [١].

اما اصحاب الرأي الثاني : فيجدون عند اصدارهم القرارات بتجديد القوة التنفيذية بان موطن الاستناد يكمن في المواد (١١٢، ١١٣،١١٥) من قانون التنفيذ [٢] ، وهذا ما اتجهت اليه محكمة استئناف نينوى – الهيئة التمييزية (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقعاً ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر الى القرار وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام المواد (١١٢و١١٣و١١٥)من قانون التنفيذ لان الحكم المنفذ سقطت قوته التنفيذية لمضي اكثر من سبع سنوات على تأريخ اكتساب الحكم درجة البتات وان طلب وكيل الدائن المؤرخ في ٢٠٠٥/٧/٢٦ بالاستمرار بإجراءات التنفيذية حصل بعد انقضاء هذه المدة لذا قرر نقض القرار المميز واعادة الاضبارة الى دائرة التنفيذ لاتخاذ القرار بإيقاف التنفيذ لحين صدور القرار من المحكمة المختصة بتجديد الحكم المنفذ وصدر القرار بالاتفاق) [٣] . وانتقد الرأي المذكور كون المواد المذكورة آنفاً حددت مهام المنفذ العدل وأعماله في مجال المعاملات التنفيذية سواء في تنفيذ الاحكام أم المحررات التنفيذية ، ولا يوجد ما يبرر بالاستناد الى هذه المواد [٤] .

اما الاتجاه الثاني وهم شراح قانون المرافعات ، يجد سنده في الولاية العامة للقضاء العراقي بموجب نص المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته ،والتي نصت على انه (تسري ولاية القضاء على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما أستثني منها بنص خاص) ،والذي يؤكد لهم ذلك اتجاه محكمة

حيدر عودة كاظم ، العدد الثالث ، ٢٠١٨ ، ص ٧٨.

١- ينظرالقاضي محمد حسين مجيد ، تجديد القوة التنفيذية للحكم المودع للتنفيذ ، بحث ترقية مقدم من الصنف الثالث من صنوف القضاة الى الصنف الثاني ، رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية ، ٢٠١١، ص٢٥ .

٢- المادة ١١٢ نصت على انه (اذا ترك الحكم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشأنه سبع سنوات ، اعتباراً من آخر معاملة فتسقط قوته التنفيذية) اما المادة ١١٣(اذا تحقق للمنفذ العدل مضي مدة لتقادم القانونية للحكم او المحرر المودع للمنفذ ، فعليه ان يتخذ قرار بإيقاف التنفيذ) اما المادة ١١٥(تسري الاعذار القانونية التي توقف التقادم او تقطعه المنصوص عليها في القانون المدني على التقادم المنصوص عليه في القانون) للمزيد من التفاصيل ومن تبنى هذا الرأي ، ينظر القاضي حاتم جبار عودة ، تجديد القوة التنفيذية للحكم القضائي ، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٨ ص ٥٤ .

٣- ينظر قرار الهيئة التمييزية في محكمة استئناف نينوى الاتحادية بالعدد ١٣٧ في ٢٠٠٩/١٠/٢٨ غير منشور.

٤-

التمييز الاتحادية الى انه (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشـخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلـك الحكومـة وتختص في الفصل في كافة المنازعات الا من اسـتثني بنـص خاص بموجب المادة ٢٩ مـن قانـون المرافعات المدنية) [١] ،وينتقد هذا الرأي بان هـذه المادة تحدد الاختصاص الوظيفي للقضاء العراقي [٢].

ومـا بـين الاتجاهين ظهر اتجاه اخر وهم الذين يميلون الى الاسـتناد الى القانون المدني باعتباره موطـن القواعـد العامـة الى قواعـد العدالة التي هـي احد المصادر الرسـمية للقانـون بموجب نص الفقـرة(٢) مـن المادة(١) من القانـون المدني العراقي رقم ٤٠ لسـنة ١٩٥١ المعدل [٣].

عندما نريد ان نعرف ماهي قواعد العدالة، فإنها تعني التعبير عن الشـعور بالمسـاوات الواقعية لا المجـردة ، وهـي المسـاوات القائمة على مراعـات الظروف والجزيئيات في كل حالة وبالنسـبة لكل شخص ،أي تعني الشعور بالإنصاف وهو شعور كامن في النفس يُميله الضمير النقي والعقل السليم ويوحي بحلول تسري على الاشـخاص والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات هادفة الى ايفاء كل ذي حـق حقـه [٤] . ويمكـن انتقـاد هذا الرأي على اسـاس ان هذه القواعد لا يمكـن ان تتناقض خاصـة مـع النصوص القانونية باعتبارها هـي الراعية للعدالة أذ ان نص المـادة (١٠٥) من قانون الإثبـات رقـم ١٠٧ لسـنة ١٩٧٩ المعدل على انه (الاحكام الصادرة مـن المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق .....الخ)وكذلك نص المادة (١٦٠/٣) من قانون المرافعات المدنية النافذ نصت على انه(الحكم الذي يصدر من المحكمة يبقى مرعيا ومعتبرا مالم يبطل او يعدل من قبل المحكمة نفسـها او يفسـخ او ينقض من محكمة اعلى منها وفق الطرق القانونية).

وكذلك وجهت سـهام الانتقاد من جانب آخر ان الاسـتمرار في هكذا دعاوى ترتب اثارا قانونية للحكم الذي سـقطت عنه القوة التنفيذية بحكم القانون لاسـيما عدم وجود نص في القانون المدني او القوانـين الاخـرى الخاصة يجيز للمحكمة الغاء النصوص الخاصة بالتقادم او تعطيلها والحلول محـل المـشرع لاسـيما ان موضـوع الدعوى يسـتند الى التقادم وسـقوط المدد التي جـاءت في المواد

١- ينظر القرار المرقم ٣٣٩ / ٣٤٠في ١٩٨٨/٨/٣٠منشـور في القاضي عباس زياد السـعدي ، النافع في قضاء المرافعات المدنية بين النص والتطبيق ، ج ١ ، بغداد مكتبة الصباح ، ٢٠١٦ ، ص ١٣٣.

٢- منقول من القاضي حاتم جبار عودة ، مرجع سابق ، ص ٢٧.

٣- ينظرالقاضي عدنان مايح بدر ، مرجع سابق ، ص ٢١١.

٤- وتعنـي كذلـك بانهـا مجموعة من القواعد تصدر عن مثل اعلى يسـتهدف خير الإنسـانية والمجتمع بما يملأ النفوس من شـعور بالإنصاف وما يوحي به من حلول منصفة ومن خصائصها انها عامة اجتماعية وتصدر من مثل اعلى وانها لا ترشد الى حلول قاطعة وانها غامضة وانها ملزمة للمزيد من التفاصيل ينظر الى الاستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والمدرس زهير بشـير المدخل لدراسـة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٦٨.

ينظرالقاضي محمد حسين مجيد ، مرجع سابق، ص ٢٩.

(١١٢/١١٣/١١٤) مـن قانـون التنفيذ النافذ ومن ثم إهدار الحكمة التشريعية التي قصدها المشرع مـن وراء سـن هذه النصوص وتفويت الغاية من المنع الذي ابتغـاه [١]، ومن جانبنا نرى ان المشرع الزم القاضي الرجوع الى قواعد العدالة دون ان يحدد معناها وضوابط الرجوع فان ذلك هو ارهاق يؤدي الى المسـاس بحقوق الاخرين .

ازاء الانتقـادات المذكـورة آنفاً نجد ان الشراح و الكتاب من ينتقدون اللجوء بمثل هذا النوع من الدعاوى كما ذكر لعدم السند القانوني في ذلك .

ونسـتطيع القول بالاسـتناد الى مـا للقضاء العراقي في الـذراع العليا في اسـتخلاص العديد من الاحكام القانونية وكذلك المبادئ القانونية استناداً لسلطته التفسيرية [٢] ، لهو الاجدر من غيره على استخلاص الاحكام من النصوص التشريعية بما تتفق الى حد بعيد مع نية المشرع الحقيقية، وبذلك نعتقد ان الاساس الذي استخلصه القضاء في العديد من احكامه لما لديه من دراية لهو الاقرب والادل على ذلك ولاسـيما فيما ورد من احكام في قضاء محكمة التمييز الاتحادية والتي تسـير عليه المحاكم الفرعية [٣] ومنها (لا يمكن تنفيذ الحكم بعد مرور سبعة اعوام على اكتسابه درجة البتات دون تنفيذ

١- مقال منشـور في مجلة التشريع والقضاء للقاضي المرحوم فتحي الجواري ، تأليف القاضي فتحي الجواري ، السـنة الرابعـة ، العدد الاول ، ٢٠١٢ ، ص ٢٠٥.

٢- هنالك اتجاهان لاعتبار القضاء مصدر رسمي ام مصدر تفسيري ، اذ ان الدول التي اتبعت النظام الانكلوسكسوني قد حسـمت الموضوع واعتبرت القضاء مصدر رسـمي ، أي واجب الاتباع من قبل الاعلى التي اصدرته والمحاكم الادنى منها ، فالقانون الانكليزي يتكون بجانب كبير مما يعرف بالسوابق القضائية ، ولا يحق لها العدول عن هذه المبادئ الا بمقتضى قانون صادر من السـلطة التشريعية . اما الدول الاخرى المتبعة للنظام اللاتيني (فرنسـا ، العراق ، مصر) فان القضاء يعتبر مصدر تكميلي او مفسر و احترام سـيادة القانون ، يمنعه من اعتبار السـوابق القضائية سـنداً او تبريراً للحكم الذي سـيتخذه ، ذلك أن المشرع قد اعتبر القرارات القضائية وما ورد بها من مبادئ ، امر يسترشـد بها القاضي دون ان يكـون ملزمـاً للأخذ بهـا . ويوجد مبادئ اخرى منها مبدأ تحقيق العدالة الـذي يلجأ اليه القاضي عندما لا يجد نصـاً او حكمـاً في القانـون الوضعي والتي من شـأن اللجوء اليها خلق مبدأ قانوني ، وفي هـذه الحالة القاضي ملزم بها للمزيد من التفاصيل ينظر د عصام عبد الوهاب البر زنجي ، مبادئ وأحكام القانون الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، شـارع المتنبي ، ٢٠١٥، ص ٥٠.

٣- ان المـشرع العراقـي تدخـل والزم المحكمة الادنى بوجوب اتباع قرار محكمـة التمييز الاتحادية في الحالة المنصوص عليها في المادة ٢١٥ فـ٢ من قانون المرافعات المدنية ، ونلاحظ ان محكمة التمييز الاتحادية قد اوردت وفي قرارات عديدة عبارة تدل على ان المحكمة تلزم نفسها بوجوب اتباع قراراتها السابقة ، وتنقض قرارات المحكمة الادنى اذا خالفت المبدأ الذي اوردته سـابقاً، فهي تقول :(وهذا ما اسـتقر علية قضاء محكمة التمييز في قرارات عديدة) بالقرار المرقم ١٧٠٧ في ٢٠٠٨/٦/٣او تقول : (وهذا ما استقرت عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٩٦/هيئة عامة /٢٠٠٧ في ٢٠٠٨/٥/٢٨) للمزيد من التفاصيل ينظر المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية ،علاء صبري التميمي ، شباط،٢٠٠٩ ص ٢٢وكذلك راي المخالفين في القرار (...والذي نراه ان هذا الاجتهاد وهذا المبدأ الذي رسخ لهذه الفترة الطويلة واستقر عليه العمل في محاكم الاحوال الشخصية ومحكمة التمييز لا ينسخ اجتهاد اخر لأنه اصبح بمضي المدة سابقة قضائية هي بمثابة التشريع ، وعليه يقضي الامر في مثل هذه الحالات صدور تشريع من الجهة المختصة ليصار الى العدول عن هذه السابقة) ، ينظر مقال منشور للقاضي المرحوم فتحي الجواري ، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الاول

لفقـدان قوتـه التنفيذية ، ويجب إقامة دعـوى لتجديد القوة التنفيذيـة)[١] ، وكذلك القرار المتضمن (مـضي مـدة التقادم القانونية على الحكم المنفذ يقتضي على المنفذ العدل اتخاذ القرار بإيقاف التنفيذ وفق المادة ١١٣ من قانون التنفيذ دون رفع اشارة الحجز او عدم التصرف على العقار لجواز تجديد الحكم والاحكام لا تسـقط بالتقادم لما تسـقط قوتها التنفيذية) [٢] . وان هذه المبادئ تشـكل دعوة الزامية للمحاكم للالتزام باسـتقرار محكمة التمييز الاتحادية وهي التطبيق العملي لنص الفقرة من المـادة الاولى من القانون المدني العراقي النافذ .

المطلب الثاني

أحكام تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

بعـد أنْ بَيّنـا سـابقاً وجود سـند قانوني لتجديد القـوة التنفيذية بما اوجـده القضاء من جواز اقامة الدعوى لتجديد القوة التنفيذية ، لابد من دراسـة ما يترتب عليها من حكم واثار ، ومن خلال التعرض الى الاثار يجب التعرض الى التقادم الذي يؤدي الى انقضاء الحكم لقوته التنفيذية أهو يمس الدعوى ام يمس الحق، لذا فإن البحث في احكام التجديد يقتضي التطرق الى سقوط القوة التنفيذية للحكم بسـبب مرور الزمان في فرع ثم نعرج الى(تقادم الحق) في فرع ثان .

الفرع الاول

سقوط القوة التنفيذية للحكم بسبب مرور الزمان

إنَّ الحكـم القضائـي يعتريـه التقادم المسـقط المتمثـل بعدم التنفيـذ له ، من خلال مـرور المدة الزمنية المنصوص عليها قانوناً، التي تنقطع وتتوقف للأسباب القانونية المنصوص عليها في القانون الموضوعي ، وان الاسباب التي تنوط بالحكم الذي يؤدي الى فقدان الحكم للقوة التنفيذية هو سببان وهما :

الاول : قبـل تنفيـذ الحكـم القضائـي : إنَّ القانون منع التنفيذ للحكم إذا مضـت المدة القانونية على اكتسابه درجة البتات ، ففي هذه الحالة يترتب عليه حكم ، وهو السقوط بالمطالبة بالحق وهذا مـا اشرت اليـه المادة (١١٤) من قانون التنفيذ ، وإنَّ الحكم الذي يضفي على الحكم القضائي هو ان هذا السـند الذي كان قبل مرور مدة التقادم كان سـنداً تنفيذياً واجب التنفيذ ، و اصبح هذا الحكم

، كانون الثاني شباط اذار ، ٢٠٠٩ ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ص ١٤١.

١- ينظرقرار محكمة التمييز الاتحادية هيئة مدنية المرقم (٥٠٢) في ٢٠٠٨/٧/١٦ غير منشور .

٢- ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية – الهيئة المدنية العدد (٤٢٧) في ٢٠٠٩/١٢/٢٣.غير منشور

بعـد مـرور المدة الزمنية المنصـوص عليها قانوناًعديـم الصفة التنفيذية ، ممـا يتطلب وجوبا حتى يمكن تنفيذ الحكم الرجوع الى المحكمة لغرض استحصال قرارٍ بالتجديد وهذا يتطلب عرض السند المـراد تنفيـذه على المنفذ العدل، والاخير يقـوم برفض قبول التنفيذ لمضي المـدة القانونية [١] ، وهي حسب ما نرى ليست مدة سقوط ولا مدة تقادم فهي مزدوجة التكييف لان المحكمة تثيرها من تلقاء نفسـها فهي ليسـت مدة تقادم ، وكذلك تقف للعذر القانوني فهي ليسـت مدة سقوط [٢]. سواء اقر المدين بالحق ام لم يقر وهو ذات الحكم في قانون التنفيذ الملغى رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٧ الفقرة (٣) من المادة (١٤) الذي يشـير الى ان (الحكم لا يقبل التنفيذ بعد اهماله مدة خمس عشرة سـنة اذا لم يودع بالتنفيذ اعتبارا من تأريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية) [٣]. وبذلك اتجهت محكمة التمييز الاتحادية بمبدأ على انه (لا يمكن تنفيذ حكم بعد مرور سبعة اعوام على اكتسابه درجة البتات دون تنفيذ لفقدان قوته التنفيذية ويجب اقامة دعوى تجديد القوة التنفيذية) ومضمون القرار (....ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وذلك لان مرور مدة سـبع سـنوات عـلى اكتسـاب الحكم درجة البتات تفقده قوته التنفيذية عمـلا بالمادة (١١٤) من قانون التنفيذ وان الحكـم لا يسـقط بمرور المدة بـل لا يمكن تنفيذه ولهذا يصح اقامة الدعوى بشـأن ذلك وبعد جمع الطرفـين ومن ثم تقرر المحكمة تجديد قوته التنفيذية .....)[٤].

الثانـي : بعـد ايـداع الحكم في مديريـة التنفيذ/ وفي هـذا الفرض يترك حامل السـند التنفيذي بعدمـا اشرت مراجعتـه في مديريـة التنفيـذ وقام بفتـح الاضبـارة التنفيذية ، ومن ثـم تركها المدة

١- وبذلـك اتجهـت محكمة اسـتئناف بغداد الرصافـة الاتحادية – بصفتهـا التمييزية ، بانه يجب عـلى المنفذ العدل ان يرفـض ومـن ثم اقامة الدعوى فاذا لم يصدر رفض من المنفـذ العدل لا يكون هنالك دعوى ونص القرار على انه (..... وجـد انـه غـير صحيح ومخالـف للقانون اذ كان عـلى المحكمة ملاحظة ان المـواد (١١٢-١١٥) من قانـون التنفيذ رقم ٤٥لسـنة ١٩٨٠ المعـدل اناطت سـلطة تقدير احتفـاظ الحكم او القرار المنفذ بقوته التنفيذية مـن عدمه الى المنفذ العدل او جهـة التنفيـذ وفي ضوء احكام القانون المدني في المـواد(٤٣٥-٤٣٩) منه وتبعاً لذلك فان صلاحية المحكمة بالنظر في دعـوى تجديـد القوة التنفيذية للحكم تنهض عند صدور قرار من جهـة التنفيذ برفض التنفيذ، ولعدم صدورِ قرار من جهـة التنفيـذ بهذا المآل لذلك تكون اقامة الدعوى سـابقة لاوانها مما يقتضي ردها ولعـدم التزام القرار المميز بما تقدم قـرر نقضـه .....) القرار المرقم ٩٢٦/م /٢٩١٦في ٢٩ /١١/٢٠١٦ غير منشـور .

٢- الفرق بين مدة التقادم ومدة السقوط في ان الاخيرة تحتم القيام بعمل او رفع دعوى في مدة معينة والا سقط الحق في القيام بهذا العمل او رفع تلك الدعوى وتسمى ايضا بمواعيد السقوط وهي لا تقبل التوقف ولا الانقطاع وتسري في حق المحجورين والغائبين والقاضي يقضي من تلقاء نفسه اما الاولى فهي تقبل التوقف والانقطاع وتكون بناءً على دفع للمزيد ينظر د عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام ج ٢ ،العاتك لصناعة الكتاب ، ص ٣٢٤.

٣- ينظر القاضي عبد الهادي العلاق ، احكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ، ٢٠١١ ص ١٣.

٤- ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة المدنية ، المرقم ٥٠٢ في ٢٠٠٨/٧/١٦ غير منشور .

القانونية التي تبدأ من آخر معاملة تنفيذية لمدة سبع سنوات وهذا ما أشارت اليه صراحة نص المادة (١١٢) مـن قانـون التنفيذ التي نصت على انه (اذا ترك الحكـم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشـأنه سبع سـنوات واعتبارا من تأريخ آخر معاملة فتسقط قوته التنفيذية)واتجه القضاء عـلى وفق ما اصدرت محكمة اسـتئناف نينوى الاتحادية على انـه(... ولدى عطف النظر على الحكم المميـز وجد انـه صحيح وموافق للقانـون لان القرار الصـادر بالدعوى المرقمـة (١٢٧٢/ ٢٠٠٠في ٢٠٠٢/١٠/٣٠) لم يفقد قوته التنفيذية لعدم مضي سبع سنوات على تأريخ اخر اجراء في الاضبارة التنفيذية والذي كان بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٣٠ وذلك بالاستناد لا حكام المادة ١١٢ من قانون التنفيذ لذا قرر تصديق القرار المميز .....الخ) [١]. وكذلك اتجهت محكمة استئناف بغداد الرصافة بذات المآل عـلى انـه (..... وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان المنفـذ العدل اصدر قراره المميز قبل الاطـلاع على كافة الاوليـات المتعلقة بالإضبارة التنفيذية ٤١٢٤م ٩٧ الخاصة بطالب التنفيذ(الدائن / المميـز) والوقـوف مـا اذا كان قد تأيّـد بان طالب التنفيذ قد ترك الحكـم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع الدائن بشـأنه مدة سـبع سـنوات من تأريخ اخر معاملة وفق ما نصت عليه المادة ١١٢ مـن قانـون التنفيذ من عدمه ولما كان القرار المميز قد خالف وجهة النظر المتقدمة مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة الى مرجعها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق...الخ) [٢] .

ففـي هـذا الفـرض يوجب القانـون على المنفذ العـدل اجراءات عـدة منها ،ما نصـت عليه المادة (١١٣) مـن قانـون التنفيذ وهي قرارٌ بإيقاف التنفيذ، ويسـطر هذا القرار ومن ثم يؤشر في سـجل الأسـاس[٣]، وبذلـك اتجهت محكمة التمييـز الاتحادية في مبدأ لها (مضي مـدة التقادم القانونية على الحكـم المنفـذ يقتضي على المنفذ العدل اتخاذ القرار بإيقاف التنفيـذ المادة (١١٣) من قانون التنفيذ دون رفع اشـارة الحجز او عدم التصرف على العقار لجواز تجديد الحكم اخر والاحكام لا تسـقط بالتقـادم انما تسـقط قوتهـا التنفيذية) [٤]، والغرض من ذلك هو عـدم اطالة امد النزاع .

١- ينظر قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية ، الهيئة التميزية ، رقم القرار ٣٠٦ في ٢٠٠٨/١٢/٣١ غير منشور .

٢- ينظر قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية العدد ٢٢٥ في ٦/٢٩ / ٢٠٠٩ غير منشور .

٣- ينظر ربيع محمد الزهاوي ،التنفيذ ، قرارات السادة القضاة بصفتهم منفذ عدول ، مكتبة السنهوري بغداد' شارع المتنبي ،٢٠١٢، ص ١٠٥.

٤- ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية الهيئة المدنية المرقم ٤٢٧ في ٢٣ / ١٢ / ٢٠٠٩ والذي نص على انه (..... وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان طلب المميزين تضمن ايقاف الاجراءات التنفيذية والاشعار الى مديرية التسجيل العقاري المختصة برفع اشـارة عدم التصرف على العقار المرقم ٣٠١/ ٥ م ٣ وزيرية لمضي مدة تزيد على سـبع سـنوات على اكتساب الحكم الصادر في الدعوى المرقمة ١١٩/ب/١٩٩٨الدرجة القطعية وان المادة ١١٣ من قانون التنفيذ قضت عـلى انـه اذا تحقـق للمنفذ العدل مضي مدة التقادم القانونية على الحكـم او المحرر المودع للتنفيذ ، فعليه ان يتخذ قراراً

ولكن أيتوقف هذا التقادم أم ينقطع ؟

للإجابة نقول يجب ان نفرق بين وقف التقادم وانقطاع التقادم :

اولا / وقف التقادم : يقصد به أنْ يقف سير المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ردحاً من الزمن بسبب عذر من الاعذار القانونية ثم يستأنف التقادم سيره بعد زوال ذلك العذر على ان تضاف المدة السابقة على قيام المانع الى المدة اللاحقة على زواله فاذا بلغ مجموع هذه المدة المقررة في القانون تكتمل مدة التقادم المانع من سماع الدعوى [١]، ان قانون التنفيذ اشار في المادة (١١٥) منه على ان الأعذار القانونية التي توقف التقادم او تقطعه المنصوص عليها في القانون المدني تسري على التقادم المسقط للتنفيذ ، والوقف يوجد حيثما يوجد العذر[٢]، فعندما توقف بالعذر القانوني المدة التي تمضي لا تعتبر فالأسباب التي تؤدي الى وقف التقادم هي:

١. صدور امر من جهة مختصة يمنع الدائن من مراجعة اضبارته التنفيذية [٣] .
٢. مدة قيام الزوجية : إنَّ مدة قيام الزوجية هي موقفة للتقادم ويبدأ احتساب المدة من انحلال الرابطة الزوجية بين الطرفين [٤] ، وقد جاء في احدى قرارات محكمة التمييز على انه (... واما ما جاء في طلب التصحيح .... باعتبار ان علاقة الاخوة بين طالب التصحيح والمصحح عليه تعتبر استحالة يتعذر معها المطالبة بأصل الحق ، وهذا السبب مردود ولا يصح الاستناد اليه وذلك لان المقرر للتقادم وهي العلاقة بين الزوجين والاصول والفروع ولم تدرج اية صلة قرابة اخرى مشمولة بالنص المشار اليها ولا مجال قانوناً للتوسع في

بإيقاف التنفيذ ولما كان الحكم الصادر في الدعوى المذكورة قد اودع لدى محكمة البداءة لتنفيذه وقد مضى على اخر معاملة تنفيذية مدة تزيد على سبع سنوات فانه يتوجب على المحكمة ان تصدر قرارها بإيقاف التنفيذ دون رفع اشارة عدم التصرف على العقار ، اذ ان المادة ١١٢ من القانون المذكور نصت على انه اذا ترك الحكم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشأنه سبع سنوات اعتبارا من تاريخ اخر معاملة فتسقط قوته التنفيذية ولا يمنع من تجديدها لدى المحكمة التي اصدرت الحكم باعتبار ان الاحكام لا تسقط بالتقادم انما تسقط قوتها التنفيذية ، ولما كان القرار المميز قد خالف وجهت النظر المتقدمة مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم.....الخ) غير منشور.

١- ينظر د عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٠٦٨، وكذلك د عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص ٥٤٢.

٢- نصت المادة ٤٣٥ من القانون المدني العراقي على انه (١- تقف المدة القانونية لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي كان يكون المدعي صغيرا او محجورا وليس له ولي او غائبا في بلاد اجنبية نائية وان تكون الدعوى بين الزوجين او بين الاصول والفروع او ان يكون هنالك مانع يستحيل معه على المدعي ان يطالب بحقه).

٣- ينظر ،محمد طه البشير ،علي حسون طه ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧.

٤- ينظر القرار التمييزي الصادر من محكمة استئناف الرصافة العدد ٦٣٧ / تنفيذ / ٢٠١٧ في ٣٠ / ٨ /٢٠١٨ منشور في ، القاضي عبد الرحمن العلام ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧.

تفسير القرابة ولا يوجد في وقائع الدعوى ما يشير الى ان هنالك وقائع يمكن حملها على الاستحالة بالمطالبة بالحق بل على نقيض من ذلك فان الطرفين رغم علاقة الاخوة بينهما فقد وثقا تعاقدهما بسند تحريري ثم اقامت طالبة التصحيح الدعوى المصحح عليه مما يدل على انتفاء الاستحالة الادبية المانعة من المطالبة بالحق والنظر لما ذكر قرر رد طلب التصحيح وقيد الامانات المدفوعة ايرادا للخزينة وصدر القرار بالأكثرية ...)[١].

٣. قيام عارض من عوارض الاهلية كالحجر مثلاً : وهذه الاعذار هي من الاعذار الشخصية وهي سبباً من اسباب توقف التقادم في حالة عدم وجود من ينوب عن من اصابه العارض ، اما في حالة وجود من ينوب عنه او يمثله قانوناً فلا يعد هذا العارض سبب لتوقف التقادم حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز على انه (....اذا كان للمدعي وصي اثناء قصره فلا تقف مدة التقادم بالنسبة اليه ..الخ)[٢] .

٤. الغيبة في بلاد اجنبية :ويعد من قبيل وقف المدة اذا كان الغائب لا يستطيع معها ان يطالب بحقه وهي مسألة يحددها القاضي المرفوع امامه النزاع [٣].

٥. المانع الذي يستحيل معه ان يطالب بحقه : كحالة قيام الحرب او منع التجوال وغير ذلك من الامور العارضة [٤].ومن هذه الموانع عند إيداع السندات والأوراق التجارية والحجج لديرية التنفيذ ، وعندما يحصل اعتراض من قبل الخصم الأخر وتفهيم مديرية التنفيذ بلزوم مراجعة المحكمة المختصة فان المدة ما بين تأريخ إيداع المستمسكات المذكورة وما بين تأريخ التفهيم تنزل من حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالدين [٥] .

ان الاثر المترتب على الشخص الذي توافر فيه العذر القانوني هو عدم حساب المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أي تحسب المدة السابقة لوقف سريان التقادم والمدة اللاحقة لهذا التوقف .

ولكن ما هو الحكم لو ان العذر الذي توفر يخص احد الخصوم دون الاخر ؟

للإجابة نقول لم نجد نصاً في قانون التنفيذ يعالج هذه الحالة ولكن نجد انه احال القانون

١- ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٥٦/ هيئة عامة اولى /١٩٧٢ في ١٢/٥/١٩٧٣ النشرة القضائية ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، ص ١٣٨ .

٢- ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٠٥٠/ مدنية رابعة /١٩٧/١٩٧٦ في ٣/٥/١٩٧٦ المنشور في مجلة الاحكام العدلية السنة الثامنة ، العدد الثاني ص ٤١.

٣- ينظر د عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص٤١.

٤- د عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٣، ص ١٦٨.

٥- نصت المادة ١١٦ من قانون التنفيذ على انه (يسقط حساب المدد القانونية كل زمن مضى بين تأريخ ايداع السندات والاوراق التجارية والحجج لمديرية التنفيذ وبين تأريخ تفهيم الدائن بلزوم مراجعة المحكمة المختصة).

المذكـور الى القواعـد العامـة في القانـون المدنـي ، في المـادة(١١٥) منه والذي نص عـلى انه (تسري الاعـذار القانونيـة التـي توقف التقـادم او تقطعه المنصوص عليهـا في القانون المدنـي على التقادم المنصـوص عليـه في هـذا القانون) ولدى الولوج الى موطن القواعد العامـة في القانون المدني نجد في الفقـرة(٢) مـن المـادة (٣٢٩) من القانون المدني على انه (اذا وقف سريان التقادم بالنسـبة الى احد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن ان يتمسـك بذلك قبل ذلك المدينين) واسـتثناءً من وقف التقادم على الشخص الذي توفر فيه العذر نصت المادة (٢/٢٨٢) من ذات القانون على انه (اذا ملك العقار المرتفـق عـدة شركاء على الشـيوع فانتفاع احدهـم بالاتفاق يقطع التقادم لمصلحـة الباقين ، كما ان وقـف التقـادم لمصلحة احد هؤلاء الشركاء يجعله موقف لمصلحة سـائرهم) ذلـك لان حق الارتفاق غير قابل للتجزئة ونسـتنتج من ذلك بان العذر الشـخصي يسري على صاحبه الا اذا كانوا متضامنين فيسري على الجميع .

ثانيـا/ قطـع التقـادم : ويقصـد به الغاء المدة السـارية قبـل تحقق احد الامـور التي تؤدي الى القطع ، بحيث اذا زال السـبب فان مدته تبدأ من جديد وتعتبر المدة السـابقة وكأنها لم تكن[١] ، فان بـدأ سريـان المدة من جديد بعد انقطاعه يعقب التقادم الذي زال بالانقطاع تقادم جديد تسري عليه الاحـكام العامـة للتقادم من جديد [٢]، قيام الدائن بمطالبة المديـن قضائيا بالحق ، هذه المطالبة هي التـي تقطـع التقادم من الناحية القانونية حتى ولـو رفعت امام محكمة غير مختصة [٣] و يقطع في حالتين :

الحالة الاولى: الانقطاع الطبيعي: وهو الناشئ عن زوال الحيازة [٤] ، وهذا النوع من الانقطاع خاص بالتقادم المانع من سماع الدعوى في الملك او الحق العيني .

الحالة الثانية: الانقطاع المدني : وهو الناشـئ عن مطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية او بما يقوم مقامه . او عن اقرار الحائز او المدين بحق المالك او الدائن [٥] ، وهو يسري على المتقادم المانع من سماع الدعوى بالالتزام او بالملك او بالحق العيني ويقع في حالتين :

١. المطالبـة القضائيـة ويعني الطلـب الذي يقدم به الدائن من اجل قبـول حقه في التصفية او

١- ينظر د محمد طه البشـير ، وعلي حسـون طه ، مرجع سـابق ، ص ٢٢٩وكذلك د عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص ٥٤٥.

٢- ينظر د عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٣ ، ص ١٠٨٧.

٣- ينظر المادة ٤٣٧ من القانون المدني العراقي .

٤- ينظر د عبد الحميد الشـواربي واسـامة عثمان ، احكام التقادم في ضوء الفقه والقاء ، بدون مكان طبع وسـنة طبع ، ص ١٧٤. وكذلك محمد طه البشـير وعلي حسـون طه ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩.

٥- ينظر القاضي .احمد عزيز الخيون ، الدفع بالتقادم وتطبيقاته القضائية في العراق ، بغداد، ٢٠١٠،ط١،ص ١٢٢.

التوزيـع مما يعني أي اجراء يقوم بـه الدائن من اجل الحصول على حقه

٢. اذا قام الدائن والمدين بالإقرار صراحة بانه مدين للحق .

وبذلك اتجهت محكمة اسـتئناف بغداد الرصافة الاتحاديـة بمبدأ (الاعذار القانونية التي توقف التقادم او تقطعه المنصوص عليها في القانون المدني ومن بينها الاقرار تسري على التقادم المنصوص عليه في قانون التنفيذ بالنسبة الى قبول التنفيذ من عدمه).

هنالـك بعـض الحـالات مـن الممكـن ان نوضحها حتى نعـرف الاحـكام وان كانـت متناثرة في موضوعاتهـا ، ولكـن مـن الممكن اعتبارها حالات خاصة لقطع التقـادم في المطالبة القضائية وهي :

أ- حكم الدعوى الحادثة : هل تعتبر مطالبة قضائية ؟

للإجابـة نقـول إنَّ الدعوى الحادثة هـي دعوى والمطالبة فيها مع او ضد أتعـدُّ مطالبة قضائية ؟ فـاذا اقيمـت فهي عذر لقطـع التقادم ولعلي وجدت بين طيـات القرارت القديمـة لمحكمة التمييز التـي قضـت على انـه (... اذا اقيمت دعوى بجميع الضرر ودفع الرسـم عن بعضـه واحتفظ المدعي بالمطالبـة بالباقـي بدعوى مسـتقلة واتخذت المحكمة اجراءاتها بالنسـبة لأصل الضرر وليس للجزء المدفـوع عنه الرسـم فقط وقدر الخبراءجميع الضرر وحكمت المحكمـة بالجزء المدعى به ، فان هذه المطالبـة القضائية تكون قاطعة لمرور الزمان بالنسـبة للدعوى الثانية يقيمها المدعي بالجزء الباقي من الضرر)[١] .

ب- القضـاء المسـتعجل : ان القضـاء المسـتعجل لا يرتقـي الى المطالبـة القضائيـة فلا يقطع التقادم لان القاضي في الامور المسـتعجلة انما يتخذ اجراءات وقتية عاجلة لا تمس بموضوع الحق ، فلا تمس المطالبة القضائية بها تقادم الحق نفسه ويترتب على ذلك ان دعوى اثبات الحالة لا تقطع التقادم بالنسـبة الى موضوع الحق [٢] .

ج- الحجز الاحتياطي : يعد نوعاً من المطالبة القضائية التي تقطع مرور الزمان [٣].

د- الانذار : لا يعد الانذار مطالبة قضائية قاطعة لمرور الزمان[٤].

١- ينظر، قرار محكمة التمييز المرقم ١٣٦٣ في ١٩٨١/٩/٢٩المنشـور في مجموعة الاحكام العدلية السـنة الثانية عشر ، العدد الثالث ، ص ١٢.

٢- ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٣٦٤/ هيئة مدنية ثانية / ٧٢ في ١٩٧٢/١٠/٤المنشور في النشرة القضائية السنة الثالثة ، العدد الرابع ، ص ٩٣.

٣- ينظـر قـرار محكمـة التمييـز المرقـم ٢٦٤٢ /ح المـؤرخ في ١٩٦٦/٥/٣ ، مجلة الاحـكام العدلية ، السـنة الحادية والعشريـن ، العـدد الثالـث ، ايلـول ، ١٩٦٦ ، ص ١٠٢.

٤- ينظـر قـرار محكمة التمييز المرقم ١٠٩٢/ مدنية ثالثة / ٩٧٣في ١٩٧٣/١٢/١٦ النشرة القضائية السـنة الرابعة ،

هـ- المطالبة بالحق المدني امام المحكمة الجزائية : تقطع التقادم بعدم سماع الدعوى المدنية بالحق المذكور [١].

و- الدعوى المبطلة : هنالك رايان في هذه الحالة :

الاول : يجد ان الدعوى المبطلة لا يترتب عليها أي اثر قانوني ، فاذا اشترط القانون رفع الدعوى خلال مدة معينة ، كدعوى الحيازة مثلاً ورفعت الدعوى خلالها ثم ابطلت ورفعت ثانياً بعد انقضاء المدة يقضي ردها ، ولا يجوز اعتبارها منقطعة برفع الدعوى ، لأن القانون نص على ان ابطال عريضة الدعوى يجعل الدعوى كانها لم تكن [٢] .

الرأي الثاني : يجد ان الابطال الذي يؤدي الى قطع التقادم يقتصر على ابطال عريضة الدعوى وفق المادة (٨٨) من قانون المرافعات المدنية فقط [٣]. والسبب في ذلك هو الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية نصت على انه (وقد عنى القانون بالنص على ان يترتب على ابطال عريضة الدعوى كأن لم تكن (م ٨٨/ ٤) اعتبار بان الغاء الاجراءات انما يتناول العريضة واثارها القانونية فحسب كانت عريضة الدعوى اعتراضية او استئنافية او التمييزية ولا يتناول البيانات والقرارات التي اشتملت عليها الدعوى المبطلة عرضيتها . وكذلك نص القانون على ان القرار الصادر بإبطال العريضة يجوز الطعن فيه تمييزاً م ٨٨و٢١٦) وغني عن البيان ان هذا الحكم يسري على جميع الحالات التي قرر القانون فيها ابطال عريضة الدعوى (م٥٤-٢/٥٦_م ٨٨وانتهى).

ويرى اصحاب هذا الرأي ان الحكم بالنسبة لسريان (م ٥٤-٢/٥٦-٨٨ مرافعات) فقط على الطعن ولا تشمل عبارة كان لم يكن الذي اشارت بوضوح في المادة (٨٨) مرافعات مدنية .

وبذلك اتجهت محكمة التمييز بين طيات قراراتها القديمة على انه (اذا ابطلت الدعوى بسبب مرور المدة القانونية على تركها مراجعة ثم جددت قبل انقضاء مدة التقادم على الحق المطالب به فان الدعوى تقطع مدة التقادم [٤].

هذا ولا يقف التقادم الا بالنسبة للشخص الذي قام له السبب باستثناء اذا كان الحق غير قابل

العدد الرابع ص ١٤٩.

١- ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٧٣٥ / مدنية اولى /٩٧٨ المؤرخ في ٩/٤//١٩٧٩ مجموعة الاحكام العدلية السنة العاشرة العدد الثاني ، ص ٤٩.

٢- ينظر عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات الجديد ، ج ٢، ص ١٤٨.

٣- ينظر صادق حيدر ، مرجع سابق ، ص ١٩٢.

٤- بنظر قرار محكمة التمييز المرقم ١٨٩٠ / ادارية /المؤرخ في ١٢/١٢/١٩٨١ مجموعة الاحكام العدلية السنة الثانية عشر ، العدد الرابع ،ص ٤٣.

للانقسـام ففي هذه الحالة تقف المدة بالنسبة الى جميع الدائنين [١].

الفرع الثاني
(تقادم الحق)

يعرف تقادم الحق ، بانه نظام قانوني يشـكل مرور الزمن عنصراً جوهرياً من عناصره يؤدي الى سقوط الحق محل المطالبة [٢] ، ويقسم الفقه التقادم للحق على قسمين هما التقادم المسقط للحق والتقادم المكسب للحق.

فالتقادم المكسـب (المقترن بالحيازة) ويؤدي الى كسـب الحقوق العينيـة ويصلح ان يكون طلباً او دفعاً للدعوى مما يعني ان الحق يكسـب بمرور الزمن اذا اسـتمرت الحيازة مدة من الزمن . أما المسقط (التقادم المقترن بالسكوت عن المطالبة دون عذر) فيؤدي الى سقوط الحق اذا اهمل صاحبه استعماله او المطالبة به فترة من الزمن ، سواء أكان هذا الحق ، عينيا ام شخصياً ، ويصلح ان يكون دفعاً للدعوى فقط [٣] .

ولا يقـر الفقهـاء المسـلمين التقـادم بنوعيـه تأسيسـا عـلى الحديـث الشريـف (لا يسقط حق أمريءٍ وأن قدم) على هذا الاصل عندهم ان وضع اليد غير مباح من الأشياء لا يكسب عليـه حـق مهما طال الزمن وان ترك المطالبة لا يعني سـقوط الحق [٤]. على ان المتأخرين من فقهاء الاحناف والمالكية اخذوا بمبدأ مرور الزمن لا كمكسب للحق او مسقط له بل مانع من سماع الدعوى [٥] وهذا ما اخذ به المشرع العراقي .

ولكـن قـد يتبادر في الذهـن ما هو الفرق بين التقادم ومرور الزمن في الفرض المبحوث وهل ان المشرع اراد بها بذات المعنى ام انه اراد معنى اخر ؟ وهل ان الراي الاخير هو ذات الرأي الاول مما يعني هل ان المشرع العراقي اخذ بالتقادم وهو يعلم انه ذات المرادف لمرور الزمن ؟

للإجابة نقول هنالك اختلافات بين المفهومين وهي كالاتي :

١. من حيث الاثر : ان اثر مرور الزمان المانع في سـماع الدعوى فهو خلاف التقادم المكسـب والتقادم المسـقط ، لا يؤدي الى كسـب الحق ولا الى سـقوطه بل يؤدي الى منع القاضي من

١- ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ١٠٧٨.
٢- ينظر د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر نفسه، ج ٣، ص ٩٩٦.
٣- ينظر محمد عبد اللطيف ، التقادم المسقط والمكسب ، ط٢ ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص ٧٨.
٤- ينظر محمد طه البشـير و د .غني حسـون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، مكتبة السـنهوري ، بغداد ، ٢٠١١، ص ٣٢٠.
٥- ينظر محمد عبد اللطيف ، التقادم المسقط والتقادم المكسب ، مرجع نفسه ، ص ٧٠.

سماع الدعوى اما الحق فلا يكسب ولا يسقط بمرور الزمان وفق لمنطوق المادة (٤٤٠) من القانون المدني العراقي[١].

٢. من حيث شروط اعمالهما : من شروط اعمال مرور الزمان المانع من سماع الدعوى هو انكار المدعى عليه دعوى خصمه ، فاذا اقر بها اخذ باقراه ولا يقبل منه الدفع بالتقادم .

اما التقادم المسقط اذا دفع المدعى عليه دعوى خصمه بالتقادم ثم اقر بالحق فالحق ، يسقط بالتقادم رغم الاقرار باستثناء حالة الاقرار قبل الدفع بالتقادم ، حيث يحمل محمل التنازل عن التمسك بالتقادم [٢] وباستثناء التقادم الحولي [٣] الذي يتطلب توجيه اليمين للمدعى عليه بانه لم يستوف حقه .

بعد هذه المقدمة البسيطة يترتب لدينا في العمل فرضيتان وهما :

الاولى : وهي يقتصر عندما تتلقى مديريات التنفيذ عند ممارسة عملها القانوني جملة من المبالغ وهي الديون التي يجري تحصيلها من المدينين سواء رضاءً ام جبراً وكذلك اشياء عينية كالأثاث والمصوغات الذهبية وغيرها والتي يجري تحصيلها تنفيذا للحكم او المحرر التنفيذي وهذه المنقولات تحتفظ بها مديريات التنفيذ لحين مراجعة الدائن بعد تبليغه واستلامها وهي مودعة في شعبة المتابعة في مديريات التنفيذ [٤].

فالشعبة المذكورة اجرت على عاتقها المشرع بتبليغ الدائنين لغرض استلام هذه الامانات وحسب القواعد العامة بالتبليغ سواء بواسطة (المبلغ او البريد او اعلان بالصحف اذا كان مجهول محل الاقامة) ، وفي هذا قد لا يحضر الدائن لاستلام الامانات اما لضآلة المبلغ اذا كان نقوداً او ضعف قيمة هذه العينات [٥].

ولكن ما هو مصير هذه الحقوق اذا لم يراجع اصحابها بعد تبليغهم اصولياً؟

للإجابة نقول إنَّ المشرع في قانون التنفيذ وجد حلا لهذه المشكلة الا وهي سقوط الحق بالمطالبة بالحق .

١- ينظر محمد عبد اللطيف ، مرجع سابق ، ص ١٨.

٢- ينظر د .عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ج ٣، هامش ، ص ١١٥٣.

٣- التقادم الحولي وهو المنصوص عليه في نص المادة ٤٣١ من القانون المدني العراقي النافذ وان هذا التقادم لأصحاب المهن ومدته سنة واحدة اساسه هو قرينة الوفاء وهذه القرينة هي ضعيفة تعزز باليمين والقاضي يوجهها من تلقاء نفسه للمزيد من التفاصيل ينظر د عبد المجيد الحكيم ، مرجع سابق ، ص٣١٧.

٤- ينظر المادة ٧ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.

٥- ينظر آدم وهيب النداوي ، احكام قانون التنفيذ ، ط١،مطبعة السنهوري ، بغداد، ٢٠١٣ ، ص ٢٥٧.

ولكن ماهي المدة التي تسقط فيها المطالبة بالحق ؟

هنا يجب التمييز بين حالتين وهما :

١. اذا كان الشخص معلوم محل الاقامة اذا لم يراجع مستحقيها خلال مدة ثلاث سنوات اعتبارا من اليوم التالي للتبليغ فيسقط حقه بالمطالبة .

٢. اذا كان الشخص مجهول محل الاقامة فيسقط حقه بالمطالبة بعد مضي خمس سنوات من تاريخ تسجيل الامانة في مديرية التنفيذ وتقييد ايراد للخزينة [١].

هذا وان الامانات اذا كانت نقودا ومضت المدة القانونية التي تم الاشارة اليها تقييد ايراداً للخزينة وترسل الى وزارة المالية .

اما اذا كانت من العينات فتباع بواسطة المزاد العلني ويقيد ثمنها ايراداً للدولة بعد ان يتم طرح مصاريف الاعلان والبيع . ولكن هل يحق لأصحابها بعدما قيدت ايرادا المطالبة بهذه الحقوق ؟

هنا لا حاجة لإقامة دعوة انما يحق للدائن تقديم طلب الى وزير المالية لإعادة الامانة اليه في حالة وجود عذر مشروع بعدم المراجعة .ولكن في كل الاحوال لا تقبل أي مراجعة بعد مرور عشر سنوات اعتبارا من انتهاء السنة المالية التي استلمت الامانة فيها [٢].

الفرضية الثانية : مرور الزمان الذي يعتري الحق الثابت في الحكم ولأجل ان ينتج مرور الزمان اثره لابد ان تتوافر جملة من الشروط وهي: اولاً : ان تقام الدعوى بالملك او بالتزام بعد مرور المدة المقررة لسماع الدعوى دون عذر ، لأن مرور الزمان المانع من سماع الدعوى لا يصلح الا ان يكون دفعاً ، والدفع لا يرد قبل إقامة الدعوى[٣].

ثانياً : انكار المدعى عليه دعوى المدعي وذلك لمرور الزمان ، مما يدل على انه قرينة على الوفاء بالالتزام ، وهذه القرينة تنتفي بالإقرار [٤] .

١- ينظر المادة ١١٧ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٧.

٢- نصت المادة ٤٥ من قانون اصول المحاسبات العامة رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠ على انه (١- تقيد ايراداً نهائياً للخزينة جميع الديون والأمانات التي لم يراجع اصحابها لقبضها خلال خمس سنوات من تأريخ انتهاء السنة المالية التي استلمت فيها ،ولوزير المالية ان يأمر بإعادة الديون والامانات التي لم يراجع اصحابها خلال المدة المذكورة اذا ثبت لديه بان عدم المراجعة كان لعذر مشروع ، وعلى كل الاحوال لا تقبل اية مراجعة بعد مرور عشر سنوات) .

٣- ينظر المواد ٤٢٩ من القانون المدني اذ نصت على انه (الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصة) والفقرة (ذ) من المادة ١١٥٨ نصت على انه (من حاز منقولا او عقارا غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً او حاز حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذي عذر شرعي).

٤- ينظر مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبته الجديدة ، ج ١ ، المدخل الفقهي العام ، ط٧ دار الفكر ، بيروت ، ص ٢٥٨ بند ١٠١.

ثالثـاً : دفـع المدعى عليه الدعوى بمرور الزمان ، وهذا محل خلاف ففي هذه النظرية موضوع البحث يجوز للمحكمة ان تثيرها من تلقاء نفسها .

فإذا ما توافرت الشروط المذكورة اعلاه وتمسـك الخصم او من له المصلحة في ذلك يكون اثره عدم سماع الدعوى بالحق وتوابعه وملحقاته حتى ولو لم يكتمل مدد مرور الزمان في هذه الملحقات والتوابع .

ونجد ان منع سـماع الدعوى بالعين او بالحق امام القضاء لمرور الزمان لا يعني سـقوط الحق عن المدعى عليه ولا تملكه الشيء بالتقادم وبراءة ذمته من الناحية الشرعية .

فيجـب عـلى المديـن ، وفـاء دينه ورد الملـك الى صاحبـه بحكم الـشرع وتأصيلاً لفكـرة الحلال والحـرام ، لأنَّ الحـلال لا يصبـح حراماً ، ولا الحرام يصبح حـلالاً الا بطرق مشروعـة . فاذا كان القضاء في الاسلام يعتمد على ظواهر الامور فيقتضي مقتضى الادلة المعروضة لديه فان فكرة الحلال والحرام تبقى متأصلة في صميم النفس الانسـانية المسـلمة فتجعلها لا تحل حراماً والحرام لا يصبح حـلالا الا بالطرق المشروعة .

ولم نجد اشـارة صريحة في قرارات المحاكم انما جاءت اشـارات ضمنية لتقادم الحق في العديد مـن القـرارات ومنها ما اشـارت اليهـا محكمة التمييـز الاتحادية على انه (.... لذا قرر قبوله شـكلا ولـدى النظـر في الحكم المميـز ، وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ، ذلك انه لمن سـقطت القوة التنفيذيـة الحكـم القضائـي صـدر لصالحه عملاً باحكام المـادة (١١٢) من قانـون التنفيذ رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠لعدم مراجعة صاحبه بشـأنه لسـبع سـنوات جاز له ان يطلب من القضاء اصدار حكم جديد بتأييده بلا بينة طالما لم تمض مدة خمس عشرة سـنة على تركه من غير عذر شرعي اسـتناداً لأحكام المادة(٤٢٩) من قانون المدني رقم ٤٠ لسـنة ١٩٥١ لذا تكون دعوى المميز/المدعي لها سـند من القانون و بما ان المحكمة قد حكمت خلاف ما تقدم وردت الدعوى في حكمها المميز ، عليه قرر نقضه .....الخ)[١].

ولكن من الممكن السـؤال فيما لو ان الحق تقادم وتم رفع دعوى أ ترد الدعوى ام يوجد اجراء اخر في ذلك ؟

للإجابة نقول إنَّ محكمة التمييز الاتحادية الموقرة اجابت على التسـاؤل وهو على أنه (ان الحكم الصادر بتصفية الوقف الذري اذا مضى على صدوره اكثر من خمسـين عاما دون تنفيذه فانه يكون مشـمول بالتقادم المسـقط اسـتناداً لأحكام المادة (٤٢٩) فتسـقط قوته التنفيذية اسـتناداً لأحكام

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية ،المرقم ٥٥٧ / هيئة مدنية ،منقول ،٢٠١٣ غير منشور.

المادة(١١٢) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ والذي اشار الى انه (ادعى وكيل المدعين لدى محكمة بداءة الحلة بان اوقفت السيدة (أ.خ.ع) سهامها في مجموعة من العقارات وقفاً ذرياً صحيحاً بموجب ملحق الوقفية ولعدم انتفاع المرتزقة (ورثتها الشرعيين) بموجب القسام الشرعي الموحد ولعدم قابلية المساحة للقسمة لذا طلب دعوة المدعى عليهما والزامهما بتصفية الوقف وتوزيع الحصة على المستحقين وتحميلهما المصاريف والاتعاب . اصدرت محكمة الموضوع بعدد ٣٠٦٦ / ب/ ٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/٢٩حكما حضورياً يقضي برد دعوى المدعين وتحميلهم المصاريف واتعاب المحاماة لوكلاء المدعى عليهم طعن وكيل المدعين بالحكم تمييزا طالبا نقضه بلائحته المؤرخة ٢٠١٧/١٢/٧. .....ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان الثابت من الوقائع والادلة ان المدعين المميزين طلبوا تصفية الوقف الذري في العقارات المشار اليها في عريضة الدعوى استناداً لأحكام مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥ المعدل وتوزيع الحصة الارتزاقية على المستحقين بموجب القسام الشرعي علماً بان العقارات موقوفة وقفاً ذرياً صحيحاً وان المحكمة قضت برد الدعوى بحجة صدور حكم بعدد ٢١٧/ب/١٩٦٧في ١٩٦٩/٨/٣٠ يقضي بتصفية وقف موضوع الدعوى والذي لازال موضوع بحث حول اكتسابه الدرجة القطعية من عدمه وان هذا التوجه من المحكمة غير وارد قانوناً حيث كان يتعين على المحكمة التحقق عما اذا الحكم المشار اليه اعلاه قد نفذ من عدمه فان تأييد عدم تنفيذه فانه اصبح مشمولاً بالتقادم المسقط عملاً بأحكام المادة(٤٢٩) من القانون المدني لمرور اكثر من خمسين عاماً على صدوره وبناءً على ذلك تسقط قوته التنفيذية عملاً بأحكام المادة (١١٢) من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل وبإمكان المدعين المميزين ان كانوا من المستحقين من المرتزقة او احد ورثة المستحقين طلب تصفية الوقف الذري بدعوى جديدة تطبيقاً لأحكام المادة الثالثة من المرسوم اعلاه فكان يتعين على المحكمة المضي في رؤية الدعوى وحسمها موضوعاً على ضوء نتائج التحقيقات التي تجريها لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى الى محكمتها للسير .....)[١] .

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية الرقم ٦١ / الهيئة المدنية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٨ المنشور في مجلة الاحكام القضائية ، القاضي حيدر عودة كاظم ، العدد الثالث لسنة ٢٠١٨ ، مصدر سابق ص ٧٤.

الخاتمة

بعـد أن أنعـم اللـه سـبحانه وتعـالى بإتمام هذا البحـث ، وقد تم بيـان مفهوم القـوة التنفيذية للأحكام القضائية ، واساسها وطبيعتها وعلاقتها بالمفاهيم الاخرى ذات الصلة بهذه القوة التنفيذية ' وكذلـك أحـكام تجديد القوة التنفيذية ، ، وتبين لنا من خلالها مدى الأهمية التي ينبغي أن تحظى به على الصعيد الفقهي والتشريعي والقضائي ، نجد أنفسنا ملزمين بأن نشير إلى ابرز الاستنتاجات التـي توصلنـا إليها، وأهـم المقترحات والتوصيات التي يمكن أن تخـدم مشرع عند صياغة نصوص تشريعية جديدة أو عند أعادة النظر بالنصوص القائمة ، أو أن تدعم قضاءنا الموقر في تبني اتجاهات قضائية متميزة ،وأن تسـهم في تطوير الدراسـات الفقهية الخاصة بهذا الموضوع . ونستعرض أولاً النتائـج ثم نبين المقترحات وعلى النحو الآتي:

اولاً:- النتائج :-

١. إن المـشرع العراقـي اعطى القوة التنفيذية للأحكام القضائية بمجرد صدورها من المحكمة المختصـة فـوراً ولو تم الطعن بهذه الاحكام بأي من طرق الطعن المقررة في القانون.
٢. ان المـشرع لم يقم بتنظيم قانوني بإقامة دعوى تجديد القوة التنفيذية وهذا قصور ينبغي معالجته وبحثنا في ذلك القصور واشرنا الى ان القضاء عالج ذلك الموضوع من خلال اقامة هذه الدعوى .
٣. أنَّ المـشرع العراقـي لم يبـين مفهوما لتجديد القوة التنفيذية ولم يسـتقر الرأي الغالب من الفقـه عـلى ذلك وتم تعريفها بانها دعوى قضائية تقام من قبل الخصم المحكوم له في نزاع قـال القضاء كلمته فيه بالحسـم لصالح المدعي واكتسـابه شـكله النهائي ولـم يقم بتنفيذ الحكم لغرض اسـتحصال الامر بتأييده وتجديد قوتـه بعد أنْ فقدها بمضي المدة القانونية على اصداره.
٤. مـن خلال دراسـتنا لتجديد القـوة التنفيذية للأحـكام القضائية برزنا الأسـاس القانوني لدعـوى تجديـد القـوة التنفيذية ومن خـلال الآراء الفقهية التي قيلت بان اساسـه القضاء العراقـي الرصـين ومن ثم عرجنا الى طبيعة هذه الاجراءات ،وان محكمة التمييز الاتحادية عدته قـراراً بحيث لا يحوز الحجية.
٥. ومـن بعـد ذلك بينا العلاقـة بين تجديد القـوة التنفيذية للأحكام القضائيـة والمصطلحات الاخـرى ذات الصلة بالقـوة التنفيذية وهي قرار التنفيذ وانعدام الحكم واسـتحالته وكان هنالك فارق بينهما من حيث الماهية والمختصة وسـلطاتها تجاه النظر في الطلب وقد تلتقي

المصطلحـات فيما بينها وقد برزنا ذلك بالإشـارة الى القـرارات القضائية .

٦. قـد اوردنـا ان تجديـد القوة التنفيذية له شروط من خلال العمـل القضائي وهي أنْ يكون حكم قضائي واسـتنتجنا بأن المشرع العراقي قد منح الاحكام القضائية الباتة دون غيرها هـذه الحجيـة المـادة (١١٤) من قانون التنفيذ ،وكذلك منح غيرها مـن الحجج فأنها تتمتع بهـذه الحجيـة وان كانت لها ثمـة قوة قد تصل إلى مرتبة الحجيـة التي توجب احترام تلك الاحكام التي اصدرتها المحكمة وعدم اجراء أي تعديل فيها ولكنه لم ينص على تلك الحجية صراحـة .، وكذلـك مـرور الزمان وان لا يكـون تنفيذ الحكم مسـتحيلاً، وكذلك مرور مدة زمنيـة عـلى الحكم المراد تنفيـذه وكذلك ان لا تمضي مدة التقادم للحق وان لا يكون تنفيذه مستحيلا .

٧. مـن خلال دراسـتنا للأحكام الواردة عـلى القاعدة العامة لتجديد القـوة التنفيذية للأحكام القضائية لاحظنا ان المشرع العراقي قد أشار الى تقادم الحق وتقادم الدعوى ، والاخير تارة يكـون قبل تنفيـذ الحكم وتارة بعد ايداع الحكم ،وتم احالة قطع التقادم وانقطاع التقادم الى القواعـد العامـة في القانون المدني وقد تم ابراز ما هو يعد من المطالبة القضائية و ما لا يعـد ذلك ، اما تقادم الحق فقد رأينا أنه يؤدي الى رد الدعوى .

٨. اسـتنتجنا مـن خلال بحث الحالات التي تعتري القوة التنفيذيـة للحكم أنَّ القضاء العراقي قـرر رتب احكاماً من حيث اجـراءات المحكمة ، منها ان المحكمة المختصة هي ذات المحكمة التي اصدرت الحكم او التي حلت محلها ، وإنَّ من يقوم بدفع الرسم هو طالب تجديد القوة التنفيذية والطعن ينسـحب الى ذات أصل الدعوى ويتبع الحكم الاصلي حسـب الاحوال فاذا كان الحكم الصادر بدرجة أُولى فإنه يقبل الطعن تمييزاً امام محكمة التمييز الاتحادية أمَّا إذا كان بدرجـة أخـيرة فإنه يقبل الطعن تمييزاً أمام محكمة الاسـتئناف بصفتها التمييزية ، أمـا الأثـار من حيث الخصوم فمن الممكن اقامتها مـن أحد الخصوم في حال تعددهم وإذا تـوفي الخصـم فبإمكان الورثة اقامتها بصفتهم الشـخصية ، وكذلـك في حالة انتقال ملكية الـشيء المحكـوم فيه الى شـخص آخر مما يترتـب عليه اسـتحالة في التنفيـذ ،وإذا فقد أحد الخصـوم أهليته بعد صدور الحكم .

ثانياً:- المقترحات :

١. نأمـل مـن المشرع أن يعطي القـوة التنفيذية للأحـكام القضائية الصـادرة بصورة نهائية والمكتسـبة الدرجة القطعية بنص القانون باسـتثناء الطعن بالاعتراض على الحكم الغيابي والاسـتئناف والتمييز اذا كان عقار .

٢. نـرى مـن الافضل ان يخصص المـشرع قاضياً للإشراف على تنفيذ الاحـكام القضائية وأن يعـين في كل محكمـة قاضي للإشراف على التنفيذ، ويمارس هـذا القاضي تجاه جميع الذين يقومـون تنفيـذ الاحكام ،عـلى أن يختص قاضي الاشراف بالنظر في الاشـكالات التي تظهر اثنـاء التنفيـذ وذلـك من اجل عدم إهدار وقـت المحاكم في مواضيع أو دعاوي سـبق لها ان وضحت رأيها فيها.

٣. ندعـو المـشرع العراقـي إلى تعديـل نـص المـادة (١١٢) من قانـون التنفيذ رقم ٤٥ لسـنة ١٩٨٠وجعلها (اذا ترك الحكم او المحرر المودع للتنفيذ ولم يراجع صاحبه بشـأنه (سـبع سـنوات) اعتبـاراً مـن آخر معاملة فتسـقط قوتـه التنفيذيـة وبإمكان صاحـب الحق فيه اسـتحصال قـرار بتجديده مـن محكمة البداءة التـي يقع مديرية التنفيـذ مكانياً).

٤. نرجـو مـن المشرع العراقي تعديل نـص المادة (١١٤) من قانون التنفيـذ وجعلها (لا يقبل التنفيذ ، الحكم الذي مضى خمسـة عشر سـنة على اكتسابه درجة البتات الا بعد استحصال قـراراً وفق المادة ١١٢ من هذا القانون) .

٥. نقـترح عـلى المشرع العراقـي أن يحدد الجهـة المختصة بنظـر الطعن بقـرار تجديد القوة التنفيذية.

٦. ندعـو المـشرع العراقـي إلى النص عـلى من يدفع الرسـم والمصاريف في قـرار تجديد القوة التنفيذية

٧. نـرى مـن الأفضل ان يخصص المشرع فصلاً في قانون المرافعات المدنية يعالج فيه موضوع الاشـكالات التـي تحدث اثناء تنفيذ الحكـم القضائي وان ينظم اجراءات رفع الاستشـكال بشكل دقيق وان ينص على السرعة في نظر الاستشكال وان يخصص لذلك محكمة مختصة بنظر اشـكالات التنفيذ وليست المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل التنفيذ.

٨. نـرى مـن الأفضـل أن يتم تعديل نص المـادة (١١٥) من قانـون التنفيذ ويتم الاشـارة الى الأعذار القانونية التي توقف التقادم أو تقطعه دون الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني .

المصادر

بعد القرآن الكريم :

أولاً/ معاجم اللغة العربية :

١. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري – لسان العرب- ج٥- المؤسسة المصرية العامة للتأليف والانباء والنشر.

٢. ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا اللغوي- مجمل اللغة- ج٣-ط١- مؤسسة الرسالة.

٣. لويس معلوف ، المنجد في اللغة والادب ، المطبعة الكاثوليكية ،بيروت ، ١٩٦٦.

٤. المعلم بطرس غالي البستاني ، محيط المحيط ، ج٢.

٥. القاضي عبد النبي عبد الرسول الاحمد تكري ،جامع العلوم في اصطلاحات الفنون ، ٣،ط٢، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ،١٩٧٥.

ثانياً / المصادر القانونية :

١. ابراهيم السماوي ، تنفيذ الاحكام واشكالاته الطبعة الثانية (بدون سنة ومكان نشر).

٢. احمد جمال الدين- المصطلحات القانونية الجزائية في الاحكام والاجراءات والمحاكمات- منشورات المكتبة العصرية- بيروت- ١٩٥٦.

٣. القاضي اريج خليل حمزة قاعدة استنفاذ ولاية القاضي المدني على النزاع ، دراسة مقارنة مكتبة الصباح ، بغداد ، الكرادة ،٢٠١٨ .

٤. الاستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والمدرس زهير بشير المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد.

٥. د. أحمد ماهر زغلول ، اصول قواعد المرافعات ، ط ١ دار النهضة العربية ، ٢٠٠١.

٦. القاضي .احمد عزيز الخيون ، الدفع بالتقادم وتطبيقاته القضائية في العراق ، بغداد، ٢٠١٠،ط١.

٧. القاضي حاتم جبار عودة ، تجديد القوة التنفيذية للحكم القضائي ، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٨.

٨. القاضي حسن فؤاد منعم ، تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق (دراسة في ضوء قانون تنفيذ الأحكام الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، بغداد المكتبة الوطنية ، ٢٠٠٩ .

٩. القاضي صادق حيدر ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ٢٠١١مكتبة السنهوري.
١٠. د عبد الحميد الشواربي واسامة عثمان ، احكام التقادم في ضوء الفقه والقاء ، بدون مكان طبع وسنة طبع
١١. د عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام الاوصاف – الحوالة- الانقضاء نهضة مصر ط٣ ج ٣ .
١٢. د عصام عبد الوهاب البرزنجي ، مبادئ وأحكام القانون الاداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، شارع المتنبي ، ٢٠١٥.
١٣. د عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، واحكام الالتزام ، ج ٢، العاتك لصناعة الكتاب، بغداد ، ٢٠١٠.
١٤. د علي سعد عمران ، القضاء الاداري ، مكتبة ابو الطيب المتنبي ، بابل ، الحلة ، نادر الاولى ، ط٢ ،سنة ٢٠١٤ .
١٥. د ماهر محمد صالح ، مبادئ القانون الاداري (دراسة مقارنة ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، شارع المتنبي ، ١٩٩٦.
١٦. د. وجدي راغب ، العمل القضائي ، دار المعارف ، القاهرة ، عام ١٩٧٧ .
١٧. ربيع محمد الزهاوي ،التنفيذ ، قرارات السادة القضاة بصفتهم منفذ عدول ، مكتبة السنهوري بغداد' شارع المتنبي ،٢٠١٢.
١٨. عبد الرحمن العلام ،شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الناشر العاتك لصناعة الكتب ،القاهرة ج ٢، ٢٠٠٩.
١٩. عثمان بن المكي الزبيدي ، توضيح الاحكام على تحفة الحكام ، مطبعة تونس، تونس، ١٩٨٨، ج١.
٢٠. علي مظفر حافظ ، شرح قانون التنفيذ المعدل ،مطبعة العاني ، بغداد ، بدون سنة طبع .
٢١. القاضي عادل بدر علوان ، قرار الحكم المعدوم ، مكتبة صباح ، بغداد ، الكرادة ، ٢٠١٧.
٢٢. القاضي عباس زياد السعدي ، النافع في قضاء المرافعات المدنية بين النص والتطبيق ، ج ١ ، بغداد مكتبة الصباح ، ٢٠١٦.
٢٣. القاضي عدنان مايح بدر ، دعاوى البداءة وأحكامها في القانون العراقي دراسة للدعوى المدنية معززة بالتطبيقات القضائية ، المكتبة القانونية ، بغداد.
٢٤. القاضي كاظم عباس الخفاجي، الدفع بعدم دستورية القوانين ،مكتبة الصباح ، بغداد الكرادة ، ٢٠١٣.

٢٥. محمد عبد اللطيف ، التقادم المسقط والمكسب ، ط٢،القاهرة ،١٩٦٦.
٢٦. مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبته الجديدة ، ج ١ ، المدخل الفقهي العام ، ط٧ دار الفكر ، بيروت.
٢٧. القاضي عبد الهادي العلاق ، احكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، ٢٠١١.
٢٨. القاضي موفق سامي عباس ، التخارج بين الورثة ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧.

ثالثاً/ البحوث المنشورة :

القاضي محمد حسين مجيد ، تجديد القوة التنفيذية للحكم المودع للتنفيذ ، بحث ترقية مقدم من الصنف الثاني من صنوف القضاة الى الصنف الثاني ، رئاسة محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية ،٢٠١٧.

رابعاً/ القوانين :

١. قانون اصول المحاسبات العامة رقم ٢٨ لسنة ١٩٤٠.
٢. القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٣. قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.
٤. قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.
٥. قانون المرافعات المدنية رقم ٦٩لسنة١٩٨٣.

خامساً/ القرارات القضائية :

١. القرار المرقم ١٥٤٣/الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٨، (غير منشور).
٢. قرار الهيئة التمييزية لمحكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بالعدد ٤٣٩،م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢٦ ، (غير منشور) .
٣. قرار محكمة استئناف الرصافة الاتحادية الهيئة التمييزية المدنية ،بالعدد ٥٨٢ / م / ٢٠١٦، اعلام ٦٢٦، (غير منشور).
٤. قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية ، الهيئة التميزية ، رقم القرار ٣٠٦ في ٢٠٠٨/١٢/٣١ (غير منشور) .
٥. قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية ، الهيئة التمييزية ، العدد ١١٣في

٢٠٠٩/٩/١ (غـير منشـور).
٦. قـرار محكمـة التمييز الاتحاديـة – الهيئة المدنيـة العـدد (٤٢٧) في ٢٠٠٩/١٢/٢٣(غير منشور)
٧. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة ، المرقـم ، ٢٩١ ، هيئـة موسـعة مدنيـة / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٢٩ (غـير منشـور) .
٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية ، الهيئة المدنية ، المرقم ٥٠٢ في ٢٠٠٨/٧/١٦(غير منشور).
٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية ،المرقم ٥٥٧ / هيئة مدنية ،منقول ،٢٠١٣ غير منشور.
١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية الرقم (٤٣١٤/ الهيئة المدنية /٢٠١٨- في ٢٠١٨/٨/٢٩(غير منشور).
١١. قـرار محكمـة التمييز الاتحاديـة المرقم ٢٧١ / الهيأة الاسـتئنافية منقـول / ٢٠١٨ (غير منشور)
١٢. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة الموقـرة ، ٥٠/٤٩ / الهيئـة الاسـتئنافية / ٢٠١٦ ، في ٢٠١٦/٨/١٤ (غير منشـور)
١٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية الهيئة العامة ٢٠١٣/ الهيئة عامة /٢٠١١ في ٢٠١١/٨/٢٩، (غير منشور).
١٤. قـرار محكمـة بـداءة الرصافـة الاتحاديـة بالقـرار المرقـم ٢٢٤ / ب/ ٢٠١٨ في ٣/٤/ ٢٠١٨(غير منشـور)
١٥. قـرار محكمة اسـتئناف بغداد الرصافـة الاتحادية / الهيئة التمييزيـة المدنية بالعدد(٩١٣ /م /٢٠١٦ في ١٧ /٢٠١٦/١١(غير منشـور).
١٦. قرار محكمة اسـتئناف بغداد الرصافة الاتحاديـة – بصفتها التمييزية ٩٢٦/م /٢٩١٦في ٢٩ /٢٠١٦/١١ (غير منشور) .
١٧. قـرار محكمة اسـتئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية العـدد ٢٢٥ في ٦/٢٩ / ٢٠٠٩ (غير منشور).
١٨. قرار محكمة بداءة الاعظمية المرقم ، ٣٩٦ / ٢٠٠٠ في ٢٠٠/٦/٢٩ (غير منشور).
١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٥٠٢) في ٢٠٠٨/٧/١٦ (غير منشور) .
٢٠. قرار محكمة استئناف الرصافة الاتحادية العدد ٢٠٧ في ٢٠٠٨/٩/١٤، (غير منشور) .
٢١. قرار محكمة استئناف الرصافة الاتحادية بالعدد٢٢٥ في ٢٠٠٩/٦/٢٩(غير منشور) .
٢٢. قرار محكمة الرصافة الاتحادية العدد ٤٢٧ في ٢٠٠٩/١٢/٢٣ (غير منشور).

٢٣. القرار المرقم ٢٢٤ / ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٤ /استئنافية منقول /(غير منشور) .
٢٤. القرار المرقم ٢٧٧٥ / استئنافية منقول /٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٠/١٦(غير منشور) .
٢٥. القرار المرقم ١٦٣٤ / هيئة مدنية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/٢٧(غير منشور).
٢٦. القرار المرقم ١٦٣٤/ هيئة مدنية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/٢٧(غير منشور).
٢٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية الهيئة المدنية المرقم ٤٢٧ في ٢٣ / ١٢ / ٢٠٠٩ (غير منشور)

فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية

القاضي عواد حسين ياسين العبيدي

المستخلص

أكد المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وفي المادة (١٥٩) منه على وجوب ان تكون الاحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان تستند الى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون وقد تشدد القانون المذكور في ضرورة تسبيب الاحكام قبل إصدارها لحمل القضاة على أن لا يحكموا في الدعاوى على أساس فكرة مبهمة لم تتضح معالمها أو مجملة غابت أو خفيت تفاصيلها وان يكون الحكم دائماً نتيجة أسباب معينة وواضحة ومحصورة جرى على أساسها تفكير القاضي وتقديره عند إصداره حكمه .

إن وصول القاضي في حكمه الى نتيجة بخلاف وقائع الدعوى أو أدلتها وبناءً على أسباب غير سائغة ومنطقية يؤدي الى الفساد في الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية وهو عيب من عيوب تسبيب الاحكام يتميز عن النقص في تسبيب الاحكام أو انعدامها كما أن الفساد في الاستدلال يتخذ صور متعددة واخضع المشرع سلطة تقدير القاضي في تسبيب الاحكام الى رقابة محاكم الطعن التي كان لها دور بارز في تصحيح ما شاب الأحكام القضائية من أخطاء نتيجة الفساد في الاستدلال في تسبيبها .

Abstract

The Iraqi legislator assured in Civil Procedure Law of number 83 for the year 1969، and in Article 159 of it that verdicts were to include the reasons on which they were based on & be based on one of the reasons of verdict shown in the law، and the said law stressed the necessity of verdict causation before issuing them to make judges not sentence litigations according to a vague idea whose features are not clear، or overall whose details are absent or hidden، and verdict is always made due to certain، clear & limited\ reasons on which judge builds his .assessment and judgement

Judge makes his verdict in a way that contravenes the facts of litigation or its evidence and based on unpalatable & logical reasons، and this leads to corruption of deduction in verdict causation which is a flaw in verdict deduction not to be mixed with deficiency of lack in verdict deduction، and the corruption in deduction has multiple images، and legislator subjects judge's assessment authority in verdict causation to appeal court supervision which had a prominent role in correcting .verdict mistakes resulted by corruption of deduction in their causation

.illustrates these judgements & conditions which we will discuss later

المقدمة

إن أسـباب الحكم هي الدعائم التي يقوم عليها الحكم القضائي لذا يشـترط ان يكون من شـأن هـذه الأسـباب ان تؤدي عقلاً على وفق المنطق القانوني المعتـاد الى النتيجة التي انتهى اليها القاضي عند إصداره حكمه في النزاع المعروض عليه اما اذا كان هناك اسـتحالة عقلية في اسـتخلاص الواقعة التـي اعتمدهـا الحكـم أو الدليل الذي ركن اليه القاضي في اصدار حكمه وبالشـكل الذي لا يؤدي الى النتيجة المنطقية التي خلص اليها القاضي فإن تسـبيب الحكم آنذاك يكون مشـوباً بخطأ أو فسـاد الاسـتدلال في تسبيب الاحكام القضائية .

نـص المـشرع العراقـي في المادة (١٥٩) مـن قانون المرافعـات المدنية المرقم (٨٣) لسـنة ١٩٦٩ المعدل على وجوب أن تكون الاحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد أسباب الحكـم المبينـة في القانـون وقد ذهب القانون المذكور الى التشـدد في تسـبيب الاحـكام قبل إصدارها لحمـل القضـاة عـلى أن لا يحكموا في الدعاوى على أسـاس فكرة مبهمة لم تتضـح معالمها أو مجملة غابـت أو خفيـت تفاصيلها وان يكون الحكم دائماً نتيجة أسـباب معينـة واضحة ومحصورة جرى على أساسها تفكير القاضي وتقديره عن إصداره حكمه ومن هذا المنطلق آثرنا الكتابة في هذا البحث الموسوم((فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية)) لذا لابد من بيان أهمية الموضوع ومشكلته والمنهجيـة المتبعة وهيكليته (خطة البحث) وهذا ما سـنتناوله تباعاً في الفقرات الآتية :-

أولاً : أهمية البحث :-

إن القانون عندما اوجب تسـبيب الاحكام القضائية في المادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية فانـه كان يهـدف الى دفـع القاضي الى التفكير واتخاذ الرأي الصائب الذي يسـتقر عليه قبل إصداره الحكـم ليصـل الى الحكم القانوني والعادل وبالتالي يصبـح الحكم محلاً لاحترام الخصوم وقناعتهم ويبعث الاطمئنان في نفوسـهم ويرفع الشـك والريبة في عدم حياد القاضي أو قلة معرفته ، لذا فان التفكير المشـوش للقاضي وبناء حكمه على أسـباب خاطئة او غامضة تعجل من الحكم مشوباً بخطأ أو عيب فسـاد الاسـتدلال في تسبيب الاحكام وهذا الأمر يؤدي الى اهتزاز ثقة الخصوم بعدالة الحكم القضائـي وهنا تتجلى أهمية الموضوع .

ثانياً : إشكالية البحث :-

ان فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية يهدر اللزوم المنطقي في عمل القاضي فلكي يتصف فكر القاضي بالمنطقية في وصوله الى حقيقة النزاع ومن ثم اصدار الحكم العادل لابد وان يستند الى الفهم الصحيح والتفكير المنظم والمنطقي لمعطيات النزاع من ظروف وعناصر مادية وقانونية وان تكون النتائج المستنبطة متوافقة مع قواعد المنطق لذا فان ابتداع القاضي واقعة لا أصل لها في أوراق الدعوى او استناده الى دليل متهالك أو ليس له مصدر في تحقيقات المحكمة تكون هناك حالة من فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية بما يترتب على ذلك من أثر في ضياع الحقوق وخرق في تحقيق العدالة وهنا تكمن مشكلة البحث .

ثالثاً : منهجية البحث :-

لغرض الخروج بالنتائج المرجوة من هذا البحث تم الاستعانة بالمنهج الوصفي التحليلي الذي يقوم على وصف النصوص كما هي وتحليلها لغرض استنباط الاحكام منها ولإضفاء الصبغة العملية على الدراسة تم الاستشهاد بالاحكام القضائية ما وجد الى ذلك سبيلاً وكلاً في موضعه .

رابعاً : هيكلية البحث :-

لغرض الإحاطة بموضوع البحث وتحديد اطاره العام تم تناوله وفق خطة بحث تألفت من مقدمة ومبحثين وخاتمة حوت أهم النتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي :

المقدمة

المبحث الأول/ مفهوم فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية .

المطلب الأول/ تعريف فساد الاستدلال وأنواعه في المنطق القضائي .

المطلب الثاني/ تحديد مدلول فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية وتمييزه عما يشتبه به .

المبحث الثاني / صور عيب فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية والرقابة القضائية عليها .

المطلب الأول : صور عيب الفساد في الاستدلال .

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على فساد الاستدلال في الاحكام القضائية .

الخاتمة

المبحث الأول

مفهوم فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية

يُعد تسبيب الاحكام القضائية من وسائل الخصوم للتحقق من عدالة الاعمال القضائية التي يصدرها القاضي ، وهو من أشق المهمات الملقاة على عاتقه ، والتسبيب يبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضين وهو يؤدي دوراً مهماً في اقناع الرأي العام بعدالة القضاء ، وهو أحد ضمانات الحكم العادل التي تفصح عن حياد القاضي في النزاع المعروض عليه .

ان القصور في تسبيب الاحكام القضائية ، وابتعاد التسبيب عن التعليل الصحيح أو ارتكازه على وقائع متناقضة ، أو قيامه على استنتاج غير منطقي يمثل عيباً في تسبيب الاحكام يسمى بفساد الاستدلال .

لذا سنتناول في هذا المبحث بيان مفهوم فساد الاستدلال في تسبيب الأحكام القضائية من خلال تعريف فساد الاستدلال وبيان أنواعه وتحديد مدلول فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية مما يتوجب تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول

تعريف فساد الاستدلال وأنواعه في المنطق القضائي

لغرض إعطاء فكرة عن فساد الاستدلال لابد من تعريفه في اللغة والاصطلاح وأنواع الاستدلال في المنطق القضائي لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين :

الفرع الأول : تعريف الاستدلال وأنواعه

سنتناول تعريف الاستدلال في اللغة والاصطلاح وذلك في فقرتين :-

أولاً : تعريف الاستدلال في اللغة :-

الاستدلال : طلب الدليل ، يقال استدل بالشيء على الشيء يستدل ، استدلالاً أي اتخذه دليلاً عليه، والدَّليل : ما يُسْتدلُّ به . والدَّليل : الدَّالُّ ، يقال دله على الطريق يدله دلالة ، اذا ارشده والاستدلال : طلب التعرف على الشيء [1] .

من خلال التعرف على المعنى اللغوي لمفردة (الاستدلال) يمكن القول ان معنى الفساد في الاستدلال هو خروج الشيء عن الاعتدال قليلاً كان الخروج أو كثيراً بما يترتب عليه من مفسدة عدم المصلحة في العمل .

١- ينظر : العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي ، لسان العرب ، المجلد(٥) ، ط٤ ، دار صادر ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص١٨٠ .

ثانياً : تعريف الاستدلال في الاصطلاح :-

يختلف تعريف الاستدلال عند المناطقة عنه عن الأصوليين والفقهاء وفي القانون لذا سنتناول الاستدلال في الاصطلاح في ثلاث فقرات :-

١- تعريف الاستدلال عند المناطقة :-

يطلق الاستدلال عند المناطقة بوجه عام على : ((استنتاج قضية من قضية ، أو عدة قضايا أخرى ، أو هو الوصول الى حكم جديد مغاير للأحكام التي اسْتُنتج منها ، ولكنه في الوقت نفسه لازم لها ، متوقف عليها)) [١] ، فالاستدلال هو : عملية عقلية تتخذ فيها قضية واحدة أو أكثر ، مُسَلَم بها ، دليلاً للأخذ بصدق قضية أخرى بوساطة التفكير وحده ، دون الحاجة الى التثبت من صدقها وحدها))[٢] وبتعبير أكثر دقة وتحديد الاستدلال إما استنتاج قضية من مقدمات ، هي عبارة عن الدليل ، وإما ايراد الدليل لاثبات صدق قضية ندَّعيها [٣] والاستدلال عندهم نوعان ، مباشر وغير مباشر ، فإذا كان الاستنتاج من قضية واحدة كان الاستدلال مباشر أما اذا كان الاستدلال من اكثر قضية فالاستدلال غير مباشر[٤] .

٢- تعريف الاستدلال في الفقه :-

ورد الاستدلال عند الفقهاء والاصوليين بإطلاقه على معنيين أحدهما : ذكر الدليل سواء أكان إجماعاً أو قياساً أو غيره وآخر على نوع خاص من أنواع الأدلة ، وهو المعنى المقصود من الاستدلال عندهم في مباحث الأصول [٥] .

٣- تعريف الاستدلال في القانون :-

يدخل الاستدلال من ضمن موضوعات علم المنطق في القانون بل هناك من يقصر موضوع علم المنطق على ((الاستدلال)) ويعرف علم المنطق بانه : ((علم الاستدلال)) ويذهب الى القول :- ((والاستدلال عادة ما يكون صدق أو كذب قول أو قضية ، بناءً على صدق أو كذب قضية أخرى تعتبر بمثابة المقدمة للقضية المعنية)) [٦] .

١- ينظر : د. أبو العلا عفيفي ، المنطق التوجيهي ، عالم الأدب للترجمة والنشر ، ٢٠١٨ ، ص٨٠ .
٢- ينظر : د. كريم متي ، المنطق ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص٦٨ .
٣- ينظر : د. توفيق الطويل ، عبدة فراج ، مسائل فلسفية ، مطابع المجلس الدائم للخدمات العامة ، مصر ، ص١٠٨.
٤- ينظر : د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ، طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطقة والاصوليين ، ط٥ ، مكتبة الرشد ناشرون ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م ، ص٢٠١ – ٢٠٢.
٥- ينظر : أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي الآمدي ، الاحكام في أصول الاحكام ، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي ، ج٤ ، نشر مؤسسة النور ، سنة ١٣٨٩ هـ ، ص١١٨ .
٦- ينظر : د. عزمي اسلام ، أسس المنطق الرمزي ، مكتبة الانجلو ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص١ .

فالانسان يتمتع منذ فجر وجوده ((بالفكر)) ، ويشاركه في ذلك باقي الكائنات الحية ، الحيوانات، والنباتات ، والحشرات ، كل يفكر ولكن يتميز الانسان بأنه : ((كائن يفكر فكراً منطقياً)) أي ان المنطق هو الذي يفرق بين ألوان الفكر البشري وما دونه إذن ((الانسان وحده هو القادر على التفكير المنطقي)) [١] .

وبناءً على ما تقدم اذا اعتبرنا ان الاستدلال في مجال القانون هو كل تفكير ملائم للوصول الى قرارات بشأن ما ينص عليه القانون ، فإن الاستدلال الملائم للوصول الى قرارات قانونية في مجمله ليس مستقلاً استقلالاً تاماً فبعض عناصر هذا الاستدلال في نطاق القانون تمثل اشكاله استدلالية مألوفة في الدراسات والمجالات غير القانونية)) [٢] ، فالقاضي احياناً بدون أن يعلم انه يطبق قواعد منطقية – أي انه يطبقها بحكم فطرته ، لأنها تنظم هذه العمليات العقلية)) [٣] .

فالمنطق في اللغة يطلق على ثلاثة معان [٤] :-

على الادراك الكلي .

على التلفظ الذي يبرر ذلك .

وعلى القوة العاقلة التي هي محل الادراك .

وعرَّف الدكتور مصطفى الزلمي المنطق بأنه : ((المنطق يعصم الذهن من الخطأ في التفكير والاستدلال)) [٥] ، وهذا التعريف يعود بناء الى ما بدأنا به الكلام بأن المنطق ((علم الاستدلال)) وان التفكير المنظم يقود الى الاستدلال الملائم للوصول الى قرارات قانونية ، فموضوع المنطق هو الأسس العقلية لقواعد التفكير الإنساني [٦] .

والاستدلال هو الموضوع الأساسي للمنطق الذي نبدأ فيه من مقدمات نسلم بها لننتهي الى النتائج اللازمة عنها [٧] ، ومن ثم فالمنطق موضوعه طرق تعريف الأشياء وطرق الاستدلال لاثبات

١- ينظر : د. محمود السقا ، المنطق القانوني والمنطق القضائي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٦-٧.

٢- ينظر : د. سيد العربي ، الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص١١ .

٣- ينظر : د. عباس مبروك الغزيري ، دور القضاء في تفسير القانون ، مطبعة جامعة المنوفية ، ٢٠٠٦ ، ص٣٨ .

٤- ينظر : د. محمد رمضان عبد الله ، علم المنطق ، ط١ ، مكتبة امير كركوك ، دار ابن حزم ، بيروت ، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م ، ص١٩ .

٥- ينظر : د. مصطفى الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص .

٦- ينظر : د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص١٨ .

٧- ينظر : د. حسن عبد الحميد ، د. مهران محمد ، المنطق والقانون ، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص١٥ .

صحــة أو بطلان الأفكار [١] .

نخلص مما تقدم ان الاستدلال في القانون هو التفكير المنظم والمنطقي الذي يرتكز على مقدمات مسلم بها للوصول الى النتائج اللازمة عنها .

الفرع الثاني : أنواع الاستدلال في المنطق القضائي

ان الاســتدلال في نطاق المنطق القضائي ينصب على الوقائع وعلى نصوص القانون لذا ســنتناول هذا الفرع في فقرتين :-

اولاً : أسس الاستدلال في المنطق القضائي المتعلق بالواقعة :-

لكــي يتصــف فكر القــاضي بالمنطقية في وصولــه الى حقيقة الواقعة يجب الارتكاز على الأســس الآتية [٢] :-

١. ان يستند في وصوله الى حقيقة الواقعة واستخلاص صورتها الصحيحة الى الفهم الصحيح والسائغ لمعطياتها من ظروف وعناصر مادية وقانونية .
٢. ان يستخلص الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى استخلاصاً مستنداً في ذلك الى ادلة مقبولة في العقل والمنطق ولها اصل ثابت في الأوراق .
٣. يجب لسلامة استخلاص القاضي للواقعة ان تكون مستقرة في ذهنه غير مضطربة .
٤. يجب على القاضي ان يصل الى حقيقة الواقعة ، لكي يتوصل الى صحة تطبيقه للقانون .
٥. يجــب ان تكون الواقعة التي يســتخلصها القاضي ويصــل الى حقيقتها تتفق مع التحقيقات والأدلة التي تحويها الأوراق .
٦. يجــب عــلى القــاضي ان لا يعتمد في وصوله الى حقيقة الواقعة عــلى ادلة تتناقض فيما بينها فمثل هذا التناقض يخلق فســاداً في الاســتدلال بالنســبة للنتائج المســتنبطة منها مما يترتب عليــه وفقــاً لقواعد العقل والمنطق فســاده في حقيقة الواقعة التي يصل اليها [٣] . فلا يمكن للقاضي ان يستند في قضائه الى دليل ليس له مصدر في الأوراق المعروضة عليه وليس له ان يبتــدع واقعة لا اصل لها في هذه الأوراق [٤] .

١- ينظر : د. نازلي إسماعيل ، المنطق الرمزي ، بدون دار نشر ، ط ١٩٨١ ، ص٤٤ .
٢- ينظــر : د. عــلي محمــود عــلي حمودة ، الأصول المنطقيــة لفهم الواقع والقانــون في الدعوى الجزائيــة ، دار النهضة العربيــة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٠ ومــا بعدها .
٣- ينظر : د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ج٢ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٧ ، ص١٩٦ .
٤- نقض ١٩٥٩/٢/١٩ ، المجموعة الرسمية ، السنة (١٠) ق٣٧ ، ص١٦٩ .

ثانياً : استدلال المنطق القضائي المتعلق بـ (نصوص القانون) :-

استدلال المنطق القضائي المتعلق بـ (نصوص القانون) انما يرتبط بسلطة المحكمة في رد ما يندرج تحت الواقعة الى النص القانوني الذي يحكمها وهذا ما يعرف بـ ((التكييف القانوني)) مما يقتضي تعريف التكييف في اللغة وفي القانون والقضاء وهذا ما سنتناوله في الفقرات الآتية :-

١- التكييف لغة :-

التَّعويد ، يقال : كيف الشيء ، صار على كيفية من الكَيْفيَات [١] ، وكيف الشيء جعل له كيفية معلومة ((الكيفية)) مصدر صناعي من لفظ ((كيَفْ)) زَيْدَ عليها ياء النسب وتاء النقل من الاسمية الى المصدرية وكيفية الشيء : حاله ووصفه [٢] .

٢- التكييف قانوناً :

هو تحديد موضوع النزاع واعطائه الوصف القانوني الملائم تمهيداً لاسناده الى قانون معين وعرف (ردبيه) و (بنوابيه) (M. pilletetnibayet) التكييف بـ ((الطبيعة القانونية))) التي يعترف بها القاضي لعلاقة ما بنظام قانوني ، وقد عرف امانجون (Arminjon) التكييف بقوله : هو ان نسبغ الحياة القانونية على شخص أو شيء أو على واقعة لتعيين مكانه أو مكانها في القانون [٣] .

٣- التكييف قضاءً :-

يعرف التكييف القضائي بأنه : ((هو العمل الذي تمارسه المحكمة وذلك وفقاً لوظيفتها في الفصل في التكييف القانوني لكل من الواقعة والجريمة بالتأكد من مطابقة الواقعة المرتكبة من الناحية القانونية للنموذج التشريعي من الناحية المجردة)) [٤] ، هذا فيما يتعلق في الدعوى الجزائية

أما التكييف في نطاق الدعوى المدنية فهو تكييف القاضي لوقائع الدعوى من خلال وصفها بالوصف الذي نص عليه القانون [٥] .

إن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين وهما الفرض : أي الواقعة والحكم : أي حكم القانون

١- ينظر : لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، الطبعة الخامسة والثلاثون ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان ، ص٧٠٥.

٢- ينظر : إبراهيم مصطفى و (آخرون) ، المعجم الوسيط ، ج١ ، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر ، (بدون تاريخ نشر) ، ص٨٠٧ .

٣- ينظر : ميخائيل تادرس ، القانون المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر ، ص٥٤ ، القاهرة ، نقلاً عن : المحامي محمد صالح القويزي ، التكييف بحث منشور في مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين العراقيين العددان (الأول والثاني) ، السنة (٥٥) ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص٤٧ .

٤- ينظر : د. حسون عبيد هجيج ، منتظر فيصل كاظم ، سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية ، ط١، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٥ ، ص٥٠ هامش(٢).

٥- ينظر : ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانون ، بغداد ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، ص٥٩ .

في تلـك الواقعـة فالفـرض هو الواقعة التـي يرتب عليها القانون اثـراً معيناً ، امـا الحكم فهو الأثر القانونـي الذي يرتبـه القانون على الفرض او الواقعة [١] .

نخلـص ممـا تقدم ان نشـاط القـاضي المتعلـق بالتكييف يظهر في شـكل عملية قيـاس منطقي ((المقدمـة الكـبرى)) النـص القانوني الواجـب التطبيق و ((المقدمـة الصغرى)) الوقائـع الثابتة في الدعـوى ثبوتـاً قانونيـاً والنتيجة تطبيق النص عـلى الوقائع وهو ((الحكـم القضائي)) [٢] .

المطلب الثاني

تحديد مدلول فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية وتمييزه عما يشتبه به

يعـد التسـبيب التزاماً قانونياً يتوجب على القاضي القيام بـه والا تعرض حكمه للنقض في حالة خلوه من التسـبيب أو اسـتناده الى تسبيب فاسد ؛ لأن التسبيب امر تمليه طبيعة عمل القاضي نفسه فضلاً عن انه يؤكد مبدأ حياد القاضي ، مما يقتضي التعرف الى مدلول التسبيب وفساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية وتمييز فساد الاستدلال عما يشتبه به لذا سنتناول هذا المطلب في فرعين :-

الفرع الأول : مدلول فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية

قبـل الولوج في توضيح مدلول فسـاد الاسـتدلال في تسـبيب الاحكام القضائيـة لابد من تعريف التسـبيب ابتداءً ومن ثم تحديد مدلول فسـاد الاسـتدلال لذا سنقسـم هذا الفرع على فقرتين :

أولاً : تعريف تسبيب الاحكام القضائية :-

لغـرض الوصـول الى مفهوم تسـبيب الاحـكام القضائية لابد من تعريف التسـبيب في اللغة وفي الاصطـلاح وذلك في فقرتين :-

١- تعريف التسبيب لغةً :-

السَّبَبُ : الحَبْلُ الذي يُصْعَدُ به النَّخْلُ وجمعه أسباب قال تعالى : ﴿**فَلْيَرْتَقُوا فِي الْأَسْبَابِ**﴾[٣] ، وسُـمِّيَ كُلُّ ما يتوصل به الى شيء سَـببا . قال تعالى : **إِنَّا مَكَّنَّا لَهُ فِي الْأَرْضِ وَآتَيْنَاهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ**

١- ينظر : المصدر نفسه ، ص٥٠ .

٢- ينظـر : القاضي عواد حسـين ياسـين العبيـدي ، بناء الاحكام الجنائيـة على الجزم واليقين دراسـة تحليلية في ضوء المنطـق القضائـي ، بحث منشـور في مجلة التشريـع والقضاء العدد الثاني (تموز ، آب ، تشريـن الأول ، تشرين الثاني ، كانون الأول) السـنة العـاشرة ، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص٩٩ .

٣- سورة ص ، الآية (١٠) .

سَبَبًا (٨٤) فَأَتْبَعَ سَبَبًا (٨٥)﴾[١] ، ومعناه ان الله تعالى أتاه من كل شيء معرفةً وذريعةً يتوصَّلُ لها فاتبع واحداً من الأسباب [٢] .

والسبب في الشرع ما يوصِّل الى الشيء ولا يؤثر فيه ، كالوقت للصلاة (الجمع) أسباب ، ويقال: تقطعن بهم الأسباب : أعيتهم الحيل ، وأسباب الحكم (في القضاء) ما تسوقه المحكمة من أدلة واقعية وحجج قانونية لحكمها [٣] .

٢- تعريف التسبيب اصطلاحاً :-

لقد تعددت التعريفات التي ساقها فقهاء القانون لتعريف السبب ولم يقتصر تعريف تسبيب الاحكام على الجانب الفقهي والقضائي بل هناك تعريف التسبيب وفق المدلول التشريعي فقد عُرِّف التسبيب وفقاً لمدلوله التشريعي بأنه : ((هو بيان الأسباب الواقعية والقانونية وأسباب الرد على الطلبات المهمة والدفوع الجوهرية التي من شأنها ان تؤدي الى النتيجة التي يخلص اليها القاضي في حكمه الذي انتهى اليه)) [٤] .

وقد نصت المادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ على : ((١- يجب ان تكون الاحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان تستند الى احد أسباب الحكم المبينة في القانون .٢- على المحكمة ان تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أورد الادعاءات والدفوع التي أوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها)) .

فالتسبيب يعني بيان الأسباب التي حملت المحكمة على الأخذ بأقوال وسندات احد الخصوم دون الاخذ بأقوال وسندات الخصم الآخر مع بيان سند ذلك من الناحيتين القانونية والواقعية (الوقائع التي دعت الى اعتماد الرأي المذكور ، ومناقشة الدفوع والرد عليها امر حيوي يتيح لمحكمة التمييز وللخصوم وللكافة معرفة ما قدمه الخصم من سندات وما أورده من اقوال وسبب الاخذ أو عدم الاخذ بها وسند ذلك من القانون [٥] .

أما التسبيب المعتبر في لغة القضاء فهو يقوم على ذكر الاسانيد والحجج التي بني عليها منطوق الحكم سواء من حيث الواقع أو القانون ، وان يكون ذلك في بيان جلي بحيث يستطيع الوقوف على

١- سورة الكهف ، الآيتان (٨٤ و ٨٥) .

٢- ينظر : العلامة أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني ، ضبطه وصححه وخرج آياته وشواهد إبراهيم شمس الدين ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤٧ .

٣- ينظر : إبراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط ، مصدر سابق ، ص٤١٢ .

٤- ينظر : د. احمد أبو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، ط٥ ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ص٣٠٢.

٥- ينظر : القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، ط٤ منقحة ، الرافدين ، بيروت – لبنان ، البيت القانوني ، بيروت ، ٢٠١٩ ، ص٣٣٥ .

ما قضي به الحكم [١] .

ومما لاشك فيه ان القضاء قد لعب دوراً عظيماً ورائداً في بناء نظرية التسبيب فقد اكتمل نمو التسبيب في ظله واصبح نظاماً له قواعده المستقرة [٢] .

ثانياً : تحديد مدلول فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية :-

يقتضي الحكم القضائي فهم واقع الدعوى واستخلاص الوقائع الثابتة والمنتجة ، ثم تطبيق القواعد القانونية على هذه الوقائع ، ويتم ذلك عن طريق استقراء عناصر الواقعة بعد تحليلها ، ثم إعادة تركيبها لاستنباط الوقائع الثابتة ، ثم اجراء استدلال قياسي للتوصل الى التكييف القانوني وترتيب النتائج اللازمة لهذا التكييف [٣] .

فإذا رتبت المحكمة نتائج لا تؤدي اليها المقدمات بحكم اللزوم العقلي كان الحكم مشوباً بعيب الفساد في الاستدلال [٤] . فعيب الفساد في الاستدلال يتحقق اذا رتب القاضي نتائج غير منطقية على مقدمات القياس الصحيحة ، أو اذا كانت المقدمات نفسها مشوبة بعيب من العيوب [٥] .

كما يعتبر من قبل الفساد في الاستدلال بناء الحكم على أساس الظن والتخمين في وقت يجب ان يبنى على الجزم واليقين ، اذ يقتضي تحصيل الحكم من وقائع ثابتة ولها حضور في أوراق الدعوى أو محاضرها [٦] .

ومن الأسباب التي تشير بوضوح الى تحقق عيب الفساد في الاستدلال بعدم منطقية النتيجة التي انتهى اليها الحكم في منطوقه طبقاً لما جاء في مقدمات القياس الذي باشره القاضي ، ونعني بالاسباب الأسباب الواقعية والقانونية للحكم على حد سواء [٧] .

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها الى : ((... ان المحكمة

١- ينظر : د. زيدان فاضل محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩ ، ص٣٣٧ .

٢- ينظر : احمد السيد الصاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض (لم تذكر الطبعة) ، دار النهضة العربية ، ص٥ .

٣- ينظر : د. يوسف محمد المصاورة ، تسبيب الاحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م ، ص٢٩٦ .

٤- ينظر : السيد عبد الوهاب عرفة ، ضوابط تسبيب الاحكام المدنية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص٥٧ .

٥- ينظر : القاضي لفتة هامل العجيلي ، دراسات في قانون المرافعات المدنية رؤية في النص والتطبيق ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٧ ، ص٥٥ .

٦- القرار (٢١٢/ الهيئة الموسعة الجزائية/ ٢٠١٠ في ٢٣/٨/٢٠١٠) (القرار غير منشور) .

٧- ينظر : د. وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، (بدون ذكر طبعة) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص٥٣٩ .

وعند إصدارها الحكم أوجزت الأدلة المتحصلة في القضية وبتعمد دون ان تناقش تلك الأدلة ، ومدى كفايتها للتجريم من عدمه فقد وضعت فرضيات بدلاً من ان تصدر قراراً يعتمد على أسباب قانونية حسبما نصت عليه المادة (٢١٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ... وحيث ان المحكمة لم تناقش الأدلة المتحصلة في الدعوى والمطروحة امامها فتكون قد أخطأت في تطبيق القانون تطبيقاً سليماً وجانبت الصواب ...)) [١] .

نخلص مما تقدم إن مدلول فساد الاستدلال في الاحكام القضائية يتحقق عندما تتوصل المحكمة الى نتيجة في منطوق الحكم القضائي بخلاف ما جاء في مقدمات القياس المنطقي لمجرى الدعوى وما يجب ان تؤول اليه في سياق التحليل المنطقي والتفكير الصحيح أو اصدار المحكمة حكماً بخلاف وقائع الدعوى والأدلة معتمدة على الظن والتخمين لا الجزم واليقين .

الفرع الثاني : تمييز فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية عما يشتبه به

غنيٌّ عن البيان ان عيب فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية يشتبه بعيوب أخرى تتعلق بتسبيب الاحكام القضائية ومن هذه العيوب عيب انعدام تسبيب الاحكام وعيب عدم كفاية تسبيب الاحكام لذا سنتناول هذا الفرع في فقرتين :

أولاً : تمييز فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية عن عيب انعدام تسبيب الاحكام :-

يختلف عيب الفساد في الاستدلال عن عيب انعدام الأسباب في ان الأول قد يلحق الحكم على الرغم من وجود أسباب له وذلك في حالة ما اذا كانت هذه الأسباب لا تصلح وفق قواعد العقل والمنطق ؛ لأن تكون مقدمات سائغة تؤدي الى صحة استنتاج قاضي الموضوع للنتائج التي استنبطها من وقائع الدعوى وادلتها وتطبيق حكم القانون عليها [٢] .

فلا يكفي لتحقيق منطقية التسبيب ان يكون للحكم أسباب ، بل يجب ان يكون استخلاص قاضي الموضوع للنتائج التي توصل اليها من الأدلة والتي تكشف عنها الأسباب استخلاصاً صحيحاً وسليماً يتفق وقواعد العقل والمنطق [٣] .

ويمكن لمحكمة التمييز ان تتحقق من ذلك باعمالها المعيار الآتي : ((ان استخلاص نتيجة معينة من دليل ما يخضع لعملية منطقية يقوم بها القاضي مستعملاً ذكاءه ، واذا لم يقم القاضي بها –

١- القرار (٢١٢ / الهيئة الموسعة الجزائية/٢٠١٠) في ٢٣/٨/٢٠١٠ (القرار غير منشور) .

٢- ينظر : محمد علي حمودة ، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة ، ط١ ، (لم يذكر دار نشر) ، ١٩٩٤ ، ص٧٣٨ .

٣- ينظر : د. يوسف محمد المصاورة ، مصدر سابق ، ص٢٩٨ .

كما هو شأن القاضي المعتاد – فخالف تقديره المنطق العادي ؛ فان تقديره يعتبر غير سائغ)) [١] .

أما عيب انعدام الأسباب فلا يتحقق الا اذا خلا الحكم من أي أسباب له أو ان هذه الأسباب قد جاءت متعارضة بحيث يعدم بعضها بعضاً اذ تتماحى هذه الأسباب وتتساقط ولا يبقى منها شيئاً يمكن ان يعتبر قول للحكم يحمل عليه ، ولذا يؤدي الى بطلانه [٢] .

وبناءً على ما تقدم يمكن القول إن عيب الفساد في الاستدلال يعد عيباً في منهج قاضي الموضوع في الاقتناع ؛ لأنه في وصوله الى النتيجة التي خلص اليها يكون قد خالف قواعد العقل والمنطق ، وبعبارة اكثر دقة وتحديد فان استدلاله قد جاء فاسداً لا يصلح وفقاً لقواعد العقل والمنطق ان تتمخض عنه ذات النتائج التي انتهى اليها ، أما عيب انعدام الأسباب فانه يعد عيباً في الشكل ؛ لأنه يلحق الحكم لمجرد خلوه من الأسباب سواء أكان ذلك كلياً او جزئياً ، ولا يتعلق بموضوع الاقتناع الموضوعي للقاضي أو بمنهجه في هذا الاقتناع [٣] .

ثانياً : تمييز فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية عن عيب عدم كفاية الأسباب :-

لم يتفق الفقهاء على كلمة سواء فيما يتعلق بطبيعة عيب الفساد في الاستدلال وتفرقوا الى مذاهب شتى يعد البعض ان هذا العيب يندرج في عيب عدم كفاية التسبيب وانه بمثابة قصور في التسبيب لعدم كفاية الأسباب [٤] . وذهب اتجاه ثانٍ الى انه يصعب التمييز بين منطقية الأسباب وكفايتها ، وبأن هناك ارتباطاً بين العيبين وان كلاً منهما يكمل الآخر [٥] ، ويقول الدكتور إبراهيم نجيب سعد في هذا الصدد: ((فالقول بأن الحكم معيب بسبب عدم كفاية الأسباب إنما يقصد به عدم كفاية الأسباب المنطقية اللازمة لحكم ما قضى به ، أما اذا كان السبب غير منطقي فانه يصبح غير كافٍ لتبرير رأي القاضي في هذا الموضوع)) [٦] .

وذهب اتجاه ثالث الى ان فساد الاستدلال هو عيب مستقل عن عيب عدم كفاية الأسباب ، وانه يتعلق بشرط منطقية الحكم [٧] .

١- ينظر : د. فتحي والي ، الوسيط في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، ص٦٣٧ .
٢- ينظر : د. وجدي راغب ، النظرية العامة بالعمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٥٤٠ .
٣- ينظر : محمد علي حمودة ، تسبيب الحكم الجنائي ، مصدر سابق ، ص٧٣٨ .
٤- ينظر : د. فتحي والي ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص٦٣٧ .
٥- ينظر : د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج٢ ، لم تذكر الطبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ص٢٦٨ .
٦- ينظر : د. وجدي راغب ، العمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٥٣٩ .
٧- د. وجدي راغب ، العمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٥٣٩ .

ومـن خـلال التمعـن والتحقق في الاقوال سـالفة الذكر نجد ان الاتجاه الثالـث الذي ذهب الى ان فساد الاستدلال هو عيب مستقل عن عيب عدم كفاية الأسباب لأنه يتعلق بشرط منطقية الحكم هو القول الأقرب الى الصواب وآية ذلك ان مسـألة منطقية الأسـباب لا ترتبط بكفايتها دائماً ، والدليل على ذلك ان الأسـباب قد تكون كافية سـواء فيما يتعلق بالواقع أو القانون ، ومع ذلك يحدث فسـاد في الاستدلال اذا لم تترتب النتائج التي جاءت بمنطوق الحكم على هذه الأسباب بحكم اللزوم العقلي ولم يكن استخلاصها من الأسباب الكافية صحيحاً ومعقولاً ، وبمعنى آخر فان القصور لعدم كفاية الأسـباب قد يوجد ولو لم يكن هناك فسـاد في الاسـتدلال ، وان الفسـاد قد يوجد ولو لم يكن هناك أي قصور لعدم كفاية الأسباب[١].

كما يتميز عيب الفسـاد في الاسـتدلال عن عيب عدم كفاية الأسـباب في ان تحققه يغني محكمة التمييز عن بحث أسـباب الطعن الأخرى ، فمجرد تحقق هذا العيب يكفي وحده لنقض الحكم ولو كانت أسـباب الطعن الأخرى غير صحيحة [٢] .

كمـا ان عيـب الفسـاد في الاسـتدلال قـد يحدث سـواء بالنسـبة للأسـباب الواقعية أو الأسـباب القانونيـة[٣]، أمـا عيـب عدم كفاية الأسـباب فهـو عيب يترتب عـلى القصور في الأسـباب الواقعية ، وان الأسـباب القانونية وان جاءت قاصرة ؛ فانه ليس من شـأنها ان تعيب الحكم بعيب عدم كفاية الأسباب[٤].

صفوة القول إن فسـاد الاسـتدلال في تسـبيب الاحكام القضائية هو يتعلق بالاقتناع الموضوعي للقاضي وهو يختلف عن كل من انعدام تسـبيب الاحكام وعدم كفايتها لتعلقهما بجانب شـكلي .

المبحث الثاني

صور عيب الفساد في الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية والرقابة القضائية عليها

لقـد سـبق القـول إن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين ، همـا : الفرض أي الواقعة والحكم أي حكـم القانـون في تلـك الواقعة ، فالفـرض هو الواقعة التي يرتب عليها القانـون اثراً معيناً ، أما الحكم فهو الأثر القانوني الذي يرتبه القانون على الفرض أو الواقعة ، فالفرض يمثل وقائع النزاع

١- ينظر : عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية ، ط ١٩٨٣ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص٤٨٦ .

٢- ينظر : المصدر نفسه ، ص٤٨٧ .

٣- ينظر : المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

٤- ينظر : د. وجدي راغب ، العمل القضائي ، مصدر سابق ، ص٥٣٩ .

، والحكـم هـو الذي ينهي النزاع بين اطراف الدعوى أما القاعـدة القانونية فتتمثل بالصلة المنطقية بين الفرض وبين الحكم [١] .

لـذا فـان وقائع الدعـوى تعد (مقدمة صغرى) وحكم القانون هـو (مقدمة كبرى) والنتيجة هو تطبيق النص على الوقائع وهو ((الحكم القضائي)) وتأسيسـاً على ما تقدم يمكن القول ان الفسـاد في الاسـتدلال قـد يتعلق بالوقائـع ذاتها أي (المقدمة الصغرى) او قد يتعلـق بحكم القانون (المقدمة الكبرى) وقـد يتعلق بالنتيجة ((الحكم القضائي)) .

إن تسـبيب القـاضي للأحـكام القضائية لا يكون بمنـأى عن الرقابة القضائيـة وان هذه الرقابة تكون من أعلى جهة في هرم التسلسـل القضائي وهي ما تسـمى في العراق بمحكمة التمييز الاتحادية ، وتسمى في مصر بـ (محكمة النقض) وتسمى في تونس بـ (محكمة تعقيب) وتسمى في المغرب بـ (المجلـس الأعلى) وتسـمى في ليبيا بـ (المحكمة العليا) وأياً كانت التسـمية فـان (المحكمة العليا) هي المختصـة في الرقابـة على تطبيق القانون ، لكون ذلـك العمل يقع ضمن اختصاصها قانوناً [٢] .

عليه سـنتناول هذا المبحث في مطلبين نخصص المطلب الأول لصور عيب الفسـاد في الاسـتدلال ونخصص المطلب الثانـي للرقابة القضائية عليه .

المطلب الأول

صور عيب الفساد في الاستدلال

ان عيب الفساد في الاستدلال لا يكون على شاكلة واحدة وانما يتخذ صوراً عدة فقد يكون العيب في الاستدلال نتيجة الفهم الخاطئ لوقائع الدعوى وقد يكون نتيجة الخطأ في القانون تطبيق القاعدة القانونية وقد يكون الفساد في الاستدلال ناشئ عن الاستخلاص غير السائغ لنتيجة الحكم القضائي مما يقتضي تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع .

الفرع الأول : فساد الاستدلال نتيجة الفهم الخاطئ لوقائع الدعوى

يعد التكييف في نطاق القانون شرطاً جوهرياً للنبوغ في المعرفة القضائية ، اذ يعد الأساس الذي لا يمكن التخلي عنه لحين تطبيق ما يتضمنهُ القانون من أحكام وبما ان عملية التكييف فكرة ذهنية لذلك لا يستطيع القاضي الجزم بصحة التكييف الذي توصل اليه [٣] .

١- ينظر : ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، مصدر سابق ، ص٥٠ .

٢- ينظر : ضياء شـيت خطاب ، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق ، معهد البحوث والدراسـات العربية ، المطبعـة الفنية الحديثة ، مصر ، ١٩٦٨ ، ص١٤٣ .

٣- ينظـر : جـواد الرهيمـي ، التكييـف القانونيـة للدعوى الجنائيـة ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغـداد ، ٢٠٠٦ ، ص٥٠ وكذلـك : القاضي شـهاب احمد ياسـين ، آثار تكييـف الدعوى المدنية ، مكتبة الصباح ، بغـداد ، ٢٠١٤ ، ص٩ .

ودون تطبيـق عمليـة التكييـف في الدعوى لا يسـتطيع القاضي الحكم فيها اذ سـتكون الدعوى عبارة عن اطار قانوني تتجمع فيه طلبات متعددة ودفوع منتجة وغير منتجة مهما اتسـع أو ضاق نطـاق الدعوى ، ويـؤدي التكييف القانوني دوراً مهماً في معرفة القاعـدة القانونية واجبة التطبيق اذ القـاضي بعـد تحصيل الواقع وفهمه يبدأ بالبحث عن القاعدة القانونية المنطبقة عليها ، فالتكييف هو إعطاء التصرف القانوني او الواقعة القانونية صفتها القانونية من أجل اخضاعها لمادة قانونية وضعـت مـن اجل تطبيقها عليهـا وعلى نظائرها أي بتعبير آخر تكييفهـا لإخضاعها لنص قانون معين [١] .

لاشـك ان الوقائع غير محدودة على العكس من القواعد القانونية فهي محدودة لذا تتمثل مهمة القـاضي في تكييـف هذه الوقائـع وادخالها تحت طائلة احد النصـوص القانونية ، ويحدث التكييف الخاطـئ في الدعوى المدنيـة عند إعطاء الواقعة غير وصفها القانوني الصحيح [٢] .

يعـرف فقهـاء القانـون فهم الوقائع بأنـه : ((التحقق من الوجود المادي للوقائـع المدعاة)) [٣] ، ومن هذا التعريف يبدو أن تحصيل القاضي هذا الفهم لا دخل للقانون به ؛ لأنه يقع نتيجة لمقاييس منطقية لا تخضع لقاعدة قانونية لذا فان سلطة قاضي الموضوع في تحصيل هذا الفهم تامة لا تخضع لرقابة محكمة التمييز [٤] .

عـلى انـه اذا كان القـاضي حراً في تقديـر الأدلة التي يقدمهـا الخصوم وفي تحصيـل فهم وقائع الدعـوى فانـه ملزم باتباع قواعد الاثبات المبينة في القانـون فان اخطأ في تطبيقها أو في تأويلها كان حكمه عرضة للنقض ؛ لأن القاضي في هذه الحالة يكون قد اخطأ في تطبيق القانون الذي وضع تلك القواعد [٥] .

ولا يجوز للقاضي ان يحصل فهم الوقائع الا بالدليل القانوني الذي يجوز الاستدلال به وبشرط ان يقع هذا الاسـتدلال على الوجه المبين في القانون فيخضع في كل هذا لرقابة محكمة التميز ، فمثلاً كون الواقعة مادية يصح اثباتها بكافة وسائل الاثبات أو التزام تعاقدي يجب اثباته بالكتابة وكون

١- ينظـر : مصطفـى إبراهيـم الزلمـي ، معين القضاة لتحقيق العدل والمسـاواة ، ط١ ، منظمة نـشر الثقافة القانونية ، أربيـل ، ٢٠٠٨ ، ص٣٥ .

٢- ينظر : د. غني ريسان جادر ، زمن فوزي كاطع ، التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز العربي للبحوث والدراسات العلمية ، مصر ، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م ، ص١٧ - ١٨.

٣- مارتـي التمييـز بـين الواقعة والقانون ، ص١٧٨ نقلاً عن : د. عبد الـرزاق عبد الوهاب ، الطعن في الاحكام بالتمييز في قانـون المرافعـات المدنية ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص١٠٢ .

٤- ينظر : د. حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ، النقض في المواد المدنية والتجارية ، دون ناشر ، ١٩٣٧ ، ص١٣٢.

٥- المصدر نفسه ، ص١٣٨ .

الدليل مما يجوز الاثبات به قانوناً ، وحجية كل دليل وكيف يقدم الى المحكمة ، هذه كلها أمور تقررها قواعد قانونية اذا خالفها القاضي أو اخطأ في تطبيقها أو تأويلها كان حكمه عرضة للنقض ، وعلى القاضي ان يتقيد ايضاً بالقواعد الموضوعية في الاثبات وهي القواعد التي تحدد طرق الاثبات والاحوال التي يجوز بها الاثبات بكل طريق منها ، والشروط اللازمة لقبول الاثبات به وقوة الدليل والخصم المكلف بالإثبات [١] .

ولما كانت الوقائع هي التي تقود المحكمة الى تبني إجراءات فحصها والتأكد من تحققها فان العجز في فهمها سيقود الى نتائج خاطئة تشوب الحكم في النهاية [٢] ، ومن أسباب الخطأ في فهم وقائع الدعوى هي [٣] :-

١. الاستناد الى ادلة غير مقبولة .
٢. الاستناد الى وقائع وهمية او افتراضية .
٣. عدم فهم المحكمة للعناصر الواقعية التي ثبتت لديها .
٤. اعتماد المحكمة لوقائع متعارضة .
٥. الفساد في الاستدلال بسبب مسخ المحررات او تحريفها .

خلاصة القول ان فساد الاستدلال نتيجة الفهم الخاطئ لوقائع الدعوى يمكن ارجاعه الى التكييف الخاطئ للدعوى وعدم تفحص القاضي لأدلة الدعوى وتنقيتها مما شابها من مسخ وتحريف ووزن الأدلة في ميزان المنطق والقانون .

الفرع الثاني : فساد الاستدلال نتيجة الخطأ في فهم القانون

يفترض تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع قيام القاضي بسلسلة من الاستدلالات تبدأ اولاً بالبحث عن القاعدة القانونية التي ستطبق على النزاع أي اختياره ، ثم يعقبها ثانياً : تحليل القاعدة أي الأفكار المركبة التي تتكون منها الى عناصرها الأولية ، ثم يجري ثالثاً مقارنة بين عناصر القاعدة والمعطيات الموجودة في الحالة الخاصة التي ينطبق عليها القانون للوصول الى حل النزاع ، وبعبارة موجزة فان عمل القاضي يتخلص في الاختيار والتحليل والمقارنة [٤] .

وقد يتعلق الخطأ بالمرحلة الأولى حيث يخطئ القاضي في اختيار النص الصحيح أو يخطئ في

١- ينظر : د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، الطعن في الاحكام بالتمييز ، مصدر سابق ، ص١٠٣ .
٢- ينظر : القاضي لفتة هامل العجيلي ، دراسات في قانون المرافعات ، مصدر سابق ، ص٥٥.
٣- لمزيد من التفصيل ينظر : د. يوسف محمد المصاورة ، تسبيب الاحكام ، مصدر سابق ، ص٣٠٢ وما بعدها .
٤- ينظر : عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام ، مصدر سابق ، ص٤٨٧ .

تفسيره ، وقد يتعلق الخطأ بالمرحلة الثانية وهي مرحلة تحليل القاعدة القانونية حيث يؤدي ذلك الى تطبيق نص قانوني غير ملائم ، وقد يتعلق الخطأ بالمرحلة الثالثة وذلك نتيجة للمقارنة الخاطئة بين عناصر القاعدة القانونية والظروف الخاصة بالحالة التي يراد تطبيق النص عليها [١] .

ويكون الخطأ في تطبيق القانون بالعمل في الدعوى بقاعدة قانونية لا تنطبق على الواقعة ، ودون النص الواجب تطبيقه كما لو طبقت المحكمة احكام ايجار العقار على التزام البساتين او تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية حيث لا يجب الاخذ فيها الا بقاعدة قانونية [٢] .

ويشترط لنقض الحكم بسبب المخالفة للقانون أو للخطأ في تطبيقه او تأويله ان توجد قاعدة قانونية يمكن رد فهم الواقع اليها ، او ان يكون قد اخطأ في هذه القاعدة ، وان تكون المسألة التي وقع الخطأ فيها قد عرضت أو تعرضت لها المحكمة ، كما يجب ان يستند الحكم على هذا الخطأ او تلك الواقعة ، والواقع ان بناء الحكم على مخالفة للقانون أو الخطأ في تطبيق القانون أو العيب في تأويله يقصد بها جميعاً ((الخطأ في القانون)) غير ان المشرع قد ذكر هذه العبارات جميعاً تأكيداً لتوسيع سلطة محكمة التمييز في مراقبة تطبيق القانون[٣] .

وذهب البعض الى أنه كانت النتيجة التي وصل اليها القاضي في حكمه غير صحيحة ، فان الخطأ في الحكم يقع اما لمخالفة القاعدة القانونية المنطقية واما للخطأ في تأويلها أو العدول عنها الى قاعدة لا تنطبق ، وان هذه العيوب المتصلة بالخطأ في تطبيق القانون انما تدخل في عيب مخالفة القانون [٤] .

إن الخطأ في فهم القانون يكون بالتوصل الى نتيجة خاطئة انما هو حصيلة الاستدلال الفاسد الذي قام به القاضي سواء أكان هذا الفساد وقد حدث في مرحلة المقارنة او المضاهاة لتطبيق القاعدة القانونية على النزاع ، وهو بالوصف المتقدم يدخل في مفهوم عيب الفساد في الاستدلال [٥] .

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها الى : ((... لدى الرجوع الى هذا التقرير فقط لوحظ انه لم يستوف المهمة المكلف بها الخبير بشكل كاف يشمل النواحي المتعلقة بطبيعة الأرض ومستوى انخفاضها وتعرضها للسيول وكمية انتاجها والأمور الأخرى المتعلقة بهذا الموضوع ومن ثم بيان مدى مسؤولية تابعي المدعى عليه في حصول الضرر على ان يكون التقدير

١- ينظر : عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام ، مصدر سابق ، ص٤٩٤ .

٢- ينظر : عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون ، ط٢ ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤ .

٣- المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

٤- ينظر : نبيل إبراهيم سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٢٣٩ .

٥- ينظر : د. يوسف محمد المصاورة ، تسبيب الاحكام ، مصدر سابق ، ص٣١٤ .

غـير مغالى فيه ويتناسـب مع حجم الضرر الفعلي خاصـة وان المطالبة بالتعويض تتعلق بالمال العام ، وحيـث ان المحكمـة قـد اعتمدت تقرير الخبير هـذا والذي لا يصلح اعتماده سـبباً للحكم فقد أخل بصحته مما شـكل خرقاً للقانون من شـأنه الاضرار بمصلحة الدولة وأموالها ...)) [١] .

حاصـل القـول ان فسـاد الاسـتدلال للخطأ في فهـم القانون انمـا يكون عندما تحصـل مخالفة لقاعـدة قانونيـة او للخطـأ في تأويلها أو العـدول عنها الى قاعـدة لا تنطبق عليها .

الفرع الثالث : فسـاد الاسـتدلال الناشـئ عن الاسـتخلاص غير السـائغ لنتيجة الحكم القضائي

لا شـك ان يكـون اسـتخلاص القاضي للنتيجة اسـتخلاصاً سـائغاً ومقبولاً مؤديـاً بحكم العقل والمنطـق الى النتيجـة التـي انتهى اليها في حكمه وهذا ما يعرف باللـزوم المنطقي والقانوني لنتيجة الحكم القضائي مع وقائع وأدلة الدعوى ، فان لم يأتِ اسـتخلاص النتيجة على هذا النحو كان هذا الاسـتخلاص مشوباً بالفسـاد في الاستدلال [٢] .

إن أسـباب الحكم هي الدعامات التي يرتكز عليها لذا يشـترط ان يكون من شـأن هذه الأسـباب ان تؤدي عقلاً على وفق المنطق الى النتيجة التي انتهى اليها الحكم ، وبما ان القاعدة هي من سلطة المحكمة فهم عناصر الوقائع التي قدمت في الدعوى وتقدير ما قدمه الخصوم من أدلة ومدى صحة الأساس القانوني الذي بنو عليه ادعاءاتهم حتى تجعل منها سبباً لحكمها متى توافرت فيه مقومات الصحة اللازم لذلك .

ويقصد بذلك قيام القاضي بتصور للوقائع ذات الدلالة اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية ، وهذا ما يقتضي قيام القاضي بعملية ذهنية محلها وقائع الدعوى وقواعد القانون بهدف ان يستشف قيام المصلحة التي يحميها القانون في وقائع النزاع تمهيداً لأعمال التكييف القانوني على هذه الوقائع [٣] .

ان الغايـة مـن اللـزوم المنطقي في عمل القـاضي هو إضفاء القوة والسـهولة على هـذا العمل في الوقت ذاته ، وان الاستعانة بالمنطق في حقل القانون امر من الضرورة بمكان كون القانون علماً من العلوم ويستوجب النظر اليه بصفته بناءً فكرياً وليس عرضاً للأفكار فالمنطق القانوني هو الوسيلة التي من خلالها يطبق المنهج القانوني ، كون المنطق القانوني هو أداة للمنهج القانوني وهو أسلوب

١- القرار (٦/ طعن لمصلحة القانون / ٢٠٠٦) في ٢٠٠٦/٣/٢٣ (القرار غير منشور) .

٢- ينظر : د. يوسف محمد المصاورة ، تسبيب الاحكام ، مصدر سابق ، ص٣١١ .

٣- ينظـر : القـاضي عبد السـتار ناهي عبد عون ، تسـبيب الاحكام القضائية بين النـص القانوني والاجتهاد القضائي ، دراسـة تحليليـة تطبيقية ، ط١ ، مطبعة الكتاب ، بغـداد ، ٢٠١٦ ، ص١٢٤ .

فكري يمكن بموجبه التصدي لمسألة ما للوصول الى الحل القانوني لها [١] .

وبما ان أسباب الحكم هي الدعائم التي يقوم عليها الحكم القضائي فانه يشترط ان يكون من شأن هذه الأسباب ان تؤدي عقلاً على وفق المنطق المعتاد الى النتيجة التي انتهى اليها الحكم اما اذا كان مستحيلاً عقلاً استخلاص الواقعة التي اعتمدها الحكم فانه يكون مشوباً بخطأ او فساد الاستدلال كأن يشير الحكم الى اشراك خطأ المضرور ومحدث الضرر في وقوع الضرر ، ومع هذا يقضي بكامل التعويض من دون ان ينقص بما يتناسب مع مساهمته في احداث الضرر [٢] .

فإذا كانت القاعدة هي ان من سلطة المحكمة فهم عناصر الوقائع التي قدمت في الدعوى وتقرر ما قدمه الخصوم من ادلة على صحة هذه الأسس التي بنيت عليها ادعاءاتهم كي تجعل منها سبباً لحكمها متى توافرت فيها المقومات اللازمة لذلك وبالرغم من ذلك فان هذه السلطة تبقى مقيدة بما هو مقرر من انه يجب ان يكون استنتاج المحكمة لنتيجة معينة من واقعة ما استنتاجاً سائغاً [٣] .

ومن التطبيقات القضائية ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى : ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية ومشتملاً على أسبابه لذا تقرر قبوله شكلاً وعند النظر على الحكم المميز تبين ان محكمة الاستئناف قد اتبعت القرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بالعدد (٣٠٣٧/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٩) في ٢٠١٩/١٠/٩ الا انها توصلت الى نتيجة غير صحيحة ذلك لأن الثابت من وقائع الدعوى ان المدعى عليه / المميز عليه اقر بالعقد الذي أبرمه مع الشخص الثالث وحضوره مع الأخير الى مديرية الوقف السني في محافظة كركوك وتنازله عن المحل موضوع الدعوى الى المدعي وبموافقة الشخص الثالث حسبما جاء في محضر جلسة المرافعة المؤرخ في ٢٠١٩/٥/٨ وإذ ان الإقرار حجة على المقر وملزم له ولا يجوز الرجوع عنه عملاً بأحكام المادتين (٦٧ و ٦٨) من قانون الاثبات وإزاء هذا الإقرار كان المقتضى بمحكمة الاستئناف الحكم بتأييد الحكم الصادر عن محكمة البداءة ورد دعوى الشخص الثالث وبإمكانه مقاضاة المدعي والمطالبة بمستحقاته في حالة نشوء خلاف ونزاع بينهما مستقبلاً لأنه ادخل في هذه الدعوى الى جانب المدعي وليس مختصماً له وحيث ان محكمة الاستئناف خالفت وجهة النظر القانونية المتقدم ذكرها في حكمها مما اخل بصحته لذا واستنادا الى احكام المادة (٣/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى

١- ينظر : المصدر نفسه ، ص١٢٧ .

٢- ينظر : د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٩ ، ص٣٦٠ .

٣- ينظر : عيد محمد القصاص ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، ٢٠٠٥ ، ص٩٤٧ .

رسـم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القـرار بالاتفاق في ١٧/٥/٢٠٢٠ م)) [١] .

خلاصـة القـول يجب ان يكون اسـتنتاج المحكمة لنتيجة معينة من واقعة ما اسـتنتاجاً سـائغاً ومقبولاً والا كان الاسـتدلال في تسـبيب الاحكام بخلاف ذلك مبنياً على الفسـاد في الاستدلال لانعدام اللـزوم المنطقي في عمل القاضي .

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على الفساد في الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية

إن التركيز على عنصري الدعوى المدنية (الواقع والقانون) مسـألة يدور مضانها وجوداً وعدماً مـع عنصر الواقع الذي يعد الميدان الواضح لدراسـة وتطبيـق الفكرة المتقدمة ، فهو المجال الخصب لتقييم ادعاءات الخصوم سـواء أكانت بحتة أم مشـوبة بعنصر القانون ، وبسـط رقابة القاضي على تلك الطلبات من خلال تشذيبها ، وردها في حدود ما اثبتته قواعد قانون المرافعات المدنية الخاصة ، على الرغم من التفاوت الكبير في النظرة التشريعية لهذا الموضوع ، بالذات من قبل القانون الفرنسي والمصري والعراقي والمستندة لايدلوجية خاصة عن دور الخصوم الفعّال في الدعوى المدنية في حدود عنـصر الواقـع ، او تحجيم هذا الدور مـن خلال إعطاء القاضي دوراً كبيراً على عنصر الواقع كما هو حال دوره الواضح على عنصر القانون [٢] .

كما يبرز اثر موضوع رقابة محاكم الطعن على موضوع سـلطة تقدير القاضي فهل هي سـلطة مطلقـة ؛ لأنهـا مازالت توسـم بأنها في حـدود عنصر الواقع الخـارج بالضرورة عـن رقابة محاكم الطعـن ، أم إنهـا تعـدت ذلك بشـأوٍ بعيد لتكون سـلطة مقيّدة ؛ لأنها تغلغلت بمديات شـتى صوب عنـصر القانـون ، فتلـجُ نطاق المحظـور لتفرض محاكم الطعن سـلطة الرقابة عليهـا ، وهو امر لا يحتاج الى مزيد من البحث لوضوح دلالته الخاصة أو العامة ؛ لأن سـلطة التقدير الممنوحة للقاضي يُسـتمد أساسـها من المصادر التي اسـتند اليهـا التقدير ، وهـذه المصادر جلّها يتفـرع عن القانون بوصفـه العنـصر الدال على المراكز القانونية الموضوعية والمراكـز القانونية الإجرائية كما ان تحديد نطاق سـلطة التقدير للقاضي ورقابة محاكم الطعن عليها ، تقف بالضد من تغّول اسـتخدام التقدير بغير مداه المقبول ، في حدود موضوعات إجرائية هامة تتمثل بالتفسـير غير المعتاد (المسـخ) وإخراج

١- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد (١٠٧٥ / الهيئة الاسـتئنافية منقـول / ٢٠٢٠) في ١٧/٥/٢٠٢٠ (القرار غير منشور) .

٢- ينظـر : د. هـادي حسـين الكعبي ، سـلطة تقدير القاضي لعنـصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية ، دراسـة مقارنة، مكتبة السـنهوري ، ٢٠١٩ ، ص٢٠ .

الاستدلال عن طبيعته الخاصة[١] .

يقول الفقيه الفرنسي (موريل Morel) : ان محكمة التمييز هي حارسة القانون ، وظيفتها المحافظة على مبدأين اساسين هما : (وحدة التشريع) و (المساواة امام القانون) ، فما دام من غير الممكن ان يعرف مقدماً ان القانون غير واف بالغرض او غامض فالقانون اذن بحاجة الى تفسير ، ولما كانت المحاكم متعددة ، فان خطر التناقض والاختلاف في التفسير لا يمكن معالجتها الا بوجود محكمة التمييز ، ووحدة القانون تكون خدعة بدون وحدة القضاء فمحكمة التمييز تحقق وحدة التشريع والقضاء وبذلك تجعل استقرار القانون وتطبيقه مماثلاً على كل المواطنين امراً مؤكداً [٢] .

إن محكمة التمييز ليست فقط هي الجهة التي تنطق بحكم القانون وانما هي بلا شك جهة التنظيم والتنسيق التي تفصح عن القاعدة القانونية وتقرها ، وتزيل اختلافها وتوحد وجهات النظر المتشعبة حولها لذا فهي تفرض حلولها على المحاكم الأدنى [٣] .

وقد ترجمت محكمة التمييز الاتحادية هذه الرؤية في احد قراراتها الرائعة وذهبت الى القول : ((... لان كلمة الفقه اجتمعت على ان الانسان هو غاية كل تنظيم قانوني وإن المجتمع يشعر دائماً الى الحاجة الملحة الى ثبات القانون ووحدة تطبيقه ويوم يختلف منطق تطبيق القانون من قاض لآخر ومن حالة لأخرى سوف يفقد القانون معناه الحقيقي وتهتز ارادته الإلزامية ويكون مبدأ توحيد احكام المحاكم ووحدة القضاء ضرباً من الخيال ... وصدر القرار بالأكثرية في ١٠/جمادي الأول/١٤٢٩هـ الموافق ١٥/٥/٢٠٠٨م)) [٤] .

وتأسيساً على ما تقدم فان رقابة محاكم الطعن على موضوع سلطة تقدير القاضي هو امر مفروغ منه ، وحقيقة لا تقبل النقاش لأن محاكم الطعن هي التي تتولى الرقابة على حسن تطبيق القانون وسلامته وتشكل ضمانة قوية للحفاظ على (وحدة التشريع) و (المساواة امام القانون) ولاريب ان هذه الرقابة تمتد لتشمل فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية .

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها الى: ((... وعند عطف النظر على الحكم المميز تبين ان محكمة الاستئناف وان اتبعت القرار التمييزي

١- ينظر : المصدر نفسه ، ص٢١ .

٢- ينظر : موريل ، الموجز في المرافعات المدنية ، باريس ، ١٩٤٩ ، نبذة (٩٩) نقلاً عن : د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، الطعن في الاحكام بالتمييز ، مصدر سابق ، ص١٦ ، هامش(٣).

٣- ينظر : جان كوبر روبر ، محاضرة القيت في الندوة الخامسة للدراسات القضائية ، نقلاً عن : عبد الرسول الجصاني ، المنطق القضائي ، ترجمة وتعليق المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص٧٧ .

٤- القرار (١٢٩ / هيئة عامة / ٢٠٠٨ في ١٥/٥/٢٠٠٨) منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد الثاني (نيسان، آيار ، حزيران) ٢٠٠٩ ، ص٨٢ – ٨٣.

الصـادر مـن هذه المحكمة بالعدد (٣٠٤)/الهيئة الاسـتئنافية منقول/٢٠١٩ في ٢٠١٩/١١/١٢ الا انها توصلت الى نتيجة غير صحيحة عندما اعتمدت في حكمها المميز على تقرير الخبراء السبعة الذي لا يصلح ان يكون سـبباً للحكم لاعتمادهم في تقريرهم على تقرير الخبراء الخمسـة الذين سـبقوهم على خلاف ما نصت عليه المادة (١٤٤ / ثانياً) من قانون الاثبات اذ يجب ان يشـتمل تقرير الخبراء المنتخبين على كافة الأمور التي توصلوا اليها بأنفسهم والأسباب التي بني عليها رأيهم لا ان يعتمدوا على ما توصل اليها غيرهم من الخبراء الذين سبقوهم بتقديم الخبرة في موضوع الدعوى مما يقتضي الاسـتجابة الى طلـب وكيل المدعي بانتخاب تسـعة خبراء من المختصـين في تقدير التعويض وإذ انها أصدرت حكمها المميز من دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا واستناداً الى احكام المادة (٢١٠ / ٣) من قانون المرافعات المدنية قرر نقضه وإعادة اضبارة الدعوى لاتباع ما تقدم ... وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٢١/١/٢٥)) [١] .

وذهبـت محكمة اسـتئناف نينوى الاتحادية بصفتهـا التمييزية في قرار لها الى : ((... يعد الحكم المميز مناقضاً بعضه لبعض وغير جامع لشروطه القانونية اذ قضت المحكمة برد الاعتراض لتقديمه مـن غـير ذي صفة وقضت في الوقت ذاته بتأييد الحكم الغيابي المعترض عليه ؛ لأن هذين الأمرين لا يجتمعان ؛ ولأن رد الاعتراض بسبب تقديمه من غير ذي صفة على فرض صحته يحول دون النفاذ الى الحكـم المعـترض عليه وتأييده كما ان تأييد الحكم الغيابي يسـتلزم قبـول الاعتراض والنفاذ الى الحكـم الغيابـي وتقرير مدى صحته عليه ولكل ما تقدم ولمـا كان الحكم المميز قد بني على مخالفة للقانون بتركه العمل بالنصوص القانونية المتقدمة التي لا خلاف في انطباقها على الدعوى فضلاً عن وقوع الحكم المذكور في خطأ جوهري لأن منطوقه جاء مناقضاً بعضه لبعض وغير جامع لشروطه القانونية مما اخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة الاضبارة الاعتراضية الى محكمتها للسير فيها على المنـوال المتقدم ... وصدر القـرار بالاتفاق في ١٧/صفر/١٤٤١ الموافق ٢٠١٩/١٠/١٦)) [٢] .

وذهبـت محكمة اسـتئناف البصرة الاتحاديـة بصفتها التمييزية في قرار لهـا الى : ((... وجد ان المحكمـة أخطـأت في تطبيـق القانون ذلك لأن الثابـت من الدعوى ان المتهم (...) كان يقود سـيارته المرقمة (٥٧٦٨٠ / أ) بصرة والقي القبض عليه من قبل افراد الشرطة بسبب مخالفته لقرار حظر التجوال الذي اعلنته اللجنة الوطنية العليا للصحة والسـلامة الوطنية بسـبب انتشار جائحة كورونا

١- القرار (١٨٣ / ١٨٤ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٥ م) ، (القرار غير منشور) .
٢- القرار (١٠٥ / ت ، ب / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٠/١٦) القرار منشور في كتاب المستخلص من قضاء محكمة استئناف نينـوى الاتحاديـة بصفتهـا التمييزي لعام ٢٠١٩ ، القسـم المدني ، اعداد القاضي بشـار احمد الجبـوري ، مطبعة زكي للطباعـة ، بغداد ، ٢٠٢١ ، ص١٠٤ – ١٠٧ .

، لـذا فـان الوصف القانوني لفعـل المتهم يكون على وفق احكام المـادة (٢٤٠) من قانون العقوبات ، وليـس كمـا ذهبت اليه محكمة الجنح ؛ لأن الجريمـة المنضوية تحت حكم المادة (٣٦٨) من قانون العقوبـات تعـد مـن الجرائم العمدية ويتطلـب لحدوثها القصد العمدي لنشر المـرض بين المواطنين وذلـك مـن خلال ارتكاب فعل يقصد منه نشر المرض ، فمجرد عدم الالتزام بتعليمات حظر التجوال لا يستنتج منه التعمد في نشر مرض كوفيد (١٩) طالما انه غير مصاب بهذا المرض ، ولم يأتِ بفعل من شـأنه نشر ملوثات هذا المرض لهذا لا يمكن تأويل قصد المتهم عند عدم التزامه بحظر التجوال واعطاءه بعداً لا وجود له دون دليل قانوني معتبر عليه ولما تقدم قرر ابدال الوصف القانوني لفعل المتهـم الى المـادة (٢٤٠) من قانون العقوبات وادانته بموجبها ... وصدر القرار بالاتفاق بالاسـتناد الى احـكام المـادة (٢٦٠) مـن قانون أصول المحاكمات الجزائيـة في ٧ / جمادي الثاني / ١٤٤٢ هـ الموافق ٢٠٢١/١/٢١ [١] .

نخلص من كل ما تقدم ان رقابة محاكم الطعن على الاحكام القضائية كان لها دور فاعل ومؤثر في تصحيح مسـار الدعوى والوصول الى الحكم العادل والعاجل والتصدي لعيب فسـاد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية والعمل على بناء الاحكام على الجزم واليقين لا الظن والتخمين .

١- قرار محكمة اسـتئناف البـصرة بصفتها التمييزية بالعدد (٢١/ت/جـزاء/٢٠٢١) في ٧/جمادي الثاني/١٤٤٢هـ الموافق ٢٠٢١/١/٢١ (القرار غير منشـور) .

الخاتمة

بعد أن بلغ البحث منتهاه ، ووصل الى نهايته ومبتغاه وأفصح عن فكرته ، لابد في نهاية المطاف ان ندون في خاتمة البحث اهم النتائج والمقترحات وهذا ما سنتناوله في فقرتين تباعاً وكالآتي:

اولاً : النتائج :-

اوجب المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وفي المادة (١٥٩) منه تسبيب الاحكام القضائية وان تستند على احد أسباب الحكم المبينة في القانون .

ان فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية يكون عندما يصدر القاضي حكمه على أسباب غير سائغة واستنتاج غير منطقي او مخالف للقانون .

ان الفساد في الاستدلال في الاحكام القضائية لا يكون على شاكلة واحدة وانما يتخذ صور عدة.

مارست محاكم الطعن رقابتها على الاحكام القضائية وكان للرقابة القضائية دور فعّال في تصحيح الأخطاء في الاحكام القضائية الناشئة عن الفساد في الاستدلال في الاحكام القضائية .

ثانياً : المقترحات :-

ضرورة العمل على التأكيد على القضاة باعتماد المنطق القضائي في تسبيب الاحكام القضائية وبنائها على الجزم واليقين لا الظن والتخمين .

التأكيد على التوعية بمخاطر الفساد بالاستدلال في الاحكام القضائية وتكثيف الجهود لغرض الحد من ظاهرة الفساد بالاستدلال في الاحكام القضائية .

العمل على تنمية القدرات القضائية والحرص على التأهيل العلمي والعملي المستمر للقضاة من خلال زجهم في دورات مستمرة لتطوير كفاءة القاضي والإسراع في حسم النزاع .

اعتماد اللقاءات المباشرة بين السادة أعضاء محكمة التمييز وقضاة المحاكم لتزويد قضاة المحاكم بالارشادات العملية وتزويدهم بالخبرة القضائية المطلوبة واعتماد هذا الأسلوب سياق عمل ثابت وبالشكل الذي يسهم في الوصول الى الاحكام القضائية العاجلة والعادلة .

المصادر

اولاً : القرآن الكريم

ثانياً : معاجم اللغة والفقه :-

١. إبراهيم مصطفى و (آخرون) ، المعجم الوسيط ، ج١ ، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر ، (بدون تاريخ نشر) .

٢. العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي ، لسان العرب ، المجلد (٥)، ط٤ ، دار صادر ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٥ .

٣. أبو الحسن سيف الدين علي بن أبي علي الآمدي ، الاحكام في أصول الاحكام ، تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي ، ج٤ ، نشر مؤسسة النور ، سنة ١٣٨٩ هـ .

٤. العلامة أبو القاسم الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني ، ضبطه وصححه وخرج آياته وشواهد إبراهيم شمس الدين ، ط٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، ٢٠٠٨ .

ثالثاً : الكتب :-

١. د. إبراهيم نجيب سعد ، القانون القضائي الخاص ، ج٢ ، لم تذكر الطبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .

٢. د. أبو العلا عفيفي ، المنطق التوجيهي ، عالم الأدب للترجمة والنشر ، ٢٠١٨ .

٣. د. احمد أبو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، ط٥ ، منشأة المعارف، الإسكندرية

٤. احمد السيد الصاوي ، نطاق رقابة محكمة النقض (لم تذكر الطبعة) ، دار النهضة العربية .

٥. د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٩ .

٦. القاضي بشار احمد الجبوري ، المستخلص من قضاء محكمة استئناف نينوى الاتحادية بصفتها التمييزي لعام ٢٠١٩ ، القسم المدني ، مطبعة زكي للطباعة ، بغداد ، ٢٠٢١ .

٧. د. توفيق الطويل ، عبدة فراج ، مسائل فلسفية ، مطابع المجلس الدائم للخدمات العامة ، مصر .

٨. جواد الرهيمي ، التكييف القانونية للدعوى الجنائية ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ .

٩. د. حامد فهمي ومحمد حامد فهمي ، النقض في المواد المدنية والتجارية ، دون ناشر ، ١٩٣٧ .
١٠. د. حسن عبد الحميد ، د. مهران محمد ، المنطق والقانون ، القاهرة ، ١٩٩٦ .
١١. د. حسون عبيد هجيج ، منتظر فيصل كاظم ، سلطة المحكمة في التكييف القانوني للدعوى الجزائية ، ط١، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٥ .
١٢. د. زيدان فاضل محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩ .
١٣. السيد عبد الوهاب عرفة ، ضوابط تسبيب الاحكام المدنية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠١٥ .
١٤. د. سيد العربي ، الاستدلال المنطقي للأحكام في ضوء التغيرات الاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ .
١٥. القاضي شهاب احمد ياسين ، آثار تكييف الدعوى المدنية ، مكتبة الصباح ، بغداد ، ٢٠١٤ .
١٦. ضياء شيت خطاب ، فن القضاء ، معهد البحوث والدراسات العربية ، قسم البحوث والدراسات القانون ، بغداد ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
١٧. د. عباس مبروك الغزيري ، دور القضاء في تفسير القانون ، مطبعة جامعة المنوفية ، ٢٠٠٦ .
١٨. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ مع المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون ، ط٢ ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
١٩. د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، الطعن في الاحكام بالتمييز في قانون المرافعات المدنية ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ .
٢٠. القاضي عبد الستار ناهي عبد عون ، تسبيب الاحكام القضائية بين النص القانوني والاجتهاد القضائي ، دراسة تحليلية تطبيقية ، ط١ ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٦ .
٢١. د. عزمي اسلام ، أسس المنطق الرمزي ، مكتبة الانجلو ، القاهرة ، ١٩٧٠ .
٢٢. عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية ، ط ١٩٨٣ ، دار الفكر العربي ، القاهرة .
٢٣. د. علي محمود علي حمودة ، الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجزائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .

٢٤. عيد محمد القصاص ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ط١ ، ٢٠٠٥ .
٢٥. د. غني ريسان جادر ، زمن فوزي كاطع ، التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز العربي للبحوث والدراسات العلمية ، مصر ، ١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م .
٢٦. د. كريم متي ، المنطق ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٠ .
٢٧. د. فايز محمد حسين ، دور المنطق القانوني في تكوين القانون وتطبيقه ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠١١ .
٢٨. د. فتحي والي ، الوسيط في القانون المدني ، دار النهضة العربية ، دون سنة نشر .
٢٩. القاضي لفتة هامل العجيلي ، دراسات في قانون المرافعات المدنية رؤية في النص والتطبيق ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٧ .
٣٠. لويس معلوف ، المنجد في اللغة ، الطبعة الخامسة والثلاثون ، دار المشرق ، بيروت ، لبنان .
٣١. د. مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ج٢ ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٧ .
٣٢. د. محمد رمضان عبد الله ، علم المنطق ، ط١ ، مكتبة امير كركوك ، دار ابن حزم ، بيروت ١٤٣٦هـ-٢٠١٥م.
٣٣. محمد علي حمودة ، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي في مراحله المختلفة ، ط١ ، (لم يذكر دار نشر) ، ١٩٩٤ .
٣٤. د. محمود السقا ، المنطق القانوني والمنطق القضائي ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
٣٥. القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، ط٤ منقحة ، الرافدين ، بيروت – لبنان ، البيت القانوني ، بيروت ، ٢٠١٩ .
٣٦. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الصلة بين علم المنطق والقانون ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٦.
٣٧. معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة ، ط١ ، منظمة نشر الثقافة القانونية ، أربيل ، ٢٠٠٨ .
٣٨. ميخائيل تادرس ، القانون المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر .
٣٩. موريل ، الموجز في المرافعات المدنية ، باريس ، ١٩٤٩ ، نبذة .
٤٠. د. نازلي إسماعيل ، المنطق الرمزي ، بدون دار نشر ، ط ١٩٨١ .
٤١. د. هادي حسين الكعبي ، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية ،

دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري ، ٢٠١٩ .
٤٢. د. وجدي راغب ، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، (بدون ذكر طبعة) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤ .
٤٣. د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ، طرق الاستدلال ومقدماتها عند المناطقة والاصوليين ط٥ ، مكتبة الرشد ناشرون ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م .
٤٤. د. يوسف محمد المصاورة ، تسبيب الاحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية ، ط٢ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، ١٤٣١هـ - ٢٠١٠م .

رابعاً : البحوث والمقالات والمحاضرات :-

١. جان كوبر روبر ، محاضرة القيت في الندوة الخامسة للدراسات القضائية ، نقلاً عن : عبد الرسول الجصاني ، المنطق القضائي ، ترجمة وتعليق المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩ .
٢. ضياء شيت خطاب ، محاضرات في مبادئ التنظيم القضائي في العراق ، معهد البحوث والدراسات العربية ، المطبعة الفنية الحديثة ، مصر ، ١٩٦٨ .
٣. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي ، بناء الاحكام الجنائية على الجزم واليقين دراسة تحليلية في ضوء المنطق القضائي ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد الثاني (تموز ، آب ، تشرين الأول ، تشرين الثاني ، كانون الأول) السنة العاشرة ، بغداد ، ٢٠١٨ .
٤. المحامي محمد صالح القويزي ، التكييف بحث منشور في مجلة القضاء ، تصدرها نقابة المحامين العراقيين العددان (الأول والثاني) ، السنة (٥٥) ، بغداد ، ٢٠٠٢ .

خامساً : القرارات القضائية :-

١. القرار (٢١٢/ الهيئة الموسعة الجزائية/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/٢٣) (القرار غير منشور) .
٢. القرار (٢١٢ / الهيئة الموسعة الجزائية/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٨/٢٣ (القرار غير منشور) .
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٧٥ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٥/١٧ (القرار غير منشور).
٤. القرار (١٢٩ / هيئة عامة / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٥/١٥) منشور في مجلة التشريع والقضاء ، العدد الثاني (نيسان، آيار ، حزيران) ٢٠٠٩ .
٥. القرار (١٨٣ / ١٨٤ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٢٥ م) ، (القرار غير منشور) .
٦. قرار محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية بالعدد (٢١/ت/جزاء/٢٠٢١) في ٧/ جمادي الثاني/١٤٤٢هـ الموافق ٢٠٢١/١/٢١ (القرار غير منشور).

الحماية الجنائية للطفل في القانون العراقي

القاضي رشـا عبـد الباقـي ضاحي

المستخلص

تعتـبر الحماية الجنائيـة للطفل حق أصيل من حقوقه التي أقرها المـشرع العراقي بقوانين عدة منها إجرائية وأخرى عقابية حيث تختلف تلك الحماية بإختلاف مركز الطفل من الناحية الجنائية، فتارة تُعنى لحمايته بصفته ضحية من خلال النصوص العقابية التي شدد المشرع فيها العقوبة على الجاني اذا كان المجنى عليه طفل لم يبلغ الثامنة عشر من عمره، وتارة أخرى أسبغ حمايته بإعتبار الطفل فاعلاً للجريمة من خلال التدابير المفروضة عليه والتي حرص المشرع فيها على مراعاة جوانب عدة منها ما هو اجتماعي او نفسي وغير ذلك لان المشرع حريص على إعادة دمج الطفل مع المجتمع كعنصر صالح فيه ومنتج.

Abstract

Child's criminal protection is considered as an original right of his which the Iraqi legislator passed with many laws including procedural as well as punitive where they differ in protection according to the difference in child's position criminally، for one time they protect him as he is a victim through punitive texts in which the legislator tightens the penalty over perpetrator if victim is an underaged child (hasn't turned to 18 yet)، and for another time، they protect him as a crime doer through the measures imposed on him in which legislator considered a number of aspects، some of them are social، others are psychological and so on because legislator is keen on remerging child in society as a good & productive element.

المقدمة

لما كانت الطفولة هي أول مدارج الحياة وأولى خطاها نحو التكامل والتسامح، وهي مرحلة التكوين والتقويم، وفيها يتم إعداد الطفل لمستقبل مراحل عمره التالية بإدراك قوي ،وعقلية أنضج ومعلومات أوضح ،وحيث إن الأطفال فئة لاتستطيع ولاتملك حماية نفسها أو الحصول على حقها،اهتمت الأديان السماوية ، والحوارات الإنسانية ،والقوانين الوضعية ،بتوفير البيئة الصالحة لنمو الطفل ،وأحاطتها بسياج من الرعاية والحماية ،ومنعت تعرضه للمعاملات القاسية أو الأخطار التي تعيق نموه، فجاء الإسلام بمبادئه ووصاياه فأعلى من شأن الطفولة وأعز مكانها وجعلها زينة الحياة بقوله تعالى ﴿**المال والبنون زينة الحياة الدنيا**﴾ اضفاء الحماية الجنائية عليه لضعف ذهنيا وبدنيا بصورة لاتمكنه من الدفاع والحفاظ على حقوقه مما يجعله أكثر عرضه من غيره ليكون ضحية للعديد من الجرائم ،باعتباره أن انعدام أو ضعف إدراك الصغير تبعا للمرحلة العمرية التي يمر بها تسهل ارتكاب الجريمة ضده ،لهذا الغرابة أن يجد الطفل اهتماما ملحوظات على مر العصور ،ومنذ القدم وحتى اليوم ،سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الوطني ،إلى تدعيم هذه الحماية ،لتوسيع دائرتها وزيادة فاعليتها.

فعلى المستوى الدولي ظهرت المبادرات الدولية لوضع تشريعات خاصة بالأطفال، انتهت بوثيقة قانونية دولية هي الأقوى منذ إنشاء منظمة الأمم المتحدة سنة ١٩٤٥، وهي الاتفاقية[١] الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠/نوفمبر/١٩٨٩، وقد تضمنت الاتفاقية المتكونة من ديباجة و(٥٤) مادة، مجموعة كبيرة من الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الواجب ضمانها للطفل دون تمييز، وصادق عليها العراق عام ١٩٩٢.

أما على المستوى الوطني فحرصت الدول على النص في دكاترة وتشريعاتها الوطنية على الحقوق التي يتعين توفيرها للطفل وكفالة الحماية القانونية له فقضت في المادة (٢٩) البند اولا فقرة ب من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ بـ(تكفل الدولة حماية الأمومة والطفولة والشيخوخة ،وترعى النشئ والشباب و، وتوفر لهم الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم)

وأمام ذلك كله كان لزاما أن تستهدف حماية الطفولة إلى تشريع يؤكد هذه الحماية ويحدد ضماناتها وينظمها، وقد وردت صور هذه الحماية من خلال النص عليها في قوانين العقوبات وأصول المحاكمات الجزائية ،وإلى جانب ذلك صدر قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٦٩ المعدل

١- سورة الكهف ،آية (٤٦)

حيث حرص هذا القانون على تدعيم الحماية القانونية بصفة عامة للطفل ، والحماية الجنائية منها على وجه الخصوص ، وبذلك يكون المشرع العراقي قد أضفى حمايته على الطفل سواء وقع منه جرم ام وقع عليه ،أي سواء أكان جانيا أم مجني عليه.

أهمية البحث :

تكمن أهمية موضوع البحث في أنه محاولة لتأصيل الحماية الجنائية للطفل في التشريعات والقوانين الجزائية الخاصة لحماية الطفل، والأهمية التي أولاها المشرع لهذهِ الشريحة، واستدراك ماقد يكون من قصور أو تقصيرمن المجتمع في العناية بالأطفال ، وتدارك ماقد يقع نتيجة الإفراط في الرفاهية أو الحرمان منها على سواء ،حيث يؤدي هذان العنصران في احيان كثيرة الى دفع الطفل الى سلوك إجرامي أو يكون ضحية لاحد هذين العنصرين.

إشكالية البحث :

إن الأسباب التي دعت الى تناول موضوع الحماية الجنائية للطفل في القانون العراقي، بوصفها مادة علمية لبحثنا هي أن تلك الحماية لم يجمعها قانون واحد وإنما متفرقة في الكثير من القوانين، مما دفع بمنظمات المجتمع المدني والمهتمين بحقوق الطفل الى المناداة بتشريع قانون خاص بالطفل الذي لم يرَ النور الى الآن، كذلك البحث في التحقق من المسؤولية الجزائية على الطفل وماهي الضمانات القانونية لحماية الطفل عند ترتب المسؤولية الجزائية، وماتأثير وسائل الأعلام على الطفل من حيث بناء العقلية السليمة أو زرع بذور الاجرام لديه، وماهو دور القانون العراقي في وأد فكرة الأجرام لدى الطفل.

منهجية البحث :

أعتمد البحث على المنهج الأستقرائي بالدرجة الأساس، الذي تعامل مع متغيرات الموضوع من خلال الأنتقال بمواضيع البحث حسب القوانين التي تتناول مظاهر الحماية التي تنوعت فيما بين القوانين الاجرائية والعقابية ،وكيفية تطبيق تلك القوانين على صورة حماية لحقوق الطفل الجنائية باعتباره فاعلا للجريمة تارة ومجني عليه تارة اخرى.

هيكلية البحث

ينقسم البحث إلى ثلاثة مطالب، ناقش المسؤولية الجزائية للطفل والأهلية الجنائية باعتباره فاعلا للجريمة والحماية القانونية للطفل من التعريض للخطر باعتباره مجني عليه، ودور وسائل الأعلام في تجذير فكرة الإجرام عند الطفل، بالإضافة إلى ذلك فإن البحث خُتم باستنتاجات توصلنا إليها نتيجة الكتابة وتوصيات تخص موضوع البحث.

نطاق الحماية الجنائية للطفل

ضمن المشرع العراقي للطفل حماية ذات طابع جزائي، وهذهِ الحماية قد أخذت صورتين، فالصورة الأولى حين يقع منه ما يُعد فعلاً جُرمياً، أما الصورة الثانية عندما يقع عليه ذلك الفعل الجُرمي ،لذلك تدخل هذهِ الحماية في نطاق الحقوق الجزائية للطفل ويمكن تعريف تلك الحقوق : هي القواعد الباحثة عن الأفعال المخلة بنظام الهيئة الاجتماعية، وعن العقوبات التي تستحقها وعن كيفية توقيعها فيدخل في نطاقها إذاً قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية والقوانين الخاصة ذات الصلة كقانون رعاية الأحداث[١].

وفلسفة هذهِ الحماية، هي الإعتذار بمرحلة الطفولة، وجهل الطفل بالحياة وضُعف إدراكهِ للمسؤولية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتعلق الأمر بالمسؤول الحقيقي عن انحراف الطفل، وهو ولي أمره أو أسرته أو المجتمع، لذا كان لابدَ ابتداءا أن نُتناول ماهي الأهلية الجنائية وصلتها بالمسؤولية الجنائية ومتى تترتب المسؤولية الجزائية على الطفل، أما المطلبين الثاني والثالث فنُسلط الضوء على كيفية حماية الطفل بإعتباره فاعلا للجريمة تارة ومجنى عليه تارةً أخرى، والبحث في القوانين ذات الصلة:

لذا نُقسم الدراسة في هذا المبحث الى ثلاثة مطاليب وهي على الشكل الأتي:

المطلب الأول: أثر صغر السن في المسؤولية الجزائية.

المطلب الثاني :مظاهر الحماية القانونية للطفل بإعتباره فاعلاً للجريمة.

المطلب الثالث:مظاهر الحماية القانونية للطفل من التعريض للخطر.

١- رشيد عالي الكيلاني, نظريات عامة في الحقوق الجزائية ,ط٢,مطبعة الاهالي,بغداد,١٩٣٣, ص٤.

المطلب الأول

أثر صغر السن في المسؤولية الجزائية

في كل جريمة لابد من وجود شخص يقترفها، وهذا الشخص الذي تُسند إليه الجريمة يغدو[١] مجرما، فالمجرم هو الشخص الذي تنسب اليه الجريمة بغض النظر، عما اذا كان يتحمل تبعتها أو لا يتحمل [٢]، ودراسة المجرم بإعتباره شخصية طبيعية، تعني في حقيقة الأمر أهلية الشخص لتحمل تبعة الجريمة، لذا نتناول الأهلية الجنائية ومدى علاقتها بالمسؤولية الجزائية من حيث السن فقط لتعلقه بموضوع بحثنا المعني بحقوق الطفل في الفروع التالية:

الفرع الأول : فكرة الأهلية الجنائية

الأهلية الجنائية هي قُدرة الشخص على الإدراك والإرادة [٣] ، إذاً هي حالة خاصة بالشخص للنظر في امكان تحمله المسؤولية الجزائية، وللتثبت من هذهِ الحالة، يجب أن ينصرف إلى اللحظة التي أرتكب فيها الشخص الجريمة، لأن هذهِ اللحظة هي التي تحققت فيها مخالفة القانون، ونُلاحظ أن الأهلية الجنائية المطلوبة هنا هي أهلية تحمل العقوبة، وهذهِ من اطها تمتع الشخص وقت ارتكاب الفعل بالوعي والإرادة، بيد أن ثمة أهلية جنائية أخرى مطلوبة لتحمل التدبيرالإحترازي وهذه مناطها الخطورة الإجرامية ، ويُقضى بالتدابير الإحترازية، بعد التثبت من حالة الخطر، والفقه الحديث يعبر عن أهلية تحمل العقوبة بتعبير (الإسناد)، ويعبر عن أهلية تحمل التدبير الإحترازي بتعبير (الخطورة الإجرامية)[٤] .

من ذلك نستنتج أن الأهلية الجنائية بصورة عامة تتكون من عنصرين وهما :الإسناد مع التوضيح بإن قانون العقوبات العراقي لم يكتفي بالعقوبات الأصلية وإنما هناك عقوبات تكميلية وتبعية، والخطورة الإجرامية هي شرط لإيقاع التدابير الإحترازية.

ونُبين أن الأهلية الجنائية، بالإضافة إلى أنها شرط لإمكانية توقيع العقوبة، هي فكرة تتعلق بالصلاحية للمخاطبة بأحكام القانون أو لصدور الفعل عن الشخص على وجه يعتد بهِ القانون[٥].

١- بمعنى صار، الفيروز آبادي، المصدر السابق، ص١٤٣١.

٢- جلال ثروت , قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعية، بيروت، ص٢٣٩.

٣- هو قدرة الشخص على فهم تصرفاته وتقدير نتائجها ., تميم طاهر أحمد والآء عزيز كريم ، المصلحة في إنعدام المسؤولية الجزائية، ط١، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٢١، ص٣٧.هي القدرة على توجيه السلوك نحو فعل معين أو الإمتناع عن فعل معين ,دون وجود مؤثرات خارجية تعمل على تحريك الإرادة أو توجيهها بغير رغبة أو رضا صاحبها تميم طاهرأحمد والآء عزيز كريم، المصلحة في إنعدام المسؤولية الجزائية، ط١، المكتبة القانونية،بغداد،٢٠٢١،ص٣٩.

٤- يُنظر الى الباب الرابع الفصل الثاني والثالث من الكتاب الأول، قانون العقوبات.

٥- الدكتور محمد علي سويلم, الإسناد في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة, ٢٠٠٦، ص١٧-١٨.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية الجزائية

إن تحديد أساس المسؤولية هو مسألة أولية لا غنى عنها لضبط مفهوم المسؤولية وبيان حدودها، وفي مجال القانون الجنائي على وجه الخصوص نجد أن تحديد أساس المسؤولية الجنائية هو مقدمة ضرورية لتحديد شروطها وآثارها، وقد قيل في هذا الصدد (أنَ أساس المسؤولية الجنائية ليس مجرد موضوع من موضوعات القسم العام في القانون الجنائي، بل هو القانون الجنائي كله، وفي ضوء الأساس الذي نختاره ونتقبله ترتفع الأبنية الجنائية في التجريم والجزاء، في ضوء هذا الأساس المختار يمكن تقويم النظام الجنائي في مبادئهِ العامة وفي موادهِ التفصيلية، فنرى خطأه وصوابه ، ونعرف تناسقه وتناقضهُ)[١].

أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من المسؤولية الجزائية

يُقيم الإتجاه الإسلامي مسؤولية الأنسان عن أفعاله على أساس حرية الاختيار من هذهِ الأفعال، فإذا كان ألله سبحانه وتعالى قد قرر مسؤولية الإنسان عن فعلهِ فقد اقتضت عدالته أن يمنح الإنسان حرية اختيار لتقوم المسؤولية عن الفعل على أساس عادل، وآيات القرآن الكريم قاطعة في تأكيد حرية الأنسان في اختيار أفعاله، وقدرتهِ على اتباع سبيل الله أو الاستجابة الى دعوة الشر والضلال، بقولهِ تعالى محذراً الإنسان على لسان الشيطان: {وَمَا كَانَ لِي عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إِلاَّ أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي فَلا تَلُومُونِي وَلُومُوا أَنْفُسَكُمْ }[٢] ، والسلطان يكون إما سلطان قهر أو سلطان إقناع، وسلطان القهر يعني أن يملك أحدٌ من القوة ما يقهر به غيره على أن يفعل ما يكره، بينما يكون كارهاً للفعل، أما سلطان إقناع فهو أن يملك منطقاً يجعل الانسان يعمل وفق ما يُطلب منه ويحب ما يفعل، أي يعترف الشيطان للبشر يوم الحشر الأعظم ويقول أريد أن أناقشكم، هل كان لي سلطان قهري أقهركم به ؟هل كان لي سلطان إقناع أقنعكم به على إتباع طريقي؟ ويضيف مخاطباً بني البشر لم يكن لي عليكم سلطان سوى أن دعوتكم فأستجبتم لي، وكل ما كان لي عندكم أني حركت فيكم نوازع أنفسكم ، وتحركت نوازع أنفسكم من بعد ذلك لِتُقبلوا على المعصية، إذن فالشيطان إما أن يحرك نوازع النفس أو يترك النفس تتحرك بنوازعها إلى المعصية وهي كافية لذلك[٣]وهذهِ الآية تدل دلالة قاطعة على حرية الإنسان في الإختيار بالنسبة لبعض الأفعال التي يستطيع أن يفعلها إن شاء أو يعرض عنها إن أراد ذلك، وأن هذهِ الحرية هي أساس المسؤولية عندما يختار الأنسان

١- جلال ثروت ، المصدر السابق – ص ٢٤٤.
٢- سورة إبراهيم الأية (٢٢).
٣- محمد متولي الشعراوي ، المصدر السابق . ج١٠ , ص٣٦٦.

الأفعال التي ينهى عنها أللّه، ونستخلص مما تقدم أن النظام الإسلامي يُقيم المسؤولية الجنائية على أساس حرية الانسان في توجيه ارادته إلى سلوك طريق الجريمة، فالاختيار هو مناط مسؤوليته عن أفعاله، لأنها تمكن الإنسـان من التمييز بين الخير والشر وتفضيل أحدهما على الآخر[١] .

ثانياً : موقف المشرع العراقي من المسؤولية الجزائية

تقـوم المسـؤولية الجزائيـة حين ينتهك شـخص قاعدة من قواعـد التجريم والعقـاب، وفي هذهِ الصـورة يقـع ضرر للمجتمع بأسرهِ ويكـون الجزاء المترتب على حدوث هذا الـضرر هو العقوبة أو التدبير، كرد فعل إتجاه الجاني، وتعني المسؤولية اصطلاحاً: (تحمل تبعة الجريمة والإلتزام بالجزاء الجنائي المحدد لها قانوناً)[٢]

والجديـر بالإشـارة إلى أن المـشرع العراقـي، لم يورد تعريفاً للمسـؤولية الجزائيـة، وإنما نظم المسـؤولية الجزائيـة وموانعهـا في المواد (٦٠-٦٥) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسـنة ١٩٦٩ المعـدل[٣]، حيـث اكتفـى بتعريف الفعـل الإجرامي الذي يعدهُ جريمة حسـب ما جاء في نص المادة (١٩/ ٤) منه على أنَ: (الفعل :كل تصرف جرمه القانون سـواء أكان إيجابياً أم سـلبياً كالترك والامتناع مالـم يرد نص على خلاف ذلك).

نسـتنتج من مما تقدم أعلاه، أن المسـؤولية الجزائية هي: التـزام قانوني بتحمل الجزاء المترتب بوصفهِ نتيجة لإتيان الشـخص الأفعال المجرمة في القانون أو ترك الأفعال التي أمر بها القانون[٤].

ونسـتخلص من ذلك أن المشرع العراقي يُسـلم بحرية الاختيار كأسـاس لمساءلة الإنسان جنائياً عـن جرائمـهِ، لكن هذهِ الحرية ليسـت مطلقة وإنما تتأثـر بعوامل فردية وبيئيـة مختلفة، ومن ثم يختلـف مدى المسـؤولية الجنائية ويتدرج مـن الانعدام الى التخفيف وصولاً إلى المسـؤولية الكاملة، ويتفق مذهب التشريع العراقي في تحديد أساس المسؤولية الجنائية مع الاتجاه الأسلامي الذي يقيم مسؤولية الانسان عن أفعاله على أساس قدرته على اختيار ما يأتيهِ من أفعال بحرية كاملة، وأن هذهِ القدرة هي أساس الثواب والعقاب، كما لايفوتنا الذكر أن الانسان الحي هو محل المسؤولية الجنائية إذا تحقق فيه مناطها وهو الادراك وحرية الاختيار، فالأنسان هو الذي يرتكب الجريمة، ولايتصور أن يرتكبها الحيوان أو يسـاهم فيها مع الانسـان، لأن الحيوان يكون أداة أو ألة تسـتعمل في إرتكاب

١-)٢) فتوح عبد أللّه الشاذلي, المسؤولية الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية ،٢٠٠٦ - ص١٩.
٢- تميم طاهر أحمد و الآء عزيز كريم , المصدر السابق - ص١٨.
٣- المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد١٧٧٨ في ١٥/٩/١٩٦٩.
٤- تميم طاهر أحمد و الآء عزيز كريم ، المصدر السابق - ص٢١-٢٢

الجريمة، فيُسـأل عن الجريمة الانسـان وحده ، ولكن الانسان قد يرتكب الجريمة ولايُسأل عنها إذا تخلـف مناط المسـؤولية أي الادراك وحرية الأختيار، فالصغير والمجنون ومن بحكمهم لايُسـاءلون جنائيـا عن الافعـال الجرمية التي يرتكبونها لأنتفاء التمييز وحرية الاختيار لديهم[١].

ثالثاً: تمييز المسؤولية الجزائية عن الأهلية الجنائية

مـزج الفقهـاء بـين كل مـن فكرة المسـؤولية الجزائيـة وفكرة الأهليـة الجنائية، حيـث إن هذهِ الأزدواجيـة في المصطلحـات لا يقابلهـا ازدواجية في المفاهيـم بإعتبار أن الشـخص ذا الأهلية يكون أهـلاً للمسـؤولية الجزائية والعكـس صحيح، حيث نجد أن عديم الأهلية هو دائماً شـخص غير أهل للمسؤولية، ورغم أن الأهلية الجنائية في الواقع شرط أساسي لقيام المسؤولية الجزائية إلا أن التفرقة فيمـا بين المسـؤولية الجزائية وبين الأهليـة الجنائية واجبة وكما يلي :-

١. أن الأهليـة الجنائيـة هي ذاتها من مفترضات الأسـناد المعنوي للمسـؤولية وليس الأسـناد المادي للمسؤولية ذاته[٢]، بل هي مستقلة عنه وسابقة عليه، فقبل البحث في قيام المسؤولية الجزائيـة مـن عدمها في حق شـخص ، يُفـترض توافر الأهلية الجنائية لدى هذا الشـخص، لذا لايمكن أن تُنسـب هذهِ الجريمة معنوياً إلى مرتكبها مالم يكن متمتعاً بالأهلية الجنائية وعليـه مـن البديهي عـدم إمكانية التحدث عن المسـؤولية الجزائية مـن دون توافر الأهلية الجنائيـة، فالأهليـة الجنائية وفقاً للمعنى المتقدم هي وصـف أو تكييف قانوني لإمكانيات شخص للحكم بعد ذلك على مدى صلاحية هذا الشخص لتحمل المسؤولية فهي شرط لقيام المسـؤولية الجزائية، يترتب على انتفائها انتفاء المسؤولية[٣] .

٢. إن الأهلية الجنائية تثبت للشخص وفقاً للقدرات النفسية والعقلية التي يتطلبها القانون، وهذا يعني أن الأهلية قد تتوافر في الشـخص على الرغم من انتفاء مسـؤوليته الجزائية كما في حالة الإكراه المادي وهو متمتع بكامل قواه العقلية وقت إرتكاب الفعل المكون للجريمة، ولكن الذي يحدث أن حرية الإختيار تضيق لدى الفاعل إلى الحد الذي تتجرد فيهِ الإرادة من قيمتها القانونية فلا يعتد بها القانون، وعليه لايمكن إسناد الجريمة للفاعل من الناحية المعنوية[٤].

١- فتوح عبد ألله الشاذلي , المصدر السابق - ص٢٣.

٢- الأسـناد المعنوي يعني قدرة الشـخص على الإرادة و الأسـناد المادي وهو العلاقة أو الرابطة التي تربط بين الركن المادي للجريمة والنتيجة، كما أنه يُعتبر وسـيلة للحد من نطاق المسـؤولية الجنائية، فإذا أنتفى الاسـناد المادي تقتصر حينئذ مسؤولية الفاعل على الشروع إذا كانت جريمته عمدية، أما اذا كانت الجريمة غير عمدية فلا مسؤولية عنها بإعتبار أنه لاشروع في الجرائم غير العمدية , محمد علي سـويلم، الإسـناد في المواد الجنائية ، المصدر السـابق، ص٢١ و ١٨٩ .

٣- تميم طاهر أحمد والآء عزيز كريم , المصدرالسابق، ص٢٦.

٤- تميم طاهر أحمد والآء عزيز كريم , المصدر السابق، ص٢٧.

الفرع الثالث: مدى علاقة السن بالمسؤولية الجزائية

لأن قـوام المسـؤولية الجزائيـة يتمثل في الوعـي والإرادة، فإن الوعي يعني قُدرة الشـخص على فهم حقيقة أفعاله وتمييز ماهو مباح مما هو محظور، ولاشـك في ارتباط الوعي ببلوغ الإنسـان سـناً معينة، فالإنسـان لايولد متمتعا بصورة كاملة بملكة الوعي أو التمييز كما مر بنا سـابقا، بل تنمو هذهِ الملكة بقدر ما يشب وما ينمو، وتنعدم هذهِ الملكة كلياً في السنوات الأولى للإنسان، وهي المسماة بمرحلة الطفولة، ثم تنمو ملكة الوعي بتقدم السن وإن ظلت منقوصة في مرحلتي الطفولـة المتأخـرة والمراهقـة، ولهذا فإن الطفل الـذي يرتكب فعلاً يُعد جريمـة ، يختلف حكم مسؤوليته عنها بحسـب المرحلة العمرية التي يمر بها [١].

ونسـتخلص حكم المسـؤولية الجزائية للأحـداث في العراق بتشريع قانون رعايـة الأحداث رقم (٧٦) لسنة١٩٨٣ [٢] ، الذي حدد صغر السن بمن لم يتم التاسعة من عمرهِ[٣] ، بالتالي يمكن القول أن الطفل وفق قانون رعاية الأحداث النافذ يمر بأربعة مراحل عمرية، تختلف مسـؤوليته عما يقع منه من جرائم بحسـب كل مرحلة[٤] وفق البنود التالية:

أولاً : مرحلة إمتناع المسؤولية الجزائية:

وهي مرحلة ما دون التاسعة من العمر، حيث تنص المادة (٤٧/أولا) من قانون رعاية الأحداث عـلى أنَ : (لاتقـام الدعـوى الجزائيـة على مـن لم يكن وقـت ارتـكاب الجريمة قد أتم التاسـعة من عمـره)، ويفـترض المشرع أن الصغـير في هذهِ المرحلة عديم التمييز، فعـدم بلوغ العاشرة قرينة على عدم التمييز، على إن هذهِ القرينة يجوز إثبات عكسـها وذلك حيث يتعارض العمر المثبت في الوثيقة الرسـمية مع ظاهر الحال[٥].

أي يمكـن القـول بإنه تسـتند الوثيقة الرسـمية إلى بيان صادر من مستشـفى فلا يجوز إثبات عكـس ماهـو مثبـت في الهوية، أما إذا كان العمر المثبت في الهوية يسـتند إلى حجة أو بيان صادر من قابلة مأذونة فإنه يجوز إقامة الدليل العكسي على ماهو مثبت في الوثيقة الرسـمية، إن صغر السـن هو عامل طبيعي خصة القانون بحكم في المسـؤولية الجزائية، وذلك لأن المسؤولية الجزائية مناطها

١- سليمان عبد المنعم، دراسة معمقة في قانون العقوبات، بيروت، ٢٠٠٢، ص٦٦٨.
٢- المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٢٩٥١ في ١٩٨٣/٨/١.
٣- يُنظر المادة (٣/اولاً) من قانون رعاية الأحداث .
٤- علما أن السن يثبت بوثيقه رسمية وفق ماقررته المادة من قانون رعاية الأحداث.
٥- يُنظر المادة من قانون رعاية الأحداث .

الإدراك، وهو لا يوجد في الإنسان دفعة واحدة، بل إنه يتدرج في النمو على مدى سنوات، تبدأ بالميلاد وحتى تكتمل الملكات الذهنية وعندها يُصبح الإنسان رشيداً، فكل إنسان يمر بمراحل يكون في بعضها فاقد الإدراك وفي بعضها الآخر ناقصه، وقد راعى المشرع هذهِ الحقيقة فجعل صغر السن مانعاً من موانع المسؤولية الجزائية[١].

ثانياً: مرحلة المسؤولية الجزائية المخففة

وفي هذهِ المرحلة تكون فيها أهلية الإنسان ناقصة، ويكون ذلك في مرحلة الحداثة التي تبدأ من إتمام التاسعة حتى اتمام الثامنة عشرة [٢] ، وذلك لأن الطفل في هذهِ المرحلة يكون قد بدأ بالفعل بمرحلة التمييز، ولكنه لم يُصبح كامل التمييز والرشد بعد، ومن ثم يمكن وصف هذهِ المرحلة بإنها مرحلة إنتقالية أو وسطية[٣]، ونُحيل بحثنا في مسؤولية الأحداث الى قانون رعاية الأحداث العراقي، دون التطرق الى هذهِ المسؤولية في قانون العقوبات العراقي الذي تناولها في المواد (٦٦-٨٧)، وذلك لأن المادة (١٠٨) من قانون رعاية الأحداث العراقي نصت على أنه : (تُطبق أحكام قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون بما يتلاءم وطبيعة أسس وأهداف قانون رعاية الأحداث) ، هذا وقد قسم قانون رعاية الأحداث النافذ مرحلة الحداثة الى مرحلتين عمريتين ونتناولهما كالآتي:

١. الحدث الذي أتم التاسعة من عمرهِ ولم يتم الخامسة عشرة، ويُطلق عليه مصطلح الصبي وفق المادة (٣/ثالثاً) من قانون رعاية الأحداث بنصها على : (يُعتبر الحدث صبيا إذا أتم التاسعة من عمرهِ ولم يتم الخامسة عشرة).
٢. الحدث الذي أتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة، ويُطلق عليه مصطلح الفتى وفق المادة (٣/رابعاً) من قانون رعاية الأحداث.

وذلك لأن الإنسان محور الملاحقة الجنائية، وهذهِ الملاحقة ليست عملاً إنتقامياً، يقوم به المجتمع بوساطة بعض الأجهزة التي أوجدها لهذهِ الغاية، بل هي مبادرة إجتماعية ترمي الى حماية المجتمع من شخص أساء اليه، بتوفير الظروف الملائمة كي لايعود ذلك الشخص للأساءة الى مجتمعهِ مجدداً، لذلك أصبح الجانح أو المجرم محور التشريعات الجنائية المعاصرة، فأُعطي القاضي حرية تحديد التدبير وفقاً لمتطلبات العلاج، آخذاً بنظر الإعتبار السلوك السابق والظروف

١- قيس لطيف التميمي، شرح قانون العقوبات العراقي، دارالسنهوري, بيروت،٢٠١٩، ص٣١٦.
٢- يُنظر المادة (٣/ثانياً) من قانون رعاية الأحداث.
٣- تميم طاهر أحمد و الآء عزيز كريم , المصلحة في إنعدام المسؤولية الجزائية , المصدر السابق , ص٣٨.

التـي أقـدم فيها عـلى أرتكاب الجريمة ودوافعها وحالته النفسـية وقدراته العقلية اسـتناداً الى مبدأ تفريد العقوبة[١].

الفرع الرابع : مدى علاقة الركن المعنوي للجريمة بالمسؤولية الجنائية

يوصـف الركـن المعنوي بإنـه ركن المسـؤولية الجنائية، وتوصـف بعض حـالات انتفاء الركن المعنوي بإنها من موانع المسؤولية الجنائية، ولكن يبدو أن هذا القول ليس صحيحاً بل فيه شئ من التجاوز، وذلك لأن المسـؤولية لا ترتكز على الركن المعنوي وحدة، وإنما لابد لها من إجتماع أركان الجريمـة جميعها، ومن ثم أركان الجريمة هي أركان المسـؤولية الجنائيـة، ولكن يُبرر هذا التجاوز أن توافـر الركـن المعنوي يكون دليلاً على توافر أركان الجريمة كلها، ومن ثم يؤدي توافره الى قيام المسؤولية الجنائية.

كمـا أن هـذا التجاوز يبررهُ أيضاً، أن الركـن المعنوي يفترض (توافر الأهليـة الجنائية)، أي أن الأهليـة للمسـؤولية الجنائيـة، وهـذهِ الأهلية تعني صلاحية الشـخص لتحمل المسـؤولية عن الجريمة التي أرتكبها، وتقوم هذهِ الأهلية على دعامتين هما بلوغ سـن الرشـد الجنائي من جهة، وسـلامة العقـل من جهة أخرى، فـإذا أنتفى أحد هذين الشرطين لدى الفاعـل فإنه لايكون أهلاً لتحمـل المسـؤولية الجنائيـة، ومثل هذا الشـخص لايصلـح لأن يقوم لديه الركـن المعنوي، ومن ثـم فـلا محل للبحث ولا الحديـث عن عمد لديه ولاخطأ، ذلك أن العبرة في الركن المعنوي ليسـت بمطلـق الإرادة، وإنمـا العـبرة بالإرادة التي يعتد بهـا القانون، ولكن هذا الـرأي منتقد من عدة وجـوه، وأهـم نقد يوجه إليه هو أن المظاهر النفسـية التي تكَون العمد والخطأ ليسـت وقفاً على كامـلي الأهـلي وحدهم، بل أنهـا تقوم كذلك لـدى عديمي الأهليـة من الصغـار والمجانين فهؤلاء بدورهـم يصـح منهـم العمد والخطـأ، ولذلك أقر المشرع تدابـير وقائية بحق الصغـير، والتدابير أصبحـت اليـوم من الجـزاءات الجنائية فهي وإن كانـت تختلف عن العقوبـة في كثير من الأمور اختلافاً جوهرياً، إلا أنها تتفق معها حيث انها لاتنزل بشـخص إلا إذا ثبت ارتكابه للجريمة، أي إلا إذا أكتملـت الجريمـة أركانها ومنها الركن المعنوي، وبذلـك يقتضي التمييز بين الركن المعنوي

١- تفريـد العقـاب يعنـي جعل(التدبير) أو (العقوبة) ملائمـة لظروف الجانح أو المجرم, والمتمثلـة بتكوينة البايلوجي والنفسي والإجتماعي وحالته وظروفه عند ارتكابه الجريمة وبعدها من جهه، وأن تكون متناسـبة مع ظروف الجريمة المادية التي تبدو في طريقة ارتكابها والوسائل المستعملة فيها من جهة ثانية، كما ينبغي أن تكون متوازنة بقدر الإمكان مـع الأضرار التـي أصابت المجني عليـه وذوية والأضرار التي لحقت بالمجتمع من جهة ثالثـة ، مع ملاحظة الباعث على أرتكابهـا مـن جهـه رابعـة . براء منـذر عبد اللطيف ، السياسـة الجنائية في قانـون رعاية الاحـداث ، دار الحامد للنشر والتوزيـع ، عمـان ، الاردن ، ط١ ، ٢٠٠٨ – ص ١٧.

والأهليـة اللازمة لتحمـل العقوبة، لأن نصوص القانون تفصل بـين الأمرين تماماً[١].

وفي نهايـة المطلـب نـود أن نوضـح أننـا تناولنا الأهليـة الجنائيـة والمسـؤولية الجزائية ومدى علاقتهما ببعضهما ومدى علاقة المسؤولية الجزائية بالركن المعنوي للجريمة، وأن الغاية من ذلك هو توضيح أنه كما قضى المشرع بالشخصية القانونية للطفل ورتب عليها حقوق من النواحي الشخصية والمدنية والاجتماعية، أيضا نرى أن المشرع رتب على تلك الشخصية مسؤولية جزائية مخففة مقارنة بالبالغين وذلك مراعاة للمرحلة العمرية التي يمر بها الطفل مع امتناع المسـؤولية قبل إتمام الطفل التاسعة من عمره ولكن بالمقابل يمكن أن يترتب على الفعل الذي يرتكبه الصغير وفق قانون رعاية الأحداث مسـؤولية مدنية وذلك لأن الصغير المميز وفق القانون المدني من بلغ (سـبع سـنوات)[٢] ، وأيضا يمكن القول إن للأهلية الجنائية الدور الأكبر في مسـألة فرض التدابير حسـب السـن للطفل لكونها تراعي مسألة تحمل العقوبة، ذلك لأنها تعتبر عنصر من عناصر المسؤولية الجزائية بالإضافة الى عنـصر الارادة وهـو ما يطلق عليه بالركن المعنوي للجريمة، وهذهِ الارادة لا يعتد بها إلا إذا كان الفاعـل يتمتع بقدرتـي الادراك وحرية الاختيار وهذهِ القدرة هي الرباط النفسي لتحميل الشـخص المسـؤولية والعقاب عن الجريمة المرتكبة، ويُعبر عن الرباط النفسي بالاهلية الجنائية، وهذهِ الاهلية تحقق الاسـناد المعنوي للجريمة كما اوجزناه سـابقاً، وترى الباحثة ضرورة ادراج الأهلية الجنائية في قانون العقوبات القسـم العام لغرض تسـليط الضوء على ماهيته اوتعريف المجتمع بوجود أهليه جنائية بالاضافة الى الأهلية المدنية، كما هناك نقطة مهمة ينبغي الأشارة اليها وهي أن إعفاء الطفل من المسـؤولية الجزائية لايعفيه من المسـؤولية المدنية الناجمة عن ارتكاب الجريمة فهو مسؤول عن تعويـض أي ضرر يصيـب بـه غيره جراء أرتكابـه الجريمة ويكون التعويض مـن ماله الخاص أي أن مسـؤولية الطفل المدنية وإن كان دون السـابعة (عديم الادراك)لا تتعدى حدود التعويض وجبر الـضرر المترتب على فعله، لأن ضمان المباشر لايتطلب توافر الادراك[٣].

١- ماهر عبد درة شويش, الأحكام العامة في قانون العقوبات، جامعة الموصل ، ١٩٩٠م - ص٢٩٨.

٢- يُنظر المادة (٢/٩٧) من القانون المدني.

٣- ميسون علي عبد الهادي، الإدراك في المسؤولية المدنية، المكتب الجامعي الحديث، الأسكندرية، ٢٠١٩،ص٦٥.

المطلب الثاني

الحماية الجزائية للطفل بإعتبارهِ فاعلاً للجريمة

إنَ قانـون رعايـة الأحـداث رقـم (٧٦) لسـنة ١٩٨٣، قد جمع بـين جانبين مـن الحماية في ظل هـذا القانـون للطفل أولهما ذو طابع جزائي وثانيهما ذو طابع اجتماعي نتناولها في فرعين، أولهما مظاهـر الحماية الجزائية وثانيهما مظاهـر الحماية الاجتماعية.

الفرع الأول: مظاهر حماية الطفل ذات الطابع الجزائي في قانون رعاية الأحداث

إن المـشرع العراقـي قسـم المراحـل التي يمـر بها الطفـل إلى صغير ثم صبي ثم فتـى، وكلاهما تحـت مصطلح حـدث، وحدد لكل مرحلة من هذهِ المراحل تدبير يتناسـب معها ومع ظروفها وذلك لأن الحدث لا يعي ما أقدم عليه وما سـببه للمجتمع من أضرار كما مر بنا سـابقاً، لذا كان الأهتمام منصبا في السياسـة الجنائية المعاصرة على شـخصية الحدث الجانح، مشترطة لمحاكمتهِ تهيئة دراسة متكاملة عن أوضاعه الشـخصية في بيئتهِ وعائلته ومدرسـته ومهنته بغية تكوين فكرة واضحة عن دوافع سلوكه المنحرف وإمكانية إصلاحه، حتى يأتي التدبير المفروض متجاوباً مع متطلبات العلاج والإصلاح وإعادة التكييف الاجتماعي، فإذا كانت دراسـة شـخصية الحدث[١]، قد شخصت للمحكمة الداء، فيجب على الأخيرة تحديد الدواء المناسب له بهدف علاجه، وهذا الدواء ماهو إلانوع أو أكثر من أنواع التدابير التي حددها المشرع وفق السياسـة الجنائية الخاصة به[٢]، وقبل الخوض في موضوع التدابير لابد من الإشارة إلى الدور الذي تقوم به محكمة الأحداث وكيفية اجراء المحاكمة وصولا إلى اصدار التدبير المناسـب بحق الحدث، ولخصوصيتها نتناولها على التفصيل الآتي:-

محكمة الأحداث

تتشـكل محكمة الأحداث على صورتين ، الصورة الأولى هيئة محكمة الأحداث، وفي هذهِ الصورة تنعقد برئاسة قاضي محكمة الأحداث من الصنف الثالث في الأقل وعضوين من بين المختصين بالعلوم الجنائية أو العلوم الأخرى ذات صلة بشـؤون الأحداث لهما خبرة لاتقل عن خمس سـنوات ولا يُلزم أن يكون من موظفي الدولة وقد سماهم المشرع بـ(المحكمين)[٣] وتنظر في الجنايات بصفتها محكمة

١- جاء في القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز الإتحادية بالعدد ٩٣/الحكم على الحدث/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/١٦ بإنـه : (إذا تبـين من تقرير مكتب دراسـة الشـخصية ان الحدث يمـر بمرحلة يدل منها على إضطراب الشـخصية فعلى المحكمة إحالته الى اللجنة الطبية النفسـية في مستشـفى الرشـاد لبيان ما إذا كان يقدر مسؤولية عمله يوم الحادث وهل يسـتطيع الدفاع عن نفسـه أمام المحكمة) منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى hjc.iq/qview.١٠٤٠

٢- براء منذر عبد اللطيف، المصدر السابق، ص١٨٢.

٣- يُنظـر المـادة(٣٣/أولا) مـن قانون التظيم القضائي رقم (١٦٠)اسـنة ١٩٧٩,المنشـور في جريـدة الوقائع العراقية

موضوع، وتنظر بقرارات قاضي التحقيق وفق أحكام قانون رعاية الأحداث بصفتها التمييزية، وفي الصورة الثانية تنعقد من القاضي المنفرد اي تنعقد من قاضي واحد وتنظر في دعاوى المخالفات والجنح[١] ، كما تنظر قضايا المشردين ومنحرفي السلوك والقضايا الأخرى التي ينص عليها قانون رعاية الأحداث، وقد حباها المشرع بقواعد خاصة بالنظر لفئة الأشخاص الذين يمثلون لديها وهم الأحداث، كما أنه يجدر الأشارة إلى أن محاكمة الحدث تكون سرية لايحضرها إلا ذوو العلاقة فقط، ويمنع من النشر كل مايتعلق بالحدث في وسائل الأعلام[٢].

وقد خصص المشرع العراقي للتدابير الباب الخامس المواد(٧٢-٨٦) من قانون رعاية الأحداث والتي يمكن ردها الى مجموعتين سالبة للحرية وهي تكون على نوعين جوازية ووجوبية، وغير سالبة للحرية، وهي على التفصيل الأتي:

١. فرض التدبير السالب للحرية وجوباً على الحدث.

يتجه المشرع العراقي إلى الأخذ بهذا الأسلوب في جرائم معينة، حيث يقرر الزام المحكمة بالحكم على الحدث الجانح بتدبير سالب للحرية، كتدبير وجوبي وحيد، دون أن يترك لها حرية الأختيار بينه وبين غيره من التدابير، وينتهج المشرع هذهِ السياسة في الجرائم الهامة، وهي الجنايات المعاقب عليها بالأعدام فقط [٣] ، والجدير بالذكر أن المشرع أوجب توقيف الحدث عند ارتكابة لجناية بالعقوبة أعلاه عليها عندما يتجاوز عمره وقت ارتكابها الرابعة عشرة[٤]، وفي قضية منظورة أمام محكمة أحداث البصرة التي أصدرت قرارها بإدانة الحدث وفق أحكام المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات، وحكمت عليه بالإيداع في مدرسة تأهيل الفتيان لمدة خمس سنوات، وصُدق التدبير تمييزاً بموجب القرار التمييزي الذي جاء فيه : (.....أن المحكمة قد راعت عند تطبيقها أحكام القانون تطبيقا صحيحا بعد أن أعتمدت الأدلة الكافية التي أظهرتها وقائع الدعوى تحقيقا ومحاكمة، وللأسباب التي استندت إليها المحكمة فإن قرارتها الصادرة في الدعوى صحيحة....)[٥]

٢. فرض التدبير السالب للحرية تخييرياً على الحدث.

ويقصد بالتخيير في فرض التدبير، أن هناك مجموعة من التدابير من بينها التدابير السالبة

بالعدد ٢٧٤٦في ١٧/١٢/١٩٧٩.

١- يُنظر المادة (٣٣/ثالثا) ممن قانون التظيم القضائي.

٢- يُنظر المادة (٥٨) من قانون رعاية الأحداث.

٣- يُنظر المادة (٧٦) والمادة (٧٧)من قانون رعاية الأحداث.

٤- يُنظر المادة (٥٢/ثانياً)من قانون رعاية الأحداث .

٥- قرار محكمة التمييز الأتحادية، بالعدد ١٦٠٨/الهيئة الجزائية الأولى/الأحداث/ ٢٠٢١، في ٢٧/٧/٢٠٢١، غير منشور.

للحريــة، ويُــترك للمحكمة المختصة حريــة الأختيار في فرض واحد منها، وهــذهِ الطريقة في التخيير هي صورة من صور التفريد القضائي، حيث يبســط المشرع تدابير متعددة ومتنوعة ليقوم القاضي بإختيار أنسبها للمتهم[١]

وفي قضية صدر فيها قرار من محكمة أحداث البصرة بإدانة حدث وفق أحكام المادة (١/٤١٢) مــن قانــون العقوبات، عن قيامه بالأعتداء بضرب المشــتكي وادى الى حصوله على نســبة عجز ٢٠٪ وحكمت عليه بوضعه تحت مراقبة السلوك لمدة ستة أشهر استدلالاً بالمادة (٧٦/أولاً/ب) من قانون رعاية الأحداث وأفهمت المحكمة وليه بشروط مراقبة السلوك ، وصُدق تمييزا بالقرار التمييزي الذي جاء فيه :(.... كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق أحكام القانون تطبيقاً صحيحا بعد أن أعتمدت الأدلة الكافية التي أظهرتها وقائع الدعوى تحقيقا ومحاكمةً....)[٢].

ويجــب عــلى المحكمــة عنــد أختيارهــا للتدبير المناســب، أن تحــدد في قرارها مدة الحكــم به فأن القانون رســم الحدود العليا والدنيا للمدة التي يمكن للمحكمة أن تقضي بها، وهي من ســتة أشــهر إلى ثــلاث ســنوات إذا كانــت الجريمــة جنحــة ســواء كان المتهــم صبيا أم فتى[٣]، ومن ســتة أشــهر الى خمــس ســنوات إذا كانــت الجريمة المرتكبة جناية ومعاقبا عليها بالســجن المؤبد أو المؤقت وكان المتهم صبيا[٤]، أما إذا كان المتهم فتى فتكون مدة الأيداع من ســتة أشــهر إلى ســبع سنوات[٥].

وبمــا أن المــشرع قــد أخذ بمبدأ تحديد مــدة التدبير، لذا فإنه يجب على المحكمــة ذكر مدة التدبير المفــروض عــلى الحدث في حكمها، وعدم ذكر المدة يجعل قرارها مخالفاً للقانون حيث جاء في القرار التمييــزي : (...قررت المحكمة إدانة المتهم وفق المادة (١/٨-أ) من قانون الجوازات، وقررت الحكم عليه بموجبها بإيداعه في مدرســة تأهيل الفتيان دون بيان مدة الإيداع ...وكان يقتضي على المحكمة بيــان مدة الإيــداع في قرار الحكم ...لذا قُرر نقض قرار الحكم الصادر في الدعوى...)[٦]

هذا ونجد أن المشرع العراقي قد أجاز للمحكمة عند الحكم بتدبير سالب للحرية لمدة لاتزيد على سنة إن تُقرر إيقاف تنفيذ التدبير ونتناوله كالأتي :

١- براء منذر عبد اللطيف، المصدر السابق - ص١٩٠.
٢- قرار محكمة التمييز الأتحادية، العدد ١٤٥٧/الهيئة الجزائية/الأحداث/٢٠٢١ ، في ٢٠٢١/٦/٢٨. غير منشور.
٣- يُنظر المادة (٧٣/ثالثاً) من قانون رعاية الأحداث
٤- يُنظر المادة (٧٦/أولاً-جـ) من قانون رعاية الأحداث .
٥- يُنظر المادة (٧٧/أولا- ب) من قانون رعاية الأحداث.
٦- قــرار محكمــة التمييز رقم ٢٢٩/أحداث/١٩٩٧ في ١٩٩٧/١/٣٠ , نقلاً عن ابراهيم المشــاهدي ، المختار من قضاء محكمــة التمييز القســم الجنائي ، مطبعــة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨ – ص ٢١٥.

وقف تنفيذ التدابير السالبة للحرية

قد يصدر الحكم بتدبير سالب للحرية، وترى المحكمة المختصة أن لاجدوى من تنفيذهِ نظراً لحالة الحدث الشخصية وظروفه، وأن مجرد إنذاره بالتهديد في تنفيذه مايكفي لتحقيق الغرض، وقد كان الأخذ بهذا النظام مسوغات متعددة منها إبعاد الحدث عن مساوئ التدابير السالبة للحرية، وبخاصة قصيرة المدة، وإعطائهِ الفرصة للأصلاح، وحثهِ على تقويم نفسه ذاتياً عن طريق ضبط سلوكه إذا ماعلم أنه مهدد بتنفيذ التدبير، إن هو أخل بما تعهد به من شروط ، فالإدراك المنطوي على شعور بالخلاص من مساوئ الإيداع مع التهديد به يمكن أن ينتج آثاراً أكثر جدية مما ينتجهُ تنفيذ التدبير، كما أن التنفيذ يُرهق ميزانية الدولة بنفقات لامسوغ لصرفها في شأن لايمكن أن يؤتي الثمار المرجوة منه بوقت قصير، من ذلك نجد موقف المشرع العراقي الذي أخذ بنظام إيقاف التدابير السالبة للحرية[١]، حيث أجاز المشرع للمحكمة عند الحكم بتدبير سالب للحرية لمدة لاتزيد على سنة إن تُقرر إيقاف تنفيذ التدبير، في أيه جناية أو جنحة بغض النظر عن العقوبة المقررة لها قانوناً بشرط إلزام ولي الحدث أو أحد أقاربه بإن يحرر تعهدا بحسن التربية والتهذيب خلال مدة إيقاف التنفيذ والبالغة سنتين، وسوغ اتجاهه في الأسباب الموجبة بالقول (وتمكين محكمة الأحداث عند الحكم على الحدث في جناية أو جنحة بتدبير سالب للحرية من إيقاف تنفيذ التدبير بحقهِ حين تجد في شخصية الحدث وظروف الجريمة مايبرر ذلك)[٢]، وجاء في القرار تمييزي: (عند الحكم بإيقاف تنفيذ التدبير ضد الحدث يلزم والده بتحرير تعهد بحسن تربيته وتهذيبه خلال مدة إيقاف التنفيذ...)[٣].

التدابير غير السالبة للحرية

وهي إما أن تكون مقيدة للحرية، أو قد لاتكون كذلك أما التدابير المقيدة للحرية فهي مراقبة السلوك والتسليم الى الولي أو الى أحد أقارب الحدث، وأما التدابير التي لاتكون لها هذهِ الصفة هي الإنذار أو الغرامة، ونتناول كل منها بالشكل الآتي:

١. **مراقبة السلوك :** هو نظام يقصد بهِ معالجة الحدث في بيئتهِ الطبيعية بين والديه وذويه بإشراف وملاحظة أُناس متخصصين في هذا النوع من العلاج، وبهذا النظام يمكن

١- يُنظر المادة (٨٠) من قانون رعاية الاحداث.

٢- براء منذر عبد اللطيف , المصدر السابق , ص٢٠٠.

٣- قرار محكمة التمييز الإتحادية بالعدد ٦٩/إيقاف الحكم على الحدث/٢٠٠٩في ٢٠٠٩/٢/٨ , منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq/index-mop.php,تاريخ الزيارة في ٢٠٢١/١٠/٢٤.

إمتداد أثر الرقابة الى عائلة الحدث والتي قد تكون السبب المباشر لجنوحه، فيوجه الإرشاد والعناية الإجتماعية الى الوالدين أو من يقوم مقامهما لمساعدتهما على توفير وسط صالح لأطفالهما لكي يشبوا على الفضيلة[١].

وتجدر الأشارة إلى أن قانون رعاية الأحداث العراقي لايُجيز فرض هذا التدبير في المخالفات وذلك لكونها من الجرائم البسيطة، ومن الجائز فرض هذا التدبير في حالة أرتكاب الحدث سواء اكان صبيا أم فتى جنحة أو جناية عقوبتها السجن المؤبد أو المؤقت، ولايمكن فرضه في حالة ارتكاب الحدث لجريمة عقوبتها الإعدام وجاء في القرار التمييزي: (...إذا كانت عقوبة الجريمة المرتكبة الإعدام فلا يجوز أن يكون التدبير المفروض على المتهم الحدث وضعه تحت مراقبة السلوك لمدة سنة واحدة استدلالاً بالمادة (٧٧/أولاً) من قانون رعاية الأحداث بل يقتضي الإستدلال بالفقرة الثانية من المادة (٧٧) من قانون رعاية الأحداث وأن لايقل التدبير المفروض عليه عن خمس سنوات)[٢] ، علماً أن قانون رعاية الأحداث قد أخذ بتحديد حد أدنى وحد أعلى لمراقبة السلوك[٣]، والجدير بالذكر أن القضاء العراقي يتجه إلى تنزيل مدة التوقيف من مدة مراقبة السلوك حيث جاء في قرار تمييزي: (...إن محكمة أحداث نينوى قررت تنزيل مدة التوقيف التي قضاها الحدث من مدة المراقبة المحكوم بها، وحيث أن قرارها جاء إتباعاً لقرار الهيئة لذلك قُرر تصديقه..)[٤]

وتجد الباحثة أن اتجاه المشرع العراقي في المادة (٩٠/ثالثاً) من قانون رعاية الأحداث العراقي هو: (أخذ موافقة الفتى التحريرية عند إصدار القرار بوضعه تحت مراقبة السلوك) قد جانب الصواب من وجهة نظر الباحثة، وذلك لأن الرضا أمر مفترض وهو حاصل حتماً، ولأنه بالتأكيد سيفضل الحياة خارج أسوار المؤسسات الإصلاحية على المكوث داخلها وتكون الباحثة بذلك قد أيدت رأي الدكتور محمد معروف عبد أالله والدكتور براء منذر عبد أللطيف[٥]، ونُضيف على الرأي المتقدم أنه لايمكن الأعتداد برضى الفتى لكونه ناقص الأهلية.

اكذلك بالنسبة الى تنزيل مدة التوقيف من مدة مراقبة السلوك[٦] قد جانب الصواب من وجهة

١-)٣) خيري العمري وسعدية الرحال وكاظم هندي, الأحداث في التشريع الجنائي العراقي, بغداد , ١٩٥٧, ص١٣٠.

٢- قرار محكمة التمييز الأتحادية بالعدد ٢٣٤٧/جزاء ,متفرقة/١٩٨٥في ١٩٨٥/٩/٩, إبراهيم المشاهدي, المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز , القسم الجنائي مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠، ص٣

٣- يُنظر المادة (٨٩/أولاً) من قانون رعاية الأحداث العراقي.

٤- قرار محكمة التمييز بالعدد ٦٢/موسعة ثانية/١٩٩١في ١٩٩١/٩/٣٠, إبراهيم المشاهدي , المختار من قضاء محكمة التمييز /القسم الجنائي,ج١,منشورات دار الكندي بغداد ,السلسلة القانونية,١٩٩٦,

٥- تبنى هذا الرأي الدكتور محمد معروف عبد أالله مؤلف كتاب علم العقاب والكتور براء منذر عبد أللطيف مؤلف كتاب السياسة الجنائية في قانون رعاية الأحداث

٦- في حال شددت محكمة التمييز مدة التدبير من مراقبة السلوك الى تدبير سالب للحرية نتيجة طعن تمييزي , فإن مدة

نظر الباحثة وذلك لأن التوقيف إجراء تحفظي بينما الوضع تحت المراقبة تدبير علاجي وله شروطه الخاصة[١].

مقارنة مراقبة السلوك مع إيقاف التنفيذ

هناك أوجه تشابه فيما بين النظامين نوجزها فيما يلي:

يشترك النظامان بوحدة الهدف، إذ إن إيقاف التنفيذ يتوخى ايقاف تنفيذ أحكام جزائية صادرة (أي يتحاشى إدخال الحدث إلى السجن وتنفيذ العقوبة عليه)، أما مراقبة السلوك فهو نظام يتوخى ايقاف صدور تدبير بحق الحدث التي بموجبها يودع في الأصلاحية أو سجن الأحداث.

إلا أن النظامين يختلفان عن بعضهما في الأمور الآتية :-

أ. إن إيقاف التنفيذ :هو نظام يخول القاضي سلطة الحكم بإدانة المتهم وتحديد العقوبة المناسبة له مع الأمر بوقف تنفيذها لمدةٍ معينة يحددها القانون[٢] ، وتكون بمثابة مدةٍ للتجربة بالنسبة للمحكوم عليه[٣] ، بينما مراقبة السلوك هومن التدابير العلاجية التي يقصد بها وضع الحدث في بيئته الطبيعية بين أسرته أو في أسرة بديلة إذا كانت أسرته غير صالحة، وذلك بإشراف مراقب السلوك بقصد إصلاحه[٤]

ب. إن مراقبة السلوك هي طريقة إيجابية يقوم بها مراقب السلوك بإرشاد من محكمة الأحداث لتوفير جميع الوسائل الفنية والعلمية للقضاء على عوامل جنوح الأحداث وتأمين إصلاحهم بصورة دائمة، بينما في ايقاف التنفيذ يُلزم الولي أو أحد أقارب الحدث بأن يحرر تعهد بحسن تربيته وتهذيبه خلال مدة إيقاف التنفيذ أي تأمين أصلاح الأحداث بصورة وقتية فقط خلال فترة إيقاف التنفيذ.

ج. إن الحرية في طريقة مراقبة السلوك مقيدة بشروط منصوص عليها قانوناً وهي ان يسلك الحدث سلوكاً حسناً وأن يخبر مراقب السلوك عند انتقال محل سكنه واخذ موافقتهِ عند انتقاله الى عمل آخر أو مدرسة أخرى وأن يكون على إتصال دائم بمراقب السلوك، وأي

مراقبة السلوك تُحتسب من مدة التدبير كما هو الحال في تنزيل مدة الموقوفية للبالغين , القاضي سعاد الدباغ , رئيس محكمة الأحداث سابقا , محاضرات القيت على طلبة المعهد القضائي في ٢٠١٨.

١- يُنظر المادة (٩١) من قانون رعاية الأحداث العراقي

٢- حدد قانون رعاية الأحداث في المادة (٨٠/أولاً) مدة إيقاف التنفيذ بسنتين .

٣- علي حسين خلف والدكتور سلطان عبد القادر الشاوي, المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص٤٧٢.

٤- يُنظر المادة (٨٧)من قانون رعاية الأحداث.

شرط آخـر تـراه المحكمة ضرورياً لضمان نجـاح المراقبة[١]، بينما في إيقـاف التنفيذ يكون مبنيـاً عـلى تعهد ولي أمر الحدث أو أحد أقاربه لقاء مبلـغ يودع في صندوق المحكمة تقدره المحكمة بما يتناسـب وحالة الحدث المادية.

٤. هـو تدبـير يقصد منه حماية الحدث مـن الإنحراف والحيلولة دون عودتـه الى الجريمة[٢]، ويتم اللجوء الى هذا التدبير عندما لاتوجد ضرورة للألتجاء الى التدابير الأخرى الأكثر شدة كالأيـداع في مـدارس التأهيل ، والتسـليم إما أن يتم إلى ذوي الحـدث كأبويه أو أحد أقاربه أو إلى مؤسسـة خيرية أو إجتماعية موثوق بها أو معترف بها من قبل الدولة[٣]، وقد أجاز المـشرع العراقي تسـليم الحدث الى وليه أو أحد أقاربـه في حالة أرتكاب مخالفة أو جنحة[٤].

كمـا رتـب قانون رعاية الأحداث مسـؤولية على من يتسـلم الحـدث بوجوب تعهـدهِ بالمحافظة عـلى سـلوكهِ وتربيتهِ، وهـذا يقتضي إلزام المتعهد أيداع مبلغ من المـال أو بدونه تحدده المحكمة، إذا ماأرتكـب الحـدث مايخل بذلك التعهد نتيجة إهمال من حكم بتسـليمه إليه[٥].

أما بالنسـبة للحدث المرتكب للجناية فشـمل قانون رعاية الاحـداث الصبي الذي يرتكب جريمه معاقبـاً عليهـا بالسـجن المؤبد أو المؤقت بالتسـليم الى وليـه أو أحد ذويـه[٦]، إلا أن المشرع لم يرتب مسـؤولية على متسـلم الحدث إذا ما ارتكب مايخل بالتعهد أسـوةً بمن يحكم إليه بتسـليم الصبي في حال ارتكابة مخالفة أو جنحة، حيث كان الاجدر ترتيب مسؤولية على من يتسلم الحدث عند ارتكابه لجنايـة وفـق ماورد أعلاه لخطورة الفعل المرتكب خاصة وأنَ هدف قانون رعاية الأحداث هو الحد من ظاهرة الجنوح ويعتمد على مسـؤولية الولي في تحقيق أهدافة [٧].

أمـا بالنسـبة لمبلـغ التعهد فقد قصر المشرع العراقـي الحكم بمبلغ التعهد وفـق المادة (٧٥) من قانون رعاية الأحداث على (محكمة الأحداث) في حالة الإخلال بالتعهد، في حين أن المادة (٥٧) اجازت لقـاضي الجنـح في الوحـدة الإدارية التي لاتوجـد فيها محكمة أحـداث النظر في المخالفـات والجنح المعاقـب عليهـا بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سـنوات، أي بمعنى أدق يمكـن لمحكمة الجنح بالمعنى

١- يُنظر المادة (٩١) من قانون رعاية الأحداث.
٢- براء منذر عبد اللطيف , المصدر السابق, ص٢١١.
٣- دور الدولـة التـي تناولهـا البـاب الثالث، المادة (٢٩) من قانـون الرعاية الأجتماعية، رقم ١٢٦ لسـنة ١٩٨٠ المعدل وسبق أن تم تناولها.
٤- يُنظر المادتين(٧٢، ٧٣) من قانون رعاية الأحداث.
٥- يُنظر المادة (٧٥/أولا) من قانون رعاية الأحداث.
٦- يُنظر المادة (٧٦/أولا,ب) من قانون رعاية الأحداث.
٧- يُنظر المادة (٢/ثانياً) من قانون رعاية الأحداث.

المتقدم ان تحكم بالتسليم لذا (ترتأي الباحثة تعديل المادة (٧٥) من قانون رعاية الاحداث بإستبدال عبارة محكمة الاحداث بـ(المحكمة المختصة) لأستيعاب النص لمحكمة الجنح في الوحدة الادارية).

٣. **الانذار:** هو اجراء تقويمي يُتخذ حيال الحدث الذي يُقاضى أمام المحكمة، فهو تنبيه للحدث أو وليه إن وجد شفاهاً وتحريراً بعدم تكرار الحدث لفعل المخالف للقانون في جلسة المحكمة[١] ، وتفرضه المحكمة في حال أرتكب الحدث مخالفة، وهو ليس وجوبيا على المحكمة، بل هو أمر جوازي حيث للمحكمة الخيار إن رأت مصلحة الحدث تقتضي تدبيرا آخر أن تقضي به ومن هذه التدابير هو التسليم[٢]، الذي تناولناه سابقاً.

٤. **الغرامة:** عد قانون رعاية الأحداث الغرامة تدبيراً[٣]،وأجاز فرضها على الحدث سواء أكان صبيا أم فتى في حالة أرتكابهِ مخالفة أو جنحة، كذلك يجوز لمحكمة الأحداث أن تفرض هذا التدبير في الجنح والجنايات المعاقب عليها بالسجن مدة لاتزيد على سبع سنوات، أو الحبس اذا ظهر من تقرير مكتب دراسة الشخصية أو من وقائع الدعوى أن من الأصلح للحدث الحكم عليه بها.

الفرع الثاني : مظاهر حماية الطفل ذات الطابع الاجتماعي في قانون رعاية الأحداث

اذا كانت اجراءات منع ارتكاب الجريمة بالسيطرة على العوامل الدافعة الى ارتكابها، إن لم يكن للحيلولة دون وقوعها، ولتقليل احتمالات ارتكابها وهو من الأمور الهامة التي تدخل في اطار العلوم الجزائية، وهذا فإن ماينص عليه قانون رعاية الأحداث من مبادئ حماية الصغير والحدث والحيلولة دون انحرافهم وتشردهم تتضمن أهمية كبرى في مجالات ما يسمى بالكفاح ضد الجريمة بطريق منع وقوعها وليس انتظار وقوعها فعلاً، لتتخذ بعدئذ اجراءات العلاج بالعقوبة، لذلك كانت جميع قواعد قانون رعاية الأحداث هي من طبيعة التدابير بعضها علاجية ومعظمها احترازية كـ(مراقبة السلوك)[٤].

حيث أن الوقاية من التشرد وانحراف السلوك ترتكز على أُسس ثلاثة :الأول تحديد من هو الصغير أو الحدث المشرد أو المنحرف في سلوكهِ من أجل معالجته وإصلاحه، والثاني يهتم ببيان وسائل المواجهة مع المشَرد أو المنحرف في سلوكه، أما الأساس الثالث فيهتم ببيان وسائل المواجهة

١- عواد حسين ياسين , المصدر السابق- ص١٩٨.
٢- يُنظرالمادة (٧٢) من قانون رعاية الأحداث.
٣- يُنظر المواد (٧٢) و(٧٣/رابعاً) من قانون رعاية الأحداث.
٤- طه عبد الحسين كاظم , المصدر السابق - ص٢٢٧.

مع الولي أو القريب المخل بشروط التسليم، وسنُسلط الضوء على هذهِ الاسس الثلاثة في البنود الآتية:

أولاً: تحديد المشرد ومنحرف السلوك

التشرد: هو حالة من حالات انعدام الترابط والثقة بين المشرد وأسرته ومجتمعهِ، وقد تكون هذهِ الحالة نابعة أصلا من أسرته أو بيئته ثم أنتقلت إليه بحكم انتمائه إلى هذهِ الأسرة أو البيئة، أما الأنحراف فهو الخروج عما تواضع عليه المجتمع السليم من قيم روحية ودينية وتقاليد مرعية وعادات سُنتْ صار لها بحكم تمكنها فيه وتمكنها منه المزيد من القداسة بوصفها مقومات ملتصقة بوجوده وملتحمة به بحيث لايفهم معنى العيش بدونها[١].

وقد حدد المشرع صور التشرد في المادة (٢٤/أولا) من قانون رعاية الأحداث وهي كالأتي:

١. إذا وجد متسولاً في الأماكن العامة أو تصنع الإصابة بجروح أو عاهات أو أستعمل الغش كوسيلة لكسب عطف الجمهور بهدف التسول.
٢. مارس متجولا صبغ الأحذية أو بيع السكائر أو أية مهنة أخرى تعرضه للجنوح، وكان عمره أقل من خمس عشرة سنة .
٣. لم يكن له محل إقامه معين أو أتخذ الأماكن العامة مأوى له.
٤. لم تكن له وسيلة مشروعة للتعيش وليس له ولي أو مرب.
٥. ترك منزل وليه أو المكان الذي وضع فيه بدون عذر مشروع.

مما تقدم ومن وجهة نظر الباحثة وجد أن النص أعلاه يتفق مع المبادئ الأساسية لقانون العمل العراقي في المادة (٦/ثالثا) وهو القضاء الفعلي على عمل الأطفال، خاصة فيمن هم دون الخامسة عشرة من العمر[٢]، وذلك لأن العمل لأقل ممن هم دون السن المذكورة يعرضهم للجنوح، لكن نرى التناقض في الفقرة (ثانيا) من المادة (٢٤) من قانون رعاية الأحداث التي اعتبرت الصغير أو الحدث مشردا إذا مارس أي مهنة أو عمل مع غير ذويه، بينما المادة (١٠٣) من قانون العمل العراقي نصت على أن: (لاتسري أحكام هذا القانون على الأحداث الذين تزيد أعمارهم على (١٥) خمس عشرة سنة ويعملون في وسط عائلي تحت إدارة وإشراف الزوج أو الأب أو الأم أو الأخ التي تنتج من أجل الأستهلاك المحلي ولاتستخدم عمالا بأجر)، أي أن الصغير بموجب قانون رعاية الاحداث لايعتبر مشردا اذا كان يعمل مع ذويه، لكن قانون العمل أباح لمن هم فوق الـ(١٥)سنة حق العمل مع ذويهم المذكورين بالتالي ماهو مصير الصغير الذي يعمل مع ذويه والذي اباح قانون

١- براء منذر عبد اللطيف, المصدر السابق - ص١٦.
٢- يُنظر المادة من قانون العمل.

رعاية الاحداث عمله مع ذويه بينما قيد قانون العمل عمل الحدث للعمل مع ذوية وان يكون العمل استهلاكيا بالتالي ترى الباحثة ضرورة تعديل نص الفقرة (ثانيا) من المادة (٢٤) من قانون رعاية الاحداث لتتفق مع قانون العمل كونهما يصبان في مصلحة الطفل اجتماعيا لأن ذوي الصغير أو الحدث هم مؤتمنون على أبنائهم، كذلك يمكن من وجه نظر الباحثة اضافة حالة الاعتياد على الهروب من المدرسة بالنسبة الصغير والحدث للمادة أعلاه وذلك ليتفق مع قانون التعليم الإلزامي رقم (١١٨) لسنة ١٩٧٦).

أما صور الانحراف نصت عليها المادة (٢٥) من قانون رعاية الأحداث وهي كالأتي:

١. قام بأعمال في أماكن الدعارة أو القمار أو شرب الخمور.
٢. خالط المشردين أو الذين أشتهر عنهم سوء السلوك.
٣. كان مارقاًعلى سلطة وليه.

ومع ذلك يمكن تعديل هذه المادة ايضا بفسح المجال أمام محكمة الأحداث، لتقرر فيما إذا كان الصغير أو الحدث مهددا بالانحراف وفق مايستجد من حالات اجتماعية تنذر بالخطورة، وهذا لايعتبر تعارضا مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وذلك لأن الغرض منه تقرير لحالة مستجدة كشفت عنها ظروف الواقع[١] .

البند ثانياً : وسائل المواجهة مع المشرد أو المنحرف سلوكه:

حالات التشرد وانحراف السلوك بوصفها حالات تنذر بالخطورة ينبغي الوقاية منها ومعالجتها، وهو ماتهدف إليه السياسة الجنائية المعاصرة، لذا كان لابد للمشرع من إيجاد وسائل لمواجهة تلك الحالات، وقد رسمت المادتان (٢٧،٢٦) من قانون رعاية الأحداث الاجراءات التي يمكن اتباعها وتطبيقها على الاحداث الذين شملوا بالمادتين (٢٤، ٢٥) من قانون رعاية الأحداث، ويمكن تسمية تلك الاجراءات بالتدابير الوقائية التي تتخذها محكمة الأحداث بعد احالة المشرد أو المنحرف من قبل محكمة التحقيق ونوجزها بما يلي:-

أ. تسليم الصغير أوالحدث إلى وليه[٢] ليقوم بتنفيذ ما تقرره المحكمة من توصيات في ضوء تقرير مكتب دراسة الشخصية لضمان حسن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي مناسب.
ب. بتسليم الصغير أو الحدث عند عدم وجود ولي له، أو عند أخلاله بالتعهد إلى قريب صالح

١- براء منذر عبد اللطيف، المصدر السابق - ص٢٤.
٢- يُعتبر ولياً:الأب أو الأم أو أي شخص ضم اليه الصغير أو الحدث أو عهد بتربية احدهما بقرار من المحكمة ,المادة (٣/خامسا) من قانون رعاية الأحداث.

لـه بنـاءا على طلبه، ليقوم بتنفيذ مـا تقرره المحكمة من توصيات عـلى ضوء تقرير مكتب دراسـة الشخصية، لضمان حسـن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي مناسب[١].

ج. إيـداع الصغير أو الحـدث في دور الدولة المخصصة لكل منهما و المنصوص عليها في قانون الرعاية الاجتماعية[٢].

د. إذا كان الصغـير أو الحـدث المـشرد مصابا بتخلـف عقلي ، فعلى محكمة الأحـداث أن تقرر إيداعـه في أحـد المعاهد الصحية أو الاجتماعية[٣] المعـدة لهذا الغرض[٤].

هـ. إذا ظهـر للصغـير أو الحـدث الودع وفـق احكام المـادة (٢٦) من قانـون رعاية الاحداث قريب له وطلب تسليمه إليه، فعلى محكمة الأحداث وبعد مراعاة مصلحة الحدث أن تسلمه إليه لضمان حسـن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي مناسب، ويجوز لمحكمة الأحداث أن تراقب تنفيذ التعهد بواسـطة مراقب السـلوك أو باحث اجتماعي لمدة تنسبها[٥].

و. إذا لم يظهر للصغير أو الحدث قريب، وطلب شـخص ملئ حسـن السـيرة والسلوك متحد الجنسـية والدين مع الصغير أو الحدث تسليمه إليه لتربيته وتهذيبه، فلمحكمة الأحداث أن تسلمه إليه لضمان حسن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي مناسب، ولمحكمة الأحداث أن تُراقب تنفيذ التعهد بواسـطة مراقب سلوك أو باحث اجتماعي لمدة تنسبها[٦].

مـع ضرورة بيـان أن التـشرد هو ليس بجريمـة وإنما هو حالة وضع لها المـشرع تدابير وقائية تتخـذ الأجـراءات فيهـا بدعوى موجزة دون توجيـه تهمة[٧]، وحيث أن المقصـود بالإجراءات أعلاه حمايـة الصغـير أو الحـدث والحيلولة دون عودتـه الى التشرد وانحراف السـلوك، من خلال مراقبة تنفيذ المتسلم للتوصيات التي قررتها المحكمة والالتزام بتنفيذها، ولمحكمة الاحداث بناءا على تقرير مقـدم مـن قبل مدير الدار المـودع فيه الصغير أو الحدث أو بطلب من الحدث أو ذويه أو الشـخص المتعهـد بتربيتـه أن تعيـد النظر في القرار الذي أصدرته وفق المـادة (٢٦) من قانون رعاية الاحداث

١- يُنظر المادة (٢٦/أولا) من قانون رعاية الاحداث.

٢- تهـدف دور الدولـة التـي حددهـا قانون الرعاية الاجتماعية رقم (١٢٦) لسـنة ١٩٨٠ إلى رعايـة الأطفال والصغار والأحـداث اللذيـن يعانون من حالات التفـكك الأسري أو من فقدانهم أحد الوالدين أو كليهما وتوفير أجواء سـليمه لهم للتعويـض عن الحنان العائلي الذي أفتقدوه , وتجنب كل مايشـعرهم أنهـم دون الأخرين.المادة (٢٩/أولا) منه.

٣- يهـدف مركـز رعاية المعوقين عقليا ونفسـيا إلى رعاية المعوقين اللذيـن يعانون من حالات عقلية غير اعتيادية , ومن المتخلفين عقليا والمصابين بالأمراض العقلية وحالات الأضطرابات النفسـية ,المادة(٦٠)من قانون الرعاية الأجتماعية .

٤- يُنظر المادة (٢٦/رابعا) من قانون رعاية الأحداث

٥- يُنظر المادة (٢٧/أولا) من قانون رعاية الأحداث

٦- يُنظر المادة (٢٧/ثانيا) من قانون رعاية الأحداث.

٧- براء منذر عبد اللطيف , المصدر السابق - ص٣٢.

وأن تعـدل فيـه بما يتلائم ومصلحة الحدث[١] ، كما قد ذهب المشرع العراقي الى أبعد من ذلك، حيث رتب مسؤولية على من يُحكم له بتسليم الصغير أو الحدث الذي أخل بشروط التعهد الذي تم بموجبه تسـليم الحدث أو الصغير فعلى المحكمة أن تُقرر مايلي :-

أ. إلزام المتعهد بدفع مبلغ الضمان كلاً أو جزءاً.

ب. ايـداع الصغـير أو الحدث في دور الدولـة المخصصة لكل منهما المنصـوص عليها في قانون الرعايـة الاجتماعية أو أية دار اجتماعيـة أخرى معدة لهذا الغرض[٢]

وحسـناً فعل المشرع العراقي في مجازاة تسـلم الحدث عن اخلالهِ بتعهدهِ بحسـن تربية الصغير أو الحدث لأن ذلك سيدفعه الى الحرص التام على مراقبة الصغير أو الحدث والمحافظة علية ووقايته من أسباب الأنحراف أو الجنوح.

البند ثالثاً : مسؤولية الأولياء

الولاية اصطلاحاً: هي تدبير شؤون القاصر من قبل الكبير البالغ القادر عليها[٣]،والولي في اللغة : هو الإمارة والسـلطان، وولاة الأمر توليه جعله واليا[٤]، أما الولي وفق قانون رعاية الأحداث وهو كما أشرنا سـابقا وفق ماتناولته المادة (٣/خامسـاً) هو: (يعتبر ولياً، الأب والأم أو أي شخص ضم إليه صغير أو حدث أو عهد إليه بتربيه أحدهما بقرار من المحكمة) ومفهوم الولاية هي أن الإنسـان (إجتماعي بطبعهِ)،وحيث أن التعاون بين بني البشر ضرورة لابد منها فقد أصبح حقاً أن يمد القوي يـده إلى يـد الضعيف، كما أن على الكبير أن يمد يـده إلى الصغير فمن هنا كان الأمر طبيعياً أن يتولى أمر من لا يقدر على إدارة شؤون نفسه (ولي)، ويبدو أن مهمة الولاية على النفس خطيرة، وأن للولي دوراً حاسـماً في حياة الولد وأثراً كبيراً في تربيته، لاسـيما بعد فترة الادراك وطور التمييز، إذ تظهر للصغير ماله من قوه التقليد والتأثير ودافع الأقتباس ممن يحيطون به ويشرفون على شؤون حياته، وتُقسم الولاية على نوعين:

١. الولاية على النفس

٢. الولاية على المال

ومـا يهمنـا في مطلبنا هذا هـي الولاية على النفس ،ويمكن تعريفها بإنها :سـلطة شرعية خولها

١- يُنظر المادة (٢٨) من قانون رعاية الأحداث .

٢- يُنظر المادة ٢٦/ثانيا) من قانون رعاية الأحداث.

٣- محمد ربيع صباهي, جرائم الأحداث في الشريعة الأسلامية , دار النوادر, ط٢, بيروت , ٢٠١١- ص٢٠.

٤- الفيروز آبادي , المصدر السابق - ص٢٢٨٧.

المشرع لشخص بالغ عاقل قادر على تربية شخص قاصر لأن القاصر عاجز عن القيام بشؤونه بمفرده من هذا وجب على الولي حقوق لهذا الصغير عليه القيام بها لأنها كانت الأساس في قيام الولاية[١].

وحسناً فعل المشرع عندما رتب مسؤولية جزائية على الولي وتراوحت بين فرض عقوبة الغرامة وبين الحبس مدة لاتزيد على سنة[٢]عند أهمال الولي في رعاية الصغير أو الحدث الذي يؤدي الى التشرد والأنحراف، وذلك لأن الرعاية هي من مهام الولاية على النفس بالأضافة الى ولاية التزويج ومايتعلق بها من أحكام، أما ما يهمنا هو ما رتب علية المشرع في قانون رعاية الأحداث من مسؤولية جزائية وهي مهمة الرعاية والتي يُطلق عليها بولاية التعهد والحفظ ومن وظائفها التي يُلزم الولي القيام بها هي التأديب والتهذيب والحفظ والصيانة والأذى الذي يصيب الأخرين من الصغير وتستمر هذهِ الولاية لحين بلوغ الصغير أو الحدث سن الرشد[٣].

وقد أوجب المشرع على محكمة الأحداث أن تقرر سلب الولاية على الصغير أو الحدث إذا حُكم على الولي بجريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة أو بإحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة البغاء، وكان الصغير أو الحدث هو المجني عليه في جميع هذهِ الجرائم[٤].

ولكن هناك حالات أخرى أجازت لعضو الدعاء العام أن يطلب من محكمة الأحداث سلب الولاية انطلاقا من أهداف قانون الأدعاء العام بالأسهام في حماية الأسرة والطفولة[٥]، أو بناءا على طلب الحدث نفسه أو أحد أقارب الصغير أن تقرر محكمة الأحداث سلب الولاية على الصغير أو الحدث لمدة تقدرها وفق الحالات التي حددتها المادة (٣٢) من قانون رعاية الأحداث.

وبعد صدور قرار من محكمة الأحداث بسلب الولاية سواء كان وفق المادة (٣١) أو (٣٢) من قانون رعاية الأحداث بعد أن يُقدم مكتب دراسة الشخصية تقريره بإجراء البحث الأجتماعي والفحص الطبي والنفسي لتقرير مدى تأثير سلب الولاية على الصغير أو الحدث[٦]، فعلى المحكمة اشعار محكمة الأحوال الشخصية بذلك لكونها المحكمة المختصة بأصدار حجة سلب الولاية.

وتؤيد الباحثة المشرع العراقي عند أقراره سلب الولاية وجوبياً أو جوازيا، لأن أرتكاب الولي لجرائم المشار إليها في المادتين (٣١و٣٢) من القانون هي جرائم منافية للقيم الأخلاقية الأصيلة،

١- علي عبد الرزاق حمود السامرائي , المصدر السابق - ص٣٨٢.
٢- يُنظر المادتين(٢٩, ٣٠) من قانون رعاية الأحداث.
٣- محمد ربيع صباهي , المصدر السابق - ص٥٣٦.
٤- يُنظر المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث.
٥- ينظر المادة (٢/سادسا) من قانون الأدعاء العام.
٦- يُنظر المادة (٣٤) من قانون رعاية الأحداث .

وتوجب وبشكل حاسم سلب ولايته على الصغير أو الحدث، لحمايتهما منه بسبب بعده التام عن معاني الإنسانية والخُلق القويم.

كما يمكن لمحكمة الأحداث أن تُقرر الحد من الولاية على الصغير أو الحدث إذا أرتأت أن مصلحته تقضي بذلك، ويتم ذلك بإلزام الولي برعاية الحدث وفق شروط تحددها محكمة الأحداث وتراقب تنفيذها بواسطة مراقب السلوك أو باحث إجتماعي لمدة تقررها المحكمة، فإذا وجدت محكمة الأحداث أن الولي لم يلتزم بتنفيذ شروط الرعاية، بناءا على تقرير مراقب السلوك أو الباحث الأجتماعي أو بطلب من الادعاء العام، فلها أن تقرر سلب ولايته[١].

مما تقدم وجد أن المشرع العراقي قد تنبه الى خطورة الصلة بين إنهيار الأسرة بشكل عام وانهيارها الخُلقي بشكل خاص من جهه، وبين إنحراف الصغار أو الأحداث الذين ينتمون إلى هذهِ الأسرمن جهة أخرى، فأقر سلب الولاية في الحالات التي يكون فيها الصغير أو الحدث معرضاً لخطر الأنحراف وذلك وقايةً لهم من الشطط عن طريق الصواب وضمَهم إلى حيث الحماية والأمن في بيئة جديدة تتوافر فيها مستلزمات الرعاية والوقاية من الأنحراف[٢].

لكن لم تجد الباحثة ما يُشير إلى كيفية معالجة مسألة حق الولي الذي سُلبت ولايته على الصغير أو الحدث، فهل يقوم بطلب أعادة ولايته بعد زوال السبب الذي من أجلة تم سلب الولاية من محكمة الأحداث إعادة ولايته المسلوبة، وإنما ترك تقدير إعادة الولاية المسلوبة الى محكمة الأحداث، وتقترح الباحثة بناءا على ذلك أن يتم تقديم طلب إعادة الولاية الى محكمة الأحداث وأن تقوم المحكمة بالتثبت من صلاحية الولي عن طريق مكتب البحث الأجتماعي ومدى تأثير سلب الولاية على الصغير أو الحدث، وكذلك يمكن الرجوع الى استمارة التقييم في السجن الذي كان مودعا فيه الولي المسلوبة ولايته بسبب صدور حكم قضائي بحقه عن جريمة مخلة بالاخلاق والأداب العامة أو وفق المادة (٤١٣) من قانون العقوبات، للتثبت من سلوكه وفيما اذا تم اصلاحه من عدمه، ايضا يمكن الرجوع الى رأي الأدعاء العام بهذا الخصوص خاصة وأن عضو الأدعاء العام معني بموجب قانون الأدعاء العام بمتابعة تنفيذ الأحكام والقرارات في دائرة الأصلاح العراقية[٣]، كما للأدعاء العام حق تفتيش دائرتي الأصلاح العراقية واصلاح الأحداث[٤] ، لذا ترى الباحثة ضرورة إضافة تعديل بخصوص اعادة الولاية، لا أن يُترك الى تقدير محكمة الأحداث، فحسب، وإنما ضرورة تقديم عضو الادعاء

١- يُنظر المادة (٣٦) من قانون رعاية الأحداث .
٢- براء منذر عبد اللطيف , المصدر السابق - ص٤٩.
٣- يُنظر المادة(١٢/ثانيا) من قانون الأدعاء العام .
٤- يُنظر المادة (٤٥/أولا) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨.

العـام رأيـه بهذا الخصوص لكونه يملك نظرة واضحة من خلال متابعتهِ لتنفيذ العقوبات وزياراتهِ التفتيشـية الى دائرة الاصلاح العراقية فيما اذا كان الولي المسـلوبة ولايته يسـتحق اعادة الولاية من عدمه.

الفرع الثالث: الرعاية اللاحقة

عالج المشرع العراقي في قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسـنة ١٩٨٣ الرعاية اللاحقة في المواد (٩٩إلى ١٠٧) منه، فقد عرفت المادة (٩٩) من القانون المذكور الرعاية اللاحقة حيث جاء فيها أنه : (يقصد بالرعاية اللاحقة رعاية الحدث بعد انتهاء مدة ايداعه مدرسة التأهيل بما يضمن اندماجه في المجتمع وعدم عودته الى الجنوح).

وتبـدو أهميـة الرعايـة اللاحقة للأحداث لما تتميز بهِ هذهِ الفئة عن باقـي المجتمع ، لكونها أكثر حساسـية وأرق مشـاعراً من الفئات الأكبر عمراً، ولما تتميز بهِ هذهِ الفئة في الغالب بضعف المقدرة الماديـة عن مواجهـة متطلبات الحياة خصوصاً بعد الخروج من المؤسسـة التي كانوا مودعين فيها، فالرعايـة اللاحقة هي امتـداد للجهود التهذيبية والتأهيلية التي تبذل اثنـاء تنفيذ التدبير، ويُلزم أن يبـدأ الأعـداد لها مبـاشرةً قبل الأفراج عن الحدث، ويسـتمر بعد ذلك لمتابعة تقويم سـلوكه وتوفير أنسـب صـور الأمن الاجتماعـي والنفسي والاقتصادي لـه في مجتمعهِ، ويُعد الجزء الأخير في مسـار مكافحـة الخطورة الاجرامية، وفي مواجهـة عودة محتملة للوقوع في براثن الجريمة من قبل الحدث الذي كشف بإرتكابه الجريمة السابقة، والتي حُكم عليه التدبير بسببها، والتكييف الصحيح للرعاية اللاحقـة أنهـا (معاملة إصلاحيـة)، تكمل في تطبيقهـا المراحل المتعاقبة من تنفيـذ التدبير وهي على هـذا النحو، تكمل الأجزاء السـابقة من هـذهِ المعادلة بتدعيم آثارها وصيانتهـا، ويجب أن يعهد بها الى متخصصـين يـؤدون عملهم وفق الأصول العلمية والفنية، وأن المشرع العراقي قد قسـم الرعاية اللاحقـة إلى مرحلتـين، في المرحلـة الأولى يتـم متابعة الحدث قبل خروجه من مدرسـة التأهيل ، وفي المرحلة الثانية يتم متابعة الحدث بعد خروجه منها[١] ، لذا سنعرض كلا المرحلتين بإيجاز في البندين التاليين:

البند أولاً : رعاية الحدث قبل الإفراج عنه

أوكل قانـون رعايـة الأحـداث مهمـة علاج الحـدث وتأهيله الى مدرسـة التأهيل، ثـم أناط بهذهِ

١- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي , المصدر السابق - ص٣٣٢.

الإدارة، وبقسم الرعاية اللاحقة مهمة رعاية الحدث قبل انتهاء مدة الإيداع، حيث أوجبت المادة (١٠١) من قانون رعاية الأحداث، على مدرسة التأهيل وقبل انتهاء مدة الايداع بفترة لا تقل عن ثلاثة اشهر، تزويد قسم الرعاية اللاحقة بإسم الحدث مع تقرير مفصل عنه، ووضعه في جناح خاص يوفر له أكبر قدر من الحماية، منح الحدث اجازة بيت، وتكليف الحدث ببعض الاعمال الاضافية داخل المدرسة او خارجها، والهدف من هذهِ الإجراءات، هو تهيئة الحدث وإعداده نفسيا لمغادرة مدرسة التأهيل التي كان مودعا فيها، وهي اجراءات ضرورية لأعادة ثقة الحدث بنفسه وتوطيد حالة الاعتزاز بالذات.

أما الواجبات المنوطة بقسم الرعاية اللاحقة فقد أوجبت المادة (١٠٢) من قانون رعاية الاحداث على القسم المذكور، الأتصال في الحدث قبل خروجه من مدرسة التأهيل عن طريق الباحث الاجتماعي لتزويده بالارشادات اللازمة لمواجهة متطلبات الحياة، والوقوف على مؤهلاته واستعدادتهِ ومدى مطابقتها لشروط العمل الذي يرغب فيه، وكذلك للتعرف على البيئة التي يروم الالتحاق بها بعد خروجه من مدرسة التأهيل، وللمساعدة في تأمين الوثائق التي يروم الحصول عليها لغرض العمل.

البند ثانياً: رعاية الحدث بعد الإفراج عنه

وهي المرحلة الثانية من الرعاية اللاحقة، حيث اناط قانون رعاية الاحداث في مادته الـ(١٠٣) بقسم الرعاية اللاحقة العديد من المهام عند الإفراج، حيث اجاز القانون المذكور لقسم الرعاية اللاحقة ، تقديم منحة مالية مناسبة للحدث، وذلك لمساعدتهِ في إيفاء حاجاته العاجلة أو لأستبدال البيئة التي كان يعيش فيها عند جنوحهِ ، إذا كانت سبباً لذلك، ولم يحدد القانون اوجه صرف المنحة أو مقدارها ، بل ترك ذلك الى نظام مدارس التأهيل الذي أنشئَ بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٦في ١٩٩٩/٧/٢٤فعالجها ولكن بصورة مقتضبة، حيث نصت المادة (١٧/ثانيا) من النظام المذكور على: (يمنح المودع المطلق سراحه تذكرة سفر مجاناً بالقطار بالدرجة السياحية إلى محل إقامته المعتاد، وإذا تعذر ذلك فيزود بأجرة السفر بالسيارة، وحسب الأسعار المقررة رسمياً، مع تخصيص مصروف جيب لا يزيد على دينارين للمعوز منهم)[١].

كما أوجب القانون في المادة (١٠٤) على قسم الرعاية اللاحقة العمل على تأمين دار لأيواء الأحداث الذين انهوا مدة ايداعهم وليس لهم مأوى يلجأون اليه ولمدة لاتزيد على ثلاثة أشهر، كما أوجب القانون على قسم الرعاية اللاحقة الطلب الى محكمة الأحداث لغرض إصدار قرار بإيداع

١- القرار منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٣٧٨٥في ٢/آب/١٩٩٩.

الحـدث لدى احـدى دور الدولة إذا ثبـت أنه فاقد للرعايـة الأسرية[١].

أمـا الانثـى المودعة التي أكملت الثامنة عشرة من عمرها، وكانت فاقدة للرعاية الأسرية أو يخشى على حياتها في حالة تسليمها إلى ذويها، فعلى قسم الرعاية اللاحقة الطلب الى محكمة الأحداث إصدار قرارها بإيداعها في جناح الشـابات البالغات لحين بلوغها الـ(٢٢)سـنة، أو لحين إيجاد حل لمشكلتها إما بالزواج أو إيجاد عمل مناسـب لها[٢].

مما تقدم نجد أن المشرع العراقي راعى عمر الطفل عند أرتكابه لجريمة معينة توجب العقوبة، وقنـن تلـك المراعاة بقانون خاص وهو قانون رعاية الاحداث، الذي رسـم الجزاءات المترتبة على كل فعل يشـكل جريمة يقترفها الطفل، وراعى في تلك الجزاءات أن تكون مخففة وسُـميت بـ(التدابير)، ولكنهـا ليسـت عقوبـة كمـا الحـال في البالغين وذلـك لأن جوهر التدبـير هو إعادة تأهيـل المحكوم عليهم، وذلك حتى يتم معالجة الحدث ليس بعقوبة رادعة ، وإنما بعلاجه اجتماعيا واعادة دمجه في المجتمع كعنصر صالح فيه من خلال الرعاية اللاحقة قبل وبعد الافراج،، كما لا يفوتنا الذكر من أن جميع ما ورد أعلاه لايتم إلا بعد أن يمر الحدث بمحاكمة عادلة تبدأ بمحاكمة سرية وهي قاعدة عامة في قانـون رعايـة الاحداث[٣]، وذلك لأن السرية بهذا المجال تعتبر مبدأً انسـانياً لا يقتصر تطبيقهُ على الأجراءات الجنائية فحسـب، وإنما على معظم المهن الإنسـانية، كالمحامي إذ لا يمكن له افشـاء اسرار موكليه وكذا الحال بالنسـبة للطبيب، ويترتب على عقد قاضي الاحداث لجلسـة علنية البطلان، وذلك لأن السريـة كان قد أريـد بها تحقيق مصالح يحميها النظام العام[٤]، هذا وقد أجاز القانون المذكور منع الحدث من حضور اجراء محاكمته أو إخراجه منها، عند حضوره لها، وذلك لأسباب إما تتعلق بمصلحته كما لوكان متهما بجرائم مخلة بالأخلاق والاداب العام[٥]، وترى الباحثة ضرورة توسيع صلاحيـات المحكمـة بجواز عدم احضار الحدث للجلسـة لأمور أخرى منهـا تتعلق بالمصلحة العامة كمـا لـو كان متهما بإحدى الجرائم الماسـة بأمـن الدولة الخارجي أو الداخـلي وتظهر هذه الصورة واضحة في الأطفال المنتمين للتنظيمات الأرهابية، أو كانت الغاية من ابعاده عن المحاكمة هي الحفاظ على نظام الجلسة هادئا، كمل لو كان المتهم الحدث مصدرا لبعث الضوضاء[٦]، ولكن تبقى الضمانة الأكيـدة التـي لا يمكن ان تسـلب من الحدث حين اسـتمرار المحاكمة في غـير مواجهته، هي ضرورة

١- يُنظر المادة (١٠٥/أولا) من قانون رعاية الأحداث.
٢- يُنظر المادة (١٠٥/ثانياً) من قانون رعاية الاحداث
٣- ينظر المادة (٥٨) من قانون رعاية الأحداث
٤- عبد القادر محمد القيسي, حق المتهم الحدث في محاكمة عادلة , المكتبة القانونية , بغداد - ص٩٠.
٥- يُنظر المادة (٥٩) من قانون رعاية الأحداث.
٦- عبد القادر محمد القيسي, المصدر السابق - ص١٠٦.

وجود من يمثل الحدث في تلك الأجراءات من ولي أو وصي أو محام[١] لغرض الدفاع عنه، هذا فضلا عـن ضرورة احضـار المتهـم الحدث بعد الانتهـاء من الإجـراءات التي اقتضت ابعـاده عن المحاكمة وتبليغـهُ بالاجـراء المتخذ في غيبته[٢]، كذلك الضمانة الأخرى التي وفرها المشرع هي لايمكن محاكمة الحدث غيابيا، وذاك لأنها تتنافى مع السرية التي يتطلب تطبيقها عدم البوح أو إفشـاء مايسـتدل به على أسـم الحدث أو أسرته أو عنوانه أو أسـم مدرسته.

أو أي شـئ يؤدي الى معرفة هويته[٣]، وهذا ما أفصح عنه الإعلان عن المحاكمة وتبليغ المعنيين والطريقـة المتبعـة في الإعلان، مـن خلال ماتحويه ورقة تبليغه من بيانات عن أسـم المطلوب تبليغه وصفته، هذا تعليل من وجهة نظر الباحثة على عدم جواز محاكمة الحدث غيابيا، ولكن المادة (٦٣/ أولا) هـي قاعـدة عامة في محاكمة الحدث ، حتى أن المشرع فرض جـزاءً بحق المخالف لتلك القاعدة بالحبـس أو الغرامـة[٤]، كما لايجوز لمحكمة الأحداث عند اصدار التدبير، أن تقرر حجز أموال المتهم الحـدث المنقولـة وغـير المنقولـة[٥]، كذلك لابـد وأن نبين أن محكمـة الأحداث وإنْ كانـت ذات طابع اجتماعـي تربـوي إلا أنهـا لاتخـرج بطبيعتها في كونهـا محكمة جزائية، لذا لابـد من حضور عضو الأدعاء العام في جلساتها وتقديم طلباته التحريرية بشأنها ومتابعة سيرها لأن ذلك يدخل في صميم واجبات عضو الأدعاء العام[٦]، علما أن قانون الأدعاء العام النافذ رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٧[٧]، قد خلا من أي نص يوجب على عضو الإدعاء العام الحضور في جلسـات محكمة الأحداث، وإنما أنصب على الطعون التمييزية ومراقبة تنفيذ التدابير ومطالعات عضو الأدعاء العام في الأفراج الشرطي، لذا تجد الباحثة ضرورة النص صراحة على دور عضو الأدعاء العام في محكمة الأحداث بخصوص المحاكمة، وقـد يقـول قائـل أن ماتقدم أعلاه هي اجـراءات واجب عـلى المحكمة اتباعها عنـد محاكمة الحدث، لكـن ومـن وجهة نظر الباحثة أن تلك الأجراءات مادامت قـد قُننت بقانون إذن هي أصبحت حقوق وواجب على الدولة حمايتها من خلال القانون، أي أن مهمة القاعدة القانونية الوضعية والدولة التي

١- يُنظر المادة (٦٠) من قانون رعاية الأحداث.

٢- يُنظر المادة (٥٩) من قانون رعاية الاحداث.

٣- يُنظر المادة (٦٣/أولا) من قانون رعاية الأحداث.

٤- يُنظر المادة (٦٣/ثانيا) من قانون رعاية الأحداث.

٥- أكد مجلس القضاء الأعلى بالأعمام المرقم :٢٢٢/مكتب/٢٠٢١في ٢٠٢١/٣/٣,بالأيعاز الى محاكم الأحداث بمراعاة أحـكام المـادة (٦٣) مـن قانون رعاية الأحداث, وذلك من خلال اصدار فقرة حكميـة بالحجز على الأموال المنقولة وغير المنقولة للحدث عملا بأحكام المادة (٣٤) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية.الأمر الذي يؤدي الى طلب رئاسة الادعاء العام نقض الفقرة الحكمية المذكورة لمخالفتها لأحكام المادة (٦٣) من القانون أعلاه.

٦- يُنظر المادة (التاسعة) من قانون الأدعاء العام رقم (١٥٩)لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٧- منشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٣٧ في ٢٠١٧/٣/٦.

تقوم بوضعها لا تقف عند تحديد حقوق كل فرد، بل أن مهمتها الجوهرية هي أن تضمن لكل فرد مامعـترف له به من حقـوق ، فالحق لايكتمل إلا إذا قامت الجماعة بحمايته وتنظيمه[١].

المطلب الثالث

الحماية الجنائية لحقوق الطفل المجني عليه

الطفل بحكم تكوينه العضوي والذهني، لايملك في السـنوات الأولى من عمرهِ القدرة على حماية نفسـه مـن الخطـر أو دفعه، ولايملـك القدرة عـلى ادراك مايحيق به من المخاطر التـي يتعرض لها غـيره مـن الأفـراد الكبـار، ولأن الطفل لا يعيش وحـده، وإنما يعيش على غـيره وفي كنفه، ولو كان لـه مـال يتعيش منه، فهـو دائما بحاجة إلى من يوليه الرعاية التي تتطلـب من الولي أو الراعي الذي يكـون الطفـل في حيازته[٢] ، وقد أفرد المشرع الفصل الخامس من الباب الثامن من قانون العقوبات رقم ١١١لسـنة ١٩٦٩ المعدل للجرائم المتعلقة بالبنـوة ورعاية القاصر وتعريض الصغار والعجزة للخطر وهجر العائلة (الجرائم الأجتماعية)، وتناول كذلك المشرع مسألة العنف ضد الأطفال أي قيد ضربهم بقصد التأديب بشروط معينة تحت موضوع أسـتعمال الحق في تأديب الصغار كسـبب من أسـباب الأباحة[٣]، وذلك من أجل تجريم الايذاء البدني للطفل بقصد التأديب، لذا سـنتناولها بشيء من الايجاز على فرعين:

الفرع الأول: جريمة تعريض الطفل للخطر

نصت المادة (١/٣٨٣) من قانون العقوبات بـ:(... من عرض للخطر سـواء بنفسـه أو بواسطة غيره شخصاً لم يبلغ الخامسة عشرة من عمره ....الخ)، وعلة التجريم هنا ترجع إلى رغبة المشرع في توفير حماية جنائية خاصة للطفل، ضد الأخطار التي يتعرض لها، ويكون من شأنها المساس بحقه في الحياة وفي سلامة الجسم، ومن مميزات هذهِ الصورة من صور الحماية الجنائية للطفل إنها ذات طابـع وقائـي، وبالتالي تنطوي عـلى فعالية كبيرة، لأن النصوص العقابيـة المتعلقة بها تطبق لمجرد تعريـض الطفـل للخطـر دون توقف على حدوث ضرر فعلي بالمجني عليـه، مع اعتبار تحقق الضرر ظرفاً مشـدداً للعقوبة[٤] ، وتقوم هذهِ الجريمة على توافر ثلاثة أركان:

١- دعصمت عبد المجيد بكر, النظرية العامة للحق, المصدر السابق - ص٣٧.
٢- أنيس حسيب السيد المحلاوي، المصدر السابق - ص١٠٨.
٣- يُنظر المادة (١/٤١) من قانون العقوبات.
٤- محمود أحمد طه , المصدر السابق - ص٧٥.

الركـن (١) صفة المجني عليه ، يُشـترط أن يكـون المجني عليه في جريمة تعريض الطفل للخطر المنصوص عليه في المادة (٣٨٣) طفلاً لم يبلغ الخامسة عشرة من عمره ، أما صفة الجاني فيستوي أن يكون من أصول الطفل أو من القائمين على رعايته.

الركـن (٢) الركـن المادي ، يتمثل السـلوك المادي المكون لهذهِ الجريمـة في ترك الطفل وحدهُ في مـكان خـال من النـاس[١]، مما يعني حرمانه مـن العناية التي تقتضيها حالتـه، الأمر الذي يعرض حياته وصحته للخطر، مع التوضيح أنه ليس المقصود أن المكان خالٍ من الناس، أي أن يكون كذلك في جميـع الأوقـات كمنطقة نائية مهجورة مثلاً، وإنما المراد أن يكونَ المحل المذكور خالياً من الناس وقت تعريض الطفل للخطر ولوكان من شـأنه في غير هذا الوقت أن يكون آهلاً بهم كالطريق العام ، فإنه من الجائز أن يعتبر خاليا من الناس في سـاعة متقدمة من الليل ولو كان السـير فيه لاينقطع مطلقـاً أثناء النهار، ومسـألة خلو الشـارع من عدمه مسـألة موضوعية تخضع لتقديـر المحكمة[٢]، ايضا يكون السـلوك الاجرامي بالتعريض للخطر بحرمان الصغير عمداً عن التغذية أو العناية التي تقتضيهـا حالتـه مع إلتـزام الجاني قانوناً أو اتفاقاً أو عرفاً بتقديمها ويسـتوي أن يكون المتهم هو الذي قام بنفسـه بترك الطفل كأن تقع من الشـخص الذي يقوم على تربية الطفل أو مكلف بحفظهِ ورعايتـه، كمـن يتـولى الأشراف على الأطفال في دور الحضانة، سـواء أكان أمه أو أبيه، ولا يُشـترط أن يترتب على ترك الطفل نتيجة أجرامية ضارة، فتتحقق الجريمة حتى لو كان أحد الأشـخاص قد تواجـد مصادفـة في المـكان الذي وقعت فيه الجريمـة وقام بإلتقاط الطفل بعـد تركه بوقت قصير، وبالتالي لم يصب الطفل بأي أذى لأن هذهِ الجريمة من جرائم الخطر التي يعاقب عليها القانون دون تطلـب نتيجة إجرامية مما يعكـس إرادة المشرع في عدم انتظار حدوث ضرر بالطفل لكي يعاقب[٣].

الركن (٣) الركن المعنوي، يُشترط أن يتوافر لدى الجاني نية هجر الطفل أو تركه دون مأوى، وبالطبـع ضرورة أن يعلـم الجاني بأنه يـترك أو يهجر طفلا في مكان خالٍ من الناس وأن الطفل لم يكمل الخامسـة عشرة من عمرهِ، وأن تتوافر لدية الإرادة الحرة الواعية لأرتكاب النشـاط الاجرامي (الترك)[٤] .

العقوبة : عاقب المشرع العراقي على هذهِ الجريمة في صورتين أحداهما بسيطة والأخرى مشددة :-

١. الصـورة البسـيطة : وأخـذت نوعين من عقوبة الحبـس وفق المـادة (١/٣٨٣) من قانون

١- يُنظر المادة (٢/٣٨٣) من قانون العقوبات

٢- أنيس حسيب السيد المحلاوي , المصدر السابق , ص١١٢.

٣- المصدر نفسه ، ص١١٤.

٤- محمود أحمد طه، المصدر السابق - ص٧٨.

العقوبات:

ب. الأولى عاقب المشرع على جريمة التعريض للخطر بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات أو بغرامة ، إذا كانت الجريمة لشخص لم يبلغ الخامسة عشرة .

ج. الثانية :عقوبة الحبس المطلقة وفق الفقرة (٢/الشق الأول) من نفس المادة أعلاه، إذا وقعت الجريمة (الترك) من قبل أصول الطفل المجني عليه أو ممن هو مكلف بحفظه أو رعايته.

٤. الصورة المشددة : قُرر لها العقوبة بمقتضى المادة (٢/٣٨٣) من قانون العقوبات الشق الثاني منها،على نحو يغير وصفها من جنحة الى جناية وذلك الى سببين يرجعان الى النتيجة الإجرامية التي تترتب على الجريمة:

هـ. **السبب الأول:** إذا نشأ عن تعريض الطفل للخطر وتركه في المحل الخال من الناس عاهه أو موته، فيعاقب الجاني بالعقوبة المقررة لجريمة الضرب المفضي إلى العاهة أو الموت.

و. **السبب الثاني:** إذا كان التعريض للخطر بحرمان الصغير[١] عمداً عن التغذية أو العناية التي تقتضيها حالته، مع التزام الجاني قانوناً أو اتفاقاً أو عرفاً بتقديمها.

ومن وجهة نظر الباحثة (وجدت أن القانون لا ينص على تشديد العقوبة فيما إذا نشأ عن فعل الترك عمدا موت الطفل في حين أنه شدد العقوبة فيما كان الجاني غير قاصداً لأحداث النتيجة الجرمية وهي الموت أو العاهة المستديمة، مما يؤدي بالقضاء إلى تكييف الفعل على أساس أحدى جرائم القتل العمدية) ونجد هذا التطبيق في القرار التمييزي الذي جاء فيه : (....فيظهر من ذلك خطورة الإصابة على حياة المجني عليها التي أستمر النزيف لديها أكثر من عشرون يوماً، مما يدل دلالة قاطعة على نية القتل باستعمال طرق وحشية، الأمر الذي يوجب تكييف الفعل المتهم باعتباره جريمة شروع بالقتل العمد باستعمال طرق وحشية وفق أحكام المادة (١/٤٠٦/جـ) من قانون العقوبات وبدلالة المادة (٣١) منه، ولا حضور للجريمة المنضوية تحت حكم المادة (٣٨٣) من قانون العقوبات التي كيف الفعل بموجبها في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، اذ أن هذا الوصف يتعلق بجريمة تعريض شخص لم يتم الخامسة عشرة من عمره أو عاجز عن حماية نفسه من الخطر، وتتحقق عناصر ركنها المادي بوضع ذلك الشخص في محيط غير آمن يحتمل أن يؤدي وجوده فيه إلى ايذاءه أو اصابته بغير قصد بعاهة مستديمة أو يؤدي الى الموت، .....)[٢]

١- الصغير وهو الطفل مادون التاسعة من عمره، وفق المادة (٣/أولا) من قانون رعاية الأحداث.

٢- قرار محكمة استئناف البصرة الأتحادية، بالعدد ١٥٦/ت/جزاء/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١ ، غير منشور

الفرع الثاني : العنف ضد الطفل

أوكلت الطبيعة الإنسانية لرب الأسرة الرقابة والأشراف على اعضائها ، ويتفرع عن هذا الحق سلطته في التوجيه والتهذيب، لمن يخرج بسلوكه عن السلوك المألوف والسوي، وتطبيقاً لذلك فقد أستقرت النظم القانونية على منح هذا الحق لرب الأسرة، وبذلك أباحت له جميع الأفعال التي يباشرها على اعضاء الأسرة استناداً لهذا الحق، وبذلك يكون له حق تأديب صغارها بغية تهذيب أخلاقهم وتقويم سلوكهم، وغرس التعليم فيهم، حتى يصلح حالهم، وبذلك يكونوا اعضاء صالحين في مجتمعهم، والألتزام بالرقابة يقابله حق التأديب، فهذا الحق مخول لكل من يلتزم بالرقابة شرعا أو قانوناً أو عرفاً[١].

وتنص المادة (٤١) من قانون العقوبات بأنه (.....ويعتبر استعمالا للحق تأديب الزوج زوجته وتأديب الآباء والمعلمين ومن في حكمهم الأولاد القصر في حدود ماهو مقرر شرعا أو قانونا أو عرفاً) مما يعني أن حق التأديب[٢] إنما يشمل على سبيل الحصر الزوجة والأولاد[٣]، لكن نرى أن القانون قد أستعان في سبيل ذلك بالأضافة إلى الشريعة الإسلامية فقرر حق التأديب لولي الأمر أو للقائم على تربية الصغير أو للمتولي على تعليمه، فهو للأب، والوصي وولي النفس، وعند عدم وجود الأب يمكن أن يكون للجد أو العم أو الأخ، كذلك أقر القانون حق التأديب للمعلم وهذا الوصف ينصرف الى المعلم في المدرسة، كما ينصرف إلى معلم الحرفة أو المهنة، كما يذهب جانب من الفقة إلى أن حق التأديب مقرر للمخدوم ايضا على الخادم أي استعان بالعرف أيضا، ذلك لأن العرف المستقر يخوله هذا الحق والمشرع العراقي جعل العرف مصدراً من مصادر حق التأديب، بمعنى أن هذا الحق لايقتصر على الأباء والمعلمين[٤]، لذا نتناول تأديب الأطفال من حيث شروطه وعدم تجاوز هذا الحق بما هو مقرر شرعا وقانونا وعرفاً لصلته بموضوع بحثنا هذا.

شروط التأديب

كما مر بنا سابقا أن المادة (٤١) من قانون العقوبات قد أقرت حق تأديب الصغار وأحالت بشأنه الى الشريعة الأسلامية ولذلك يتعين الألتزام بالشروط المحددة لهذا الحق شرعاً، وذلك لأن الأسلام عُني بتقويم النشئ تقويماً ينشأ عنه تقويم الأخلاق، وتهذيب السلوك وإتباع الآداب الحسنة، فعُني بالتوجيه والتربية عناية فائقة، واتخذ الوسائل المؤدية لذلك وضبطها ضبطاً دقيقاً، ولم يغفل

١- أنيس حسيب السيد المحلاوي ، المصدر السابق - ص١٢٥

٢- بمعنى الضرب، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي , المصدر السابق - ص١٤٨.

٣- علي حسين خلف وسلطان عبد القادر الشاوي، المصدر السابق - ص٢٦١.

٤- ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق - ص٣٤٠.

الفقة الإسلامي بيان ذلك، حتى يكون أولياء الأمر والموجهون على بصيرة وبينه بها، وحتى لايهمل خوفاً من استخدام بعض وسائل التربية إشفاقاً وحتى لايتجاوز الحد في استخدامها، لذا فشروط التأديب شرعاً هي ذاتها شروط تأديب الزوجة، حيث يُشترط أن يكون التأديب لذنب فعله الصغير لا لذنب يخشى أن يفعله، وأن يكون الضرب غير مبرح متفقاً مع حالة الصغير وسنه، وأن يتقي به المواضع الخطرة من الجسم كالوجه والرأس والبطن، وألا يتجاوز في عدد الضربات عن ثلاث وهو القدر الكافي لأصلاحهِ وتأديبه، وأن يكون بقصد التأديب، وأن لايسرف فيه وأن يكون مما يعتبره مثلة تأديبا للصغير، وألا يُضرب ضرباً فاحشاً وهو الذي يكسر العظم أو يخرق الجلد ويسوده، وأن يكون النطاق المشروع الذي يُراعى فيه التخفيف، بحيث لايترتب عليه أي قطع أو جرح أو إصابة تؤثر على أداء عضو لوظيفته، وغير ذلك من الأحكام التي فيها الرفق، مما يؤدي إلى تأديب الصغار، ولا يتعداه إلى غيره من الانتقام والغضب، لأن المقصود من الضرب هو التأديب لا الهلاك ، فإذا كان الضرب في هذهِ الحدود فلا مسؤولية على الضارب ، لأن الفعل مباح[١] ، لذا نستنتج مما تقدم :-

١. حق التأديب حق مقرر للتأديب أو التعليم ، فإن ابتغت به غاية أخرى كإنتقام أو تعذيب أو مجرد الإهانة أو الإذلال ، أو ضرب الأب أبنة لحمله على التسول فلامجال للإباحة.
٢. حق التأديب مقيد من حيث وسيلته، فالضرب تأديباً يتعين أن يكون خفيفاً، فإن كان جسيماً فهو غير مباح، والضرب المباح شرعاً لايجوز أن يتعدى الضرب البسيط الذي لا يحدث كسراً أو جرحاً ولايترك أثراً ولا ينشأ عنه مرض، ويتعين إلا يكون بغير اليد كالسوط والعصى، ولا يتجاوز الثلاث، وأن تُتقى به المواضع الخطرة من الجسم، كالرأس والوجه، فإذا تجاوز الضارب هذهِ الحدود حق عليه العقاب المقرر لجريمة الضرب[٢].

وتضيف الباحثة شرطا ثالثا لا بد منه وهو يجب أن يكون فعل التأديب(الضرب) في حدود الأستعمال المشروع للحق، والحدود التي ترسم نطاق الحق، تختلف بإختلاف الحقوق ومصادرها، ومن أجل هذا لا بد أن يُحدد الحق ومصدره لكي نستطيع تعيين حدود استعماله المشروع، فحق تأديب القُصر يرسم حدوده قانون العقوبات العراقي في المادة (٤١) منه، وفق القانون والشرع والعرف، إذن شرط (وجود الحق والتزام حدوده) من شروط أستعمال حق التأديب.

هذا وتجد الباحثة أن العنف ضد الأطفال لايقتصر على التعنيف الجسدي بالضرب بدون وجه حق أو بتجاوز حق التأديب، وإنما يتعداة الى العنف النفسي أو الأهمال الذي يؤدي الى الضرر النفسي للطفل، ويمكن استنتاج ذلك من عرض الطفل على اللجان الطبية النفسية ، لبيان مدى تضرر الطفل

١- أنيس حسيب السيد المحلاوي، المصدر السابق - ص١٢١.
٢- أنيس حسيب السيد المحلاوي، المصدرالسابق - ص١٢٨.

نفسيا ، نتيجة المعاملة السيئة أو الأهمال بحقهِ .

الفرع الثالث: وسائل الأعلام وعلاقتها بالطفل

تعتبر وسـائل الإعلام والاتصال أداة من أدوات الثقافة والمعرفة التي تؤثر في تكوين شـخصية الفـرد وتوجيه سـلوكه، وفي وقتنا الحاضر ازدادت خطورة وسـائل الإعـلام والاتصال، لما نتج عن التقدم العلمي من سرعة وتدفق في نقل المعلومات دون ضابط أو رقابة، ومعلوم أن الإنسـان يميل بطبعـه إلى اكتشـاف الأشـياء وتقليد مصدرها، ممـا يزيد من خطورة هذهِ الوسـائل خاصة إذا كان المتلقي طفلا يسـهل قيادته وتوجيهه.

ووسـائل الإعـلام والاتصال متعـددة، منها ماهو مقـروء كالصحف والمجـلات والكتب الأدبية، ومنها ماهو مرئي أو مسموع كالتلفزيون والراديو والسينما والمسرح والفيديو ومنها ما هو مقروء ومرئي في ذات الوقت كالأنترنت، وقت أصبحت تلك الوسـائل من الأدوات الهامة التي يتوقف عليها تثقيـف الأجيال الجديدة، وإمدادها بوسـائل المعرفـة، وتأثيرها يمتد إلى كل من يتصل بها من جميع الأعمار، لذا فقد يكون لها دور ايجابي إذا تم توجيهها التوجيه السـليم، وقد يكون لها دور سـلبي مدمـر إذا أُسيء اسـتخدامها، وسـنتحدث بشـئ مـن الايجاز ومـدى تأثيرها على السـلوك الإجرامي للأطفال وموقف المـشرع منها وفق البنود التالية:

البند أولا: وسائل الإعلام المقروءة وعلاقتها بالجريمة

تتمثل وسـائل الإعلام المقروءة في الصحف والمجلات والكتب الأدبية، أو بعبارة أخرى الصحافة والأدب،، إذ يتوقف أثر الصحف والمجلات، التي لايخلو منزل من واحدة أو أكثر منها، حيث تأثيرها على جنوح الاحداث على قدر المساحة التي تخصصها لأخبار الجريمة والمجرمين، وعلى كيفية عرض هذهِ الأخبار والهدف من ذلك .بالأضافة إلى أنه عند نشر أخبار الجريمة، الاقتصار على ذكر الأوصاف القانونية للجريمة، وإظهار مساوئها وخطورتها، والعقاب الذي فرضه القانون لها دون الاسترسال في ذكر هذهِ الأوصاف وتفصيلها بدقة،كما يجب أن يتم صياغة الخبر بشـكل لا يسـمح التعاطف مع مرتكبها.

أمـا الأدب، فلـه أثر كبـير في إعمال الفكر وتحريك ملكة التخيل لدى القُراء خاصة فيمن هم دون الثامنة عشر من العمر، ويختلف أثر الأدب على الإجرام تبعا لطبيعة العمل الأدبي، فهناك من الأعمال الأدبية ماهدف الى تربية النفس وبث القيم السامية واحترام الغير ونبذ الرذيلة والعنف، فهنا يكون لـلأدب اثـر ايجابـي كعامل مانع من الإجـرام، وبالمقابل هنـاك أعمال ادبية ينصـب موضوعها على

العنـف أو الجنـس أو الخيانـة أو النصب أو غير ذلك من الموضوعات الإجرامية، ومما لاشـك فيه أن هذهِ الأعمال تؤثر على نفسية القارئ وتعتبر عاملا مشجعا على الجريمة، فالروايات والأعمال الأدبية البوليسـية تصور للقارئ أسـاليب ارتكاب جرائم العنف كالقتل والضرب والجرح وذكاء المجرم في الإفـلات مـن قبضة العدالة، مما يُشـجع الأفراد على تقليـد بطل الرواية أو القصـة وبالتالي ارتكاب الجريمة[١] .

البند ثانياً : وسائل الإعلام المرئية والمسموعة وعلاقتها بالجريمة

تتمثـل وسـائل الإعـلام المرئيـة والمسـموعة في التلفزيون والسـينما والمـسرح والفيديو وقارئ الأقراص الصلبة المغنطة (D.V.D) وماعلى شاكلتها، أما المسموعة فتتمثل أساساً في الراديو، وتبدو أهميـة هـذهِ الوسـائل في اتصال ملايين الأفراد وشـغفهم بها، ويمكن عن طريـق تلقيهم العديد من المعـارف والمثـل والقيـم الذي يؤثـر في توجيه سـلوكهم ، وهذهِ الوسـائل كغيرها يمكـن أن يكون لهـا أثـر ايجابي في منع الفـرد من الجريمة، وذلك إذا قدمت هذهِ الوسـائل ماتحتـوي عليه من قيم ومثـل ومعـارف بصـورة جيدة، أما إذا حـدث العكس وقدم الجنـاة بصورة الأبطـال، وتم التركيز على العنف، فإن تأثيرها السـلبي سـيكون مضاعفـاً لدى المراهقين، نظرا لضعف نفسـيتهم وميلهم الشـديد إلى التقليد. فكثير من دور السـينما والمسارح بالإضافة إلى التلفزيون والفيديو والـD.V.D تعـرض العديـد من أفلام العنف مما يقوي المشـاعر العدوانية لدى جمهور المشـاهدين، الذي يغلب عليهـم كونهـم من الأطفال والمراهقـين، وتعرض البطل المنتـصر دائماً مهما كانـت الأخطار، الأمر الـذي يدفع بالمشـاهد إلى تقليده إعجاباً به، كما أن تلك المشـاهد تعرض المجـرم في كثير من الأحيان كضحيـة للمجتمـع، مما يدفع الأفـراد إلى التعاطف معه، وربما على حسـاب العدالة ، كما أن التعود على مشـاهدة أفلام العنف يصيب الفرد بالإرهاق النفسي والجسـدي ويخلق نوعا من فقدان الصلة بالواقـع الاجتماعـي، كما يخلق نوعا مـن التعود على الجريمة مما يضعف قـدرة الفرد على مقاومة البواعث الشريرة الدافعـة إلى الجريمة[٢].

ممـا تقـدم يتضح لنا الدور الخطير الذي تلعبه وسـائل الإعلام والأتصال المرئية والمسـموعة في تكوين سـلوك الفرد بصفة عامة والسـلوك الإجرامي بصفة خاصة، الأمر الذي يجب أن يُدرك معه القائمين على تلك الوسـائل أهمية وجود الرقابة عليها وتقديم ماتنطوي عليه بصورة لاتؤثر سـلباً على سـلوك المشاهدين أو المستمعين.

١- بكري يوسف بكري, الجرائم الأعلامية ضد الحداث،ط١، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية ، ٢٠١١، ص١٣.
٢-)١) بكري يوسف بكري , المصدر السابق - ص١٨.

البند ثالثاً : وسائل الإعلام المقروءة والمرئية وعلاقتها بالجريمة

تتمثل وسائل الإعلام المقروءة والمرئية في ذات الوقت وبصفة أساسية في الإنترنت[١]

فهذهِ الوسيلة تسمح بالإطلاع والتزود بالمعلومات في صورة نصوص وصور مرئية، مع إمكانية بثها وإرسالها للغير في ثوان معدودة، ومما لاشك فيه أن صعوبة خضوع هذهِ الوسيلة للرقابة وخروجها من الضوابط القانونية كان له أثر كبير في ازدياد معدل الإجرام المعلوماتي كالسرقة والنصب والتجسس والتلاعب في البيانات المصرفية، كما ازداد معدل الجرائم اللاأخلاقية كالحديث عن الجنس وممارسته بالصوت والصورة عبر الإنترنت ونشر الصور ومقاطع الأفلام المسجلة والنصوص الجنسية عبر الإنترنت، كما أصبح من الممكن عقد الصفقات المجرمة كصفقات السلاح والمخدرات عبر الإنترنت والإنضمام إلى بعض المجموعات الإرهابية.

وتأتي أهمية الإنترنت في دراستنا الموجزة هذهِ من حيث أنها تعتبر وسيلة هامة من الوسائل الإعلامية التي يتم من خلالها التأثير بصورة مباشرة على الأطفال خاصة في من هم بدور المراهقة، حيث نجد أن المراهق يهوى التمرد على القديم مهما كان هذا القديم صحيحا، والنزوع الى التجدد مهما كان هذا التجدد خاطئا، ولأنه يمر بتغيرات نفسية وفكرية حادة بسبب نموه الجسدي المفاجئ ، لابد من الاشارة الى أن الدكتور علي الوردي ذكر (ان التطور يأتي بمحاسنه ومساوئه ، حيث أن التقدم التكنولوجي وعصر الكمبيوتر والاجهزة الالكترونية ووسائل التعليم الحديثة، قد سهل كثيرا حياة الناس اليومية، وساعد على نضوج الطفل فكريا أسرع مما كان سابقا، وأصبحت الثقافة العامة متوفرة في كل بيت بفضل أجهزة التلفزيون والفيديو وغيرها، بينما كانت وسائل الثقافة العامة تقتصر سابقاً على الذين يتابعونها في الكتب والمجلات ويستطيعون ارتياد المسارح ودور السينما والمعارض الفنية، نجد اليوم أن الثقافة العامة والاعمال الادبية والفنية أصبحت متوفرة ليس للمتابعين والمهتمين لها فقط ، بل لربة البيت والكبار والصغار على سواء بفضل أجهزة الراديو والتلفزيون والفيديو فهذا شيء جيد أن يلم الصغار والكبار بالأعمال الفنية والأدبية ويتابعون اعمالا كهذهِ في بيوتهم بسهولة، وتتوفر الثقافة العامة للجميع، لكن السيء في الأمر أن هذهِ الوسائل لاتنشر البرامج الثقافية والادبية والفنية فقط، بل توجد برامج أخرى قد يشاهدها الكبار والصغار مثل المسلسلات والبرامج التي تجسد وسائل العنف والجريمة بشكل فني تجاري متقن بحيث يجعل

١- الأنترنت : شبكة معلومات دولية تتألف من مجموعة كبيرة من الحاسبات الألية التي ترتبط ببعضها من خلال خطوط تليفونية، أو من خلال الأقمار الصناعية، وهي تتيح لأي مستخدم يملك موقع عليها أو يدخل إليها أن يتصل بغيرة من المستخدمين الآخرين أيا كان موقع كل منهم على سطح الكرة الأرضية أو في الفضاء: د. بكري يوسف بكري - ص١٨.

من الجريمة دراما شـيقة محببة ويؤثر على نفسـية الطفل والحدث على سواء)[١].

البند رابعاً: موقف المشرع العراقي من الإعلام الخاص بالطفولة

التفـت المـشرع العراقـي إلى أهميـة الإعلام بالنسـبة للأطفال فأسـس دار ثقافـة الأطفال:وهي مؤسسـة إعلامية تهتـم بتثقيف الاطفال من خلال اصدارات تتناسـب مع قابليـات الطفل العمرية، حيث تأسسـت تلك الدار بناءً على تعليمات رقم (٣) لسـنة ١٩٩٨ اسـتناداً إلى أحكام البند (أولاً) من المـادة (١٠) مـن قانون وزارة الثقافة والإعلام رقم (٩٤) لسـنة ١٩٨١ ، وقـد حددت أهداف الدار بالمادة (١) حيث نصت على: (تهدف دار ثقافة الاطفال إلى رعاية الاطفال ثقافيا بما يضمن تربيتهم على أسـس علميـة ووطنية وقومية متطورة وسـليمة وتوجيه قدراتهم وإطـلاق طاقاتهم في الخلق والإبـداع وإعـداد أجيال واعية منهم وقادرة على النهـوض بالمهام الوطنية ...).

وحددت المادة (٢) الوسائل أي تعمل على تحقيق تلك الاهداف وهي كما يلي:

١. القيام بالدراسـات والبحوث وإعداد الخطط ذات المدى القريب والبعيد بهدف تربية الطفل وتثقيفه.
٢. إصـدار الكتـب والمجـلات والمطبوعـات وتوفير المسـتلزمات الثقافيـة والتربويـة الأخرى كالأفـلام والآلات الموسـيقية وغيرها.
٣. التعـاون مـع مختلف دوائر الوزارة بشـأن الفعاليات الخاصة بالأطفال حسـب اختصاص كل منهم والتنسـيق مع وزارة التربية لإرسـاء الأسـس العلمية واعتمادها في تربية الأطفال.

وتتلخـص الفعاليات الثقافيـة لدار ثقافة الأطفال تحقيقاً لأهدافها اصدار العدد الأسـبوعي من مجلـة (مجلتـي) وهـي موجهه للأطفال لمن بلغ السـابعة من العمر الى سـن السـابعة عشر، ومجلة المزمار(للفتيان)، كما أصدرت الدار سلسـلة مكتبة الطفل، وهي سلسـلة معنية بنشر الكتب الموجهة للأطفـال تتناول مختلف موضوعات الحياة، ومختلـف صنوف المعرفة، وللفئات العمرية كافة، كما انتجت الدار الاعمال المسرحية والسينمائية الخاصة بالأطفال، واقامة المهرجانات الثقافية والدورات التدريبيـة ومعارض ورسـوم الأطفال ومعارض المطبوعـات الخاصة بالأطفال[٢]

ممـا تقـدم تجـد الباحثة الاهميـة البالغة لأثر الاعلام بكافة وسـائلة على تنشـئة الطفل تنشـئة صحيحـة وغـرس مبادئ وقيم المجتمـع العراقي، لكن لابد مـن تفعيل دور الرقابـة خاصة لأولياء الأمور والقائمين على تربية ورعاية الأطفال،على ابنائهم ومن هم برعايتهم من الوقوع في مسـتنقع

١- وهبية شوكت محمد, العوامل النفسية في جنوح الأحداث, مطبعة الحوادث, بغداد , ١٩٩٠, ص٨٤.
٢- طه عبد الحسين كاظم , المصدرالسابق - ص٢٠٠.

الـشر، حيـث تجد الباحثـة بضرورة اضافـة تعديل لقانون رعايـة الأحداث في المـادة (٢٥) واعتبار الطفـل منحـرف السـلوك اذا ماثبـت قيامه بأعمال نـشر كل مايُعتبر اسـاءة الى الغير مـن صور أو عبـارات أو حتـى تعليقـات سـلبية، وعلى غـرار ذلك يتـم تعديل المـادة (٢٩) بإضافـة اخلال الولي لمسؤوليته بمراقبة الحدث عند استخدام الوسائل الإعلامية، للتقليل من حالات جنوح الاحداث بسبب الاعـلام وخاصـة الانترنت، وتفعيـل دور الرقابة الفنية على الافـلام والمصنفات الفنية.

الخاتمة

تنـاول بحثنـا هذا مسـألة حيوية، يتم الجدل حولهـا، وهي الحماية الجنائيـة للطفل في القانون العراقـي، ونجد أن القوانين العراقية قد أسـتقت الأسـاس الذي تقوم عليـه في حماية حقوق الطفل من الشريعة الأسلامية، وهذا مانجده واضحا في الكثير من نصوص القانون، أما عن اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ والتي صادق عليها العراق بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٤، فإنها لم تأتِ بجديد على القوانين العراقية وإنما اضافت التزاما دوليا للعراق فقط ،وتتجلى أهمية القانون بالنسبة لمظاهر الحماية الجنائية للطفل بالنتائج الآتية:

١. لـم يورد المشرع العراقي تعريفا محدداً للمسـؤولية الجزائيـة بينما نظم احكامها في المواد من (٦٠إلى ٦٥) من قانون العقوبات.
٢. يتفق القانون العراقي في تحديد أسـاس المسؤولية الجزائية مع الفقة الإسلامي، الذي يقيم مسؤولية الانسان عن افعاله على اساس قدرته على اختيار مايأتيه من أفعال بحرية كاملة.
٣. رتب المشرع مسـؤولية جزائية مخففة للأحداث بموجـب قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسـنة ١٩٨٣ مقارنـة بالبالغين، مراعـاة للمرحلة العمرية التي يمر بهـا الطفل، مع امتناع تلك المسـؤولية على الصغير دون التاسـعة من العمر ولكن هذا لاينفي مسـؤوليته المدنية في التعويض لجبر الضرر.
٤. قانـون رعايـة الاحـداث نظـم الحمايـة الجزائية للطفل عـلى نوعـين الأولى تتضمن فرض التدابير العلاجية وألاخرى اجتماعية خاصة بالمشرين ومنحرفي السلوك كالتسليم أو الأيداع في احد دور الدولة.
٥. ايضـا نظم قانون رعاية الأحداث نظاماً يُهـيء الحدث الذي قضى تدبيرا معينا الى الاندماج في المجتمـع كعنـصر صالحاً فية من خلال الرعاية اللاحقة والتي تكون على مرحلتين الأولى قبل الأفراج والأخرى بعد الافراج.

٦. عالـج المشرع مسـألة العنف ضـد الأطفال تحت مصطلح التأديـب وقيده بشروط معينة في حال تجاوزها لايُعفى المتسـبب فيها من ايقاع العقوبة المناسـبة بحقه.

٧. راعـى المـشرع مـن الناحية الاعلاميـة الاطفال ومدى تأثـيرة عليهم فأصـدر مجلتين وهما (مجلتـي والمزمار) تحاكي كل منهمـا فئة معينة.

التوصيات

تعديـل المـادة (٢٤) من قانون رعاية الأحداث باضافة البند (ثالثاً) ونقترح ان تنص على: (يعتبر الصغير مشرداً اذا وجد هارباً من المدرسـة) ، الامر الذي يؤدي الى معاقبة وليه في حال اهماله مرة اخرى بالهروب وفق المادة (٢٦) من قانون رعاية الاحداث.

للأعـلام دور في الحـد مـن ظاهرة جنـوح الأحداث ، من خـلال محتويات العـرض التلفزيوني للمحطات العراقية ، لذا يُستحسـن أن يتجه الاعلام الى نشر ثقافة التسـامح، والتواصل الاجتماعي ، وعـدم التمرد على اولياء الامـور او الملاكات التربوية.

تفعيل دور رقابة اولياء الامور على من هم برعايتهم بأطلاعهم على مواقع التواصل الاجتماعي، ويكون ذلك من خلال فرض عقوبة على ولي الأمر تدخل في نطاق الأهمال في قانون رعاية الأحداث، عند جنوح ممن هو برعايته نتيجة لتلك المواقع.

المصادر

*القرآن الكريم

أولاً : المعاجم اللغوية

مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي معجم القاموس المحيط ، ط٣، دارالمعرفة ، بيروت ، ٢٠٠٨

ثانياً : الكتب القانونية

١. **إبراهيـم المشـاهدي / المختـار مـن قضـاء محكمة التمييز ،القسـم الجنائـي،ج١، دار الكندي، بغـداد، ١٩٩٦.**

٢. **إبراهيم المشـاهدي / المختار من قضاء محكمة التمييز،القسـم الجنائي، ج٣، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨.**

٣. **أنيـس حسـيب المحلاوي / نطاق الحمايـة الجنائية للأطفـال، ط١، دارالفكر العربي، الإسكندرية ، ٢٠١٦**

٤. بـراء منـذر عبـد اللطيـف / السياسـة الجنائيـة في قانون رعايـة الأحـداث، ط١، دار الحامد،عمـان،٢٠٠٨.

٥. بكـري يوسـف بكـري / الجرائـم الإعلاميةضـد الأحـداث ،ط١،دار الفكـر الجامعي، الإسـكندرية، ٢٠١١.

٦. تميـم طاهـر أحمـد الجـادر والآء عزيـز كريـم / المصلحـة في إنعـدام المسـؤولية الجزائية،المكتبـة القانونيـة ، بغـداد ، ٢٠٢١.

٧. جلال ثروت / قانون العقوبات،القسم العام الدار الجامعية، بيروت ،١٩٨٦.

٨. حسن علي الذنون / النظرية العامة للألتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٧٦.

٩. حيـدر أدهـم الطائـي / أحـكام جنـسي الشـخص الطبيعـي والمعنـوي في التشريعات العراقيـة، ط١ دارالسـنهوري، بـيروت، ٢٠١٦.

١٠. خيري العمري وكاظم هندي وسعدية الرحال / الأحداث في التشريع الجنائي العراقي، بغداد،١٩٥٧.

١١. د.نبيـل إبراهيـم سـعد / المدخـل إلى القانـون، نظريـة الحـق،ط١، منشـورات الحلبي الحقوقيـة ، بـيروت، ٢٠١٠.

١٢. رحيـم حسـن العكيـلي / دراسـات في قانون المرافعـات المدنية، مكتبة صبـاح، بغداد ، ٢٠٠٦

١٣. رشيد عالي الكيلاني / نظريات عامة في الحقوق الجزائية ، ط٢، مطبعة الأهالي، بغداد ، ١٩٣٣.

١٤. سليمان عبد المنعم / دراسة معمقة في قانون العقوبات، دارالسنهوري، بيروت،٢٠٠٢.

١٥. طه عبد الحسين كاظم / التشريعات القانونية في رعاية الأحداث ، ط١، دارالفراهيدي ، بغداد، ٢٠١٦

١٦. عباس العبودي / شرح أحكام قانون الجنسية العراقي، دارالسنهوري، بغداد،٢٠١٥.

١٧. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي/ القانون الدولي الخاص، دارالسنهوري ، بيروت،٢٠١٨.

١٨. عبـد الفتـاح بهيـج عبـد الدايم علي العـوادي / جريمـة خطف الأطفـال ، ط١، المركز القومـي للأصـدارات القانونيـة ، القاهرة ،٢٠٠٣.

١٩. عبـد القـادر إبراهيـم علي / محـاضرات في شرح قانـون الأحوال الشـخصية ، بغداد، ١٩٨٤.

٢٠. عبدالقادر محمد القيسي / حق المتهم الحدث في محاكمة عادلة، المكتبة القانونية، بغداد،٢٠١٠.

٢١. عبد المجيد الحكيم / الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر اللألتزام ، مكتبة القانون ، ج١، بغداد، ١٩٧٧.

٢٢. عبد الهادي العلاق / الوجيز في شرح قانون رعاية القاصرين، الطبعةالثانية، مطبعة الصباح ، بغداد،٢٠١٤.

٢٣. عصمت عبد المجيد بكر / النظرية العامة للقانون ، ط١ ، مكتبة الوفاء القانونية، الأسكندرية،٢٠٢١.

٢٤. عصمت عبد المجيد بكر / أحكام رعاية القاصرين ، ط١، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١،

٢٥. علاء الدين خروفة / شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة المعارف، ج٢، بغداد،١٩٦٣

٢٦. علي الشيخ إبراهيم المبارك / حماية الجنين في الشريعة والقانون ، المكتب الجامعي الحديث، الأسكندرية، ٢٠٠٩.

٢٧. علي حسين خلفود و سلطان عبد القادرالشاوي / المبادئ العامة في قانون العقوبات،المكتبة القانونية ،٢٠١٠.

٢٨. علي عبد العالي الأسدي / المرجع الجامع في الأحوال الشخصية ، ط١،المكتبة القانونية، بغداد،٢٠٢١.

٢٩. علي عبدالرزاق السامرائي / أحكام الصغير في الشريعة الأسلامية والقانون، ط١، دار الوارث، كربلاء،٢٠١٣.

٣٠. عماد الجواهري / حقوق الأم والطفل ، شركة الطيف للطباعة، بغداد ، ٢٠٠٥.

٣١. عواد حسين ياسين العبيدي / شرح قانون رعاية الأحداث، ط١، دارالجيل العربي ،الموصل،٢٠١٢.

٣٢. غالب حسن التميمي / المختزل في شرح قانون العمل ، طبعة جديدة ، المكتبة القانونية، بغداد ،٢٠١٩.

٣٣. غالب علي الداودي وحسين مهدي الهداوي / القانون الدولي الخاص،ج٢، المكتبة القانونية ، بغداد ،٢٠٠٩.

٣٤. فاروق عبد الله كريم / الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط١، مكتبة يادكار، سليمانية، ٢٠٢٠.

٣٥. فتوح عبد الله الشاذلي / المسؤولية الجنائية ، دارالمطبوعات الجامعية ، القاهرة ،

٢٠٠٦.
٣٦. فوزي رشيد / الشرائع العراقية القديمة ، ط١،دارالحرية ،بغداد،١٩٧٩.
٣٧. قيس لطيف التميمي / شرح قانون العقوبات العراقي،دار السنهوري، بيروت ، ٢٠١٩
٣٨. كاظم عبد جاسم الزيدي / حقوق الطفل في القانون العراقي ، ط١، مكتبة القانون والقضاء، بغداد ،٢٠١٤.
٣٩. ماهر صالح علاوي الجبوري / حقوق الانسان والطفل والديمقراطية، ط١، دار أبن الأثير، الموصل،٢٠٠٩
٤٠. ماهر عبد درة شويش / الأحكام العامة في قانون العقوبات، جامعة الموصل،١٩٩٠.
٤١. محمدربيع صباهي / جرائم الأحداث في الشريعة الأسلامية، ط٢، دار النوادر، بيروت، ٢٠١١.
٤٢. محمد باقر الصدر / الفتاوى الواضحة، الطبعة العاشرة ، ج١، دار التعارف للمطبوعات، بيروت ٢٠١١.
٤٣. محمد جلال حسن المزوري / القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية ، ٢٠١٨.
٤٤. محمد حسن كشكول وعباس السعدي / شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١.
٤٥. محمد حسين منصور / نظرية الحق، منشورات الحلبي القانونية، ط١ ، بيروت ، ٢٠١٠.
٤٦. محمد علي سويلم / الإسناد في المواد الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية،٢٠٠٦.
٤٧. محمد متولي الشعراوي / تفسير وخواطر الإمام ، ج١٠ ، ج١٢، ج١٦ ، ج٢٠ دار النور ، القاهرة ، ٢٠١٠.
٤٨. محمود أحمد طه / الحماية الجنائية للطفل المجني عليه ، ط٧ ، ٢٠١٥.
٤٩. محمود عبد الحي محمد / الأهتمام بالطفولة، وأثره في منح الأنحراف وتحقيق التنمية، ط١، دارالفكروالقانون، القاهرة،٢٠١٨
٥٠. معتز فيصل العباسي / أحكام المعاهدات الدولية في القانون الدولي والقانون العراقي،ط١،دار الإسلام، بغداد،٢٠١٨.
٥١. ميسون علي عبد الهادي الحسناوي / الإدراك في المسؤولية المدنية ، المكتب الجامعي

الحديث،الاسكندرية، ٢٠١٩.

٥٢. **وهيبة شوكت محمد / العوامل النفسية في جنوح الأحداث، مطبعة الحوادث، بغداد، ١٩٩٠.**

٥٣. **ياسر باسم ذنون / الإيضاحات في شرح قانون الولادات والوفيات ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠٢١**

٥٤. **ياسين السيد طاهر الياسري / الوافي في شرح قانون الجنسية العراقي، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد ،٢٠١١.**

ثالثاً : الرسائل الجامعية

مداني هجيرة نشيدة حقوق الطفل بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، ٢٠١٢.

رابعاً : القرارات التمييزية المنشورة

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٠٢/حجة قيمومة /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/١٧ (منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq/index-mop.php)

٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦٩/ إيقاف الحكم على الحدث /٢٠٠٩ في٢٠٠٩/٢/٨ (منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq/index-mop.php)

٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٩٣/الحكم على الحدث /٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/١٦ (منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq/index-mop.php)

٤. قرار المحكمة الأتحادية العليا بالعدد ٣٠/اتحادية/تمييز/٢٠٠٨ في ٢٠١١/١٠/١٩ (منشور على الموقع الالكترونيللمحكمة الاتحادية العليا www.iraqfsc.iq/index-ar.php)

خامساً: القرارات التمييزية غير المنشورة

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٨٨٢/هيئةالأحوال الشخصية الأولى الشخصية /٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/١٢/٢٧

٢. قرارمحكمة التمييز الاتحادية بالعدد٢٧١٢/هيئةالأحوالالشخصيةالأولى/٢٠٠٧ في١١/ ١٠/ ٢٠٠٧

٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٥٣٩/هيئةالأحوال الشخصية الأولى /٢٠٠٨في١٤/ ١/ ٢٠٠٨

٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٥٨/هيئةالأحوال الشخصية الأولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/١٠

٥. قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعـدد ٩٧٤/هيئةالأحـوال الشـخصية الأولى/٢٠١١في ٢٠١١/٣/٢٧

٦. قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد ٤١٤٣/هيئةالأحوال الشـخصية الأولى الشـخصية /٢٠١١ في ٢٠١١/٨/٢٣

٧. قرار المحكمة الأتحادية العليا بالعدد ٦٠/اتحادية/تمييز/٢٠١١ في ٢٠١١/١٠/١٩

٨. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٨٠٢/هيئةالأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠١٢في ٢٠١٢/٣/١٩

٩. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٩٣٠٠/هيئةالأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١٢/٣

١٠. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٤٨٥٢/هيئةالأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠١٧في ٢٠١٧/٨/٢٢

١١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٢٢٦/الهيئة المدنية/٢٠٢١ في٢٠٢١/٣/٣١

١٢. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ١١/هيئـة الأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١/٤

١٣. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٢٩٥٠/هيئةالأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢٥

١٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٧٦٦/هيئة الأحوال الشـخصية والمواد الشـخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٦

١٥. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعدد٣٦٧١/هيئـة الأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٦

١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٤٠١/هيئة الأحوال الشـخصية والمواد الشـخصية /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/١٠

١٧. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ١٠٨٢/هيئـة الأحـوال الشـخصيةو المـواد الشـخصية/٢٠١٨ في٢٠١٨/١١/٤

١٨. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد ٦٣٠٦/هيئةالأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٥/٤

١٩. قرار محكمة استئناف البصرة الاتحادية بالعدد ١٥٦/ت/جزاء/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١

٢٠. قـرار محكمة التمييز الاتحاديـة بالعدد ١٦٠٨/الهيئة الجزائية الأولى/الأحداث /٢٠٢١ في

٢٠٢١/٧/٢٧ .

سادساً : قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل

قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٩

سابعاً : المجلات

١. ضحى محمد سعيد النعمان وعمر رياض أحمد حفظ أموال القاصر، دراسة تحليلية مقارنة بحث منشور في المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية ، ٢٠١٨

٢. عبد الرسول كريم أبو صبيع الأختصاص القضائي في دعاوى الجنسية ، بحث منشور في مجلة الكوفة،العدد ٥، ٢٠١٠.

٣. قتيبة كريم سلمان حقوق الطفل بين الشريعة والقانون الدولي والدستور العراقي ، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، عدد ٣٥، جزء٣ ، ٢٠١٦

ثامناً : البحوث القضائية

١. رجاءعبد الزهرة الجبوري دراسة وبحث حول الحماية القانونية للطفل ، وزارة العدل ،١٩٩١.

٢. سرهد سليمان أحمد أحكام تصحيح وتبديل الأسم واللقب والتولد ، بحث ترقية الى الصنف الثالث ، مجلس قضاء أقليم كردستان ، ٢٠١٦.

٣. سعاد الدباغ محاضرات القيت على طلبة المعهد القضائي ، بغداد ، ٢٠١٨.

تاسعاً : التشريعات

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠.

٢. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٣. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٤. قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٣ المعدل.

٦. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٦.

٧. قانون تسجيل الولادات والوفيات رقم ١٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٨. قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ .

٩. قانون الوقاية من الإشعاعات المؤينة رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٠.

١٠. قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل.

١١. قانون الرعاية الأجتماعيةرقم ١٢٦لسنة ١٩٨٠ المعدل.

١٢. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٧٢ في ١٩٨٢/٢/١٦
١٣. قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣المعدل.
١٤. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
١٥. قانون الجنية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.
١٦. قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥.
١٧. قانون البطاقة الوطنية رقم ٣لسنة ٢٠١٦.
١٨. قانون الأدعاء العام رقم ٤٩لسنة ٢٠١٧.
١٩. قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

عاشراً : الاتفاقيات

١. اتفاقية العمل العربية رقم ١٣٨لسنة ١٩٧٣
٢. اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩
٣. اتفاقية أسوأ اشكال عمل الأطفال رقم ١٨٢لسنة ١٩٩٩

حادي عشر : الانظمة والتعليمات

١. نظام رياض الأطفال رقم ١١ لسنة ١٩٧٨.
٢. نظام المدارس الابتدائية رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٨.
٣. تعليمات مدارس اليافعين رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٠
٤. تعليمات تأسيس دار ثقافة الأطفال رقم ٣ لسنة ١٩٩٨
٥. تعليمات رقم ١لسنة ٢٠١١ الخاصة بمصرف الرافدين .

ثاني عشر : الاعمامات

اعمام مجلس القضاء الاعلى بالعدد :٢٢٢/مكتب/٢٠٢١في ٣/٣/٢٠٢١.

ثالث عشر : مواقع التواصل الاجتماعي (الانترنت)

١. القاضي ناصر عمران القاصر المتزوج بإذن المحكمة بين الحماية القانونية والمسؤولية المدنية ، مقال منشور على الموقع الألكتروني ، منشور على موقع مجلس القضاء الأعلى www.hjc.iq/index-mop.php.
٢. الملاحظـات الختامية للجنة حقوق الطفل منشـورة على الموقـع /http://www.unhchr.ch /tbs/doc.nsf
٣. قاعدة التشريعات العراقية / قانون الجنسية العراقية الملغي: http://www.iraqld.hjc.iq.
٤. موقع وزارة العمل والشؤون الاجتماعية /هيئة رعاية الطفولة www.molsa.gov.iq\index.php

الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة في القانون العراقي

القاضي سلام زيدان

المستخلص

من الاعراف والتقاليد الاجتماعية السائدة في المجتمع العراقي ان تتم بعض المراسيم والإجراءات قبل الزواج ومن اهم هذه المراسيم قيام الخطبة بين الرجل والمرأة ، وهوإعلان لرغبة الرجل في الزواج من امرأةبعينها ٠ لا تعدالخطوبة ضماناً نهائياً لإتمام عقد الزواج ، والخطبة قد تقع من الرجل أو من المرأة أو من وليها ، والى هذه الطبيعة أشارت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل إن (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا) ٠

لما كانت الخطبة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي ، مجرد وعد بالزواج فأنها لا تتضمن عنصر الإلزام القاطع ، ومن ثم فلكل من طرفيها العدول عن إتمام الزواج دون أن يملك الطرف الأخر – أو غيره – حق الإلزام بإتمام الزواج والعقد ، ولا يؤثر في هذا الحكم أن يكون قد تم الاتفاق على المهر أو حتى دفعه ٠

ورغم طبيعة الخطبة هذه ، إلا انه قد تنتج عن العدول عن الخطبة وإتمام الزواج عدة أثار مادية ومعنويةتتمثل بالحق المدني في الدعوى سنحاول إيضاحهافي هذا البحث ٠

وسنتناول بشكل موجز الاساليب القانونية في معالجة الاثار الناجمة عن العدول عن الخطبة عند العراقيين من المسلمين ومن المسيحين كافة

Abstract

One of the customs & traditions in Iraqi society is making some ceremonies and procedures before marriage such as the engagement between man and woman، which is a declaration made by man that he is willing to get married to a certain woman، and engagement is not considered as a final guarantee to fulfill marriage contract، and engagement may occur from man، woman or her guardian. And according to that، the third term of Article three of Personal Status Law of number 188 for the year 1959 amended referred to that (The promise of marriage & reading Surat Al-Fatiha are not considered as a contract).

Although engagement in Islamic Law & Iraqi Law is just a promise of marriage، it doesn't include the element of absolute commitment، so each one of the its two sides has the right to renounce the fulfillment of marriage without having the right to oblige the fulfillment of marriage by the other side or anyone else، and this verdict is not affected by agreeing on the dowry or even having been paid.

Although the nature of this engagement، renouncing this engagement may have material & moral consequences represented by the civil right in litigation that we will try to clarify in this research.

And we will briefly discuss the legal ways of dealing with the consequences caused by renouncing engagement among Iraqis whether they are muslims or christians.

المقدمة

إن أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ تسري على جميع العراقيين بصرف النظر عن الدين الذي يعتنقونه ألا من استثنى منهم بقانون خاص ، وذلك استناداً لأحكام الفقرة (١) من المادة الثانية من القانون التي تنص على : (تسري إحكام هذا القانون على العراقيين ألا من استثنى منهم بقانون خاص) ويفهم من هذا النص خروج طائفتين من الناس من إحكام هذا القانون وهما :

الطائفة الأولى / غير العراقيين ٠

الطائفة الثانية / العراقيين من غير المسلمين

لذا سنقسم الموضوع إلى مبحثين ، سنتناول في المبحث الأول منه ، موضوع العدول عن الخطبة في قانون الأحوال الشخصية ، ويشمل بأحكام هذا القانون جميع العراقيين من المسلمين بصرف النظر عن مذهبهم وكذلك العراقيين من غير المسلمين الذين لا توجد لديهم أحكام وقواعد فقهية خاصة بهم – ومنشورة قانوناً – كبعض الطوائف المسيحية وطائفة الصابئة والطائفة اليزيدية ٠ اما غير العراقيين فيسري بحقهم قانون الأحوال الشخصية للأجانب ٧٨ لسنة ١٩٣١ وان هذا القانون تضمن أحكام ومبادي خاصة لن نتناول هذه الفئة من المستثنين من القانون في بحثنا٠

أما في المبحث الثاني فستناول موضوع ، العدول عن الخطبة بالنسبة لغير المسلمين من العراقيين ، ويشمل بهذا القسم ، العراقيين من غير المسلمين الذي نشرت إحكامهم وقواعدهم الفقهية في الوقائع العراقية دون الطوائف الأخرى ٠وسيخرج من نطاق هذا البحث والدراسة تفاصيل الخطبة واحاكمها الشرعية والخطبة لدى العراقيين من المسلمين وكذلك الآراء الفقهية الاسلامية بمدارسها المختلفة ،كما لن نتناول الاحكام والدراسات الكنسية لدى الطوائف الدينية الاخرى ٠وسيتم الاستعانة بالمراجع الحديثة التي تناولت الموضوع٠

ونتمنى صادقين التوفيق في توضيح الموضوع مثار البحث ٠ ومن الله التوفيق

المبحث الأول

العدول عن الخطبة في قانون الأحوال الشخصية

الخطبة من اهم المراحل التي تمر بها الحياة الزوجية وخاصة في العصر الحديث ، فبعد ان كانت الخطبة قبل عقود من الزمن مجرد مرحلة لأعداد الخاطب متطلبات الزواج و استعداد المخطوبة نفسيا للأمر ، والامتناع عن خطبة الغير ، واعلان للجميع برغبة الرجل بالزواج منها ولا يستغرق الامر الا فترة وجيزة ، اصبحت الخطبة الان يعد لها من الجميع (الخاطبين وذويهما) بالكثير من الحذر والدراسة والحوار والنقاش بينهم ومع ذلك يصاحب ذلك في نهاية الامر عارض او مانع شرعي او اجتماعي يحول دون اتمام الخطبةمما يترتب على ذلك الكثير من الاثار القانونية.

والخطبة لغة : هي طلب المرأة للزواج، جاء في تاج العروس : خطب المرأة يخطبها، و هي كلمة كانت العرب تتزوج بها، و منها ما جاء في حديث الرسول (صلى الله عليه و اله و سلم) - الا يخطب الرجل على خطبة اخيه- فالخطبة في الحديث : ان يخطب الرجل المرأة، فتركن عليه و يتفقا على صداق معلوم و لم يبقى إلا العقد [١]

و تعريف الخطبة لغة ايضا (بكسر الخاء من خطب المرأة الى القوم اذا طلب ان يتزوج منهم، و يفتح بضم الخاء من خطب القوم و وعضهم و جمعها خطب و الفاعل خطيب)[٢].

و الخطبة في القانون العراقي : هي طلب الرجل الزواج بامرأة سواء توجه بالطلب اليها او الى اهلها و هي اعلان رغبة و وعد غير ملزم بالزواج .

وسوف نتناول الموضوع من الناحية القانونية بشكل موجز في مطلبين الاول : طبيعة الخطبة قانوناً، وفي الثاني : الآثار الناجمة عن العدول عن الخطبة .

المطلب الاول

طبيعة الخطبة قانوناً

الخطبة ، إعلان لرغبة الرجل في الزواج من امرأةبعينها ٠ وغالباً ما تقترن الخطبة بقراءة سورة الفاتحة بين الخاطب والمخطوبة ، أعلانا للارتباط الأولي وتثبيتا للوعد بالزواج بينهما [٣] ٠

١- نقلا عن د. محمد سمارة، احكام و اثار الزوجية- شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية- ، ط ٢، ص ٢٨ ، وفيه تعريفات عدة ونصوص من القوانين العربية المختلفة للأحوال الشخصية لا اهمية لذكرها هنا ٠

٢- د. بدران ابو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الاسلام، القاهرة ، ط ٢ ، ص ١٩.

٣- د. أحمد علي الخطيب و – د. حميد عبيد الكبيسي و- د. محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى١٩٨٠، مطبعة جامعة الموصل ، ص ٢٤ .

والخطبة وسيلة للزواج وليست غاية في ذاتها ، ولا تعد ضماناً نهائياً لإتمامه والخطبة قد تقع من الرجل أو من المرأة أو من وليها ، وجمهور الفقهاء – يجيزون للمرأة أن تخطب الرجل ٠ والخطبة من الناحية القانونية ليست عقداً ، وإنما هي أشبه بوعد بالزواج لا يلزم احد من المتواعدين بإمضاء العقد.[١]

والخطبة لا تعتبر عقداً ، لأنها خلت من الأركان التي يجب توفها في العقد وهي الرضا والمحل والسبب كما أن العقود الشكلية تحتاج فضلاً عن شروط الانعقاد إلى ركن أخر هو الشكل الذي يريده القانون مع ان الزواج لا يعد الشكل فيها والتسجيل لدى المحكمة ركنا في عقد الزواج [٢] ، والى هذه الطبيعة أشارت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل إن (الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا) ٠

والخطبة أو الوعد بالزواج أو قراءة الفاتحة ،ألفاظ مترادفة تعني أن العقد لم ينعقد بعد ، وإنما الأمر لا يزال في مراحله الأولى من التشاور والتداول وان وعداً قد تم بين طرفين وهو وعد غير ملزم من الناحية القانونية ٠[٣]

المطلب الثاني

الآثار الناجمة على العدول عن الخطبة في القانون

لما كانت الخطبة في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي مجرد وعد بالزواج فأنها لا تتضمن عنصر الإلزام القاطع ، ومن ثم فلكل من طرفيها العدول عن إتمام الزواج دون أن يملك الطرف الأخر – أو غيره – حق الإلزام بإتمام الزواجوالعقد ، ولا يؤثر في هذا الحكم أن يكون قد تم الاتفاق على المهر أو حتى دفعه [٤] .

ورغم طبيعة الخطبة هذه ، إلا انه قد تنتج عن العدول عن الخطبة وإتمام الزواج عدة آثار

١- القاضي عباس زيدان السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، هيئة المعاهد الفنية ، معهد الإدارة التقني ، طبعة ١٩٩٤ ، ص

٢-د. أحمد علي الخطيب و – د- حميد عبيد الكبيسي و- د – محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الطبعة الأولى١٩٨٠، مطبعة جامعة الموصل ، ص ٢٤ .

٣- د. أحمد علي الخطيب وجماعته ، المصدر السابق ، ص٢٤ .

٤- د. محمد بلتاجي، في إحكام الأسرة – الجزء الأول ، الناشر مكتبة الشباب ، جامعة القاهرة ، طبعة١٩٨٦ ،ص١١٣

مادية ومعنويةتنسحب الى الخاطبين تتمثل بالحق المدني في الدعوى[١] سنحاول إيضاحها في ثلاث فروع فيما يأتي : -

١. قضية الضرر.
٢. قضية ما انفق من الهدايا والهبات .
٣. قضية ما سلم للمخطوبة من المال كجزء من المهر .

الفرع الاول : قضية الضرر في القانون العراقي

إن قضية الضرر متصورة ، إذا كان العدول عن الخطبة قد تم برغبة طرف واحد منهما والطرف الأخر يعلن تمسكه بالخطبة ويطالب بإتمام الأمر بعقد الزواج وأمثلة ذلك الضرر كثيرة ، منها ما تسبب أضراراً مادية والأخرى ما تسبب اضراراًمعنوية نذكر بعضمنها على سبيل التمثيل لا الحصر .

أ. قد يحبس الرجل المرأة على نفسه بخطبتها فيحرمها من أن يتقدم إليها غيره ممن يساويه أو يفضلهُ وبعد أن تأخذ هي و أهلها في الاستعداد للزواج نفسياً ومادياً ويقومون في سبيل ذلك بخطوات عملية تكلفهم مالاً ثم إذا بالخاطب يعلمهم بالعدول عن الخطبة وعزمهُ على عدم الأقدام على العقد ، وفي هذا من الأضرار الحق بهم مالياً ونفسياً [٢].

ب. كأن تترك المخطوبة وظيفتها أثناء الخطبة بناء» على رغبة الخاطب ٠

ج. يقوم الخاطب بشراء أثاث لبيت الزوجية بثمن لا يمكن الحصول عليه بتمامه عند بيعه فرضاً بعد العدول عن الخطبة [٣].

إن هذه الأمثلة وغيرها كثير ، متصورة في الحياة العملية وتقع كثيرا حسب المشاهدات والوقائع اليومية ، إذن ما هو حكم القانون والقضاء في العراق لمثل هذه القضايا ؟ سنتناول ذلك في القانون اولا بعد ذلك نرى بعد ذلك هل عُرضت على القضاء العراقي مثل هذه الحالاتام لا ؟

أولاً / موقف القانون العراقي من هذه القضية

وفق أحكام الفقه الإسلامي فأن هناك قاعدتان تتجاذبان قضية الضرر الناجم عن العدول عن

١- وهناك أثار جزائية متعدد ، فقد تنتج عن فترة الخطبة والوعد بالزواج درجات من العلاقات الحميمة والاختلاط الجنسي الذي ينتج عنها أفعال معاقب عليها قانوناً ، حيث التفت قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩إلى مثل هذه الحالة ونص في المادة (٣٩٥) منه على (من أغوى أنثى أتمت الثامنة عشرة العمر بوعد الزواج فواقعها ثم رفض بعد الزواج بها يعاقب بالحبس) ، واذا تمت المواقعة دون رضا الانثى قد تكون بابا لأفعال جرمية اخرى لا اهمية لذكرها ٠

٢- د. محمد بلتاجي ، المصدر السابق ، ص ١١٥

٣- د. احمد علي الخطيب ، المصدر السابق، ص ٢٧

الخـــطبة : القاعدة الأولى (لا ضرر ولا ضرار)[١]

وهـي تقـضي بوجـوب التعويـض عن الضرر الـذي أصاب أحـد الطرفين جراء عـدول الآخر ٠ والقاعـدة الثانيـة (الجواز الشرعي ينـافي الضمان)[٢] .

وهي تقضي بأن لا مسـؤولية على واحد منهما تجاه الآخر ، لأنه يسـتعمل حقه الشرعي لأن عقد الزواج قائم على الرضا والإقناع .

لـذا لا يوجـد نص محدد فقهاً للحكـم في مثل هذه القضية ٠ وحقيقة الأمـر فيما يتعلق بقضية الـضرر الناجـم عـن العدول عن الخطبة ، أن الحياة الإنسـانية في العهود السـابقة ، كانت تجري في مثـل هذه الأمور على شيء من البسـاطة واليسر ، فلم تكن الخطبة تسـتمر فـترة طويلة ، وإذا رغب احد الطرفين أن يترك الطرف الأخر فان هذا كان يحدث ببساطة ولما يكن احد منهما قد تكلف – في معظـم الأحـوال – ما يسـتحق التعويض من مـال أو غيره كما أن التزام العائلات الإسـلامية عندئذ بعـدم اختلاط الخطيبين ألا بعد العقد .

واذا تكلف احد الطرفين شـيئاً من المال بسـب الخطبة فان المروءة والالتزام والتعفف عن اخذ العوض في مثل هذه الأمور لم تكن تفسـح مجالاً لطلب التعويض أمام القضاء [٣].

ولكن الأمور قد تغيرت وتعقدت وبعدت عن بسـاطتها الأولى وخالف الناسـفي شيء منها أحكام الشريعة وعادات قومهم السـابقة ، فأصبح من المحتم على الفقه الإسـلامي المعاصر إن يجتهد في الإجابة على مثل هذا السـؤال !

ولمعالجة الحالات المسـتجدة ظهرت في مصر اراء فقهية و قضائية عدة ، فراي اجاب لا يسـوغ التعويض وليس لقاضي ان يحكم به ، لان العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط ،ولان العـادل بحكـم القانون يسـترد هديـاه فكيف يغرم مالا ولا ضمان في اسـتعمال الحـق وبهذا اخذت محكمـة الاسـتئناف الوطنيـة في كثـير مما عرض لهـا من خصومـات ،ويميل البعـض في راي اخر بالتعويض بسبب عدول الاخر عن الزواج ضرر فلا ضرر ولا ضرار ، وازالة الضرر هو التعويض[٤] .

وللشـيخ محمد أبو زهرةرائيا وسـطا اصبح معولا عليه لاحقا بين الفقهاء والقضاة في مصر اذ قال « وفي الحق انا لا نستطيع ان نقر الراي الاول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بأطلاق ، كما

١- نصت على هذه القاعدة الفقهية المادة (٢١٦) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ٠

٢- نصت على هذه القاعدة الفقهية المادة ٦ من القانون المدني٠

٣- د. محمد بلتاجي ، المصدر السابق ، ص١١٥ .

٤- بتصرف من محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ،ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ،القاهرة ، الطبعة الثالثة، ١٩٥٧،ص٣٨

لا نستطيع ان نقر الراي الثاني ، بل نقول قولا وسطا فنقرر ان العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض ، لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسببفي اضرار نزلت بالمخطوبة لا لمجرد الخطبة والعدول ، فيعوض وان لم يكن كذلك فلا يعوض[١] ولقد بحث العلامة الدكتور عبدالرزاق السنهوري هذه المسألة في معرض كلامه عن المسؤولية في استعمال الحق وانتهى انه إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرراً لأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[٢]، وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض المصرية واستقرت الأحكام عندهم[٣]

إن قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، لم يتناول في نصوصه حكما لقضية الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة ، لذا نرى بأنه يتم الرجوع قانوناً إلى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ، حسب منطوق الفقرة (٢) من المادة الأولى من القانون (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمةً لنصوص هذا القانون) ٠ ومما لا شك فيه أن هذه الفقرة حررت القضاء الشرعي في العراق من التمسك بمذهب واحد والعمل به والاقتصار عليه فحسب لأنها حققت اليسر الذي قصد إليه الدين الإسلامي[٤]

ثانيا :- موقف القضاء العراقي من هذه القضية٠

لم نجد في القضاء العراقي وعلى رأسه قضاء محكمة التميز الاتحادية ، سابقة قضائية واحدة تعالج مسالة الضرر الذي يلحق بأحد الخطيبين من جراء العدول عن الخطبة لكي نقف علىرأيه بهذا الشأن إذا لم يصادف أن رفعت دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر المتأتي من العدول عن الخطبة أمام القضاء العراقي[٥] رغم حصول واقعة (العدول) كثيراً في المجتمع المعاصر ، إذ أن عادات وتقاليد المجتمع العراقي ما زالت تأنف من رفع مثل هذه الوقائع والخوض فيها أمام القضاء .

ويرى بعض شراح القانون بان أحكام الشريعة الإسلاميةونصوص القانون المدني العراقي لا تمنع طلب التعويض عن الضرر الذي يصيب الخاطب أو المخطوبة من عدول احدهما عن الخطبة

١- محمد ابو زهرة ، المصدر السابق، ص ٤٠

٢- نقلا عن أستاذنا القاضي الشيخ عبدالقادر إبراهيم علي ، المحاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية ، محاضرات مطبوعة على الرونيو، بغداد مكتب- أبو محمد شارع المتنبي ، ١٩٨٤ ، ص٥٩

٣- . د- محمد بلتاجي ، المصدر السابق ، ص١١٦

٤- القاضي علاء الدين خروفة ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، الجزء الأول ، مطبعة العاني ، بغداد- ١٩٦٢،ص ٤١

٥- القاضي الشيخ عبدالقادر إبراهيم علي ، المصدر السابق ، ص٥٩٠

سـواء كان الضرر مادياً أو كان الضرر أدبياً [١].

إلا أن القضـاء في مـصر قـد تصـدى لمثل هذه القضية وأصـدر أحكامه فيها ٠ وقد اسـتقر على الحكم بالتعويض إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسـؤولية التقصيرية لا العقدية [٢]

وبوجهةالنظر المتقدمة أخذ مشروع قانون الأحوال الشـخصية العربي الموحد فنصت المادة (٤) منه على انه (إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر يتحمل المتسبب التعويض) [٣]

ويفهـم مـن هـذا النص ، أن حـق طلب التعويـض يكون للمتضرر مـن العدول خاطبـاً كان أو مخطوبة ، وان المحكمة المختصة للنظر في معرفة المتسبب للضرر ونوعه هي المحكمة المدنية وليست المحكمة الشرعية لان الخطبة ليسـت بعقد ، و هذا ما سـار عليه القضاء المدني في مصر – كما اشرنا سابقاً –

الفرع الثاني : قضية الهدايا والهبات بين الخاطبين

غالباًما يتبادل الخاطبان خلال فترة الخطبة بعض الهدايا ، وربما قد يهدي بعض الأقارب لهما أو لاحدهما بعض الهدايا ، فما هو حكم هذه الهدايا بعد العدول عن الخطبة ؟

الصحيح أن الخاطب والمخطوبة حيث يقدم كل منهما هدية إلى الأخر فأنه يقصد من ذلك توثيق الصلة والود بينهما ، وهو أمر معنوي غير منضبط مادياً وهو مجرد أمل ورجاء[٤].

فأعتبر قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ هذه الهدايا بحكم الهبة وبالتالي تسري عليه أحكام الهبة ، والى ذلك أشـارت الفقرة (٣) من المادة التاسـعة عشرة من القانون (تسري على الهدايا أحكام الهبة) ، ووفق هذا النص أحال المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية إلى أحكام القانون المدني المتعلقة بالهبة والرجوع فيها وتناول القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ عقد الهبة واحكامهامن المادة (٦٠١) إلى المادة (٦٢٥) منه .

وقـد عالج القانون المدنـي قضية الهبات والهدايا بين الخاطبين بوضوح بنص خاص فأشـارت المادة (٦١٢) منه على (الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من احد الخطيبين للأخر أو من أجنبي

١- القاضي علاء الدين خروفة ، المصدر السابق ، ص١٠٦ -١٠٧ ٠

٢- انظر جمعة سـعدون الربيعي المحامي، المرشـد إلى إقامة الدعاوى الشرعية ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجاحظ ، بغداد – ١٩٩٤ م ، ص٣٦ ٠

٣- القاضي عباس زياد السعدي ، المصدر السابق،ص ٣٥ ٠

٤- د. أحمد على الخطيب ،المصدر السابق ،ص٢٨ ٠

عنهما لاحدهما أو لهما معاً ، يجب أن يردها الموهوب له الواهب ، إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ، ما دام الموهوب قائماً وممكناً رده بالذات) ٠ كما عالج القانون المدني حالات الرجوع في الهبة والأسباب التي اعتبرها المشرع مقبولة للرجوع في الهبة والحالات التي يمنع فيها الرجوع في الهبة .

ومما تجدر الإشـارة إليه إلى أن الدعاوى التي تنشـا بين الخاطبين أو ورثتهما فيما يتعلق بهذه القضية هي من اختصاص محاكم البداءة وليس من اختصاص محاكم الأحوال الشـخصية لان عقد الزواج لم يتم بعد أنما وجدت الخطبة فقط وهي لا تعتبر عقداً كما مر ذكره [١].

وهـذا مـا قضت به محكمـة التمييز عندما قالت (تختص محكمة البـداءة وليس محاكم الأحوال الشخصية في نظر دعوى الهبات والهدايا التي يقدمها احد الخطيبين للأخر وما يتعلق بالرجوعفيها بعد فسـخالخطبة وفقاً للمادة ٦١٢ من القانون المدني) [٢].

وقـد اسـتخدام المشرع العراقيوقضـاء محكمة التمييز لفظة (فسـخ الخطبة) متأثـراً بمصادره الغربية ، لان الخطبة في الشريعة الإسلامية ليست بعقد ولا ينطبق عليها الفسخ وانما عدول وتراجع عن الزواج واتمام الزواج ٠

وفي قضيـة عرضـت على القضـاء العراقي قالت محكمة التمييز الاتحاديـة (ان قيام المدعي بدفع بـدل أتعـاب المحاماة والمصاريف القضائية في دعوى تصحيح نسـب القاصرة وهي في رعاية خالتها المدعـى عليهـا في الدعـوى المنظورة لا يعتبر من بـاب لهبات والهدايا التي تقـدم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر التي يتوجب ردها للواهب إذا فسخت الخطبة حسب حكم المادة (٦١٢) من القانون المدنيوإنمـا يعتـبر المبلغ المدفوع من قبل المدعي إلى وكيل المدعي في دعوى إثبات النسـب دين في ذمة الموكل (والد القاصرة) إذا كان المميز لم يقصد التبرع عند تسـليم المبلغ إلى المحامي أعلاه لذلك قرر تصديـق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية) [٣]

ولم نعثر على اية قرارات قضائية سواء من محاكم الموضوع او محكمة التمييز الاتحادية تتعلق بموضوع الرجوع في الهدايا والهبات بين الخاطبين ، ويرجع ذلك لطبيعة المجتمع العراقي من اتباع اساليب سلمية عديدة في انهاء النزاع العائلي واعادة ما تم تسلمه من الهدايا والهبات الى الواهب دون اللجـوء الى القضاء ٠

١- القاضي الشيخ عبدالقادر إبراهيم علي ، المصدر السابق ، ص٥٩ ٠

٢- قـرار محكمـة التمييـز المرقـم ٤٣٣٩ / شـخصية / ٨٧ – ١٩٨٨ المـؤرخ في ٢/٢١/ ١٩٨٨ المنشـور في مجلـة مجموعةالأحـكام العدليـة ،العدد الأول لعام ١٩٨٨ ،ص٥٦ ٠ وقد ذكره أيضاً المحامي جمعة سـعدون الربيعي ، المصدر السابق ،ص٣٨.

٣- . قـرار محكمـة التمييز الاتحادية المرقم ١١٢١/ الهيئة المدنية منقول/٢٠١٠في ٩ / ١١ / ٢٠١٠ منشـور في موقع مجلـس القضاء الاعلى ، قاعدة التشريعات القضائية على الرابط https://www.sjc.iq/index-ar.php

الفرع الثالث : قضية ما سلم للمخطوبة من المال كجزء من المهر

يقـع مـن الناحية العملية أن يقـدم الخاطب إلى المخطوبة المهر كلـه أو بعضه ، ولا يكون تقديم المهـر ألا مـن الخاطـب وحده وذلك قبـل إتمام العقد ، فإذا عدل احد الخاطبـين أو كلاهما عن إتمام العقـد ما هو مصير هذا المال ؟

عالـج المـشرع العراقـي هذه الحالة بوضـوح في نص الفقـرة (٢) من المادة التاسـعة عشرة من قانون الأحوال الشخصية بالقول (إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالاً محسوباً على المهر ثم عدل احد الطرفين عن أجراء العقد أو مات احدهما فيمكن استرداد ما سلمعيناً وان استهلك فبدلاً) ٠

وعـلى ذلـك فان كل شيء صلح أن يكون مالاً في عرف المسـلم صلح أن يكـون مهرا وكل منفعة أمكن تقويمها جاز أن يكون مهراً٠ وبذلك يخرج الخمر والخنزير إذ هما ليسـا بمال عندالمسـلم لا يتقومان في دينه فإذا سـلمَ الخاطب إلى المخطوبة شـيئاً من المال المنقول قبل العقد ثم لم يتفق على النكاح ، بان عدل هو عن الخطبة أو رفضت هي الزواج ، وكان ذلك المال المنقول لا يزال قائماً فمن حق الخاطب أن يسترده ٠

فإذا هلك أو تلف أو خرج عن وضعة الطبيعي فمن واجب الزوجة أن ترد ثمنه عوضاً عنه هذا ما نصة عليه هذه الفقرة، وزادت حالة أخرى وهي موت احد الطرفين وحينئذ يكون للطرف الأخر اسـترداد مـا دفعـه وهذا حق يثبت إلى ورثـة الخاطب أن مات هو ، فلهم اسـترداد ما دفعه ، وورثة المخطوبـة مسـؤولون عـن رد ما اسـتلمتهُ أن ماتـت هي[١] والدعاوى التي تنشـأ بـين الخاطبين أو ورثتهمافيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة التاسعة عشر من القانون من اختصاص محاكم البداءة وليس من اختصاص محاكم الأحوال الشخصية أو المواد الشخصية لان عقد الزواج لم يتم بعد [٢] .

ولم نعثر على اية قرارات قضائية سواء من محاكم الموضوع او محكمة التمييز الاتحادية تتعلق بموضوع ما سلم للمخطوبة من المال كجزء من المهر من الخاطب ٠

١- القاضي علاء الدين خروفة ، المصدر السابق ،ص٢٦٠ .

٢- أستاذنا القاضي الشيخ عبدالقادر إبراهيم علي ، المصدر السابق ،ص٥٩ ٠

المبحث الثاني

العدول عن الخطبةلغير المسلمين من العراقيين

أن الطوائف الدينية من غير المسلمين والمعترف بها رسمياً في العراق بموجب ملحق نظام رعاية الطوائف الدينية رقم ٣٢ لسنة ١٩٨١ [١]، هي (١٧) سبع عشرة طائفة دينية تنحصر بمجملها ضمن أربعة معتقدات دينية رئيسية هي المسيحية واليهودية و الصابئية واليزيدية .

وقد صدرت الأحكام والقواعد الفقهية لبعض هذه الطوائف ولم تنشر الطوائف الأخرى أحكامها الفقهية الخاصة بالأحوال الشخصية لحد ألان ، لذا سنتناول في هذا المبحث الأحكام والقواعد الفقهية للطوائف التي نشرت أحكامها فقط وهي الطائفة الموسوية[٢] وطائفةالسريان الأرثوذكس ، أما بالنسبة لبقية الطوائف فلم تنشر احكامهم الفقهية لحد الان _٢٠٢٣_ لذا لن نتطرق الى احكامهم الشفهية المتعارفة فيما بينهم وان استرشد بها القضاء العراقي واستند اليها في احكامه ٠

وما يجدر الاشارة اليه انه سيتم ذكر النصوص القانونية لأبناء الطوائف (الموسويةو السريان الأرثوذكس) في المبحث الثاني دون شرح وتعليق لأسباب عدة ، فمن جهة ضرورة البحث تقتضي الايجاز ، ومن جهة اخرى ان هذه النصوص والقواعد جاءت مفصلة ودراستها ومقارنتها بالأحكام المدنية في القانون المدني العراقي بحاجة الى بحث معمق ومفصلوقد يكون موضوع بحث اخر ، لذا سيتم الاشارة الى النصوص المجردة لغرض التوضيح واستيفاء الموضوع اصولهالبحثية لذا اقتضى التوضيح للقارئ اللبيب ٠كما ان عبارة (الفسخ) عند غير المسلمين هي عبارة قانونية محكمة لان الخطبة تعد عقدا عند غير المسلمين وهي العبارة التي اشار اليها القانون المدني عند الرجوع عن الهبة

ان الطوائف الدينية الأخرى من غير المسلمين في العراق التي لم تنشر احكامها الفقهية بعد ، تسري عليهم أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ باعتباره القانون العام

١- نشر هذا الملحق بالوقائع العراقية بالعدد ٢٨٦٧ في ١٩٨٢/١/١٨ ٠

٢- الطائفة الموسوية ، يقصد بها اتباع الديانة اليهودية نسبة الى النبي موسى عليه السلام ، و يهود العراق هم أبناء اليهود الذين عاشوا في وادي الرافدين منذ الأسر البابلي، وهاجر أغلبهم من العراق سنة١٩٤٨، لسبب او اخر، كان اليهود يشكلون ٢,٦ ٪ من مجموع سكان العراق في عام ١٩٤٧ وانخفضت نسبتهم إلى حوالي ٠,١ ٪ من سكان العراق عام ١٩٥١م،كانت الغالبية العظمى من اليهود في تاريخ العراق المعاصر تسكن المدن، وكانت فئة قليلة منهم تسكن الريف، سكن هؤلاء اليهود بشكل أساسي في المدن الرئيسية مثل بغداد والبصرة والموصل، لكن كان لليهود وجود رئيسي في العديد من المدن الأخرى مثل السليمانية والحلة والناصرية والعمارة والديوانية والعزير والكفل وأربيل وتكريت وحتى النجف التي احتوت على حي لليهود سمي بعقد اليهود (عكد اليهود) وحي اخر في الساحل الأيمن من الموصل يسمى بمحلة اليهود (سوق اليهود) وغيرها من المدن .ينظر للمزيد من التفصيل جمعة سعدون الربيعي المحامي ، المصدر السابق ، ص ١٤٧

للأحوال الشخصية في العراق مع بيان الرأي للمرجع الديني أو الروحي لكل طائفة وخاصة في عقود الـــــــــزواج و دعاوى الطلاق والتفريق ٠ وقد استقر القضاء العراقي على (إذا كانا طرفاً دعوى التفريـق مسـيحيينفيجب تطبيق أحكامهم الشرعية عملاً بأحـكام المادتين١٢ و ١٣ من بيان المحاكم لسـنة ١٩١٧) [١] و (لان قانون الأحوال الشـخصية رقم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩ لا يطبق على المسـيحيين عملاً بأحكام الفقرة الأولى من المـــــــادة الثانية منه والمواد ١٣ و ١٦ و ١٧ من بيان المحاكم) [٢] ، (فعـلى محكمة المواد الشـخصية أن تصـدر حكماً وفقاً لفتوى المرجع الدينـي للطائفة التي ينتمي إليها الزوج) [٣]

وقضت المحكمة (حيث أن أحكام كنيسة الكلدان الكاثوليك لا تبيح الطلاق لأي سبب كان فيجب الأخذ بما جرى عليه هذا الحكم الكنسي إذ لا تطبق إحكام قانون الأحوال الشخصية على المسيحيين في موضوع الطلاق والتفريق) [٤] ، كما قضت محكمة التميز في دعوى عرضت عليها (وجد ان الوقائع الثابتـة مـن الدعـاوى ان المدعي قـد تزوج من المدعى عليهـا بموجب عقد صادر من الكنيسـة وفقا لأحكام الكنيسـة الشرقية (النسـطورية) وطلب المدعي في عريضة دعواه التفريق بينه وبين المدعى عليهـا بحجـة عدم انسـجامهما، وحصول التفريق الجسـماني بينهما، وذلك وفقاً لتعاليم الكنيسـة الشرقيـة. ولمعرفـة القانون الواجـب التطبيق على الوقائع المتقدمة يتعـين ملاحظة بعض النصوص القانونية، فقد نصت المادة ١٣ من بيان المحاكم للعام ١٩١٧ على انه في كل نزاع يعرض على المحكمة المدنيـة بموجـب البيان المذكور، ويكون طرفاه من منتسـبي إحدى الطوائف غير الاسـلامية تقضي المحكمـة وفقـاً لتعاليم تلك الطائفة، ولمـا كانت الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة الكنيسـة الشرقية (النسـطورية) لم تنشر وفـــــــقاً لأحـكام المادة ١٩ من قانون تنظيـم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية

رقـم ٢٢ لعـام ١٩٤٧، فقـد بقيـت التعاليم الدينية لهـذه الطوائف تطبق عـلى كل نزاع يعرض امـام المحكمـة المختصـة على النحـو المبين في البيـان الصادر عام ١٩١٧ واسـتمرت الحـال على هذا حتى بعد تشريع قانون الاحوال الشـخصية الرقم ١٨٨ للعام ١٩٥٩ المعدل حيث شـملهم الاسـتثناء المنصوص عليه في الفقرة الاولى من المادة الثانية منه والتي تنص على انه (تسري أحكام هذا القانون

١- قرار محكمة التمييز المرقم ٦٣٠ / شخصية / ٨٢- ١٩٨٣ في ١٩٨٢/١١/١٤ ، القاضي إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية ،مطبعة اسعد ، بغداد – ١٩٨٩ ٠ ص٨٦

٢- قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٢ / شخصية / ١٩٨٢ في ١٩٨٢/٢/٢٨ ،المصدر نفسه ،ص١٥ ٠

٣- . قرار محكمة التمييز المرقم ٢٥١٩ / شخصية / ١٩٧٠ في ١٩٧١/١/٤، المصدر السابق ،ص٤٨ ٠

٤- ٤- قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧ / شخصية / ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٥/١٠، المصدر نفسه ،ص٣٩.

على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص)، وان البيان عام ١٩١٧ يعتبر قانونا خاصا، وان الأحكام المتعلقة بغير المسلمين فيه لم تلغ عند صدور قانون الأحوال الشخصية وبقيت تطبق عليهم حتى الان)[١].

وقد سبق لأبناء الطائفة الايزيدية منذ عدة عقود وان قدموا مشروعا للأحوال الشخصية وقد تم نشره في مجلة لالش التي تصدر في اربيل في عدديها (١٣ و ١٤) لعام ٢٠٠١ ، وتضمن نص مشروع قانون الاحوال الشخصية للايزديين، اعده مختصون من القانون، الا انه لم يمضي قانونا لأسباب كثيرة اجتماعية وقانونية تتعلق بأبناء الطائفة ذاتها .

وبعد سيطرة عصابات داعش الارهابية على بعض اجزاء العراق منتصف عام ٢٠١٤ ، فاتح المرجع الديني لعموم الايزيدية في العالم (بابا شيخ) مجلس القضاء الاعلى بخصوص اجراءات عقود الزواج لأبناء الطائفة ، لان الزواج عندهم يتم خارج المحكمة من حيث الاصل ولا يتم اللجوء للمحكمة الا لاحقا ، وفي ضوء ذلك الراي اصدرت لجنة الدراسات في رئاسة هياة الاشراف القضائي توصيتها التي تم اعمامها على المحاكم كافة بالعدد ٨٤/دراسات /٢٠١٥ بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٥ والتي توضح (ان احكام واجراءات عقود الزواج لأبناء الطائفة الايزيدية تسري عليها الاعراف والطقوس الدينية المرعية لديهم ونرى ان نص الفقرة (٥) من المادة العاشرة من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لا تسري على ابناء الطائفة عند اجرائهم عقود الزواج خارج محاكم الاحوال الشخصية واقترن الراي بموافقة معالي رئيس مجلس القضاء الاعلى المحترم)

وسوف نتناول وبشيء موجز أحكام فسخ الخطبة بالنسبة للطوائف الدينية التي نشرت احكامها الفقهية واصبحت واجبة الاتباع بالنسبة للمحاكم والخصوم على حد سواء وهي الآتيـــــــة:-

المطلب الاول -الطائفة الموسوية ٠ المطلب الثاني - طائفة السريان الأرثوذكس٠

المطلب الاول

الخطبة وفسخها لدى الطائفة الموسوية

١- طبيعة الخطبة :-

الزواج في الشريعة اليهودية لا يتم دفعة واحدة ، بل لا بد من التمهيد له كما هو الحال في الشرائع الأخرى ، وهذا التمهيد السابق على الزواج يعرف بالخطبة ٠ الا أن الخطبة لدى اليهود

١- قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٣/شخصية/ ١٩٧٩، في ١٣/١/١٩٧٩مجموعة الأحكام العدلية للعام ١٩٧٩ ، ص٦٨.

ليست مجرد وعدا بالزواج و أنما هو (عقد) ويجب أن تتوفر في هذا العقد أركانه وشروطه [١]

وتسمى الخطبة لدى اليهود (قدوشيم) وأوضحت المادة (١) من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية في العراق[٢] ، كيفية أجراء الخطبة وذلك بالقول (يتم عقد الخطبة إذا سلم الخاطب لخطيبته قطعة من النقود أو أي شيء ذي ثمن بحضور شاهدين وقال - هو ذا أنتِ مقدسة لي بهذا ، بموجب شريعة موسى وإسرائيل)، كما أكدت المادة (٢) من الأحكام على أن (عقد الخطبة يجب أن يتم بحضورشاهدين لا تجمعهما قرابة ببعضهما أو بالعاقدين) واعتبرت المادة (٣٤) من الأحكام(المخطوبة بحكم المتزوجة من حيث أنها لا تحل لرجل أخر إلا بالطلاق) .

وبذلك تختلف الشريعة الموسوية عن الشريعة الإسلامية والمسيحية في ماهية الخطبة واعتبارها عقداًوليس مجرد وعداً بالزواج .

٢- فسخ الخطبة وطلب التعويض :-

لا تفسخ الخطبة في الطائفة الموسوية ألا بالطلاق استناداً لأحكام المادة (١٢) من الأحكام التي نصت بوضوح على (لا تفسح الخطبة ألا بالطلاق) ويحق لطرفي الخطبة العدول عن عقد الخطبة ولكن بوجود سبب أو شكوك في الخطبة واستناداًلأحكام المادة (١١) من الأحكام يحق (للخاطب أن يطلق خطيبته بدون تعويض إذا كانت خطبتهما مشكوكاً فيها).

وعالجت المادة (١٦) من الأحكام في حالة فسخ الخطبة من جانب الخاطب بدون سبب مشروع ودفع التعويض عن الفسخ وذلك بالقول (إذا طلب الخاطب فسخ الخطبة بدون سبب شرعي فعليه ان يدفع لمخطوبته تعويضاً لا يقل عن ثلث صداقها ويطلقها ، وإذا كان الصداق المشروط اقل من مركز احدهما أو لم يشرط صداق فان مبلغ التعويض تقدره المحكمة بالنظر لمركز الطرفين) .

ويبدو من مراجعة هذه النصوص بأن التعويض الأنف الذكر الذي بحكم به للمخطوبة يحل محل طلب التعويض عن الضرر الناجم عن فسخ الخطبة لدى اليهود ، ونرى بالتالي انه لا يحق للمخطوبة طلب التعويض عن الضرر الذي يصيبها جراء فسخ الخطبة .

وعالجت المادة(١٩) من الأحكام حالة طلب المخطوبة فسخ الخطبة وذلك بالقول (إذا طلبت الخطيبة فسخ الخطبة بدون سبب شرعي فعليها أن تعيد لخاطبها جميع هداياه لها ، وتعوض له الثلثين من قيمة المأكولات التي أرسلها لها، وإذا كانت إقامة المآدب وتوزيع العطايا من عادة البلد

١- ١- جمعة سعدون الربيعي المحامي ، المصدر السابق ، ص ١٥٦ .

٢- ١-نشرت الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسوية في العراق بالوقائع العراقية بالعدد (٢٦٩٨) في ١٩٤٩/١/٣١ وهي متكونة من (٢٣٠) مادة قد شملت معظم الأحكام المرعية لدى أبناء الطائفة ٠و تم نشرها في كتاب المجموعة الدائمة للأحوال الشخصية والمرافعات الشرعية لسنة ١٩٦٣، للأستاذ كامل السامرائي ،

فتعـوض له جميع المبالغ التي يثبـت للمحكمة انه أنفقها من هذا القبيل) .

٣- حكم الهدايا بعد فسخ الخطبة :-

عالـج التشريـع اليهودي قضيـة الهدايا التـي يقدمها أحـد الخاطبين للأخر بعد فسـخ الخطبة لأي سـبب كان ، وذلك في عدة نصوص ، منها المواد (١٧- ١٨- ١٩) من الأحكام والقواعد الفقهية للطائفة الموسـوية في العراق .

فبينـت المـادة (١٧) من الأحكام حالة (إذا طلب الخاطب فسـخ الخطبـة كان له في كافة الأحوال طلـب اسـترجاع جميع هداياه التي أرسـلها لخطيبتـه أو قيمتها عدا نفقات المـآدب والمبالغ الطفيفة والأشـياء البسـيطة التي أهداها لاستعمالها الشخصي إذا استهلكت أو فقدت والا فتعاد أيضاً وكذلك في حالة موت احدهما).

وذكـرت المـادة (١٨) من الأحكام حالة أخرى وهي (إذا طلب الفسـخ لنكـول والد خطيبته عن تنفيـذ شروط الخطبـة فتعوض له جميع نفقاته حتى ما صرفـه على المآدب التي أقامها) .

وأشـارت المـادة (١٩) مـن الأحكام والسـابق ذكرها في الفقـرة (٢) من هذا القسـم حالة طلب المخطوبة فسـخ الخطبة بدون سـبب مـشروع والآثار المترتبة عـلى هذا الطلب .

٤- المحكمة المختصة بقضايا اليهود في العراق:-

كانت المحاكم المختصة بقضايا الأحوال الشخصية بالنسبة لليهود العراقيين هي (المحاكم الدينية للطائفة الموسـوية) المشكلة بموجب قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية واليهودية رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ التي نشرت فيالوقائع العراقية| العدد: ٢٥٠٩| تاريخ : ١٩٤٧/٨/٦ .

وتشكلت عدة محاكم للطائفة اليهودية منذ تأسيس الدولة العراقية منها في بغداد في زمان الحاخام (ساسـون خضـوري) قبل وفاته [١]،وصدر بيـان بالرقـم ١٤١٢ في ١٩٥١/١١/١٠ يقضي بإناطة دعاوى الأحوال الشـخصية للطائفة الموسـوية ببغداد بالمحاكم المدنيـة ٠وكانت هناك محكمة دينية للطائفـة الموسـوية بالموصـل أيضاً ، ثم صـدرت أحـكام إرادة ملكية بإلغائها ونـشرت هذه الإرادة بالوقائع العراقية بالعدد ٢٩٢٧ في ١٩٥١/٥/٧ [٢] أما ألان فان محكمة المواد الشـخصية المختصة

١- المحامي جمعة سعدون الربيعي ،المصدر السابق، ص١٦٠ .

٢- ان الخبير القضائي قرياقوس ايشو رفوكا، الذي يعمل خبيرا في محاكم الموصل له اسهامات قانونية كثيرة ومهمة تتعلق بالطوائف الدينية غير الاسلامية وخاصة ابناء المسيحين واليهود وله كتب متعددة اهمها : احكام حق الميراث واحكام حق الانتقال، وتاريخ القضاء لغير المسلمين، واحكام الزواج في المسيحية والاسلام، واحكام الطلاق في المسيحية =

مكانيـا هي التي تنظر منازعات الأحوال الشـخصية بين اليهود العراقيـين المتواجدين داخل العراق ، وتطبـق عليهـم الأحـكام والقواعـد الفقهية للطائفة الموسـوية في العراق،وإذا لـم يوجد نص فيها فبمقتـضى أحكام قانون الأحوال الشـخصية رقم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩ المعدل باعتبـاره القانون العام لمسـائل الأحوال الشخصية في العراق .

المطلب الثاني

الخطبة وفسخها في الشريعة المسيحية

١- طبيعة الخطبة : -

لا يتم الزواج في الشريعة المسـيحية دفعة واحدة بل لا بد من التمهيد له ، وهذا التمهيد السـابق للزواج هو الخطبة ،وفي مفهوم فقهاء الكنيسة الشرقية هو وعد اختياري بالاقتران بين الفتى والفتاة ووعد معلن اجتماعيا يرمز اليه بتلبيس الحلقة[١]

والخطبـة بالنسـبة لطائفـة السريـان الأرثوذكـس هي (عقد) حسـب مفهوم المـادة الثالثة من الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الأرثوذكس في العراق [٢]، و التي اعتبرت أن (الخطبة هي وعد اختياري بالاقتران بين ذكر وأنثى غير مرتبطين بعقد سابق ، والعقد هو الإيجاب والقبول بين الخطيبين بحضور كاهن وشاهدين عاقلين بالغين مسيحيين على أن يكونا سليمي الحواس الرئيسية) .

ويشترط في الخطبة العديد من الشروط الموضوعية والشكلية حسب ما نظمته الأحكام والقواعد الفقهيـة لأبنـاء الطائفـة ، حسـب المـادة (٤) منها (يشـترط في الخطبة ان لا يقل سـن الخطيب عن السادسة عشرة والخطيبة عن الثانية عشرة وفي العقد ان لا يقل عمر الزوج عن الثامنة عشرة وعمر الزوجـة عن الرابعة عشرة .وحسـب المادة (٥) منهـا (١ - لا تخطب البنت عند بلوغها الثانية عشرة الا مـن ابيهـا فـان لم يكن لها اب فحتى بلوغها الرابعة عشرة .٢ - يعتبر سـكوت العذراء رضاء اما الثيـب والارملـة فلا بد من موافقتهما الصريحة ولا يعتبر سـكوتهما رضاء .) كما تناولت موضوع

= والاسـلام،واحكام الوصية والوصية الواجبة ، وقوانين الميراث في كنيسـة المشرق القديم، والحياة الزوجية في الكنائس الشرقيـة، والتعايش السـلمي بـين الاديان والدول وغيرهـا من الكتب الاجتماعيـة والثقافية ،انظر،تاريـخ القضاء لغير المسـلمين، مطبعـة عضيد الحيالي ، العـراق – الموصل ، ٢٠١٢ ، ص ٥١ .

١- الخبـير القضائي قرياقوس ايشـو رفـوكا، الحياة الزوجية في الكنائـس الشرقية ،المطبعة الشـاملة للطباعة والنشر، العـراق – الموصل ، ٢٠١٨ ، ص ١٧

٢- نـشرت الأحـكام والقواعد الفقهيـة لطائفة السريان الأرثوذكـس بالوقائع العراقية بالعـدد ٢٨٥٥ في ١٩٥٠/٧/٦ وهـذه الأحكاممتكونة مـن (٤٨) مادة دون تبويب .

الولايــة في الخطبــة في المادة (٦) منــه بقولها (الولاية في الخطبة تكون للاب فالجد لاب ثم الاخ وابن الاخ ثم العم فابن العم ثم الجد لام ثم الخال فابن الخال ثم مطران الابرشية او نائبه . ويتقدم فيهم الاقرب درجة فالأقرب .

ويســتوى في ذلك الاخوة والاعمام لام مع الاخوة والاعمام لاب ، واذا اســتووا فالولاية لمن يفوز بالقرعة او لمن تنتخبه الخطيبة منهم ويتولى مطران الابرشية او نائبه الخطبة للكاملة سنا التي لها اب او اقــارب عــلى الوجــه المتقدم او كان لها اب او اقارب وكانوا غائبين او كانوا حاضرين فامتنعوا من الولاية عليها عند حصول رغبتها .

وتناولــت المــادة (٧) منهــا (يشــترط في كل من الولي والوكيل ان لا يقل ســنه عن العشرين وان يكــون من ابناء الكنيســة عاقلا حســن الاخــلاق ولا تصبح الوكالــة او الولاية للمــرأة وان كانت ام المخطوبــة.) كمــا تضمنــت المادة (٨) منها (يصبح للقســيس ان يكون وكيلا عــن ابنته ولا يصح ان يكون شــاهدا لها) وتناولت المادة (٩) منها (اذا وقفت الخطبة بعد الســن الشرعية لكل من الطرفين ولــم يعــين زمن لأجراء العقد وجب اجراؤه بعد ســنة من تاريخ الخطبــة ان كان الخطيبان في بلدة واحدة وان كانا متباعدين مدة سفر فسنتين الا اذا كان هناك حجة ظاهرة كمرض او دين او غياب بعيد ناتج عن ضرورة فتقدر المحكمة مدة مناســبة حســب الاحوال)

ومــن المفيــد أن نذكر نص المادة (٤٤) من الأحكام التي تشــير إلى(يلتــزم الخطيب بدفع النفقة لخطيبته كمــا يلزم بنفقة زوجته المريضة) .

٢- فسخ الخطبة

يحــق لــكل من الخاطبين في الشريعة المســيحية فســخ الخطبــة ، كما انه لا توجــد هناك دعوى للمطالبة بإبرام الزواج حتى ولو كانت الخطبة قد تمت بصورة صحيحة ورسمية في الكنيسة وهذا مــا جــاءت به (المادة العاشرة) من القواعد الخاصة بطائفة السريان الأرثوذكس وفق التفصيل الاتي : المادة(١٠) تنص صراحة على (تفســخ الخطبة الرســمية عند الطلب في الحالات الاتية : -

١ - اذا وقعت على احد الوجوه المانعة المذكورة في هذه الاحكام .

٢ - اذا وجد في احد المتعاقدين عاهة لم يكن قد اطلع عليها الاخر .

٣ - اذا نشأت خصومة شديدة تعذرت ازالتها .

٤ - اذا اتفق الخطيبان على الفسخ .

٥ - اذا انتسب احدهما الى الترهب .

٦ - اذا حدث تأخير في عقد الاكليل الذي حل موعده المتفق عليه بدون سبب شرعي.

٧ - اذا ارتكب احدهما جناية وحكم عليه بسببها او تشوه تشوها ثابتا او اذا تغرب الخطيب وانقطعت اخباره لمدة لا تقل عن السنتين .)وتشير المادة (١١) من هذه الأحكام بوضوح إلى انه (لكل من الخطيبين إن يستبد بفسخ الخطبة غير الرسمية) ٠

وهذا يعني بان من يقوم بفسخ الخطبة من كلا الخاطبين لا يسأل عن أي تعويض لقاء فسخ الخطبة ٠

٣- الضرر المترتب عن فسخ الخطبة

قد يحدث ضرر بأي من الخاطبين ، جراء فسخ الخطبة من احد الخاطبين ، فما هو الحكم بالنسبة لأبناء هذه الطائفة ٠

يبدو من مراجعة نصوص الأحكاموالقواعد الفقهية المقررة لطائفة السريان الأرثوذكس [١] انه لا توجد نصوص صريحة تحكم هذه المسائلة وذلك لبساطة الحياة الاجتماعية في العصور المسيحية الأولى وابتعادها عن التعقيد ٠ ويمكن للمحكمة أن ترجع إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني العراقي والحكم بالتعويض إذا لحق بالخاطب ضرر من جراء فسخ الخطبة وذلك على أساس المسؤولية العقدية لا التقصيرية ،لان الخطبة هي عقد بالنسبة لأبناء هذه الطائفة ٠

٤- حكم الهدايا بعد فسخ الخطبة :-

غالبا ما يتبادل الخاطبين بعض الهدايا خلال فترة الخطبة ، كما قد يهدي بعض أقاربهما أو معارفهما لهما أو لاحدهما بعض الهدايا أيضا ، فما هو مصير هذه الهدايا بعد فسخ الخطبة بالنسبة لأبناء هذه الطائفة ؟

عالجت الأحكام والقواعد الفقهية لأبناء هذه الطائفة مثل هذه الحالات بعدة نصوص تفصيلية في المواد (١٢ و ١٣ و ١٤) منه:- المادة(١٢)الى (يرد العربون وكافة الهدايا الى الخطيب بعد الطلب في الحالات الاتية :

١ - اذا حصل الفسخ بالتراضي .

٢ - اذا امتنعت الخطيبة او وليها من الانتظار بعد المدة المضروبة في المادة التاسعة .

٣ - الوفاة او حدوث عاهة في الزوجة تمنع من اتمام عقد الزواج .

٤ - اذا لم تكن الخطبة رسمية ولم يتم عقد الزواج .

٥ - اذا كانت هناك اسباب مانعة من الخطبة وكان طالب الفسخ لا يعلم بوجودها عند تقديم

١- نشرت الأحكام والقواعد الفقهية لطائفة السريان الأرثوذكس بالوقائع العراقية بالعدد ٢٨٥٥ في ١٩٥٠/٧/٦ وهذه الأحكاممتكونة من (٤٨) مادة دون تبويب ٠

العربون او الهدايا) .

واشارت المادة (١٣) الى (ترد الهدايا ويرد العربون وحده ضعفين في الحالات الاتية : -

١ - اذا كان الراغب في الفسخ هو الخطيبة او وليها وكان كل منهما او احداها عالما بالأسباب المانعة في الرجل عند الخطبة .

٢ - اذا امتنعت الخطيبة او وليها من اجراء العقد في مدته المعينة في المادة التاسعة.

٣ - اذا كانت الخطيبة هي طالبة الفسخ بحجة الرهبنة ولم تترهب وفي هذه الحالة يرد ما اتفق عليها حتى زمن الفسخ)

كما اشارت المادة (١٤) الى (لا تعاد الهدايا والعربون في الحالات الاتية : -

١ - اذا كان الخطيب هو طالب الفسخ وكان يعلم عند الخطبة بالسبب المانع في الخطيبة قبل تقديم الهدايا والعربون ورضى بذلك .

٢ - اذا امتنع الخطيب من اتمام عقد الزواج في المدة المعينة في المادة التاسعة)

ويمكن أجمالا استخلاص أهم هذه الأحكام في النقاط الآتية:

أ -إذا كان الفسخ قد تم من جهة (المخطوبة) أو بسببها أو وليها ٠ فمن حق (الخاطب) استرداد كافة الهدايا التي أهداها لها إثناء مدة الخطبة .

ب – أما إذا كان الفسخ قد جرى من جانب (الخاطب) وبسببه فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه لخطيبته حتى وان كانت تلك الهدايا قائمة بيدها [١]

ولم تتطرق أحكام الطائفة المذكورة إلى حالة الهدايا المقدمة في حالة هلاكها أو استهلاكها من قبل الطرف الأخر في حالة فسخ الخطبة ؟

نرى بأنه يتم الرجوع إلى أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل باعتباره القانونالعام للأحوال الشخصية في العراق ٠و قد أحالنا هذا القانون بدوره في حكم امثال هذه الحالات إلى أحكام الهبة المنصوص عليها في قانون المدني رقم ٤٠ لسنة١٩٥١ .

وعالجت المادة (٦١٢) من القانون المدني مثل هذه الحالة بقولها (الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من احد الخطيبين للأخر أو من أجنبي عنهما لاحدهما أو لهما معا يجب أن يدورها الموهوب له الواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ما دام الموهوب قائما وممكنا رده بالذات)٠ كما تناول القانون المدني حالات الرجوع في الهبة والأسباب التي اعتبرها المشرع مقبولة للرجوع في الهبة والحالات التي يمنع فيها الرجوع عن الهبة ٠ وذلك من المادة (٦٠١) إلى المادة

١- جمعة سعدون الربيعي المحامي ، المصدر السابق،ص٣٢ ٠

(٦٢٥) منه .

٤- المحكمة المختصة في قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين

صدر القانون الاساسي (الدستور العراقي) سنة ١٩٢٥ ، حيث قسمت المادة الخامسة والسبعون منه المحاكم إلى:

١- محاكم شرعية تنظر في دعاوى الاحوال الشخصية للمسلمين.

٢- المجالس الروحية الطائفية للطوائف المسيحية والموسوية. تنظر في القضايا الخاصة بالأحوال الشخصية للمسيحين ثم صدر قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٧ قانون المحاكم الدينية للطوائف المسيحية [١].

والذي بموجب الثانية منه أنشأت محكمة دينية ومجلس تميز طائفي لكل طائفة . المادة من الطوائف أدناه:

١ - الكاثوليك على اختلاف فرقهم ٢ - الأرمن الأرثوذكس ٣- السريان الأرثوذكس - الإسرائيليين - الطائفة الموسوية وهكذا بقيت الطوائف الدينية المسيحية المشكلة بموجب القانون رقم ١٩٤٧ تنظر في قضايا مواد الاحوال الشخصية لأبناء الطوائف المسيحية وحسب الاحكام الفقهية لكل طائفة.

ما عدا فرق الكاثوليك التي لم تنشر احكامها الفقهية بموجب المادة (١٩) من القانون المذكور حيث الغيت بإرادة ملكية وكذلك محاكم الطائفية الموسوية الغيت بإرادة ملكية وثم الغى وزير العدل سنة ١٩٦٣ بقيت المحاكم وانيطت جميع أعمال هذه المجالس الروحية بمحكمة البداءة لمواد الاحوال الشخصية [٢].

وفي العهد الجمهوري لم يصدر أي تشريع جديد بخصوص الأحوال الشخصية لغير المسلمين فبقى الحال كما كام في العهد الملكي واستمر اختصاص المحاكم المدنية بالنظر في دعاوي الأحوال الشخصية لغير المسلمين كالسابق، وفي ظل الاحتلال الأمريكي صدر الدستور العراقي الجديد المنشور بالوقائع عدد ٤٠١٢ في ٢٨/١٢/٢٠٠٠ الذي نص في المادة (٤١) منه - ان العراقيين احرار الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم بذلك قانون.

١- المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٥٠٩ في ١٩٤٧/٨/٦

٢- انظر بالتفصيل الخبير القضائي قرياقوس ايشو رفوكا، حيث اشار الى (١٣) محكمة ومجلس تمييز للطوائف ،تاريخ القضاء لغير المسلمين،مطبعة عضيد الحيالي ، العراق – الموصل ، ٢٠١٢ ، ص ٤٥

أن المحكمة المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين بشكل عام هي محكمة المواد الشخصية المختصة مكانيا وتلجأ المحكمة عند نظر دعاوى السريان الأرثوذكس إلى مجموعة الأحكام والقواعد الفقهية لأبناء الطائفة والمنشورة قانونافيما يخص الزواج والتفريق واحكامهما٠ وفي حالة عدم وجود نص يقتضي تطبيقه فيتم الرجوع إلى أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ باعتباره القانون العام للأحوال الشخصية في العراق .

ومما تجدر الاشارة اليه ، بعد صدور دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ ،وما تضمنته احكام المادة (٤١) منه التي نصت على (العراقيون احرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون) ، قامت مجموعة من ابناء الديانة المسيحية بنشر مقترح مسودة قانون الأحوال الشخصية لمسيحي العراق والتي تضمنت كل ما يخص شؤون مسيحي العراق في موضوع الأحوال الشخصية ، مقسمة على احد عشر بابا في ٦٧ مادة ، ابتداء من الخطبة إلى عقد الزواج وكل ما يتعلق به وانتهاء»بالميراث ٠وحسب نسق قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتقسيماته وابوابه وفصوله .

وان المسودة وزعت على العديد من رجال الدين المسيحي والمختصين واللذين يهمهم الأمر للاطلاع عليها وبيان أراءهم السديدة ، بدءا من مجلس مطارنة نينوى والكنيسة الشرقية ومطران العمادية واربيل ومطران زاخو وكركوك . والمجلس الشعبي الكلداني السرياني الأشوري و رئيس ديوان الوقف المسيحي والديانات الأخرى علما بان العمل في المسودة بدا في ٢٠٠٦/١٠/١ واستمر لمدة تسعة أشهر حيث تم انجاز العمل بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١.

وقد تشكلت لهذا الغرض لجنة لأعداد مسودة مشروع قانون الأحوال الشخصية لمسيحيي العراق مكونة من السادة المدرجة صفاتهم ادناه:-

١. (قاضي)
٢. (مهندس حقوقي)
٣. (حقوقي)
٤. (رئيس محكمة بداءة الموصل الكنسية الموحدة)
٥. (استاذ جامعي/ جامعة الموصل/ علم النفس)
٦. (خبير قضائي) [١]

الا ان هذا المشروع كغيره من المشاريع لم يتلقى الاستجابة الكافية من المجتمع المسيحي بشكل

١- متاح على شبكة المعلومات الدولية تحت اسم ، مقترح مسودة قانون الأحوال الشخصية لمسيحي العراق ، ماهر سعيد متي ،منتديات برطلي متاح على شبكة المعلومات الدولية (انترنيت) على الرابط http://baretly.net/

خـاص والعراقي بشـكل عام وبقـي قانون الأحوال الشـخصية رقم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩ هو المرجع العام للعراقيين كافة في مسـائل الأحوال الشخصية .

الخاتمة

تبين لنا بعد استعراض أهم المبادئ والنصوص القانونية التي تناولت طبيعة الخطبة واهم الآثار الناجمة عن العدول عن الخطبة فيما يخص العراقيين الذين يسري عليهم قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩النتائج الآتية :-

١. لـم يتنـاول المشرع العراقي في قانون الأحوال الشـخصية أو القانـون المدني الحكم في حالة الضرر الذي يصيب احد الخاطبين من جراء عدول الخاطب الأخر عن الخطبة وسواء أكان هذا الضرر ماديا أو أدبيا ٠

٢. فيمـا يتعلـق بالحكـم بالهدايا او الهبات المقدمـة إثناء الخطبة فعالجهـا المشرع العراقي في القانـون المدنـي في المادة (٦١٢) منه وليس قانون الاحوال الشـخصية ٠

٣. وبخصـوص ما سـلم من المال كجزء مـن المهر من الخاطب إلى المخطوبـة فقضت به المادة (١٩/الفقرة ٢) من قانون الأحوال الشـخصية وبمعالجات بسـيطة ٠

ونقترح بعد هذا البحث والدراسة ما يأتي :-

أولا :- أن لا يبقـى قانـون الأحـوال الشـخصية خاليـا مـن النصـوص التـي تعالج مـا يترتب علىالعدول عن الخطبة من ضرر ٠ ونرى بان نص المادة (٤) من مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد الذي يذهب إلى انه (إذا ترتب على العدول من الخطبة ضرر يتحمل المتسبب التعويض) هو النـص الملائم لمعالجة مثل هذه الحالة ٠

ثانيـا:- أن يتـم جمع النصوص القانونية كافـة المتعلقة بالخطبة والموزعة بـين القانون المدني وقانون الأحوال الشـخصية وحصرها بقانون الأحوال الشـخصية فقط ٠

ثالثا:- تعديل المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية من عده وجوه:-

أ. أن تسـبق الأحـكام المتعلقـة بالخطبة، النصـوص المتعلقة بالـزواج لان الخطبة هي تمهيد لعقد الزواج وسـابق له ٠

ب. أن تكـون المـادة الثالثـة خاصـة بالخطبة حـصرا حيث يكـون الفصل الأول تحـت عنوان (الخطبـة) ثـم يكـون الفصل الثاني خـاص بالزواج ومن المـادة الربعة بعـد التعديل ٠

ج. نقترح أن تكون المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية كالآتي :-

- البـاب الأول

- الـــــــزواج
- الفصل الأول
- الخطبة

المادة الثالثة:-

١. الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا ٠
٢. إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر يتحمل المتسبب التعويض ٠
٣. الهبـات والهدايـا التـي تقـدم في الخطبـة من احـد الخطيبين للأخـر أو من أجنبـي عنهما لاحدهمـا أو لهمـا معا، يجـب أن يردها الموهوب لـه الواهب إذا (تم العـدول عن الخطبة) وطلـب الواهـب الـرد ٠ ما دام الموهـوب قائما وممكنـا رده بالذات ٠
٤. إذا سـلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالا محسـوبا على المهر ثم عدل احد الطرفين عن أجراء العقد أو مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلا ٠

وسـتكون المحكمـة المختصة بعد هذا التعديل في الدعـاوى المتعلقة بالخطبة هي محكمة الأحوال الشـخصية المختصـة ، لأنها قـد جمعت الأحكام المتعلقة بالخطبة من جهـة ، ولان الخطبة هي وعد تمهيـدي للـزواج لا لعقـد أخـر ، ولان الإثبـات في المسـائل الشرعية أيـسر وأدنى في تحقيـق العدل والأنصـاف ، وبالتالي سـيحصل كل مـن تضرر من العدول عن الخطبة التعويض المتناسـب مع هذا الـضرر، وأتمنـى أخيرا أن أكون قـد وفقت في توضيح هذا الموضوع بالشـكل المناسـب وإعطاءه ما يسـتحق من الاهتمام ٠

المصادر

أولاً : الكتب.

١. القاضي إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية ،مطبعة اسعد ، بغداد – ١٩٨٩ ٠

٢. د- أحمد علي الخطيب و د- حمد عبيد الكبيسيو د- محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة جامعة الموصل ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٠ ٠

٣. الخبير القضائي قرياقوس ايشو رفوكا، الحياة الزوجية في الكنائس الشرقية ،المطبعة الشاملة للطباعة والنشر، العراق – الموصل ، ٢٠١٨ ٠

٤. الخبير القضائيقرياقوس ايشو رفوكا، تاريخ القضاء لغير المسلمين، مطبعة عضيد الحيالي ، العراق – الموصل ، ٢٠١٢ ٠

٥. د- محمد سمارة، احكام و اثار الزوجية- شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية- ، ط ٢،دار الثقافة والنشر ، الاردن ،٢٠١٠ ٠

٦. د- بدران ابو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الاسلام،ط٢، مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، ١٩٦١٠

٧. جمعة سعدون الربيعي المحامي ، أحكام الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية في العراق ، مطبعة الجاحظ ،بغداد ، ١٩٩٥ ٠

٨. جمعة سعدون الربيعي المحامي ، المرشد إلىإقامة الدعاوى الشرعية ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجاحظ ،بغداد ، ١٩٩٤ ٠

٩. القاضي عباس زياد السعدي والقاضي محمد حسن كشكول ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، هيئة المعاهد الفنية ، معهد الإدارة التقني ، ١٩٩٤ ٠

١٠. القاضي الشيخ عبدالقادر إبراهيم علي ، محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية محاضرات مطبوعة على الرونيو ، بغداد مكتب أبو محمد شارع المتنبي ، ١٩٨٣-١٩٨٤ ٠

١١. القاضي علاء الدين خروفه ،شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، الجزء الأول مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٦٢ ٠

١٢. المحامي فريد فتيان ، شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة ،مطبعة الشعب ،بغداد ، ١٩٨٢ ٠

١٣. د- محمد بلتاجي ،في أحكام الأسرة – الجزء الأول ، الناشر مكتبة الشباب ،جامعة القاهرة ، ١٩٨٦ ٠

ثانياً:- القوانين ٠

١. دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ ٠
٢. القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ٠
٣. قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ٠

ثالثا:- الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية)

١. الوقائع العراقية العدد ٢٥٠٩ في ١٩٤٧/٨/٦
٢. الوقائع العراقية العدد ٢٦٩٨ في ١٩٤٩/١/٣١
٣. الوقائع العراقية العدد ٢٨٥٥ في ١٩٥٠/٧/٦
٤. الوقائع العراقية العدد ٢٨٦٧ في ١٩٨٢/١/١٨

رابعا:- القرارات التمييزية٠

١. قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧ / شخصية / ١٩٦٥ في ١٩٦٥/٥/١٠
٢. قرار محكمة التمييز المرقم ٢٥١٩ / شخصية / ١٩٧٠ في ١٩٧١/١/٤
٣. قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٣/شخصية/ ١٩٧٩، في ١٩٧٩/١/١٣
٤. قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٢ / شخصية / ١٩٨٢ في ١٩٨٢ /٢/٢٨
٥. قرار محكمة التمييز المرقم ٦٣٠ / شخصية / ٨٢- ١٩٨٣ في ١٩٨٢/١١/١٤
٦. قرار محكمة التمييز المرقم ٤٣٣٩ / شخصية / ٨٧ – ١٩٨٨ في ١٩٨٨ /٢/٢١
٧. قـرار محكمـة التمييز الاتحادية المرقم ١١٢١/ الهيئة المدنيـة منقول/٢٠١٠في ٩ / ١١ / ٢٠١٠

خامسا :- المنشورات الرقمية على شبكة المعلومات الدولية (الانترنيت)٠

مجلس القضاء الاعلى ، قاعدة التشريعات القضائيةعلى الرابط

https://www.sjc.iq/index-ar.php

منتديات برطلي متاح على الرابط http://baretly.net/

الآثار القانونية المترتبة على سلب وإيقاف الولاية وموقف القضاء العراقي

القاضي صفا عبد علي حسين

المستخلص

تأتـي أهميـة البحـث في سـلب الولايـة وإيقافها مـن أهمية الولاية عـلى حياة المـولَّى عليه، فهي حجر الأسـاس في الأسرة وعمادها الذي تقوم عليه ،وحيث إنّ الإخلال بها يؤدي الى زعزعة الأسرة والمجتمـع بوجـه عام فهو يتعلق بالجزء الرئيس لبنـاء الأسرة، وإنّ الإخلال بهذا الأمر يعرض حياة القاصرين إلى الخطر؛ لذا كان لابد من معرفة الأسباب والشروط الى تؤدي الى سلب الولاية وإيقافها والآثـار المترتبـة عليهما ؛لأجل حماية القاصرين والحفاظ على مصالحهم؛ لأنّه لم يعد خافياً على أحد في الوقـت الحـاضر ما قد يطرأ على الولاية من حالات قد تؤدي إلى سـلبها وإيقافها والذي قد يؤدي إلى زعزعة الأسرة والمجتمع بشكل عام، إذا لم يجابهُ بعلم أو يعالج بإسلوب مقنع كما تثور مشكلة البحث في عدم تنظيم المشرِّع العراقيّ لأحكام الولاية وسلبها وإيقافها في قانون واحد يجمع الأحكام الخاصة بها، إذ جاءت أحكامها متناثرة في قوانين عديدة دون قانون واحد يجمعها ويوحد الأحكام الخاصـة بهـا ، وإنّ هذا التنوع يـؤدي الى اختلاف الأحكام الخاصة بشروط سـلب الولاية وإيقافها والآثار المترتبة عليها ، وكان الأولى بالمشرِّع العراقيّ تلافي هذا الأمر للوصول إلى قانون موحد يتعلق بالولاية وأحكامها وشروطها ، وقد تناولت في بحثي (مفهوم سـلب الولاية وإيقافها وشروط سـلب الولاية وإيقافها وطبيعتها القانونية وآثار سـلب الولاية وإيقافها وموقف المشرع العراقي من سلب الولاية وإيقافها)

وقـد أنهينـا البحـث بخاتمة اشـتملت على اهـم النتائج التي توصلنـا اليها الاقـتراح على المشرع العراقي بغية توحيد الاحكام الخاصة بالولاية على النفس إمّا بدمجها في قانون الأحوال الشـخصيّة بعده القانون المعني بهذا الشـأن، او فرد تشريع مسـتقل لها على غرار القانون المصري رقم (١١٨) لسـنة (١٩٥٢) الخاص بأحكام سـلب الولاية على النفس .

Abstract

The importance of the research in taking guardianship away and ceasing it comes from the importance of guardianship over the guarded one، as it is the foundation stone in the family and its pillar، as disturbing it leads to destabilizing family & society in general due to its connection with the main part of building family، and disturbing this matter endangers minors' lives، so we must know the reasons & conditions that lead to taking guardianship away & ceasing it as well as their consequences، for protecting minors and preserving their benefits، because it is no longer a secret that what happens to guardianship could lead to taking it away

& ceasing it، which may lead to destabilizing family & society in general، if it is not confronted scientifically & treated persuasively. And the problem of the research is also about the Iraqi legislator's non-regulating the guardianship's provisions as well as its taking away and ceasing in one law that gathers its own provisions. As its provisions are scattered in several laws without being collected in one law، and this diversity leads to a difference in the provisions of the conditions of taking guardianship away & ceasing it as well as their consequences، and I have taken up in my research (the concept of taking guardianship away & ceasing it as well as their conditions، its legal nature، consequences and the Iraqi legislator's position from taking guardianship away & ceasing it).

And we finished the research with a conclusion included the most important results that we reached to be suggested for the Iraqi legislator to unite the guardianship's provisions on oneself either by merging it in the Personal Status Law by considering it as the concerned law، or laying an independent legislation for it as the Egyptian Law of number 118 for the year 1952 of the provisions of taking guardianship away on oneself.

المقدمة

أولاً : التعريف بموضوع البحث

يعد موضوع الولِاية من أهم الأمور التي ترافق الإنسـان منذ ولادته لحين بلوغه سـن الرشد، إذ يولد الإنسـان وهو عاجز عن الوقوف في الحياة، فيحتاج إلى من يرعاه في نفسـه وماله ،ويقوم على شؤونه، اذ يحتاج إلى من يتولى أمور حفظه ،ويصونه ، ويربيه ، ويعلمه، ويقوم عنهُ بمختلف الأمور التي تتصل بشخصه وذاته.

واتفقت الشرائع السماوية والوضعية على طريقة وحيدة يمكن ان تتكفل بذلك سميت اصطلاحاً باسم (الولِاية)، والولِاية نظام يحيط الصغير (المولَّى عليه) بسياج متين من الحماية ،ويؤهله التأهيل الطبيعيِّ والمعنوي بدناً ،وروحاً، وعقلاً إلى أن يتسلم مقاليد نفسه ويتولى زمام أمرهَ.

فالولِاية على النفس تهدف الى رعاية المولَّى عليه في جسده، وروحه، وعقله بتوفير كل ما يتطلبه نمـوه الجسـديّ ،والروحـيُّ والعقليُّ من تغذية ،وكسـوة ،وإيـواء، وتربية ،وتعليـم ،وتزويج إذا ما سـنحت فرصة زواجه، وكل أمور العناية بشـخص المولَّى عليه.

ولأهميــة الولاية على حيــاة القاصرين إذ ما أصابها أيُّ شيء طارئ قد يوثر على حياة القاصرين ومصالحهم ،فإنّه ينذر بخطر على حياة القاصرين، ومســتقبلهم ومصلحتهم ،مما يســتلزم الوقوف عنده ووضع الحل الناجح له.

ومن ثَمَّ فإن سلب الولاية وإيقافها ،يُعد من أخطر العوارض التي تطرأ على الولاية على النفس، وتهددها بالزوال؛ لذلك يستلزم الأمر أن نبين الاثار التي رسمها المشرع لأجل سلب الولاية وإيقافها إذا ما أصبحت الولاية تشكل خطراً على حياة القاصرين ،وتعريض مصالحهم للخطر.

ثانيا :أهمية البحث

تأتــي أهمية البحث في اثار ســلب الولايــة وإيقافها من أهمية الولاية على حيــاة المولَّى عليه، فهي حجر الأســاس في الأسرة وعمادها الذي تقوم عليه ،وحيث إنّ الإخلال بها يؤدي الى زعزعة الأسرة والمجتمــع بوجــه عام فهو يتعلق بالجزء الرئيس لبنــاء الأسرة، وإنّ الإخلال بهذا الأمر يعرض حياة القاصرين إلى الخطر؛ لذا كان لابد من معرفة الأسباب والشروط الى تؤدي الى سلب الولاية وإيقافها والآثــار المترتبــة عليهما ؛لأجل حماية القاصرين والحفاظ على مصالحهم؛ لأنّه لم يعد خافياً على أحد في الوقت الحاضر ما قد يطرأ على الولاية من حالات قد تؤدي إلى سلبها وإيقافها والذي قد يؤدي إلى زعزعه الأسرة والمجتمع بشــكل عام، إذا لم يجابههُ بعلم أو يعالج بإسلوب مقنع .

عليه وجدنا الأهمية البالغة لتسليط الضوء على موضوع سلب الولاية وإيقافها على وفق لأحكام القانون العراقيّ ونتناوله في دراسة مستقلة تبرز هذا الموضوع المهم بوصفه واقعاً موجوداً في نطاق العلاقات الأسرية في المجتمع.

ثالثاً : أسباب اختيار البحث

تنظيــم المــشرِّع العراقيّ لموضوع ســلب الولاية وإيقافها في قوانين عديــدة منها نصوص خاصة بالولاية وردت في القانون المدنيّ رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) ،ونصوص وردت في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدَّل ،ونصوص وردت في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة(١٩٨٠)، ونصــوص وردت في قانــون رعايــة الاحــداث رقم (٧٦) لســنة (١٩٨٣)، وكان تناثــر النصوص في قوانين عديدة من بين أهم الأســباب الدافعة الى اختيار هذا الموضوع.

رابعاً : إشكالية البحث

تكمن مشـكلة البحث في عدم تنظيم المشرِّع العراقيّ لأحكام الوِلاية وسـلبها وإيقافها في قانون واحـد يجمـع الأحـكام الخاصة بها، إذ جـاءت أحكامها متناثرة في قوانين عديـدة دون قانون واحد يجمعهـا ويوحـد الأحكام الخاصة بها ،وإنّ هـذا التنوع يؤدي الى اختلاف الأحكام الخاصة بشروط سـلب الوِلاية وإيقافها والآثار المترتبة عليها ، وكان الأولى بالمشرِّع العراقيّ تلافي هذا الأمر للوصول إلى قانـون موحد يتعلق بالوِلاية وأحكامها وشروطها.

خامساً : هدف البحث

بغية وضع حل لمشـكلة البحث ارتأينا أن نبحث موضوع سـلب الوِلاية وإيقافها على وفق أحكام القانون العراقيّ في دراسة مستقلة يكون الهدف منها هو التركيز على دراسة سلب الوِلاية وإيقافها، وإبرازه في الواقع العمليّ كدراسة يسهل على المختصين الرجوع عليها.

سادساً : منهجية البحث

سـنعتمد في بحثنا هذا على أسـلوب البحث التحليليّ الاسـتقرائي مع الإشـارة إلى موقف القضاء العراقـيّ بهـذا الصدد، وسـيتم اعتماد موقف المـشرِّع العراقـيّ في القانون المدنيّ رقم (٤٠) لسـنة (١٩٥١) المعـدَّل، وموقـف قانون الأحوال الشـخصيّة رقم (١٨٨) لسـنة (١٩٥٩)، و موقف قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)، وموقف قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣).

وكذلك سـنعتمد على الرجـوع الى المراجع اللغوية الخاصة بمفردات البحث، وسـنوضح مواطن الاختـلاف لإحكام الوِلاية وحالات سـلبها وإيقافها في ظـل القوانين العراقيّة، إضافة إلى بيان موقف القضاء العراقيّ من موضوع بحثنا.

سابعاً : خطة البحث

سـنتولى دراسـة موضـوع الاثار المترتبة على سـلب الوِلايـة وإيقافها على وفق لأحـكام القانون العراقـيّ وفق خطة بحثية تشـتمل على مقدمـة ،ومبحثين وخاتمة.

أمّـا في المبحـث الاول سـنتناول (سـلب الولايـة وايقافهـا وشروط كل منها)وفي المبحـث الثاني نتناول الاثار القانونية المترتبة على سلب الوِلاية وإيقافها) وموقف القضاء العراقيّ من سلب الوِلاية وإيقافها.

وقـد اسـتعنت في إعـدادي لهذا البحـث بأصول البحـث القانوني مـع مراعاة التـوازن في خطة

البحث عند استعراض المفردات التي تضمنها، ومن ثَمَّ سأردف هذا البحث بخاتمة أضمنها جملة من الاستنتاجات والتوصيات التي وجدتها مبنية على أسس قانونية سليمة مقترحاً إياها للمشرِّع العراقيّ بغيه تلافي الثغرات القانونية مؤمّلا من المشرِّع العراقيّ الأخذ بها.

راجياً من الله وتعالى (عز وجل) أن يوفقني في عملي هذا بما فيه خير للقضاء العراقيّ ولعراقنا الحبيب.

المبحث الاول

تعريف الولاية وسلبها وايقافها وشروطها

التعريف بالولاية يتطلب بيان معنى الولاية لغة، وشرعاً، واصطلاحاً ، في المطلب الاول ثم بيان تعريف سلب الولاية في الفرع الاول وايقاف الولاية في الفرع الثاني وبيان وفي المطلب الثاني بيان شروط سلب الولاية وايقافها وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول

تعريف الولاية وسلبها

التعريف بالولاية يتطلب بيان معنى الولاية لغة، وشرعاً، واصطلاحاً ،وأنواعها ،وشروطها في ثم بيان تعريف سلب الولاية وشروطها :

تعريف الولاية

اولاً / الولاية لغة: هي المعونة والمحبة والنصرة [١]،ويقال فلان أي مولاة بمعنى المناصِّر له ،او أحبه ونصره وحاباه كما في قوله تعالى ((الله ولي الذين امنوا...))[٢] ،وتعني السلطة والأمارة إذا جاءت مكسورة يقال فلان له ولاية على البلدة أي ولي اميرها، وسلطانها ،ومنها الولاية على المرأة والصبي فولي المرأة هو الذي يلي عقد النكاح عليها وولي اليتيم هو الذي يلي أمره ويقوم بكفالته .

ثانياً / الولاية شرعا بمعنى: القدرة الشرعية على التصرف الصحيح النافذ سواء تصرف الإنسان بنفسه أو لغيره نيابة عن الشارع ،او من الإنسان مع إقرار الشارع كالوصاية او الوكالة ، وقد أُطلِقت الولاية على القدرة الشرعية على التصرف ،ويفيد ذلك أنّ الولاية تطلق على قدرة الإنسان على التصرف النافع النافذ ،وتثبت له هذه القدرة بتوفر صفات الأهلية من البلوغ ،والعقل، والرشد ،والاختيار ،فالقدرة الشرعية على التصرف النافذ شرط في نفاذه ،إذن هي شاملة لجميع أنواع

١- د. إبراهيم انيس واخرون ، المعجم الوسيط ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، القاهرة، ٢٠٠٤،ص١٠٥٧ .

٢- سورة البقرة :- الآية ٢٥٧

التصرفـات ،وتطلـق الولِايـة فيراد بها تنفيذ القول على الغير شـاء أم أبى كمـا عرفها صاحب تنوير الأبصار [١]وغيره من الحنفية ،وهذه تشمل تصرف الإنسان على غيره من فاقد الأهلية او ناقصها في النفس او المال، وتشمل الوصاية، فيحسن أن يقال من التعريف تنفيذ التصرف على الغير لأنّه اشمل ،مثـل لـو دفع عنه زكاة ماله او ضمان مـا أتلفه فإنّه ينفذ عليه، وهي من التصرفات الفعلية وتطلق أيضا على تصرف الإنسان لغيره برضاه ،مثل ولِاية الاختيار الثابتة في تزويج المرأة الثيب البالغة عند الشـافعية والحنابلة والمالكية او ولِاية الاسـتحباب عند الحنفية في تزويج البالغة بكرا كانت أم ثيبا وإن كانـت في الواقع وكالة عنها .

ثالثـاً / الولِايـة اصطلاحـاً: يراد بها حـق تنفيذ القول عـلى القاصر، ومـن في حكمه كالمجنون ،والمعتـوه، والسـفيه ، والتصرف ،والإشراف على شـؤونه ،وتشـمل ولِاية البالغ في الـزواج أيضاً أو حق تنفيذ القول على الغير سواء رضي ام لم يرض[٢] او بمعنى تنفيذ القول على الغير شاء ام ابى .

كما عرفها تنوير الأبصار وغيره من فقهاء الحنفية وتشـمل تصرف الإنسـان على غيره من فاقد الأهلية وناقصها على النفس والمال كما تشمل الوصاية.

امـا في مجـال الفقه القانونـي فقد عرفها بعـض شراح القانون متأثرين بما ذهـب اليه الفقهاء المسلمون في هذا الصدد بقولهم (الولِاية صفه تقوم بشخص تجعل له سلطاناً على غيره في نفسه او مالـه، او فيهما جميعاً جبراً عنه) [٣] .

وعرفهـا آخـرون من الشراح مركزاً على الجانب الموضوعي في الولِايـة بانها : ((الرعاية الواجبة او الرعاية المسـؤولة للطفل في نفسه وفي ماله)) [٤].

وقـد حـاول فريق ثالث التوفيـق بين الجانب الموضوعـي والجانب الحكمـي في الولِاية، فعرفها بانّهـا (تنفيـذ القول على الغير شـاء ام ابي، والإشراف على شـؤونه ورعايته) [٥].

بعـد هـذا العـرض لاهـم التعريفات التي قيلـت في الولِاية، وبعـد بيان العناصر التـي تمتاز بها يمكننا ان نعـرف الولِاية بانها:

١- الشـيخ محمـد امـين الشـهير بابن عابديـن ، رد المحتـار على الدُر المختـار شرح تنوير الأبصار المشـهور بحاشـيته ابنعابديـن ، دار الفكـر – بـيروت الطبعـة الثانيـة ، ١٩٩٢ ص٤٠٧.

٢- الحاج حمدي الأعظمـي ،خلاصة المحاضرات في الأحـوال الشخصيّة ، ص١٧، بلا سنة طباعة .

٣- ينظر : د صبحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسـلامية ، مكتبة الكشـاف ،بيروت ١٩٤٨، ج١ ، ص٥٩، د. عبـد المنعـم البـدراوي ، المدخـل للقانـون الخـاص ، دار الكتاب العربي ،مـصر ،ط١ ، ١٩٥٩ ، ص١٤٠.

٤- د. بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسـلامية والقانون ، مؤسسـة شباب الجامعة ، الإسكندرية ١٩٨١ ، ص١.

٥- د. عبد الرحمن الصابوني ، الأحوال الشخصيّة ، الزواج والطلاق وآثارهما،ج١ جامعة حلب ، ١٩٦٥ ، ص٤٧٦.

(سلطة مقررة شرعاً وقانوناً لشخص على آخر يكون بمقتضاها على الأول واجب رعاية الثاني وحقه في إمضاء التصرفات النافعة له جبراً عنه).

الفرع الاول : تعريف سلب الولاية

اولاً / السلب لغة: تعني ما يسلب يقال أخذ وسلب القتيل وما معه من ثياب وسلاح ودابة او الماء الشجر او القصب المزروع وكذلك يقصد به انتزاع الشيء ممن هو في يده[١].

ثانياً / السلب اصطلاحا: هو النفي وقد يراد به الإزالة (قشر) أي إزالة القشور، وسلب الولاية وردت شرعًا وقانونًا وقد بيّن فقهاء الشريعة الإسلامية الأسباب التي تؤدي الى انتهاء الولاية وكذا الحال في القانون فقد وضع أحكام خاصة بانتهاء الولاية ففي الشريعة الإسلامية تنتهي الولاية اما بصورة تامة وذلك بزوال السبب الذي وجدت من اجله وهو الصغير ببلوغه سن الرشد كما تنتهي أيضا بوفاته وإمّا أن تنتهي بصورة غير تامة وذلك بانتهائها بالنسبة لأحد الأولياء وانتقالها إلى من يليه مرتبةً.

إمّا في القانون فقد وضع هو الآخر أحكاما خاصة بانتهاء الولاية ومنها بلوغ الصغير سن الرشد وهذا ما نصت عليه المادة (٣١) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) التي بينت انتهاء الولاية ببلوغ الصغير ما لم تقرر المحكمة استمرار الولاية عليه[٢]، كما ممكن ان تنتهي الولاية بعزله وهذا ما اشارت اليه المادة (٦٨/ رابعا) من القانون نفسه ،والتي أجازت لمديرية رعاية القاصرين بناء على توصية لجنة المحاسبة أن تطلب من المحكمة المختصة عزل الوصي إذا تحقق في ذلك مصلحة للقاصر [٣] أمّا سلب الولاية ،فهو مبدأ جاءت به العديد من القوانين العراقيّة وفي أولها القانون المدنيّ العراقيّ رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) في المادة (١٠٣) منه[٤]، والذي بيّن فيها حالات سلب الولاية، وجعل أمرها متروكًا للمحكمة بسلب الولاية او تقيدها إذا ما عُرف الولي بسوء التصرف ،فهنا اعطي الحق للقاضي أمّا بتقييدها او سلبها لأسباب سنبينها لاحقاً في المطلب الثاني من هذا

١- د. إبراهيم انيس واخرون، المصدر السابق، ص١٠٥٧.

٢- تنص المادة ٣١ من قانون رعاية القاصرين العراقيّ على: ((تنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرارية الولاية عليه)).

٣- تنص المادة ٦٨/رابعاً من قانون رعاية القاصرين على: ((لمديرية رعاية القاصرين بناء على توصية لجنة المحاسبة ان تطلب من المحكمة المختصة عزل الولي او الوصي او القيم إذا تحقق ان مصلحة القاصر تقتضي ذلك)).

٤- تنص المادة (١٠٣) من القانون المدنيّ العراقيّ الى: (١- الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة او بيسير الغبن صح العقد ونفذ ٢- اما إذا عُرفا بسوء التصرف فللقاضي ان يقيد من ولايتهما او ان يسلبهما هذه الولاية).

المبحث كما ان حالات سلب الولِاية وردت في قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) حيث جاء بمبدأ انتزاع السلطة الأبوية عندما تقتضي مصلحة الحدث والمجتمع ذلك، والهدف من وراء ذلك حماية الصغير او الحدث من كل خطر يهدده وان كان ذلك الخطر من المحتمل وقوعه كل ذلك بهدف الوقاية من الجنوح وهي حالات منها وجوبية على المحكمة سلبها ومنها جوازيه للمحكمة ان تسلبها وفق شروط معينه وحسب ما جاء بالمواد (٣١و٣٢) من القانون المذكور[١]وكما أشار قانون رعاية القاصرين العراقيّ رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) في المادة (٣٢) منه[٢] للمحكمة ان تسلب ولِاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه ،وسوء التصرف هو الذي يعرض أموال القاصر إلى الخطر إذا ما اشتهر عن الولي سوء التدبير او الإهمال الجسيم في رعاية أموال القاصر كان يتصرف الولي بالمنقول بغبن فاحش[٣] .

من خلال ما تقدم فيمكننا ان نعرف سلب الولِاية بانها:

(سلطة مقررة بموجب القانون لمصلحة القاصر يجوز فيها للمحكمة ان تسلب الولِاية عن الولي إذا ما صدر منه ما يؤدي الى ضرر لاحق بالقاصر سواء كان ضد نفسه او ماله).

الفرع الثاني : تعريف إيقاف الولِاية

الإيقاف لغةً: هو مصدر من الفعل الرباعي (أوقف) ويستخدم في سياقات كثيرة منها الحبس والمنع ويقال أوقف الشخص عن الشيء، وقفه، منعه عنه، أوقفه عن العمل من ممارسه حقه[٤] .

أمّا تعريف الإيقاف اصطلاحاً:فهو لا يختلف عن تعريفه قانوناً ، وقد وردت أحكام الإيقاف في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) في المادة (٣٣) منه [٥] والتي تكون في حالة غياب

١- تنص المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث الى: ((على محكمة الأحداث ان تقرر سلب الولِاية على الصغير او الحدث إذا حكم على الولي بجريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة او بأحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون مكافحة البغاء وكان الصغير او الحدث هو المجنى عليه في جميع هذه الجرائم)) وتنص المادة (٣٢) من ذات القانون على: ((لمحكمة الأحداث بناء على طلب أقارب الصغير او الحدث او الادعاء العام ان تقرر سلب الولِاية على الصغير او الحدث مدة تقدرها في الحالات الاتية :

١ – إذا حكم على الولي بجريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

٢- إذا حكم على الولي بجريمة الاعتداء على شخص الصغير او الحدث بالجرح او الضرب المبرح او بالإيذاء العمد.

٣- إذا حكم على الولي وفق المادة (٣٠) من هذا القانون.

٤- إذا حكم على الولي في جناية عمدية بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات)).

٢- تنص المادة ٣٢ من قانون رعاية القاصرين الى: ((للمحكمة ان تسلب ولِاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه)).

٣- باهر نجم عبد الله، المصدر السابق، ص٣٧.

٤- د. إبراهيم انيس واخرون، المصدر السابق، ص ١٠٦٠.

٥- تنص المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين على: ((تقرر المحكمة إيقاف الولِاية متى اعتبرت الولي غائباً او كان

الـولي او كان قـد حكـم عليه مدة تزيد على سـنة ،ففي هاتين الحالتين لا تقرر المحكمة سـلب الولاية بصـورة تامـة، بل تكون الولاية حينئـذ متوقفة وبموجب حكم قضائي يفقـد فيها الولي ولايته على القاصر ويجب على القاضي تعيين خلفا له لحين خروجه من حالة التوقف ،ويجوز لها في هذه الحالة ان تعين وصياً مؤقتا إذا ما حكم على الولي بوقف الولاية [١] ،وهذه حالات استثنائية ترد على الولاية ،فتمنع الولي من ممارسة ولايته كالسفر او السجن ،ففي مثل هذه الحالات التي لا تسلب فيها الولاية او لم تمارس تكون الولاية حينئذ في حالة توقف يفقد فيها الولي سلطة الولاية [٢] .

عليه ومن كل ما تقدم يمكننا ان نعرف إيقاف الولاية بانها:

(سـلطة مقـررة لمصلحـة القاصر يجوز فيها للمحكمـة أن تقرر إيقاف ولاية الـولي مؤقتاً لعدم إمكانية القيام بمهام الولاية فعلياً بسبـــب تغيبه او الحكم عليه جزائياً).

المطلب الثاني

الفرع الاول : شروط سلب الولاية

لقـد تنـاول المـشرِّع العراقيّ أحكام سـلب الولاية والحد منها واسـتبدال الـولي في قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) ،كما تناول إسقاط الولاية في قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) ، كما تناول أحكام سلب الولاية وانتهاء الولاية في ظل أحكام قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) ولبحث هذا الموضوع وبيان شروط سلب الولاية في القوانين العراقيّة سنبينها تباعاً وحسب التفصيل الاتي: -

اولاً/ سلب الولاية والحد منها على وفق أحكام قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣).

ثانيا / سلب وانتهاء الولاية على وفق أحكام قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠).

اولاً / سـلب الولايـة والحـد منهـا على وفـق أحكام لقانـون رعايـة الأحداث رقم (٧٦) لسـنة (١٩٨٣).

لقـد اقـر المشرِّع العراقيّ مسـؤولية الـولي الجزائية في حالـة إخلاله بواجباته تجـاه الصغير او الحدث في حالة تعرضه للجنوح على وفق المادة (٢/ثانياً) من قانون رعاية الأحداث، كما أقّر سلطة

قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية تزيد على سنة)).

١- تنـص المـادة (٣٧) مـن قانون رعاية القاصرين عـلى: ((يجوز للمحكمة ان تعيين وصيـاً للخصومة إذا ما تعارضت مصلحـة القـاصر مـع مصلحة ولية او القيم عليـه ولها ان تقيم وصياً مؤقتا إذا حكم بوقـف الولاية او الوصاية)).

٢- باهر نجم عبد الله، المصدر السابق، ص٤٣.

انتـزاع هـذه الولاية الأبوية إذا اقتضت مصلحة الصغير او الحـدث او المجتمع ذلك في الفقرة (ثالثاً) من المادة نفسها[١].

ونظـن أنّ المـشرِّع قـد اقر هذه الحمايـة التشريعية للصغـير او الحدث من براثن الأب المتسـلط المهمـل في واجـب الرعايـة لهم او الولي الشرعي او من هو في حكم الولي والذي له سـلوك سيء ،ومن أرباب الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة، فلم يترك المشرِّع العراقيّ ذلك الصغيـر او الحدث لقمة سـائغة لهـؤلاء ، إذ إنّ الصغـار والأحداث ليسـوا ملكاً لرب الأسرة كمـا كان عليه في العصور الأولى بـل إنّهـم جزءًا من المجتمع والذي لابد أن يكون سـليماً ومعافى في أفـراده لينهض ويتطور ويتقدم، وحيـث إنّ الصغـار والأحـداث جزء مـن المجتمع، فإنّ المجتمع نفسـه ممثلا بالمشرِّع الـذي اقر لهم الحماية القانونية من سـوء سـلوك او تصرف آبائهم او أوليائهم واقر القواعد القانونية التي تنظم انتزاع او سـلب الولاية والحد منها، حيث تناولها قانون رعاية الأحداث بالتنظيم في المواد (٣١) الى (٣٨) منـه ومـن خلال قـراءة النصوص المذكورة يتضح لنا أنّ المشرِّع قد حـدد الحالات التي يمكن معهـا سـلب الولاية وجوباً كما بـين الحالات الجوازية التي تخضع لتقدير المحكمة في سـلب الولاية كمـا تضمنت أحكام اسـتبدال الولي وهذا ما يقتضي منـا بحثها تباعاً في الفقرات الاتية : -

١- سلب الولاية وجوباً :-

نصت المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث على أنّه:

((على محكمة الأحداث أن تقرر سـلب الولاية على الصغير او الحدث إذا حكم على الولي بجريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة او بأحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون البغاء وكان الصغير او الحدث هو المجنى عليه في جميع الجرائم)).

وبذلك فإنّ المحكمة ملزمة وجوباً بسلب الولاية عن الولي ؛لخطورة هذه الجرائم وأثرها السلبي في حيـاة الصغـير او الحـدث ولأهميـة شـخص المجنى عليـه في كل جريمة مـن هذه الجرائـم، وانّ قانون العقوبات رقم (١١١) لسـنة (١٩٦٩) قد أفرد المواد من (٣٩٣ -٤٠٤) متناولاً فيها الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة وهي: (الاغتصاب ،واللواط ،وهتك العرض، والتحريض على الفسق، والفجور) [٢]، حيث إنّ المادة(٣٩٣/١) من قانون العقوبات حددت عقوبة السـجن المؤبد او المؤقت

١- تنـص المـادة (٢/ثانيـاً) من قانـون رعاية الأحداث رقم(٧٦) لسـنة (١٩٨٣) على ما يلي: ((يعتمـد القانون لتحقيق أهدافه الأسـس التالية: ... ثانياً - مسـؤولية الولي عن إخلاله بواجباته تجاه الصغير او الحدث في حالة تعرضه للجنوح ثالثـا -انتزاع السـلطة الأبوية إذا اقتضت ذلـك مصلحة الصغير او الحدث والمجتمع)) .

٢- تنص المادة (٣٩٣) من قانون العقوبات رقم ١١١ لسـنة ١٩٦٩ على ما يلي: ((١- يعاقب بالسـجن المؤبد او المؤقت كل مـن واقـع أنثـى بغير رضاهـا او لاط بذكر او أنثى بغير رضـاه او رضاها٢- يعتبر ظرفاً مشـدداً إذا وقع الفعل في أحدى الحالات التالية: أ- إذا كان من وقعت عليه الجريمة لم يبلغ الثامنة عشر سنة كاملة.ب- إذا كان الجاني من أقارب

على كل من يواقع إنثى أو يمارس فعل اللواط بذكر او أنثى وبدون رضى المجنى عليه، لكن ولأهمية شخص المجنى عليه إذا كان قاصراً او تحت رقابة المتولي ورعايته، او من له سلطة عليه، فأنّ المشرِّع العراقيّ قد عد ذلك ظرفاً مشدداً بوجوب تشديد العقاب، اذ يمكن أن يحكم على الجاني بدلاً من السجن المؤقت بالسجن المؤبد او يحكم بدلاً من السجن المؤبد بالإعدام .

كما ان المادة (٣٩٤) من قانون العقوبات [١]أقرت الحماية التشريعية للقاصر وأضفت الأهمية لشخصه باعتباره محلاً للجريمة وبكونه لم يبلغ سن الرشد كما تناولت المادة (٣٩٦) من قانون العقوبات عقوبة الاعتداء بالقوة ،او التهديد ،او الحيلة، او عدم الرضا على عرض شخص ذكراً كان او انثى ،ونجد أنّ المشرِّع قد غلَّظ العقاب بعده ظرفًا مشددًا إذا كان الفعل مرتكب من أحد الأشخاص المذكورين في المادة (٣٩٣/٢) عقوبات ،كذلك ما نصت عليه المادة (٣٩٩)[٢] من قانون العقوبات، والتي اشارت الى عقوبة الحبس على كل من حرّض ذكراً كان انثى لم يبلغ عمر أحدهما ثماني عشر سنة كاملة على الفسق ،والفجور او اتخاذ الفسق حرفة ،او سهّل لهما سبيل ذلك .

من خلال استعراضنا لنصوص قانون العقوبات ذات العلاقة والوارد ذكرها في المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث يتضح لنا خطورة، وبشاعة هذه الجرائم إذا ما كان المجنى عليه قاصراً ،ومما يزيد بشاعتها كون مرتكبها استغل صفته وسلطته بكونه ولياً على الحدث على وفق مفهوم المادة (٣/خامساً) من قانون رعاية الأحداث ،ومن الجدير بالذكر أنّ قانون مكافحة البغاء رقم (٨) لسنة (١٩٨٨) والذي تضمن نصوصاً عقابية على جرائم ممارسة البغاء ،والسمسرة والدعارة إذا كان ولياً ،والمجنى عليه كان هو الصغير او الحدث محل الولاية.

وهنا لا بد أن نوضح أنّه يشترط لسلب الولاية وجوباً صدور قرار بالإدانة والتجريم وقرار الحكم بالعقوبة أن يكتسب الدرجة القطعية ؛ لأنّ المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث جاءت

المجنى عليه الى الدرجة الثالثة او كان من المتولين تربيته او ملاحظته او ممن له سلطة عليه او كان خادماً عنده او عند أحد ممكن تقدم ذكره)).

١- تنص المادة (٣٩٤) من قانون العقوبات على ما يلي: ((١- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس من واقع في غير حالة الزواج أنثى برضاها او لاط بذكر او أنثى برضاه او رضاها إذا كان من وقعت عليه الجريمة قد اتم الخامسة عشر من عمره ولم يبلغ الثامنة عشر سنة وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشرة سنوات إذا كان من وقعت عليه الجريمة دون الخامسة عشر سنة كاملة من العمر. ٢- يعتبر ظرفاً مشدداً إذا وقع الفعل في أحد الحالات المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة ٣٩٣ .٣- وإذا كانت المجنى عليها بكراً فعلى المحكمة ان تحكم بتعويض مناسب)).

٢- تنص المادة (٣٩٩) من قانون العقوبات على ما يلي: ((يعاقب بالحبس كل من حرض ذكراً او أنثى لم يبلغ عمر أحدهما ثماني عشر سنة كاملة على الفجور او اتخاذ الفسق حرفة او سهل لهما سبيل ذلك وإذا كان الجاني ممن نص عليه الفقرة (ب) من المادة ٣٩٣ او قصد الربح من فعلة او تقاضى اجراً عليه فيعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين او بالحبس)).

واضحـة في ذلـك بعبارة ((إذا حكم على الـولي بجريمة من الجرائم))، ومن ناحيـة أخرى أنّ قانون رعاية الأحداث جعل سلطة سلب الولِاية لمحكمة الأحداث وحسب الاختصاص النوعي في حالة صدور حكـم بـات ضد الولي مـن محكمة الجنايات او الجنـح ،إذا قام بارتكاب جريمة مـن الجرائم الوارد ذكرها في المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث بحق الصغير، او الحدث المجنى عليه ،فتقرر محكمة الأحداث سـلب الولِاية حال ورود علمهـا بالحكم البات والصادر بحق الولي المدان.

وبدهـي أنّ المحكمـة التـي تصـدر الحكم على الولي بالإدانة هي ليسـت محكمـة الأحداث، وإنّمـا محكمـة الجنـح او الجنايـات، ولكن يلاحـظ أنّ القانون جـاء غامضاً في تحديـد الجهة التي تقوم بالإخبار عن هذا الحكم الصادر ؛لذا نضم صوتنا الى الرأي القائل بضرورة إضافة فقرة ثانية الى المـادة (٣١) مـن قانـون رعاية الأحداث ، تنص عـلى أن يتولى الادعاء العام أمـام محكمة الجنح او الجنايـات التـي أصدرت حكمها على الولي بإشـعار محكمة الأحداث التـي يقع ضمن اختصاصها المكانـي محل سـكن الولي ، وذلك بغية تفعيل حكم المـادة (٣١) من هذا القانون [١] ،و نقترح بإلزام محكمة الجنح والجنايات عند إصدار حكمها بالإدانة للولي ان تشعر محكمة الأحداث وجوباً ،وترسل نسـخة من الحكم الصادر إليها ليتسـنى لها اتخاذ الإجراءات القانونية المناسـبة على وفق القانون.

وان أهميـة هـذا الاقتراح تنبع من كون المشرِّع العراقيّ قد اقـرّ الحماية للصغير والحدث ،وكان لابـد مـن وضع معيار ثابـت لا يقبل التأويل والاجتهاد عند تطبيق الأحـكام عملياً وملئ هذا الفراغ التشريعـي بنـص قانوني ملزماً يبين طريقة الإخبار، والجدير بالذكر انه كل ذي مصلحة من أقارب القاصر ان يتقدم بالإخبار الى محكمة الأحداث وذلك عن طريق تقديم قرار الحكم بالإدانة والعقوبة والصادر بحق الولي مكتسـباً للدرجة القطعية وعلى وفق قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ.

٢ – سلب الولِاية جوازاً :

نصـت المـادة (٣٢) مـن قانون رعايـة الأحداث على انـه: ((لمحكمة الأحداث بنـاء على طلب أحد أقارب الصغير او الادعاء العام ان تقرر سلب الولِاية على الصغير او الحدث مدة تقررها في الحالات الاتية: –

اولاً/ إذا حكم على الولي بجريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة.

ثانيـاً/ إذا حكم على الولي بجريمة الاعتداء على شـخص الصغـير او الحدث بالجرح او بالضرب المبرح او الايذاء العمد.

ثالثا/ إذا حكم على الولي وفق أحكام المادة (٣٠) من هذا القانون.

١– نـوار محمـد نـاصر، دور قانون رعاية الأحـداث في الوقاية من الجنـوح، المعهد القضائي، وزارة العدل، الدراسـات القانونيـة المتخصصـة، ١٩٨٥، ص٩٢–٩٣ د. عصمـت عبد المجيد بكر، مصدر سـابق، ص٩٥.

رابعاً/ إذا حكم على الولي في جناية عمدية بعقوبة سالبة للحرية مدة لا تقل عن ثلاث سنوات)).

إنّ المادة (٣٠) من قانون رعاية الأحداث [١] المشار اليها في الفقرة ثالثاً من المادة (٣٢) والمذكورة انفـاً نصـت عقوبـة الحبس مدة لا تزيد على سـنة او الغرامة للولي إذا ما دفـع الحدث او الصغير الى التـشرد او الانحـراف، اذ منح المشرِّع لمحكمة الأحداث سـلطة سـلب ولاية الصغـير او الحدث إذا ما ارتكب الولي فعلاً من الأفعال المتقدم ذكرها في المادة (٣٢) من قانون رعاية الأحداث مدركاً خطورة هذه الجرائم على الصغير او الحدث وما تحمله من آثار سلبية عليه إذ سبق لنا ،وأن بينا شروط الولي ،ومنهـا المتعلق بوجوب أن يكون الـولي اميناً على الصغير، وعلى مصالحة ،وأمواله ،وكذلك شرط أن يكون ذا عدالة ،وحسن السيرة والسلوك إذ من غير المنطق أن لا تسلب ولاية الولي الذي تم تجريمه بحكم بات من محكمة مختصة عن جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق ؛لأنّه سيكون بمنزلة المرض المعدي الذي سيسـتشري في أولاده القاصرين الذين سـينهلون منه سـوء السلوك والخلق السيء، إنّ الصغـير والحـدث بحاجة إلى الرعاية ،والاهتمام ،والحفاظ على نفسـه واخلاقـه ،فمن واجبات الولي تجاهه تأديبه وتقويمه لغرض التربية ،وإرشاده للطريق القويم ،ولكن من غير المقبول الاعتداء عليه بالجرح ،أو الضرب المبرح ،أو الايذاء العمد ،إذ إنّ ذلك هو خلاف واجبات الولي تماماً ويخالف أحكام القانون باعتباره جريمة يجب فيه العقاب إضافة إلى أنّه يخالف قواعد التربية السـليمة ،و ينتج عن التربية القائمة على الضرب والعنف آثارا نفسية ،وبدنية سلبية على حياة الصغير او الحدث قد ترافقه لبقية حياته ، وإنّ الحكم على الولي بالحبس ،أو بالغرامة عن جريمة دفع الحدث أو الصغير للتشرد ،وانحراف السـلوك تقتضي عدلاً ، وقانوناً حماية الصغير ، والحدث من هكذا ولي بسـلب الولاية عنه ؛ لكونـه غـير جديـر بها ويمثل خطراً محدقـاً تجاه القاصر الذي أجرم وقـصّر بحقه بدفعه للتشرد وانحراف السـلوك ،وإن من واجبات الولي الرعاية والرقابة على القاصر مما يسـتدعي وجوده معه ملاحظتـه وبـذل العنايـة المعتادة في الحفاظ على نفسـه، وماله وإنّ الحكم على الولي بعقوبة سـالبة للحريـة مـدة لا تقل عن ثلاث سـنوات لا تمكنه مـن أداء واجبات الولاية ممـا يقتضي حتماً تنصيب وصياً عنه [٢].

١- تنص المادة (٣٠) من هذا القانون على انه: ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار كل ولي دفع الحدث او الصغير الى التشرد او انحراف السلوك)).

٢- القاضي عباس حسـن عودة العكيلي، حماية القاصر ومن في حكمه في ضوء الشرع والقانون، بحث مقدم الى مجلس القضاء الأعلى كجزء من متطلبات الترقية للصنف الثالث من صنوف القضاة، ٢٠١٤، ص١١٥.

٣- استبدال الوِلاية:

نصت المادة (٣٧) من قانون رعاية الأحداث على أنّه: (لمحكمة الأحداث أن تقرر استبدال الولي أنّ تغير الإجراء المتخذ من قبلها او أن تعدل فيه ،أو تلغيه إذا كان ذلك يحقق مصلحة الصغير او الحدث).

فالغاية من قانون رعاية الأحداث هي مصلحة الصغير، أو الحدث الجانح ،أو وقايته من الجنوح او سوء السلوك ،والانحراف ،والتشرد إذ إنّ المادة المذكورة جاءت بحكم جديد وهو استبدال الولي بما يحقق مصلحة القاصر، لكن يرى البعض أنّ وِلاية الأب هي وِلاية اجبار فكيف يتم استبدالها [١]؟

لكن نجد أنّ بالأمكان استبدال الولي بعد سلب الوِلاية بتعيين وصي على القاصر على وفق الطريقة التي نص عليها المشرِّع في المادة (٣٣) من قانون رعاية الأحداث [٢]حيث إنّ ضرورة الحفاظ على القاصر تبيح ذلك الإجراء والذي اخذ به المشرِّع العراقيّ ،ومن المحتمل ايضاً بأنّ المشرِّع قد قصد استبدال الولي الأم او أي شخص اخر ضم اليه الصغير او حدث او عهد اليه بتربية أحداهما بقرار من المحكمة ،وهذا ما دلت عليه المادة (٣/خامسا) منالقانون نفسه [٣] اذ نعتقد بأنّ الأب الشرعي للصغير او الحدث لا يمكن استبداله الا بوصي تعينه المحكمة بعد سلب ولايته ،أو الحد منها.

عليه فأننا نقترح على المشرِّع العراقيّ أن يعدل صياغة نص المادة (٣٧) من قانون رعاية الأحداث بما يرفع اللبس والغموض الذي يكتنفها بما يجعلها أكثر دقة وشمولاً ووضوحاً من حيث الصياغة التشريعية، ،إنّ نص المادة المذكورة رغم ما اعتراها من عدم الدقة والوضوح من حيث الصياغة التشريعية –وحسب اعتقادنا المتواضع – نجد أنّها منحت محكمة الأحداث سلطة واسعة في اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة وتعديلها والغاءها لتحقيق مصلحة الصغير او الحدث، حيث إنّها تميزت بالمرونة في ذلك وقدمت مصلحة القاصر على الشكلية في الإجراءات والتدابير ؛لأنّ الحد من ظاهرة جنوح الأحداث من خلال وقاية الحدث من الجنوح ومعالجة الجانح وتكييفه اجتماعياً على وفق القيم ،والقواعد الأخلاقية للمجتمع تقتضي من المشرِّع منح محكمة الأحداث هذه السلطة؛ لتحقيق غايات واهداف قانون رعاية الأحداث باعتبارها حماية تشريعية من المشرِّع ،وعن طريق محكمة الأحداث من خلال توسع سلطتها التقديرية .

١- القاضي عبد الهادي العلاق، الوجيز في شرح قانون رعاية القاصرين، المكتبة القانونية، ط٣ ،٢٠٠٧ ص١١٢.

٢- يلاحظ نص المادة (٣٧) من قانون رعاية القاصرين والتي اجازت للمحكمة ان تقييم وصياً مؤقتاً إذا حكم بوقف الولاية او الوصاية.

٣- تنص المادة (٣/خامساً) من قانون رعاية الأحداث على انه ((يسري هذا القانون على الحدث الجانح وعلى الصغير والحدث المعرضين للجنوح وعلى اوليائهم، بالمعاني المحددة ادناه لأغراض هذا القانون .... خامساً / يعتبر وليا الأب والأم او أي شخص ضم اليه صغيراً او عهد اليه بتربية أحدهما بقرار من المحكمة)).

ثانيا / سلب وانتهاء الولاية على وفق أحكام قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

لقد تناول قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) أحكام انتهاء الولاية في المادة (٣١) منه، وكذلك أحكام سلب الولاية في المادة (٣٢) منه، وكذلك أحكام ايقاف الولاية في المادة (٣٣) منه، ويرى بعض الفقهاء القانونيين أنّ المشرِّع العراقيّ لم يكن موفقاً في ترتيب التسلسل المنطقي في ذكر تلك المواد القانونية وبأنّ المشرِّع لو تناول ذكر تلك المواد وابتدأ بالوقف ثم السلب ثم الانتهاء لكان ذلك اجمل [١] ،ونحن نؤيد هذا الرأي اذ بالأمعان والتأمل بتسلسل وترقيم المواد القانونية المشار اليها آنفا نجد المشرِّع قد استهل تسلسلها بانتهاء الولاية ثم سلبها ثم إيقافها حيث كان الأجدر بالمشرِّع مراعاة التسلسل المنطقي لعرض النصوص التشريعية ،ونقترح مراعاة ذلك في حال تعديل قانون رعاية القاصرين مستقبلاً ،وإنّ قانون رعاية القاصرين أشار الى حالات وشروط انتهاء الولاية وسلبها والتي سنبينها وحسب التفصيل الاتي :-

١- حالات انتهاء الولاية:

تنتهي الولاية في ضوء أحكام قانون رعاية القاصرين في الحالات الاتية: -

أ- بلوغ الصغير سن الرشد:

نصت المادة (٣١) من قانون رعاية القاصرين على أنّه:

((تنتهي الولاية ببلوغ الصغير سن الرشد ما لم تقرر المحكمة قبيل بلوغه هذه السن استمرار الولاية عليه))ويتضح من هذا النص أنّ الولاية تنتهي ببلوغ الصغير سن الرشد التي هي ثمانية عشر سنة كاملة (١٠٦) مدني عراقي[٢]فإذا بلغها ولم يكن مصاباً بعارض من عوارض الأهلية ،فأنّ الولاية تنقضي ولا عودة لها كون الصغير قد أصبح شخصاً بالغاً ، قادراً على إدارة شؤونه، ولكن المشرِّع أجاز استمرار الولاية على الصغير في حالة صدور قرار من المحكمة بذلك وقبل بلوغه سن الرشد، إذ إنّ بلوغ الصغير سن الرشد ومن اصابته لاحقاً بأحدى عوارض الأهلية كالجنون والعته فأن ذلك لا يستدعي عودة الولاية عليه ؛لأنه بلغ سن الرشد ومن ثَمَّ طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية مما يقتضي حجره وبأنّ تعيين المحكمة عليه قيماً لإدارة أمواله وهذا ما نصت عليه المادة (٩٥-٩٥) من القانون المدنيّ [٣] ، لكن المشرِّع أجاز للولي ان يطلب من المحكمة قبل بلوغ الصغير سن الرشد إيقاع الحجر على الصغير إذا كان مجنوناً او معتوهاً ،او ذي غفلة او كان الولي قد لمس من

١- القاضي عبد الهادي العلاق، المصدر السابق، ص١٠٥.

٢- تنص المادة (١٠٦) من القانون المدنيّ العراقيّ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على: (سن الرشد هي ثماني عشر سنة كاملة).

٣- تنص المادة (٩٤) من القانون المدنيّ العراقيّ على: (الصغير والمحجور ,والمعتوه محجورين لذاتهم) كما تنص المادة (٩٥) من ذات القانون على: (تحجر المحكمة على السفيه وذوي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة قانوناً).

تصرفات الصغير من خلال واجب الرقابة والرعاية والملاحظة بأنّ الصغير كان سفيهاً في تصرفاته وان يطلب الاستمرار بالولِاية على الصغير وذلك لوجود العوارض المخلة بالأهلية.

تجدر الإشارة أنّ قانون رعاية القاصرين لم يتضمن حالات أخرى لانتهاء الولِاية اسوة بحالات انتهاء الوصاية الواردة ذكرها في المادة (٣٩) من قانون رعاية القاصرين [١] او حالات انتهاء الوصاية في المادة (٨٢) من قانون الأحوال الشخصيّة العراقيّ [٢]، ومنها فقدان الولي لأهليته ،او ثبوت غيبته، او موته او موت الصغير اذ نجد انّه في حقيقة الأمر أنّ الولِاية تنتهي ايضاً بهذه الحالات كنتيجة طبيعية لإصابة الولي بعارض من عوارض الأهلية والذي يفقد معها شروط الولِاية اذ لابد معها من ان يحجر عليه وبان تعيين المحكمة قيماً عليه لإدارة شؤونه ، لان من لا يملك إدارة شؤون نفسه لا يصلح أن يكون أهلاً لإدارة شؤون غيره .

ب –عزل الولي:

نصت المادة (٦٨/رابعاً) من قانون رعاية القاصرين على: ((لمديرية رعاية القاصرين بناء على توصية لجنة المحاسبة ان تطلب من المحكمة المختصة عزل الولي او الوصي او القيم إذا تحقق أنّ مصلحة القاصر تقضي بذلك)) وتتولى مديرية رعاية القاصرين المختصة الإشراف على الأولياء ،وتجري محاسبتهم من قبل وحدة محاسبة الأولياء والأوصياء في مديريات رعاية القاصرين ولمديرية رعاية القاصرين بناء على توصية وحدة محاسبة الأولياء والأوصياء ان تطلب من المحكمة المختصة عزل الولي إذا تحقق أنّ مصلحة القاصر تقتضي ذلك.

١- تنص المادة (٣٩) من قانون رعاية القاصرين على: ((تنتهي مهمة الوصي في الحالات الاتية:
اولاً: بلوغ الصغير سن الرشد مالم تقرر المحكمة قبيل بلوغه استمرار الوصاية عليه.
ثانياً: استرداد الأب ولايته.
ثالثاً: عزلة او قبول استقالته.
رابعاً: فقدان أهليته او ثبوت غيبته.
خامساً: موته او موت الصغير)).

٢- تنص المادة (٨٢) من قانون الأحوال الشخصيّة العراقيّ رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) على: ((تنتهي مهمة الوصي في الأحوال الاتية:
- موت القاصر.
- بلوغه سن الثامنة عشرة الا إذا قررت المحكمة استمرار الوصاية عليه.
- عودة الولاية للأب او الجد بعد زوالها عنه.
- انتهاء العمل الذي أقيم الوصي المنصوب لمباشرته او انقضاء المدة التي حدد بها تعيين الوصي المؤقت.
- قبول استقالته.
- زوال أهليته.
- فقده.
- عزله.

٢- شروط سلب الولاية:

وردت شروط سلب الولاية في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) في المادة (٣٢) منه والتي جاء فيها: (للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ثبت لها سوء تصرفه)

لقد اعطى المشرِّع بموجب نص المادة اعلاه للمحكمة ان تسلب ولاية الولي متى ما ثبت لها سوء تصرفه، وهي حالة من حالات سلب الولاية الجوازية وللمحكمة أن تحكم او لا تحكم بسلب الولاية [١] ، فإذا ثبت للمحكمة أنّ الولي اصبح يسيء التصرف في أموال القاصر ،وعُرف بسوء التدبير بحيث سيؤدي الأمر به إلى تبديد أمواله أو الاضرار به فإنها تقرر سلب ولايته، ولشعبة البحث الاجتماعي في مديرية رعاية القاصرين التوصية بسلب الولاية، إذا لم يعد الولي أهلا لممارسة مهامه استناداً إلى المادة المذكورة أعلاه[٢]،ولدى التأمل في نص المادة (٣٢) المذكورة أعلاه نجد عبارة (سوء تصرفه) وهي عبارة واسعة جداً لتشمل الكثير من الحالات في ضمن نطاقها حيث إنّ المشرِّع لم يحدد وعلى وجه الخصوص حالات سوء التصرف من قبل الولي، ونحن نعتقد برأيينا أنّ سوء التصرف من الولي يكون مرتبطاً بمعيار عناية الرجل الحريص فإذا كان الولي دون مستوى تصرف الرجل الحريص ،فأن ذلك سيكون من التصرفات السيئة لاسيما إذا ما اقترن بالإهمال الجسيم في واجباته وحيث إنّ قرار سلب الولاية من القرارات المهمة في مصير القاصر وماسة بحقوق الولي ايضاً.

الفرع الثاني : شروط إيقاف الولاية

نصت المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) على:

((تقرر المحكمة إيقاف الولاية متى اعتبرت الولي غائباً او كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيد على سنة)).

ويفهم من النص أعلاه أنّ الولاية تقف بقرار من المحكمة في حالتين هما: -

اولاً / إذا اعتبر الولي غائباً: -

ويقصد باعتبار الولي غائباً في حكم القانون أي ثبوت غيبته بحكم من المحكمة ولا يكفي مجرد

١- احمد الحصري ، الأحوال الشخصيّة ، مكتبة الكليات ، الازهرية ، ١٩٦٨ ، ص ٤٨ وما بعدها . زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصيّة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٦-١٩٦٧، ص٦٥٦-٦٥٩.

٢- بموجب الفقرة خامساً / من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٠٣ والمؤرخ في ١٩٨٨/١/٢٧ (منشور في الجريدة الرسمية بعددها المرقم ٣١٨٨ والمؤرخ في ١٩٨٨/٢/٨) الغيت مكاتب رعاية القاصرين وانيطت اختصاصها بشعب البحث الاجتماعي في مديريات رعاية القاصرين، التي لها التوصية بسلب الولاية او عزل الوصي او القيم وفق المادتين (٣٢/٣٨) من قانون رعاية القاصرين. ينظر المادة ٣/٥ من تعليمات رقم (٤) لسنة (١٩٨٧) بشأن تنظيم العمل في مكاتب العمل القاصرين، نشرت في الجريدة الرسمية بعددها المرقم (٣١٥٨) والمؤرخ في (١٩٨٧/٧/١٣).

غياب الولي حتى تقضي المحكمة بوقف الولِاية، واشترطت المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين[١] لثبوت الغيبة ،ومن ثَمَّ الحكم باعتبار الشخص غائباً انقضاء مدة سنة في الأقل على غياب الشخص ،فان كانت غيبة الولي مدة اقل من سنة مما لا يمكن معه إصدار حكم بغيبته والحكم بعد ذلك بوقف ولايته فقد يؤدي ذلك الى الإساءة الى الصغير إذا ما كانت المحافظة على أمواله، ورعايتها تستلزم إجراءات عاجلة وان الحكم بوقف الولِاية غير جائز في هذه الحالة إلّا أنّه إذا كان في غياب الولي، وعدم مباشرته شؤون الولِاية وتركه أموال الصغير دون إدارة كذلك عدم أقامته وكيلاً عنه للقيام بتلك الإدارة من شأنه تعريض المال العائد للصغير الى الخطر ،فيجوز أن يكون سبباً يدعو الى سلب الولِاية لا على أساس غيبة الولي وانما سلب الولي ان أصبحت أموال الصغير في خطر نتيجة سوء تصرفه او لأي سبب اخر، ومن ثَمَّ تحكم المحكمة بإيقاف ولِاية الولي اذ ما توفرت شروط المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين التي بينت معنى الغائب ومدة الغيبة وهذا ما سار عليه القضاء العراقيّ في الوقت الحاضر في العديد من قراراته[٢] .

ثانياً / إذا حكم على الولي بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيد على سنة:

ويشترط في هذه الحالة صدور حكم نهائي على الولي بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيد على سنة ،وينفذ هذا الحكم بحقه اما إذا صدر عفو عنه ،فانّ الحكم لا يرتب عليه وقف الولِاية حيث يصبح ذلك الحكم غير جائز التنفيذ ،وتوقيف الولي كونه من إجراءات التحقيق ،ولا يستتبع معه وقف الولِاية وإذا ترتب على حبس الولي مدة اقل من سنة خطراً على أموال الصغير ،فليس ثم ما يمنع من سلب ولايته لهذا السبب وليس لنص المادة (٣٣) ووقف ولِاية الولي على الصغير ولا فرق فيما إذا كان الحكم صادر عن محكمة جنايات او محكمة الجنح لكن الأهم هو صدور حكم عليه مدة تزيد على السنة وحاز درجة البتات ، فان أموال القاصر تكون مهددة بالخطر والضياع، وكذلك تعطيل

١- تنص المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ على: ((الغائب هو الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحة او مصالح غيره)).

٢- وفي قرار لمحكمة الأحوال الشخصيّة في الكرادة بالعدد ٢٤٤٨/ش/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١٥ قضت غيابياً بإيقاف ولِاية المدعى عليه على ابنته القاصرة لحين عودته الى العراق ونصب والدتها المدعية وصية مؤقتة عليها لإدارة شؤونها ومراجعة دائرة الجوازات لغرض اصدار جواز سفر للقاصرة المذكورة على ان لا يحق لها التصرف بأموال القاصرة الا بأذن وموافقة دائرة رعاية القاصرين المختصة وقد صدق هذا القرار تمييزاً من محكمة التمييز الاتحادية بموجب قرارها المرقم (٧٣٣٥/هيئة الأحوال والمواد الشخصيّة/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/٤) والذي جاء فيه من كون القرار جاء تطبيق سليم لأحكام المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ حيث ثبت للمحكمة ان الولي الجبري للبنت القاصرة غائب فيكون اتجاها لإيقاف ولايته وتنصيب المدعية وصية مؤقتة عليها لإدارة شؤونها وتربيتها وتعليما اتجاه في محلة وقد التزم الوجهة القانونية السليمة .

مصالحة فيكون سبباً لوقف الولِاية من الناحية الواقعية وتنصيب وصياً موقتا محلة [١] ويجب على محكمة الأحوال الشخصيّة هنا او محكمة المواد الشخصيّة ان تنصب وصيا مؤقتاً على القاصر؛ لتنجب تعطل مصالحة في تلك المدة[٢] .

اذ يتضح من نص المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين مدى الحماية التشريعية للقاصر ،ومن في حكمه، اذ من غير الممكن للولي أن يقوم بإدارة أموال القاصر وإدارة شؤونه والحفاظ عليها إذا كان غائباً او محكوماً عليه بعقوبة سالبة للحرية إذ إنّه يعد فاقدا لشروط الولِاية مما يقتضي فيها الحكم بإيقاف ولايته على القاصر، ومن في حكمه وفق ما تم بيانه أعلاه هذا من جانب ومن جانب اخر يقتضي تعيين قيم على الغائب او المحكوم بعقوبة سالبة للحرية حيث إنّ الأخير وعلى وفق نص المادة (٩٧) من قانون العقوبات[٣]في حالة الحكم عليه بالسجن المؤبد او المؤقت ان تعيين المحكمة بناء على طلبه او الادعاء العام او كل ذي مصلحة في ذلك قيماً عليه لإدارة أمواله، وعليه فهو محجور لإدارة أمواله فكيف يتصور أن يكون ولياً على غيره وهذا ما دفع المشرِّع العراقيّ الى الحكم بإيقاف ولايته على القاصر بموجب نص المادة ٣٣ من قانون رعاية القاصرين .

المبحث الثاني

الاثار القانونية المترتبة على سلب وايقاف الولاية وموقف القضاء العراقي

لابد من معرفة الآثار المترتبة على سلب الولِاية وإيقافها وموقف القضاء العراقيّ منها لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منه آثار سلب الولِاية وإيقافها وفي الثاني سنبين موقف القضاء العراقيّ منه.

١- القاضي عبد الهادي العلاق ، المصدر السابق ، ص١٦٦ .

٢- ردينه محمد رضا ، الولِاية على المال ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ١٥٦ .

٣- تنص المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقيّ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على: ((الحكم السجن المؤبد او المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره الى يوم تأريخ انتهاء العقوبة او انقضاءها لأي سبب اخر حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله او التصرف بها بغير الايصاء والوقف، الا بأذن محكمة الأحوال الشخصيّة او محكمة المواد الشخصيّة، حسب الأحوال، التي يقع ضمن منطقتها محل أقامته وتعيين المحكمة المذكورة بناء على طلبه او طلب الادعاء العام او كل ذي مصلحة في ذلك قيماً لإدارة أمواله ...)).

المطلب الاول

آثار سلب الولاية وإيقافها

إنّ انقضاء أي حق او التزام يتقرر بعده جملة من الآثار القانونية وانطلاقاً من حقيقة أنّ الولاية هي حق وواجب في آن وأحد، فإنه حتما سترتب على انقضاها بعض الآثار القانونية حيث تتأثر، بل قد تختلف الآثار بحسب السبب الذي أدى الى انقضاء الولاية وكان لابد من بيان الآثار المترتبة على سلب الولاية او إيقافها وللوقوف على هذه الآثار سنقسم هذا الفرع الى مقصدين نتناول في الأول الآثار المترتبة على سلب الولاية وفي الثاني نتناول الآثار المترتبة على إيقاف الولاية.

المقصد الأول : آثار سلب الولاية

إذا ما قررت المحكمة المختصة سلب الولاية متى ما توافرت اسبابها سواء كان ذلك من محكمة الأحداث ووفق قانون رعاية الأحداث او كان سلبها من محكمة الأحوال الشخصيّة إذا ما توافرت اسباب السلب وفق قانون رعاية القاصرين الذي سبق وان تم بيان شروطها في المبحث السابق في المطلب الثاني منه عليه لابد من بيان الآثار المترتبة على سلب الولاية في كل منهما وحسب التفصيل الاتي:

أولا/ الآثار المترتبة على سلب الولاية وفق أحكام قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣).

ثانياً / الآثار المترتبة على سلب الولاية وفق أحكام قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠).

ثالثاً/ الآثار المترتبة على سلب الولاية وفق أحكام قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣)

إذا ما قضت محكمة الأحداث بسلب الولاية من الولي سواء، أكان ذلك بناء على حالات السلب الوجوبي او حالات السلب الجوازي للولاية ، فعليها ان تعهد بالصغير الى من يلي المحكوم عليه في الولاية، فإن لم يوجد او لم تتوافر فيه شروط أهلية الولاية، جاز للمحكمة ان تودع الصغير الى قريب له او أي شخص امين عليه ،ولو لم يكن قريباً له ما دام حسن السيرة صالحاً للقيام بأعباء الولاية ، كما يجوز لها ان تعهد بالصغير الى أحد المعاهد او المؤسسات الاجتماعية المعدة لهذا الغرض [١] .

١- تنص المادة (٣٤) من قانون رعاية الأحداث العراقيّ رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ على: ((اولاً - على محكمة الأحداث قبل ان تقرر الحكم بسلب الولاية ان تطلب من مكتب الدراسة الشخصيّة إجراء البحث الاجتماعي والفحص الطبي والنفسي للصغير او الحدث لتقرير مدى تأثير سلب الولاية عليه والإجراء المقترح اتخاذه من قبل المحكمة. ثانياً – لمحكمة الأحداث =

وإنّ أهـم إجـراء ينبغـي لمحكمـة الأحـداث أن تقوم بـه عندما تقرر سـلب الوِلاية هـو ان تعهد بالصغـير او الحـدث الى أحد الأولياء الذي يلي من سـلبت ولايته وحسـب ما هو مقـرر قانوناً وعند عدم توفر شروط الأهلية فيه وهي الشروط العامة للوِلاية ،او عدم وجود ولي بعد الولي الذي سلبت ولايتـه هنـا للمحكمـة ان تقرر إيداع الصغير الى أحد اقاربه او أي شـخص اخر يتقـدم ،إذا ما كان اميناً عليه ،ولو لم يكن من اقاربه وفي حال عدم وجود المشـار اليهم أعلاه لمحكمة الأحداث ان تعهد الصغـير الى أحـد المعاهد او المؤسسـات الاجتماعية لأجل رعاية الصغير او الحدث ،وإدارة شـؤونه، ورعايته للحيلولة دون انحراف سـلوكه او تشرده.

وان الحكـم عـلى الـولي بعقوبة سـالبة للحرية مدة لا تقـل عن ثلاث سـنوات لا تمكنه من أداء واجبات الوِلاية مما يقتضي حتماً تنصيب وصياً عنه ،وهذا ما نص قانون رعاية الأحداث ((إذا قررت محكمة الأحداث سـلب الوِلاية على الصغير او الحدث فعليها اشعار محكمة الأحوال الشخصيّة بذلك لاتخـاذ الإجـراءات القانونية المقتضية))[١] والتي يتضح من مضمونها على محكمة الأحداث اشـعار محكمة الأحوال الشـخصيّة بقرارها الصادر بسـلب الوِلاية سـواء كان سـلبها وجوبيـاً ام جوازياً؛ لكي تتولى محكمة الأحوال الشـخصيّة نصب وصي قادر على إدارة شـؤون القاصر ،والحفاظ عليه، وذلك حسـب الاختصاص النوعي لمحكمة الأحوال الشـخصيّة والوارد ذكره في المادة (٢/٣٠٠) من قانون المرافعات المدنيّة رقم (٨٣) لسـنة (١٩٦٩) ، لكونها المحكمة المختصة بإصدار حجة الوصايا والقوامة وغيرها ، حيث يتم تنصيب وصي، وللمدة التي تقررها محكمة الأحداث عملاً بأحكام المادة (٣٢) مـن قانون رعاية الأحداث وهنا محكمة الأحوال الشـخصيّة تقوم بتنصيب وصي على القاصر يشـترط فيه توفر الأهلية القانونية والشرعية لإدارة أموال القاصر وهذا ما نصت عليه المادة (٧٦) مـن قانـون الأحوال الشـخصيّةرقم (١٨٨) لسـنة (١٩٥٩) على ((يشـترط في الـوصي توفر الأهلية القانونية والشرعية))[٢].

= بعد الاطلاع على تقرير مكتب دراسـة الشـخصيّة ان تقرر وأحداَ مما يأتي : أ – تسـليم الصغير او الحدث الى ولي اخر وفي حالة عدم وجوده قريب له ب – إيداع الصغير او الحدث أحدى دور الدولة ، او اية دار اجتماعية معدة لهذا الغرض ثالثاً – على محكمة الأحداث ان تطلب من الباحث الاجتماعي او مراقب السلوك تقديم تقرير في كل شهر عن حالة الصغير او الحدث ومدى تأثير سلب الولاية عليه ، وما يقترح اتخاذه من تدابير تحقق مصلحته)) .

١- المادة (٣٣) من قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ .

٢- يقصـد بالأهليـة: هي صلاحية الشـخص لكسـب الحقوق وتحمـل الالتزامات وهي على نوعـين: أهلية وجوب: وهي صلاحية الشـخص لان تكون له حقوق وعليه واجبات وهي تثبت لكل انسـان بالمجتمع وأهلية الأداء: هي لا تثبت لكل شـخص حيـث ان مناطها هـي التمييز والادراك فصلاحية الشـخص للقيام بالتصرفات القانونيـة ترتبط بمدى تمييزه وادراكه وهي تختلف عن أهلية الوجوب التي هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق والواجبات له وهي تكتسب للشخص منذ ميلاده في حين أهلية الأداء لا تثبت للإنسـان الا إذا بلغ سـن معين ولم يتعرض بعارض من عوارض الأهلية. ينظر

كما ان الشخـــص لا يجوز اعتباره فاقد الأهلية الا بالاستناد الى تقرير طبي يؤيد بأنّ الشخص فاقد الأهلية ويكون ذلك بموجب حجـــة شرعية صادرة عن المحكمة المختصة قانوناً ،وهي محكمة الأحوال الشخصيّة[١] .

لا شـك ان سـلب ولاية الولي عن الصغير او الحدث لا يمتد أثره الى ما بعد بلوغهم سـن الرشـد فإذا ما بلغ هؤلاء تلك السـن وهم متمتعون بالأهلية الكاملة ،ومن دون عارض من عوارض الأهلية فإنّ إجراء سـلب الولاية ينتهي تلقائياً وتنتهي الآثار المترتبة على سـلب الولاية كافة ،وهذا ما اشـار اليه قانون رعاية الاحداث((تنتهي الإجراءات المترتبة على سـلب الولاية عند تمام الصغير او الحدث الثامنة عشرة من العمر)) [٢] ،لان ذلك يجعلهم أهلاً لمباشرة تصرفاتهم وباعتبارهم اشخاصاً بالغين ناضجين وتنتفي الحاجة لتعيين وصي عليهم، لكن إذا أكمل الصغير او الحدث سن الثامنة عشرة مع اصابته بعارض من عوارض الأهلية ،فيحكم عليه بالحجر على وفق أحكام المادتين (٩٤ و٩٥) مـن القانون المدنيّ [٣].

ويترتـب عـلى سـلب الولاية بعض الآثـار المالية بغض النظر عن السـبب الـذي أدى الى ذلك هو التـزام الولي بتسـليم الأموال المعهودة اليـه بموجب حق الولاية الى الولي الـذي يليه او الوصي الذي ستقوم محكمة الأحوال الشخصيّة تنصيبه بعد سلـــب الولاية، وانه يجـــب تسليم الولي الأموال الى

د. احمـد شـوقي محمد عبـد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشـأة المعـارف المصرية، الإسـكندرية، ٢٠٠٥، ص١١٤. ينظر الدكتور احمد عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٦، ص٦٠٦.

١- وهـذا مـا ذهبت اليـه محكمة اسـتئناف نينـوى بالعـدد (١٩/ت. ص/١٩٨٠) في(١٩٨٠/٢/٢) مجموعة الأحكام العدليـة، العدد الأول، السـنة الحادية عـشرة، ص١٢٣: ((... لدى التدقيق وجد ان المحكمة قررت قطع السـير بالمرافعة بعد ان اطلعت على التقرير الطبي الصادر بحق المدعى عليه / المميز عليه والذي تضمن (الموأ اليه ليس في قواه العقلية الكاملة) واعتبرته لذلك قد فقد الأهلية، وهذا غير صحيح إذا كان على المحكمة تأجيل المرافعة مدة مناسبة وامهال وكيل المدعى عليه المذكور لاسـتحصال الحجة الشرعية المؤيدة لفقدان المدعى عليه الأهلية القانونية وبعكسـه تمضي في رؤية الدعوى ووفقاً للقانون)).

٢- المادة (٣٨) من قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) .

٣- عوارض الأهلية أربعة هي: الجنون والعته والغفلة والسـفه وهي كالسـن من حيث ارتباطها عند الشخص وتأثيرها في أهليته والمجنون: هو من فقد عقله وانعدم تمييزه بأقواله واعماله والمجنون المطبق عديم الأهلية لأنه فاقد التمييز فهو في حكـم الصغـير غـير المميز لذاته (المادة ٩٤) وجميع تصرفاته باطلة. المعتوه: هو مـن ضعفت قواه العقلية فكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسـد التدبير لكنه لا يضرب ولا يشـتم والمعتوه محجور لذاته مادة (٩٤) مدني. السـفيه: هو يبذر امواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان في سبيل الخير ولابد من صدور قرار من المحكمة بالحجـر عـلى السـفيه واعلانه بالطرائق المقـررة مادة (٩٥) مدنـي. ذو الغفلة: هو الذي لا يهتدي عـادة الى التصرفات الرابحة ولا يميزها عن التصرفات الخاسرة فيغبن في المعاملات لسـذاجته وسـلامه نيته وذو الغفلة حكمه حكم السفيه. ينظـر. د. عبـد المجيد الحكيم واخرون، الوجيـز في نظرية الالتزام في القانون المدنيّ العراقيّ، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي، ١٩٨٠، ص٧١-٧٢.

القاصر او الشـخص الذي تنتقل اليه الولِاية، وهنا لابد من بيان ايضاً إذا ما قررت محكمة الأحداث سـلب الولِاية، فهل بالأمكان عودة الولِاية للولي بعد صدور قرار من المحكمة بسـلبها ؟.

حيث إنّ قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) لم يرد فيه نص صريح حول موضوع (عودة الولِاية) للولي على خلاف ما ورد ذكره في قانون الأحوال الشخصيّة العراقيّ رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) ضمن حالات انتهاء الوصاية حيث اشار الى ((تنتهي مهمة الوصي في الأحوال الاتية: .....٣- عـودة الولِاية لـلأب او الجد بعد زوالها عنـه))[١]ووردت أيضا في قانون رعايـة القاصرين((تنتهي مهمة الوصي في الحـــــــالات الاتية: .....ثالثاً / اسـترداد الأب ولايته)) [٢]من دون ذكر أحكام واضحة وتفصيلية تبين آليه ذلك، لكنّه بالرجوع لاحكام قانون رعاية الأحداث التي اشـارت الى انه ((لمحكمة الاحداث ان تقرر اسـتبدال الولي او ان تغير في الاجراء المتخذ من قبلها او ان تعدل فيه او تلغيه اذا كان ذلك يحقق مصلحة الجتمع والصغير او الحدث [٣] .

لذلـك يمكـن القـول بجـواز عودة الولِايـة بعد سـلبها والحد منهـا، إذا ما كانت العـودة تحقق مصلحة المجتمع والصغير او الحدث وهي تعد إثرا من الآثار المترتبة على سـلب الولِاية، ويجوز من سلبت ولايته او قيدت ان يطلب من المحكمة التي أصدرت حكمها ضده أن تعيد اليه حقه الذي اخذته بمقتضى حكمها ، فسلب الولِاية ليس عقاباً أبدياً لا يرفع ،ويكون ذلك بزوال الأسباب التي دعت الى سلب الولِاية ،وللمحكمة هنا سلطة تقديرية للتثبت من ادعاء الطالب زوال الأسباب التي بنيت عليها المحكمة بسـلب الولِاية، ولها الحق إذا لم تقتنع بما يدعيه الطالب ان تقضي برفض طلبه [٤]

ثانياً / الآثار المترتبة على سـلب الولِاية وفق أحكام قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)

بعـد أن يصـدر حكم من محكمة الأحوال الشـخصيّة بالنسـبة للمسـلمين او مـن محكمة المواد الشـخصيّة بالنسـبة لغير المسلمين بسـلب الولِاية من الأب على ولده القاصر، فهنا يثار التساؤل، من يتكفـل رعاية القاصر وحمايته في نفسـه وفي أمواله؟

وهـو مـا يمثل الأثر المترتب على سـلب الولِاية، وللإجابة عن هذا التسـاؤل نجد ان قانون رعاية القاصريـن رقم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) أجـاز في المادة (٣٧) منه للمحكمة ان تقيـم وصياً موقتاً عند

١- المادة (٣/٨٢) من قانون الأحوال الشخصيّة العراقيّ رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) .
٢- المادة (٣٩/ثانياً) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) .
٣- . المادة (٣٧) من قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل .
٤- د. عصمـت عبـد المجيـد بكـر، احكام رعاية القاصرين، دراسـة في قانـون رعاية القاصرين العراقي مع الإشـارة الى تشريعـات عربية والقانون العربي الموحد للأحوال الشـخصيّة، المكتبـة القانونية بغداد، الطبعة الأولى، ٢٠١١.، ص٩٢.

وقف الولاية لكن القانون سكت عن خلف الولي عند سلب الولاية ولكن على اية حال إذا ما صدر قرار حكم قضائي بسلب ولاية الأب مع وجود الجد، فتكون الولاية للجد على ابنه القاصر إذا لم ينصب الأب وصياً مختاراً على ابنه القاصر وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٢) من القانون المدنيّ العراقيّ رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) ،وهذا يتقاطع مع أحكام المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين التي نصت على ان تقدم الأم على غيرها في الوصاية رعاية لمصلحة الصغير ان لم ينصب الأب وصياً مختاراً ، فالوصي المختار مقدم على الأم وعلى الجد، وإذا لم يوجد مما ذكر ،فتكون الوصاية لمديرية رعاية القاصرين حسب ما اشار اليه قانون رعاية القاصرين (الوصي هو من يختارة الاب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبة المحكمة، على ان تقم الام على غيرها وفق مصلحة الصغير فان لم يوجد احد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصيا)) [١] لحين تنصيب المحكمة وصياً مؤقتاً على القاصر ، ويلاحظ ان الوصي المؤقت ليس له ممارسة سلطات الأب المسلوبة ولايته، فإذا تصرف الأب في مال القاصر وكان تصرفه بمثل القيمة او بغبن يسير صح العقد ونفذ ((الأب والجد إذا تصرفا في مال الصغير وكان تصرفهما بمثل القيمة او بيسير الغبن صح العقد ونفذ)) [٢].

وبموجب أحكام المادة (٥٨٨) من القانون المدنيّ العراقيّ يجوز للأب أن يبيع ماله لولده القاصر او يشتري مال ولده القاصر لنفسه بمثل القيمة او بغبن يسير فالعقد صحيح ونافذ ،ويعد كل من الثمن والمبيع مقبوضين ، ما لم يقترن العقد بغبن فاحش فيعتبر العقد باطلاً [٣] .

بينما مثل هذه الصلاحية لا نجدها للوصي الذي تنصبه المحكمة عند سلبها للولاية ،بل إنّ المحكمة عندما تقرر تعيين وصي مؤقت بعد سلب الولاية من الولي هي من تحدد المهمة التي عُيّن من اجلها الوصي وتحدد في قرار الحكم، وهذا ما استقرت عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قرارتها ،وهو عندما تقرر المحكمة سلب الولاية ان تعيين وصي مؤقت لإدارة شؤون الأطفال وتحدد في صلب قرار السلب ما الصلاحيات التي يمكن للوصي المؤقت القيام بها؟ والتي يكون من بينها -غالباً- ادارة شؤون الأطفال ومراجعة الدوائر الرسمية وشبة الرسمية كافة بخصوص المعاملات المتعلقة بهم ،ومنها مديرية الجوازات لغرض إصدار جواز سفر لهم على ألا

١- المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .

٢- المادة (١٠٢) من القانون المدنيّ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٣- تنص المادة (٥٨٨) من القانون المدنيّ العراقيّ على: ((١- يجوز للأب الذي له ولاية على ولده ان يبيع ماله لولده وله ان يشتري مال ولده لنفسه، بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش. ٢- فان باع مال نفسه لولده او اشترى مال ولده لنفسه، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد. ٣- والجد كالأب في الحكم)).

يتـصرف بأموال القاصرين الا بإذن مديرية رعاية القاصرين،وموافقتها والذي قضى بتصديق قرار محكمة الأحوال الشـخصيّة في الكرادة عندما قررت سـلب ولاية الولي (الأب) ،وتنصب المدعية والدة الأطفـال وصيـة مؤقتة عليهـم ،وحددت في صلب قرار سـلب الولاية مهمة الوصي في إدارة شـؤون الأطفال ومراجعة الدوائر الرسـمية وشـبة الرسـمية كافة بخصوص المعاملات المتعلقة بهم ومنها مديريـة الجـوازات لغـرض اصدار جواز سـفر لهم عـلى ان لا تتصرف بأمـوال القاصرين الا بإذن مديرية رعاية القاصرين وموافقتهم حيث جاء فيه:((...وجد أنّ الحكم المراد تمييزه على وفق المادة (٣٠٩) مرافعات مدنية صحيح وموافق للقانون وتطبيق سليم لأحكام المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين رقـم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) المعدَّل للأسـباب والحيثيات التي اسـتند اليها ؛لذا قـرر تصديقه ...)) [١].

ممـا تقـدم يمكـن لنا ان نوجز اهم الاثـار المترتبة على صدور قرار من المحكمة المختصة بسـلب الولاية هي كالاتي:

١. تعيـين وصي مؤقـت ،وتحـدد صلاحيات هذا الـوصي في صلب قرار المحكمة بسـلب الولاية ،وإنّ صلاحيات الوصي المؤقت تكون محدودة ليس كتلك الصلاحيات التي يتمتع بها الولي المسلوب ولايته.

٢. قيـام الولي المسـلوبة ولايته بتسـليم ما في ذمته من أموال للقاصر سـواء كانـت منقولة ام عقاريـة التـي كانت بعهدته بمحـضر تحريري للوصي المنصب من قبـل المحكمة بدلاً عنه.

وهـو التـزام على الولي بوضع أموال القاصر تحت تصرف الوصي ويتم التسـليم بكل طريقة من شأنها تضع الأموال تحت تصرف الوصي بحيث يمكن حيازتها والانتفاع بها دون عائق ولو لم يتم الاستيلاء عليها مادياً طالما إنّ الولي قد أعلم الشخص المعني بذلك هذا بالنسبة للأموال المنقولة ، اما بالنسـبة لتسـليم العقار، فان الولي يلتزم بتسليم مستندات ذلك العقار حيث تشمل جميع المستندات التي تثبت ملكية القاصر ايضاً العقود الواقعة على ذلكالعقار، كعقد الايجار ، عقد الرهن وغيرها في حين تسـلم المنقولات يكون بالطريقة التقليدية والمتمثلة بالمناولة اليدوية من يد الولي الى يد الوصي كتسلم المجوهرات المملوكـة للقاصر ويضاف في بعض الأحيان ان التسليم قد يكون حكمياً [٢] والذي

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٦٥٩٩/هيئة الأحوال والمواد الشخصيّة الشخصيّة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/١١/٢٩

٢- يقصد بالتسـليم الحكمي او التسـليم المعنوي اتفاق بين البائع والمشـتري على تغيير صفة الحائز للشيء المبيع ، دون تغيير في الحيازة الفعلية للشيء محل التسـليم، او هو الذي يتم بمجرد تغيير النية ،ويقوم مقام التسـليم الفعلي ، الا انه يختلف عنه كونه لا يتخذ شكل عمل مادي أي مظهر خارجي بل يكون تصرفا قانونيا غالباً، ينظر إبراهيم بشير عبدالله ادريـس، أحـكام التسـليم والقبض وآثارهما في العقود في القانون مقارنا بالفقه الإسـلامي، رسـالة دكتوراه، تخصص الفلسـفة في القانون، كلية القانون ،جامعة الخرطوم، يناير ٢٠٠٩، ص٨٠ .

يمكـن تصـوره في حال كون الولي ملزما بتسـليم الأموال بعد سـلب الولِايـة الى الوصي، ويكون هذا الأخـير حائـزاً لمال القاصر قبل سـلب الولِاية على سـبيل الإعارة او الايجـار، او الوديعة، فهنا يكون الوصي قد تسلم بصفه حكمية أموال القاصر دون حاجة الى استيلاء مادي جديد لتسلم تلك الأموال ، ويفضل ان تكون إجراءات تسليم الولي للأموال الى الوصي بموجب محضر تحريري اصولي بحضور المعاون القضائي خاصة إذا كانت الأموال معتبرة، وذلك حتى تكون حجة بيد الولي ودليلاً يحد من النزاعـات المسـتقبلية ،وكذلك للحفاظ على حقوق القاصر وأمواله من الضياع وسـلب الولِاية تؤدي التزام على الولي هو ان يعهد بأموال القاصر التي بحوزته ويقوم بتسـليمها الى الوصي الذي نصبته المحكمـة بـدلاً عنه؛ ليتحرر مـن بعدها نهائياً من الالتزامات المعهودة اليـه بحكم ولايته على القاصر مما يترتب على سلب الولِاية آثار تمتد أثرها الى الولي ايضاً ولا تقف الى حد تنصيب الوصي بدلاً عنه.

يتضـح ممـا تقدم انه يترتب على سـلب الولِاية وفـق أحكام قانون رعايـة القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) مجموعة مـن الآثار ،منها ما يتعلق بالزام المحكمة عندما تقرر سلب الولِاية بوجوب تعيـين وصي مؤقـت لإدارة شـؤون القاصر وفـق صلاحيات محددة تحددها المحكمة في قرار سـلب الولِايـة ،وعليـه التقيد بها من دون تجاوز لحدود تلك الصلاحيـات وكذلك من بين الآثار آثار مالية والمتضمنـة بالـزام الولي المسـلوبة ولايته بالتزامه بتسـليم الأمـوال التي لديه والعائـدة للقاصر الى الوصي الذي نصبته المحكمة سـواءً اكان تسـليماً فعلياً او حكمياً ؟وبموجب محضر تحريري اصولي لضمـان حقوق القاصر والولي والوصي .

المقصد الثاني : آثار وقف الولِاية

إنّ الأثـر المترتـب عـلى إيقـاف الولِاية في ظل أحـكام قانون رعايـة القاصرين رقم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) لا يختلف كثيراً عن الأثر المترتب على سـلب الولِاية التي سـبق وان تم بيانها في الفرع الأول من هذا المطلب سواء ما تعلق منها بتعيين وصي مؤقت لإدارة شؤون القاصر او ما تعلق منها بالآثار الماليـة التـي تترتب عليها وكذلك مـن ناحية عودة الولِاية بعد الحكم بإيقافها حيث سـبق وان بيننا أحـكام وشروط إيقـاف الولِاية التي وردت في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) في المادة (٣٣) منه ،وهي في حالة ما إذا اعتبر الولي غائباً او حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مدة تزيد عـلى السـنة اذ يتضـح أنّ الغاية من الحكـم بإيقاف الولِاية ووفق الشروط أعـلاه هو توفير الحماية للقاصر ،ومن في حكمه والسـبب يعود الى عدم تمكن الولي من إدارة شـؤون القاصر وهو غائب او محكـوم ؛لـذا فـإنّ إيقاف الولِاية لا تحقق هـذه الحماية التشريعية للقاصر مالـم تقوم المحكمة بعد الحكـم بإيقـاف الولِاية أن تعيين وصي مؤقت والا انتفت الغاية مـن الحكم بإيقاف الولِاية؛ لذا فإنّ

أهـم الآثار المترتبة على إيقاف الولِاية هي كالاتي:

١. تنصيب وصي مؤقت لإدارة أموال القاصر ورعايته وعلى محكمة الأحوال الشخصيّةبالنسبة للمسـلمين او محكمة المواد الشـخصيّة بالنسبة لغير المسلمين عندما تقرر إيقاف الولِاية ان تقرر تنصيب وصي مؤقت وتعيين مهمته بالتفصيل في قرار الحكم الصادر بإيقاف الولِاية حتـى تتحقق الغاية من الإيقاف هـو حماية أموال القاصر ورعاية مصلحتة ،وهذا لا يمكن تصوره الا بإيقاف الولِاية وتنصيب وصي مؤقت وهذه ما اشار اليه قانون رعاية القاصرين ((جـوز للمحكمة ان تعين وصياً للخصومة اذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة ولية او وصية او القيم عليه ولها ان تقيم وصياً مؤقتاً اذا حكم بوقف الولِاية او الوصاية)) [١] والقصـد من ذلك صيانة حقوق القاصر المتمثلـة بمعاملات مال القاصر وكذلك التقليل من الخصومـات المتعلقة بعودة الولِاية [٢] مع الإشـارة الى أحكام المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين التي نصت على أن تقدم الأم على غيرها في الوصاية رعاية لمصلحة الصغير ان لم ينصـب الأب وصيـاً مختاراً ، فالوصي المختار مقدم عـلى الأم وعلى الجد، وإذا لم يوجد مما ذكر، فتكون الوصاية لمديرية رعاية القاصرين حسـب نص المادة المذكورة اعلاه من قانون رعايـة القاصريـن لحين تنصيـب المحكمة وصياً مؤقتاً على القـاصر، وتنتهي هذه الوصاية بعودة الولي من غيبته او انتهاء مدة محكوميته إذا ما كان غائباً وانقضت مدة الحكم الذي على أساسه تم الحكم بإيقاف الولِاية وهنا تكون صلاحيات الوصي ليس كتلك الصلاحيات التـي يتمتـع بهـا الولي المحكـوم بإيقـاف ولايته بـل ان المحكمة عندما تقـرر تعيين وصي مؤقـت بعـد إيقـاف الولِاية من الولي هي من تحدد المهمة التي عُـيّن من اجلها الوصي وهذا مـا ذهبـت اليه محكمة التمييز الاتحادية في العديد مـن قرارتها عندما تقرر الحكم بإيقاف الولِاية للولي تقرر تنصيب والدة القاصرين وصية مؤقتة عليهم ،ولحين عودة الولي لإدارة شؤونهم وإنجاز المعاملات المتعلقة بهـم ،ومنها حق مراجعة دائرة الجوازات العامة لإصدار جواز سـفر للقاصرين والسـفر بهم خارج العراقيّ على ان لا تتصرف بأموالهم الا بموافقة مديريـة رعايـة القاصريـن المختصة [٣] لكن التسـاؤل الذي يثار هنـا وبالرجوع الى أحكام

١- المادة (٣٧) من قانون رعاية القاصرينرقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

٢- د. عصمت عبد المجير بكر، المصدر السابق، ص٨٢.

٣- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة المرقـم ((١١٩٦٣/هيئـة الأحـوال والمـواد الشـخصيّة الشـخصيّة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٩/١٣ والـذي قـضى بتصديـق قرار محكمة المواد الشـخصيّة في الكرخ عندما قررت الحكـم إيقاف ولاية الولي (الأب) وتنصـب المدعيـة والـدة الأطفـال وصية مؤقتة عليهم لحين عودتـه وحددت في صلب قرار إيقـاف الولِاية مهمة الوصي هو لإدارة شـؤون الأطفال ومراجعة الدوائر الرسـمية وشـبة الرسـمية كافة بخصوص المعاملات المتعلقة بهم

المـادة (٣٩/ثانيـاً) مـن أحكام قانـون رعاية القاصرين التي اشـارت الى انـه تنتهي مهمة الوصي في حالة اسـترداد الأب ولايته وأحكام المادة (٣/٨٢) من قانون الأحوال الشـخصيّة التـي بينـت تنتهي مهمة الوصي في حـال عودة الولِاية للأب او الجد بعـد زوالها عنه، فهل ان مهمـة الوصي تنتهي بمجرد عودة الـولي من غيبته او انقضاء مدة محكوميته ام تحتاج الى اسـتحصال الولي الذي عاد بعد غيبته او انقضت مدة محكوميته الى قرار حكم من ذات المحكمـة يقضي بانتهاء حالة وقـف الولِاية وانتهاء مهمة الوصي ؟.

ولا نجـد هكـذا نـص في القوانين العراقيّة يرسـم الطريـق في كيفيه عودة ولايتـه بعد تم الحكم بإيقافهـا مـن قبـل المحكمة وكان عـلى المشرِّع العراقيّ ايـراد نص تشريعي خاص يوضح ويرسـم الطريقـة التـي بموجبهـا تعود الولِايـة الى الأب وانتهاء مهمة الوصي مثلما فعـل المشرِّع المصري في قانون الولِاية على المال المصري رقم (١١٨) لسـنة (١٩٥٢) الذي ((اذا سـلبت الولاية او حد منها او وقفـت فـلا تعود الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الاسـباب التي دعت الى سـلبها او الحد منها او وقفها ، ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية التي سبق رفضه الا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكـم النهائي بالرفض)) [١].

بـيّن أنّ الولِايـة لا تعـود الا بقـرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسـباب التـي وقفها ؛لذا نقـترح عـلى المشرِّع العراقيّ ايراد نص مماثل لما ورد في القانـون المصري يبين الطريقة والآلية التي بموجبهـا تعـود الولِاية للأب بعد الحكـم بوقفها ،والغاية من ذلك صيانـة حقوق القاصر ومصالح الغير ممن لهم معاملات وكذلك الإقلال من الخصومات المتعلقة بعودة الولِاية وافساح المجال الزمني للتثبت من اسـترداد الولي لصلاحياته [٢].

٢- على الوصي ان يتقيد بالمهمة التي انيطت به ولا يجوز له تجاوزها وتكون صلاحياته مقيدة ومحددة وليس هنالك استلام وتسليم مثلما في سلب الولِاية لكون الولي سيكون اما غائباً او محكوماً وليـس لـه التصرف باي تصرف بأموال القاصر الا بـأذن وموافقة دائرة رعاية القاصرين المختصة؛ لأجل الحفاظ على أموال القاصر ولا سـيما، وان مهمة الوصي مؤقتة تنتهي بعودة الولِاية او ببلوغ الصغير سن الرشد.

ومنها مديرية الجوازات لغرض اصدار جواز سـفر لهم على ان لا تتصرف بأموال القاصرين الا بأذن وموافقة مديرية رعاية القاصرين حيث جاء فيه: ((... وجد ان الحكم المراد تمييزه على وفق المادة (٣٠٩) مرافعات مدنية صحيح وموافق للقانون وتطبيـق سـليم لأحكام المـادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) المعدَّل للأسـباب والحيثيات التي اسـتند اليها لذا قرر تصديقه ...)).

١- د. المادة (٢٣) من قانون الولاية على المال المصري رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .

٢- د. عصمت عبد المجيد بكر، المصر السابق، ص ٨٣ .

المطلب الثاني

موقف القضاء العراقيّ من سلب الولِاية وإيقافها

بمـا إنّ القضـاء هو الـذي يعنى بتطبيـق النصوص القانونيـة ولا أهمية للقوانـين والنصوص جامـدة مـن دون تطبيق لها ،فقد كان للقضاء الدور البارز في إصـدار العديد من الأحكام القضائية الخاصة بسلب الولِاية وإيقافها مراعياً الظروف والتحولات التي يشهدها المجتمع ،ومحاولة تطويع تلـك النصـوص بما يكفل حقوق القاصر ،ومحاولة سـد النقص التشريعيّ بالمبـادئ التمييزية التي سـار عليها القضاء ولأهمية هذا الأمر سنقسـم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول موقف القضاء العراقيّ من سلب الولِاية وفي الفرع الثاني نتناول موقف القضاء العراقيّ من إيقاف الولِاية .

الفرع الأول : موقف القضاء العراقيّ من سلب الولِاية

إنّ أحكام سلب الولِاية وردت في قوانين عديدة بيّناها سابقاً في قانون رعاية الأحداث ،وفي قانون رعاية القاصرين ؛لذا -ولأجل بيان موقف القضاء من سلب الولِاية- سنقسم هذا الفرع الى مقصدين الأول تناول فيه موقف القضاء من سلب الولِاية في ظل أحكام قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) والمقصـد الثانـي نتنـاول فيه موقف القضاء من سـلب الولِاية في ظل أحـكام قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠).

المقصـد الأول : موقـف القضاء من سـلب الولِاية في ظل أحكام قانـون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣

إنّ قانون رعاية الأحداث رقم(٧٦) لسـنة (١٩٨٣) بيّن حالات سـلب الولِاية ،وهي حالات سـلب الوجوبية والجوازية ،وبين تفصيلاتها في المواد (٣١و٣٢) وان نصوص قانون رعاية الأحداث جاءت صريحة وواضحة في رسـم الآلية التي بموجبها يتم سـلب الولِاية سـواء أكان وجوباً او جوازاً لكن بعد البحث ومتابعة جميع محاكم الأحداث في جميع محافظات العراق لم نجد تطبيق لهذه الأحكام فقد بقت نصوص سـلب الولِاية وأحكامها في ظل قانون رعاية الأحداث من دون تطبيقً عملياً رغم الآلية الواضحة التي رسمها القانون لسلب الولِاية، وهذا العزوف في عدم تطبيق أحكام سلب الولِاية في ظل قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة (١٩٨٣) ،هو ليس بسبب عيب او نقص في النصوص التشريعية ،فقد حددت الآلية والطريقة في سـلب الولِاية سـواء كان وجوبياً او جوازياً ،وان السـبب في ذلـك هـو عدم وجود طلبـات مقدمة من قبل المواطنين لأجل سـلب الولِاية متى توافرت شروطها لكـن نجـد هنالك قصورا تشريعيا وحيدا فقط ما يتعلق بنص المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث بخصـوص سـلب الولِايـة الوجوبي، إذا ما صدر حكـم بات على الولي نتيجـة لارتكابه جريمة مخلة

بالأخلاق والآداب العامة او بأحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون البغاء وكان الصغير او الحدث هو المجنى عليه ،فحينها تقرر محكمة الأحداث سلب الولِاية حال علمها بالحكم البات والصادر بحق الـولي المـــــدان ،ولكن يلاحـظ أنّ القانون قد جاء غامضا في تحديد الجهـة التي تقوم بالإخبار عن الحكم الصادر بحق الولي .

ونقـترح عـلى المـشرِّع العراقيّ إيجاد نـص تشريعي واضح يحـدد آلية الإخبار ليصـل العلم الى محكمـة الأحـداث لأغراض تطبيـق نص المادة (٣١) من قانون رعاية الأحـداث، وان أهمية اقتراحنا تنبـع مـن كون المـشرِّع العراقيّ قد اقر أهمية هـذه الحماية للصغير والحـدث ،وكان لابد من وضع معيـار ثابـت لا يقبل الاجتهاد والتأويل عند تطبيق الأحكام عملياً وملئ هذا الفراغ التشريعي بنص قانوني ملزم يبين طريقة الإخبار كإلزام محكمة الجنايات والجنح عند إصدارها حكماً بإدانة الولي بأحد الجرائم المنصوص عليها في المادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث بأن تشـعر محكمة الأحداث وجوبياً بذلك وترسل نسخة من الحكم الصادر اليها ؛ ليتسنى لها اتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة على وفق القانون[١]،

و نقـترح أيضـاً وباعتبـار ان جهاز الادعاء العـام يراقب مشروعية تطبيـق القوانين وان إحدى واجباته هي الاسـهام في حماية الأسرة والطفولة بعَدها من المبادئ الأساسـية لمهامه وحسـب نص المادة (٦) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسـنة (٢٠١٧) [٢]بان يتولى مهمة الإخبار عن الأحكام الصـادرة بهـذا الصـدد ومتابعة الإخبار ،والتيقن من علم محكمة الأحداث واشـعار رئاسـة الادعاء العـام بهـذا ؛لكونهـا تحمل أهميـة وخطورة عظيمة تجـاه المجتمع عموماً والصغـير او الحدث على وجه الخصوص، وان هذا القصور التشريعي كان السبب في عدم وجود تطبيقات قضائية في أحكام سـلب الولِاية الوجوبي التي يتحتم الزاماً على المحكمة سـلبها إذا ما توفر لديها العلم بتوفر سـبب مـن أسـباب سـلبها التي بينتها المـادة (٣١) من قانون رعايـة الأحداث، ولعدم وجـود آلية لإيصال الإخبار لمحكمة الأحداث لأجل سلب الولِاية وجوبياً وعدم لجوء ذوي المصلحة على الصغير او الحدث لأجـل سـلب الولِاية جوازياً في الحالات الأخرى السـبب في عدم وجود في جميـع محاكم الأحداث أي تطبيق لأحكام المادتين (٣١و٣٢) من قانون رعاية الأحداث في مختلف محاكم الأحداث وفي مختلف

١- يلاحـظ نـص المـادة (٣٣) مـن قانون رعايـة الأحداث حول اشـعار محكمة الأحوال الشـخصيّة لاتخـاذ الإجراءات القانونية المقتضية.

٢- نصـت المـادة (٦) من قانون الادعاء العام رقم (٤٩) لسـنة (٢٠١٧) على: ((عـلى الادعاء العام الحضور أمام محاكم الأحوال الشـخصيّة وغيرها من المحاكم المدنيّة في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجورين ,ودعاوى الطلاق والتفريق ,وهجـرة الأسرة ,وتشريـد الأطفـال ,واي دعاوى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله فيهـا لحماية الأسرة والطفولة وله الحـق الطعن بما يصدر عن الجهات المذكورة من أحكام وقرارات)).

محافظـات العـراق مما جعل أحكام سـلب الولِايـة في قانون رعاية الأحـداث لا يوجد لها أي تطبيق عمليّ أمام محاكم الأحداث .

المقصد الثاني : موقف القضاء من سلب الولِاية في ظل أحكام قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠)

تنـاول قانـون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) أحكام سـلب الولِايـة في المادة (٣٢) منهونجـد في الأوآن الأخـيرة تطبيقـات واسـعة بخصوص سـلب الولِاية وفق أحـكام قانون رعاية القاصريـن وكذلـك نجـد العديد من الدعـاوى التي أقيمت بهـذا الخصوص وبالأخـص بعد أحداث داعـش الأخـيرة في عـام (٢٠١٤) والتي انتهـت تماما بتأريـخ (٢٠١٧/١٢/١٠) ،ومـا خلفته هذه الأحداث كانت السبب في تفعيل نصوص أحكام سلب الولِاية وفق أحكام المادة (٣٢) من هذا القانون وحيث إنّ الاختصاص ينعقد لمحكمة الأحوال الشخصيّة بالنسبة للمسلمين ولمحكمة المواد الشخصيّة بالنسبة لغير المسلمين هي المحاكم المختصة بنظر الدعاوى التي تقام لسلب الولِاية وفق أحكام المادة (٣٢) مـن قانـون رعاية القاصرين حسـب صراحة نص المادة (٣/٣٠٠) مـن قانون المرافعات رقم (٨٣) لسـنة (١٩٦٩)[١] ، ونلاحظ أنّ القضاء له دور كبير في رسـم الطريق والآلية لقبول او رفض دعوى سـلب الولِاية متـى توافرت شروطها حيث إنّ النصوص القانونيـة تضع الخطوط العريضة ،وتبقـى التحقيقـات على المحكمة لأجل التثبت من توفر هذه الشروط من عدمها، لذا نجد العديد من الدعـوى التـي أقيمت ،والتي ردت ولأسـباب عدة ،ولعل ابرزها هو عدم توفر شروط سـلب الولِاية ولكـون الولِايـة من أخطر الاشـياء التي ينبغي مراعاتها رعاية لمصلحـة الصغير والمجتمع ولضمان حسن تربية الصغير وتنشأته؛ نجد أنّ المحاكم العراقيّة وقضاء محكمة التمييز الاتحادية الموقرة قد حـرص كل الحرص في إجـراء التحقيقات اللازمة كافة وصولاً للحكم العـادل والذي يمثل التطبيق السـليم لأحكام المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين .

ومـن التطبيقـات القضائيـة بهذا الخصـوص قرار محكمـة التمييز الاتحاديـة الموقرة المتضمن تصديق قرار محكمة الأحوال الشخصيّةفي الكرخ بالعدد (٧٤٥٣/ش/٢٠١٧) في (٢٠١٧/١٢/٢٤) والقاضي برد دعوى المدعية بسلب ولِاية المدعى عليه (الاب) على أطفاله القاصرين وتنصيبها وصية عليهما حيث جاء فيه: ((وجد أنّه صحيح وموافق لأحكام للشرع والقانون للأسباب والحيثيات التي

١- نصت المادة (٣/٣٠٠) من قانون المرافعات المدنيّة رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ على ((تختص محكمة الأحوال الشـخصيّة بالنظر في الأمور الاتية ..... ٣- الولِاية والوصاية والقيمومة والوصية ونصب القيم او الوصي وعزله ومحاسبته والاذن بالتصرفات الشرعية والقانونية)).

استندت اليها المحكمة عند إصدار حكمها المميز وحيث إنّ الأب هو الولي الجبري على أولاده وان سلب ولايته يحكمها نص المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) المعدَّل حيث إنّ سلب ولاية من الولي يقتضي اثبات سوء تصرفاته ولما كانت المدعية لم تشر الى ذلك فتكون دعواها فاقدة لسندها الشرعي والقانوني وواجبة الرد ولما كانت قد قضت برد الدعوى فيكون حكمها صحيحاً لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية))[١].

ونلاحظ بما جاء بقرار محكمة الأحوال الشخصيّة في الكرخ والذي صدقته محكمة التمييز الاتحادية جاء تأكيداً لنص المادة (٣٢) من قانون رعاية الأحداث الذي بيّن حالات سلب الولاية من الولي الجبري والذي يقتضي اثبات سوء تصرفه، واثبات سوء التصرف يحتاج الى إجراء تحقيقات واسعة من قبل المحكمة وصولاً للحكم العادل ؛ لذا نجد الكثير من الدعاوى ردت لهذا السبب لعدم اثبات سوء التصرف من جانب الأب مما يقتضي والحالة هذه رد الدعوى لعدم تحقق شروط نص المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين.

ومن التطبيقات القضائية ايضاً قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة المتضمن تصديق قرار محكمة الأحوال الشخصيّة في الفلوجة بالعدد (١٣٨٠/ش/٢٠١٩) في (٢٠٢٠/١٠/١١) والمتضمن الحكم غيابياً بسلب ولاية المدعى عليه (م) على أولاده القاصرين كل من (س ، ص) ونصب المدعية كوصية دائميه للأطفال لغرض إدارة شؤونهم ومراجعة الدوائر الرسمية وشبة الرسمية كافة بخصوص المعاملات المتعلقة بهم ،ومنها مديرية الجوازات لغرض إصدار جواز سفر لهم على ان لا تتصرف بأموال القاصرين الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين كونه غادر العراق وانتمى الى عصابات داعش الإرهابية وان الإضبارة أرسلت الى محكمة التمييز الاتحادية وفق أحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة لإجراء التدقيقات التمييزية عليها وحيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية: ((... لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الحكم المراد تمييزه على وفق حكم المادة (٣٠٩) مرافعات مدنية صحيح وموافق للقانون وتطبيق سليم لأحكام المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) المعدَّل وللأسباب والحيثيات التي استند اليها لذا قرر تصديقه)) [٢] .

استنادًا إلى القرار التمييزي أعلاه نجد ان فيه العديد من المبادئ المهمة التي ينبغي الوقوف

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٩٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠١٨) في (٢٠١٨/٣/١٨) (غير منشور).

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٦٥٠٩/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠٢٠) في (٢٠٢٠/١١/٢٩) (غير منشور) .

عليها وبيانها ولعـل من أبرزها ما يأتي:

١. ان قضاء محكمة التمييز الاتحادية قد استقرت ان انتماء الأب الى عصابات داعش الإرهابية يجعـل منـه فاقدا لـشروط الوِلاية التي لا يمكن معها اسـتمرارية ولايته على الأطفال نظراً إلى خطورتـه الإجراميـة ولما يمثله هـذا التنظيم الإرهابي من سـلوك اجرامي قد يؤدي الى انحراف في سلوكيات الأطفال ،وعليه لا يمكن تصور استمرار الوِلاية للأب على أطفاله متى مـا ثبت للمحكمة انتمـاء الأب الى هذه التنظيمات الإرهابية التي تسـببت في إزهاق الأرواح ،وهو توجه سـليم في نظرنا وخير ما فعلت لأجل وضع اقصى العقوبات على كل من ينتمي الى هذه التنظيمات الإرهابية حفاظاً على مصلحة الأطفال لأجل تنشـأتهم في بيئة تضمن له العيـش الكريم في المجتمع وفي أسره تحفظه وترعاه.

٢. ان القرار المشـار اليه أعلاه قد جاء بمبدأ مهم جداً لابد من الإشـارة اليه وهو جعل سـلب الوِلاية في هكذا أمور بصورة دائمية وليس بصورة مؤقتة وهو من الأمور المهمة التي جاءت بهـا محكمة التمييز الاتحادية لأجل الحد من الانتماء لهذه التنظيمات الارهابية التي اخذت ببعث الخوف، والقتـل وإزهاق لأرواح المواطنين الأبرياء.

بينما نجد في قرارات أخرى في الصدد نفسه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بشأن سلب الوِلاية فيما يتعلق بالأشـخاص الذين ينتمون للتنظيمات الإرهابية المسـلحة الى سلبها بصورة مؤقتة وليس بصورة دائمية حيث نلاحظ بانه ظهر توجهان بهذا الخصوص وكالاتي:

الأول: - السلب النهائي للوِلاية بناء على قرارات عدة ومن ضمنها قرار محكمة التمييز الاتحادية المشار اليه أعلاه (٦٥٠٩/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٢٠) في (٢٩/١١/٢٠٢٠).

الثانـي:- السـلب المؤقت للوِلاية وذلك يلاحظ في قرارات لاحقـة لمحكمة التمييز الاتحادية ومنها القـرار المرقم (١٢٦٢٢/هيئة الأحوال الشـخصيّة والمواد الشـخصيّة /٢٠٢١) في (٢٩/٩/٢٠٢١) حيـث اسـتقرت في الأوآن الأخـيرة إلى نصب الوصي بصـورة مؤقتة وليس بصـورة دائمية كما كان توجها سابقاً وبموجب هذا التوجه ذهب الى عدم جواز نصب المدعية وصية دائمية وجعلها بصورة مؤقتة [١].

١- قررت محكمة التمييز الاتحادية نقض قرار محكمة الأحوال الشخصيّة في الفلوجة الصادر بالعدد(٢٨٩/ش/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٦/١٤ والمتضمن الحكم بسلب ولاية المدعى عليه على أطفاله ونصب المدعية وصية دائمية على الأطفال كونه غادر وانتمى الى عصابات داعش الارهابية حيث جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية ((... وجد ان الحكم المراد تمييزه على وفق المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الأمر بنصب المدعيـة وصيـة دائميـه على أطفالها اذ كان يقتضي على المحكمة نصبها وصية مؤقتـة عليهم اذ لا تصح الوصية الدائمية بوجـود الأب كـولي جـبري ولا تصح الا في حالة وفاته حيث إنّ المحكمـة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما

وفي آخـر قـرارات محكمة التمييـز الاتحادية الموقرة والذي بـين أنّ نصب الوصي يكون بصورة مؤقتـة وليس بصـورة دائمية حيث تم بيان انه لا عبرة بوصف المحكمة من تنصيب المدعية بصورة دائميـة في الفقـرة الحكميـة والعبرة بوصف القانون لصفة الوصية باعتبارهـا مؤقتة طالما لم يثبت وفـاة الـولي الجـبري ولا عبرة لوصف المحكمة وهذا ما تم بيانه في قرار محكمة الأحوال الشـخصيّة في الفلوجـة بالعـدد ٣٢٦٤/ش/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٠/١٧والقاضي بسـلب ولِايـة المدعى عليه (م) عـلى أولاده القاصريـن كل مـن (س، ص) وتنصيب المدعية كوصية دائمة للأطفال لإدارة شـؤونهم ومراجعة الدوائر الرسـمية وشـبة الرسـمية كافة حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية: ((... لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الحكم الصادر في الدعوى المرسـلة لإجراء التدقيقات التمييزية عليها وفق المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة صحيح وموافق للقانون وتطبيق سليم لأحكام المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) المعدَّل للأسـباب والحيثيات التي استند اليهـا لـذا قرر تصديقـه والتنويه للمحكمـة بانها ذكرت اعتبـار المدعية وصية (دائميـة) في الفقرة الحكميـة والعـبرة بوصف القانون لصفة الوصية باعتبارها مؤقتة طالما لم يثبت وفاة الولي الجبري ولا عـبره لوصف المحكمة...)) [١] .

ونسـتنتج من ذلك هو جواز عودة الولِاية بعد الحكم بسـلبها متى ما توافرت شروط معينه او زالت الأسـباب التي أدت الى سـلب ولايته الجبرية وهذا يظهر جلياً في قرار الحكم الأخير المشـار اليه أعـلاه، وفي هـذا القرار تبنت محكمـة التمييز الاتحادية بيان مدى يعتبر الـوصي دائمي ومتى يعتبر وصي مؤقـت وان سـلب الولِايـة وتنصيب الوصي يكـون مؤقتا في جميع الأحـوال ،وبالأمكان عودة الولِاية الى الأب بعد ان تم الحكم بسـلبها.

٣. مـن المبـادئ المهمة التي جاء بها قـرار الحكم اعلاه إجراء التدقيقـات التمييزية عليها عملا بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة وهذا ما اخذت به محكمة التمييز الاتحادية كون سلب الولِاية يتعلق بالصغار وهو من الأمور التي ينبغي مراعاتها والتأكيد على سلامة الإجـراءات حتـى تصدر مثل هكذا قـرارات لأهميتها وخطورتها في حيـاة الصغار ولما لها اثـر الى حين بلوغه لاسـيما وانه سـيتم إدارة اموره من شـخص اخر غـير الولي الجبري له هـذا مـن جهة ومن جهة اخرى ان قرار الحكـم يتعلق بغائب وهو ان المدعى عليه غائباً لذا يقتضي ارسال الدعوى الى محكمة التمييز الاتحادية للسببين وهو الحكم يتعلق بصغير وما

اخل بصحته)) .

١- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٦/هيئة الأحوال الشـخصيّة والمواد الشـخصيّة/٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/١/٣ (غير منشور).

سيحدث له وخطورة هذا القرار على مصلحته وتربيته مستقبلاً لحين بلوغه والسبب الاخر هو يتعلق بغائب وهو اتجاه سليم لمحكمة التمييز الاتحادية في هذا القرار لأجل صيانة حقوق القاصرين من جهة وتعلق الأمر بغائب من جهة أخرى وحيث نجد في أحكام أخرى لم تدقق محكمة التمييز الاتحادية القرارات التي صدرت حضورياً بحق المدعى عليه وتم رد الطلب لعدم شموله بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة[١].

ومن التطبيقات القضائية هو ارسال محكمة الأحوال الشخصيّة في الكرادة الاضبارة المرقمة (٢٢٦١/ش/٢٠٢١) الى محكمة التمييز الاتحادية لإجراء التدقيقات التمييزية عليها عملا بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة بعد ان أصدرت حكماً حضورياً بالدعوى والمتضمن بسلب ولاية المدعى عليه حيث جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية: ((...لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الحكم الصادر في الدعوى المرسلة لإجراء التدقيقات التمييزية عليها وفق المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة غير مشموله بأحكامها حيث صدر بمواجهة الولي الجبري وان بإمكانه الطعن بالحكم ان كان لذلك متقضى لذا قرر رد الطلب وإعادة الاضبارة الى محكمتها وإعادة الاضبارة إلى محكتها...)) [٢] ويتبين باستعراض هذا القرار أنّ محكمة التمييز جعلت المعيار الأساس لقبول طلب النظر إلى الدعوى وفق أحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة وإجراء التدقيقات التمييزية عليها هو حضور او غياب المدعى عليها فقط دون النظر الى ان الدعوى تتعلق بصغير ،نستنتج من ذلك ان المعيار الأساس في قبول الطلب من عدمه هو حضور او غياب المدعى عليه وليس تعلق الحكم بصغير كون الحكم اصلاً قد صدر لمصلحة الصغير ومراعاة لمصلحته وسلب ولاية الأب الذي ثبت سوء تصرفه عملا بأحكام المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين وهذا من المبادئ المهمة التي جاءت بها محكمة التمييز الاتحادية وينبغي للمحاكم مراعاة هذا الجانب المهم والتفرقة في شمولها وعدم شمولها بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة.

ومن التطبيقات القضائية الأخرى قرار الذي أصدرته محكمة الأحوال الشخصيّة في الاعظمية بالعدد (٥٧٤٨/ش/٢٠١٦) في (٢٠١٦/١٢/١٣) القاضي برد دعوى المدعية (س) لغرض سلب

١- تنص المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدَّل على ((١- الأحكام الصادرة على بيت المال او الأوقاف او الصغار او الغائبين او المجانين او المعتوهين او غيرهم من ناقضي الأهلية والأحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج وكذلك الحجج الشرعية المعتبرة بمنزلة الأحكام كالمتعلقة باستبدال الأوقاف والاذن بالقسمة الرضائية اذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي ارسال الاضبارة في اقرب وقت ممكن الى محكمة التمييز لإجراء التدقيقات التمييزية عليها)).

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٠٧/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٨/٣(غير منشور) .

الولِايــة الجبريــة الخاصة بالمدعــى عليه واعتبارها الــولي عليه كونه مجهول محــل الإقامة ولغرض تمشــية المعاملات الرســمية والذي تم تصديق قرار محكمة الموضوع تمييزاً من قبل محكمة التمييز الاتحاديــة حيــث جاء في قراراها: ((...وجــد أنّه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون للأســباب والواردة في قرار الحكم المطعون فيه وحيث ثبت للمحكمة من أنّ المدعية استحصلت على قرار تأييد حضانة لغرض المراجعة للدوائر الرسمية وشبة الرسمية لتمشيه أمور المحضون أمام الدوائر المشار اليها وحيث إنّ الولِاية تكون للأب على ولده الصغير شرعاً وقانوناً ولا يجوز ســلبها منه الا إذا ثبت ســوء تصرفــه وحيث لم يثبت ذلك ولما كانت المحكمة قضت بــرد الدعوى يكون حكمها صحيحاً لذا قــرر تصديقه ورد الطعون التمييزية ...)) [١] .

حيــث يتبين باســتعراض قرار محكمة التمييــز الاتحادية أعلاه انه لا يمكن ســلب الولِاية الا إذا ثبت سوء التصرف من جانب الأب الولي الجبري وليس مجرد الغياب وعدم وجودة في داخل العراق ولا يمكن تصور سلبها منه الا بثبوت سوء التصرف منه ،وهنا كان بإمكان المدعية ان تقوم بإقامة دعــوى لإيقــاف الولِايــة كون أنّ حالة الغيــاب هنا يبيح لها إيقــاف الولِاية الجبريــة بصورة مؤقتة ســيما وانها قد اســتحصلت على قرار بتأييد الحضانة والذي يكفي لغرض مراجعة الدوائر الرسمية وشــبة الرســمية مــن دون حاجة الى ســلب الولِاية لــذا نحن نؤيد مــا جاء بقرار محكمــة الموضوع ومحكمــة التمييــز الاتحادية في التدقيق في مدى توفر شروط ســلب الولِاية التي اشــارت اليها المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين والبحث الدقيق في هذا الشــأن ؛لان ســلب الولِاية من اخطر الأمور التــي ممكن تصورها في حياة الصغير وحيــث ان موضوع الولاية يتنازعهُ مصلحتان الاولى مصلحة الصغير والثابتة ومصلحة الولي ولابد عند الحكم بســلب الولاية الموازنة بين هذين المصلحتين لســيما وان محكمــة التمييــز الاتحادية وفي حــالات عديدة صدقت قرار محاكم الموضوع بســلب الولِاية من الاب وهــذا يمثــل أمر في غاية الخطورة الذي يجب إجراء التحقيقات الوافية لأجل التحقق من ســوء التصرف ،ومن ثَمَّ ســلب الولِاية وخير ما فعلت محكمة التمييز الاتحادية في رد العديد من الدعاوى بهذا الشأن .

ومــن التطبيقــات القضائية المهمة التي جاء بهــا محكمة التمييز الاتحادية في نقض قرار محكمة الأحوال الشــخصيّة في الكرادة بالعــدد (٢٧/ش/٢٠١٦) في (٢٠١٦/٢/٢١) المتضمن حكماً غيابياً بســلب ولِاية الأب على أولاده بســبب قيامه بالهروب من عمله وعدم قيامة بالصرف على القاصرين حيــث جــاء بقرار محكمــة التمييز الاتحاديــة: ((... وجد أنّــه غير صحيح ومخالــف لأحكام الشرع

١- قــرار محكمــة التمييــز الاتحاديــة بالعــدد (١٠٣٥/هيئــة الأحــوال الشــخصيّة والمــواد الشــخصيّة/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٣/١٢(غــير منشــور) .

والقانون لتعلق موضوع الدعوى بسلب ولاية المميز عليه وهو الأب لان محكمة الموضوع لم تحقق من شخصيته القانونية فيما إذا كان على قيد الحياة من عدمه وبإمكانها واستكمالاً لتحقيقاتها ادخال أحد ذويه البالغين شخصاً ثالثا والاستيضاح منه عن مصيره وحيث عدم مراعاة ما تقدم أخل بصحة الحكم المطعون فيه لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم...))[١] نجد أنّ محكمة التمييز الاتحادية في هذا القرار ذهبت الى توجه جديد وهو التيقن من شخصية المدعى عليه فيما إذا كان في قيد الحياة من عدمه، وفي ضوء ذلك إصدار القرار المناسب في ضوء هذه التحقيقات بالاستفادة من أحد ذويه البالغين للتيقن فيما إذا كان في قيد الحياة ،وهذا التوجه كان على نطاق ضيق في بعض الدعاوى المهمة ،ومنها (دعاوى سلب الولاية) لأهميتها وخطورتها على حياة الصغير الا ان هذا التوجه لم يستمر طويلاً حيث سرعان ما تم الرجوع لاحقاً والذي فيما بعد لم تأخذ به حيث صدر قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية بهذا الصدد والذي بموجبه تم الغاء هذا التوجه عدم العمل به لاحقاً[٢].

ومن التطبيقات القضائية المهمة ايضاً هو نقض القرار الصادر عن محكمة الأحوال الشخصيّةفي الكرادة الصادر بالعدد (٣٠/ش/٢٠١٦) في (٢٠١٦/٢/٢١) القاضي بإصدار حكماً غيابياً بسلب ولاية المدعى عليه الأب على أولاده القاصرين كونه مجهول محل الإقامة، ومرتحل الى جهة مجهولة حيث صدر قرار محكمة التمييز الاتحادية تم بموجبه نقض قرار محكمة الموضوع حيث جاء فيه: ((... وجد أنّه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون اذ كان على المحكمة سؤال المدعية ان كانت ترغب ادخال مدير رعاية القاصرين إضافة لوظيفته شخصاً ثالثاً في الدعوى الى جانب المدعى عليه اكمالاً للخصومة لتعلق الأمر موضوع الدعوى بمصلحة قاصرين وإصدار الحكم المناسب في

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٤٥٧/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠١٦) في ٢٠١٦/٤/١٠(غير منشور) .

٢- صدر قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد (٤١/الهيئة العامة/٢٠١٨) في ٢٠١٨/١٢/٢٦ والذي بموجبة تم الرجوع عن قرار محكمة التمييز الاتحادية (هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة) في العديد من قراراتها في التحقق من شخصية الإنسان حيث جاء في قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية: ((... ان الشخصيّة القانونية تبدأ للإنسان منذ ان يولد حياً وتنتهي بموته وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٤) من القانون المدنيّ العراقيّ وتثبت ولادة الشخص بطرق الاثبات كافة وتنظم له شهادة ولادة من الجهة المختصة بذلك وعلى ذات المنوال فان الشخصيّة القانونية للإنسان تنتهي بوفاته حقيقة او حكماً وتثبت وفاة الشخص بطرق الاثبات كافة وتنظم له شهادة وفاة من الجهة المختصة ايضاً لذا فان الأصل بقاء الشخصيّة القانونية له طيلة فترة بقائه في الوجود واذا حصل تردد في ذلك ببقائه حياً او ميتاً فلا يمكن والحالة هذه افتراض وفاة بدون دليل دامغ يسند ذلك طالما معطيات الحياة ونواميسها تقتضي بغير ذلك لذا فان عدم حضور المدعى عليه جلسات المرافعة وسريانها بحقه غيابياً لا يعتبر مانعاً ولا يحول دون قبول دعوى المدعية لان شخصيته القانونية تبقى قائمة وذلك لثبوت ولادته ومن ثم استمرار حياته وعدم وجود ما يثبت وفاته...)).

ضوء ذلك وحيث إنّ المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ما تقدم مما اخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم ...)) [١] .

ويلاحظ استنادا إلى قرار النقض الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية ان من اساسيات قبول دعوى سلب الولاية هو ان الخصوم في هكذا دعاوى كل من الأب باعتباره الولي الجبريّ ومدير عام رعاية القاصرين إضافة لوظيفته لتعلق الأمر بقاصرين، وعدم مراعاة ذلك يجعل الخصومة والحالة هذه ناقصة بإمكان المحكمة إكمال الخصومة وإلّا ردت الدعوى لعدم توجه الخصومة، وهو اتجاه سليم من محكمة التمييز الاتحادية ؛كون ان مدير عام رعاية القاصرين إضافة لوظيفته يمثل القاصرين والدفاع عنهم، وإجابة المديرية المذكورة في هذه الدعوى من الأمور المهمة التي ينبغي التحقق منها ،سيما أنّ الدعوى تتعلق بقاصرين وان سلبها سيؤدي الى حرمان الأب بصورة مؤقته من ممارسة الولاية ،وان يعهد بها الى وصي يحل محل الأب وهنا دور مديرية رعاية القاصرين يكون بإجراء البحث عن مدى توفر شروط الوصاية على الوصي الذي ستنصبه المحكمة ومن إجراءاتها هو إجراء الباحث الاجتماعي في مديرية رعاية القاصرين البحث الميداني على دار القاصرين ووصف دقيق وتقديم تقرير مفصل في هذه الحالة ومن بعدها تُبدي موافقتها من عدمها من دعوى المدعية بعد التثبت من توفر شروط سلب الولاية وشروط الوصاية في الوصي الذي ستنصبه المحكمة بدلاً من الولي وهو من الأمور المهمة التي نؤكد عليها ونرى خير ما فعلت محكمة التمييز في التأكيد على هذه المسألة المهمة في غاية الأهمية لضمان مصلحة الأطفال من خلال سلب الولاية وان يعهد بإدارة امورهم الى وصي جديد عليهم لحين بلوغهم سن الرشد .

ومن الجدير بالذكر ان دعوى سلب الولاية من أخطر الدعاوى التي ممكن أقامتها أمام محاكم الأحوال الشخصيّة؛ لتعلقها بالقاصرين وسلب الولاية عن الولي الجبري، ولما لها من دور خطير ونقطة تحول في حياة الأطفال لذا نجد ان محاكم الموضوع تتشدد في إجراءاتها قبل الوصول إلى حكمها العادل والذي يكون خاضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية التي يكون لها دور رقابي واسع من ناحية مدى توفر شروط نص المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين وكذلك على إجراءات محكمة الموضوع وتوجيها بإكمال النواقص إن وجدت ومن اهم الإجراءات التي يمكن استنباطها في ضوء استعراض القرارات التمييزية أعلاه هو ادخال مديرية رعاية القاصرين والاستماع الى اجابتهم ومدى موافقتهم من عدمه في سلب الولاية ومدى توفر شروط الوصاية في من يطلب سلب ولاية الولي و تنصيبه وصياً بدلا من عنه إضافة الى الاستماع الى البينة الشخصيّة التي تثبت توفر

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٤٨١٥/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠١٩) في ٢٠١٩/٤/١٦(غير منشور) .

شروط نـص المادة (٣٢) مـن قانون رعاية القاصرين وكذلك مـدى توفر شروط الوصي المنصوص عليهـا في نـص المـادة (٣٥) من قانون رعاية القاصرين[١] ومدى توفـر شروط نص المادة (٧٦) من قانون الأحوال الشخصيّةرقم (٥٩) لسنة (١٩٥٩) المعدَّل [٢] التي بينت شروط الوصي ،ومدى أهليته في المحافظة ،ورعاية شـؤون القاصر، وتوفر الأهلية الشرعية والقانونية، وحسـن سـيرته وسـلوكه تضمن مصلحة القاصرين ، يضاف الى ذلك اسـتقرار القضاء الى تقييد سـلطة الوصي الذي ستنصبه المحكمة في إدارة شـؤون القاصرين ومراجعة الدوائر الرسـمية وشبة الرسمية بخصوص المعاملات المتعلقـة بهمـا على ان لا يتصرف بأمـوال القاصرين الا بموافقة دائرة رعايـة القاصرين وهو اتجاه سليم وفي محلة وخير ما فعل القضاء في هذا التوجه لأجل رعاية مصالح القاصرين وعدم القيام باي تصرف بحقهما الا بأذن وموافقه دائرة رعاية القاصرين ،وهو يمثل جزءًا من الرقابة على تصرفات الـوصي المنصـب من قبـل المحكمة بدلاً من الولي ورعاية مصلحة القاصرين ، ولا بد من الإشـارة الى ان توجه محكمة التمييز الاتحادية في دعاوى سـلب الولاية اسـتقر في بادئ الأمر على سـلب الولاية مـن الأب بصـورة دائمية ونصـب وصي بصورة دائمية عـلى القاصرين لإدارة شـؤونهم ورعايتهم وبالأخـص في الحالات التي يكون فيها سـلب ولاية الأب كونـه انتمى الى التنظيمات الإرهابية الا انه تـم الرجـوع عن المبـدأ في الأوآن الأخيرة ،فقد عدلت محكمة التمييز الاتحادية عن هذا المبدأ وسـلبها بصورة نهائية بل استقرت في الأوآن الأخيرة الى نصب الوصي بصورة مؤقتة وليس بصورة دائمية كمـا كان في توجهـا حتـى عام ٢٠٢١ والتـي بينت من خلالها لايمكن تصـور وجود وصي دائم مع تحقق حياة الاب .

ومما تقدم نجد أنّه للمحكمة سـلطة واسـعة ومجال واسـع في إجراء التحقيقات اللازمة لأجل الوصـول الى حكـم عـادل يراعي فيها حق الأب في الولاية الجبرية عـلى أطفاله من جانب ومن جانب اخر مراعاة مصلحة الأطفال القاصرين، وضمان حسـن تربيتهم في عائلة تضمن لهم العيش الكريم مـن دون تعريض حياتهم للخطر وهذه الإجراءات والقرارات تكون خاضعة لرقابة محكمة التمييز الاتحاديـة وهـي أعلى جهة رقابية في العراق ونحن نؤيد هذا التوجه السـليم في التشـدد في إجراءات

١- تنـص المـادة (٣٥) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) على: ((يشـترط في الوصي ان يكون عاقلاً بالغاً ذا أهلية كاملة قادراً على ممارسـة شـؤون الوصاية ولا يجوز بوجه خاص ان يعين وصياً: أولا - المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب والشرف او الماسـة بالنزاهة, ثانياً- من كان مشـهوراً بسـوء السيرة او من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش, ثالثاً - من كان بينه او أحد اصوله او فروعة او زوجته وبين القاصر نزاع قضائي او من كان بينـه وبين القاصر او بين عائلته خصومـه اذا كان يخشى على مصلحة القاصر منها)).

٢- تنـص المـادة (٧٦) من قانون الأحوال الشـخصيّة رقم (٥٩) لسـنة (١٩٥٩) المعدَّل على: ((يشـترط في الوصي توفر الأهلية القانونية والشرعية)).

هكـذا دعـوى لأهميتهـا وخطورتها وخضوع مثـل هكذا دعـاوى للتمييز التلقائـي لتحصين جميع الإجـراءات والوصـول الى حكـم عادل يوازن بـين حق الأب في ولايته الجبرية عـلى أطفاله ومصلحة الأطفال في اسـتقرار حياتهـم في اسره تضمن لهم العيش الكريم .

الفرع الثاني : موقف القضاء العراقيّ من إيقاف الولِاية

ان أحكام إيقاف الولِاية وردت في قانون وأحد فقط كما بيننا سـابقاً في قانون رعاية القاصرين رقـم (٧٨) لسـنة (١٩٨٠) في المـادة (٣٣) منه ،وأن أحكام القضاء بخصـوص إيقاف الولِاية كثيرة ومتعددة في الوقت الحاضر ،وان سبب كثرة الدعاوى وكثرة الأحكام الصادرة في الأوآن الأخيرة يعود إلى الوضـع الـذي يمر به العراق وتوفر شروط نص المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين المتعلقة بإيقـاف الولِايـة ،ولعل من ابرز هذه الظـروف ازدياد اعداد المهاجرين الى خـارج العراق ،واختفاء العديـد مـن الآباء وارتحالهم الى جهة مجهولة بعد حصول الطـلاق والفرقة بينه وبين زوجته؛ مما يؤدي الى ترك الأطفال لدى والدتهم ولأجل رعاية مصلحة هؤلاء الأطفال تقوم الأم او جدة الأطفال الى إقامـة دعـاوى بهذا الخصـوص لأجل إيقاف ولِاية الأب الجبرية وتنصيبهـا وصية مؤقتة لإدارة شـؤون القاصرين لذا نجد العديد من القرارات التي صدرت في الأوآن الأخيرة بهذا الصدد .

وحيث إنّ الاختصاص ينعقد لمحاكم الأحوال الشـخصيّة بالنسـبة للمسـلمين اما بالنسـبة لغير المسلمين فينعقد الاختصاص لمحاكم المواد الشخصيّة ، ولعل من ابرز التطبيقات القضائية هو قرار محكمـة الأحوال الشـخصيّةفي الكـرادة بالعـدد (٢٢٦١/ش/٢٠٢١) في (٢٠/٦/٢٠٢١) المتضمن الحكـم بإيقـاف الولِاية الجبرية للمدعـى عليه الأب (س) وتنصيب المدعيـة (ص) وصية مؤقتة على ولدها القاصر(م) لغرض إدارة شـؤونه ومراجعة الدوائر الرسـمية وشبة الرسمية كافة بخصوص المعامـلات المتعلقـة بهـا ،ومنها مديرية الجـوازات والدوائر المتعلقة بها لغرض إصدار جواز سـفر للقـاصر والسـفر بـه خارج العـراق على أن لا تتصرف بأموالـه الا بموافقة دائـرة رعاية القاصرين المختصة ،وأن قرار الحكم صدر حضوريا بحق المدعى عليه وأنّ محكمة الموضوع أرسـلت الدعوى عـلى وفق أحكام المـادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة لإجـراء التدقيقات التمييزية عليها الا ان محكمـة التمييـز الاتحادية (هيئة الأحوال الشـخصيّة والمواد الشـخصيّة) ردت الطلب حيث جاء في قراراهـا: ((... وجـد أنّ الحكـم الصادر في الدعوى المرسـلة لإجراء التدقيقـات التمييزية عليها وفق المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة غير مشـمول بأحكامها حيث صدر بمواجهة الولي الجبري وأن بإمكانـه الطعـن بالحكـم ان كان لذلـك مقتـضى ؛ لذا قـرر رد الطلب وإعـادة الاضبارة الى

محكمتها...)) [١].

ويتبين من خلال استعراض القرار اعلاه أنّ محكمة التمييز الاتحادية جعلت المعيار الأساس لقبول طلب نظرها في الدعوى وفق أحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة ،وإجراء التدقيقات التمييزية عليها هو حضور او غياب المدعى عليها فقط دون النظر الى أنّ الدعوى تتعلق بصغير ؛نستنتج من ذلك ان المعيار الأساس في قبول الطلب من عدمه هو حضور او غياب المدعى عليه وليس تعلق الحكم بصغير كون الحكم أصلاً قد صدر لمصلحة الصغير ومراعاة لمصلحته وإيقاف ولاية الأب الذي ثبت سوء تصرفه عملا بأحكام المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين ،وهذا من المبادئ المهمة التي جاءت بها محكمة التمييز الاتحادية وينبغي للمحاكم مراعاة هذا الجانب المهم والتفرقة في شمولها وعدم شمولها بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة .

ومن التطبيقات القضائية المهمة ايضاً هو قرار محكمة الأحوال الشخصيّة في الكرادة بالعدد (١٨٠٢/ش/٢٠١٨) في (٢٠١٨/٨/٢٧) القاضي الحكم بإيقاف ولاية المدعى عليه الأب (س) ونصب والدتها (ص) وصية مؤقتة على ابنتها القاصر (م) ؛لغرض إدارة شؤونه ومراجعة الدوائر الرسمية وشبة الرسمية كافة بخصوص المعاملات المتعلقة بها ومنها مديرية الجوازات والدوائر المتعلقة بها لغرض إصدار جواز سفر والسفر به خارج العراق على ان لا تتصرف بأمواله الا بموافقة دائرة رعاية القاصرين المختصة كون المدعى عليه تم الحكم عليه بالإعدام والمكتسب للدرجة القطعية وان الحكم صدر غيابياً وارسلت الدعوى الى محكمة التمييز الاتحادية عملا بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة لإجراء التدقيقات التمييزية عليها وحيث تم تصديقه من محكمة التمييز الاتحادية حيث جاء في قرارها: ((... وجد أنّ الحكم المراد تمييزه على وفق المادة (٣٠٩) مرافعات مدنية صحيح وموافق للقانون وتطبيق سليم لأحكام المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) حيث تبين للمحكمة بأنّ والد القاصرة (م) محكوم بالإعدام لذا قرر تصديقه...)) [٢] يتبين من خلال هذا القرار أنّ محكمة الموضوع ومحكمة التمييز الاتحادية عدت الحكم بالإعدام سببا من الأسباب التي تستدعي سلب الولاية ،وهو تطبيق سليم لأحكام القانون سيما أنّ نص المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين أجاز للمحكمة إيقاف الولاية متى ما حكم على الولي بعقوبة سالبة للحرية مدة تزيد على سنة وبالنتيجة ان الحكم بالإعدام يعتبر اشد العقوبات

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٠٧/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٨/٢(غير منشور) .

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٩٤٧٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠١٨) في ٢٠١٨/١٠/١(غير منشور).

الاصليـة التـي نص عليها قانون العقوبات العراقيّ رقم (١١١) لسـنة (١٩٦٩) المعدَّل وعليه يكون نـص المـادة (٣٣) مـن قانـون رعاية القاصريـن متحقق ومن ثَـمَّ الحكم بإيقاف الولِايـة ولابد من الإشـارة انه يشـترط أن يكون قرار الحكم الصادر بحق الولي قد اكتسـب درجة البتات وأنّ الحكم الصادر بحقه بالإعدام ينبغي تصديقه من قبل محكمة التمييز الاتحادية حتى يصبح حكماً باتاً عملاً بأحـكام المـادة (٢٢٤/د) من قانون أصـول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسـنة (١٩٧١)[١] حتى يمكـن الحكـم بإيقاف الولِايـة ،و يتضح من خلال النص أعلاه ان محكمـة التمييز الاتحادية اجرت تدقيقاتهـا التمييزية على الدعوى عملاً بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة كون الحكم قـد صدر في غير مواجهة المدعى عليه .

ومـن التطبيقـات القضائيـة قـرار محكمـة الأحـوال الشـخصيّة في بغـداد الجديـدة بالعـدد (٥٩٧٦/ش/٢٠٢٠) في (٢٠٢٠/١٢/٣١) في دعـوى المدعيـة (س) لطلبهـا الحكـم بإيقاف الولِاية عـلى مطلـق ابنتها المتوفاة والذي لهما من فراش الزوجية ثلاث أطفال وهم في حضانتها ؛لكون والد الأطفـال تـم الحكم عليه بالإعدام فقـد طلبت الحكم بإيقاف ولايته الجبريـة ،وإن محكمة الموضوع أصدرت حكماً غيابياً برد دعوى المدعية وتحميلها الرسوم والمصاريف ،وتم الطعن بهذا القرار أمام محكمـة التمييز الاتحاديـة والتي أصدرت قراراها :((...وجد أنّه صحيـح وموافق للشرع والقانون لقـد ثبـت من خلال الاطلاع عـلى كتاب المحكمة الجنائيـة المركزية/الهيئة الثانيـة بالعدد (١٤٨٨/ ج٢٠١٦/٣) في (٢٠٢٠/١٢/١٦) صدور حكم بالإعدام بحق المدعى عليه بتاريخ (٢٠١٦/٥/١٧)، ولم يكتسـب الحكم المذكور الدرجة القطعية ممل يجعل دعوى المدعية والحالة هذه فاقدة لسـندها القانونـي وواجبـة الرد وهذه مـا انتهى به الحكم المميز لذا قرر تصديقـه..))[٢] ونلاحظ من خلال قـرار محكمـة الموضـوع، انه تم رد دعـوى المدعية لعدم تحقق شروط نص المـادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين والشرط المتعلق بصدور حكم على الولي مدة تزيد على سنة حيث إنّ المدعية استندت في دعواهـا الى حكـم صـادر بالإعدام بحث الـولي وهو والد أحفادها الا انه لم يكتسـب درجة البتات وهـذا الأمـر من المسـائل المهمة الذي ينبغي لمحكمـة الموضوع التحقق منـه والا كان مصير الدعوى بالـرد يتبـين انه من الشروط الأساسـية للحكـم بإيقاف ولِاية الولي أنّه يصـدر بحقه حكم بالحبس مـدة تزيد على السـنة وان يكتسـب هذا القرار درجـة البتات حتى يمكن تطبيق هـذا النص والا رد

١- تنص المادة (٢٢٤/د) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ على: ((إذا أصدرت المحكمة حكماً بالإعدام فعليها افهام المحكوم عليه بان أوراق دعواه سترسل تلقائياً الى محكمة التمييز للنظر تمييزاً...)).

٢- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٢٨٤٩/هيئـة الأحـوال الشـخصيّة والمـواد الشـخصيّة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٢/١٨(غـير منشـور).

الدعـوى وهـذا ما ذهبت اليه محكمة الموضوع والـذي صدقته محكمة التمييز الاتحادية وهو أمر في غايـة الأهميـة والخطورة ولابد من التحقيق بدقة وحرص عـلى هذا الشرط لخطورة القرار الصادر بإيقـاف الولاية،ولمـا له من دور في مصلحة الأطفال ،وهو توجه سـليم ونحن نؤيد هذا التوجه لأنه إذا ما تم نقض قرار الحكم الصادر بالإعدام لأي سبب هذا يجعل الحكم الصادر بإيقاف الولاية قد فني أساسه القانوني الذي اعتمد عليه ،و يكون أساسه معدما ،ونكون أمام قرارات معدومة لانعدام الأسـاس الـذي أسسـت عليه وعليه فهي مسـألة مهمة لابد مـن مراعاتها من قبـل محاكم الموضوع لتأسـيس قرار صحيح ومسـتوفي للشروط القانونية الصحيحة.

ولابد من الإشـارة الى مسـالة مهمـة ايضاً أنّه الأحكام الصادرة بالإعـدام تحتاج الى فترة طويلة جـداً حتـى يمكن ان تكتسـب درجة البتات وكما هو الحال في قرار الحكـم أعلاه فقد مضى اكثر من أربـع سـنوات وما زال غير مكتسـب لدرجة البتـات وطيلة هذه الفترة بقى الطفـل من دون ولي او وصي؛ لـذا ولأجـل رعايـة مصلحـة القاصرين التـي هي الغاية الأساسـية من تشريـع قانون رعاية القاصريـن ينبغـي للأم او الجدة الذي يوجد القاصرين في حضانتهم وخلال هذه الفترة ان تبادر الى إقامـة دعـوى تأييد حضانة لأجل مراجعة الدوائر الرسـمية وشـبة الرسـمية او عمل حجة وصاية موقتـة للغرض نفسـه لأجـل مراجعة الدوائر والحفاظ الى حقوق القاصريـن خلال هذه الفترة وان المدعيـة في قـرار الحكم أعلاه قد أخطأت في إقامة الدعوى وكان عليها سـلوك أحد الطريقيّن (دعوى تأييـد حضانـة – حجة وصاية مؤقتة) وليس أقامتهـا دعوى إيقاف ولاية .

ومن التطبيقات القضائية قرار محكمة الأحوال الشـخصيّة في الكرخ بالعدد ٢٦٨٨/ش/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٨/١٢ المتضمـن الحكـم بإيقاف الولاية الجبرية للمدعى عليه الأب (س) وتنصيب المدعية (ص) وصية مؤقتة على أولادها القاصرين كل من (م ،ر، ع) لغرض إدارة شؤونهم ومراجعة الدوائر الرسـمية وشبة الرسـمية كافة بخصوص المعاملات المتعلقة بهم ،ومنها مديرية الجوازات والدوائر المتعلقـة بها لغرض إصدار جواز سـفر والسـفر بهم خارج العراق عـلى ان لا تتصرف بأموالهم الا بموافقـة دائـرة رعايـة القاصرين المختصـة كون ان المدعى عليـه قد ارتحل الى جهـة مجهولة وان الحكـم صـدر غيابيا بحق المدعى عليه وان محكمة الموضوع أرسـلت الدعوى على وفق أحكام المادة (٣٠٩) مـن قانون المرافعات المدنيّة لإجراء التدقيقات التمييزية عليها وان محكمة التمييز الاتحادية صدقت قرار محكمة الموضوع حيث جاء في قراراها :((...وجد أنّ الحكم المراد تمييزه على وفق المادة (٣٠٩) مرافعات مدنية صحيح وموافق للقانون وتطبيق سـليم لأحكام المادة ٣٣ من قانون رعاية

القاصرين رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) للأسباب والحيثيات التي استند اليها لذا قرر تصديقه ...)) [١] .

يتبين من خلال القرار التمييزي اعلاه أنّ شروط نص المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين متوفرة وصدور قرار من المحكمة بإيقاف الولاية ؛ لكون الولي غائباً والغيبة هنا تبْعا لنص المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين هو الشخص الذي غادر العراق او لم يعرف مصيراً له مقام فيه مدة تزيد على السنة وإذا ما ترتب على ذلك تعطل مصالح غيره هنا تقرر محكمة الأحوال الشخصيّة الحكم بإيقاف الولاية وتنصب المدعية والدتهم وصية مؤقتة على الأطفال وهنا التحقق من الغيبة يكون بطرائق الإثبات كافة بإمكان المحكمة التحقق منه من خلال الكتب الرسمية او من خلال مفاتحة الجهات الرسمية ذات العلاقة او عن طريق ورود ورقة التبليغ مشروحاً عليها ارتحاله الى جهة مجهولة بعد تأييدها من قبل مختار المحلة او المجلس المحلي كما يمكن اثباتها من خلال الاستماع الى اقوال البينة الشخصيّة لأجل اثبات غيبته وعدم معرفه مقام له ،فإذا ثبت أنّه غادر العراق ،فيمكن اثبات ذلك من خلال مفاتحة الجهات الرسمية للتحقق فيما إذا كان قد غادر العراق من عدمه وإذا كان بالاستناد الى كونه لم يعرف له مقاما فيه مدة تزيد على السنة فهنا يتم اثباته بطرائق الإثبات كافة وهذا ما تحققت منه محكمة الموضوع والذي صدق من قبل محكمة التمييز الاتحادية .

ومن التطبيقات القضائية قرار محكمة الأحوال الشخصيّة في الكرادة بالعدد (١٣٥٦/ش/٢٠١٧) في (٢٠١٧/٧/٢٣) حكم غيابي قاض بإيقاف ولاية المدعى عليه على ولديه من المدعية كل من (م ،ع) ونصبها وصية مؤقتة عليهما لحين عودة الأب(المدعى عليه)،ولها حق إصدار جوازات سفر لهم والسفر بهم خارج العراق وان الدعوى أرسلت الى محكمة التمييز الاتحادية وفق المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات مدنية وان محكمة التمييز الاتحادية نقضت قرار الحكم المشار اليه أعلاه حيث جاء بقرارها :((... وجد أنّ الحكم المراد تمييزه وفق أحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون قدر تعلق الأمر بحق المدعية للسفر بالقاصرين (م ،ع) خارج العراق لعدم تحقق مصلحة للقاصرين تقتضي ذلك ولعدم مراعاة المحكمة لهذه الجهة الذي اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه ...)) [٢] نجد ان محكمة التمييز الاتحادية في هذا القرار اكدت مبدأ أساسيا ومهما وهو ان القرارات الصادرة في إيقاف الولاية الغاية الأساسية منها

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١٩٦٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٩/١٣ (غير منشور).

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٦٧٨/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠١٧) في ٢٠١٧/١٠/٨(غير منشور).

هـو مراعـاة مصلحـة القاصرين حيـث إنّ العلة التشريعية مـن تشريع نص المـادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين هو لمصلحة القاصرين بالأساس حيث إنّ القرار أعلاه جاء تجسيدا لهذا المبدأ المهم حيث إنّ أسباب إيقاف الولِاية واضحة ،وهما الشرط المتعلق بغيبة الولي والحكم عليه مدة تزيد على السـنة وعليـه فإذا ما ارادت الأم ان تسـافر بالأطفـال خارج العراق فهذا لا يكـون من خلال إقامة دعـوى لإيقـاف ولِاية الأب بل يكون عن طريـق عمل حجة وصاية مؤقتة لأجل السـفر بالقاصرين خـارج العـراق وتُقدم بطلب الى محكمة الأحوال الشـخصيّة المختصة وتصدر حكمها حسـب تحقق المصلحة كأن تكون لأجل زيارة العتبات المقدسـة او قد يكون لغرض العلاج [١] لكن إيقاف الولِاية وفـق المـادة (٣٣) من قانـون رعاية القاصرين يكون من خلال دعوى تقـدم المحكمة والمحكمة تبدأ بتحقيقات واسعة لأجل الوصول الى الحكم العادل وتراعى فيها مصلحة القاصرين بالدرجة الأساس وعليه إذا ما توافرت شروط المادة أعلاه وتحقق مصلحة للأطفال بالسفر خارج العراق فهنا يمكن تصـور إيقـاف الولِاية وإعطاء الحق للوصي المنصب حق السـفر بهم خارج العـراق وإذا لم تتحقق هـذه المصلحـة تقرر المحكمة إيقاف الولِاية فقط دون إعطاء حق السـفر بهم خارج العراق وهذا ما ذهب اليه القرار التمييزي المشار اليه في أعلاه وهو توجه سليم في رأينا راعى فيه مصلحة القاصرين بالأسـاس لا على أساس طلبات ورغبات الوصي الذي نصبته المحكمة.

ومـن التطبيقـات القضائية الدعوى التي أقيمت أمام محكمة المواد الشـخصيّة في الكردة بالعدد

١- بهـذا الصـدد أصـدرت محكمـة التمييـز الاتحاديـة قرارهـا المرقـم (٨٠٧٨/هيئـة الأحـوال الشـخصيّة والمـواد الشـخصيّة/٢٠١٣)في ٢٠١٣/١١/١٣ والمتضمـن نقـض قرار محكمة الأحوال الشـخصيّة في الاعظمية القاضي بنصب المدعية (ع) وصية مؤقتة على أولادها كل من (أ، ل) لغرض اصدار جواز سـفر لهما والسـفر بهما خارج العراق حيث جاء بقرار محكمة التمييز الاتحادية ((... وجد أنّه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون ذلك لان الثابت من ان ما طلبته المدعيـة لا يكـون محلة دعوى تقدم أمام القضاء وانما حجة تتولى إجراءاتها المحكمة وتتحقق منها وبعد توفر شروطها تصدر حجة وصاية مؤقتة لأغراض اصدار جواز سفر والسفر بهما على ان تتعهد بها المدعية بإعادة أولادها وان تقدم كفيـل ضامـن بذلك وحيـث ان المحكمة لم تراع ما تقدم ممل اخل بصحة حكمهـا المميز لذا قرر نقضه ...)) .

وبهـذا الصـدد ايضاً أصدرت محكمـة التمييز الاتحادية (الهيئـة العامة) قرارها المرقم (٢٩/الهيئـة العامة/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٨/٢٩ حيث جاء فيه ((... غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك ان عريضة دعوى المدعية تضمنت طلبـين الأول تثبيـت حضانتهـا عـلى ابنها (م) مـن مطلقها المدعـى عليه الغائب والثاني السـماح لهـا بمراجعة مديرية الجوازات العامة والسـفر وإذ ان الطلب الثاني عالجته وحددت اجراءاته المادة (٥) من قانون جوازات السـفر رقم ٣٢ لسـنة ٢٠١٥ اذ نصت الفقرة الثانية منها (... على انه يجوز اصدار جواز سـفر لمن يقل عمره عن ١٨ ثمانية عشر سـنة بموافقـة وليـه او وصيـة) ونصت الفقرة ثالثـاً (على ان تتولى محكمة الأحوال الشـخصية او محكمة المواد الشـخصية المختصة النظر بطلب اصدار جواز سـفر للأشـخاص المنصوص عليهم في البند ثانياً من هذه المادة في حالة غياب الولي او الـوصي..) ممـا يقتضي تكليـف المدعية بحصر دعواها بأحد الطلبين المذكورين واذا مـا حصرتها بأحدهما تفصل فيه على وفق احكام القانون وفي ضوء الأدلة المعروضة في الدعوى وذلك اسـتناداً للمادة (٣/٢١٠) مرافعات مدنية لذا قرر نقض الحكم المميز ...)).

(١٦/مـواد/٢٠١٦) من قبـل الجدة على المدعى عليهما كل من والد القـاصر (س) ووالدة القاصرة (ص) ؛كون والد القاصر ينوي السفر خارج العراق ووالدة القاصرة مطلقة وتعيش بعيدة من ابنتها ،ولكون حفيدتها تحت رعايتها ؛لذا طلبت نصبها وصيه على حفيدتها وإيقاف الولاية الجبرية للأب أصدرت محكمة الموضوع حكمها بتأريخ (٢٠/١٠/٢٠١٦) حكماً غيابياً قضى إيقاف الولاية الجبرية مؤقتـاً لوالد القـاصرة (س) ونصب المدعية وصية مؤقتة على حفيدتهـا القاصرة (ل) تولد(٢٠٠٠) ؛لغـرض رعايـة شـؤونها ومصالحها وتجديد جواز سـفر القاصرة ولا يجوز لهـا التصرف بأموال القـاصرة الا بموافقـة دائرة رعاية القاصرين وعلى ان تنتهي الوصاية بانتهاء الغرض منها او بلوغ القاصرة سـن الرشـد وانتهى القرار بإشـعار مديرية رعاية القاصرين لتأشير ذلك في سجلاتها بعد اكتسـاب القرار الدرجة القطعية وان الدعوى أرسـلت لمحكمة التمييز الاتحادية عملا بأحكام المادة (٣٠٩) مـن قانـون المرافعات المدنيّة لإجـراء التدقيقات التمييزية لصدروهـا في غير مواجهة المدعى عليهمـا وحيـث إنّ محكمة التمييـز الاتحادية أصدرت قراراها في هذه الدعوى حيث جـاء فيه ((... وجـد أنّ الحكـم المراد تمييزه على وفق المادة (٣٠٩) مرافعات مدنية صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانـون لذا قرر تصديقه ...)) [١] .

يتبين من خلال استعراض قرار محكمة الموضوع والقرار التمييزي المشار اليه أعلاه ان محكمة المواد الشـخصيّة هي التي تختص بنظر الدعاوى التي تقام من غير المسـلمين العراقيّين ولذلك فهنا الاختصاص النوعي في هكذا دعاوى يكون من اختصاص محاكم المواد الشخصيّة وهي مسالة مهمة لابد من التأكيد عليها كون ان الاختصاص من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على ما يخالفه يضاف الى ذلك انه يجوز الحكم بإيقاف ولاية الأب الجبرية وان يتم تنصيب وصي مؤقت ولا يشترط في ذلك ان يتـم تنصيـب الأم بل ما ذهب اليه قرار المحكمة بجواز تنصيب الجدة وصية مؤقتة على حفيدتها يـدل انـهُ بالأمـكان ان تعهد بالوصاية الى غير الأم رغم حيـاة الأم إذا ما كان هنالك مصلحة للقاصر ممـا يعنـي انهُ لـكل ذي مصلحة وأن يكون الطفـل في حضانته ان يطلب تنصيبـه وصيا مؤقتا على القـاصر الـذي في حضانتـه وللمحكمة إذا تحققـت ان ذلك يحقق مصلحة للقـاصر فيمكن ان تحكم بإيقـاف الولايـة وتنصب من اقام الدعوى وصيا مؤقتا سـواء كانـت الأم او الجدة لام او الجدة لاب وحسب مصلحة القاصر وهذا ما تحقق في قرار الحكم أعلاه كذلك من الأمور المهمة انه لا يمكن ان يتـم تنصيـب وصي مؤقـت على قـاصر الا إذا كان القاصر تحت رعايته ليتسـنى لـه ان يقوم بإدارة أمـوره ورعايتـه عـلى اتم الوجوه فلا يمكن ان يتم إدارة شـؤون القاصر دون أن يكون تحت رعاية

١- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٧٦٧٩/هيئـة الأحـوال الشـخصيّة والمـواد الشـخصيّة/٢٠١٧) في٨/١٠/٢٠١٧(غـير منشـور).

الـوصي ممـا يعنـى انهُ إذا تـم الحكم بإيقـاف الولِاية وتم تنصيـب وصي مؤقت هـذا لا يعني ليس بالأمكان تنصيب وصي اخر غير الوصي الذي نصبته المحكمة بعد الحكم بإيقاف الولِاية الجبرية فإذا ما تحقق للمحكمة ان الطفل القاصر أصبح خارج حضانة الوصي وأصبح تحت حضانة شخص اخر فهنـا إذا مـا تم إقامة دعوى من الشـخص الاخر لإبطال قرار تنصيب الـوصي المؤقت فهنا بالأمكان إبطال الوصاية التي صدرت وتنصيب وصي اخر بدلاً عنه إذا ما تحقق في ذلك مصلحة للطفل القاصر وهنـا إذا كان الطفـل مـا زال في حضانة الـوصي وأقيمت دعـوى لإبطال الفقـرة الخاصة بتنصيبه وصيـا عـلى القاصر من كل ذي مصلحة هنا ينبغي للمحكمة ان تتوسـع في تحقيقاتها وتتحقق فيما إذا صدر تصرف من الوصي المؤقت ما يسـب ضرراً بمصلحة القاصر ويكون ذلك من خلال موافقة دائرة رعاية القاصرين وتقرير لجنة العزل ومحاسـبة الوصيين في دائرة رعاية القاصرين للوقوف عـلى المخالفـات المنسـوبة الى الوصي المؤقت وفيمـا إذا صدر منه ما يخل بـشروط الوصاية ويجعله غـير مؤهـل لإدارة الوصايـة على أتم الوجوه مما يمكن معها إبطالهـا وتنصيب وصي آخر وهذا كله يراعى فيه مصلحة الطفل القاصر لان الغرض من الوصاية هو إدارة شـؤونه ورعاية مصالحة من دون تعريضـه لخطـر فهنا يمكن إبطال الحكم وتنصيب وصي اخر بدلا عنه على ان اسـتلام الطفل القـاصر مـن الوصي الجديد يكون بطريق قانوني وبإجراء سـليم لا أن يكون عن طريق التحايل او أخذه بالقوة [١].

ومـن الجديـر بالذكـر ان دعـوى إيقاف الولِاية هـي من الدعـاوى الخطرة التـي ممكن تصور إقامتهـا أمـام محاكم الأحوال الشـخصيّة ومحاكم المواد الشـخصيّة ؛ لتعلقهـا بالقاصرين وإيقاف

١- نشير بهذا الصدد قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٠٩٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠١٩ (في ٢٠١٩/٦/١٨ حيـث أقامـت المدعيـة (س) الدعوى أمـام محكمة الأحوال الشـخصيّة في بغداد الجديدة بانه سـبق وان حصلت المدعى عليها (ص) على قرار حكم سـابق بتنصيبها وصية على القاصرة (م) ولكون جدة القاصرة (المدعية) قد استلمت حضانة الطفلة بموجب قرار محكمة الأحوال الشخصيّة في بغداد الجديدة والمكتسب درجته القطعية لتصديقه تمييزاً والذي نص على تمديد حضانة القاصرة (م) للمدعية (جدتها) وإسقاط حضانة والدتها الوصية حالياً على القاصر لـذا طلبـت دعوتها للمرافعة والحكم لها بتنصيبها وصية بدلاً عنها وتحميله أصدرت محكمة الموضوع حكم برد دعوى المدعية الا ان قرار الحكم تم نقضه من قبل محكمة التمييز الاتحادية حيث جاء فيه ((...وجد انه غير صحيح ومخالف لأحـكام الـشرع والقانـون اذ كان على المحكمة التوسـع في تحقيقاتها على ضوء ما جاء بكتـاب مديرية رعاية القاصرين بالعـدد ١٦١ في ٢٠١٩/١/١٧ المتضمـن الموافقـة على تنصيب المدعية (س) وصية عـلى حفيدتها القاصر (م) ومخاطبة لجنة العزل ومحاسبة الوصيين في تلك الرعاية للوقوف على أسباب الموافقة على تنصيب الجدة لاب وصية وما هي أسباب الموافقة وما هي المخالفات المنسوبة الى الوصية السابقة والدة القاصر (المدعى عليها) خصوصاً ان دعوى المدعى عليها تم ردها التي طلبت بإسـقاط حضانة الجدة لاب لحفيدتها ابنه المدعى عليها وقد اكتسـب القرار الدرجة القطعية بتصديقه تمييـزاً وان المدعيـة في هذه الدعوى لا زالت محتفظة بشروط الحضانة وان حفيدتها في حضانتها لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم...)) .

الولايــة عــن الولي الجبري ولما لها من دور خطــير ونقطة تحول في حياة الأطفال لذا نجد ان محاكم الموضــوع تتشــدد في إجراءاتها قبل الوصول الى حكمها العادل والــذي يكون خاضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية التي يكون لها دور رقابي واسع من ناحية مدى توفر شروط نص المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين وكذلك على إجراءات محكمة الموضوع وتوجيها بإكمال النواقص ،إن وجدت ومن أهم الإجراءات التي يمكن اســتنباطها في ضوء اســتعراض القرارات التمييزية أعلاه هو ادخال مديرية رعاية القاصرين والاستماع الى إجابة موافقتهم من عدمه في إيقاف ولاية الولي ومدى توفر شروط الوصاية في من يطلب إيقاف ولاية الولي وتنصيبه وصياً بدلا من عنه إضافة الى الاستماع الى البينة الشــخصيّة التي تثبت توفر شروط نص المادة (٣٣) من قانون رعاية القاصرين وكذلك مدى توفــر شروط الــوصي المنصوص عليها في نــص المادة (٣٥) من قانون رعايــة القاصرينومدى توفر شروط نص المادة (٧٦) من قانون الأحوال الشــخصيّة رقم (٥٩) لســنة (١٩٥٩) المعدَّل التي بينت شروط الوصي ومدى أهليته في المحافظة ،ورعاية شؤون القاصر ،وتوفر الأهلية الشرعية والقانونية وحســن ســيرته وسلوكه التي تضمن مصلحة القاصرين ، يضاف إلى ذلك استقرار القضاء الى تقييد ســلطة الوصي الذي ستنصبه المحكمة في إدارة شــؤون القاصرين ،ومراجعة الدوائر الرسمية وشبة الرســمية بخصــوص المعاملات المتعلقة بهما على أن لا يتــصرف بأموال القاصرين الا بموافقة دائرة رعايــة القاصريــن وهــو اتجاه ســليم وفي محلة وخــير ما فعل القضــاء في هذا التوجــه لأجل رعاية مصالــح القاصريــن وعدم القيام بأي تصرف بحقهما إلا بأذن وموافقة دائرة رعاية القاصرين وهو يمثــل جــزءا من الرقابة على تصرفات الوصي المنصب من قبل المحكمة بدلاً من الولي ورعاية مصلحة القاصرين ، ولا بد من الإشارة الى ان توجه محكمة التمييز الاتحادية في دعاوى إيقاف الولاية استقر عندما تقرر الحكم بإيقاف الولاية عن الولي تحكم بتنصيب وصي مؤقت وتحدد مهمته في صلب قرار الحكم وتنتهي مهمته أمّا بانتهاء العمل الذي نصبته المحكمة لأجله او بعودة الولاية الى الولي الجبري الأب او ببلوغه سن الرشد وهذا ما ظهر واضحا في جميع القرارات التمييزية المشار اليها في أعلاه إذ إنّ الغاية من إيقاف الولاية هو غياب الولي او الحكم عليه وهذان الشرطان يؤديان إلى تعطل مصالح القاصرين الذي لابد من تنصيب وصي مؤقت لأجل اتمامها على الوجه الســليم والذي تنتهي بانتهاء الولاية او انتهاء العمل الذي كلف به.

ومما تقدم للمحكمة ســلطة واســعة ومجال واســع في إجراء التحقيقات اللازمة لأجل الوصول الى حكم عادلاً يراعي فيها حق الأب في الولاية الجبرية على أطفاله من جانب ومن جانب اخر مراعاة مصلحــة الأطفــال القاصرين وضمان حســن تربيتهــم في عائلة تضمن لهم العيــش الكريم من دون تعريض حياتهم للخطر وهذه الإجراءات والقرارات تكون خاضعة لرقابة محكمة التمييز الاتحادية

،وهـي اعـلى جهة رقابية في العراق ونحن نؤيد على هذا التوجه السـليم في التشـدد في إجراءات هكذا دعـوى لأهميتهـا وخطورتها وخضوع مثل هكذا دعاوى للتمييز التلقائي لتحصين جميع الإجراءات والوصـول الى حكـم عادل يوازن بين حـق الأب في ولايته الجبرية على أطفالـه ومصلحة الأطفال في اسـتقرار حياتهم في اسره تضمن لهم العيش الكريم .

الخاتمة

ونتيجة لما تم ذكره انفاً فقد توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات والتي سنستعرضها تباعاً:-

اولاً / الاستنتاجات: -

١. نسـتنتج أنّه يترتب على سـلب الوِلاية أو إيقافها تعيين وصي يحل محل الولي الذي سـلبت ولايتـه، أو حكـم بإيقافها وهنا تحدد صلاحياته وسـلطاته بموجب قرار سـلب الوِلاية او إيقافها.

٢. نسـتنتج ان المـشرِّع العراقيّ نصّ في المادة (٣٢) من قانون رعاية القاصرين عبارة (سـوء تصرفه) وهي عبارة واسعة جداً تشمل الكثير من الحالات في ضمن نطاقها حيث إنّ المشرِّع لـم يحدد وعلى وجه الخصوص حالات سـوء التصرف من قبل الولي، وحسـن فعل المشرِّع العراقيّ ليترك مجالاً واسـعاً أمام القضاء ليشـمل الحالات التي تسـتجد مسـتقبلاً ويواكب التغيرات التي تحدث في المجتمع.

٣. نسـتنتج أنّ قضاء محكمة التمييز الاتحادية اسـتقر على أنّ دعاوى سلب الوِلاية او إيقافها إذا مـا جـرت غيابياً بحق الولي (المدعى عليه) يتم شـمولها بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة وإجراء التدقيقات التمييزية عليها تلقائياً لتعلقها بغائب وضمان مصلحة القاصر ايضاُ.

٤. نستنتج أنّ قضاء محكمة التمييز الاتحادية قد جعل سلب الوِلاية بصورة مؤقتة مهما كان السـبب الذي بموجبة تمّ سـلب الوِلاية طالمّا لم يثبت وفاة الولي الجبري، وبالتالي بالأمكان عودة الوِلاية للأب متى ما توافرت شروط معينه او زالت الأسباب التي أدت الى سلب ولايته الجبرية.

٥. نسـتنتج أنّ قضاء محكمة التمييز الاتحادية اسـتقر على أنّ الخصوم في دعوى سلب الوِلاية وإيقافهـا هـو كل مـن الأب باعتبـاره الـولي الجبري ومدير عـام رعايـة القاصرين إضافة لوظيفتـه لتعلـق الأمـر بقاصريـن والا كانت الخصومـة ناقصة يقتضي اكمالهـا والا ردت

الدعـوى من هذا الجانب.

٦. نسـتنتج ان قضاء محكمة التمييز الاتحادية اسـتقر على عدم جـواز الحكم بإيقاف الولِاية او سـلبها نتيجة الحكم على الولي الا إذا كان قرار الحكم الذي صدر بحق الولي قد اكتسـب درجة البتات حتى يمكن معها الحكم بإيقاف وِلاية الولي او الحكم بسـلبها.

ثانياً / التوصيات: -

١. نقـترح عـلى المشرِّع العراقـيّ توحيد الأحـكام القانونية بخصوص الوِلاية عـلى النفس، إمّا بدمجهـا في قانـون الأحوال الشـخصيّة بعّـده القانون المعنـي بهذا الشـأن، او فرد تشريع مسـتقل لها على غرار القانون المصري رقم (١١٨) لسـنة (١٩٥٢) الخاص بأحكام سـلب الوِلاية على النفس، على أنّ القانون المقترح لا يتناول فقط أحكام سـلب الوِلاية على النفس، وانما يتناول كذلك اشـخاص الوِلاية على النفس وشروطهم مع بيان التزاماتهم وحقوقهم تجاه المولَّى عليهم.

٢. نقـترح على المـشّرع العراقيّ تعديل المـادة (٣١) من قانون رعاية الأحداث رقم(٧٦)لسـنة ١٩٨٣ والتي أوجبت على المحكمة المختصة سلب الوِلاية من الولي عن الصغير أو الحدث في حالـة ارتـكاب الولي أحـدى الجرائم المذكورة في تلك المادة بما يوضح بشـكل صريح كيفية الإخبـار عـن تلك الجرائـم، وبما يؤمن وصـول ذلك الإخبار الى محكمـة الأحداث لأغراض تطبيـق نـص المادة المذكورة انفاً تطبيقاً سـليماً ،ويكون من خلال تـولي الادعاء العام أمام محكمة الجنح او الجنايات التي أصدرت الحكم على الولي بأحدى الجرائم المنصوص عليها في المـادة المذكـورة أعـلاه بأخبـار محكمة الأحداث بتلـك الجرائم ليمكنه مـن أداء واجباته عملا بأحكام المادة (٦) من قانون الادعاء العام رقم(٤٩)لسـنة ٢٠١٧ ، او بإلزام محكمة الجنايات او الجنح عندما تصدر قراراً بإدانة الولي بأن تشعر محكمة الأحداث وجوبيا التي يقع ضمن اختصاصها المكاني محل سـكن الولي، من اجل تفعيل حكم المادة (٣١) من هذا القانون.

٣. تبنـي اتجـاه تشريعي يقضي باعتبار امتناع الولي عن تعليم من هو تحت ولايته حتى نهاية المرحلة الإلزامية، سبباً مسقطاً لولايته.

٤. نقـترح عـلى المشرِّع العراقيّ الأخذ بالاتجاه نفسـه الذي ذهب اليـه المشرِّع المصري في المادة (١١) من قانون الوِلاية على النفس رقم (١١٨) لسنة (١٩٥٢) ، وذلك بأن يدرج في قانون رعاية الأحداث نصاً قانونياً جديداً ومشـابهاً ينظم أحكام (اسـترداد الوِلاية) لما في ذلك من

أهمية في الحفاظ على القاصر وإدارة شؤونه.

٥. لـم يـورد المشرِّع العراقـيّ نصا تشريعيـا خاصا يوضح ويرسـم الطريقة التـي بموجبها تعـود الولايـة الى الأب وانتهـاء مهمة الوصي مثلما فعل المـشرِّع المصري في المادة (٢٣) من قانـون الولايـة على المال المصريّ الذي بين لا تعود الولاية الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسـباب التي وقفها؛ لذا نقترح على المشرِّع العراقيّ ايراد نص مماثل لما ورد في القانـون المـصري يبين الطريقة والآليـة التي بموجبها التي تعـود الولاية للأب بعد الحكم بسلب الولاية او إيقافها.

٦. نقترح على المشرِّع العراقيّ توحيد المصطلحات القانونية التي تحمل المعنى نفسـه وتعديل نص المادة (١١٢) من قانون العقوبات العراقيّ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ واستبدال مصطلح (إسقاط الولاية) بمصطلح (سلب الولاية) لكونه أكثر دقة من الناحية القانونيةوكونه اكثر دلالة على انهاء الولاية من مصطلح الاسـقاط ، وباعتبار ان السـاقط لا يعود وحسـب نص المادة (٢/٤) من القانون المدنيّ، حيث إنّ ذلك يساهم في تعزيز رصانة التشريع العراقيّ.

٧. لتـلافي التكرار التشريعي الحاصل بشـأن شروط الوصي وحـالات انتهاء الوصاية ولتجنب التناقض الذي قد يحصل عند التطبيق العملي إذا ما قررت المحكمة سـلب الولاية او الحكم بإيقافهـا وتعيـين وصي بـدلاً عن الولي؛ لذا نقـترح على المشرِّع العراقـيّ توحيد أحكامها في قانون وأحد وعدم جعلها مكررة في أكثر من قانون لورودها في قانون الأحوال الشـخصيّة وقانـون رعاية القاصرين في آن واحد، مع وجود بعض الاختلافات بينها بهذا الشـأن.

٨. إنّ قـرار مجلـس قيادة الثورة المنحل رقم (١٠٣) لسـنة ١٩٨٨ تنـاول بالتعديل الكثير من المسـائل الجوهرية الـواردة في قانون رعاية القاصرين ما جعـل الإبقاء على بعض الأحكام الـواردة في ذلـك القانون فاقدة لجـدوى إبقائها بصيغتها الحالية، ومنها على سـبيل المثال: الجهة المختصة بمحاسـبة الأوليات والأوصياء، عليه فإننا نقترح على المشرِّع العراقيّ إعادة النظـر إلى قانون رعاية القاصرين في ضـوء علاقته بالقرار المذكور انفاً.

٩. نقـترح عـلى المـشرِّع العراقـيّ التدخل تعديـلاً في الكلمـة الأولى من المـادة (٣٧) من قانون رعايـة القاصريـن والتي نصبت على انه: ((يجـوز للمحكمة ان تعين وصيـاً للخصومة إذا مـا تعارضـت مصلحة القاصر مع مصلحة وليه او وصية...الخ)) واسـتبدال كلمة (يجوز) بكلمـة (يجب) تحقيقاً لأهـداف وغايات قانون رعاية القاصرين بتوفـير الحماية القانونية للقـاصر، ومن في حكمه.

١٠. إنّ ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية من مبادئ تمييزية مهمة في دعاوى سلب الولاية

وإيقافهـا في سـد النقص التشريعي وبالأخص فيما يتعلق مـن ناحية الخصوم ومن ناحية ارسال الاضبارة عملاً بأحكام المادة (٣٠٩) من قانون المرافعات المدنيّة وتحديد مهمة الوصي في قـرار الحكـم وعـدم جواز القيام باي عمـل الا بإذن دائرة رعايـة القاصرين،وموافقتها وكذلـك تحقق توفر الشروط الأخرى كافة وحسـب مـا تم بيانه انفاً ،لذا نقترح على المشرِّع العراقـيّ الاخذ بهذه التوجهات وادراجها كنصوص تشريعية في قانون رعاية القاصرين لما تحققه من الحماية للقاصر وحقوقه ومصالحة المختلفة.

المصادر

اولاً: القران الكريم.

ثانياً: المعاجم العربية:

د. إبراهيم انيس واخرون، المعجم الوسيط، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، القاهرة،٢٠٠٤.

ثالثاً: الكتب القانونية الحديثة:

١. – د. احمـد عبـد المنعم البـدراوي، المدخل للعلـوم القانونية، دار النهضـة العربية للطباعة والنـشر، بيروت، ١٩٦٦.

٢. د. احمـد شـوقي محمـد عبـد الرحمـن، النظريـة العامة للحق، منشـأة المعـارف المصرية، الإسـكندرية، ٢٠٠٥.

٣. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصيّة، مطبعة اسد، ١٩٨٩.

٤. . عبـد الرزاق احمد السـنهوري، شرح القانون المدني، النظريـة العامة للالتزام، دار الكتب المصرية، القاهرة، ج١، ١٩٤٣.

٥. عبـد المجيـد الحكيم واخـرون، الوجيز في نظريـة الالتزام في القانون المدنـي العراقي، ج١، مطبعـة وزارة التعليم العالي، ١٩٨٠.

٦. عصمـت عبـد المجيـد بكـر، احكام رعايـة القاصريـن، دراسـة في قانون رعايـة القاصرين العراقـي مع الإشـارة الى تشريعـات عربية والقانـون العربي الموحد للأحوال الشـخصيّة، المكتبـة القانونيـة بغداد، الطبعـة الأولى، ٢٠١١.

٧. القـاضي عبد الهـادي العلاق، الوجيز في شرح قانـون رعاية القاصرين، المكتبـة القانونية، ط٣، ٢٠٠٧.

٨. مصطفـى احمـد الزرقاء، الفقه الإسـلامي في ثوبـة الجديد، ج٢ المدخـل الى نظرية الالتزام

العامة في الفقه الإسلامي، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، ط٣، ١٩٥٨.

رابعاً: رسائل الماجستير والاطاريح:

١. إبراهيم بشير عبد الله ادريس، أحكام التسليم والقبض وآثارهما في العقود في القانون مقارنا بالفقه الإسلامي، اطروحة دكتوراه، تخصص الفلسفة في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، يناير ٢٠٠٩.

٢. انغام محمود شاكر، الولاية في الزواج، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بابل، سنة ٢٠١٢.

٣. ردينه محمد رضا ، الولاية على المال، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٧ .

٤. ساهرة حسين كاظم، التزامات الأوليات وحقوقهم في الولاية على النفس ،اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة بغداد ٢٠٠٤.

خامساً: البحوث القانونية:

١. ايمان سعود دعيو ، إسقاط الولاية في التشريع العراقيّ ، بحث مقدم الى المعهد القضائي وهو جزء من متطلبات نيل درجة الدبلوم العالي في العلوم القضائية ، سنة ٢٠١٩ .

٢. باهر نجم عبد الله، الولاية على الصغير شرعا وقانونا، بحث مقدم الى المعهد القضائي سنة ٢٠١١.

٣. القاضي عباس حسن عودة العكيلي، حماية القاصر ومن في حكمة في ضوء الشرع والقانون، بحث مقدم الى مجلس القضاء الأعلى كجزء من متطلبات الترقية للصنف الثالث من صنوف القضاة، ٢٠١٤.

٤. نوار محمد ناصر، دور قانون رعاية الأحداث في الوقاية من الجنوح، المعهد القضائي، وزارة العدل، الدراسات القانونية المتخصصة، ١٩٨٥.

سادساً: القوانين العراقيّة:

١. القانون المدنيّ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدَّل.

٢. قانون الاحوال الشخصيّة رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدَّل.

٣. قانون المرافعات المدنيّة رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدَّل.

٤. قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدَّل.

٥. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.

٦. قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٧. قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.
٨. قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.
٩. قانون مكافحة البغاء رقم ٨ لسنة ١٩٨٨.
١٠. قانون جوازات السفر رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٥.
١١. قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧.

سابعاً: القوانين العربية:

١. قانون المصري رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولِاية على النفس.
٢. قانون الأحوال الشخصيّة السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ المعدَّل.
٣. القانون التونسي رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٨ الخاص بالولِاية العمومية والكفالة والتبني.

ثامناً: قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل:

١. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٢١٨ في ١٩٧٩/٢/٢٠.
٢. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٠٣ والمؤرخ في ١٩٨٨/١/٢٧ منشور في الجريدة الرسمية بعددها المرقم ٣١٨٨ والمؤرخ في ١٩٨٨/٢/٨المنشور في الجريدة الرسمية بعددها المرقم ٣١٥٨ والمؤرخ في ١٩٨٧/٧/١٣.

تاسعاً: قرارات محكمة التمييز الاتحادية ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية (غير منشورة):

١. قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد (٢٩/الهيئة العامة/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٨/٢٩.
٢. قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الاتحادية الموقرة بالعدد (٤١/الهيئة العامة/٢٠١٨) في ٢٠١٨/١٢/٢٦.
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٧٠٢/ هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٠٨) في ٢٠٠٨/٨/١٦.
٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٨٠٧٨/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٣ في ٢٠١٣/١١/١٣.
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٤٥٧/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٦) في٢٠١٦/٤/١٠.
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٣٥/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٧) في ٢٠١٧/٣/١٢.

٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٦٧٨/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٧) في ٢٠١٧/١٠/٨.

٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٦٧٩/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٧) في ٢٠١٧/١٠/٨.

٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٩٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٨) في ٢٠١٨/٣/١٨.

١٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٣٣٥/هيئة الأحوال والمواد الشخصيّة /٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/٤.

١١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٩٤٧٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٨) في ٢٠١٨/١٠/١.

١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٤٨١٥/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٩) في٢٠١٩/٤/١٦.

١٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٠٩٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٦/١٨.

١٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٦٥٠٩/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/١١/٢٩.

١٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٨٤٩/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٢١) في ٢٠٢١/٢/١٨.

١٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٠٠٧/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٢١) في ٢٠٢١/٨/٣.

١٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١٩٦٣/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٩/١٣

١٨. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٢٦٢٢/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٢١ في ٢٠٢١/٩/٢٩.

١٩. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٦٥٩٩/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٢١) في ٢٠٢١/١١/٢٩.

٢٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٦/هيئة الأحوال الشخصيّة والمواد الشخصيّة /٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/١/٣ (غير منشور).

٢١. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٢٥٠٩/هيئـة الأحـوال الشـخصية والمـواد الشـخصية/٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٢/١٣ (غـير منشـور).

٢٢. قـرار محكمة اسـتئناف نينـوى بصفتهـا التمييزيـة بالعـدد (١٦و١٧/ت. ش/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٣١.

٢٣. قـرار محكمـة اسـتئناف نينـوى بصفتهـا التمييزيـة بالعـدد (١٩/ت. ص/١٩٨٠) في ١٩٨٠/٢/٢.

الطعن لمصلحة القانون وفقاً لأحكام قانون الادعاء العام النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧

القاضي لطيف حسين عبيد

المستخلص

يحتل القضاء مكانا مركزيا في السعي الرامي إلى إيجاد دولة عادلة لما له من دور في الرقابة على الاجراءات التي تتخذها السلطتين التنفيذية والتشريعية لضمان انصياعهما للدستورواحترامهما للقانون وهو يؤدي مع جهاز الادعاء العام دورا تكامليا فاعلا في تحقيق الردع العام وتعزيز وترسيخ التدابير الوقائية وحماية نظام الدولة والحفاظ على الأموال العامة.

وبما أن جهاز الادعاء العام احد مكونات السلطة القضائية الواردة في المادة ٨٩ من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ ومن هذه الأهمية فقد أوكل المشرع للادعاء العام حق الطعن لمصلحة القانون في القرارات الصادرة من المحاكم غير الجزائية على الرغم من اكتساب هذه الأحكام الدرجة القطعية منها حفاظا على حقوق الدولة واموالها وحقوق واموال القاصرين او عند حصول خرق للقانون او مخالفة للنظام العام في اي قرار صادر من مدير عام دائرة رعاية القاصرين او المنفذ العدل او من لجنة قضائية مشكلة وفقا للقانون وذلك استثناءً من القواعد العامة وخروجا على قاعدة قانونية مهمة وهي حجية الأحكام الباتة الا ان لهذا الخروج ما يبرره وهو احقاق الحق وتحقيق العدالة وان حق الطعن محصور برئيس الادعاء العام وضمن المدة القانونية المحددة في القانون وهي خمس سنوات وأن لا يكون القرار سبق وإن تم الطعن فيه بالطرق المحددة قانوناً.

Abstract

Judiciary occupies a central place in seeking for a country of justice due to its role in supervising the procedures taken by both legislative & executive authorities to ensure their obedience to the constitution & respecting the law، and it – along with the Public Prosecution – play a vital integrated role in general deterrence، establishing preventive procedures، protecting the order of the state & preserving public funds.

Since prosecution is a part of the judicial authority mentioned in Article 89 of the constitution of the republic of Iraq for the year 2005. So، the legislator delegated the Public Prosecution the right of appealing for the sake of the law in the decisions issued by non-criminal laws even though these decisions are final for preserving the rights and funds of the state as well as the minors' rights and funds، or in case of breaching the law or violating the public order in any decision issued by the general director of the minor care department، general executor or a judiciary committee formed according to the law، and this is an exception to the

general rules and violating a significant legal rule which is the authoritativeness of absolute verdicts، however this violating is justified by achieving right & justice، and the right to appeal is limited by Chief Public Prosecutor and within the legal period determined in the law and that is five years on condition that the decision is not previous even if it was appealed by the legally determined ways.

المقدمة

يقـال إن القضـاء هو المرآة التـي تعكس تطور المجتمعات وإن القضاء غصن من شـجرة النبوة وإن لا شرف بعد الخلافة إلا للقضاء، ونحن فخورون بقضائنا مادامت محاكمنا مفتوحة ويرتادها الناس بكل خصوماتهم.

فطوبى لمن كان بالقانون شـغوفاً وعن مخالفته مصروفاً، ونعماً للقضاة الذين أحاطوا بأسرار القانون وادركوا مغازيه، فالقضاء علم وفهم، والقاضي ليس إلا مشرعاً ثانياً ينظم الى المشرّع الأول الـذي قـال ومـضى، وترك للقاضي أن يسـتدرك ما فات المـشرع الأول من قصـور، وذلك عن طريق التفسـير القضائي الـذي يطبقه القاضي على النصوص القانونية عن طريـق تحديد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية.

واذا صـدر قـرار في موضوع النزاع أصبح حجة بما فصل فيه من الحقوق ولايجوز قبول دليل ينقـض حجية الأحـكام الباتة ومن هنا تأتي أهمية الطعن لمصلحة القانـون كونه من المبادئ المهمة التي أتاحها المشرع العراقي للادعاء العام خروجاً على قاعدة حجية الأحكام، إلا أن هذا الخروج له ما يبرره وهو احقاق الحق وتحقيق العدالة لأن الواقع العملي اثبت خروج العديد من الأحكام القضائية عن رقابة محكمة التمييز الاتحادية لعدم الطعن بها من قبل الخصوم بالرغم من احتوائها على خرق للقانون ولذلك منح القانون العراقي دوراً لرئيس الإدعاء للطعن بهذه الأحكام والقرارات على الرغم من اكتسـابها الدرجة القطعية عن طريق الطعن لمصلحة القانون وذلك بموجب نص المادة السـابعة من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ التي نصت على ((المادة/٧ أولاً – يتولى رئيس الإدعاء العام اتخاذ الإجراءات التي تكفل تلافي خرق القانون، أو انتهاكه وفق القانون.

ثانيـاً- أ: اذا تبـين لرئيـس الإدعاء العـام حصول خرق للقانون في حكم، أو قـرار صادر من أية محكمـة عـدا المحاكـم الجزائية، أو في قرار صادر عـن لجنة قضائية، أو عن مديـر عام دائرة رعاية القاصرين، أو مدير رعاية القاصرين المختص، أو المنفذ العدل من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة، أو القاصر أو أموال أي منهما، أو مخالفة النظام العام يتولى عندها الطعن في الحكم، أو القرار لمصلحة

القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن اذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو تم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية)).

وللإحاطة بموضوع البحث تم إعتماد خطة بحث تكونت من مقدمة وثلاثة مباحث ثم أردفناها بخاتمة وأهم النتائج والتوصيات وكانت خطة البحث على الوجه الآتي:

المقدمة

المبحث الاول/ الشروط القانونية للطعن لمصلحة القانون.

المطلب الأول/ اختصاص الإدعاء العام بالطعن.

المطلب الثاني/ الشروط الشكلية للطعن لمصلحة القانون.

المطلب الثالث/ الشروط الموضوعية للطعن لمصلحة القانون.

المبحث الثاني/ إجراءات الطعن لمصلحة القانون.

المطلب الأول/ الجهة المختصة بتقديم الطعن.

المطلب الثاني/ الجهة المختصة بنظر الطعن.

المطلب الثالث/ الآثار المترتبة على الطعن.

الخاتمـــــــــة

المبحث الاول

الشروط القانونية للطعن لمصلحة القانون

الحـق في الطعـن: هـو الحـق الاجرائي الذي ينشـأ نتيجـة صدور حكـم في القضيـة، والأحكام القضائيـة هـي النتيجة الطبيعية لإجراءات الخصومة، وصدور حكم في موضوع الدعوى هو الهدف الاساس الذي يسعى إليه رافع الدعوى نتيجة المطالبة القضائية، لأن المطالبة القضائية هي البيانات التـي يتقـدم بها طرفي الدعوى امام القضـاء، أما الإدعاء فهو الطلب الـذي تتحرك بموجبه الدعوى امام القضاء، أما المخاصمة فهي السـبب الذي تقوم من أجله الدعوى أي انكار الحق والمنازعة عليه فالمخاصمة شرط من شروط الإدعاء امام القضاء، وقد اشترط قانون المرافعات المدنية شروطاً معينة للطعن في الأحكام وان حق الطعن في النظام القضائي العراقي حق منحه القانون بنصوص محددة ولا يتوقـف عـلى موافقة المحكمة التي اصدرت الحكـم ولا على موافقة المحكمة المطعون لديها [١].

وتخضـع جميـع الأحكام في العـراق لطرق الطعن وتدون المحكمة في آخـر الفقرة الحكمية التي

١- د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح احكام المرافعات ، ج١ ، ط٣ ، بغداد ١٩٧٩ ، ص٩٦.

نص عليها الحكم طرق الطعن التي يصح سلوكها عند الرغبة في استعمالها ولكن الخطأ في الاشارة الى هـذه الطـرق، سـواء كان ذلـك في حالة عدم الاشـارة الى حق الطعـن أم بإضافة حـق لم يمنحه القانون، فإن ذلك لا يسلب حقاً منحه القانون، ولا يمنح للطاعن حقاً لطعن لم ينص عليه القانون، بل تبقى طرق الطعن حقاً قانونياً للخصم الذي يرغب الاستفادة منها أن يسلكها اذا شاء سواء نص على ذلك في القرار أم لا.

وقد اشـترط القانون العراقي في الطاعن أن تكون له صفة في الطعن أي طرف في الدعوى التي صـدر فيهـا الحكم المطعون فيه وخاصم حتى صدور الحكم فيها، وأن يكون له أهلية لرفع الدعوى وأن تكون له مصلحة في رفع الطعن وهي الفائدة الادبية أو المادية التي يحصل عليها الطاعن، وأن لا يكـون قد اسـقط حقـه في الطعن[١]. ونظراً لخصوصيـة الطعن لمصلحة القانـون بوصفه طريقاً استثنائياً للطعن في الأحكام النهائية لمخالفتها للقانون فقد اسند المشرع هذا الطريق من طرق الطعن الى رئيـس الإدعـاء العـام باعتبار أن الإدعاء العـام معني بالدفاع عن المجتمع ولكـون الإدعاء العام من روافد السـلطة القضائية يعين القضاء في القيام بوظيفته لإرسـاء قواعد العدالة وتحقيق وحدة القانون ولهذا فقد قسـمنا هذا المبحث الى ثلاثة مطالب.

تناولنا في الاول اختصاص الإدعاء العام في الطعن لمصلحة القانون.

وتطرقنا في الثاني الى الشروط الشكلية للطعن.

وختمنا المطلب الثالث بالشروط الموضوعية للطعن.

المطلب الاول

إختصاص الإدعاء العام بالطعن

يشـترط لصحـة الطعن لمصلحة أن يقع مـن قبل رئيس الإدعاء العام في العـراق بموجب احكام المـادة ٣٠/ثانيـاً/أ من قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ المعـدل والمادة ٧/ثانياً/أ مـن قانون الإدعاء العام النافذ رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧، وفي مـصر بالنائب العام ولا يجوز تقديم هذا الطعـن مـن قبل الخصوم مباشرة ، وإنمـا يجب أن يرفع الى رئيس الإدعاء ليتولى دراسـته ومن ثم اتخاذ القرار بشـأن قبوله أو رفضه[٢].

الفرع الاول / استئثار السيد رئيس الإدعاء العام بالطعن

١- د. عبد الرزاق عبد الوهاب ، المصدر السابق ، ص٢٤١.

٢- رمزي سيف ، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ، ط١ ، دار النهضة ١٩٥٧ ، ص٥٧٨.

ويقوم الطعن لمصلحة القانون على اساس تراخي الطرف المتضرر من الحكم من القيام بالطعن بـه بإحـدى الطرق القانونية المحددة للطعن بموجب احـكام قانون المرافعات أما عمداً أو اهمالاً مما يلحق ضرراً بمصلحة الدولة أو القاصرين أو أموال أي منهما أو مخالفة للنظام العام[١]. وقد استقر قضـاء محكمـة التمييز على أن تقاعس الخصـم أو تراخيه وعدم مراجعة طـرق الطعن القانونية لا يبيح له حق الطعن بالقرار كون طريق الطعن لمصلحة القانون طريقاً اسـتثنائياً ولا يجوز التوسـع فيـه وذلك بالقرار المرقم ٣٣٢٤٤/هـ. م/٢٠١٩ في ٢١/٥/٢٠١٩.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيـس الإدعاء العام طعن لمصلحـة القانون بالحكم الغيابـي الصـادر من محكمة بداءة البياع وحيث أن الطعـن لمصلحة القانون وفقاً لأحكام المادة ٧/ ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ طريق اسـتثنائي ولا يجوز التوسع فيه وليس بديـلاً عـن طرق الطعـن القانونية المنصوص عليهـا في المادة ١٦٨ من قانـون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل فيكون الطعن غير وارد قانوناً وبإمكان المدعى عليه/اضافة لوظيفته اتباع طـرق الطعن العادية لـذا قرر رد الطعن لمصلحة القانون ...)[٢] .

لقـد نصـت المـادة ٧/ثانياً/أ مـن قانون الإدعاء العام رقـم ٤٩ لسـنة ٢٠١٩ ((اذا تبين لرئيس الإدعـاء العـام حصول خـرق للقانون في حكم أو قرار صادر من أية محكمة عدا المحاكم الجزائية أو في قـرار صادر مـن لجنة قضائية أو عن مدير عام دائرة رعاية القاصرين أو مدير رعاية القاصرين المختص أو المنفذ العدل من شأنه الإضرار بمصلحة الدولة أو القاصر أو أموال أي منهما أو مخالفة النظـام العـام يتولى عندها الطعـن لمصلحة القانون في الحكم أو القرار لمصلحـة القانون رغم فوات المـدة القانونيـة للطعـن اذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قـد طعن فيه أو تم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية)).

ومـن خـلال مطالعـة نص المادة المذكـورة آنفاً نرى أنهـا حصرت الطعن برئيـس الإدعاء العام لـدوره التقليـدي في تحريـك الدعـوى الجزائية ومبـاشرة التحقيـق والمحاكمة والطعـن في الأحكام والقـرارات الصـادرة فيها وصولاً للحكم العادل ولدوره في الدعـوى المدنية ومهامه في حماية نظام الدولـة وأمنهـا وأموالها واسـهامه في حمايـة الأسرة والطفولة في إطار مراقبـة المشروعية واحترام تطبيق القانون فضلا عن دوره في حماية المصلحة العامة وتوحيد المبادئ القانونية[٣]، وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون الفرنسي والمصري والمغربي والجزائري الذي جعل ممارسـة هذا الحق قاصرة على

١- القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص٩٦.

٢- القرار غير منشور.

٣- القاضي خالد سيد ناجي شاكر ، المصدر السابق ، ص٥٦.

النائـب العـام وحده دون غيره فلا يملك أي عضو من اعضاء الإدعاء العام ممارسـة هذا الحق نيابة عنه[١] ولذلك حصر القانون أمر الطعن بيد رئيس الإدعاء العام وهذا ما اسـتقر عليه قضاء محكمة التمييـز بالعـدد ٦/مصلحة قانون/١٩٨٩ في ٤/٦/١٩٨٩ ((لا يقبل الطعن لمصلحة القانون إلا من رئيس الإدعاء العام ...))[٢].

ولـو عطفنـا النظـر على نص المـادة ٧/ثانياً/أ مـن قانون الإدعـاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ لوجدنـا أنهـا تضمنت نصاً جديـداً لم يكن وارداً في نص المادة ٣٠/ثانياً/أ مـن قانون الإدعاء العام الملغـي رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ حيث تضمن فقرتين لـم تكن موجودة وهي:

أولاً- جـواز الطعـن لمصلحة القانـون في القرارات الصادرة عن اللجـان القضائية ومنها اللجان القضائيـة لتثبيت الملكية أو اللجان القضائية الخاصة بهيأة دعاوى الملكية أو لجان التقدير المشـكلة برئاسـة قاضٍ مختص فيما يتعلق بتقدير قيمة العقار أو اسـتملاكه أو غيرها من اللجان القضائية مـع الاشـارة الى أن محكمـة التمييـز الاتحاديـة اتخـذت قـراراً بالعـدد ١٨/هيأة عامـة/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٨/٢٨، وهـذا القرار اصبح حجر الزاوية بالنسـبة للقـرارات الصادرة من اللجان القضائية التـي يتم الطعن بقراراتهـا امام محكمة التمييز الاتحادية والقـرارات الصادرة بدرجة أخيرة قابلة للتمييـز المنصـوص عليها في المادة ٣١ من قانون المرافعات فـأن الطعن لمصلحة القانون فيها يكون امام محكمة الاسـتئناف بصفتها التمييزية المختصة حيث طعن في القرار المذكور آنفاً السـيد رئيس الإدعاء العام بقرار محكمة بداءة سـامراء القاضي باسـتملاك العقار موضوع الدعوى امام محكمة التمييـز الاتحاديـة وتم احالة الطعن الى محكمة اسـتئناف صـلاح الدين بصفتها التمييزية حسـب الاختصاص.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولـة من قبل الهيأة العامـة في محكمة التمييـز الاتحادية وجد أن محكمـة بداءة سـامراء قد اصدرت حكماً يقضي بنزع ملكية عموم مسـاحة العقـار أرضاً وبناءً من المسـتملك منه ... وتسـجيله باسم ..... وقد اكتسـب القرار الدرجة القطعية لعدم الطعن فيه ومضي المـدة القانونيـة وبعـد ذلك تم الطعن فيه لمصلحة القانون من قبل السـيد رئيـس الإدعاء العام امام هـذه المحكمـة ... واثنـاء نظر الدعـوى صدر قانـون الإدعاء العام رقـم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ النافذ في ٢٠١٧/٣/٦ والذي بموجبه تم الغاء قانون الإدعاء العام رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ المعدل وسـيراً مع هذا الواقع القانوني الجديد وقبل التصدي لموضوع الحكم الصادر بالدعوى الاستملاكية لابد أن يتم تحديد المحكمة المختصة التي تنظر الطعن التمييزي المقدم من رئيس الإدعاء العام لمصلحة القانون

١- د. سحر عبد الستار ، المصدر السابق ، ص٨٢ ومابعدها.

٢- مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع ١٩٩٠ ، ص٥٢.

وفقـاً لقانـون الإدعاء العام الجديد، والسـؤال المهم الذي يطرح نفسـه هو هـل الاختصاص منعقد حصريـاً لمحكمـة التمييز الاتحادية أم يجـب اللجوء لتطبيق القواعد العامـة التي تحكم الاختصاص وتعقـده وفقاً للجهة التـي تنظر الطعن التمييزي المحددة قانوناً حسـب نوع وطبيعة كل دعوى.

وبعبـارة أدق، هـل يتم نظر الطعن التمييزي من قبل محكمة التمييز الاتحادية بصورة حصرية أم من محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية، وللإجابة على هذا الاستفهام يجب الرجوع الى نصوص القانـون التـي عالجت موضـوع الاختصاص المتعلق بنظـر الطعن التمييزي المقـدم من قبل رئيس الإدعاء العام لمصلحة القانون وعلى ضوء قانون الإدعاء العام الجديد رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ نجد أنه قـد نـص صراحة على منح رئيس الإدعاء العـام صلاحية الطعن لمصلحة القانون في المادة ٧/ثانياً/أ التـي جـاء فيها (اذا تبين لرئيس الإدعـاء العام حصول خرق للقانون في حكم أو قرار صادر عن أي محكمـة عـدا المحاكم الجزائية أو في أي قرار صادر عن لجنـة قضائية أو من مدير عام دائرة رعاية القاصريـن أو مديـر رعاية القاصرين المختص أو المنفذ العدل من شـأنه الإضرار بمصلحة الدولة أو القـاصر أو أمـوال أي منهما أو مخالفة النظام العام يتولى عندها الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن اذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو تم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية) . ومن خلال صراحة هذا النص فإنه قد جاء خالياً من أمرين: الاول عـدم تسـمية المحكمـة التي تنظـر تمييزاً الطعن لمصلحـة القانون ولم يحـدد محكمة التمييز الاتحاديـة كمـا هـو عليه الحال في قانون الإدعـاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ والأمر الثاني عدم النص على مسألة خضوع الحكم الصادر من محكمة الموضوع الى التمييز التلقائي كما هو عليه الحـال في قانـون الإدعاء العام الملغي الـذي (نص صراحة على مبدأ التمييـز التلقائي)ولدى التقصي للنصـوص القانونيـة التي حددت اختصاصات محكمة التمييز الاتحادية في قانون التنظيم القضائي وقانـون المرافعـات المدنية نجد بأن المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسـنة ١٩٧٩ المعـدل قد اشـارت صراحـة الى ولاية محكمة التمييـز الاتحادية بقولها (محكمـة التمييز هي الهيئة القضائيـة العليـا التي تمـارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لـم ينص القانون على خلاف ذلـك ...) كمـا أن المادة (٣٥) من قانون المرافعات المدنية قد أشـارت صراحة على اختصاص محكمة التمييـز بالنظر في الأحكام الصادرة من محاكم الاسـتئناف والبداءة والاحوال الشـخصية وبالأمور الاخرى التي يحددها القانون وبالاستناد على هذه النصوص فإن محكمة التمييز الاتحادية تتصدى لنظـر الطعـون التمييزيـة المقدمة امامهـا وفقاً للاختصاصـات المنصوص عليها في قانـون التنظيم القضائـي وقانـون المرافعات المدنية والقوانين الخاصة التي تشـير صراحـة الى انعقاد الاختصاص لمحكمة التمييـز الاتحادية بنظر الطعون بأحكام وقرارات معينة.

أما في الاحوال التي ينص القانون على تحديد جهة قضائية غير محكمة التمييز الاتحادية تختص بنظـر الطعـن التمييزي فينعقد الاختصاص الحصري لتلك الجهة. ومن مصاديق ذلك ما نصت عليه المـادة (٦١) مـن قانون الاسـتملاك رقم ١٢ لسـنة ١٩٨١ المعدل والتي جاء فيهـا (تكون القرارات النهائية والأحكام الصادرة بموجب هذا القانون قابلة للتمييز لدى محكمة الاسـتئناف خلال خمسة عشر يوماً ...) وتطبيقاً لهذا النص القانوني ووفقاً للقواعد العامة فإن محكمة الاسـتئناف بصفتها التمييزية هي المختصة بنظر الطعن لمصلحة القانون ولا يغير من الأمر شـيئاً تقديمه من قبل السـيد رئيـس الإدعاء العـام وليس الخصوم لأن فلسـفة الطعن لمصلحة القانون وإقـراره قانوناً تكمن في ايجـاد طريق شرعي لتقويم ما شـاب من خرق لأحـكام القانون في حكم قضائي أو قرار قضائي أو غـير قضائي مكتسـب الدرجة القطعيـة فيتم على ضوء ذلك قبول الطعن رغم فـوات المدة القانونية الممنوحـة للخصـوم أو قد تم رد الطعن من الناحية الشـكلية من قبل المحكمة المختصة بنظر الطعن التمييزي ابتداءً ووفقاً للقواعد العامة فقط. وذلك استناداً لصراحة نص المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام الجديد ولا يمكن تحميل هذا النص بأكثر مما فيه وذلك بتعيين محكمة ما بعينها لنظر الطعـن التمييزي أو شـمول الحكم الصادر بعد الطعن لمصلحة القانـون بمبدأ التمييز التلقائي. لأن الطعن لمصلحة القانون قد جاء إسـتثناءً من مبدأ عتيد إلا وهو حجية الأحكام القضائية والإسـتثناء (لا يجـوز التوسـع فيـه أو القياس عليه) ومـا يترتب على ذلك بوجوب مراعـاة طبيعة الدعوى التي صـدر الحكـم فيها والمحكمة المختصة قانونـاً بنظر الطعن التمييزي بهـذا الحكم من قبل الخصوم ابتـداءً فـإذا كان الحكم الصـادر خاضعاً للطعن التمييـزي امام محكمة التمييـز الاتحادية من قبل الخصـوم ابتـداءً فيكـون الاختصـاص منعقداً لهـا بالتصدي تمييـزاً للطعن المقدم مـن قبل رئيس الإدعاء العام لمصلحة القانون. أما اذا كان خاضعاً للطعن التمييزي امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزيـة مـن قبل الخصوم ابتداءً فيبقى الاختصاص منعقداً لها بالتصدي تمييزاً للطعن المقدم من قبـل رئيـس الإدعاء العـام لمصلحة القانون وذلك تطبيقـاً للقواعد العامة . ولمـا كان الحكم الصادر من محكمة بداءة سامراء وقت صدوره كان خاضعاً للتمييز التلقائي وبعد صدوره تم الغاء قانون الإدعاء العام رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ وما نتج عن ذلك انعقاد الاختصاص لمحكمة اسـتئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية بنظر الطعن التمييزي المقدم لمصلحة القانون وتأسيسـاً على ما تقدم ذكره وبيانـه قرر إحالة الدعوى على محكمة اسـتئناف صلاح الدين بصفتهـا التمييزية لأجراء التدقيقات التمييزية عليها حسب الاختصاص واشعار رئاسة الإدعاء العام ومحكمة بداءة سامراء بذلك وصدر

القرار بالأكثرية ...)[١] .

وتأسيساً على هذا المبدأ المتعلق باختصاص محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية في القرارات التي يتم الطعن فيها ابتداءً من قبل الخصوم امام المحكمة المذكورة فقد اصدرت محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية العديد من القرارات ومنها على سبيل المثال لا الحصر القرار المرقم ٣٠٦/م/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/١٦ الصادر من محكمة استئناف بغداد/الرصافة بصفتها التمييزية في دعوى تمليك سهام في العقار موضوع الدعوى.

القرار:- (لدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيس الإدعاء العام طعن لمصلحة القانون في الحكم الصادر من محكمة بداءة الشعب القاضي بتمليك المدعي (س) سهام المدعى عليهم (ص) في العقار موضوع الدعوى استناداً للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل وحيث أن الحكم المذكور لم يتم الطعن فيه من قبل ذوي العلاقة . عليه يكون الطعن لمصلحة القانون مقبول من الناحية الشكلية . ولدى النظر في الحكم المطعون به وجد أنه احتوى على خرق للقانون تمثل بعدم مراعاة احكام النظام العام المتعلقة بالتصرف بالعقار إذ أن القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ما هو إلا استثناء من احكام بيع العقار الذي شدد المشرع في احكامه وبخلافه يكون باطلاً مما يقتضي في تطبيق احكام القرار المذكور التحقق من التباليغ وصحة التعهد وصدوره من مالك العقار أو من ينوب عنه وأن اصدار الحكم جاء على عجالة دون التحقق من التباليغ ومقاولة البيع واكتفت المحكمة بالاستماع للبينة الشخصية خلافاً لما اوردته المادة (٤١) من قانون الاثبات التي اوجبت اجراء المضاهاة على السند العادي المبرز. وأن اصدار الحكم غيابياً ومعلقاً وفقاً للمادة اعلاه لا يتناسب مع دعاوى التمليك. اضافة لما تقتضيه مسألة التبليغ باعتبارها من أهم أسس المرافعة من مراعاة الدقة عند اجرائها ووجوب تحقق المحكمة من اجراء التبليغ على عنوان المدعى عليهم الحقيقي. ولما تقدم ولما احتوى الحكم الصادر من خرق للقانون واستناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها لاتباع ما تقدم واشعار رئاسة الإدعاء العام بذلك وصدر القرار بالاتفاق ...)[٢] .

وكذلك القرار المرقم ٨٢٠/ت/ طعن لمصلحة القانون/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٣ الصادر من محكمة استئناف واسط بصفتها التمييزية المتعلقة بالمطالبة بفرق اليدين استناداً للقرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل

القرار:- (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن لمصلحة القانون مقدم ضمن المدة القانونية

١- القرار غير منشور.

٢- القرار غير منشور.

قـرر قبوله شـكلاً. ولدى عطف النظر عـلى القرار الصادر من محكمة بـداءة الكوت القاضي بإلزام المدعـى عليهم ومديرية رعاية القاصرين في الكوت/ اضافة لوظيفته بتأديتهم للمدعى المبلغ المذكور في القـرار الـذي يمثـل فرق اليديـن ... قد احتـوى على خرق للقانـون من شـأنه الإضرار بمصلحة القاصريـن وأموالهم خاصة وأن القـرار قد تضمن إلزام مديرية رعاية القاصرين/ اضافة لوظيفته بجـزء مـن التعويض رغم عدم ايداع أية أموال لديه تخص القاصرين المذكورين في الدعوى، لذا قرر قبـول الطعـن لمصلحة القانون ونقض الحكم المطعون فيه واعـادة الدعوى لمحكمتها لاتباع ماتقدم واصدار حكم جديد فيها واشـعار رئاسـة الإدعاء العام بذلك وصدر القرار بالاتفاق ..)[١].

والقرار الصادر من محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية بالعدد ٢٦٤/ت/طعن/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٩ المتعلق بإزالة شيوع العقار موضوع الدعوى.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجـد أن الطعن لمصلحة القانون مقدم ضمـن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً . ولدى عطف النظر على موضوعه وجد أن رئيس الإدعاء العام قدم طعناً لمصلحة القانـون بالحكم الصادر من محكمة بداءة شـط العـرب ولدى تدقيق اضبارة الدعوى وجد أن قرار الحكم الصادر من المحكمة المذكورة غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المدعين قد اقاموا الدعوى ضد المدعى عليهم (ن) وجماعتها طالبين إزالة شيوع العقار موضوع الدعوى لعدم رغبتهم بالبقاء عـلى الشـيوع وقـد حضر المحامـي (ح) ممثلاً عن المدعين بموجـب وكالة صادرة مـن دولة الكويت وتلاحـظ المحكمـة أن اسـم جد المدعين هو (عبدالله) حسـب اسـتدعاء الدعوى في حين أن اسـم جد الاشـخاص الموكلين حسـب الوكالة المبرزة هو (عبدالاله القناعي) ولم تلتفت محكمة شط العرب الى ذلك كما حضر المحامي (ح) بنفس الحجة كونه وكيلاً عن المحامي (ح) الصادرة من دولة الكويت في حين أن محكمة البداءة اعتبرته وكيلاً عن المدعى عليهم رغم أن الوكالة الخاصة لم تشر إليهم كما أن الدعوى اقيمت امام محكمة غير مختصة كونه يدخل ضمن اعمال محكمة بداءة البصرة وأن المحكمة المذكـورة حسـمت الدعـوى رغم عدم تبليـغ باقي المدعى عليهـم أو حضور من يمثلهـم ولم تجري الكشـف على العقار لمعرفة قابليته للقسـمة من عدمه وتثبيت واقع حال العقار لذا يكون حكمها قد احتـوى عـلى خرق للقانون من شـأنه مخالفة النظام العام الأمر الذي تنطبـق عليه المادة ٧/ثانياً/أ مـن قانـون الإدعاء العام. عليه قـرر قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيـه، أما الطعون المتعلقة بالإجراءات التنفيذية فقد اصبحت غير ذي محل بعد نقض قرار إزالة الشيوع عليه قرر رده من هذه الجهـة واعادة الدعـوى لمحكمتها لإصدار حكم جديد وصدر القرار بالاتفاق ...)[٢].

١- القرار غير منشور.

٢- القرار غير منشور.

ثانيـاً- المبـدأ الثاني الجديد الـوارد في النص وهو جواز الطعن لمصلحـة القانون في الحكم الذي تم الطعن فيه (ورد الطعن من الناحية الشـكلية) أي أن محكمة التمييز المختصة لم تتطرق الى من أصل الموضوع وإنما تم رده من الناحية الشكلية أما لورود الطعن خارج المدة القانونية أو لصدوره من شـخص غير مختص أو لعدم توجيه الخصومة في الطعن أو لأسـباب أخرى وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة اسـتئناف بغـداد/ الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزيـة بالعدد ٧٥٤/ م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/١.

القـرار:- (لـدى التدقيـق والمداولة وجـد أن رئيس الإدعـاء العام طعن لمصلحـة القانون بقرار الحكم الصادر من محكمة بداءة الاعظمية المتضمن نزع ملكية جزء من العقار موضوع الدعوى قد طعن به ورد الطعن من الناحية الشكلية لفوات المدة القانونية للطعن. وأن الطعن لمصلحة القانون مقـدم ضمـن المـدة القانونية. قرر قبوله شـكلاً ولدى عطف النظـر على قرار الحكـم المطعون فيه لمصلحة القانون وجد أنه قد احتوى على خرق للقانون وذلك لأن تقدير هيأة التقدير جاء مغالى فيه وعدم اتباع ضوابط التقدير لأقيام العقارات وملاحظة اسعار السوق وحالة تحسن العقار من عدمه لغـرض امكان تطبيق احكام المادة ٣٧ من قانون الاسـتملاك . عليـه ولأهمية ذلك ولما احتوى قرار الحكـم مـن خرق للقانون ... قرر نقضـه واعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها لاتباع ماتقدم واشـعار رئاسـة الإدعاء العام بذلك وصدر القرار بالاتفاق ...)[١].

الفرع الثاني / عدم اقتصار حق الطعن على رئيس الإدعاء العام

لقد قصر قانون الإدعاء العام العراقي السـابق رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ المعدل والحالي رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ حـق الطعن لمصلحة القانـون برئيس الإدعاء العام وتقتصر ممارسـة ذلك على رئيس الإدعاء العام شخصياً ولا يجوز لأي عضو من اعضاء الإدعاء العام ممارسة هذه الصلاحية فالقانون صريـح في تخويل هذه الصلاحية في الطعـن الى رئيس الإدعاء العام.

إن هـذا الـرأي اخذ بـه كافة شراح القانون العراقـي والمصري والفرنـسي والجزائري والمغربي ولكننـا مع احترامنا الشـديد لكافة الآراء نرى بأن الأحكام العامـة للنيابة الواردة في القانون المدني العراقـي تشـير الى أن النيابـة هـي ((حلول ارادة النائـب محل ارادة الاصيل في انشـاء عمل قانوني مع اضافة أثر العمل القانوني الى شـخص الاصيل لا الى شـخص النائب)) [٢] وقد اخذ بهذا الاتجاه القانـون اللبنانـي والاماراتـي فقد اعطت هذه القوانـين الحق لوزير العدل الطلب مـن النائب العام

١- القرار غير منشور.

٢- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج١ ، مصادر الالتزام ، بدون سنة طبع ، ص٨٨.

الطعـن لمصلحة القانون وليس لهـذا الاخير حق رفض الطلب.

والنيابة ضرورية ونافعة في الحياة العملية، فقد لا يسـتطيع الشـخص القيام بالإجراء القانوني بنفسـه لبعده أو لعدم وجود متسـع من الوقت لديه فيوكل غيره في اجراء هذا التصرف القانوني.

والنيابة ثلاثة انواع:

أما قانونية: فالقانون هو الذي يقيم النائب بدل الاصيل كما في الولي.

أو قضائية: فقد يقوم القضاء بتعين النائب كما في الوصي والقيم.

أو اتفاقية: فقد يكون الاتفاق هو الذي يقيم النائب كالوكالة.

ونحـن نرى بأن نيابة السـيد نائب رئيـس الإدعاء العام هي نيابة قانونية اساسـها نص قانون الإدعـاء حيـث نصت المادة ٣١ من قانـون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ المعدل على:- يتولى نائب رئيـس الإدعاء العام الأمور الآتية:-

أولاً- رئاسة الإدعاء العام عند غياب الرئيس.

رابعاً- القيام بالأعمال والمهام، التي يندبه إليها رئيس الإدعاء العام بموجب احكام هذا القانون.

لـذا فإنه بإمكان السـيد نائـب رئيس الإدعاء العام مبـاشرة الطعن لمصلحة القانـون عند غياب الرئيس وهذا ماتقتضيه المصلحة العام وحسن سير المرافق العامة وسرعة ايصال الحقوق لأصحابها فقد يتمتع الرئيس بإجازة طويلة وهنالك ضرورة ملحة للطعن لمصلحة القانون بقرار أو حكم معين يسـتوجب سرعة الطعن فيه وعدم تأخير اجراءاته خشـية من مضي المدد المحددة للطعن أو خشـية تنفيذ قرار خاطئ يؤدي الى الإضرار بمصلحة الدولة أو القاصرين أو اموالهما مما يستوجب تدخل السـيد نائـب الرئيس بمبـاشرة الطعن لمصلحة القانـون وأن هذا الطعن ينـصرف الى إرادة الاصيل لا إرادة النائـب وفي حـدود السـلطة الممنوحـة له وعلى أن لا يتجاوز النائب حـدود نيابته عند اجراء التصرف لأن تصرفه بأسم الاصيل.

كمـا أن بإمـكان السـيد رئيس الإدعـاء العام توكيل نائـب الرئيس بوكالة قانونيـة صادرة منه محددة باسـتلام الطعن المقدم من اطراف العلاقة وتحويله الى هيأة الطعن لإبداء رأيها لقطع المدد القانونيـة التـي تخـشى فواتها وعند حضور السـيد رئيس الإدعـاء البت في قبـول الطعن أو رفضه للطعن.

المطلب الثاني

الشروط الشكلية للطعن لمصلحة القانون

اذا كان المشرع قد خول السيد رئيس الإدعاء العام صلاحية الطعن لمصلحة القانون، إلا أن ممارسة هذا الحق مرهونة أو مقيدة بعدم أحقية الخصوم في الطعن بالقرار، فلا يجوز لرئيس الإدعاء العام الطعن لمصلحة القانون امام المحكمة المختصة بالطعن (محكمة التمييز الاتحادية ، محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية ، المحكمة الإدارية العليا) مادام هنالك امكانية للخصوم في ولوج طريق الطعن بالتمييز، فطعن السيد رئيس الإدعاء العام وطعن الخصوم بأي طريق من طرق الطعن الاخرى لا يجتمعان مطلقاً، فلا محل لطعن رئيس الإدعاء العام طالما أن حق الخصوم في الطعن مازال قائماً؛ لأن هذا يعني أنه مازالت الفرصة سانحة لإصلاح ما شاب الحكم من خطأ في القانون، كما أن هذا الحق مقيد بقيد آخر وهو عدم الطعن من قبل الخصوم بالحكم أو القرار الصادر فإذا طعنوا به ورد الطعن من الناحية الموضوعية سقط حقهم بالطعن لمصلحة القانون لأن القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ اشترط أن لا يكون أحد من ذوي العلاقة قد طعن بالحكم لجواز الطعن لمصلحة القانون بالحكم أو القرار.

وحفاظاً من المشرع على استقرار الأحكام الصادرة انسجاماً مع مبدأ حجية الأحكام الباتة فقد حدد المشرع مدة خمس سنوات لجواز الطعن لمصلحة القانون وبعد مضي هذه المدة على اكتساب الحكم أو القرار الدرجة القطعية لا يحق لرئيس الإدعاء العام الطعن لمصلحة القانون، إذ لا يمكن أن تترك الى ما شاء الله من الزمن مما يؤدي الى المماطلة والتسويف والكيد بالخصوم حفاظاً على حجية الأحكام الباتة والغير حسن النية واستقرار المعاملات ولذلك فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين تناولنا في الفرع الاول: عدم وقوع الطعن من ذوي العلاقة وتناولنا في الفرع الثاني: المدد القانونية للطعن بالحكم أو القرار. وسنتناول في هذا المطلب هذه الشروط في التشريع العراقي السابق والحالي وكذلك التي وردت في التشريع المقارن مع تسليط الضوء على أهم القرارات الحديثة.

الفرع الاول / أن لا يكون أحد من ذوي العلاقة قد طعن بالحكم أو القرار

إن من الشروط الشكلية لقبول الطعن لمصلحة القانون عدم تقديم طعن تمييزي من قبل ذوي العلاقة حيث نصت المادة ٣٠/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل على ((اذا تبين لرئيس الإدعاء العام حصول خرق للقانون ... يتولى عندها الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية اذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه)).

كما نصت المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ على (اذا تبين

لرئيس الإدعاء العام حصول خرق للقانون ... عندها يتولى الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن اذا لم يكن احد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو تم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية).

إن الحكم هو القرار الصادر من محكمة مدنية مشكلة تشكيلاً صحيحاً في دعوى رفعت إليها طبقاً لقواعد قانون المرافعات المدنية سواء كان القرار صادراً في موضوع الدعوى أو في مسألة متفرعة عنها[١] . ويكون الحكم نهائياً في حالتين:

١. باستنفاذ الطرق المقررة للحكم.

٢. فوات المدة القانونية للطعن دون الطعن فيها من الخصوم وفق الطرق المحددة قانوناً.

إن المدد أو المواعيد هي الآجال التي حددها قانون المرافعات المدنية لاتخاذ اجراء من الاجراءات المقررة فيه ، فهي مظهر من مظاهر الشكلية وأن قوام المرافعات (اجراء وميعاد) رغم أن تحديد المدد لايخلو من عنصر التحكم إلا أن غاية المدد هي نفس غاية الشكلية الواردة في القانون لتحقيق حسن سير القضاء وضمان حرية الخصوم في الدفاع لحمايتهم من المفاجآت ومنحهم الفرص لإعداد دفوعهم واتخاذ ما يرون من اجراءات التقاضي بهدوء وبصيرة ، وتسري مواعيد المرافعات على الافراد كافة على السواء المعنوية والطبيعية ولو كانوا قاصرين أو محجور عليهم . وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٥٩٨٤/ الهيأة المدنية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/٢٦.

القرار:- (لدى التدقيق والمداولة وجد أن السيد رئيس الإدعاء العام/ اضافة لوظيفته طعن لمصلحة القانون بالحكم البدائي الصادر من محكمة بداءة الكرخ ... ولدى عطف النظر على الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون ... وجد أنه تم الطعن فيه بطريق الاستئناف امام محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية بصفتها الاصلية/ الهيأة الثانية التي اصدرت حكماً حضورياً قابلاً للتمييز بعدد ٨٨٢/س/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٩/١٩ قضى بتأييد الحكم البدائي المطعون فيه. وحيث أن الحكم الاستئنافي اصبح هو المعول عليه وجبَّ الحكم البدائي فأصبح الطعن لمصلحة القانون المرفوع من رئيس الإدعاء العام على الحكم البدائي غير ذي موضوع لذا قرر رد الطلب ...)[٢].

إن الموعد المحدد للطعن أما تكون كاملة أو ناقصة. فالكاملة هي التي يتعين انقضائها بكاملها قبل القيام بالإجراء كالمدد المقررة للطعن لمصلحة القانون. أما الناقصة هي التي يمكن القيام

١- د. عباس العبودي، شرح احكام المرافعات المدنية ، دار السنهوري ، ط١ ، بغداد ١٩٩٧ ، ص٥٢.

٢- القرار غير منشور.

بالإجـراء خلالها كالمدد المحـددة للطعن بالأحكام[١].

ومـن المعلـوم أن الحكم يكون نهائياً في حالتين أما باسـتنفاذ طرق الطعن المقررة قانوناً للحكم أو بفـوات المدة دون الطعن فيها من الافراد.

وهنا يثور التسـاؤل فيما اذا قبل الخصوم انفسـهم بالحكم الصادر وتنازلوا عن حق الطعن في الحكم أو القرار ، أمام الجهة التي اصدرت الحكم أو القرار فهل يحق لرئيس الإدعاء العام أن يطعن لمصلحـة القانـون في هذا الحكـم أو القرار رغم عدم فوات المدة وبعد تنازل الخصوم عن حق الطعن على الرغم من وجود خرق للقانون في الحكم أو القرار؟

والجواب أن قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ والحالي رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ لم يتطـرق لهـذا الموضوع. في حين أن المشرع المصري اشـار في المادة ٢٥٠ من قانـون المرافعات المدنية والتجارية بقوله (١- للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام النهائية ... ٢- الأحـكام التـي فوت الخصوم الطعن فيها أو نزلـوا فيها عن الطعن ...) وهذا ما اخذ به القانون اللبناني في المادة (٧٠٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ والمادة (١٧٤) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي والمادة (٣٥٣) من قانون الاجراءات المدنية الجزائري والمادة (٣٨٠) من قانون المسطرة المدنية المغربي والمادة (١٨٠) من قانون المرافعات التونسي.

ونحـن نـرى أنه بإمكان السـيد رئيس الإدعاء العـام الطعن لمصلحة القانـون بالحكم أو القرار الصادر خلافاً لأحكام القانون لاحتوائه على خرق للقانون حتى ولو لم ينص القانون على ذلك وحتى لـو تنازلـوا أطراف الدعوى عن حقهم بالطعـن تمييزاً بالقرار اذا ما اضر الحكم أو القرار بمصلحة الدولـة أو القاصريـن أو اموالهمـا أو خالف احكام النظام العام أو الاختصـاص الوظيفي للمحكمة أو لانعدام القرار موضوع الطعن كالحكم على متوفٍ كون القرار المعدوم لاتلحقه الحصانة والعدم لا يصـير وجـوداً بإجازته ولا يـزول البطلان المطلق بالتقادم لأن العـدم لا ينقلب وجود مهما طال عليه الزمن[٢] .

وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٦٠٣١/ الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٠/١٧.

القـرار:- (لـدى التدقيـق والمداولة وجد أن السـيد رئيس الإدعـاء العام طعـن لمصلحة القانون بالحكـم الصـادر من محكمـة بداءة الرصافة، ولـدى عطف النظر على الحكم المذكـور وجد أنه غير صحيـح ومخالـف للقانون حيـث أن الثابت من وقائع الدعوى وادلتهـا أن المدعى عليها متوفاة قبل

١- د. فتحي والي، المصدر السابق ، ص٤٢٥.

٢- عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، القاهرة ١٩٣٨ ، ص١٩٩.

اقامة الدعوى حسب شهادة الوفاة ... ولثبوت وفاة المدعى عليها قبل اقامة الدعوى فأن الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون يعد حكماً معدوماً ضد خصم متوفٍ وأنه يكون قد احتوى خرق للقانون لمخالفته للنظام العام لذا واستناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ قرر نقض الحكم واعادة الدعوى لمحكمتها لردها واشعار رئاسة الإدعاء العام بذلك ...)[١].

الفرع الثاني / المدة القانونية للطعن

لقد حدد قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل مدة ثلاث سنوات لجواز الطعن لمصلحة القانون ولا يجوز الطعن بعد مضي هذه المدة وذلك في المادة ٣٠/ثانياً/ب منه بقولها (لا يجوز الطعن لمصلحة القانون وفق الفقرة (أ) من هذه المادة اذا كانت قد مضت (٣) سنوات على اكتساب الحكم أو القرار درجة الثبات).

أما القانون النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ فقد حددت المدة بـ(٥) سنوات بقولها في المادة ٧/ ثانياً/ب من القانون اعلاه (لا يجوز الطعن لمصلحة القانون وفق الفقرة (أ) من البند ثانياً اذا مضت خمس سنوات على اكتساب الحكم أو القرار الدرجة القطعية) وإن احتساب مدة السنوات الخمس تبدأ من تاريخ اكتساب الحكم أو القرار الدرجة القطعية ولحين وقوع الطعن فيه من قبل السيد رئيس الإدعاء العام.

وتجدر الاشارة الى أن مدد الطعن المحدد في قانون المرافعات هي مدد حتمية ويترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن اذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية م/ ١٧١ مرافعات. وبالتالي اذا تم تقدم الطعن بعد هذه المدة سقط الحق في الطعن وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز بقرارها المرقم ٧٠/هيأة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/١/١٣ .

القرار :- (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن لمصلحة القانون يتعلق بالحكم الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء بالعدد ٢٢٩٢/س/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٧/٢٦ وحيث أن الطعن قدم بتاريخ ٢٠١٩/١٢/٣١ بذلك يكون مقدماً بعد فوات المدة القانونية البالغة خمس سنوات بحسب احكام المادة ٧/ثانياً/ب من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ وحيث أن مدد الطعن حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق بالطعن استناداً لاحكام المادة (١٧١)

١- القرار غير منشور .

مرافعات ، لذا قرر رد الطعن شـكلاً وصدر القرار بالاتفاق ...)[١] .

وفي الطعـون الصـادرة من الخصوم يعتـبر الطعن واقعاً من تاريخ دفع الرسـم القانوني حيث نصت المادة ٢٠٧/ ٤ مرافعات في شقها الاخير (... ويعتبر دفع الرسم مبدأ لدعوى التمييز) [٢] ولكون قانون الإدعاء العام قد اعفى الإدعاء العام من دفع أية رسوم عند ابدائه لمطالعته امام المحاكم أو عند تقديمـه طلباتـه أو عند مباشرة الطعن في الأحكام أو القرارات القضائية بموجب احكام المادة (١١/ رابعاً) من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ [٣] وفي هذه الحالة يتم تطبيق احكام المادة ٩/ ثانياً من قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل التي نصت على (اذا كانت الدعوى أو المعاملة معفاة من الرسـم أو غير خاضعة له فتعتبر مقامة من تاريخ تسـجيلها في السجل المخصص وختمها بختم المحكمة أو الدائرة)[٤] .

وهـذا ما أسـتقر عليه قضاء محكمـة اسـتئناف بغداد/الرصافة الاتحادية /بصفتهـا التمييزية بقرارهـا المرقـم ٧٥٣/م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/١.

القرار :- (لدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيس الإدعاء طعن لمصلحة القانون بقرار الحكم الصادر من محكمة بداءة المدائن القاضي بتمليك العقار موضوع الدعوى ... وحيث أن الحكم لم يتم الطعن فيه من قبل ذوي العلاقة إلا انه لوحظ أن القرار المرقم ٢٠٤/ب/٢٠١٢ قد صدر في ٢٠١٢/٥/٢٧ وأن الطعن لمصلحة القانون بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٧ وبذلك يكون الطعن لمصلحة القانون قد وقع خارج المدة القانونية البالغة خمس سنوات استناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/ب من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ . قرر رده شكلاً . ولدى عطف النظر على القرار المطعون فيه وجد أن احتوى على خرق للقانـون تمثل بعدم مراعاة احـكام النظام العام والقانون حيث أن المحكمة عند انهاء ختام المرافعة وصدور القرار تكف يدها عن الدعوى ولايجوز لها أن تسمع توضيحات من احد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر ولاتقبل مذكرات أو مسـتندات من احد الطرفين اسـتناداً للمادة ١/١٠٧ مرافعات ... ولما احتوى القرار الصادر من خرق للقانون ... قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها لاتباع ما تقدم وصدر القرار بالاتفاق ...)[٥] .

إلا أن المـشرع الاماراتـي واللبنانـي حـددا آجـالاً معينة يتم الطعـن خلالها وإلا سـقط الحق في

١- القرار غير منشور.
٢- انظر قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣- انظر قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧.
٤- انظر قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل.
٥- القرار غير منشور.

الطعن.

حيث حدد قانون الاجراءات الاماراتي في المادة (٢/١٧٤) مدة سنة واحدة من تاريخ صدور الحكم.. وحدد قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة (٣/٧٠٧) مدة سنة واحدة أيضاً[١].

يتبين مما تقدم أن هنالك اتجاهين بصدد ميعاد الطعن، فذهبت بعض القوانين كما رأينا بعدم تقييد النائب العام بميعاد معين يمارس النائب العام طعنه خلاله، بينما اتجهت قوانين اخرى ومنها العراق الى تحديد مهلة زمنية للطعن بالأحكام لمصلحة القانون خلالها، وهي مدة تقادم مسقط فإذا انتهت هذه المدة سقط الحق بالطعن.

ويرجع سبب الاختلاف بين الاتجاهين الى تباين رؤيتهم لهذا الطعن وفلسفته، فمن اقتصر مفهومه لهذا الطعن على أنه وسيلة استثنائية لتمكين محكمة التمييز أو النقض من القيام بدورها في تحقيق وحدة القانون وإرساء المبادئ القانونية الصحيحة، عن طريق عدم السماح بأن يفلت حكم مخالف للقانون من رقابتها حرصاً على دورها باعتبارها حامية للشرعية وميزان العدالة، اكتفت في حال تثبتها من وجود المخالفة ونقض الحكم دون أن تنظر في الموضوع أو تحيله الى المحكمة التي اصدرته فهي تقف عند حد النقض للحكم فلا تلغيه ولا تصححه.

فالحكم المنقوض يظل باقياً ومنتجاً لآثاره، ولا تأثير له على مراكز الخصوم المكتسبة من جراء هذا الحكم المعيب، ولذا تنتفي الحكمة من تحديد ميعاد للطعن [٢].

أما الاتجاه الآخر فلم يكتفِ بنقض الحكم من قبل محكمة التمييز أو محكمة النقض، ولكنه اعتبر الطعن لمصلحة القانون وسيلة لتصحيح الأحكام القضائية المعيبة تصحيحاً عملياً بأن يفيد منه الخصوم، أي أن الحكم الصادر من محكمة النقض أو التمييز سيؤثر على حقوق الخصوم ومراكزهم القانونية المكتسبة ومن ثم كان واجباً تحديد ميعاد للطعن حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات وهذا التباين يبدو منطقياً ومتسقاً مع الفلسفة القائم عليها هذا الطعن.

وحسناً فعل المشرع العراقي بتحديد المدة لإضفاء حالة الثبات والاستقرار للأحكام الصادرة من المحاكم العراقية فلا يجوز للخصم الذي صدر الحكم أو القرار لصالحه أن يبقى مهدداً الى مالا نهاية وإنما يجب أن يكون هنالك مدة محددة للطعن حفاظاً على استقرار الاوضاع القانونية وحجية الأحكام.

١- حلمي محمد الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، ج١ ، ط٥ ، القاهرة ٢٠٠٢ ، ص٣٩٤.
٢- د. احمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، ط٦ ، المعارف ١٩٨٩ ، ص٩٧١.

المطلب الثالث

الشروط الموضوعية للطعن لمصلحة القانون

لـم يـترك المشرع العراقي امكانية ولوج طريق الطعن لمصلحة القانون دون قيد ، بل يتعين متى يتسـنى لرئيـس الإدعاء العـام الطعن وفقاً لهذا الطريق الاسـتثنائي أن يكون الحكـم المطعون فيه مبنيـاً عـلى مخالفة للقانون أو خطـأ في تطبيقه أو تأويله والذي اطلق عليه المشرع العراقي مصطلح (خرق القانون) واعتبره شرطاً اساسـياً لقيام الحق بالطعن لمصلحة القانون في قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ المعدل والقانون النافذ رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ حيث ورد فيهما الشرط الجوهري وهو حصول خرق للقانون

وقسمنا هذا المطلب الى فرعين الاول حصول خرق للقانون والثاني مخالفة النظام العام.

الفرع الاول / حصول خرق للقانون في الحكم أو القرار

لـم يـرد تعريف للخرق في قانون الإدعـاء العام النافذ رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ على عكس القانون الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل الذي عرف الخرق بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٧ بقوله : (يعتبر خرقـاً للقانـون المخالفـة التي ينتج عنها ضرر جسـيم يمس المصلحة العامة ويهدد الشـعور بالأمن القومي مثل الإضرار بأموال الدولة، ومخالفة النظام العام كمخالفة قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالحل والحرمة) وحسناً فعل المشرع العراقي عندما استعمل كلمة (خرق) فهذه الكلمة وردت في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿**فَانْطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا**﴾[١] وتفسـير خرقها بأن قلع لوحاً منها بفـأس كما وردت في القرآن الكريـم بقولـه تعالى: ﴿**وَجَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ الْجِنَّ وَخَلَقَهُمْ وَخَرَقُوا لَهُ بَنِينَ وَبَنَاتٍ بِغَيْرِ عِلْمٍ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ عَمَّا يَصِفُونَ**﴾[٢].

وترجـع جميـع حالات نقض الأحكام والقـرارات الى أصل واحد وهو مخالفـة الحكم أو القرار للقانـون وبغـض النظر عن التسـمية التي اطلقها المشرعون سـواء كانت مخالفـة القانون أو خرقاً للقانـون أو انتهاكاً للقانون أو الخطـأ في تطبيقه أو تأويله.

وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٣٥٣/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ١٠/٤/٢٠١٩.

١- سورة الكهف ، الآية ٧١.

٢- سورة الانعام ، الآية ١٠٠.

القـرار :- لـدى التدقيـق والمداولة وجد أن رئيـس الإدعاء العام طعن لمصلحـة القانون بالحكم الصـادر مـن محكمة بداءة خانقين ولدى عطف النظر على الحكم المطعون فيه وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المحكمة اسـتندت في اصدار حكمها على كتب مصورة ولم يتم التحقق من صحة صدورها من الجهات المختصة وكذلك الحال بالنسـبة لوصولات تسـديد بدل القطعة فيكون الحكـم المطعون فيـه لمصلحة القانون غير صحيح وقد احتوى خـرق للقانون أضر بمصلحة الدولة واموالها واستناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ . قرر قبول الطعن لمصلحة القانون ونقض الحكم البدائي محل الطعن واعادة الدعوى لمحكمتها لمراعاة ما تقدم واشـعار رئاسة الإدعاء العام بذلك ...)[١].

والقانـون الـذي نقصـده بهـذا المفهوم : هـو كل قاعدة قانونيـة عامة واجبـة التطبيق من قبل المحكمة التي يطعن في حكمها فيدخل في مدلولها النصوص التشريعية في لفظها أو فحواها واللوائح الادارية العامة والشريعة الاسلامية والعرف والمعاهدات الدولية والقوانين الاجنبية كلما احال عليها القانـون الوطني وقضاء المحاكم وقواعد العدالة[٢].

إن الفقـه والقضـاء قـد أجمع على أن مخالفـة القانون والخطأ في تطبيقه هـو صورة من صور الخـرق التـي عناها المشرع، لأن صورة الخطـأ في تطبيق القانون تتمثل في انـزال حكم القانون على واقعة لا ينطبق عليها اصلاً، أو هو قصور القاضي في فهم القانون الذي ينطبق على الوقائع[٣] وهذا مـا اسـتقر عليه قضاء محكمـة التمييز الاتحادية بقرارهـا المرقم ٦٣٢٣/ الهيـأة المدنية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٠/٢٢ .

القـرار:- (لـدى التدقيـق والمداولة وجد أن السـيد رئيس الإدعـاء العام طعـن لمصلحة القانون بالحكـم البدائـي الصادر من محكمة بداءة المحمودية ... ولـدى عطف النظر في القرار المذكور وجد انـه غـير صحيح ومخالف للقانون لعدم اسـتكمال المحكمة تحقيقاتهـا اللازمة في موضوع الدعوى حيث كان يتعين التحقق عن تاريخ انشـاء الطريق المذكور والمباشرة به بكتب ووثائق رسـمية فإن كان قبل ١٩٩٦/١/١ فيكون موضوع الدعوى مشمول بأحكام القرار ٤٨ لسنة ٢٠٠٠ ويخرج عن اختصاص المحاكم المدنية، أما أن ثبت خلاف ذلك فالأمر يقتضي عند الحكم بأجر المثل المستحق افهام الخـبراء المختصـين بمراعاة الاعتـدال في التقدير والالتزام بمبدأ التوازن بـين مصلحة المواطن والمال العـام وهـدر تقرير الخـبراء الذي لم يراع الأسـس الموضوعية في التقدير، كمـا يقتضي دعوة عضو

١- القرار غير منشور.

٢- د. منذر الشاوي ، نظرية القانون في المذاهب الشمولية ، المركز العراقي للدراسات ، عمان ٢٠٠٩ ، ص٨٤ .

٣- القاضي لفته هامل العجيلي، المصدر السابق، ص١٠٠.

الإدعـاء العـام للحضور في الدعوى كـون الدولة طرفاً فيها، وحيث أن الحكـم المطعون فيه لمصلحة القانون قد احتوى على خرق للقانون والحق ضرراً بالمال العام واستناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ قرر قبول الطعن لمصلحة القانون ونقض الحكم البدائي محـل الطعن واعادة الدعوى لمحكمتها...)[١] .

الفرع الثاني / مخالفة النظام العام

إن النظام العام فكرة ذات مضمون واسع تشمل صور النظام العام المادي والادبي والاقتصادي بـل يمتد ليشـمل صور النشـاط الاجتماعي كافة. وذلك لأن هذه الفكرة مـن الافكار التي تتأبى على التحديـد الواضـح والدقيق ولايمكن تعميقها أو تجميعها في قالب معين، ولعل النظام العام يسـتقي ذلك السمو الذي يتميز به من هالة الغموض الذي يحيط به، ومن مظاهر ذلك السمو انه ظل متعالياً على كل المحاولات التي بذلت لتعريفه[٢]. لقد انعقد اجماع الفقه والقضاء على صعوبة تحديد تعريف له ولعل مرد تلك الصعوبة تكمن في كون النظام العام فكرة نسـبية مرنة تتسـع وتنكمش باختلاف ظروف المكان والزمان[٣].

فحماية النظام العام هي السـبب الذي يجعل السـلطة الادارية تنشط في تقييدها لحريات الافراد التي تعتبر من اقدس ما يتمسك به الانسان في حياته وتعمل تلك السلطة من خلال اجراءات الضبط لحماية عناصر النظام العام سـواء التقليدية منها المتجسـدة بالأمن العام والصحة العامة والسكينة العامـة بالإضافـة الى العنـاصر الاخـرى التي اسـفرت عنها تطور فكـرة النظام العـام مثل حماية المستهلك وحماية البيئة وحماية الآثار والاموال العامة التي اصبحت جزءاً لا يتجزأ من كل ما يمثل النظام العام[٤] .

إن المـشرع العراقـي في القانون رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ سـار عـلى نفس النهـج في تأمين الحماية القانونية اللازمة لهذه الفكرة حيث ورد في المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام اعلاه (اذا تبين لرئيس الإدعاء العام حصول خرق للقانون من شأنه ... أو مخالفة النظام العام يتولى عندها الطعن لمصلحة القانون...).

أي أن لرئيـس الإدعـاء العام أن يطعـن لمصلحة القانون بأي حكم أو قرار يحمل في طياته خرقاً

١- القرار غير منشور.

٢- عامر احمد المختار ، تنظيم سلطة الضبط الاداري في العراق ، بغداد ١٩٧٢ ، ص٥٦.

٣- عاشور سليمان صالح ، مسؤولية الادارة عن قرارات الضبط الاداري ، بنغازي ١٩٩٧ ، ص١٢٨.

٤- د. ابراهيم طه الفياض ، القانون الاداري ، مطبعة الفلاح ، الكويت ١٩٨٨ ، ص٢٣٠.

للقانـون يمثل مخالفة للنظام العام بكافة صوره واشـكاله - التقليديـة منها والحديثة- فقد جاءت لفظـة النظـام العام مطلقة وغير محددة ، أن تلك الحماية التي اولاها المشرع لفكرة النظام العام قد جاءت شـاملة لكل عناصر النظام العام المذكورة آنفاً[١] .

ولذلـك فقـد جاء موقف القضاء العراقي مؤيداً لموقف المشرع في هذا الجانب حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى أن قانون التضمين لايسري على الوقائع السابقة لصدوره وأن الحكم بالتضمين بأثر رجعي يعتبر مخالفة للنظام العام وخرق للقانون وذلك بالقرار المرقم ٩٧/هيأة الطعن لمصلحة القانون/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٧/٩ .

القـرار:- (لـدى التدقيـق والمداولة وجد أن السـيد رئيس الإدعـاء العام طعـن لمصلحة القانون بالحكـم الصـادر مـن محكمة بداءة البصرة . ولـدى عطف النظر على الحكم المطعـون به فقد وجد أنـه غـير صحيـح ومخالف للقانـون ... حيث فات على المحكمة ما اسـتقر عليه قضـاء هذه المحكمة ومنه قرارها الصادر بعدد ٢٢٨/الهيأة الموسـعة المدنية/ الاولى/٢٠١٤ في ٢٠١٢/١١/٢١ من أن احكام قانون التضمين رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٦ تعد نافذة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١٣ فلا يملك المضمن اقامة الدعوى للاعتراض على قرار التضمين بشـأن واقعة حدثت قبـل نفـاذ القانـون المذكور لأن القانون لا يسري على الوقائع السـابقة لصدوره ولا يعمل به إلا من وقت صيرورته نافذاً م/١٠ مدني وكان متعيناً رد الدعوى من هذه الجهة. وبما أنها لم تلتفت لذلك واصـدرت حكماً مخالفاً للنظام العام من شـأنه الإضرار بأمـوال الدولة قرر نقضه ...)[٢].

لقـد اعتـبرت المادة ٢/٣٠ مـن القانون المدني العراقـي من النظام العام بوجـه خاص الأحكام المتعلقـة (بالأحـوال الشـخصية كالأهلية والميراث والأحـكام المتعلقة بالانتقال والاجـراءات اللازمة للتـصرف بالوقـف في العقار والتصرف بمال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسـعيرة الجبرية وسـائر القوانين التي تصدر لحاجة المسـتهلكين في الظروف الاستثنائية ، وهذه المسائل من النظـام العـام ولايجوز الاتفاق على خلافها) وهذا ما اسـتقر عليه قضاء محكمـة التمييز الاتحادية بقرارهـا المرقم ٦٨٢٠/الهيأة المدنيـة/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢١.

القرار:- لدى التدقيق والمداولة وجد أن السيد رئيس الإدعاء العام طعن لمصلحة القانون بقرار الحكـم الصـادر من محكمة البـداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية. ولـدى عطف النظر على الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن العقد المبرم بين المدعي/ اضافـة لوظيفتـه ومدير عـام صحة نينوى ولم تكن تكـن لطالب الطعن (محافـظ نينوى/ اضافة

١- زينة مهدي حسون ، حماية الاموال العامة باستخدام وسائل الضبط الاداري ، جامعة النهرين ٢٠٠٤ ، ص٥٥.
٢- القرار غير منشور.

لوظيفتـه) أيـة علاقـة بالعقد المذكور فيكـون المدعى عليـه محافظ نينوى/ اضافـة لوظيفته لايعد خصمـاً في الدعـوى لأن أثر العقد ينصرف الى المتعاقديـن والخلف العام عملاً بأحكام المادة ١/١٤٢ مدنـي وحيـث أن الخصومة من النظـام العام وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسـها دون الدخول في اساسـها عمـلاً بأحكام المادة ١/١٨٠ من قانـون المرافعات هذا من جهة ومن جهة ثانية أن المحكمة لـم تخـبر عضـو الإدعاء العام للحضور في الدعـوى لبيان رأيه وتقديم طلباتـه والطعن في القرارات والأحـكام الصـادرة فيها باعتبار الدولة طرفـاً في الدعوى. لذا يكون الحكم البدائي قد احتوى خرق للقانون المتمثل بمخالفة النظام العام والحاق ضرر بمصلحة الدولة واموالها عليه واستناداً لأحكام المـادة ٧/ثانيـاً/أ مـن قانون الإدعـاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ قرر قبول الطعـن ونقض الحكم المطعـون فيه لمصلحة القانون ...)[١] .

لقـد عرفـت المادة (٣/ثانيـاً) من قانون رعايـة القاصرين النافذ رقم ٧٨ لسـنة ١٩٨٠ القاصر بقولهـا: (يقصـد بالقاصر لأغراض هـذا القانون. الصغـير والجنين ومن تقـرر المحكمة انه ناقص الأهليـة أو فاقدهـا والغائـب والمفقود إلا اذا دلت القرينة عـلى خلاف ذلك)[٢] .

وقد اخذ المشرع العراقي باعتبار عدم ادخال مديرية رعاية القاصرين والإدعاء العام في الدعوى يُعتـبر خرقاً للقانـون ومخالفة للنظام العام لتعلق الدعوى بحقـوق القاصرين وذلك بالقرار المرقم ١٧٦٣/ الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/٦.

القـرار:- (لـدى التدقيـق والمداولة وجد أن السـيد رئيس الإدعـاء العام طعـن لمصلحة القانون بالحكـم الصـادر من محكمة بداءة كركوك ... ولدى عطف النظـر على الحكم المطعون فيه وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون لعدم ادخال مديرية رعاية القاصرين شخصاً ثالثاً في الدعوى وادخال ممثل الإدعاء العام للدفاع عن حقوق المحجور تطبيقاً لأحكام المادة (٦) من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ التي نصت على (على الإدعاء العام الحضور امام محاكم الاحوال الشخصية وغيرها مـن المحاكـم المدنية في الدعوى المتعلقة بالقاصرين والمحجـور عليهم والغائبين والمفقودين ودعاوى الطلاق والتفريق .. وأي دعوى يرى الإدعاء العام ضرورة تدخله فيها لحماية الأسرة والطفولة ...) فيكون حضور الإدعاء العام في تلك الدعوى وجوبياً مما يكون الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون قد احتوى خرق للقانون واضر بمصلحة المحجور لذا واسـتناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ قرر قبول الطعن لمصلحة القانون ونقض الحكم البدائي المطعون

١- القرار غير منشور.

٢- انظر قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.

فيه ...)[١].

وبالرغم من ذلك فقد حاول بعض الفقهاء تعريف النظام العام بأنه (مجموعة من المصالح الجوهرية الاساسية والمثل العليا للدولة والجماعة التي ترتضيها لنفسها التي يتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني سواء كانت هذه المصالح الاساسية والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية أو دينية ويعرض الاخلال بها كيان المجتمع الى التصدع والانهيار[٢].

وقد استقرت محكمة التمييز على أن مخالفة قانون بيع وايجار اموال الدولة يعتبر خرق للقانون وذلك بالقرار المرقم ٣٤٥٦/ الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/٣٠.

القرار:- (لدى التدقيق والمداولة وجد أن لرئيس الإدعاء العام طعن لمصلحة القانون بقرار الحكم الصادر من محكمة بداءة القرنة. ولدى عطف النظر على القرار المطعون فيه لمصلحة القانون وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، لعدم استكمال المحكمة تحقيقاتها اللازمة في موضوع الدعوى إذ كان يتعين عليها جلب اضبارة المزايدة الاصلية أو صورة مصدقة منها والتحقق عما اذا كان الاعلان عن بيع العقار جرى وفق الآلية التي نصت عليها المادة (٩) من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣ كما يقتضي ربط نسخة الجريدة التي تم الاعلان فيها ، فيكون الحكم قد احتوى خرق للقانون وضرراً بالمال العام. لذا قرر قبول طلب الطعن لمصلحة القانون عملاً بأحكام المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ واعادة الدعوى لمحكمتها لاتباع ما تقدم واشعار رئاسة الإدعاء بذلك وصدر القرار بالاتفاق ...)[٣] .

المبحث الثاني

إجراءات الطعن لمصلحة القانون

اذا كان المشرع قد حدد الحالات التي يجوز الطعن فيها لمصلحة القانون وبين الأحكام والقرارات التي يمكن أن تكون محلاً للطعن بموجب هذا الطريق الاستثنائي، إلا إنه لم يبين على وجه التفصيل الاجراءات الواجب اتباعها للطعن، أو بالأحرى لم يضع شروطاً خاصة تتفق والطبيعة الاستثنائية له.

ووفقاً لما جرى عليه العمل في رئاسة الإدعاء العام العراقي فإن اجراءات الطعن لمصلحة

١- القرار غير منشور.

٢- د. علي غالب النداوي، القانون الدولي الخاص ، ط٢، عمان ١٩٩٨ ، ص١٨٧.

٣- القرار غير منشور.

القانون تبدأ بتقديم رئيس الإدعاء العام طعناً في الحكم أو القرار عند حصول علمه بأن هنالك خرقاً للقانـون في الأحـكام القضائية أو القـرارات الصادرة من اللجان القضائيـة أو في قرارات مدير عام رعايـة القاصريـن أو مديرية رعايـة القاصرين المختصة أو المنفذ العدل أو تقديم طلب إليه من ذوي العلاقـة أو كتـاب يصـدر من أحد الدوائر الحكومية والتي صدر القـرار أو الحكم ضدها معنون الى رئاسـة الإدعاء العام تطلب فيه الطعن لمصلحة القانون، عندها تبادر رئاسـة الإدعاء العام الى طلب اضبـارة الدعـوى مـن محكمتها أو مرجعيتها الادارية للاطلاع عليـه والتأكد من مدى توفر شروط الطعـن القانونيـة وفي حالة تحقق شروطها ارسـالها بمطالعة الى الجهة المختصـة بالطعن لإصدار قرارهـا بعـد تدقيق الاضبارة موضوع الطعن لكي ينتـج الطعن آثاره القانونية.

فالإجراء هو الوسـيلة القانونية لأداء التصرف القانوني السـليم بالنسـبة للخصوم ووسيلة اداء عمل السلطة القضائية بالنسبة لرجالها ومعاونيهم، وأن الاجراء مجرد وسيلة لا غاية، ولكي يعتبر الاجـراء قانونيـاً لابـد من تحقق شروطه القانونية ولذلك فقد قسـمنا هذا المبحـث الى ثلاثة مطالب تطرقنا في الاول الى الجهة المختصة في تقديم الطعن وتناولنا في الثاني الجهة المختصة بنظر الطعن وختمنا الثالث بالآثار المترتبة على الطعن.

المطلب الاول

الجهة المختصة بتقديم الطعن

تقتـصر ممارسـة الطعـن لمصلحـة القانـون على رئيـس الإدعـاء العـام حـصراً ولا يجوز لأي عضـو مـن اعضـاء الإدعاء العام ممارسـة هـذه الصلاحية، فالقانـون صريح في تخويـل هذا الحق في الطعـن الى رئيـس الإدعـاء العـام، ومن الطبيعـي أن لرئيس الإدعـاء العام أن يسـتعين بأعضاء الإدعـاء العام لدراسـة القضية واوليات الدعوى ومحاضرهـا. ولا مانع من أن تطلب أحدى الجهات الرسـمية ذلـك من رئيـس الإدعاء العام بكتاب رسـمي مع تزويده المستمسـكات والكتب الرسـمية الداعمـة لطلبهـا، كمـا لا مانـع من أن يتقـدم أي مواطن بعريضـة معنونه الى رئيـس الإدعاء العام طالبـاً الطعـن لمصلحـة القانـون، مـع تقديـم المستمسـكات والاوليـات ولا يحـق للخصـوم تقديم مثـل هـذا الطعن مبـاشرةً ، ولمـا كان دور محكمـة التمييز يتجـاوز الحفاظ على المصالـح الخاصة ولا يتوقـف هـذا الدور على مبادرة الخصوم انفسـهم لـذا فإن القانون أوكل هـذه المهمة الى رئيس الإدعـاء العـام حفاظاً على الصالح العام المتمثل بتوحيد احكام القضاء واسـتقرارها . وقد انيط هذا

الحـق بالنائب العام في مصر وبرئيـس الإدعاء العام في العراق[١].

ويعد قبول الطعن من قبل رئيس الإدعاء العام خروجاً عن المبدأ المقرر في المادة ١٦٩ من قانون المرافعـات وهـو أن لا يقبـل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى بمعنى أن يكون الطعن موجهاً ممـن كان طرفـاً في الدعـوى، إلا أن صفـة الطعن قد منحهـا القانون لرئيس الإدعـاء العام لارتباط ذلك بحماية مصلحة عامة وتعزيزاً لمبدأ سـيادة القانون، وهذا ما اسـتقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرارهـا المرقم ١٥٠٣/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/٢٤.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيـس الإدعاء العام طعن لمصلحـة القانون بالحكم الصـادر مـن محكمـة بداءة تكريت ... ولـدى عطف النظر على الحكم المذكـور وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون لعدم استكمال المحكمة تحقيقاتها اللازمة في الدعوى حيث كان يتعين على المحكمة لكـون الدولـة طرفاً في الدعوى أن تبلغ عضو الإدعـاء العام للحضور فيها لبيان أقواله عن موضوع الدعـوى وتقديم ما لديه من طعـون في القرارات والأحكام الصادرة فيها، كما كان المقتضى مفاتحة مديرية مرور صلاح الدين لبيان عائدية السـيارتين موضوع الدعوى والمسـدس والاجهزة المسـلمة لمـورث المدعـى عليهم وهل تم اعلام الوزارة بفقـدان تلك المواد والاجهزة من عدمه، حيث لوحظ أن مـورث المدعـى عليهم كان مسـتمراً بالخدمة لغاية وفاته في ٢٠١٧/٨/١٠ ، كما لم تسـأل المحكمة وكيـل المدعي/اضافـة لوظيفته فيما اذا تم الحكم على مورث المدعـى عليهم من قبل محكمة تحقيق قـوى الأمن الداخلي بسـبب مقصريته في الحفاظ على أجهزة الموترلا والسـيارتين والمحطتين المتنقلة للوقـود للوصـول للحقيقة، وحيـث أن تلك النواقـص الاجرائية اخلت بصحة الحكـم، يكون الحكم والحالة هذه قد احتوى خرق للقانون وضرر بأموال الدولة ، لذا واسـتناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/أ مـن قانـون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ قرر قبـول الطعن لمصلحة القانـون ونقض الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون واعادة الدعوى لمحكمتها لاتباع ماتقدم واشـعار رئاسـة الإدعاء العام بذلـك وصدر القرار بالاتفاق...)[٢].

لقد صدرت التعليمات رقم ٢ لسنة ١٩٨٨ (تعليمات الإدعاء العام) بشأن تشكيل هيئات رئاسة الإدعـاء العـام والتـي من ضمنها هيـأة الطعن لمصلحة القانـون، إذ نصت الفقـرة الرابعة منها على تشـكيل هذه الهيأة التي تنعقد برئاسـة رئيس الإدعاء العام.

١- د. احمد السيد الصاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة ٢٠١١ ، ص١٢٤٨.
٢- القرار غير منشور.

الفرع الاول / هيأة الطعن لمصلحة القانون

لقد اسلفنا بأن التعليمات رقم ٢ لسنة ١٩٨٨ الصادرة من رئاسة الإدعاء العام هي التي تطرقت الى تشكيل هيأة الطعن لمصلحة القانون في القانون الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، إلا أن بعض الفقه يرى أن تشكيل هذه الهيئة يعوزه السند القانوني فالفقرة الثانية من المادة ٢٨ من قانون الإدعاء العام الملغي اجازت لرئيس الإدعاء العام تأليف هيأة أو أكثر من ثلاثة من اعضاء الإدعاء العام برئاسة أحد نائبيه تتولى تقديم التوصيات والدراسات في الاختصاصات المناطة به ، في حين أن اختصاص الإدعاء العام في الطعن لمصلحة القانون ورد في المادة ٣٠ من نفس القانون وليس المادة ٢٨ [١].

في حين يرى بعض الفقه أن يكون تشكيل هيأة الطعن لمصلحة القانون برئاسة أحد نواب الرئيس وليس برئاسة رئيس الإدعاء العام ، وذلك باعتبارها هيأة استشارية تنظر في طلبات الطعن لمصلحة القانون فتوصي بما تراه مناسباً بشأنها الى رئيس الإدعاء العام ليقطع رأيه النهائي بشأن القضية المعروضة على هيأة الطعن لمصلحة القانون واذا وجدت الهيأة أن في الحكم أو القرار المطعون فيه لمصلحة القانون فيه خرقاً للقانون فضلاً عن توافر الشروط القانونية الاخرى في الطعن فإنها تبت بقبول الطلب أو رفضه وترفع رأيها الى رئيس الإدعاء العام الذي يقوم بالطعن لمصلحة القانون بلائحة يقدمها الى الجهة المختصة بنظر الطعن محتوية على الاسباب والاسانيد الموجبة للطعن أو تقرر هيأة الطعن لمصلحة القانون رد الطلب لعدم توفر أسبابه.

ولم نجد في قانون الإدعاء العام النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٩ أي نص قانوني يشير الى تشكيل هيئات الإدعاء العام ومنها هيأة الطعن لمصلحة القانون إلا أنه ما جرى عليه العمل في رئاسة الإدعاء العام صدور أوامر إدارية من رئاسة الإدعاء العام في بداية كل سنة يتم فيها تشكيل هيأت الإدعاء العام للنظر في القضايا المنظورة من قبل رئاسة الإدعاء العام والتي تنص القوانين الخاصة الى احالتها الى رئاسة الإدعاء العام لتدقيقها ومنها قانون الإدعاء العام م/ ١٠ وقانون اصول المحاكمات الجزائية م٢٢٤و٢٥٤ وقانون رعاية القاصرين والقوانين الاخرى ولذلك يتم تشكيل هيأة للجنايات وهيأة الاحداث وهيأة المتفرقة وهيأة الطعن لمصلحة القانون ويكون تشكيل هذه الهيئات برئاسة رئيس الإدعاء العام أو نائب الرئيس وعضوية اثنان من المدعين العامين لا يقل صنفهم عن الصنف الثاني ممن يعملون في رئاسة الإدعاء العام باستثناء هيأة الطعن لمصلحة القانون تكون برئاسة رئيس الإدعاء حصراً وعضوين اثنين من المدعين العامين في رئاسة الإدعاء العام ويقوم رئيس

١- د. غازي فيصل مهدي، الطعن لمصلحة القانون ، مجلة العلوم القانونية ، عدد ١ ، ١٩٩٦ ، ص١٥٢.

الإدعـاء العـام بعد تقدم طلب الطعن لمصلحة القانون إليه بتهميشـه لدفع الرسـم القانوني أن كان مقدمـاً مـن أحد الخصـوم لأن الطعن يعتبر قائماً من تاريخ دفع الرسـم ولاحتسـاب مـدة التقادم المسقط للطعن البالغة ٥ سنوات من تاريخ دفع الرسم ، أما اذا كان الطعن مقدم من دائرة رسمية فأن تاريخ تسـجيل المعاملة في وارد رئاسـة الإدعاء العام يعتبر مبدأ لقطع المدة المحدد للطعن وبعد تسجيلها في سجل الوارد يتم طلب اضبارة الدعوى أو المعاملة موضوع الطعن وبعد ورودها يقوم رئيـس الإدعـاء العـام بإحالة اضبارة الدعـوى مع الطعن الى هيـأة الطعن لمصلحـة القانون والتي بدورهـا تقوم بتدقيقها من الناحيتين الشـكلية والموضوعية وتبدي رأيها بمطالعة تحريرية موقعة من عضوي الإدعاء العام المختصين في هيأة الطعن لمصلحة القانون وترفع المطالعة الى السيد رئيس الإدعاء مشـفوعة بالأسـباب والمبررات لقبول أو رفض طلب الطعن لمصلحة القانون.

والسـؤال الـذي يثـار هنا هـل أن قـرارات هيأة الطعـن لمصلحة القانـون تصـدر (بالاتفاق أو بالأكثريـة) أسـوة بباقـي الهيئات المشـكلة في رئاسـة الإدعاء العـام أم أن قراراتهـا يجب أن تصدر بالاتفـاق باعتبار أن حـق الطعن لمصلحة القانون محصور برئيس الإدعاء العام فهو وحده يقبل أو يرد طلب الطعن استناداً لنص المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ بقولها (اذا تبـين لرئيـس الإدعاء العام حصول خرق للقانون .... يتـولى عندها الطعن لمصلحة القانون ...)

أن مـا جـرى عليه العمل في رئاسـة الإدعـاء أن قرارات هيـأة الطعن لمصلحـة القانون يجب أن تصـدر بالاتفـاق ولا يحق للعضو المخالف الاصرار على رأيه على الرغم أن ديباجة رأي الإدعاء العام المرسـلة الى جهة الطعن يرد في منطوقها (اجتمعت هيأة الطعن لمصلحة القانون بتاريخ .... برئاسـة القاضي ..... رئيس الإدعاء العام وعضوية المدعين العامين السـيد ..... والسيد ..... واتخذت الرأي الآتي ..... وصدر الرأي بالاتفاق).

وهنـا يثور التسـاؤل عن طبيعة القرار الذي تتخذه هيـأة الطعن لمصلحة القانون هل يعد قراراً إداريـاً باعتبـار أن عمل الهيأة استشـارياً تنظر في طلبات الطعن لمصلحة القانـون فتوصي بما تراه مناسـباً بشـأنها لرئيس الإدعاء العام ليقطع رأيه النهائي فيها بالقبول أو الرد.

أم أنـه عمـل ذو صبغـة قانونيـة وبالتالي فإن قرارات هـذه الهيأة تصدر بالأكثريـة أو بالاتفاق أسـوة بباقي الهيئات القضائية؟

والجـواب أننا لو سـلمنا بأن القرار الـذي تصدره هيأة الطعن لمصلحـة القانون بالرفض قراراً إداريـاً لأجزنـا الطعـن فيه امام محكمـة القضاء الاداري طالمـا أن المحكمة المذكـورة الولاية العامة للنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية الصادرة عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها، إلا أن هذه النتيجة غير منطقية لذلك لا مناص من اعتبار قرار

الهيـأة بمثابة العمل القضائي وبالتالي لامجال للتعقيب عليه من أية جهة.

ونحن نرى أن رئاسة الإدعاء العام امام خيارين لا ثالث لهما أما أن تكون تشكيلة هيأة الطعن لمصلحـة القانـون برئاسـة نائب رئيس الإدعاء العـام وعضوية اثنان من المدعين العامين في رئاسـة الإدعاء العام وهذه الهيأة ترفع توصياتها الى السيد رئيس الإدعاء العام وله قبول أو رد طلب الطعن أو أن رئيس الإدعاء العام يحيل طلب الطعن لمصلحة القانون الى هيأة استشارية يتم تشكيلها لبيان رأيها واعداد المطالعة وله الأخذ برأيها أو عدم الأخذ كما هو الحال في المطالعات التي يقدمها المدعون العامون في الرئاسة بناءاً على هامش السيد رئيس الإدعاء العام لبيان الرأي القانوني في مسألة معينة ونحن نرجح الرأي الاول بأن تكون هيأة الطعن لمصلحة القانون برئاسة نائب الرئيس وتقدم رأيها الى السيد رئيس الإدعاء العام وله قبول أو رد طلب الطعن.

الفرع الثاني / الأحكام والقرارات التي يجوز الطعن فيها لمصلحة القانون

لـم يقتـصر الطعن لمصلحة القانـون على الأحكام القضائيـة بل تعدى ذلـك الى بعض القرارات الصادرة من الجهات ذات العلاقة لضرورة اقتضتها المصلحة العامة أو الحفاظ على أموال القاصرين.

أولاً- الأحكام التي يجوز الطعن فيها:

لقـد حدد المـشرع العراقي الأحكام التي يجوز الطعن فيها لمصلحـة القانون في المادة ٧/ثانياً/أ مـن قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ بقولها (اذا تبـين لرئيس الإدعاء العام حصول خرق للقانـون في حكم أو قرار صـادر من أية محكمة عدا المحاكم الجزائية...).

ويلاحـظ مـن هـذا النـص اشـتراط القانـون أن يكـون الحكم مدنيـاً أي أنـه اسـتبعد الأحكام الجزائيـة مـن الطعـن لمصلحـة القانون وقصر ذلـك على المحاكم المدنيـة، أي الأحـكام الصادرة من محاكـم الاسـتئناف ومحاكم البـداءة ومحاكم الاحوال الشـخصية ومحاكم العمـل ومحاكم القضاء الاداري ومحكمـة قضـاء الموظفين ومحكمة المواد الشـخصية المختصة بقضايا الاحوال الشـخصية للعراقيـين غير المسـلمين وللأجانب غير المسـلمين الذين يطبـق عليهم قانون مدنـي وليس الشريعة الاسلامية وقد ورد اختصاصها ضمن اعمال محكمة البداءة في الشق الاخير من المادة ٣٣ من قانون المرافعات وفي المادة الثانية من قانون الاحوال الشـخصية للأجانب رقم ٧٨ لسـنة ١٩٣١ المعدل[١]. وهذا ما اسـتقر عليـه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقـم ٧٩٠٠/الهيأة المدنية/٢٠١٩

١- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج١ ، مطبعة العاني ، بغداد ١٩٩٦ ، ص٤٦٦.

في ٢٠١٩/١٢/٣٠.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيـس الإدعاء العام طعن لمصلحـة القانون بالحكم الصادر من محكمة بداءة بعقوبة المتضمن تصحيح سـبب الوفاة في شـهادة الوفاة..... ولدى عطف النظر على الحكم محل الطعن لمصلحة القانون وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون لمخالفته وثيقة رسمية صادرة من مدينة الطب تشير الى أن سبب الوفاة هي الجلطة الدماغية الطارئة والصادرة في ٢٠٠٧/٥/٢٩ في حين أن حادث الانفجار الذي تدعي المدعية بأنه كان سبباً بوفاة زوجها حصل في ٢٠٠٧/٥/٢٠ والذي يتعلق بزرع عبوة ناسفة في دار المدعو (يوسف خليل ابراهيم) وأن الدار غير مسـكونة وقت الانفجار حسـب ما ورد بمحضر الكشـف وخلافاً لما ورد بأقوال المدعية ... لذا يكون الحكم قد احتوى خرق للقانون قرر قبول الطعن لمصلحة القانون اسـتناداً لأحكام المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ ونقض الحكم ...)[١].

ثانياً- القرارات التي يجوز الطعن فيها لمصلحة القانون:

إن القـرارات محـل الطعـن لمصلحة القانون هي القرارات الوارد ذكرهـا في المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ وهي القرارات الصادرة عن (اللجان القضائية أو عن مدير عـام دائـرة رعايـة القاصرين أو مدير رعايـة القاصرين المختص أو المنفذ العدل من شـأنه الإضرار بمصلحة الدولة أو القاصر أو اموال أي منهما أو مخالفة النظام العام ...) وحسـناً فعل المشرع عند شموله للقرارات الصادرة من اللجان القضائية في الطعن لمصلحة القانون ومنها القرارات الصادرة مـن هيـأة دعاوى الملكيـة ولجان التضمين وغيرها من اللجان وذلك لعـدم ورودها في قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسـنة ١٩٧٩ المعدل . وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٦٩٣٠/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢٦.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيـس الإدعاء العام طعن لمصلحـة القانون بالحكم البدائـي الصـادر من محكمة بـداءة الكرادة ... ولدى عطف النظر عـلى الحكم المطعون فيه لمصلحة القانـون وجـد أنـه غير صحيـح ومخالف للقانـون، ذلك أن المحكمـة نظرت الدعـوى وفقاً لأحكام قانـون هيـأة دعاوى الملكية رقم ١٣ لسـنة ٢٠١٠ والذي صدرت المادة ٧/ثانيـاً وثامناً منه حددت المبلغ الذي يعاد للمالك الأخير للعقار وهو قيمة العقار بتاريخ الكشـف الأخير والذي اسـتقر قضاء محكمـة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٣٣٢/الهيأة الموسـعة المدنيـة/٢٠١٥ في ٢٠١٥/١٠/١٣

١- القرار غير منشور.

على أن يوم ٢٠١٠/٣/٩ هو تاريخ الكشف الأخير باعتبار تاريخ نشر القانون في الوقائع العراقية في العدد (٤١٤٧) في ٩/آذار/٢٠١٠ في حين أن المحكمة قدرت قيمة العقار بتاريخ اقامة الدعوى في ٢٠١٥/٨/٢٦ .... وبذلك يكون الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون قد احتوى خرقاً للقانون من شأنه الإضرار بالمال العام ... قرر قبول الطعن ونقض الحكم ...)[١] .

المطلب الثاني

الجهة المختصة بنظر الطعن

إن قانون الإدعاء العام الملغي رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩ عهد الى هيأة خماسية في محكمة التمييز الاتحادية برئاسة رئيس محكمة التمييز أو احد نوابه وذلك بموجب احكام الفقرة (جـ) من المادة (٣٠) من القانون اعلاه بقولها:

(يكون الطعن لمصلحة القانون امام محكمة التمييز وينظر من هيأة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه فإذا تأيد أن في الحكم أو القرار المطعون فيه خرقاً للقانون تقرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لإصدار حكم أو قرار جديد ترسله تلقائياً الى محكمة التمييز وينظر من الهيأة الخماسية ويكون قرارها واجب الاتباع ولاتقبل الطعن بطريق تصحيح القرار).

ونرى من هذا النص أنه تضمن أربعة مبادئ مهمة لم يتطرق إليها نص المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ وهي:

١. وجوب نظر الطعن من قبل هيأة خماسية في محكمة التمييز الاتحادية برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية أو أحد نوابه .
٢. إلزام المحكمة المنقوض حكمها بعد اصدار القرار الأخير الذي يصدر اتباعاً للقرار التمييزي أن ترسل الدعوى تلقائياً الى محكمة التمييز الاتحادية. وهذه نقطة مهمة لكي تتحقق محكمة التمييز من أن المحكمة المنقوض قرارها قد اتبعت القرار التمييزي .
٣. عند اعادة الدعوى الى محكمة التمييز ينظر القرار من هيأة خماسية في محكمة التمييز ويكون قرارها واجب الاتباع.
٤. لا يقبل هذا القرار الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي.

بينما نلاحظ ان نص المادة (٧) من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ قد اغفلت بيان الجهة التي يقدم إليها الطعن وكذلك الاجراءات المتبعة فيه وهو نقص يسجل على التشريع

١- القرار غير منشور.

الجديد ولابد من إدخال تعديل على قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ لمعالجة هذا النقص التشريعي.

ولـو رجعنـا الى القواعـد العامة في قانـون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ نرى أنه حدد جهة الطعن التمييـزي في المادة (٢٠٣) منه بقولها:

(للخصـوم أن يطعنـوا تمييزاً لدى محكمـة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاسـتئناف أو محاكم البداءة أو محاكم الاحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة).

وامـام هذا الفراغ التشريعي فقد تصدت الهيأة المدنيـة لمحكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ١٨/هيـأة عامـة/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٨/٢٨ وجعلـت الطعن أمام الجهة التـي كان من المفروض أن تنظـر الطعـن ابتـداءً فيما لو تـم تقديم الطعن من اطراف العلاقة وعلى سـبيل المثـال فإن المحكمة المختصة بنظر دعوى الاستملاك أو إزالة الشيوع أو التخلية هي الاستئناف بصفتها التمييزية ولذلك يكون الطعن لمصلحة القانون في هذه القرارات أمام محكمة الاسـتئناف بصفتها التمييزية وحسـب الاختصـاص المكاني للمحكمة التي اصدرت القرار.

أمـا اذا كان القـرار صادراً من محكمـة قضاء الموظفين أو محكمة القضـاء الإداري فإن الطعن فيـه يكون امام المحكمـة الادارية العليا في مجلس الدولة.

ولذلك سـوف يتم تقسـيم هذا المبحث الى ثلاثة فروع الاول يتعلق بالطعن امام محكمة التمييز الاتحاديـة والثانـي يختص بالطعن امام محاكم الاسـتئناف بصفتها التمييزيـة والثالث يتطرق الى الطعـن امام المحكمة الادارية العليا.

الفرع الاول / الطعن لمصلحة القانون امام محكمة التمييز الاتحادية

نصـت المـادة (١٢) مـن قانـون التنظيـم القضائـي رقـم ١٦٠ لسـنة ١٩٧٩ المعـدل: على((محكمـة التمييـز: هـي الهيـأة القضائيـة العليـا التـي تمـارس الرقابـة عـلى جميـع المحاكم مـا لـم ينـص القانـون عـلى خـلاف ذلـك وتتألـف مـن رئيـس وخمسـة نـواب للرئيـس وقضاة لا يقل عددهم جميعاً عن ثلاثين ويكون مقرها في بغداد)).

أن التمييـز بوصفـه طريقاً مـن طرق الطعن يكون تارة جوازياً للشـخص وتـارةً وجوبياً على المحكمـة أن ترسـل قراراتهـا الى محكمة التمييز لتدقيقها تمييزاً ولا يمكـن تنفيذها إلا بعد مصادقة محكمـة التمييـز الاتحادية لها لدخولها في نطاق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مجال الاحوال الشـخصية أو حماية الاشـخاص الذين هم بحاجة الى الحماية كالصغار وذوي الحاجات العقلية أو

تتدخـل لحمايـة المال العام في الدعاوى المتعلقة ببيـت المال والوقف م/٣٠٩ مرافعات[١] .

وقد حدد القانون الأحكام التي يجوز الطعن فيها امام محكمة التمييز الاتحادية وهي:

١. الأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف بصفتها الاصلية.
٢. الأحكام الصادرة عن محاكم البداءة التي تزيد قيمتها على مليون دينار.
٣. الأحكام الصادرة عن محاكم البداءة في الدعاوى التابعة لرسم مقطوع.
٤. الأحكام الصادرة عن محاكم الاحوال الشخصية والمواد الشخصية.
٥. الأحكام الصادرة عن محاكم العمل.

كما حددت المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ المعدل الاسـباب التي توجب نقض الأحكام وهي:

١. اذا كان الحكم قد بني على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله.
٢. اذا كان الحكم قد صدر خلاف قواعد الاختصاص.
٣. اذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم.
٤. اذا صدر حكم يناقض حكماً سـابقاً صدر في الدعوى نفسـها بين الخصوم انفسهم... وحاز درجة البتات.
٥. اذا وقـع في الحكـم خطأ جوهـري: ويُعتبر الخطأ جوهرياً اذا اخطـأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفـل الفصـل في جهـة من جهات الدعوى أو فصـل في شيء لم يّدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى خلاف ما هو ثابت في محاضر الدعوى ... أو كان منطوق الحكم مناقضـاً بعضه لبعـض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية[٢].

الفرع الثاني / الطعن لمصلحة القانون امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية

لقـد نصـت الفقرة (٢) من المادة (٣٤) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ المعدل عـلى (تختص محكمة الاسـتئناف بالنظر فيما يأتـي -٢٠- في الطعن تمييزاً في الأحكام الصادرة من محاكـم البداءة بدرجة أخيرة كافة وفق احكام هذا القانون والقوانين الأخرى.

ولـو عطفنـا النظر على المادة (٣١) مـن قانون المرافعات والتي تضمنـت الدعاوى التي تنظرها محكمة البداءة بدرجة أخيرة والتي يتم الطعن فيها تمييزاً امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية لوجدنا انها نصت على م/٣١ تختص محكمة البداءة بدرجة أخيرة قابلة للتمييز بالنظر في الدعاوى

١- د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، طبعة جديدة ، بيروت ٢٠١٣ ، ص٤٠٤.
٢- انظر المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

الآتية:

١. دعاوى الدين والمنقول التي لاتزيد قيمتها عن مليون دينار.
٢. دعاوى إزالة الشيوع في العقار أو المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما.
٣. تخلية المأجور مهما بلغ مقدار الأجرة.
٤. دعوى حيازة وطلب التعويض اذا رفعت بالتبعية ولم تتجاوز قيمة التعويض مليون دينار.
٥. دعوى الأقساط المستحقة من الديون المقسطة على أن لايزيد مقدارها على مليون دينار.
٦. الدعاوى الأخرى التي تنص القوانين على اختصاص محكمة البداءة بدرجة أخيرة بها.

ونذكر هنا على سبيل المثال لا الحصر من الدعاوى التي جعل القانون الطعن فيها امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية دعوى الاستملاك وهذا ما استقر عليه القضاء بالقرار الصادر من محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية المرقم ٨٣١/ م/٢٠١٧ في ٢٦/١٠/٢٠١٧.

القرار:- (بعد التدقيق والمداولة وجد أن رئيس الإدعاء العام طعن لمصلحة القانون بالقرار الصادر من محكمة بداءة الكرادة المتضمن تقدير قيمة العقار المطلوب استملاكه ... ولدى عطف النظر في القرار المطعون به لمصلحة القانون وجد أنه قد احتوى على خرق للقانون تمثل بعدم مراعاة أسس التقدير العادل بحسب احكام المادتين (١/ثانياً و٣٣) من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل مما سبب اضراراً بأموال الدولة ، إذ كان المقتضى الاسترشاد في تقدير قيمة العقار بأسس التقدير المعتمدة في دوائر التسجيل العقاري والضريبة ، وكذلك بأقيام العقارات المجاورة والمماثلة مع مراعاة موقع العقار ودرجة عمرانه وملاحظة أن تقرير الخبير المنتخب غير دقيق لمغالاته في التقدير .... ولما تقدم ولما احتواه قرار الاستملاك الصادر من محكمة بداءة الكرادة من خرق للقانون ... قرر نقضه وإعادة الاضبارة لمحكمتها لاتباع ما تقدم ...)[١] .

الفرع الثالث / الطعن لمصلحة القانون امام المحكمة الإدارية العليا

لقد وردت تسمية المحكمة الإدارية العليا ضمن تشكيلات مجلس الدولة الواردة في المادة ٢/ أولاً بموجب قانون مجلس الدولة رقم ١٧ لسنة ٢٠١٣ التي نصت على:- يتكون المجلس من الآتي:

١. الهيأة العامة.
٢. هيأة الرئاسة.

١- القرار غير منشور.

٣. الهيئات المختصة.
٤. المحكمة الإدارية العليا.
٥. محكمة القضاء الإداري.
٦. محاكم قضاء الموظفين.

كما نصت المادة ٢/رابعاً من القانون أعلاه على:

أ. تشكل المحكمة الإدارية العليا في بغداد وتنعقد برئاسة رئيس المجلس أو من يخوله من المستشارين وعضوية (٦) ستة مستشارين و(٤) أربعة مستشارين مساعدين يسميهم رئيس المجلس.

ب. تمارس المحكمة الإدارية العليا الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين.

ج. ج-تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر فيما يأتي:

- الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.
- التنازع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.
- التنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين صادرين مكتسبين درجة البتات متناقضين عن محكمة القضاء الإداري أو قضاء الموظفين في موضوع واحد بين الخصوم انفسهم أو كان احدهم طرفاً في الدعوى وترجح احداهما.

يتضح من النصوص السابقة أن القرارات الصادرة من محاكم قضاء الموظفين ومحكمة القضاء الإداري مشمولة بأحكام الطعن لمصلحة القانون لانطباق نص المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام كونها محاكم مدنية وليست جزائية إلا أن القرار الصادر منها لا يتم الطعن فيه امام محكمة التمييز الاتحادية ولا امام المحكمة الاتحادية العليا وإنما امام المحكمة الإدارية العليا وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا ولا أمام محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية في العديد من القرارات ومنها القرار المرقم ١/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٢/١١ .

القرار:- (لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الإدارية العليا في مجلس الدولة ، وجد أن رئيس الإدعاء العام طعن لمصلحة القانون في الحكم الصادر من محكمة قضاء الموظفين القاضي بإلغاء الأمر الإداري (٦٩) الصادر من وزير الخارجية/ إضافة لوظيفته ... ولدى عطف النظر على

الحكـم المطعـون فيه لمصلحـة القانون وجد أن عريضـة التمييز بينت بأن الـوزارة صرفت للوكلاء والسـفراء المخصصات المنصوص عليها في قانون الخدمة الخارجية رقم ٤٥ لسـنة ٢٠٠٨ بالإضافة الى المخصصـات الاسـتثنائية المقـررة بموجب قـرار مجلس الوزراء رقم (٣٤٩) لسـنة ٢٠١٣ بينما الفقـرة (٥) من هذا القرار تمنع الجمـع بين المخصصات الممنوحة بموجب هذا القرار والمخصصات المقررة بموجب قوانين خاصة مما يشكل مخالفة للقرار، ومن حق الوزارة بل يجب عليها أن تسترد المبالـغ التي صرفت خلافاً للقرار.

وحيـث أن المحكمـة حكمـت بخلاف ذلك لـذا يكون حكمها غـير صحيح ويمثل خرقـاً للقانون وتتوافـر فيه شروط الطعن لمصلحـة القانون المنصوص عليها في المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ لذا قرر قبول الطعن لمصلحة القانون في الحكم الصادر من محكمة قضاء الموظفـين ونقـض الحكم وإعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها لإصدار حكم جديد وارسـاله تلقائياً الى هذه المحكمة لإجراء التدقيقات التمييزية عليه واشـعار رئاسـة الإدعاء العام بذلك ...)[١] .

المطلب الثالث

آثر الطعن لمصلحة القانون

إن القـرار الصـادر مـن الجهة المختصة بنظر الطعن سـواء كانت محكمة التمييـز الاتحادية أو محاكـم الاسـتئناف بصفتها التمييزيـة أو المحكمة الإدارية العليا، لا يتعـدى احد الاحتمالين الآتيين:

أولاً- عدم قبول الطعن لمصلحة القانون لعدم توفر الشروط القانونية ، سواء كانت موضوعية أو شكلية.

ثانياً- قبول الطعن اذا تأيد للجهة التي تتولى الطعن أن الحكم أو القرار المطعون فيه قد حصل فيـه خـرقٌ للقانون وألحـق ضرراً بأموال الدولـة أو القاصر أو بمصلحتهما، وفي هـذه الحالة تقرر نقـض الحكـم واعادته الى محكمته أو الجهة التي أصدرت القرار لتتولى اصدار حكم أو قرار جديد

مـن هـذا يتضح أنه اذا قبلت المحكمة الطعن لمصلحة القانون ونقضت الحكم ، فأن الأثر المترتب في هذا الحكم يختلف بحسب الفلسفة القائم عليها هذا الطعن وغايته فبعض القوانين ومنها القانون المـصري والتونـسي والمغربي والجزائري اكتفت بنقض الحكم وتنبيه المحاكم الى الخطأ الذي شـاب الحكم دون أن تكون له قيمة عملية تعود على الخصوم، فليس له مردود على مراكزهم القانونية في الدعوى ، فالطعن عديم الأثر على الخصوم، بل هو وسيلة تشريعية تستهدف تجنب الأحكام الخاطئة

١- القرار غير منشور .

واحترام المبادئ القانونية دون أن يكون له تأثير على المراكز القانونية المكتسبة في هذا الحكم المعيب ، فلا يجوز للخصم المتضرر من الحكم المنقوض أن يتمسك بنقضه للتخلص من آثاره وانما الغاية منه توحيد المبادئ القانونية لاستقرار المبادئ القانونية واستبعاد الاجتهاد الخاطئ ومن ثم توحيد الأحكام.

ولاشك أن تلك النتيجة غير منطقية وغير عادلة ولهذا تبنت بعض القوانين ومنها القانون العراقي والاماراتي اتجاهاً عملياً ولم تكتف بالمصلحة النظرية وانما اصبح للحكم مردود على الخصوم ومراكزهم القانونية وحقوقهم المكتسبة، إذ لاتقف محكمة التمييز عند حد نقض الحكم ، بل تعيده الى المحكمة التي أصدرته لإصدار حكم جديد أو قرار جديد على هدى ما أقرته محكمة التمييز.

ولهذا فقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين تضمن الأول: أثر الطعن بالنسبة لأطراف الدعوى وتطرقنا في الثاني: الى أثر الطعن بالنسبة للغير.

الفرع الأول / أثر الطعن لمصلحة القانون بالنسبة لأطراف الدعوى

لم يرد في المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ بيان للأثر المترتب على الطعن ولا الجهة المختصة بنظر الطعن ولا نتيجة القرار الصادر من المحكمة المختصة بالطعن كما لم يلزم القانون ذاته المحكمة أو جهة اصدار القرار ارساله الى الجهة التي نظرت الطعن تلقائياً خلافاً لما ورد في قانون الإدعاء العام العراقي الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل الذي نص على (... اذا تأيد أن الحكم أو القرار المطعون فيه خرقاً للقانون تقرر نقضه وإعادة الدعوى الى محكمتها لإصدار حكم جديد ترسله تلقائياً الى محكمة التمييز وينظر من الهيأة الخماسية ويكون قرارها واجب الاتباع ولا يقبل الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي)[١] ولكون القانون النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ ترك المسألة يشوبها الغموض ، فأنه وبالرجوع الى القواعد العامة في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل تنص على أن الحكم الصادر من محكمة التمييز واجب الاتباع استناداً لأحكام المادة (٢١٥) من قانون المرافعات أعلاه.

كما نصت الفقرة (٣) من المادة (٢١٠) مرافعات مدنية على (بعد اكمال التدقيقات التمييزية تصدر المحكمة المختصة بنظر الطعن قرارها على احد الوجوه التالية ٣- نقض الحكم المميز اذا توفر سبب من الأسباب الواردة في المادة (٢٠٣) من هذا القانون) كما نصت المادة ٢/٢١٢

١- ينظر المادة ٣٠ من قانون الإدعاء العام رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

مرافعـات (اذا نقـض الحكم لغير ذلك من الأسـباب تعاد القضية الى المحكمـة التي أصدرته لتفصل فيها مجدداً...).

مـن هـذا يتضح بأن القرار المنقوض له تأثير على مراكز الخصـوم القانونية وعلى الحقوق التي اكتسـبها الخصـوم بموجب الحكـم أو القرار المطعون فيـه لمصلحة القانون ، وبذلـك يكون الحكم أو القـرار المطعـون فيه وكل ما كسـبه أحد الطرفين لاغياً ولا يعتد بالقـرار أو الحكم المنقوض ولا يجـوز التمسـك به من قبل طرفي الدعوى لأنه بُني على خـرق للقانون وعند إعادة الدعوى الى الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار ينبغي أن تفصل فيها بحكم أو قرار جديد وهذا مااستقر عليه قضاء محكمـة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٢٣٦٢/الهيـأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٢/٥/٢٠١٩.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيـس الإدعاء العام طعن لمصلحـة القانون بالحكم الصـادر مـن محكمة بـداءة العمارة القـاضي بإلزام المدعى عليـه/ إضافة لوظيفتـه بالمبلغ المذكور عـن أجـور خدمـة الانترنيـت ... ولدى عطف النظـر في الحكم المطعـون فيه لمصلحـة القانون وجد أنـه غـير صحيح ومخالف للقانون لعدم اسـتكمال المحكمة تحقيقاتهـا اللازمة في موضوع الدعوى التـي كانـت الدولة طرفاً فيها ، فكان المقتضى دعوة عضو الإدعـاء العام للحضور فيها لبيان أقواله ومطالعاتـه ومراجعة طـرق الطعن القانونية في القرارات والأحكام الصـادرة فيها ومتابعتها عملاً بأحـكام المادة/٥/سادسـاً مـن قانـون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧، كمـا أن المحكمة قضت بأجـور الخدمة الهاتفية لغاية ٢٠١٨/١٢/٣١ رغم أن الدعوى أقيمت ودفع الرسـم القانوني عنها بتاريـخ ٢٠١٨/٤/٢٣ والـذي تعتـبر تاريخ المطالبة القضائيـة، كما أن هنالـك مطالعة مقدمة من مديرية حسابات تربية ميسان تشير الى وجود مبالغ مسددة عن خدمة الانترنيت تبلغ عشرة ملايين دينار فكان يتعين على المحكمة عرض الدعوى على خبير حسـابي لاحتسـاب المبالغ المسددة وتنزيلها من أصل المبلغ ، كما يقتضي التحقق من دفع وكيل المدعى عليه/ إضافة لوظيفته المتضمن أن الخدمة الهاتفية متوقفة وغير متوفرة أصلاً وحيث أن تلك النواقص والاخطاء الإجرائية أخلت بصحة الحكم الـذي احتـوى خـرق للقانون أضر بمصلحة الدولـة واموالها ... قرر قبول الطعـن لمصلحة القانون ونقـض الحكـم البدائي محل الطعن وإعادة الدعـوى الى محكمتها لاتباع ماتقدم...)[١].

أن القانـون الحـالي لم يُلزم المحكمة أو جهة اصدار القرار إرسـاله تلقائياً الى جهة الطعن خلافاً للقانـون السـابق وهذا نقـص تشريعي ... كما لم ينص على عدم قبـول الطعن فيه بطريق تصحيح القـرار التمييـزي كما لايترتب على الطعن لمصلحة القانون وقـف تنفيذ الحكم المطعون فيه لمصلحة

١- القرار غير منشور.

القانـون لخلـو نص المـادة (٥٣) من قانون التنفيذ من الإشـارة الى الطعن لمصلحة القانون.

الفرع الثاني / أثر الطعن لمصلحة القانون بالنسبة للغير

إذا مـا اصـدرت محكمة الموضوع قرارها فإن هذا الحكم أو القرار سـوف يتأثر به الخصوم أو اطـراف الدعوى كما اسـلفنا في الفرع الأول، ولكـن هنالك اغيار يمس القرار أو الحكم حقوقهم فما هو أثر الطعن بالنسبة لهؤلاء؟

أن الطعـن لمصلحـة القانـون يرتب آثـاراً على الخصـوم، فهو يـؤدي الى نقضه الحكم السـابق وإصـدار حكـم جديـد محله. ويؤثر على المركـز القانوني للخصوم والحقوق المكتسـبة للغير ويمثل مساسـاً بالاسـتقرار المفترض للأحكام وقـد تجلى أثر الطعن على الخصوم بالقـرار التمييزي المرقم ٢١٨٠/ الهيـأة المدنيـة/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٢٦.

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجد أن رئيـس الإدعاء العام طعن لمصلحـة القانون بالحكم الصـادر من محكمـة بداءة الديوانية القاضي بإلـزام المدعى عليه وزير العدل والشـخص الثالث الى جانبـه مديـر بلديـة الديوانية/ إضافة لوظيفتهما بتسـجيل العقار موضوع الدعوى باسـم المدعي. ولدى عطف النظر على الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلـك أن الثابـت من وقائع الدعـوى أن تخصيص العقار للمدعي كان عام ٢٠٠٥ ويتم التسـجيل في هذه الحالة وفقاً لأحكام المادة ٢٧٢ من قانون التسـجيل العقاري رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧١ المعدل من قبـل الجهـات الإداريـة أن كان لذلك مقتضى مـن القانون . وأن مجرد وجـود كتاب تخصيص لدى المدعـي صادر من مديرية البلدية لا يعد سـبباً من أسـباب كسـب الملكية وأن احـكام المحاكم المدنية تعالج حالات التخصيص الصادر قبل ٢٠٠٣/٤/٩ وفقاً لأعمام الأمانة العامة لمجلس الوزراء المرقم ق/٢/١/٤٦/١١٢٧٨ في ٢٠٠٥/٩/١٣ ولا تتنـاول التخصيصـات اللاحقـة للتاريخ المذكور . ولما كان الحكـم المطعـون فيـه لمصلحة القانون قد اغفـل وجهة النظر القانونيـة المتقدمة فأنه يكون قد احتـوى خـرق للقانـون وألحق ضرراً بأمـوال الدولة ومصالحهـا ... لذا قرر نقـض الحكم البدائي المطعون فيـه لمصلحة القانون ...)[١] .

فالقـرار الجديد الصادر من المحكمة المختصة بنظـر الطعن لمصلحة القانون يؤثر على الخصوم (وهم اطراف الدعوى) وعلى الغير.

والغـير هـو الشـخص الذي لم يكن مـن الخصوم في الدعـوى التي صدر فيها الحكم لا بنفسـه

١- القرار غير منشور.

ولا بنيابة غيره عنه، فهو لم يكن من اشـخاص الدعوى وهم المدعي والمدعى عليه والشـخص الثالث ، فهؤلاء اطراف الدعوى سـواء مارسـوا الدعوى بأنفسهم أو بواسـطة من ينوب عنهم قانوناً نيابة اتفاقيـة أو قانونيـة كالوكيـل والـولي والوصي والقيم ومتـولي الوقف ومن يمثل الشـخص المعنوي وغيرهم.

لـذا فقـد رأينا أنه ليس بالضرورة أن يقتصر أثر الطعن لمصلحـة القانون على طرفي الدعوى بل قد يشـمل اشـخاصاً آخرين تنصرف إليهم آثار الطعن ولم يكونوا طرفاً في الدعوى ولا ممثلين فيها وذلـك لأنهـم يخلفـون أحد اطراف الدعـوى في ذمته كلاً أو جزءاً ومن هـؤلاء الخلف العام والخلف الخاص وقسـم آخر لا من الخلف العام ولا الخاص وإنما الغير الأجنبي عن اطراف الدعوى.

١. الخلـف العـام: هـو مـن يخلـف الشـخص في ذمته الماليـة كلهـا أو في جزء شـائع منها أي يخلفونـه ويشـمل الـوارث والموصى لـه. والخلف العـام يحل محل سـلفه بمقتضى احكام المـيراث والوصيـة ومن الطبيعي أن يتأثر بالحكم الصادر وبالالتزامات التي ابرمها سـلفه (احد اطراف الدعوى) فإذا باع شخص عينا ولم يستلم ثمنها ثم توفي فإن حقه في المطالبة بالثمـن ينتقـل الى الورثة والموصى لهم بجزء شـائع من التركة.

٢. الخلـف الخـاص: هـم الذين يخلفـون احد اطـراف الدعوى بحق شـخصي وهـم الدائنون العاديون. والخلف الخاص هو من يتلقى من سـلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً آخـر على هذا الشيء فالمشـتري خلف للبائـع في الشيء المبيع[١] .

٣. الأجنبـي الحقيقـي أو الغـير الحقيقـي عـن طـرفي الدعـوى: وهـو الشـخص الـذي لا تربطـه في الحـال أو في المسـتقبل أية رابطة ملزمة بأحد اطراف الدعوى ويسـمى بالغير الأجنبـي فهـو لم يدخل في الدعوى ولم يتم تمثيله فيها وليـس دائن أو مدين لأحد اطراف الدعوى ولا صاحب حق عيني لذا فهو يتأثر بالحكم الصادر في الدعوى وبإجراءات الطعن لمصلحـة القانـون ولكـن هنالك قيود تـرد على هذا المبـدأ وينصرف أثر الطعـن الى الاغيار البعيديـن عن اطراف الدعوى انصرافاً أكيـداً ويتم تقييدهم ببعض آثارها:

أ. فعقـد الـزواج تنـصرف بعض آثاره الى الكافـة فيوجب حرمة الزوجة عـلى غير زوجها ما بقيت الزوجية قائمة.

ب. العقود الناقلة للملكية أو المنشئة للحقوق العينية يترتب آثارها.

وقد أصدرت محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية قراراً انصرف الى الغير مشتري العقار

١- عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص٢٩٤ .

في دعوى إزالة الشـيوع بسـبب بطلان إجراءات البيع وذلك بقرارها المرقم ٢٧١/ت/ب/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٩ .

القـرار:- (لـدى التدقيق والمداولة وجـد أن الطعن لمصلحة القانون مقدم ضمـن المدة القانونية قرر قبوله شـكلاً. ولدى عطف النظر على موضوعه وجد أن الحكم الصادر من محكمة بداءة شـط العـرب غـير صحيح ومخالف للقانـون ذلك أن المدعين قد أقاموا الدعوى ضـد المدعى عليهم طالبين فيها إزالة شيوع العقار موضوع الدعوى لعدم رغبتهم في البقاء على الشيوع وقد حضر المحامي (ح) ممثلاً عن المدعين بموجب الوكالة الصادرة من دولة الكويت وتلاحظ المحكمة أن اسـم جد المتداعين هو (عبد الإله القناعي) ولم تلتفت محكمة البداءة الى ذلك كما حضر المحامي (ح) وكيلاً عن المحامي (م) بموجب وكالة خاصة مصدقة من نفس المحكمة وحسـب وكالته عن (عبدالله عبد الرحمن عبد الإله) الصادرة من الكويت وقد اعتبرته المحكمة وكيلاً عن المدعى عليهم رغم أن الوكالة لم تشر إليهم كما أن الدعوى أقيمت امام محكمة غير مختصة كونه يدخل ضمن اعمال محكمة بداءة البصرة وأن المحكمة حسمت الدعوى رغم عدم تبليغ وحضور بقية المدعى عليهم أو حضور من يمثلهم ولم تجر الكشف على العقار بمعرفة خبير لمعرفة قابلية العقار للقسمة من عدمه وتثبيت واقع حال العقار لذا يكـون حكمهـا المطعون فيه لمصلحة القانون قد احتوى على خرق للقانون من شـأنه مخالفة النظام العام الأمر الذي تنطبق عليه المادة ٧/ثانياً/أ من قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ . عليه قرر قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون، أما الإجراءات التنفيذية فقد أصبحت غـير ذي محل بعد نقض قرار الحكم بإزالة الشـيوع عليه قـرر رده من هذه الجهة وإعادة الدعوى لمحكمتها لإصدار حكم جديد واشعار رئاسة الإدعاء العام بذلك...)[١] .

الخاتمـــــة

بعـد أن انهيـت هذه الدراسـة لموضـوع الطعن لمصلحـة القانون، لا اسـتطيع أن ازعـم أني قد أسـتوفيت جميع متطلباته واطلعت بكل جوانبه فهو موضوع واسـع وعميق، وفي دراسـته صعوبة لأن ما كتب حوله قليل ونادر، وقد كان تركيزنا في هذه الدراسـة على أهم الأسـس التي يقوم عليها طريـق الطعـن لمصلحة القانون في ضوء قانون الإدعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧ الذي يُعد حديث العهـد في العـراق فقـد شرع قانون الإدعـاء العام وأصبح نافـذاً في ٢٠١٧/٣/٦ من تأريخ نشره في الوقائع العراقية بالعـدد ٤٤٣٧ في ٢٠١٧/٣/٦.

١- القرار غير منشور .

وقد جاء هذا القانون بمبدأ جديد لم يكن موجوداً في قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، فلم يقتصر على الطعن بالقرارات والأحكام وإنما توسع ليشمل القرارات الصادرة من اللجان القضائية كما أنه زاد من مدة التقادم المسقط للطعن في القرار أو الحكم وجعلها (٥) سنوات بدلاً من (٣) سنوات.

ويعد قبول الطعن لمصلحة القانون المقدم من رئيس الإدعاء العام خروجاً عن المبدأ المقرر في المادة (١٦٩) من قانون المرافعات المدنية وهو أن لا يقبل الطعن في الأحكام إلا ممن خسر الدعوى، بمعنى أن يكون الطعن موجهاً ممن كان طرفاً في الدعوى، إلا أن صفة الطعن في الحكم من دون أن يكون خصماً فيه قد منحها القانون لرئيس الإدعاء العام إستثناءً لارتباط ذلك بحماية مصلحة عامة وتعزيز مبدأ سيادة القانون.

وقد اسلفنا أن القانون المصري والفرنسي والجزائري واللبناني والتونسي لا يرتب أثراً عند نقض الحكم المطعون فيه لمصلحة القانون فهو لا يؤثر على المراكز القانونية للخصوم ولا يؤثر على الحقوق المكتسبة من الحكم وأن الغاية منه معالجة ما يشوب الأحكام من أخطاء بنيت عليها عند صدورها ويتعذر معالجتها وفق طرق الطعن التي حددها القانون فهو وسيلة استثنائية ترمي الى مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل القضائي وتؤدي الى تناقض الأحكام في المسألة القانونية الواحدة فتضع حداً لتضارب الأحكام والقرارات وللحفاظ على المبادئ القانونية التي تعد بمثابة سوابق قضائية فنظام الطعن لمصلحة القانون يعد ضمانة مهمة لتحقيق الاستقرار والأمن القانوني وهو في القانون المصري ومن حذا حذوه ليس له مردود بالسلب أو الايجاب على مراكز الخصوم، إذ يقتصر أثر نقض الحكم على بيان أوجه مخالفته للقانون.

وخلاف ذلك نهج المشرع العراقي والاماراتي الى أن نقض الحكم يؤدي الى إعادته الى المحكمة التي أصدرته؛ لإصدار حكمٍ جديدٍ متبعة ماورد بالقرار التمييزي الواجب الاتباع فهو يؤثر على مراكز الخصوم والحقوق المكتسبة من جراء الحكم فيؤدي الى الغاء الحكم السابق المخالف للقانون وتوجيه المحكمة بالتطبيق السليم لأحكام القانون لإلغاء الأحكام المعيبة الصادرة من محاكم الموضوع مما يؤدي الى استقرار المبادئ القانونية ومنع تضارب الأحكام وفي نهاية هذا البحث أود أن اطرح ماتبين لي من نتائج ومقترحات توصلت إليها في هذا البحث وهي كالآتي:-

أولاً- النتائج :-

١. إن القانون حصر حق الطعن لمصلحة القانون برئيس الإدعاء العام دون غيره.
٢. إن المشرع حدد مدة (٥) سنوات من تاريخ اكتساب الحكم أو القرار الدرجة القطعية.
٣. إن المشرع اشترط لقبول الطعن حصول خرق للقانون من شأنه الإضرار بمصلحة الدولة

أو القاصر أو اموالهما أو مخالفة النظام العام.

٤. إن المشرع حدد نطاق سريان الطعن لمصلحة القانون بأحكام المحاكم المدنية ومدير رعاية القاصرين أو مدير عام رعاية القاصرين أو المنفذ العدل أو اللجان القضائية.

٥. إن المشرع لم يحدد الجهة المختصة بنظر الطعن وترك ذلك الى القواعد العامة .

٦. إن المشرع لم يحدد مصير الحكم المنقوض وهل ترسله المحكمة تلقائياً الى المحكمة التي أصدرت قرار النقض.

٧. لم ينص المشرع على كون القرار الصادر من المحكمة التي أصدرت القرار بنقض الحكم قابل للطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي من عدمه.

٨. لم يتطرق المشرع الى قرار رئيس الإدعاء العام برد طلب الطعن هل يقبل الطعن فيه امام محكمة التمييز الاتحادية أو أية محكمة أخرى.

ثانياً- التوصيات:-

١. أرى وجوب عدم اقتصار الطعن لمصلحة القانون برئيس الإدعاء العام (حصراً) بل اناطة المهمة الى نائب رئيس الإدعاء العام باعتباره يملك صلاحيات الرئيس عند غيابه.

٢. إعتماد نص المادة ٣٠ من قانون الإدعاء العام الملغي رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل فيما يتعلق بالهيأة الخماسية المختصة بنظر الطعن لخطورة الطعن لمصلحة القانون كونه إستثناءاً من القواعد العامة وإلغاء لحجية الأحكام الباته ولكونه يمثل الحق العام ولا يمثل حقوقاً شخصية بحتة، وبالتالي من الجدير بمحكمة التمييز اناطة الطعن الى الهيأة الخماسية في محكمة التمييز.

٣. لكون هنالك خصوصية لبعض القوانين وقد انيطت مهمة الطعن بها امام محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية أرى النص على جواز الطعن بطريق تصحيح القرار التمييزي من قبل الإدعاء العام امام محكمة التمييز الاتحادية في حالة عدم استجابة محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية لطلب الطعن لمصلحة القانون.

٤. أرى النص على عدم انعقاد جلسات المحاكم في الاستئناف بصفتها الاصلية دون حضور عضو الإدعاء العام أسوة بالجنايات لأهمية الدعوى الاستئنافية.

المصادر والمراجع

أولاً- المراجـع:

القرآن الكريم

١. د. إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، الكويت ١٩٨٨.

٢. د. احمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، مطبعة المعارف ، ١٩٨٦.

٣. د. احمـد السـيد الصاوي، الوسـيط في شرح قانون المرافعات المدنيـة والتجارية ، القاهرة ٢٠١١.

٤. د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ١٩٨٨.

٥. حبيب الهرمزي، الرقابة على المؤسسات العامة في التشريع العراقي، بغداد١٩٧٧.

٦. حلمي محمد الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية ، القاهرة ٢٠٠٢.

٧. القاضي خالد سيد ناجي، الطعن لمصلحة القانون في التشريع العراقي، بغداد ٢٠١٠.

٨. رمزي سيف، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، دار النهضة ١٩٥٧ .

٩. زينة مهدي حسون، حماية الأموال العامة باستخدام وسائل الضبط الإداري، بغداد٢٠٠٤.

١٠. د. سحر عبد الستار امام، الطعن لمصلحة القانون بين النظرية والتطبيق، القاهرة ٢٠١١ .

١١. د. سعدون القشطيني، شرح احكام المرافعات ، بغداد ١٩٧٩ .

١٢. عاشور سليمان صالح، مسؤولية الإدارة عن قرارات الضبط الإداري، بنغازي١٩٩٧.

١٣. عامر احمد المختار، تنظيم سلطة الضبط الإداري في العراق، بغداد ١٩٧٢.

١٤. د. عباس العبودي، شرح احكام المرافعات المدنية ، دار السنهوري ، ط١، بغداد ١٩٩٧ .

١٥. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج١، بغداد ١٩٩٦.

١٦. د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة ١٩٣٨.

١٧. د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز، بغداد ١٩٩١.

١٨. د. عبـد المجيـد الحكيـم، الموجز في شرح القانـون المدني العراقي، مصـادر الالتزام، بدون سنة طبع.

١٩. د. عبد المنعم الشرقاوي ، نظرية المصلحة في الدعوى ، القاهرة ١٩٤٧.

٢٠. د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، عمان ١٩٩٨.

٢١. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، القاهرة ١٩٨١.

٢٢. القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات ، ج٢، بيروت ٢٠١٩.

٢٣. د. محمد محمود إبراهيم، الوجيز في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٣ .
٢٤. د. منذر الشاوي، نظرية القانون في المذاهب الشمولية ، عمان ٢٠٠٩.
٢٥. منير القاضي، شرح المرافعات المدنية والتجارية ، بغداد ١٩٥٧.
٢٦. د. نجيب بكير، دور النيابة العامة في قانون المرافعات ، جامعة عين شمس ١٩٧٤.

ثانياً- القرارات التمييزية

١. ٣٦٥/هيأة عامة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٩/٢/١٠.
٢. ٤٤/اتحادية/تمييز/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/١٦.
٣. ٢٢٨/الهيأة الموسعة المدنية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١١/٢١.
٤. ٣٧٠٨/الهيأة المدنية/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٢٨.
٥. ٦٥/ طعن لمصلحة القانون/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٩/٤.
٦. ١٢٤/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٢/١٩.
٧. ١٨/هيأة عامة/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٨/٢٨.
٨. ٤٨٨٥/الهيأة المدنية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٩/٢٧.
٩. ٣/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/١٩.
١٠. ٨٢٠/ ت/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٣.
١١. ٨٣١/ م/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٦.
١٢. ٢٦٤/ ت/طعن/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٩.
١٣. ٢٧١/ ت/ ب/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٠/٢٩.
١٤. ٥٨٣٩/الهيأة المدنية/٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/٢٠.
١٥. ٥٩٨٤/ الهيأة المدنية/ ٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/٢٦.
١٦. ٨٦١/ م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٢/٩.
١٧. ١/ طعن لمصلحة القانون/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٢/١١.
١٨. ٤٦/مدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٦.
١٩. ٢١٨٠/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٢٦.
٢٠. ١٥٨٩/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/٢٨.
٢١. ٤٣٧٧/هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/١٥.
٢٢. ٤٥٩٥/هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٨ في

٢٠١٨/٥/١٦.

٢٣. ٣٢٥٠/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/٢٠.

٢٤. ٣٤٥٦/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/٣٠.

٢٥. ٢٦٦٩/الهيأة الاستئنافية/عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/٣١.

٢٦. ١٦٧٦/هـ . أ. م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/١١.

٢٧. ٨٧/ ت/متفرقة/ ش/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢٨.

٢٨. ١٤٨/ ت/ ب/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٢٨.

٢٩. ٤٩٢٩/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/١٤.

٣٠. ٥٣٣٧/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/٩.

٣١. ٥٧/مدنية/ت/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/١٣.

٣٢. ٦٠٣٠/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٠/١٧.

٣٣. ٦٠٣١/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٠/١٧.

٣٤. ٦٢٨٦/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٠/٣١.

٣٥. ٧٥٣/ م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/١.

٣٦. ٧٥٤/ م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/١.

٣٧. ١٣٣/ طعن لمصلحة القانون/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٤.

٣٨. ٤٦٨/ حقوقية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٧.

٣٩. ٣٨٢/ هـ. موسعة. م/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٨.

٤٠. ٦٨٢٠/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢١.

٤١. ١٤٥/هيأة دعاوى الملكية/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢٥.

٤٢. ٦٩٣٠/الهيأة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢٦.

٤٣. ١٤٧/هيأة دعاوى الملكية/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١١/٢٧.

٤٤. ١٥٠٣/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٢/٢٤.

٤٥. ١/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/٤.

٤٦. ٢٣٥٣/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/١٠.

٤٧. ٣٧/طعن لمصلحة القانون/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٤/١٠.

٤٨. ٢٩٢٨/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/١٢.

٤٩. ٣١٥٩/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/١٩.

٥٠. ٣٣٢٤/هيأة مدنية/٢٠١٩ في ٢١/٥/٢٠١٩.
٥١. ٢٣٦٢/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٢/٥/٢٠١٩.
٥٢. ٣٠٦/ م/٢٠١٩ في ٢٦/٥/٢٠١٩.
٥٣. ٣٨٨٠/ هـ. م/٢٠١٩ في ٢٣/٦/٢٠١٩.
٥٤. ٦٠٩٤/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ١٤/١٠/٢٠١٩.
٥٥. ٦٣٢٣/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٢/١٠/٢٠١٩.
٥٦. ٦٣٢٤/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٢٢/١٠/٢٠١٩.
٥٧. ١١٨٥٢/هيأة الأحوال الشخصية/٢٠١٩ في ١٠/١١/٢٠١٩.
٥٨. ٢/طعن لمصلحة القانون/تمييز/٢٠١٩ في ١٤/١١/٢٠١٩.
٥٩. ٧٩٠٠/الهيأة المدنية/٢٠١٩ في ٣٠/١٢/٢٠١٩.
٦٠. ٧٠/هيأة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/طعن لمصلحة القانون/٢٠٢٠ في ٣/١/٢٠٢٠.

القوانيـــــن :

١. قانون المرافعات المدنية ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٢. قانون الاثبات.
٣. القانون المدني.
٤. قانون التنظيم القضائي.
٥. قانون مجلس الدولة.
٦. قانون المحكمة الاتحادية.
٧. قانون العمل.

المجـــــــلات:

١. مجلة القضاء ع/٣و٤ ١٩٩٠ بحث للقاضي إبراهيم المشاهدي.
٢. مجلة العلوم القانونية ع/١ ١٩٩٦ بحث للدكتور غازي فيصل.
٣. مجلة حمورابي ع/٢ ٢٠٠٩.

الآثار القانونية لجائحة كورونا على العقود الحكومية

الطالب: محمد شاكر محمود حسن
المعهد القضائي – الدورة (٤٢)
الجزء الثاني

المستخلص

تتعلـق هذه الدراسـة بالظروف الخارجية التي قد ترافق العقـد الحكومي وتؤثر فيه، والتي لم يبين أحكامها قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسـنة ٢٠٠٤، الأمر الذي اسـتوجب الرجوع إلى القواعد العامـة الـواردة في القانونـي المدني، وكذلـك الضوابط الملحقـة بتعليمات تنفيذ العقـود الحكومية الصـادرة عـن وزارة التخطيط، إذ تتنوع هـذه الظروف وتتعدد، وتبعاً لذلك يتباين أثرها، فمنها ما يجعـل تنفيذ العقد مسـتحيلاً، ومنها ما يجعل تنفيذه مرهقاً، فضـلاً عن ذلك، فإن هذه الظروف لا يقتصر أثرها على مرحلة تنفيذ العقد الحكومي، بل يتعداه إلى مرحلة الانعقاد، والانتقال، والانقضاء، ومـن هـذا المنطلق كانت جائحة كورونا هي محور الدراسـة، إذ أبرزت الأثـر الذي رتبته على العقد الحكومـي ومراحله المختلفة، وآلية تعامل السـلطتين القضائية والتنفيذية مع آثارها.

وبنتيجة الدراسـة تبين أن المشرع العراقي لم ينظم أحكام آثار الجوائح على الالتزامات العقدية، بـل اكتفـى بالأخـذ بنظرية الظروف الطارئـة، أو نظرية القوة القاهرة، لذلك أوصت هذه الدراسـة المـشرع العراقي بـضرورة تشريع قانون للعقـود الحكومية يكون أكثر تفصيـلاً، وأدق صياغة من القانـون الحـالي النافذ، وأن يعالج كيفية التعامل مع الجوائـح، ووضع تعريف لها، وبيان طبيعتها القانونية، وكذلك أوصت الدراسـة السـلطة التنفيذية إلى عدم إطلاق وصف واحد عند حصول أمر مماثـل 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 البحث

تعود أسباب اختيار الموضوع إلى الرغبة في دراسة هذا الموضوع لحداثته، وما سببه من اختلاف في الطبيعة القانونية لجائحة كورونا، والحكم المترتب على كل أثر، فضلاً عن الرغبة في إظهار الطريقة التي تم التعامل معها من قبل السلطات المتعددة داخل الدولة في ظل غياب النصوص القانونية الخاصة 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 السلطة التنفيذية في العراق؟ وما هو موقف الفقه والقضاء العراقيين من تكييف الجائحة ؟ وهل أنتجت أثراً أم لم تؤثر في العقود جميعها ؟ وهل يصحُّ إطلاقُ وصفاً قانونياً واحداً على الجائحة ينطبق على جميع العقود ؟ وما مدى إلزام قرارات اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية للقضاء بوصف الجائحة بالقوة قاهرة ؟.

خامساً: منهجية البحث ونطاقه

إن طبيعة البحث تقتضي منّا أن نتناوله بأكثر من منهج علمي، فقد تم استعمال المنهج الوصفي؛ وذلك من أجل توضيح بعض المفاهيم المتعلقة بموضوع الدراسة، كما تمت الاستعانة بالمنهج التحليلي لغرض تحليل الآثار القانونية المترتبة على العقود الحكومية، واستنباط الأحكام من النصوص القانونية ومدى تأثر الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين من جراء جائحة كورونا، ولإضفاء الطابع العملي على البحث، فقد تم الاستشهاد بالأحكام القضائية.

سادساً: خطة البحث

تقتضي تقسيم الدراسة على مبحثين، حيث نبين في المبحث الأول مفهوم جائحة كورونا والعقود الحكومية، وذلك عبر مطلبين، نتناول في المطلب الأول تعريف الجائحة، وفي المطلب الثاني نتكلم عن تعريف العقود الحكومية، في حين نوضح في المبحث الثاني الأثر القانوني لجائحة كورونا على مراحل العقود الحكومية؛ وذلك من خلال مطلبين اثنين نكرس المطلب الأول لدراسة أثر الجائحة على انعقاد وتنفيذ العقد الحكومي، وفي المطلب الثاني نتولى بيان أثر الجائحة على انتقال وانتهاء العقد الحكومي، ونبحث في دعوى المسؤولية الناشئة عن جائحة كورونا، وفي الخاتمة نتطرق لأهم الاستنتاجات التي خَلُص إليها الباحث، والمقترحات التي نرى أنّ من شأنها إثراء هذه الفكرة وحيويتها في مجال العقود الحكومية، سائلين الله الخير والسداد.

المبحث الثاني

الآثار القانونية لجائحة كورونا على مراحل العقد الحكومي

على الرغم من أنَّ جائحة فايروس كورونا هي أزمة صحيّة في الأساس، لكنّها سببت مشاكلاً اقتصاديةً كبرى، ألقت بظلالها على الحكومات والشعوب في تعاملاتهم المالية، وبعد أن اجتمعت في الفايروس شروط الجائحة، أُتّخذ القرار بصدد مواجهته دولياً ووطنياً، وأُعلن عنه كجائحة، واتخذت إجراءات حكومية مشدّدة تمثلت بإغلاق الحدود وحظر التجوال، فتبادر إلى الذهن سؤالٌ يتمثل في مدى تأثير هذه الإجراءات على الالتزامات العقدية، ومنها بالتحديد العقود الحكومية، لأنّها تمرُّ بمراحل الانعقاد والتنفيذ، وانتقال العقد وانتهائه، وتأسيساً على ما تقدم سيُقسم هذا المبحث على مطلبين، ندرس في المطلب الأول أثر جائحة كورونا على انعقاد العقد وتنفيذه، ومن ثم نخصص المطلب الثاني لنبين أثر جائحة كورونا على انتقال العقد الحكومي وانتهائه.

المطلب الأول

أثر جائحة كورونا على انعقاد العقد وتنفيذه

من أجل الإلمام بجزئيات هذا الأثر، في هذه المرحلة من مراحل العقد، سيتم توزيع هذا المطلب على فرعين: يتناول الفرع الأول أثر جائحة كورونا على انعقاد العقد الحكومي، ونبحث في الفرع الثاني أثر الجائحة على تنفيذ العقد.

الفرع الأول

أثر جائحة كورونا على انعقاد العقد الحكومي

تبين في المبحث الأول أنّ من خصائص العقد الحكومي هو شكلية هذا العقد[١]، والتي تتجسد بإجراءات الإدارة الدقيقة المتسلسلة، لاختيار من يتعاقد معها، ومن خلال هذه الإجراءات تتوصل لأفضل العناصر المتقدمة للمناقصة، لإبرام العقد مع من يتفوق على سواه في قدراته المالية وكفاءاته

١- يرى د.عبد المجيد الحكيم إن الغاية من اتباع شكل يفرضه القانون إلى جانب التراضي هي: أمّا لتنبيه المتعاقدين إلى خطورة الأمر الذي يقدمان عليه، أو لحماية الغير، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، د.ت، ص٤٤.فضلاً عن ذلك نرى أنّ الشكلية في العقود الحكومية فرضها القانون بغية حماية المال العام من الهدر، ومن أجل ضمان مبدأ المنافسة وتكافؤ الفرص والذي يُعدُّ مبدأ= =دستوري إذ نصت المادة ١٦ من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على: (تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك).

الفنية والإدارية اللازمة لتحمل أعباء التعاقد، وهـــذه الشكلية واجبة الاتباع حتى ينعقد العقد)[١](، ويسري هذا الحكم على ما يطرأ على العقد من تعديل[٢]، وهذه الإجراءات تكون بالإعلان عن المناقصة وتقديم العطاءات بدراســة العطاء المناســب (فنياً ومالياً وقانونياً)، وفي ضوء دراستها ترفع توصية بذلــك إلى رئيــس جهة التعاقد من أجل المصادقة[٣]، وبمقتضى المــادة (٧) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لســنة ٢٠١٤ توجد لجنة مركزية تنظر في الاعتراضات تقدم خلال ســبعة أيام من تاريخ التبليغ بكتاب الإحالة، وتقدم لجنة الاعتراضات توصية بموضوع الاعتراض خلال مدَّة لا تزيد على (١٤) أربعة عشر يومًا من العمل من تاريخ إيداع الاعتراض لديها، وقد منعت المادة ٧/ خامساً من التعليمات جهة التعاقد من توقيع العقد، لحين حسم الاعتراض، بصرف النظر عن أسلوب التعاقد الذي انتهجته جهة الإدارة والتي لا تتم دفعة واحدة[٤]. ويتم تبليغ مقدم العطاء (الفائز بالمناقصة) بتوصيــة لجنــة التحليل المقترنــة بمصادقة رئيس جهة التعاقد (قرار الإحالــة) بكتاب تحريري، من أجــل الحضــور لتوقيع العقد خلال مدّة لا تتجاوز أربعة عشر يوماً من أيام العمل من تاريخ التبليغ بالإحالة.

١- في هــذا الصــدد قضــت محكمــة التمييز الاتحاديــة بقرارهــا ذي العدد ٣٠٥٦/الهيئة اســتئنافية منقــول/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/١٤، (غــير منشــور)، جــاء فيــه : « ... إن المدعي اتفق شــفوياً مــع المدعو (ن.د) على تجهيــز المواد المطالب باقيامها ولم يحصل التعاقد تحريرياً مع المدعى عليه إضافة لوظيفته (وزير الداخلية) وحيث إن (ن.د) قد تم تقصيره بموجب مجلس تحقيقي مع إحالته إلى محكمة قوى الأمن الداخلي لاستغلال منصبه بعقد اتفاقات شخصية مع المدعي، وبالتالي فمن حق المدعي إن صحَّ إدعاؤه إقامة الدعوى على الشــخص الذي اتفق معه بصفته الشــخصية، لأنّ التعاقد مع المدعى عليه يكون وفق شروط وإجراءات محددة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، ومعه تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني ....».

٢- نصــت المــادة (٩٠) مــن القانــون المدني العراقــي عــلى أن (١- إذا فرض القانون شــكلاً معيناً للعقد فــلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك. ٢- يجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل).

٣- نصــت المــادة (٦- ثالثــا) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لســنة ٢٠١٤ عــلى: (تخضع توصيات لجان التحليــل وتقييــم العطاءات إلى مصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة على قرار الإحالة حســب الصلاحيات المالية المخولة)، وهذه المصادقة تجعل من العقد الحكومي عقداً شــكلياً، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرار جــاء فيــه: «... أنّ إحالة الدعوة الاحتكارية موضوع الدعوى لم تقترن بمصادقة اللجنة المركزية للمراجعة والمصادقة في دائرة المدعى عليه، ولم تحصل موافقة المدير العام ، والتي قررت اللجنة المذكورة إلغاءها لعدم الحاجة إليها ... وقد جاء قرار اللجنة آنفة الذكر اســتناداً لأحكام المادة ٦/ثالثاً من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ... لذا قُرر تصديقه». يُنظر القرار ذي العدد (٢٥٤٠/الهيئة اســتئنافية منقول/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٩/١٩. (غير منشــور).

٤- نصــت المــادة (٣) مــن تعليمــات تنفيذ العقود الحكوميــة رقم (٢) لســنة ٢٠١٤ على: «لرئيس جهــة التعاقد أو من يخوله، وباقتراح من رئيس التشكيل الإداري للعقود اعتماد أحد الأساليب التالية لتنفيذ العقود العامة باستثناء أسلوبي العطــاء الواحــد والتعاقــد المباشر ذلك إمّا وطنياً أو دولياً عند تحقق شروطها»، وهذه الأســاليب هــي: المناقصة العامة، المناقصــة المحــدودة، والمناقصــة العامة بطريقة التأهيــل الفني، والمناقصــة بمرحلتين، الدعوة المبــاشرة، العطاء الواحد (العــرض الواحــد)، والتعاقد المبــاشر، والشراء المباشر من الشركات المصنعة الرصينة، لجان المشــتريات.

ويُعـدّ قـرار الإحالة نافذاً، مـن تاريخ تبليغ المناقص الفائز به واسـتلامه رسـمياً[١]، وإزاء هذه الإجراءات وأثناء القيام بها إذا تخللتها جائحة كورونا، والعقد في مراحله الأولية قبل انعقاده، فإذا مضى المتعاقد (الفائز بالمناقصة) في إكمال الإجراءات، فلا يحق له فيما بعد التمسك بالظرف الطارئ، ليطالـب الإدارة المسـاهمة معـه، لتحقيـق التوازن الاقتصادي والاسـتمرار بالعقـد؛ لأنَّ من شروط تطبيـق هذه النظرية هو أن يكون الحدث الخارجي عامّاً، وغير متوقعاً، والذي سـيقلب اقتصاديات العقد يكون قد حصل بعد التعاقد[٢]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه: «... حيث ثبت من تحقيقات المحكمة ومستندات الدعوى أن المميز (المدعي) استلم المبيع تقاوى البطاطـا لـذا فإنَّه مُلزم بتسـديد الثمن المتفـق عليه بتاريخ الاسـتحقاق وإن احتجاج المميز بسـبب الظروف الاسـتثنائية ليس له سـند مـن القانون، لأنّ الظروف المدعى بها لـم تطرأ على العقد وأنّها موجودة بتاريـخ انعقاد العقد ويعلم بها المميز...» [٣].

ونجـد أنّ المتعاقـد مـع الإدارة إذا تبلغ رسـمياً بقـرار الإحالة يكـون ملزماً بتوقيـع العقد، ولا يسـتطيع الدفع بحصول الجائحة كقوة قاهرة، إلا إذا اسـتمرت إجراءات الحظر الشـامل، على نحو يمنعه من التنقل للوصول إلى مقر الجهة الإدارية؛ لأنَّ ذلك سيُعدّ عذراً مشروعاً له، على وفق الحكم الذي جاء به قرار اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية والذي عَدَّ مدة أزمة فايروس كورونا قوة قاهـرة لجميع المشروعـات والعقود ابتداءً من تاريـخ ٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغاية تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٢، وهـو تاريـخ إصدار القـرار[٤]، ولم يفرق القرار في لفظ العقود، ما المقصود به هل هو العقد المنعقد

١- نصت المواد الخامسة عشرة والسادسة عشرة من الضوابط رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ والصادرة عن وزارة التخطيط على: (مهام لجان فتح وتحليل العطاءات الصادرة من وزارة التخطيط على: «خامس عشر: يعد قرار الإحالة نافذا من تاريخ تبلغ المناقص الفائز به واسـتلامه رسـمياً، وعلى جهة التعاقد إشـعار بقية المناقصين بذلك تحريريا». أما المادة سادسـة عـشرة فنصـت: «على المناقص الفائز المبلغ رسـمياً بالإحالة توقيع العقد خلال مدة لا تتجـاوز أربعة عشر يوم عمل من تاريـخ التبليـغ بالإحالة مع مراعاة أحكام المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية النافذة»).

٢- أحمـد طـلال عبـد الحميد، قاعـدة العقد شريعة المتعاقدين (في مجـال العقود الإدارية) دراسـة مقارنة، ط١، بغداد، ٢٠١٣، ص١٨٩.

٣- قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعدد ١٩١/ الهيئـة المدنية منقول/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/٢٤، منشـور على موقع مجلس القضـاء الأعلى على الرابـط:https:// iraqld.hjc.iq/verdictstextresults.aspx
تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٢/٤.

٤- قرار اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية المرقم ١١٧ لسنة ٢٠٢٠ المعدل بالقرار رقم (٣) لسنة ٢٠٢١، وتجدر الإشـارة إلى أنَّ لجنـة الأمـر الديواني رقـم (٥٥) عندما عدت فترة فايـروس كورونا قوة قاهرة أشـارت إلى بدايتها من ٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغايـة إعـلان وزارة الصحـة انتهاء وباء كورونا، إذ تم مخاطبة اللجنة العليا للصحة والسـلامة (لجنة الامـر الديوانـي رقم(٥٥) من قبل وزارة الصحة/ البيئة بكتابها ذي العدد ٣٢٥٤ في ٢٠٢٠/١١/٢٣، المتضمن « لمرور فترة طويلة على بداية الوباء ولضمان اسـتمرار العمل في العقود والمشـاريع للتفضل بالاطلاع والموافقة على إنهاء فترة التوقف القهري للمشـاريع والعقود الواردة في الفقرة ١٢ من قرار لجنة الأمر الديواني رقم (٥٥) لسـنة ٢٠٢٠ المؤرخ

أم العقـد الـذي مـا زال في طـور التكويـن، أو التمهيـد، ولأنَّ اللفظ جاء مطلقا بـدون تخصيص له بمرحلة من مراحله، فيكون لجائحة كورونا أثرها كقوة قاهرة على مرحلة انعقاده، ويكون المتعاقد (المناقص الفائز) واقعاً تحت تأثيرها في حال حصول ذلك أثناء الفترة الممتدة من ٢٠٢٠/٢/٢٠ وإلى ٢٠٢٠/١٢/٢، ولا يَعدُّ ناكلاً إذا تم إنذاره بعد التبلغ بكتاب الإحالة لتوقيع العقد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار، لأنّ الجائحة تُعدُّ قوة قاهرة وعذراً مشروعاً له[١]، وإنَّ عدم عدَّ فترة جائحة كورونا قوة قاهرة كعذر مشروع يبيح للمناقص الفائز عدم توقيع العقد بعد تبليغه رسمياً بإحالة المناقصـة عليه، سـيكون ناكلاً ومن ثم تُصادر التأمينات الأوليـة، وهذه التأمينات هي مبلغ مقطوع بنسـبة لا تقـل عـن ١٪ ولا تزيد على ٣٪ مـن الكلفة التخمينية المخصصة لأغـراض الإحالة في عقود التجهيز للسـلع والخدمات والمقاولات العامة بمختلف أنواعها[٢]، فضلاً عن ذلك تُحال المناقصة على المرشح الثاني، ومن ثَمَّ يتحمل المناقص الناكل بسبب عدم توقيع العقد فرق البدلين الناجم عن تنفيذ العقـد[٣]، وقـرار الإدارة في عـدّ المناقص الأول ناكلاً، قابلاً للطعن فيـه بدعوى أمام القضاء العادي، يتضمن المطالبة بإلغاء القرار المتضمن عدَّه ناكلاً، إذ يستند المدعي في هذه الدَّعوى على كون جائحة كورونـا قـوة قاهرة حالـت دون وصوله إلى جهة التعاقـد لتوقيع العقد، بمعنـى: أنَّ المناقص الذي عدَّتـه الإدارة نـاكلا يوجه خصومته بدعوى الإلغاء إلى القـرار القابل للانفصال عن العقد وليس إلى العقد ذاته، لأنَّ هذا القرار يطعن به بصورة مسـتقلة وهناك من يرى أنَّ القضاء العادي لا يختص بنظر هذه القرارات لوجود لجنة مركزية تنظر بالاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات، استناداً لنص المادة(٧/اولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، وإنّ قرارات اللجنة المركزيـة تخضـع للطعن أمـام القضاء العادي[٤]، ونـرى أنّ ذلك يُجانب المراد مـن نص المّادة (٧/

في٢٠٢٠/٣/٢١»، وعلى أثر ذلك صدر القرار ١١٧ لسنة ٢٠٢٠ والذي حدد نهاية القوة القاهرة بتاريخ صدور القرار في ٢٠٢٠/١٢/٢، ولاحقاً تم تعديل هذا القرار، وتقليص مدة القوة القاهرة بالقرار رقم (٣) لسـنة ٢٠٢١.

١- نصت المادة (١٠/اولاً-آ-١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية على: (يعد المناقص الفائز ناكلا عند تحقق الحالات الآتية: ١- امتناعه عن توقيع العقد بعد التبلغ بكتاب الإحالة بعد إنذاره رسميا بتوقيع العقد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ انذاره ومن دون عذر مشروع قانونا).

٢- المادة (٩/أولاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

٣- المادة (١٠/ أولاً-ب-١و٢) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.

٤- د. إسـماعيل صعصاع البديري، وأحمد فاهم مسـلم، مصدر سابق، ص١٥، ١٦، ٢٣، ٢٤، ويرى الباحثان أن شروط الطعن بالقرار القابل للانفصال هي:

١- توجيه دعوى الإلغاء ضد القرار القابل للانفصال عن العقد وليس ضد العقد ذاته.

٢- أنّ يكـون القـرار محـل الدعوى قابـل للانفصال عن العقـد الإداري، ومن صوره هو رفض إرسـاء المناقصة أو عد المناقص ناكلاً.

٣- تقديم الطعن من غير المتعاقد.

أولاً)، وذلك لأنّها جاءت في الفصل السابع تحت عنوان تسوية المنازعات، وجعلت المادة محل التعليق اختصاص اللجنة المركزية في النظر بالاعتراضات المقدمة من مقدمي العطاءات على قرارات الإحالة، في حين لم تمنحها الاختصاص في تدقيق القرارات الصادرة من الإدارة قبل الإحالة، وما بعد الإحالة كما لو عدَّت المناقص ناكلاً لعدم توقيع العقد رغم وجود جائحة كورونا، فضلاً عن أن هذه اللجنة تشكل داخل جهة التعاقد، وهذا يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، إذ كيف تنظر هذه اللجنة في صحة قرارات صادرة عن المؤسسة ذاتها والطاعن أمامها من المواطنين.

وإنّ ما ينطبق على المناقص الأول الذي حصلت جائحة كورونا في المدة الواقعة بين قرار الإحالة وتبلغه به رسمياً والتي حالت دون توقيعه للعقد، ينطبق على المناقص الثاني (المرشح الثاني)، الذي قد تحال عليه المناقصة لنكول المناقص الأول، وكان نكوله قبل حدوث جائحة كورونا أي قبل ٢٠٢٠/٢/٢٠ وأُحيلت على من يليه من المناقصين، وتبلّغ رسمّياً بالإحالة وحصلت الجائحة فهذا المناقص الثاني يعد واقعاً تحت تأثير جائحة كورونا، وكذلك ينطبق الأمر ذاته على المناقص الثالث إذا حصل النكول من المرشح الثاني قبل حصول جائحة كورونا.

ونخلص مما تقدم ذكره وسلف بيانه إلى أن أثر جائحة كورونا في هذه المرحلة من مراحل العقد الحكومي، لا يتصور عدّها ظرف طارئ لأنّ تزامن جائحة كورونا مع إبرام العقد يجعل شرط توقع الحدث الخارجي منتفياً ومتخلفاً والذي يقدر بتاريخ إبرام العقد، ولأنّ فكرة نظرية الظروف الطارئة تقوم على افتراض إبرام العقد في ظروف طبيعية، ثم تتغير هذه الظروف التي قام عليها العقد بصورة لم تكن بالحسبان تجعل من تنفيذ العقد مرهقاً لأحد أطرافه بشكل يهدده بخسارة فادحة، بمعنى أنّ مواصلة المتعاقد عملية الإبرام سيكون قد قبل التنفيذ رغم الحادث الطارئ مما يترتب على ذلك عدم أحقيته للمطالبة فيما بعد بأيّ تعويض[١]، ونرى أن تكييف جائحة كورونا التي طرأت على هذه المرحلة هو القوة القاهرة، والتي إذا حصلت قبل الإحالة أو التبلّغ بقرار الإحالةتجعل

٤- أنّ يكون القرار القابل للانفصال نهائياً، أي يكون قابلاً للتنفيذ دون حاجة للتصديق من جهة أعلى.

٥- المصلحة في الدعوى.

ونرى أنّه إذا تم الطعن بالقرار القابل للانفصال قبل توقيع العقد بين الإدارة والطرف الآخر فلا مشكلة في ذلك إذ يتم إعدام كافة آثار القرار الملغي قضائيا في الماضي والمستقبل، ولكن المشكلة تثور عند الطعن بهكذا قرار وقد تم توقيع العقد بصورة نهائية؛ لذا يتم اللجوء غالباً عند إقامة الدعوى أمام القضاء العادي أن يطلب المدّعي إصدار أمراً ولائياً لإيقاف إجراءات التعاقد لحين البت في صحة قرار الإدارة القابل للانفصال عن العقد، رغم أن ذلك قد يسبب ضرراً، إذا ثبت صحة القرار وعدم أحقية المدعي (المناقص) في دعواه.

١-عبدالله حباب الرشيدي، مدى التزام الإدارة معاونة المتعاقد بالعقد الإداري في ظلّ جائحة فيروس كورونا (COVID-١٩) دراسة تطبيقية على دولة الكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت إصدار خاص بجائحة فايروس كورونا، ج٢، ٢٠٢١، ص ١٤٣.

المتقدم للمناقصة في حلٍّ من إكمال الإجراءات كما لو قُدّم طلب سحب العطاء من قبله، أمّا حصول الجائحة بعد تبليغه رسمياً بقرار الإحالة تجعله في حالة عذر مشروع من عدم توقيع العقد، لأنّه لا يستطيع دفع الجائحة، ولا يحق للإدارة عدّه ناكلاً، ولا يتحمل تبعات النكول، أمّا إذا حصل التبليغ الرسمي أثناء تخفيف السلطة التنفيذية من إجراءات الحظر، أي كان ذلك في ظلّ الحظر الجزئي، فلا يكون للجائحة أيُّ تأثير يذكر فيما يخص انعقاد العقد الحكومي، وهناك من يرى أنّ تدابير الحكومة تعد مانعاً قانونياً صادرًا عن السلطة العامة أي بمعنى استحالة قانونية، ويتطلب أن يكون العقد داخلاً في مرحلة التنفيذ، إذ إن إبرام العقد بالرغم من فرض هذه التدابير يجعل العقد باطلاً لعدم مشروعية المحل[١]، ويبدو أنّ هذا الرأي استند في عدم مشروعية المحل، ومن ثَمَّ بطلان العقد لتعلق الاستحالة بمحل العقد استناداً للقواعد العامة في القانون المدني[٢]، ويمكن الردُ على هذا الرأي بأنّ الاستحالة القانونية لا تتعلق بالمحل لأنّه موجود، إنّما متعلقة بصعوبة الوصول إلى جهة التعاقد، وتجاوز التدابير الوقائية لجائحة كورونا لإكمال الإجراءات اللازمة لإبرام العقد، وهذه الإجراءات قد تعترض تنفيذ العقد، فإذا أُبرم العقد في ظلّ هذه التدابير، كان العقد صحيحاً، وإن صَعُب على المتعاقد الوصول لمحل العقد كما لو كان أرضً مجهزة لإنشاء بناية، أو عقد تجهيز وأُبرم في ظلّ هذه الظروف وكان التنفيذ متراخياً، فتلك التدابير لا تؤثر على صحة العقد، إنّما قد تؤثر على تنفيذه.

الفرع الثاني

أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد الحكومي

لاشكَّ أنّ العقد الحكومي بعد انبثاقه بتلاقي الإرادتين يجب أن تبدأ في حياته مرحلة جديدة تُعدّ من المراحل الجوهرية، وهي مرحلة التنفيذ، فمن الثابت خضوع العقود لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» أي أنَّ العقد إذا نفّذ كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله، إلّا بمقتضى نصَّ في القانون أو بالتراضي[٣]، إذ يجب أن ينفذ طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق معما يوجبه حسن النية[٤]، ولمَّا كانت الإدارة أحد أطراف العقد الحكومي، متَّخذة من أساليب القانون

١- فاتن نايف هجول، أثر جائحة كورونا على عقد التجهيز (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد العلمين للدراسات العليا،٢٠٢١، ص ٧٣.

٢- نصت المادة ١٢٧ من القانون المدني على: (١- إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلا.
٢- أمّا إذا كان مستحيلا على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صَحَّ العقد وأُلزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده).

٣- المادة/ ١٤٦/ ١ من القانون المدني العراقي.

٤- نصت المادة (١٥٠/١) من القانون المدني على: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع ما

العام وسيلة لتنفيذه من ناحية تمتعها بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، تلجأ إليها كلما تأخر في تنفيذ التزامه العقدي، إذ بوسعها إصدار قرارات بإرادتها المنفردة من أجل انصياع المتعاقد لما التزم به، وإن خلا العقد من هذه السلطات، كوضع المشروع تحت الحراسة في عقود الالتزام، أو سحب العمل في عقود الأشغال العامة، أو الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد، وبإمكانها توقيع جزاءات مالية على المتعاقد كالغرامات التأخيرية، ومصادرة التأمينات النهائية[١]، بيد أنَّ ذلك يحصل عندما تكون الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد طبيعية، ويصدر الإخلال من المتعاقد، وهذه الظروف غير مضمونة في غالب الأحيان، ومن ثَمَّ يتأثر العقد بتغير الظروف تبعاً لتطورات الحياة، فعندما أعلنت منظمة الصحة العالمية أنَّ أعداد الإصابات تشكل حالة طوارئ تثير القلق الدولي، ومن ثَمَّ عدَّتها جائحة، وتبعها العراق بذلك وحظر السفر والتنقل وعزل المصابين[٢]، كان ذلك اعتراض جائحة كورونا لمرحلة تنفيذ العقد الحكومي، مما يجعلنا نتسائل هل عدم تنفيذ المتعاقد للالتزام بسبب جائحة كورنا قوة قاهرة أم ظرف طارئ، فهما يتشابهان من جهة وحدة المصدر (الحدث الخارجي)، والتماثل في شروط الواقعة غير المتوقعة، وعدم إمكان دفعها، واستقلال إرادة المدين عن حدوثها، لكنهما يختلفان من حيث الأثر[٣].

وللإجابة عن هذا التساؤل نجد أنّ نظرية الظروف الطارئة، والتي تحدث أثناء تنفيذ العقد، وتشترط أن يستمر المتعاقد بتنفيذ التزامه بدون توقف حتى يُفاد من مزاياها، فإن أثرها يكون بمطالبة المتعاقد للإدارة بمشاركته في الخسارة من أجل تجاوز الظرف الذي يمرُّ به، وعند امتناعها يلجأ إلى القضاء ليطلب إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أي إعادة التوازن المالي للعقد بما يتناسب والظروف التي يمرُّ فيها التنفيذ، حتى يتسنى له الاستمرار في تنفيذ العقد الحكومي، الأمر الذي يؤدي إلى استمرار الخدمة التي يقدمها المرفق العام موضوع العقد[٤]، وعادة ما تلجأ الإدارة إلى تقديم تعويض جزئي مؤقت لحين زوال الظرف الذي أرهق المتعاقد معها، وذلك بإعادة النظر بشروط العقد، وهذا الأسلوب متبع في عقد التزام المرافق العامة فتقبل أن يزيد الملتزم من الرسوم

يوجبه حسن النية».

١- د. عبد العزيز منعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٢ وما بعدها.

٢-عبداللطيف دحية، أثر جائحة كورونا (COVID-١٩) على عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الحقوق ،جامعة الكويت إصدار خاص بجائحة فيروس كورونا، ج٢، ٢٠٢١، ص٥٥٤.

٣- د. ياسر باسم ذنون و د. إجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج٣، ط١، دار الكتب القانونية، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، ٢٠١٢، ص٣٨.

٤- عبد العزيز منعم خليفة، مصدر سابق، من ص١٨٧ -١٩٧.

التـي يتقاضاها من المنتفعين بالمرفـق العام الذي يديره بصورة تعيد التوازن المالي للعقد[١].

أمّا القوة القاهرة والتي دائماً ما يحاول المتعاقد التمسك بها للتخلص من أعباء العقد ولتفادي التزامه بالتعويض؛ بسبب عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فهي كما سبق القول يستحيل توقعها، ودفعها، فإنّ أثرها يكون بانقضاء التزام المتعاقد في المسـؤولية العقدية، بمعنى قطع علاقة السـببية (جائحة كورونا) بين الخطأ والضرر، الأمر الذي يترتب عليه عدم أحقية الإدارة المطالبة بإلزام المتعاقد معها بالتعويض إذا أجبرته القوة القاهرة (جائحة كورونا) على عدم اسـتمراره في تنفيذ العقد[٢]، كما إنّ للمدّة التي يسـتغرقها الحدث الخارجي الذي يعترض فترة التنفيذ دورًا كبيرًا في مدى توقع أو عدم توقع الحدث، ويستبعد عدم التوقع إذا تكرر وقوع الحدث كفيضان نهر معين، أو كون المتعاقد يقيم في منطقة معروفة بكثرة منسوب المياه وهي محل تنفيذ العقد[٣].

ومـن خـلال متابعة القـرارات الحكومية والأحكام القضائية يُلاحظ أنّه قـد تَمَّ التعامل مع آثار جائحـة كورونـا التي تتخلـل مرحلة تنفيذ العقد الحكومي في العـراق، بوصفها ظرف طارئ تارة، وبوصفهـا قـوة قاهرة تارة أخرى، وعلى حسـب الجهـة التي أطلقت ذلك الوصـف القانوني، وعلى النحو الآتي:

أولاً: السـلطة التنفيذيـة: والمتمثلة بخليـة الأزمة المؤلفة بالأمر الديواني رقم ٥٥ لسـنة ٢٠٢٠، فهـي كمـا مرَّ علينا في المبحث الأول قد عدت جائحة كورونا قوة قاهرة لجميع المشروعات والعقود، ابتـداء مـن ٢٠٢٠/٢/٢٠ لغاية ٢٠٢٠/١٢/٣، ثم عدلت القـرار لاحقاً[٤]. ونعتقد أَنّ نطاق تطبيق قـرار خليـة الأزمة (اللجنـة العليا للصحة والسـلامة الوطنية) ينحصر في طلبـات الإعفاء من تنفيذ الالتزامـات المقدمة للإدارة من المتعاقد، لأنّ الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ تضمنت نصاً يشير إلى إن من أسباب التوقف في تنفيذ العقود الحكومية هي العطل الرسـمية، والاسـتثنائية، أو حالات حظر التجوال[٥]، ومعلوم أنَّ من آثار انتشار جائحة كورونا هو

١- عبدالله حباب الرشيدي ، مصدر سابق، ص ١٥٢.

٢- محمد أحمد عابدين، زوال العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٣١.

٣- عبدالله حباب الرشيدي، المصدر نفسه، ص ١٤٤.

٤- القرار المرقم ١١٧ لسنة ٢٠٢٠، المعدل بالقرار رقم ٣ لسنة ٢٠٢١، المشار إليه سابقاً.

٥- نصـت المـادة أولا -١- مـن ضوابط رقم (٦) الصادرة من وزارة التخطيط لسـنة ٢٠١٤ على ١- ماهيّة التوقف: هو الإجـراءات المتخـذة مـن قبل جهة التعاقد إلزام المتعاقـد معها وبأمر تحريري بإيقاف تنفيـذ الالتزامات التعاقدية ولمدّة محـددة ذلـك بنـاء على طلب الجهة المعنية في الجهة التعاقدية أو المتعاقد معها لوجود أسـباب تسـتدعي ذلك مع مراعاة الأليـة المعتمدة في هذه الضوابط. ٢- أسـباب التوقـف/ آ- إذا رأت جهة التعاقد أنّ التوقف ضرورياً لغرض تنفيذ العقد بصورة صحيحة. ب- الأحوال المناخية التي تؤثر على سـلامة التنفيذ. ج- العطل الرسـمية الاسـتثنائية أو حالات حظر التجوال. كما أشارت المادة (ثانيا/١-ج) من الضوابط رقم (٦) تحت عنوان (التمديد): إلى أنّه إذا استجدت بعد التعاقد

فرض حظر التجوال الشامل، وكذلك قد يترتب على هذه الحالات تمديد فترة تنفيذ العقد الحكومي، فحدوث الجائحة بعد انتهاء مدَّة تنفيذ العقد وكان التأخير راجعاً للمتعاقد مع الإدارة فيكون حينها هـو المسـؤول عن تبعات الظرف الطارئ كافة، فضلاً عن مسـؤوليته العقديـة عن تأخره في التنفيذ ضمـن المـدَّة المحددة، أمـا إذا كان تمديد العقد بموافقـة الإدارة أو كان التأخير بخطأ منها وحصلت جائحـة كورونـا فلا محالة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة[١]، وفي حالة عدم الاسـتجابة لطلبه، يحق له اللجوء إلى القضاء لطلب إعفائه من تنفيذ العقد أو إنقاص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وقد أصدر مجلس الوزراء قراراً في ٢٠٢١/٦/١٥ تضمن:

١. عـدّ أزمـة جائحة كورونا مدّة توقف للعقـود الحكومية التي توقفت بسـبب هذه الجائحة بـدءاً مـن ٢٠٢٠/٢/٢٠ ولغايـة ٢٠٢٠/٧/٣١ سـواء أكان التوقف كليـاً أم جزئياً دون أن يترتـب عـلى ذلـك أي ضرر عـلى المتعاقدين مـع جهات التعاقـد من أجل عـدم مطالبتها بالغرامـات التأخيرية ورسـوم التأمين خلال هـذه المدّة دون أي تبعـات أو مطالبات مالية على جهات التعاقد.

٢. تقـدم طلبـات الشـمول بمـدة التوقف مـا بعد التاريـخ المذكور بالفقـرة (١) آنفـاً ولغاية ٢٠٢٠/١٢/٢ إلى لجنـة متخصصـة تؤلـف في وزارة التخطيـط.

٣. يجـري التعامـل مـع العقود المذكورة آنفـاً التي تأثـرت بالجائحة بعد التاريـخ المذكور في الفقـرة (٢) آنفاً من جهـة التعاقد على وفق القانون والتعليمات النافذة، وبضمنها ضوابط رقم (٦) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤، وشروط المقاولة لأعمـال الهندسـة المدنيـة أو مـا يقابلها من الـشروط العامة لأعمـال الهندسـة الكهربائية والميكانيكية أو الوثائق القياسية المتعلقة بالعقود الخاضعة لهذه الوثائق من خلال عد تلك المـدة (توقفًـا كليًا أو جزئيًـا أو تمديدًا)، وتفصل وزارة التخطيـط في أي خلاف حول ذلك يقـع بين جهة التعاقد، والمقـاول أو الشركة المتعاقدة[٢].

ويُلاحظ أنَّ القرار عَدَّ أزمة جائحة كورونا مدّة توقف للعقود الحكومية، دون أن يطلق اللفظ ، أي قيده بالعقود الحكومية فقط بخلاف قراراته السابقة التي لم تقيد لفظ العقود، وعدت الجائحة قـوة قاهـرة مؤقتـة، فضلاً عن أنَّ ذلك منـوط بطلب يقدم من المتعاقد إلى الجهـة الإدارية التي تدير

ظـروف اسـتثنائية لا يـد للمتعاقدين فيها ولا يمكن توقعها عند التعاقد وتفاديهـا وترتب عليها تأخير في إكمال الأعمال أو تجهيز المواد المطلوبة بموجب العقد.

١- عبدالله حباب الرشيدي، مصدر سابق، ص ١٤٣.

٢- قرار مجلس الوزراء المرقم (١٩٩) لسنة ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١٥.

المرفق العام، ومدّة التوقف تختلف على نحو جذري مع عدّها قوة قاهرة، ذلك أنّ مدّة التوقف تعني أنّ العقد قائم، ويستأنف تنفيذه بعد زوال سبب التوقف (جائحة كورونا)، في حين وصفها بالقوّة القاهرة وفق القرارات السابقة يعني إنهاء الالتزام وإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته ولا يطالب بالتعويض عن الإخلال، ويظهر من تاريخ القرار أعلاه ومن التسلسل الزمني للقرارات الصادرة بهذا الشأن منذ بدء الأزمة هو عدم وضوح الرؤية لدى السلطة التنفيذية في تكييف الجائحة وردّها لنظام قانوني ينطبق عليها، إذ كان عليها ترك ذلك للقضاء الذي يتعامل مع كل حالة على حدة، مراعياً الظروف ويطبق الشروط المنصوص عليها قانونا، وإلّا ما الذي دفعها فيما بعد إلى عدّ العقود الحكومية المتأثرة مدّة توقف مستلهمة ذلك من الضوابط رقم ٦ لسنة ٢٠١٤ الصادرة عن وزارة التخطيط الاتحادية.

ثانياً: السلطة القضائية: والمتمثلة بما قضت به محكمة التمييز الاتحادية من قرارات فنجد أنّها قد فرقت في أحكامها بين تأثير جائحة كورونا في إجراءات التقاضي إذ عدتها قوة قاهرة[١]، وبين تأثيرها على تنفيذ العقود الحكومية فقد عدتها ظرفًا طارئًا، وقد راعت شروط تطبيق هذه النظرية، فقد جاء في قرار لها في إحدى الدعاوى، بعد رد محكمة البداءة لدعوى المدعي والذي يطلب إنقاص التزامه بموجب عقد الإيجار المُبرم مع مدير بلدية الكوت للفترة من ٢٠٢٠/٩/١١ لغاية ٢٠٢١/٩/١٠ : «...أن العقد موضوع الدعوى تم إبرامه في فترة تفشي وباء كورونا، ومن ثَمَّ ليس للمميزين/ المدعين التمسك بالحوادث الاستثنائية العامّة التي لم يكن في الوسع توقعها، لأنَّ الفرض الأخير يكون بحالة نفاذ عقدهم في ظروف طبيعية ومن بعدها يحدث مالم يكن متوقعا، عندها أعطى المشرّع إلى المحكمة استعمال الجواز القانوني بإنقاص الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول عملاً بالمادة (١٤٦) من القانون المدني، عليه تكون الدعوى حَريّة بالردّ...»[٢].

يُلاحظ أنَّ محكمة التمييز قد عدّت جائحة كورونا ظرفًا طارئًا، وأنَّ ما حدا بها إلى تصديق الحكم البدائي هو أنّ العقد أُبرم بعد حصول الجائحة، مما يعني انتفاء شرط عدم التوقع الذي يخل

١- جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٤/ الهيئة العامة/ ٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٨/٢٥ : « .. من مصاديق القوة القاهرة هو انتشار وتفشي وباء فايروس كورونا بسرعة في جميع بقاع العالم ومنها العراق وقد اقترن ذلك بعدم وجود أي لقاح أو دواء مخصص له مما أحدث حالة من الرعب والخوف والهلع وقد حتم ذلك دول العالم ومنها العراق اتخاذ مجموعة من التدابير الوقائية للحد من انتشاره وإحدى هذه التدابير فرض الحظر الشامل للتجوال تارة في عموم البلاد وتارة أخرى في محافظة معينة أو منطقة سكنية محددة .... وإزاء هذا الواقع يعتبر فرض الحظر الشامل وما ينتج عنه من إيقاف وتعطيل للدوام الرسمي في المحاكم بسبب الحظر المفروض نتيجة انتشار وباء فايروس كورونا قوة قاهرة، ومن الأثار التي تترتب على وقوعها وقف مدد الطعن القانونية بالأحكام والقرارات...»

٢- ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٤٥٥٢/ الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في ٢٠٢١/٨/٨، (غير منشور).

باقتصاديات العقد، أي أنّ المتعاقد عندما أبرم العقد قد وضع في حسبانه انتشار وتفشي جائحة كورونا، والإجراءات الحكومية الوقائية المتُّخَذَة لمواجهتها.

وفي قرار أخر صدَّقت فيه محكمة التمييز الاتحادية قرار محكمة بداءة الكرادة، إذ لم تعد جائحة كورونا قوة قاهرة رغم طلب المدعي ذلك، فجاء القرار: «... إنّ الثابت من التحقيقات القضائية ووقائع وأدلة الدعوى أنّ المُدَّعي (المميز) مستأجر لبناية مطعم في عمارة (ق.م) من المدعي عليه/ إضافة لوظيفته بموجب العقد المؤرخ في ٢٠٢٠/٤/٤ لمدَّة خمس سنوات، وبسبب توقف الانتفاع بالمأجور الناتج عن قرار خلية الأزمة بغلق المطاعم والمحلات وجميع المرافق السياحية والخدمية اعتباراً من ٢٠٢٠/٣/١٧، ولغاية ٢٠٢٠/٩/١ بسبب جائحة كورونا مما لحقه خسارة كبيرة، وبناء على ذلك يطلب إعفاءه من دفع قسط الإيجار للفترة الواردة بقرار خلية الأزمة للفترة من ٢٠٢٠/٣/١٧ ولغاية ٢٠٢٠/٩/١، وإنّ المدعي وصف تلك الفترة بالقوة القاهرة، حيث إنّ تنفيذ الالتزامات العقدية واجب على طرفي العقد أثناء فترة سريانه إعمالاً لسلطان الإرادة لأنَّه إذا نفذ العقد كان لازمًا، ولا يجوز لأحد المتعاقدينِ الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نصٍّ في القانون أو بالتراضي عملا بأحكام المادة ١٤٦/ ١ من القانون المدني، وبذلك لا يجوز لأحد العاقدين إعفاء نفسه من التزام ترتب بذمته إلا بنص القانون أو باتفاق الطرفين، وإنّ التمسك بالقوة القاهرة بسبب جائحة كورونا لا تعفي المستأجر من تسديده بدلات الإيجار للفترة المطالب بها، لأنّ المدعي كان قد أبرم عقد الايجار مع المدعي عليه/ إضافة لوظيفته بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٤، فإنّ هذا التاريخ كان بعد ابتداء فترة حظر التجوال في ٢٠٢٠/٣/١٧، وفي ذروة اجتياح وباء كورونا للعالم، وغلق المرافق السياحية والخدمة العامة من قبل خلية الأزمة، وأنّه من شرط تطبيق القوة القاهرة هو أن لا يمكن توقعها ولا يستطاع دفعها، مما ينفي شرط عدم التوقع لتوفر عنصر العلم بانتشار الوباء عالمياً، كما أنّ استمرار المستأجر بالانتفاع بالمأجور ودفعه الأقساط المستحقة عن بدلات الإيجار يدل على عدم استحالة تنفيذ الالتزام ليصار إلى تطبيق أحكام المادة ١٦٨ من القانون المدني بخصوص عقد الإيجار المبرم بين طرفين وفقاً لطبيعة وتاريخ إبرامه مما تكون الدعوى فاقدة لسندها القانوني...» [١].

ويظهر لنا من الحكم أعلاه أنَّ القضاء العراقي تعامل مع جائحة كورونا في كل حالة على حِدَة، فنجد أنَّ محكمة التمييز الاتحادية قد بحثت في القرار شروط القوة القاهرة ومدى انطباقها على العقد، وأنّها سببت قرارها بأنّ شرط عدم التوقع قد تخلف، لأنَّ الطرفين قد أبرما العقد الحكومي

١- ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٢٧٢/الهيئة المدنية/ ٢٠٢١) في ٢٠٢١/٤/٥، (غير منشور).

في ٤/٤/٢٠٢٠، أي بعد تفشي جائحة كورونا، مما لا يتصور استحالة تنفيذ العقد، فيجب على المتعاقد (المدعي) أن يُقيم الدليل على العلاقة بين جائحة كورونا واستحالة التنفيذ، حتى يكون واقعا تحت تأثير القوة القاهرة[١]، ويشير القرار كذلك إلى وجوب الانتباه للتسلسل الزمني الذي أثرت فيه الإجراءات الوقائية والتي منعت التنفيذ، وقد يُفهم من القرار أنّ في حال تحقق شروط القوة القاهرة كانت محكمة التمييز الاتحادية ستكيف جائحة كورونا كقوة قاهرة وتستجيب لدعوى المدعي، إلّا أنَّ ذلك غير وارد إذ إن محكمة التمييز في قرارها عندما ساقت أسباب تصديق الحكم المميز كانت تجيب على طلب المدعي في عدَّ جائحة كورونا قوة قاهرة، ولو كانت شروطها منطبقة وطلب المدعي ذات الطلب، نعتقد أنَّ دعواه سُترد أيضاً، لأنَّ مردَّ ذلك هو إجرائي يتعلق بأنَّ المحكمة تملك تكييف موضوع الدعوى ولا تترك ذلك لمشيئة الخصوم[٢]، فضلاً عن عدم جواز تغيير سبب الدعوى؛ فالسبب الذي أُسست عليه دعوى المدعي للإعفاء هو القوة القاهرة، بينما تكييف جائحة كورونا وفق قضاء محكمة التمييز الاتحادية هو أنّها ظرف طارئ[٣]، وسارت المحاكم العراقية في مختلف درجاتها نحو هذا التكييف[٤].

وبهذا الصدد يُثار التساؤل: هل القضاء العراقي مُلزم بالقرارات الصادرة عن اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية، والتي وصفت أزمة جائحة كورونا كقوة قاهرة في إعفاء المتعاقدين من تنفيذ العقد الحكومي؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نجد أنَّ هناك من يرى أنَّ حالة الطوارئ هي من تطبيقات الظروف

١- نعتقد أنّ المدعي ليس عليه إقامة الدليل على حصول جائحة كورونا وما تبعها من إجراءات، إنّما عليه أن يثبت أثرها في منعه من تنفيذ العقد، لأنّها من الأمور العامة التي يعلم بها الكافة، وكذلك لا تبحث محكمة الموضوع في صحة حصول الجائحة، تطبيقاً لنص المادة ٨ من قانون الإثبات رقم١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي نصت على: (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها).

٢- ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١٥٢/الهيئة المدنية/٢٠١٤) في ٢٤/٩/٢٠١٤، (غير منشور).

٣- في قضاء حديث لمحكمة التمييز الاتحادية قضت بالقرارات ذوات الأعداد٥٧ و٥٨ و٦٠ والصادرة عن الهيئة الاستئنافية عقار في ١٠/١/٢٠٢٢، (غير منشورة)، بتصديق قرارات محاكم الموضوع في إنقاص الأجرة بإلزام المدعى عليه /إضافة لوظيفته بتأديته للمدعي (المتعاقد) ما يمثل التعويض عن الخسارة التي لحقته جراء تأثير جائحة كورونا وهذا يمثل تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة.

٤- على سبيل المثال لا الحصر ذهبت محكمة استئناف واسط الاتحادية بصفتها الأصلية إلى عد جائحة كورونا ظرف طارئ بقرارها المرقم (٢٠٥/س/٢٠٢١) في ١٦/١/٢٠٢٢، كما اتجهت محكمة بداءة الكوت نفس الاتجاه بموجب قرارها المرقم (١٣/ب/٢٠٢١) في ٢٢/٣/٢٠٢١، كذلك محكمة بداءة الأعظمية بموجب قراراتها المرقمة (٣٣١/ب/٢٠٢١) في ١٩/٤/٢٠٢١، و(٥٦٤/ب/٢٠٢١) في ١٨/٤/٢٠٢١، و(٥٦٧/ب/٢٠٢١) في ٣٠/٦/٢٠٢١، و(٨١٤/ب/٢٠٢١) في ٣٠/٦/٢٠٢١، و(٨١٥/ب/٢٠٢١) في ١٥/٦/٢٠٢١. (قرارات غير منشورة).

الاستثنائية إذ يجوز للسلطة التنفيذية التحلل من قواعد المشروعية في ظلّ هذه الظروف، وأن تصدر لوائـح الـضرورة وإنَّـه ليس للمحاكـم أن تمتنع عن تطبيقهـا بحجة كونها غـير مشروعة، وعلى أن تعرض السـلطة التنفيذية ما اتخذته من قرارات خلال تلك المدّة على مجلس النواب لاحقاً[١]، ونرى أنَّ جائحـة كورونا وبلا شـك تُعدُّ حالة صحية طارئـة حلت بالبلاد، هددت الأمن الصحي للمجتمع، باعتبـاره أحـد عنـاصر النظام العـام، والدليل على كونها حالـة طارئة هو ما جاء بقانون السـلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ النافذ، والذي أجاز إعلان حالة الطوارئ في العراق أو أيّة منطقة منه في أحوال معينة، منها إذا حدث وباء عام[٢]، وإن السـلطة التنفيذية واجهت الجائحة باتخاذ الإجراءات الوقائيـة، بيد أنّها لم تشر إلى اسـتنادها لنصٍّ قانوني في قراراتهـا حتى يحظى بالمشروعية والإلزام كقرار وصف جائحة كورونا بالقوة القاهرة، ممّا يعني أنَّ قرارات اللجنة العليا للصحة والسـلامة الوطنية تكون غير ملزمة للقضاء، في تكييف جائحة كورونا، وإنَّ القضاء إذا ما ذهب إلى عـد جائحة كورونـا قوة قاهرة أدت إلى اسـتحالة تنفيذ العقد، ومن ثم يقـضي بإعفاء المتعاقد من الالتزام، فإنَّه يسـتند إلى حكـم المواد ١٦٨ و ٤٢٥ من القانون المدني، وليس على أسـاس قـرارات اللجنة المذكورة آنفـاً، ومـرد ذلـك هو تطبيق مبـدأ الفصل بين السـلطات[٣]، فضلاً عـن تطبيق مبدأ تـدرج القواعد القانونيـة، وكذلك إعمال النص الأعلى وإهمال النص الأدنى.

وفيمـا يخـص عقد الفيديك، وهـو أحد أنواع العقـود الحكومية يتعلق بالإنشـاءات، فقد أصدر الاتحاد الدولي للمهندسـين الاستشـاريين (FIDIC) مذكرة توجيهات بخصوص كيفية التعامل مع تأثـيرات جائحـة كورونا على تنفيـذ العقد، وطرحت المذكرة التوقعات الشـائعة فيمـا يتعلق بتأثير جائحة كورونا على مشـاريع البناء واتفاقيات الخدمة الاستشـارية ذات الصلة، ومن هذه التوقعات هي:

١. عدم اسـتطاعة الموظفين الوصول إلى منطقة المشروع؛ بسـبب إجراءات الإغلاق الداخلي أو اغلاق الحدود التي تفرضها سـلطات البلد.
٢. يجـب التحقـق من الآثار الفعليـة لمعايير ومقاييس Covid19عـلى أداء الخدمات من قبل الاستشاري.

١- أحمـد طـلال عبد الحميد، أثر حالة الطوارئ في توسـيع صلاحيات السـلطة التنفيذية، ط١، مكتبـة القانون المقارن والقضـاء، بغداد، ٢٠١٣، ص٩.

٢- المادة (١- ثالثا) من قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ النافذ، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ١٠٧١ في ١٩٦٥/٢/٦.

٣- نصت المادة ٤٧ من دسـتور جمهورية العراق على: « تتكون السـلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصها ومهماتها على أساس مبدأ الفصل بين السلطات «.

٣. قـد يتـم تنفيذ بعض الخدمـات، مثل التخطيط الرئيس أو دراسـات الجـدوى أو التصميم من مسافة بعيدة، بواسطة المنصات الرقمية لعقد المؤتمرات عبر الإنترنيت (zoom، MS teams) والتي ازداد اسـتخدامها بشـكل ملحوظ منذ بداية الجائحة.

٤. تأثير جائحة كورونا بالنسبة للمتعاقد الدولي أي الأجنبي أكبر من تأثيرها بالنسبة للمتعاقد المحلي وموظفيه في الدولة، إذ قد يكون لديهم مرونة في زيارة موقع المشروع فعلياً[١].

٥. بالنظـر لاختـلاف التشريعات في التعامـل مع جائحة كورونـا، فأنَّ التكاليف الناشـئة عن التأخـير في التنفيذ التي يتكبدها الاستشـاري، تكون تكاليف اسـتثنائية.

٦. إذا تم تغيير تدابير جائحة كورونا التي كانت سـارية في تاريخ عرض الاستشـاري في العقد أثنـاء تنفيـذ العقد، فإنَّ هذا يؤدي إلى: إمّا تغيـير في الخدمات المطلوبة، أو تغيير في وقت أو تكلفة تنفيذ الخدمات.

وقـد طرحت المذكرة سـؤالا حول مدى اعتبار تدابير Covid19 المتخذة من السـلطات بمنزلة حـدث اسـتثنائي عـلى العقد؟ وأجابت عـلى ذلك بأنَّ جائحة كورونـا تَعدُّ حدثًـا أو ظرفًا يخرج عن سـيطرة الطرف المعني، وإنَّه لم يكن في تصور الأطراف اعتراض الجائحة لتنفيذ العقد قبل إبرامه، وكذلك لم يكن في الوسع تجنب تدابير السلطات والتغلب عليها، بعد أن تفشت، وهي أي الجائحة لا تنسـب بشـكل جوهري إلى أحد أطراف العقد، أي لم يتسبب بها، وتشير المذكرة إلى أنَّ هذه الشروط مستوفية في جائحة كورونا، وينبغي مراعاة هل كان بالإمكان توقع حصول الجائحة أم لا؟ والوقت الذي تم فيه إبرام العقدقبل أو أثناء بداية الجائحة، لأنَّ ذلك له تأثير في اتخاذ تدابير من قبل المتعاقد في حـال توقـع حصولهـا قبل التعاقـد، وكذلك إذا أُبـرم العقد أثنـاء تفشي الفايـروس، وأخيرًا فإنَّ الاتحاد الدولي (FIDIC) ذكر بأنَّ اعتبار حدثا ما اسـتثنائياً بموجب الكتاب الأبيض لا يقتصر على اسـتيفاء الـشروط أعلاه، وإنّما يجب النظـر والبحث فيما إذا كان الحدث الاسـتثنائي يمنع المتضرر مـن أداء التزاماتـه جزئيـاً بموجب العقد، ففي حالة إغلاق الدولة حدودهـا قد لا يكون له تأثير على نـوع الخدمـات المؤداة من قبل المتعاقد المحلي الـذي لا يعتمد على أي مصدر خارجي أجنبي في تنفيذ العقد، حينها لا يكون للحدث الاسـتثنائي (جائحة كورونا) أيّ تأثير على تنفيذ العقد، ولا يسـتحق

١- خاطبت وزارة التخطيط بكتابها المرقم ٨٥١ في ٢٠٢٠/١١/٥ مجلس الوزراء، بشأن تحديد مدّة التوقف للمشاريع من قبل لجنة الأمر الديواني رقم ٥٥ لسـنة ٢٠٢٠ بأن يُعتمد للمشـاريع التي تأخرت وتوقفت فعلياً داخل العراق جراء جائحة كورونا، مشـيرة إلى وجود عقود تأثرت قبل هذا التاريخ كعقود التجهيز من خارج العراق فطلبت منح التوقف قبل تاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٠ وحسب ظروف كل عقد.

أيّ تعويـض بموجـب العقـد[١]، ويظهر أنَّ الفرضية الأخيرة قد تحققـت في العراق في أوقات الحظر الجزئي للتنقل إذ لا يكون له تأثير على المتعاقد، وهو ما اسمته المذكرة التوجيهية(الإرشادية) بالمنع من أداء الخدمات جزئياً، إذ أشـارت إلى أنَّ تدابير الجائحة (Covid19) اتُخذت بدرجات مختلفة، فالحظر الجزئـي لا يؤدي إلى تعليق الالتزام المفروض في العقد.

المطلب الثاني

أثر جائحة كورونا على انتقال العقد وانتهائه

اسـتكمالاً لبيـان الأثر الذي ترتبه جائحة كورونا على العقـد الحكومي، يقتضي إيضاح ذلك عند انتقـال العقـد الحكومي، وكذلك على انتهاء الالتزام الناتج عن العقد بسـبب الجائحة، لذا سـنتناول بالبحـث في الفـرع الأول أثر جائحة كورونا على انتقال العقد الحكومي، ومن ثَمَّ يكون الفرع الثاني لآثارها في انتهائه، ونرى من الفائدة أن نسلط الضوء في الفرع الثالث على دعوى المسؤولية الناشئة عن جائحة كورونا.

الفرع الأول

أثر جائحة كورونا في انتقال العقد الحكومي

يكـون المتعاقـد في الأصـل ملزمـاً بتنفيذ التزاماتـه التعاقدية مـع الإدارة، بيدَ أن ذلـك يرد عليه اسـتثناء لمـا تقتضيه متطلبات العمل خاصةً مع المشـاريع الكبيرة كعقد الأشـغال العامة، فقد أُجِيز للمتعاقـد أن يُحيل بعض أجزاء العقـد وفقراته إلى غيره من المتعاقدين، وبموافقة الإدارة، مع بقائه مسـؤولا تجاهها في تنفيذ العقد، كتعاقد الإدارة مع شـخص من أجل بناء مجمع سـكني كبير، فهذا العمـل يخضـع لقيامـه وجود تخصص وتقسـيم العمل، ممـا ينبغـي للمتعاقد مـع الإدارة التعاقد مـن الباطن مع شركة متخصصة لحفر الأساسـات، وأخرى لأعمال الخرسـانات وهكذا، وقد يكون لانتقـال العقـد الحكومـي صورة أخرى هي التنـازل عن العقد الحكومي، فالأصـل وبناءً على فكرة الاعتبار الشخصي في المتعاقد؛ فأنه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات الناتجة عـن العقـد، ومرد ذلـك أنَّ الإدارة حين تعاقدت معـه واختارته من بين المتعاقدين للتعاقد توسـمت فيه من المؤهلات ما يشـكل ضمانات كافية لحسـن سير المرفق العام، فإن حصل تنازل منه في تنفيذ

١- الاتحـاد الدولي للمهندسـين الاستشـاريين، مذكرة توجيهات (تأثـير كوفيد-١٩) على الخدمات الاستشـارية بموجب مجموعـة فيديـك للعقود والاتفاقيـات، أيلول ٢٠٢١، مترجمـة إلى اللغة العربية.

العقدالحكومـي، أفرغت هذه الضمانات من محتواها[١]، عليه سـنبين الصورتين:

أولاً: التعاقد من الباطن[٢]: المقترن بموافقة الإدارة السـابقة على إبرام العقد مع الغير، بناء على طلـب المتعاقـد معها يوضح ضرورات ذلك، ونكون أمام عقديـن الأول هو الأصلي المبرم بين الإدارة مع المتعاقد الأصلي، والعقد الثاني (العقد من الباطن) يبرمه المتعاقد الأصلي مع المتعاقد من الباطن، ومـن آثـار ذلك هو أنَّ المتعاقد مـن الباطن لا يكون طرفاً في العقد الأصـلي، وموافقة الإدارة تضفي المشروعية على العقد الثاني فقط، أي لا توجد علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن ويترتب على ذلك أنَّ مسؤولية المتعاقد من الباطن تُعدّ تقصيرية؛ لانتفاء الرابطة التعاقدية المباشرة إذا ارتكب خطـأ جسـيماً في تنفيذ العقـد[٣]، وينبني على ذلك أنَّ المتعاقد من الباطـن إذا واجه أثناء تنفيذ العقد الحكومـي تأثـيرات جائحة كورونا من إغلاق الحدود، وحظر التجوال فلا يسـتطيع مطالبة الإدارة بالمسـاهمة معه في رفع الإرهاق، مسـتنداً إلى أنهَّا ظرفا طارئًا؛ والسـبب هو غياب الرابطة التعاقدية بينهمـا، أمـا احتجاجـه بكون جائحـة كورونا قوة قاهرة حالـت دون التنفيذ، فـإنَّ طلبه قد يلاقي قبولاً من الإدارة في ضوء قرارات خلية الأزمة (اللجنة العليا للصحة والسلامة الوطنية) المشار إليها سابقاً، في حال كان التعاقد من الباطن بموافقتها سواء بنص العقد أو بناء على طلب المتعاقد الأصلي في مرحلـة لاحقـة من إبرام العقد)[٤](، ونرى أن المتعاقد الأصلي مـن حقه مطالبة الإدارة والتحجج بالظـرف الطـارئ نيابة عن المتعاقد مـن الباطن لوجود رابطة عقدية بينـه وبين الإدارة، وقد خلت تعليمـات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسـنة ٢٠١٤ من نص يحظـر التعاقد من الباطن، ولكن نجد نص المادة خامسـاً من الضوابط رقم (٤) لسـنة ٢٠١٤، الصادرة عن وزارة التخطيط نصَّت عـلى: «للمتعاقـد في عقود المقاولات إحالـة أجزاء من العقد إلى مقاولين ثانويين بموافقة مسـبقة من

١- علي غازي فيصل المياحي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة كربلاء، ٢٠١٦، من ص١٥٨ - ١٨١.

٢- عرفته المادة (الأولى / أ-ج) من الشروط العامة لمقاولات الهندسـة المدنية المقاول الثانوي بـ (يقصد به أي شـخص أو مؤسسـة أو شركـة غـير (المقاول) مسـمى في المقاولة لتنفيذ أي جزء من الأعمال أو أي شـخص يتـم التعاقد معه من الباطن لتنفيذ أي جزء من المقاولة، وبموافقة المهندس التحريرية ويشمل ممثلي المقاول الثانوي المخولين ومن يخلفونه قانوناً، ومن يسـمح صاحب العمل بالتنازل لهم).

٣- علي غازي فيصل المياحي، مصدر سابق، ص١٦٨ و ١٦٩ و ١٧٣.

٤- نصـت المـادة (٤) مـن الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسـة المدنيـة لعام ١٩٨٧ على: (لا يحـق للمقاول التعاقد مـن الباطـن عـلى الأعمال بأجمعهـا ولا يحق للمقاول في ما عدا الأحـوال المنصوص عليها بخلافـه في المقاولة أن يتعاقد من الباطن على أي جزء من الأعمال بدون موافقة تحريرية مسـبقة من المهندس، والتي يجب أن لا تحجب بدون سـبب معقول، ومتى أعطيت مثل هذه الموافقة فإنّها لا تعفي المقاول من أيّة مسؤولية أو التزام بموجب المقاولة، ويبقى المقاول مسـؤولا عـن أيّ عمـل أو امتناع عن القيـام بعمل أو أيّ تقصير صادر عن أيّ مقاول ثانويأو وكلائه أو مسـتخدميه أو عماله كما لو كان هذا العمل أو الامتناع عن القيام بعمل أو تقصير صادر عن المقاول أو وكلائه أو مستخدميه أو عماله).

جهة المتعاقد على أن تبقى مسـؤولية تنفيذ العقد على المتعاقد الأصلي»، وإزاء هذا النص فإنَّ التعاقد مـن الباطـن بـدون موافقة الإدارة لا يُرتـب أيّ أثر إذا ادعى أنَّ جائحة كورونـا قد أثقلت كاهله، أو أدَّت إلى استحالة تنفيذ العقد لأنَّ العقد من الباطن لم يكن مشروعا اتجاه الإدارة، ولا يحتج به على الإدارة، وللمتعاقـد مـن الباطـن مطالبة المتعاقد الأصـلي بما نتج عن جائحة كورونـا من آثار مالية تسببت بها في العقد من الباطن، أو أدَّت إلى استحالة التنفيذ، وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارا لها جاء فيه: « ...أن محكمة البداءة قضت في حكمها المميز بردّ الدعوى مسـتندة في ذلـك إلى أنّ الفقـرة (٥) من العقد المبرم بـين الطرفين الأول محافظ صلاح الدين إضافة لوظيفته والطـرف الثانـي شركـة .ج. ف للمقاولات العامـة المحدودة المـؤرخ في ٢٠٠٧/٧/٣٠ والتي نصت عـلى أنـه لا يجـوز إحالة العمـل كلياً أو جزئياً إلى مقـاول ثانوي إلا بعد اسـتحصال موافقة الطرف الأول وبعكسـه يُسـحب العمل، وينفذ على حسـاب الطرف الثاني، وتُصادر التأمينات دون الرجوع إلى المحاكم، وقد جاء بأنَّ ما ذهبت إليه المحكمة غير صحيح، ولا يسـنده القانون، وذلك أنَّ عقد بناء المدرسة المؤرخ في ٢٠٠٧/٩/٢٦ والمبرم بين المميز / (المدعي) والمميز عليه / (المدعى عليه) ليس له علاقـة بالعقد المشـار إليه أعلاه لاختلاف أطرافـه ومضمونه وأركانه وبالتالي لا يجعل العقد المؤرخ في ٢٠٠٧/٩/٢٦ المشـار إليهآنفـاً باطلاً، فـكان يقتضي من المحكمة وبعد أن اسـتكملت تحقيقاتها في الدعـوى، أن تصـدر حكمها على ضوئه...»[١]، ومعنى ذلك: أنَّ العقد الحكومي الأول مسـتقل عن العقـد الثانـي المبرم مع المتعاقد الثانـوي، وأنَّ المتعاقد من الباطن له حق مطالبة المتعاقد الأصلي بما اسـتحقه بموجب العقد الثاني المبرم فيما بينهم، وحتى لو كانت الإدارة قد وافقت على التعاقد فإنَّ المتعاقـد الأصلي يكون مسـؤولا أمامها، اسـتنادًا لصراحة المادة ٨٨٢ مـن القانون المدني التي نصت عـلى: «١- يجـوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمـل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون إلى كفايته الشخصية. ٢- لكنه يبقى في هذه الحالة مسـؤولا نحو رب العمل عن المقاول الثانوي».

ثانيـاً: التنـازل عن العقد الحكومي: ويعني قيام المتعاقد الأصلي مـع الإدارة بالتنازل عن العقد إلى شخص آخر يسمى المتنازل إليه، فيحل محل المتعاقد الأصلي في الحقوق والالتزامات كافة، وبذلك تنشـأ علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتنازل إليه ولا يكون المتعاقد الأصلي الذي وافقت الإدارة عـلى تنازلـه مسـؤولاً أمامها عن تنفيـذ العقد[٢]، وقد جـاءت المادة (٣) من الـشروط العامة لأعمال المقاولات الهندسية المدنية بالنصّ على: «لا يحق للمقاول بدون موافقة تحريرية مسبقة من صاحب

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٥٦٦/هيئة مدنية منقول/٢٠١٠) في ٣٠ /٨/٢٠١٠، (غير منشور).
٢- شاكر إكباشي خلف الزبيدي، مصدر سابق، ص١٥٨.

العمـل التنـازل عن المقاولة أو أيّ جزء منهـا أو أيّة منفعة أو التزام أو مصلحة له فيها أو بموجبها، عدا ما يترتب من التزام لصالح المصارف التي يتعامل معها المقاول بأيّة مبالغ مستحقة أو ستصبح مسـتحقة بموجب المقاولة»، ويترتب على تنازل المقاول عن المقاولة بدون موافقة تحريرية مسـبقة من صاحب العمل كجزاء تفرضه الإدارة هو سـحب العمل، وذلك بموجب المادة (٦٥) من الشروط العامة.

أمّـا تعليمـات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسـنة ٢٠١٤، فقد خلت من نص يبيح أو يحظر التنـازل عـن العقد الحكومـي، غير أنَّ هذا النقص قـد تم تداركه بموجب الضوابط رقم (٤) لسـنة ٢٠١٤ الصـادرة عـن وزارة التخطيـط إذ جاءت المادة سادسـاً منها بالنص عـلى: «لا يجوز التنازل عـن العقـد كلاً أو جزءً إلى متعاقد آخر»[١]، وبمقتضى هذا النص نرى أنَّ الإدارة لا تملك الموافقة على تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد لصالح غيره، ولا تستطيع الاجتهاد في ذلك، وهذا له ما يسوغه؛ إذ إن التعاقد تم وفق إجراءات شـكلية مرسـومة في التعليمات، فلا يقبل منطقاً أن تتجاهل تلك الإجراءات، وتلتف حولها، وتقبل طلب التنازل لمتعاقد آخر، قد لا تتوافر فيها الكفاءة المالية والقانونية، وحسناً فعـل مـن وضع هذه الضوابـط، لأنَّ إباحة قبـول التنازل يشرع باباً للفسـاد، وعلى هـذا يعدُّ عامل الاعتبـار الشـخصي في العقود الحكومية هو الدافـع إلى حظر التنازل عن العقد لصالح الغير[٢].

وانسـجاماً مـع ما تَمَّ اسـتعراضه من الأسـاس القانوني لقاعـدة عدم جواز التنـازل عن العقد الحكومـي فـإنَّ الأثـر القانونـي لجائحـة كورونـا في حال موافقـة الإدارة عـلى التنازل عـن العقد الحكومي، يعني نشـوء رابطة عقدية بين الإدارة والمتنازل إليه، ومن ثَمَّ يحق له أن يمارس حقوق المتعاقد الأصلي ومنها مطالبة الإدارة بإعفائه كُلّياً من تنفيذ العقد الحكومي المتنازل إليه، إذا صيَّرت جائحـة كورونا من تنفيذه مسـتحيلاً اسـتحالة مطلقة كونها قوة قاهـرة، أو إعفائه جزئياً إذا أدت إلى اسـتحالة مؤقتـة أي (لمـدة مؤقتة)، وفي حال عدم الاسـتجابة لطلبه بإمكانـه اللجوء إلى القضاء،

١- دأبت مؤسسات الدولة العراقية على تضمين العقود التي تبرهما بنداً ينص على عَدّ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية والضوابـط الملحقـة بهـا جزء لا يتجزأ من العقد، حتى لا يدفع المتعاقد معها في حـال تطبيق هذه التعليمات وضوابطها بعـدم حجيتهـا وسريانهـا على العقد، ومِـن ثَمَّ يكون للقضاء الاسـتناد إليهـا في أحكامه، وتطبيقاً لذلـك قضت محكمة التمييـز الاتحاديـة بقـرار جاء فيـه: «...أنّ المدعي(المميز) قد أنجز ما نسـبته(٥٩٪) من العمل المـوكل إليه إلّا إنّه توقف عن العمل بحجة وجود عوارض في الموقع متمثلة بالانحراف وعيوب فنية في السـقف وحيث إنّه ومِن ضمن مسـتندات العقـد تعليمـات مقدمي العطاءات، والتي تفترض بالمقاول وقبـل تقديم عطائه أنّ يطلع على أوليات المناقصة وأنّ يزور موقع العمل ثَمَّ تقديم عطائه، ومِن ثَمَّ لا يحق للمدّعي المطالبة بفسـخ العقد...»، يُنظر القرار ذي العدد (٢٧٦٢/الهيئة اسـتئنافية منقول/٢٠٢١) في ١٢/١٠/٢٠٢١، (غير منشور).

٢- د. إيـلي مسـعود خطـار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، منشـورات الحلبـي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠١٥، ص٦٥.

والمطالبة بتطبيق شروط القوة القاهرة، استناداً إلى نص المادة ١٦٨ و ٤٢٥ مدني، أو المطالبة بإنقاص الالتزام كونها ظرفًا طارئًا لم يؤدِ إلى استحالة التنفيذ، إنّما زيادة أعبائه المالية.

أمّا عدم موافقة الإدارة على التنازل، فذلك لا ينشأ عقد جديد، وقيام المتعاقد الأصلي بإبرام عقد يتنازل فيه كُلّياً عن حقوقه والتزاماته الناجمة عن العقد الحكومي دون موافقة الجهة الإدارية، فإنَّ العقد الثاني لا يكون حجة عليها، ومن ثَمَّ لا يستطيع المتنازل إليه الاحتجاج بجائحة كورونا كظرف طارئ أو قوة قاهرة منعته من تنفيذ العقد[١]، ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمامها[٢]، وقد تلجأ الإدارة في هذه الحالة إلى توقيع أقسى الجزاءات على المتعاقد الأصلي، وهي: أمّا سحب العمل أو فسخ العقد وتحميله الأضرار الناتجة عن التنازل، كون تنازله دون موافقتها قد شكل خطأ عقدياً يوجب المساءلة القانونية[٣].

وعند موت المتعاقد وحلول الورثة محلّه في تنفيذ العقد، فتعامل هذه الحالة معاملة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة، ويكون للطرف الجديد في العقد الحكومي طلب التعويض عن الظرف الطارئ (جائحة كورونا)، من أول لحظة يتحقق فيها هذا الظرف سواء أثناء التنفيذ أم بعد تمامه، إذا كان من غير الممكن تقدير الخسائر الناجمة عن جائحة كورونا، وإذا كان الظرف سيستمر مدّة طويلة، فلا مانع من طلب تعويض مؤقت لمساعدته على الاستمرار في تنفيذ العقد[٤].

الفرع الثاني

أثر جائحة كورونا على انتهاء العقد الحكومي

تنتهي العقود الحكومية بصورة طبيعية لانتهاء العقود، وذلك إمّا بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنها[٥]، أو انقضاء مدّتها، وقد تنتهي نهاية غير طبيعية (مبتسرة) قبل أجلها الطبيعي[٦]، فعقد الأشغال العامة ينتهي بتنفيذ تلك الأشغال واستلام المتعاقد الثمن[٧]، كذلك ينتهي عقد التوريد

١- د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص ٦٧٩.

٢- شاكر إكباشي خلف الزبيدي، مصدر سابق، ص ١٢٧.

٣- علي غازي فيصل المياحي، مصدر سابق، ص ١٨٦.

٤- د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، من ص ٦٨٠ -٦٨١.

٥- نصت المادة ٨٨٤ مدني على: ((تنتهي المقاولة بإتمام المقاول العمل المعقود عليه وتسليمه وفقا لأحكام المادتين ٨٧٣ و ٨٧٥)).

٦- مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٨٨٦/١ مدني: ((تنتهي المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه)).

٧- في دعوى نظرتها محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية في الكرخ طلب فيها المدعيان إلزام وزير العدل/ إضافة لوظيفته بدفع مستحقاتهما الناتجة عن عقد توسيع سجن الناصرية المركزي فَتَّم ردّ الدعوى، وتَمَّ تصديق الحكم من قبل محكمة التمييز الاتحادية بالقرار المرقم (٣٠٠٠/هيئة استئنافية منقول/٢٠٢١) في ٢٠٢١/١١/٣ جاء فيه: «

بإتمام تسليم البضائع محل التوريد، واستلام المتعاقد الثمن من الإدارة، وينتهي عقد التزام المرافق العامة بإنتهاء المدَّة المحددة، أمّا الانقضاء المبتسر للعقد الحكومي فيكون بالفسخ إمّا باتفاق الطرفين قبل انتهاء مدة العقد أو بالفسخ بقوة القانون أو بحكم القضاء[١]، وبقدر تعلق الأمر بموضوع البحث، يهمنا أن نتوصل لمدى تأثير فايروس كورونا المستجد على انتهاء العقود الحكومية، فعقد توريد كمامات ومواد تعقيم لصالح وزارة الصحة يحظى باهتمام السلطات العامة، ولا يتصور منع المورد (المتعاقد) من دخول الحدود والتنقل بحرية، فهو يختلف عن عقد القرض أو عقد الأشغال العامة أو عقد التزام المرافق العامة، فالأول لم ينقضِ ولم يتأثر بإجراءات الحكومة لمواجهة الجائحة، بينما تأثرت العقود الأخرى، وحتى عقد التوريد قد يتأثر بهذه الاحترازات إذا اختلف موضوعه، وقد يحاول المتعاقد التعكز على ظروف جائحة كورونا بُغية التخلص من التزاماته، مثلما ادَّعت (ف. أ) أمام محكمة بداءة الرصافة بأنّها سبق وأن اقترضت من المصرف المدعى عليه مبلغًا قدره خمسمائة مليون دينار واستلمته وللظروف الطارئة لجائحة كورونا التي أدت إلى توقف العمل بشكل تام، طلبت إعادة التوازن الاقتصادي بين الطرفين، وإنقاص الالتزام إلى الحد المعقول، وتَمَّ رَدُّ الدعوى وجاء في قرار محكمة التمييز: «... إنّ دعوى المدَّعية انصبَّت على إلزام المدَّعى عليه بتطبيق الظرف الطارئ المنصوص عليه في المادة (١٤٦) مدني، المتمثل بجائحة وباء كورونا، والتي أدَّت إلى غلق المؤسسات الاقتصادية والمالية وعلى المستوى المحلي والدولي وعلى عقد القرض الممنوح لها من المدعى عليه، وحيث إنَّ التحقيقات الجارية من قبل محكمة الموضوع انتهت إلى أنَّ المدَّعية مُنِحت قرضاً صناعياً بتاريخ ٢٠١٧/٣/٢٢، وبفائدة سنوية، ويتمُّ تسديده بأربع سنوات، وبأقساط سنوية وبضمان عقاري، ولتلكأ المدَّعية عن تنفيذ التزاماتها بتسديد الأقساط المستحقة، فقد أصدر مجلس إدارة المصرف قراره المرقم ... المتضمن إلزام المدّعية بتسديد القسطين الأول والثاني خلال مدّة شهر من تاريخ التبليغ، كما أنَّ مجلس الإدارة للمدعى عليه أصدر قراره الآخر المرقم (٥) في ٢٠٢٠/٢/١٢ والمتضمن رفض طلب المدّعية بإعادة جدولة الأقساط، وذلك قبل حلول جائحة وباءكورونا وتكون دعواها واجبة الرد وهذا ما انتهى إليه الحكم المميز قُرر تصديقه...» [٢].

... وإذ إن المقاول لا يعتبر قد أوفى بالتزاماته العقدية إلّا بعد صدور شهادة القبول النهائي من قبل صاحب العمل مبيناً فيه الأعمال التي اكتملت وتمت صيانتها على نحو يرضيه (مادة ١/٤٦ من الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسة المدنية)، مما تكون دعوى المدعين والحالة هذه سابقة لأوانها وحَرِيّة بالردّ من هذه الجهة وهو ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه...»، (غير منشور).

١- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، من ص١٥٠ -١٥٢.

٢- يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٧٣٤/الهيئة استئنافية منقول/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٦/٢٠، (غير

ويتضح مما تقدم أنّ جائحة كورونا لم تؤدِ إلى انتهاء التزام المدعية، وبقى التزامها مستمرًا رغم حلول الجائحة، لعدم تأثيرها على عقد القرض، فضلاً عن مراعاة المحكمة إن إبرام العقد وصدور الإخلال من المدّعية كان قبل أنّ تلقى الجائحة بتأثيراتها على الالتزامات العقدية، وبذلك قد تعاملت محكمة التمييز الاتحادية في تدقيق الدعوى وفق معيار موضوعي، وقد يكون انتهاء العقد سابقاً على حلول جائحة كورونا، مثلما قضت محكمة التمييز بقرار لها جاء فيه: «... إنَّ الثابت من وقائع الدّعوى ومستنداتها أنّ المدعي سبق وأن تعاقد مع المدعى عليه/إضافة لوظيفته بموجب عقد بعثة دراسية للحصول على شهادة الدكتوراه في اختصاص الأحياء المجهرية والمؤرخ في ٢٠٢١/٩/٢١، وقد استنفذ جميع المدّة القانونية التي منحت إليه لإكمال الدارسة حتى تَمَّ غلق ملفه الدراسي بموجب الأمر الوزاري المرقم ٤٢٧٣ في ٢٠١٨/٩/٢ والأمر الجامعي المرقم ١٢٤١٦/١١٧/٧ في ٢٠١٨/٩/١٣، وعُدَّ مستقيلاً من وظيفته بالأمر الجامعي ذي العدد ١٧٥٨٤/٣٥/٧ في ٢٠١٩/١١/٢٧ ومن ثَمَّ فإنَّ جميع الإجراءات المُتّخذَة بحقه كانت قبل جائحة كورونا التي تحجج بها كقوة قاهرة، ومن ثَمَّ وحيث إنّه أخلَّ بالتزاماته العقدية، عليه تحمل ما أُلزم به من تأدية المصروفات المتحققة بذمته، وتكون دعواه حَرّية بالردّ، وهذا ما قضى به الحكم المميز، لذا قُرر تصديقه...»[١].

يظهر أنَّ المدَّعي (طالب البعثة الدراسية) نسب الإخلال إلى جائحة كورونا كونها قوة قاهرة قطعت علاقة السببية بين تأخره في الدراسة وبين الضرر الذي أصاب وزارة التعليم العالي التي على أثر ذلك ألزمته بالمصروفات كافة، فظهر أنَّ جائحة كورونا لم تؤثر في العقد المبرم بينهما تأثيراً أدى إلى انتهائه لأنَّ كل شروط القوة القاهرة متخلفة، ومن استعراض نصّ المادة ٢/١٤٦ مدني نجد أنّ المشرع وإن أخذ بأحكام نظرية الظروف الطارئة من أجل تحقيق التوازن المالي، إلّا أن تكييف جائحة كورونا كظرف طارئ لا يؤدي إلى استحالة التنفيذ، لا بل هي وجدت لضمان استمرار المتعاقد للالتزام ببنود العقد الحكومي حتى تعود الحالة الطبيعية التي أُبرم العقد في ظلها، كانخفاض الأسعار أو الغاء القيود الاقتصادية أو رفع حظر التجوال وجعله جزئيًا، ولكن قد يكون زوال هذه الظروف غير أكيد، بمعنى استحالة عودة التوازن المالي للعقد، وتعذر الاستمرار في تنفيذ العقد وثبوت استحالة الظرف الطارئ يؤدي إلى انقضاء الالتزام وتحرير طرفي العقد الحكومي من بنوده، وفي حال عدم التفاهم على ذلك وعجز الطرفين عن الوصول إلى حلٍ فلا مناص من الحكم

منشور).

١- يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٩٤٥/الهيئة المدنية/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٢/٧، (غير منشور).

بفسـخ العقـد[١]، إمّا بنـاءً على طلـب الإدارة أو المتعاقد معها[٢]، وهذا الفرض لـم يحصل في جائحة كورونـا إذ أعلـن عن الحظر الشـامل لمدّة مؤقتة، ثم خففت الحكومة مـن هذه الإجراءات إلى الحظر الجزئي، حتى السـلطة التنفيذية والمتمثلة باللجنة العليا للصحة والسـلامة الوطنية فبعدما كانت قد وصفـت أزمة الجائحة كقوة قاهـرة عادت وجعلتها مدّة توقف[٣].

أمّـا وصـف جائحة كورونا قوة قاهرة فهذا يعني أنّ الالتزام قد انتهى؛ بسـبب خارج عن إرادة المدين، وهو نتيجة حتمية لاسـتحالة التنفيذ، ويقع انفسـاخ للعقد بقوة القانون، وبشروط هي[٤]:

١. أن تكـون اسـتحالة التنفيـذ مطلقة دائمـة، لأنّ الاسـتحالة المؤقتة تـؤدي إلى وقف العقد، ويسـتأنف سريانه بعـد زوال المانع، وهـذا لم يحصل بجائحـة كورونا[٥].
٢. الاسـتحالة الكُليَّـة: أي عدم القدرة على تنفيـذ العقد بصورة كُليَّة، لأنّ الاسـتحالة الجزئية تعفي المدين في حدود الاسـتحالة.
٣. وقـوع الاسـتحالة بعد إبـرام العقد، أي بعد تنفيـذ العقد، لأنّ وقوعها وقـت انعقاد العقد تعنـي أنّ العقد لم ينعقد لاسـتحالة محله[٦] .

أمّا الاسـتحالة الجزئية والمؤقتة بسـبب جائحة كورونا فهي وجدت عند فرض الحظر الجزئي، ومـن ثَـمَّ لا ينقـضي الالتزام بسـببها، فالاسـتحالة المؤقتة يترتب عليهـا تعليق الالتـزام حتى زوال الجائحة[٧].

والأثر المتولد عن اسـتحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة (جائحة كورونا) على العقود الحكومية هو:

أولاً: انقضـاء الالتـزام: لأنَّ مـن آثار القوة القاهرة هـو جعل تنفيذ الالتزام مسـتحيلاً، الأمر الـذي يـؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التزاماته كافة المنصـوص عليها في العقد الحكومي، تطبيقاً لنصّ

١- الفسـخ: هـو زوال العقـد بجميع آثاره في الماضي والمسـتقبل، مـع التعويض إن كان له مقتـضى، عبداللطيف دحية، مصدر سابق، ص٥٦٧.
٢- د.سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، من ٦٧٥ - ٦٧٦.
٣- القرار رقم (١٩٩) لسنة ٢٠٢١ في٢٠٢١/٦/١٥ المشار إليه سابقاً.
٤- عبداللطيف دحية، مصدر سابق، ص٥٧٠ - ٥٧١.
٥- تعد الاسـتحالة المطلقة هي الأثر المميز للقوة القاهرة، وهي تجعل تنفيذ الالتزام مسـتحيلاً في المتعاقد ذاته وللكافة، وتدخل الإجراءات الحكومية لمواجهة كورونا في نطاق الاسـتحالة القانونية، فاتن نايف هجول، مصدر سـابق، ص٧٣.
٦- القاضي عادل بدر علوان، الوجيز في استحالة التنفيذ، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٨، ص٤٩.
٧- هيثـم السـيد أحمـد عيسى، مدى انطباق شروط القـوة القاهرة على جائحة كورونا المسـتجد (covid-١٩) في إطار العقود المدنية، دراسـة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، بحث منشـور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، إصدار خاص بجائحة فايـروس كورونا، الجزء الثاني، ص٦١٩.

المادة ١٦٨ مدني، والتي نصت على: «إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً، حُكِمَ عليه بالتعويض، لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه»، ومن صور السبب الأجنبي هو القوة القاهرة (جائحة كورونا)، ومن ثَمَّ لا تستطيع الإدارة إرغامه على التنفيذ، ولا توقع عليه عقوبات لتحقيق هذه الغاية، وكذلك فلا توقع عليه غرامات تأخيرية[١]، وقد ذهبت الهيئة الاستئنافية عقار في محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها في قضية تتلخص وقائعها باستئجار المدعي كشك استنساخ في كلية الصيدلة التابعة لجامعة بابل، بمبلغ مقداره أحد عشر مليوناً وتسعمائة وخمسون ألف دينار، فطلب دعوة رئيس الجامعة إضافة لوظيفته والحكم بإلزامه بالتعويض عن الخسارة التي لحقت به جرَّاء حلول جائحة فايروس كورونا، وقد تم إجابة دعواه من قبل محكمة البداءة، إلّا أنَّ محكمة الاستئناف فسخت الحكم تعديلا، وجاء في قرار محكمة التمييز: «... إذ إن المدعي/(المميز عليه) متقابلاً طلب إنقاص الالتزامات المترتبة عليه في عقد إيجار المحل (كشك) المبرم مع المدعى عليه (المميز) متقابلاً إضافة لوظيفته بسبب تعرضه للأضرار؛ بسبب حصول المظاهرات في المحافظة وجائحة كورونا ممّا أدى إلى تعطيل الدوام الرسمي في الجامعة، وعدم الانتفاع بالمأجور، وقد تبين من التحقيقات الجارية في الدعوى أنَّ عقد الإيجار أبرم بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١٩، وأنَّ المظاهرات حصلت في الشهر العاشر، وأنَّ جائحة كورونا انتشرت نهاية شهر شباط ٢٠٢٠، ولأنّ المادة ١٤٦/٢ من القانون المدني نصَّت على أنَّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أنّ 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، إذا اقتضت العدالة ذلك ولأنَّ مدة أزمة فايروس كورونا تُعد قوة قاهرة تعفي المتعاقد من التزاماته، بعد أن منعت المدّعي من الانتفاع بالمأجور، والذي تمسك بالعقد ولم يطلب فسخه، إذ إن المادة ٧٩٢ من القانون المدني أعطته الخيار في طلب الفسخ قبل انتهاء مدّة العقد؛ ولأنّه طلب إنقاص الالتزامات المترتبة عليه، ولم يطلب إعفاءه منها فيكون اتجاه محكمة البداءة بإنقاص الأجرة منذ بداية العقد إلى نهايته منسجماً وحكم القانون، فكان على محكمة الاستئناف تأييد الحكم البدائي لذا قرر نقض الحكم المميز...»[٢]، وهذا يعني أنّ الهيئة استئنافية عقار في محكمة التمييز قد عدَّت

١- د. سليمان محمد الطماوي، مصدر سابق، ص٧٤٠.

٢- يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣١٩٠/٣١٩١/٣١٩٢/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢١) في٢٠٢١/٨/٤، وبذات الاتجاه، وبين مستأجرين آخرين مع ذات الجامعة أصدرت الهيئة ذاتها القرارات المرقمة (٣١٨٧ /٣١٨٨/٣١٨٩ في ٢٠٢١/٨/٤ والقرار ٣١٩٣/٣١٩٤/٣١٩٥ في ٢٠٢١/٨/٤، (غير منشورة).

جائحة كورونا قوة قاهرة تعفي المتعاقد من التزامه، وقد طبَّقت نظرية الظروف الطارئة، بناء على طلب المدّعي في إنقاص الالتزام؛ لأنّ المادة ٧٩٢ من القانون المدني منحته إمّا التمسك بالعقد وإنقاص الأجرة أو طلب فسخه لاستحالة تنفيذه، ولكنّه تمسك بالعقد رغم أنَّ جائحة كورونا وما سبقته من مظاهرات أدّت إلى تعذر انتفاعه بالمأجور.

ثانياً: انتفاء مسؤولية المتعاقد مع الإدارة: فعند ثبوت أنّ عدم التنفيذ أو التأخير فيه راجعاً إلى جائحة كورونا فيكون المتعاقد قد أثبت انقطاع علاقة السببية بين الخطأ الذي يُعدُّ إخلالاً منه في الظروف الطبيعية، وبين ضرر الإدارة، وتبرئ ذمة المتعاقد من أيّ تعويض[١].

وقد يلجأ المتعاقد مع الإدارة إلى القضاء، لطلب فسخ العقد بسبب القوة القاهرة (جائحة كورونا)، إذا تحققت شروطها من عدم التوقع[٢]، وعدم القدرة على دفع الحدث واستقلال إرادته عن الحدث واستحالة التنفيذ فحينها يكون الحكم القضائي إعلاناً للفسخ وليس مُنشئاً له، وقد تُنهي الإدارة العقد بقرار منها متعكزة على القوة القاهرة، ويغدو الفسخ حينها إدارياً، وقد يكون إنهاء العقد بسبب جائحة كورونا غير صحيح فيتصدى القضاء لذلك، مثلما قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارٍ لها جاء فيه: «... أنَّ الثابت من التحقيقات القضائية ووقائع وأدلة الدعوى، أنَّ المدعي (المميز عليه) كان يعمل لدى المدّعى عليه الثاني (المميز) إضافة لوظيفته منذ ٢٠٠٩/٦/١٣ ، والذي تمَّ إنهاء خدماته بالأمر الإداري من صاحب العمل المذكور بعدد ٢١٠ في ٢٠٢٠/٧/١؛ بسبب غيابه عن العمل للأيام الواردة في أمر إنهاء الخدمة، وحيث تبيّن أنَّ المدعي/(العامل) كان في تلك الفترة يشتبه بإصابته بفايروس كورونا، وطلبت منه مديرة الحسابات ترك العمل لحين جلب مسحة فحص تؤيد عدم إصابته بالمرض المذكور، فيكون انقطاعه عن العمل لسبب مشروع؛ لانتشار الوباء في فترة الانقطاع عن العمل، وبناء على ذلك يكون أمر إنهاء خدمة المدّعي والحالة هذه لا يستند إلى أيّ من الأسباب القانونية الواردة في المادة ٤٣/ثانياً من قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥، ويكون طلب الإعادة إلى العمل السابق وصرف أجور المدّعي من تاريخ إنهاء خدمته، لحين مباشرته

١- عبد اللطيف دحية، مصدر سابق، ص٥٧١.

٢- هناك من يطرح تساؤلاً هل وجود أوبئة أو جوائح سابقة يدل على أنَّ المدين كان قد توقع ظهور فايروس كورونا، وهل تكرار انتشاره يجعله متوقعاً؟ ويجيب : فبالنسبة لوجود أوبئة وجوائح سابقة فإنّه لا ينفي التشابه بين كورونا وفايروس سارس المنتشر عام ٢٠٠٣ ويوجد ارتباط جيني بينهما إلّا أنّ الاختلاف يكمن في أنّ سارس لم يعد جائحة مثل كوفيد، وأنّ سارس أقل فتكاً من كورونا رغم أنّه أشد عدوى، وبالنسبة لتكرار الانتشار للفايروسات ينفي التوقع بحيث إذا ظهر مجدداً لا يحق للمدين الاحتجاج بالقوة القاهرة، فإذا انتشر فايروس كورونا مرّة أخرى في المستقبل فلا يمنع من الاحتجاج به كقوة قاهرة إذا كان شديد الانتشار والفتك، لأن الأساس في عدم التوقع يكون لما تسببه إجراءات الحكومة لمواجهته، هيثم السيد أحمد عيسى، مصدر سابق، ص٦٠١.

الفعلية بعمله له سند من القانون لذا قُرر تصديقه...» [١].

ويتّضح أنّ محكمة التمييز الاتحادية قد عدّت مجرد الاشتباه بالإصابة بفايروس كورونا قوة قاهرة مؤقتة، تمنع المتعاقد من القيام بواجباته، عندما صدَّقت قرار محكمة الموضوع بإلغاء أمر إنهاء خدمات المدّعي وإعادته للعمل[٢]، مما يعني أنّها لم تقصر الأعذار المشروعة بسبب جائحة كورونا على إجراءات الحكومة لمواجهة الجائحة، وإنّما عدّت الاشتباه بالإصابة بالفايروس قوة قاهرة خلال الفترة الممتدة بظهور أعراض الإصابة ولحين ظهور نتيجة الفحص بعدم الإصابة أو الشفاء منه، وهذا توسع في مفهوم القوة القاهرة، ينسجم مع من رأي فقهي يرى بضرورة تجاوز المفهوم التقليدي للقوة القاهرة والأخذ بالمعنى الواسع لها، إذ عدّ أنّ التنفيذ المرهق يُعدُّ قوة قاهرة بحد ذاته وليس استحالة تنفيذ[٣]، وأنّ ما سلف ذكره يمكن أن ينطبق على مختلف العقود الحكومية مع مراعاة الأثر الذي ينتج عن جائحة كورونا على كل عقد على حدة، بالنظر لاختلاف تاريخ إبرام العقد وظروف التنفيذ وتاريخ بدئها، إذ كما قيل (لكل كارثة مستفيدون)، فلا يعمم الحكم نفسه على كل العقود، كما لا يتم اسقاط ذات الحكم على نوع واحد من العقود، فهناك عقود تم تفعيلها بفعل جائحة كورونا، وهناك عقود انقضت بقوة القانون أو الواقع، وبينهما عقود أوقفت على أمل العودة للتنفيذ، فعقد إيجار مرفق حكومي ليس كعقد مبرم للسفر لدولة سياحية ولا يشبه عقد الأشغال العامة في تأثره بإجراءات لمواجهة جائحة كورونا[٤]، مثلما قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارٍ حديث لها في قضية تتلخص بادّعاء المدّعي بأنّه حجز مقعد على متن الخطوط الجوية العراقية من مدينة طهران إلى بغدادَ، إلّا أنّه تفاجئ بإلغاء الرحلة في المطار دون تبليغه، وتم إهماله عدّة أيام في المطار، وتم تغريمه مبلغ مليون وثلاثمائة وخمسين ألف تومان إيراني، رغم أنّ إلغاء الرحلة بسبب المدّعى عليه، فطلب التعويض عن ذلك، وردَّت محكمة الموضوع الدّعوى وجاء في القرار التمييزي: «... أنّ المحكمة قد أجرت تحقيقاتها وتأيد لها أنّ الغاء الرحلة التي حجز المدعي/المميز للسفر عليها كان بسبب الجانب الإيراني حيث إن الرحلات كافة قد أُلغيت للفترة من ٢٠٢٠/٩/٢٥ إلى ٢٠٢٠/١٠/٨ نتيجة تفشي وباء كورونا، وبالتالي فإنّ إلغاء الرحلة كان بسبب خارج عن إرادة

١- يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٧٠٠/الهيئة المدنية /٢٠٢١) في٢٠٢١/٦/١٤، (غير منشور).
٢- اتجهت محكمة التمييز الاتحادية إلى الاتجاه ذاته بالقرار المرقم (٣٦٩٩/الهيئة المدنية/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٦/١٤، (غير منشور).
٣- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج١، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١١. من ص ٤٦٤ -٤٦٥.
٤- بدر الدين براحلية، محاولة تطبيق نظرية العقد الناقص على الالتزامات التعاقدية في ظلّ جائحة كورونا، بحث منشور في مجلة الحقوق- جامعة الكويت، إصدار خاص بجائحة فايروس كورونا، ج٢، ٢٠٢١، ص٥٠٣.

المدّعى عليه (المميز عليه) ومعه لا يلزم الأخير بالضمان، خاصة وأنّه قد أعاد للمدّعي مبلغ التذكرة، ولم يفرض بحقه غرامة كما يدّعي، ومعه تكون دعوى المدعي فاقده لسندها القانوني ويكون قرار ردّهـا متّفقاً وحكم القانون، لذا قُرر تصديق الحكم المميز...» [١].

أمّا عقد الفيديك فقد بينت المادة ٢/١٩ من العقد النموذجي المعدٌّ من الاتحاد العالمي للمهندسين الاستشـاريين أثـر القوة القاهـرة على العقد، والإجراءات التـي تتبع إذ لا بُدَّ أن يتم إشـعار الطرف الأخـر من قبل الطرف الذي سـيتعذر عليه تنفيذ التزاماته العقدية؛ بسـبب القـوة القاهرة (جائحة كورونـا) يتضمـن الإشـعار الالتزامات التي أصبح أو سـيصبح متعـذر عليه إنجازهـا؛ نتيجة هذه الجائحة خلال أربعة عشر يوما من تاريخ علمه بحدوث الواقعة ويُعد الطرف الذي أرسـل الأشـعار معـذوراً مـن أداء التزاماتـه في العقد طيلة مدّة بقاء القوة القاهـرة، وأن هذا النص لم يعفِ صاحب العمـل من الاسـتمرار بدفع المسـتحقات إلى المقاول رغم تحقق القوة القاهـرة، وتتلخص هذه الآثار في عقد الفيديك بالآتي[٢]:

١. التزام تقليل التأخير.
٢. إنهاء العقد اختيارياً.
٣. الإعفاء من مسؤولية الأداء بموجب القانون.

ويقابـل نـص المـادة ٢/١٩ مـن عقـد الفيديك ما جـاء في المـادة (٢/٢٠) من الـشروط العامة لمقـاولات أعمال الهندسـة المدنيـة العراقية (المخاطر المسـتثناة).

وتجدر الإشارة إلى أنّ القوة القاهرة لا تعدٌّ من النظام العام، أي يجوز أن يتمَّ الاتفاق على تحمل المدين آثارها، بخلاف الظروف الطارئة التي يعد باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف مضمونها، بمعنى: إنّهـا مـن النظـام العام، وهناك من ينتقد هذا الموقف من المشرع، معللاً ذلك بأنّ القوة القاهرة أشـدٌّ مـن الظـرف الطارئ، فالأولى تنهي الالتزام لاسـتحالة تنفيذه، بينما ترهـق الظروف الطارئة كاهل المدين وهي جوازية للقاضي في تعديل العقد، فكيف نسـمح لإرادة الأطراف اسـتبعاد القوة القاهرة دون السماح لهم في الظروف الطارئة، ويرى البطلانيترتب عند الاتفاق على عدم قبول تدخل القاضي لإزالـة الإرهـاق اللاحق بالطرف المتضرر من الحدث الطارئ (جائحـة كورونا)، إمّا الاتفاق اللاحق عـلى التفـاوض أو كان بناء على شرط سـابق فهو صحيـح[٣]، وتطبيقاً لذلك قضـت محكمة التمييز

١- يُنظـر قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية بالعـدد (٤٩٣/هيئـة اسـتئنافية منقـول/٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٢/١٥، (غير منشور).

٢- علي داود علي حسين، مصدر سابق، ص ٢٦٧ و٢٦٨.

٣- بدر الدين براحلية، مصدر سابق، ص٥٣٣.

الاتحاديــة بقــرار لها جاء فيه: «... ولما كان العقد شريعــة المتعاقدين فإنّ المدّعي (المميز عليه) مُلزم بتأديتــه لأجــور رواتب الموظفين بموجب الشرط الوارد في العقد، ســواء وجــد العمل أم بدونه ، أمّا الاحتجــاج بالقــوة القاهرة المتضمنة اعتبار أزمــة فايروس كورونا وفق قرار لجنــة الأمر الديواني رقم (٥٥ لســنة ٢٠٢٠) ، فإنّ عقد المشــاركة أجاز إنهاء العقد بالفقرة (١٩) عند حدوث قوة قاهرة خــارج إرادة الطرفــين تمنع تنفيــذ الالتزامات المترتبة بذمة الطرفين، وفعــلاً فقد تم إنهاء العقد من قبــل المدّعي عليه (المميز) بموجــب كتابه المرقم (٥٢٦٥) في ٢٠٢٠/٨/١١ ، وفق التفاصيل الواردة ولا يعتــبر هــذا الإنهاء نافذاً إلّا من بعد تســلّم جميع مواد العقد، طبقــاً للتفاصيل الواردة في الفقرة (١) من الكتاب، وبالتالي فلا يجوز للمدّعي (المميز عليه) التمسك بالفقرة (١٩) من العقد باعتبارها أجازت له وللطرف الأول إنهاء العقد، وإنّ الإنهاء لا يعفيه من تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل صدور الإنهاء، ومنها دفع رواتب الموظفين العاملين لديه عن فترة الحظر الشــامل بســبب انتشــار فايروس كورونــا، وأنّ دفــع الرواتــب والأجور وفق الفقرة (٢٠) من العقد ســواء أكان هنــاك عمل فعلي أم وجــود توقف عن العمل، ولأيّ ســبب كان وفق منطوق الفقرة المشــار إليها آنفــاً؛ وبذلك فأنّ اتجاه محكمة الاستئناف إلى فسخ الحكم البدائي القاضي بردّ الدعوى قد جانب الصواب قُرر نقضه...»[١].

ويُلاحظ أن القرار آنفاً قد طبق مبدأ ســلطان الإرادة، إذ كان الطرفان قد اتفقا على جواز إنهاء العقــد عنــد حصول القــوة القاهرة، ويُلاحظ أيضاً أنّ الإنهاء تم بكتاب من الإدارة وهذا يُعدُّ فســخاً إدارياً، وأنّ المحكمة رجحت اتفاق الطرفين على قرار لجنة الأمر الديواني بالعدد ١١٧، الذي عَدّ أزمة فايــروس كورونــا قوة قاهرة لجميع العقود والمشــاريع، ومن ثم نقضت قرار محكمة الاســتئناف، بيــدَ أنّ محكمة الاســتئناف أصرّت على قرارها المنقوض بعد إعــادة الدعوى إليها[٢]، ومن ثم نظرت الهيئة الموســعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية القرار بعد الطعن به تمييزاً فأصدرت قراراً جاء فيه: «... غير صحيح ومخالف لأحكام القانون وإنّ إصرار محكمة الاستئناف في غير محله ولم تتبع فيــه القرار التمييزي الصادر عن الهيئة الاســتئنافية منقول في محكمــة التمييز بالعدد (٧٤٣/هيئة اســتئنافيةمنقول /٢٠٢١) في ٢٠٢١/٣/١٧، ذلك أن المدّعي مُلزم بتأديته لأجور ورواتب الموظفين في مشروع العقد موضوع الدعوى، بموجب الفقرة (٢٠) من العقد، ســواء أكان هناك عمل فعلي أم

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٧٤٣/ الهيئة استئنافية منقول/ ٢٠٢١) في ٢٠٢١/٣/١٧، (غير منشور).

٢- استناداً إلى نص المادة (٢١٥) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، فإنّه يجوز لمحكمة الموضوع الإصرار على حكمها المنقوض من محكمة التمييز إذا كان النقض راجع لاختلاف في وجهات النظر القانونية، أمّا إذا كان النقض لسبب إجرائي أو كان قرار النقض صادراً عن الهيئة الموسعة فيكون واجب الاتباع مطلقاً، ولا تملك المحكمة بعد النقض الإصرار على حكمها المنقوض.

وجـد توقف في العمل لأيّ سـبب كان، أما الاحتجـاج بأزمة فايروس كورونا كقوة قاهرة وفق قرار لجنة الأمر الديواني رقم (٥٥) لسـنة ٢٠٢٠ فلا قيمة قانونية له في هذا الشـأن، ولا يجوز للمدعي التمسـك بالفقرة (١٩) من العقد، باعتبارها أجازت لطرفي العقد إنهاءَهُ للقوة القاهرة، وإنّ الإنهاء المذكـور لا يعفيـه مـن تنفيذ التزاماتـه التعاقدية قبل صـدور الإنهاء، ومنها دفـع رواتب الموظفين العاملين لديه في فترة الحظر الشـامل بسـبب انتشار فايروس كورونا، وإذ إن الحكم المميز قد قضى بخلاف ذلك فقد قرر نقضه...»[١]، وبعد ذلك اتبعت محكمة الاستئناف القرار التمييزي وأيّدت قرار محكمـة البداءة برّد الدّعوى، وتـم تصديقه تمييزاً[٢]، ولنا عدة ملاحظات على القرارين التمييزيين:

١. إن محكمـة التمييـز الاتحادية طبقت مبدأ سـلطان الإرادة، وأعملت البنـد الوارد في العقد المتضمن إنهاء العقد عند حصول القوة القاهرة (جائحة كورونا)، ومن ثَمَّ فهو كما سـلف القـول لا يُعدُّ من النظام العام.

٢. يُلاحـظ أنّـه رغـم صحّة إنهـاء العقد الحكومي الصـادر من الإدارة، بيـد أن ذلك لم يعفِ المتعاقـد (المدعي) مـن التزاماته قبل إنهـاء العقد، والمتمثلة بدفع أجـور ورواتب الموظفين عنده.

٣. إن المدعـي احتـج بكـون جائحة كورونا قوة قاهرة اسـتناداً إلى قرار لجنـة الأمر الديواني بالعـدد ١١٧ لسـنة ٢٠٢٠ ، الذي عَـــدَّ أزمـة جائحة كورونا قوة قاهـرة لجميع العقود والمشروعـات، والـذي عُدّلَ مرتـين، إذ تَمَّ قصر المدّة التي تُعدُّ قوة قاهرة، ومن ثم اسـتبدل الوصـف إلى وقـف العقود الحكوميـة، وإن الواقعة موضـوع القرار التمييـزي كانت قبل تعديـل القـرار ١١٧ لسـنة ٢٠٢٠، ومع ذلـك فقد بينت محكمـة التمييـز الاتحادية ممثلة بالهيئة الموسـعة المدنيـة موقفها من هذا التكييف إذ قالت: «أمّـا الاحتجاج بأزمة فايروس كورونا كقوة قاهرة وفق قرار لجنة الأمر الديواني رقم ٥٥ لسنة ٢٠٢٠ فلا قيمة قانونية له في هذا الشأن»، بمعنى إنه ليس قانوناً وفق التدرج الهرمي للقواعد القانونية في الدولة، وإنه غير ملزم للمحاكم، ورجحت تطبيق بنود العقد على هذا القرار وحسـناً فعلت في ذلك، لأنّ وصف جائحة كورونا بالقوة القاهرة على نحو الإجمال لا سـند له من القانون، وأدّى إلى إربـاك المتعاقديـن، ولا أدل على ذلك إلا عدول السـلطة التنفيذية إلى تغيير الوصف تارة،

١- يُنظـر قـرار محكمـة التمييز الاتحاديـة بالعـدد (٢٤٤/ الهيئة الموسـعة المدنيـة/ ٢٠٢١) في ٢٠٢١/٧/١٣، (غير منشور).

٢- يُنظـر قـرار محكمـة التمييز الاتحاديـة بالعدد (٣٨٨/ الهيئة الموسـعة المدنيـة/ ٢٠٢١) في ٢٠٢١/١٢/١٥، (غير منشور).

وقـصر مدّة القـوة القاهرة تارة أخرى، فمن غير الصحيح إطـلاق الوصف القانوني (قوة قاهرة) على الحالات كلها.

٤. إن العقـد الحكومـي موضوع القرار التمييزي لاحظنا أنّه قد تأثر بجائحة كورونا إذ أدّت إلى إنهائه بقرار من الإدارة (فسـخ إداري)، غير أنّ النزاع الذي ثار هو في احتجاج المتعاقد مع الشركة العامة لنقل المسـافرين والوفود بأنّه غير ملزم بدفع رواتب وتوقيفات تقاعدية إلى منتسـبيه للعمل بمشروع عقد مشـاركة تكسي بغداد من وإلى مطار بغداد، كون العمل توقف وأُغلق المطار بسبب جائحة كورونا، بيدَ أنّ هذا الإنهاء للعقد الصادر من الإدارة لم يعفيه من دفع الأجور والرواتب (التزاماته)؛ لأنها كانت متحققة بذمته قبل صدور الإنهاء، فضـلاً عـن وجود بند في العقد يُلزمه بدفع الرواتب سـواء أكان هنـاك عمل فعلي أم وجود توقـف عن العمل، وهذا يُعدُّ تطبيقاً عادلاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الثالث

دعوى المسؤولية الناشئة عن جائحة كورونا

تنهض المسـؤولية المدنية عند إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية، بتوافر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة السببية بينهما، ومع ذلك فأنّ تحقق هذه الأركان لا يعني بالضرورة إلـــزام المدّعـــى عليه بالتعويـــض، وهذا يرجع لظروف ووقائع كل قضية تقضي المحكمة على أساسها، فـــبعد أن تناولنا الآثـار القانونية لجائحة كورونا على مراحـل العقد الحكومي، نجد أنّ من مُوجِبات الإحاطة بجميع نواحـي موضوع الدراسـة، التّطرق لدعوى المسـؤولية الناتجة عن جائحـة كورونا في فقرات ثلاث، نخصص الأولى لبيان أطراف الدّعوى، والفقرة الثانية لدراسـة الحكم الفاصل في الدّعوى، والأخيرة لتوضيح طرق الطعن في الحكم، وعلى النحو الآتي:

أولاً: أطراف الدّعوى

تخضع دعوى المسـؤولية شـأنها شأن سائر الدّعاوى للأحكام العامة في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ المعدّل، إذ تنعقد الخصومة بين طرفي العقد الحكومي الذي أثّرت فيه جائحة كورونـا؛ لأنّـه مصـدر الالتزام، فترفع الدّعـوى من أحد المتعاقدين ضد الطـرف الآخر في العقد، لأنّ الخصومـة تعنـي: أنّ المدّعى عليه ينكر الحق (موضوع الدعـوى) أو المنازع فيه[١]، وعلى ذلك نصَّت

١- القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١، ص٢٤.

المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية «يُشترط أن يكون المدّعى عليه خصماً يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه، وأن يكون محكوماً أو ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى...»[١]، ويختلف المركز القانوني لأطراف العقد في الدّعوى بحسب ما يطالب به، فقد تكون جهة التعاقد الحكومية هي المدّعية تهدف لاستحصال حكم يُلزم المتعاقد معها (المدّعى عليه) بالتعويض عن الضرر الذي لحقها نتيجة تأثير الظرف الطارئ (جائحة كورونا) على التزامها العقدي، أو قد تطلب فسخ العقد جرّاء إخلاله بعدم التنفيذ أو التأخر فيه[٢]. فيدفع المدّعى عليه بحصول جائحة كورونا كقوة قاهرة أو كونها ظرفًا طارئًا بُغية نفي صدور الخطأ منه[٣].

وقد يكون المدّعي هو المتعاقد مع الجهة الحكومية سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً يطالب في دعواه إما إعفائه من الالتزام لكون جائحة كورونا قوة قاهرة جعلت من تنفيذ العقد مستحيلاً بعد أن يثبت تحقق شروط القوة القاهرة، أو قد يطلب إنقاص التزامه العقدي إلى الحد المعقول؛ لكونها ظرفًا طارئًا لكي يستمر بالتنفيذ مما ينعكس على استمرار خدمات المرفق العام الذي يتعلق به العقد الحكومي.

ويشترط لكي تصحَّ الخصومة أن يذكر المدّعي (المتعاقد) في عريضة الدّعوى أن المدّعى عليه (رئيس جهة التعاقد) إضافة لوظيفته، إذ إن ذلك يعني أن الخصومة متوجهة ضد الجهة الحكومية المتعاقدة ذاتها، على أساس أنها شخص معنوي اعترف لها القانون بذلك[٤]، ويترتب على هذا الاعتراف

١- ينظر نص المادة ٤ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ١٧٦٦ في ١٩٦٩/١١/١٠.

٢- يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٢٠٨/الهيئة المدنية/٢٠٢١) في٢٠٢١/٣/٣١، (غير منشور)، والذي قضى بتصديق قرار محكمة البداءة بفسخ عقد الإيجار، جاء فيه : « ... إنّ الثابت من التحقيقات الجارية بالدعوى بأنّ المدّعى عليه أخلّ بالتزاماته العقدية، إذ أقرّ وكيل المدّعى عليه بجلسة المرافعة ليوم ٢٠٢١/١/٢٦ بصحّة عقد الإيجار وإشغال موكله للعقار وبصحّة تبلّغه بورقة الإنذار وبعدم دفعه لبدلات الإيجار؛ بسبب الظروف الصحية وانتشار فايروس كورونا وحيث إنّه إذا أخل أحد العاقدين بالالتزامات التي يفرضها عقد الإيجار، كان للطرف الأخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض، إن كان له محل بعد إنذاره بتنفيذ التزاماته (م ٧٨٢)، وحيث إن المدّعي سّير للمدعى عليه إنذاره المرقم... بواسطة الكاتب العدل، وإن المدّعى عليه لم يسدد بدلات الإيجار المتفق عليها للمدعي بموجب العقد، مما يكون مُخلاً بالتزاماته العقدية ...» .

٣- عرّفت المادة ٨ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩ الدفع بالقول: «١_ الدفع هو الإتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردّها كلاً أو بعضاً. ٢_ يراعى في الدفع ما يراعى في الدّعوى من أحكام ويشترط أن يكون ذا صلة مباشرة في الدّعوى الأصلية ... «.

٤- يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٨٧/هيئة موسعة مدنية/٢٠١٨) في ٢٠١٨/٤/١٦، (غير منشور)، جاء فيه: «... وحيث إن المادة ٤٨ من القانون المدني قد قضت بأنّ لكل شخص معنوي ممثل عن إرادته، ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق، وله ذمة مالية مستقلة وحيث إن الجهة المتعاقدة مع المدعي (قيادة الشرطة الاتحادية) ليس لها شخصية معنوية وليس لها حق بالتعاقد مع الغير، وبناء على ذلك لا تصلح وزارة الداخلية خصماً للمدعي ...».

صلاحيتها للخصومة مدّعية أم مدّعى عليها، وكذلك صلاحيتها لإنشاء التصرفات القولية على وجه يُعتدّ به شرعاً[١] ، ذلك أنّ عدم توجّه الخصومة على نحو صحيح القانون سيبيح للمحكمة القضاء برّد الدعوى من تلقاء نفسها ولو بدون دفع دون الدخول في أساسها[٢]، لأنّ الخصومة وعلى وفق استقرار قضاء محكمة التمييز الاتحادية تُعد من النظام العام[٣].

ثانياً: الحكم الفاصل في الدّعوى

بعد رفع الدّعوى، تمرُّ الخصومة أمام القضاء بسلسلة من الإجراءات وصولاً لإصدار الحكم الفاصل فيها، والهدف من هذه الإجراءات هو التحقق من صحة الادعاء، فإذا كانت جهة التعاقد الحكومية في مركز المدّعي وطالبت بالتعويض، تجري المحكمة تحقيقاتها في مدى صدور خطأ عقدياً من المدّعى عليه، فإن ثبت لها أنَّ جائحة كورونا قد أثّرت في العقد تصدر حكمها بردّ الدّعوى على أساس انتفاء مسؤولية المدّعى عليه، لأنّ الخطأ لم ينسب له، وقُطعت علاقة السببية بينه وبين ضرر المدّعي.

أما لو ثبت خطأ المدّعى عليه، وأنّ جائحة كورونا لا تأثير لها على العقد الحكومي حينها فستقرر الاستجابة للدعوى والحكم فيها[٤].

وفي حال كانت الجهة الحكومية في مركز المدّعى عليه، فهذا يعني أنّ المتعاقد معها يطالب في دعواه تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو القوة القاهرة، أو يطلب التعويض عن الضرر.

فبالنسبة لطلبه المتضمن وصف جائحة كورونا كظرف طارئ فعلى وفق حكم المادة(٢/١٤٦) من القانون المدني يكون الحكم الفاصل في الدّعوى بإنقاص الالتزام إلى الحدّ المعقول، وتتوصل المحكمة لهذا الإنقاص بالاستعانة بخبير فني يقدر قيمة التزام المدّعي في العقد بعد حلول جائحة كورونا بُغية رفع الإرهاق عنه، كما لو كان العقد المبرم هو عقد إيجار مرفق عام، فيطلب المتعاقد إنقاص بدل الإيجار؛ لأنّ جائحة كورونا أدّت إلى عدم انتفاعه بالمأجور أو انتفع به انتفاعاً مرهقاً له، فيصدر الحكم بإنقاص الالتزام المثبت في العقد وجعله مبلغًا آخراً، ويعدُّ ذلك تعويضه جزئياً،

١- د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ١١٣.

٢- نصّت المادة ٨٠ من قانون المرافعات المدنية على: «١_ إذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها بردّ الدّعوى دون الدخول في أساسها. ٢_ للخصم أن يُبدي هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى».

٣- يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٦٥/هيئة موسعة مدنية/٢٠٢٠) في ١٦/١١/٢٠٢٠، (غير منشور)، جاء فيه: «... وحيث إنّ الخصومة من النظام العام، وأنّ المحكمة مُلزمة برد الدعوى عند عدم توجه الخصومة دون الدخول في أساسها... «.

٤- (١ (يُنظر قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٧٣٤/الهيئة استئنافية منقول/٢٠٢١) في ٢٠/٦/٢٠٢١، (غير منشور).

وتعديـلاً للعقد من قبل القاضي[١].

أّما إذا تضمنت دعواه أنّ جائحة كورونا قوة قاهرة، ممّا يعني أنّه يطلب إعفاءَه من المسـؤولية لتحقق سـبب مشروع أدى إلى اسـتحالة التنفيذ، ومن ثَمَّ عند التحقق من صحّة ادعائه يصدر حكماً بفسخ العقد، إذ تعد من النتائج المترتبة على حصول القوة القاهرة الإعفاء من المسؤولية، فضلاً عن عدم جواز توقيع أيّ جزاء بحق من أعفُي من تنفيذ التزامه، وتجدر الإشـارة إلى أنَّ الحكم الفاصل بفسـخ العقد لاسـتحالة تنفيذه لكون جائحة كورونا قوة قاهرة حكماً مقرراً للفسـخ وليس منشئاً له، وإذا أنهت الإدارة العقد بقرارٍ منها استناداً للقوة القاهرة يكون الفسخ إدارياً، وفي حال أخطأت في التحقق من عناصر القوة القاهرة وفسخت العقد فيترتب على ذلك إلزامها بتعويض المتعاقد معها عن التكاليف التي تكبدها دون الربح الفائت[٢].

أمـا إذا طلـب التعويـض على أسـاس صدور خطـأ عقدي عن الجهـة الحكوميـة المتعاقدة معه، فيكـون الحكـم في هذه الحالة رد الدعوى، كما حصل بقضية تتلخـص وقائعها أنّ المدعي تعاقد مع جامعة الكوفة لممارسة مهنة التصوير داخل كلية الصيدلة وقد سدد بدل الإيجار السنوي، إلا أنّه لم يتمكن من ممارسـة العمل بسـبب غلق الكلية لانتشار جائحة كورونا فطلب التعويض عن ذلك، فتم رد الدعـوى مـن محكمة الموضوع، فجاء قـرار محكمة التمييز الاتحادية بالآتـي: «... أن الثابت من وقائـع الدعـوى أن المدعي قـد تعاقد مع المدعى عليه لغرض ممارسـة التصوير داخل كلية الصيدلة وللفـترة الـواردة في العقـد والـذي انتهت مدتـه، وحيث إن المدعـى عليه لم يرتكب خطأ يسـتوجب مسـؤوليته العقدية وأن انتشـار وبـاء كورونا لا يجعل منه مخلاً بشروط العقـد، وحيث إن الإلزام بالضمان يستوجب توافر عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة السببية، ولعدم تحقق مسؤولية المدعـى عليه، وبالتالي تكون دعوى المدعي بالتعويض فاقدة لسـندها القانوني...»[٣].

١- تنظر القرارات التمييزية ذوات الأعداد٥٧ و٥٨ و٦٠ والصادرة عن الهيئة اسـتئنافية عقار في ٢٠٢٢/١/١٠، (غير منشورة)، والتي قضت بتصديق قرارات محاكم الموضوع في إنقاص الأجرة بإلزام المدّعى عليه /إضافة لوظيفته بتأديته للمدعـي (المتعاقـد) مـا يمثل التعويض عن الخسـارة التي لحقته جراء تأثير جائحة كورونا وهـذا يمثل تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة.

٢- د. عـلي عبـد الأمـير قبـلان، أثـر القانون الخـاص عـلى العقـد الإداري، ج٢، ط١، مكتبة زيـن الحقوقيـة والأدبية، بـيروت،٢٠١١. مـن ص٥٦-٦٧.

٣-)) يُنظـر قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعدد (٨٤٦/ هيئة اسـتئنافية منقـول/ ٢٠٢٢) في ٢٠٢٢/٣/٢٢، (غير منشور).

ثالثاً: طرق الطعن في الحكم

إنّ وصف الحكم الصادر بدعوى المسؤولية بأنّه صادر بدرجة أخيرة يخضع للطعن تمييزاً، أو صادر بدرجة أولى يخضع للطعن استئنافاً أو تمييزاً، أمر يقرره قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، إذ يكون لقيمة الدعوى (الحق المطالب به) الدور في تحديد طرق الطعن، فسواء كان المدعي يطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة أم القوة القاهرة (فسخ العقد) فإنّ ما ينظر إليه كأساس هو قيمة ما يطالب به في الدعوى وقت رفعها[١]، فإن كان مبلغ العقد مليون دينار فأكثر؛ سيكون الحكم خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف والتمييز[٢]، أما إذا كان مبلغ العقد لا تزيد قيمته على مليون دينار؛ فسيكون الحكم صادراً بدرجة أخيرة خاضعاً للطعن تمييزاً أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية[٣]، فضلاً عن طريق طعن آخر سيكون الحكم خاضعاً له في حال صدوره غيابياً بحق أطراف الدعوى وهو الاعتراض على الحكم الغيابي، مع خضوعه لطرق الطعن غير العادية وهي: تصحيح القرار التمييزي، واعتراض الغير، وإعادة المحاكمة عند تحقق شروطها.

ولكون أحد أطراف الدعوى جهة حكومية تم اختصامها بناء على مصدر التزامها إلا وهو العقد الحكومي الذي أبرمته، فإنّ الحكم إذا صدر ماساً بحقوق الدولة، يكون لرئيس الادعاء العام الطعن فيه لمصلحة القانون، لتلافي خرق أو انتهاك القانون، رغم فوات المدّة القانونية للطعن واكتساب الحكم الدرجة القطعية، على وفق الشروط التي جاءت بها المادة ٧ من قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧ هي:

١. أن يكون الحكم صادراً من إحدى المحاكم المدنية، وحصل فيه خرق للقانون.
٢. أن يكون من شأن الحكم الإضرار بمصلحة الدولة.
٣. أن لا يكون أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه، أو قد تم الطعن فيه و رُدَّ الطعن شكلاً.
٤. أن لا تكون قد مضت خمس سنوات على اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

وإنّ إتاحة سلوك هذا الطريق للطعن ينسجم مع الدور الذي رسمه المشرّع للادعاء العام في

١- نصّت المادة ٤٥ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على: « تقام الدعوى باعتبار قيمة الطلب الأصلي يوم رفعها بصرف النظر عما يكون مستحقاً قبل ذلك أو بعده من الفوائد والمصاريف والملحقات الأخرى».

٢- نصّت المادة ١٨٥ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ على : « يجوز للخصوم الطعن بطريق الاستئناف في أحكام محاكم البداءة الصادرة بدرجة أولى في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها مليون دينار ... «، وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص جرى تعديله بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠١٦، ونُشِر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٠٤ في ٢٠١٦/٥/٩.

٣- ينظر نص المادة ٣١ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

الدعـوى المدنية[١]، إذ مـن أهداف القانون هو الحفاظ على أمـوال الدولة والقطاع العام.

الخاتمة

بعـد أن انتهينا من دراسـة موضوعنا الآثـار القانونية لجائحة كورونا عـلى العقود الحكومية، نسـتطيع أن نبين أهم الاسـتنتاجات التي توصلنا إليها من البحث، وأهم المقترحات التي تتعلق بذلك وهي:

أولاً : الاستنتاجات:

١. كشـفت لنا هذه الدراسـة عـن مضمون فكرة جائحـة كورونا، عبر التعـرف على مفهومها وشروطهـا، وتوصلنـا إلى نتيجة مهمة هي عدم الاهتمام المسـبق من قبل الباحثينَ والكُتَّابِ المهتمين بالشأن القانوني بدراسة الجوائح ومدى تأثيرها على العقود بصفة عامة والعقود الحكومية بصفة خاصة.

٢. عـدم مواكبـة التشريع العراقي للتطورات التشريعية الحاصلة على مسـتوى العالم، وكيفية معالجـة الأزمات والظروف غير الطبيعية التي يتعرض لها البلد.

٣. وجـود قصـور تشريعـي يعاني منـه العراق بخصـوص معالجة أثر الجوائـح على العقود الحكوميـة؛ وبسـبب هذا القصور يلجأ القضاء في معـرض تكييفه للواقعة المعروضة أمامه إلى اسـتنطاق روح النصوص الموجودة في القانون المدني المنظمة للقوة القاهرة والظروف الطارئة.

٤. عـدم اسـتقرار قرارات الحكومـة المركزية المتعلقـة بجائحة كورونا، فتـارةً تصف جائحة كورونـا بأنّهـا قوة قاهرة وتارةً أخرى تصفها بأنّها قوة قاهـرة مؤقتة، وأحياناً تعد الأثر المترتـب عليها بأنّه فـترة توقف للعقود الحكومية.

٥. أنصـبَّ تعامـل القضاء مع أزمة جائحة كورونا بدراسـة كل حالة تأثـرت بجائحة كورونا على حدة، إذ لم يعمم القضاء الوصف القانوني الواحد على جميع العقود، وذلك بأن يبحث مدى انطباق الشروط المنصوص عليها قانوناً على العقد ليصل إلى التكييف القانوني السليم من حيث كونه ظرفاً طارئاً أم قوة قاهرة أم لا تأثير للجائحة على العقد الحكومي، وما يؤيد

١- نصت المادة ٥ من قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسـنة ٢٠١٧، والمنشـور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤٤٣٧ في ٢٠١٧/٣/٦ على: « يتولى الادعاء العام المهام الآتية: .... سادسـاً_ الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو متعلقة بالحقوق المدنية الناشـئة للدولة عن الدعاوى الجزائية، وبيان أقواله ومطالعاته ومراجعة طرق الطعن في القرارات والأحكام الصادرة في تلك الدعاوى ومتابعتها «.

ذلك التطبيقات التي تم ذكرها في هذه الدراسة.

٦. توضَّح لنا مدى تباين الطبيعة القانونية تبعاً لنوع العقود التي تأثرت بجائحة كورونا، فالعقد الفوري التنفيذ لا تنطبق عليه القوة القاهرة ولا الظرف الطارئ، إلا إذا تأخر التنفيذ بعد إبرام العقد، ويمكن أن ينطبق ذات الحكم على العقود الزمنية، فعقد التوريد يكون منفسخاً إذا حصلت جائحة كورونا خلال مدّة تنفيذه فتنطبق عليه شروط القوة القاهرة ، بينما إذا تأخر تنفيذ هذا العقد تنطبق بشأنه نظرية الظروف الطارئة.

٧. تبين لنا من خلال بحث الآثار القانونية لجائحة كورونا على العقود الحكومية، أن ذلك الأثر يختلف تبعا للمرحلة التي فيها العقد، فمرحلة الانعقاد لا تشبه مرحلة التنفيذ، وكذلك لا تشبه كلا منهما مرحلة انتقاله، وأثرها في الانقضاء ليس حتمياً، فهناك عقود انقضت بفعل الجائحة، وعقود أخرى أوقف العمل بها، وعقود أخرى استمر تنفيذها.

٨. أوضحت لنا هذه الدراسة إلى أن الأثر الذي خلَّفته جائحة كورونا على العقود الحكومية كان وفق معيار موضوعي قد التزم به القضاء العراقي، إذ بحث القضاء في استحالة تنفيذ العقد من عدمه، فإذا استحال التنفيذ كانت قوة قاهرة، أمّا إذا ادّعى المتعاقد أنّ الظروف أثناء التنفيذ تغيرت عمّا كانت عليه وقت الانعقاد فتكون الجائحة قد سببت له إرهاقا فتطبق نظرية الظروف الطارئة بحقه.

ثانياً: المقترحات:

١. نقترح إضافة تعريف (الجوائح) إلى قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١، ليكون تعريف الجوائح هو: «وقوع أمر دون أن يكون لإرادة الإنسان دخل في حدوثه مما يتعذر عليه دفعه والوقاية منه بدون خسائر بشرية أو مالية، ومن خصائصها اتساع رقعة انتشارها، وطول مدّة بقائها، ومن شأنها التأثير على جميع نواحي الحياة البشرية الاجتماعية والاقتصادية، وتختص وزارة الصحة باتخاذ الإجراءات الكفيلة بمواجهتها «.

٢. ندعو مع من سبقنا المشرع العراقي إلى إلغاء أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ لعدم ملائمته للواقع التطبيقي للعقود، والعمل على سنَ قانون جديد يتفق والمعطيات الحالية، وذلك بضرورة أن يعالج التشريع آثار حلول الجائحة، ومتى يُعدُّ الحدث جائحة، وهل يترتب على حصولها قوة قاهرة دائمة أم مؤقتة، أم ظرف طارئ، وأن ينص القانون على حكم كل حالة تحصل على العقد الحكومي، لما يتمتع به من خصوصية، وأن يتضمن القانون نصًا يجيز للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء العادي عند عدم

تطبيـق الإدارة الأحـكام الخاصـة بحلول الجائحة، وأن لا يكـون الاختصاص منوط بجهة أخـرى، حتى لا يحصـل تأويل للنص.

٣. نـوصي السـلطة التنفيذية بعدم إطـلاق الأوصاف القانونية العامة للحـوادث الطارئة، كما حصـل مـع جائحة كورونا، إذ إنَّ السـلطة المنوطـة بها محكومة بالقانـون، ولا يجوز لها الخـروج عليـه لما يرتبه هذا الأمر من تعارض وعدم اسـتقرار الأوضاع والمراكز القانونية التي وجدت لخدمتها.

٤. ندعـو إلى إلغـاء قـرارات اللجنـة العليا للصحة والسـلامة الوطنيـة الخاصـة بمعالجة أثر جائحة كورونا على العقود بسبب عدم انسجامها مع القانون، وفي الوقت ذاته ندعو مجلس النـواب العراقي إلى ضرورة سـنّ قانون يعالج ويغطـي المدة التي عُدّت قوة قاهرة أو فترة توقـف، وذلـك من أجل رفع الغبن والظلم عن المتعاقدين مع الدولة، من حيث عَدّ فترة عدم التزاماتهـم بالعقـود الحكومية قوة قاهـرة أو قوة قاهرة مؤقتة أو ظـرف طارئ أو فترة توقـف، من أجل الوصول إلى العدالة الحقيقية التي ينشـدها القانون.

٥. وجـد أن التنظيـم القانوني الحالي قاصر عـن معالجة أثر الجوائح عـلى العقود الحكومية، بسبب عدم اهتمام المشرع العراقي بهذا الأمر، لذلك يوصي الباحث ويهيب بالمشرع العراقي إلى ضرورة تضمـين النصـوص القانونيـة التـي تعالج موضـوع البحث في قانـون العقود الحكوميـة عند الشروع فيـه وذلك على النحو الآتي:

المخاطر الإدارية التي تؤثر على العقد الحكومي

المـادة ١: المخاطـر الإدارية: وهي المخاطر الناجمة عن إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنه أن تزيد الأعباء المالية للمتعاقد معها.

المادة ٢:

أولاً: يمكـن للمتعاقـد مـع الإدارة المطالبـة بالتعويـض عما أصابه مـن زيادة في الأعبـاء المالية اللازمة لتنفيـذ شروط العقد.

ثانيـاً: يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يفسـخ العقد ويطالـب الإدارة بتعويضاً كاملاً بما لحقه من خسـارة وما فاته من كسـب، إذا أثبت أن فعـل الإدارة المتعاقدة أدى إلى زيـادة أعبائه المالية بدرجة يصعب معها الاسـتمرار بتنفيذ التزاماته.

الحوادث الاستثنائية التي تؤثر على العقد الحكومي

المـادة ٣: إذا طرأت حوادث اسـتثنائية عامة لم يكن في الوسـع توقعهـا وترتب على حدوثها أن

تنفيـذ الالتـزام التعاقدي وأن لم يصبح مسـتحيلاً، صـار مرهقاً للمتعاقد مـع الإدارة بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الإدارة المتعاقدة ومصلحة المتعاقد معها أن تنقـص الالتزام المرهق إلى الحـد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك.

القوة القاهرة التي تؤثر على العقد الحكومي

المـادة ٤: إذا اسـتحال على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ الالتـزام عيناً حُكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت اسـتحالة التنفيذ قد نشـأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

المادة ٥: ينقضي الالتزام إذا اثبت المتعاقد مع الإدارة أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه.

المصادر

الكتب

١. أحمد طلال عبد الحميد، أثر حالة الطوارئ في توسـيع صلاحيات السـلطة التنفيذية، ط١، مكتبة القانون المقارن والقضاء، بغداد، ٢٠١٣

٢. أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين (في مجال العقود الإدارية) دراسـة مقارنة، ط١، بغداد، ٢٠١٣.

٣. د. إيلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، بيروت، ٢٠١٥.

٤. د. سـليمان محمد الطماوي، الأسـس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط ٤، جامعة عين الشمس، القاهرة، ١٩٨٤

٥. د. عبـد العزيـز منعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسـوية منازعاته قضـاءً وتحكيماً، دار الفكر الجامعي، الإسـكندرية، ٢٠١٠.

٦. د. عـلي عبـد الأمير قبـلان، أثر القانون الخاص عـلى العقـد الإداري، ج١، ط١، مكتبة زين الحقوقية والأدبيـة، بيروت، ٢٠١١.

٧. د. عـلي عبـد الأمير قبـلان، أثر القانون الخاص عـلى العقـد الإداري، ج٢، ط١، مكتبة زين الحقوقيـة والأدبية، بيروت،٢٠١١.

٨. د. مـازن ليلـو راضي، العقـود الإداريـة في القانـون الليبـي والمقـارن، منشـأة المعـارف، الإسـكندرية، ٢٠٠٣.

٩. د. ياسر باسـم ذنون و د. إجياد ثامر نايف الدليمي، بحوث ودراسـات في القانون الخاص، ج٣، ط١، دار الكتب القانونية، دار شتان للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، ٢٠١٢.

١٠. د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، ـالمكتبة القانونية، بغداد، د.ت.
١١. 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
١٢. القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١.
١٣. القاضي عادل بدر علوان، الوجيز في استحالة التنفيذ، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٨.
١٤. محمد أحمد عابدين، زوال العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٣١.

الرسائل والبحوث

١. بدر الدين براحلية، محاولة تطبيق نظرية العقد الناقص على الالتزامات التعاقدية في ظلّ جائحة كورونا، بحث منشور في مجلة الحقوق- جامعة الكويت، إصدار خاص بجائحة فايروس كورونا، ج٢، ٢٠٢١.
٢. 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.
٣. عبداللطيف دحية، أثر جائحة كورونا (Covid19) على عقود التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت إصدار خاص بجائحة فيروس كورونا، ج٢، ٢٠٢١.
٤. عبدالله حباب الرشيدي، مدى التزام الإدارة معاونة المتعاقد بالعقد الإداري في ظلّ جائحة فيروس كورونا (Covid19) دراسة تطبيقية على دولة الكويت، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت إصدار خاص بجائحة فايروس كورونا، ج٢، ٢٠٢١.
٥. علي داود علي، المركز القانوني للمهندس الاستشاري في عقود الفيديك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٦.
٦. علي غازي فيصل المياحي، دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون – جامعة كربلاء، ٢٠١٦.
٧. فاتن نايف هجول، أثر جائحة كورونا على عقد التجهيز (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير

مقدمة إلى معهد العلمين للدراسات العليا،٢٠٢١.

٨. هيثم السـيد أحمد عيسى، مدى انطباق شروط القوة القاهرة على جائحة كورونا المسـتجد (Covid19) في إطار العقود المدنية، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، بحث منشـور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، إصدار خاص بجائحة فايروس كورونا، الجزء الثاني.

القوانين

١. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥
٢. قانون الادعاء العام رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧.
٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
٤. قانون الإثبات رقم١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل
٥. قانون السلامة الوطنية رقم ٤ لسنة ١٩٦٥ النافذ.
٦. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل
٧. الضوابط رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ والصادرة عن وزارة التخطيط
٨. تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤
٩. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٧

القرارات القضائية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٩١/ الهيئة المدنية منقول/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٣/٢٤.
٢. قرار مجلس الوزراء المرقم (١٩٩) لسنة ٢٠٢١ في ٢٠٢١/٦/١٥.
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١٤/ الهيئة العامة/٢٠٢٠) في ٢٠٢٠/٨/٢٥
٤. قـرار محكمة التمييـز الاتحادية بالعدد (٤٥٥٢/ الهيئة المدنيـة/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٨/٨، (غير منشور).
٥. قـرار محكمة التمييـز الاتحادية بالعدد (٢٢٧٢/الهيئة المدنيـة/ ٢٠٢١) في ٢٠٢١/٤/٥، (غير منشور).
٦. قـرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (١١٥٢/الهيئـة المدنية/٢٠١٤) في ٢٠١٤/٩/٢٤، (غير منشور).
٧. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٥٦٦/هيئـة مدنيـة منقـول/٢٠١٠) في ٣٠

/٨/٢٠١٠، (غـير منشـور).

٨. قـرار ذي العـدد (٢٧٦٢/الهيئـة اسـتئنافية منقـول/٢٠٢١) في ١٢/١٠/٢٠٢١، (غـير منشور).

٩. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (١٧٣٤/الهيئة اسـتئنافية منقـول/٢٠٢١) في ٢٠/٦/٢٠٢١، (غـير منشـور).

١٠. قـرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٩٤٥/الهيئة المدنية/٢٠٢١) في ٧/٢/٢٠٢١، (غير منشور).

١١. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٣١٩٠/٣١٩١/٣١٩٢/الهيئـة الاسـتئنافية عقـار/٢٠٢١) في٤/٨/٢٠٢١.

١٢. قـرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٣٧٠٠/الهيئـة المدنية /٢٠٢١) في١٤/٦/٢٠٢١، (غير منشور).

١٣. القرار المرقم (٣٦٩٩/الهيئة المدنية/٢٠٢١) في ١٤/٦/٢٠٢١، (غير منشور).

١٤. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٤٩٣/هيئـة اسـتئنافية منقـول/٢٠٢٢) في ١٥/٢/٢٠٢٢، (غـير منشـور).

١٥. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٧٤٣/ الهيئة اسـتئنافية منقـول/ ٢٠٢١) في ١٧/٣/٢٠٢١، (غـير منشـور).

١٦. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٢٤٤/ الهيئـة الموسـعة المدنيـة/ ٢٠٢١) في ١٣/٧/٢٠٢١، (غـير منشـور).

١٧. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٣٨٨/ الهيئـة الموسـعة المدنيـة/ ٢٠٢١) في ١٥/١٢/٢٠٢١، (غـير منشـور).

١٨. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (٨٤٦/ هيئـة اسـتئنافية منقـول/ ٢٠٢٢) في ٢٢/٣/٢٠٢٢، (غـير منشـور).

١٩. قـرار محكمة التمييـز الاتحادية بالعدد (٢٢٠٨/الهيئة المدنيـة/٢٠٢١) في٣١/٣/٢٠٢١، (غير منشور)،

٢٠. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٨٧/هيئة موسعة مدنية/٢٠١٨) في ١٦/٤/٢٠١٨، (غيرمنشور).

٢١. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (١٦٥/هيئـة موسـعة مدنيـة/٢٠٢٠) في ١٦/١١/٢٠٢٠، (غـير منشـور).

٢٢. قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديـة بالعـدد (١٧٣٤/الهيئة اسـتئنافية منقـول/٢٠٢١) في ٢٠٢١/٦/٢٠، (غـير منشـور).
٢٣. قـرار محكمـة التمييـز الاتحادية ذي العـدد ٣٠٥٦/الهيئة اسـتئنافية منقـول/٢٠٢١ في ٢٠٢١/١١/١٤، (غير منشـور)

إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات

بحث تقدم به الطالب
هاشــم يوسف كطان
(الدورة ٤٢) الجزء الثاني

المستخلص

إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات

ان قيد التسـجيل العقاري هو من السـندات الرسـمية وهو حجة على الناس كافة ولا يجوز الطعن فيه الا بالتزويرويجب أن يصدر من دائرة التسجيل العقاري المختصة وفق إجراءات رسمها القانون ورسـم طرق لإبطال القيد أيضاوالمشرع العراقي لم يذكر الأسـباب الخاصة بإبطال قيد التسـجيل العقاري على سبيل الحصر بـل أورد نصوصاً عامة في قانون التسجيل العقاري وكذلك جهة الابطال فبخصوص الإبطال الإداري قبل اكتسـاب التسـجيل شـكله النهائي بقرار إداري مـن وزير العدل، وبعد اكتسـاب التسـجيل شكله النهائي بحكم قضائي مكتسـب درجة البتات وهو الأبطال القضائي وإن إبطـال قيد التسـجيل العقـاري تترتب عليه اثـار قانونية منها اثار من حيـث التعويض ومدى تأثير الابطال بمبدأ اسـتقرار المعاملات اتجاه محكمة التمييز الاتحادية قد حسـمت الامر بخصوص اقرار مبدا اسـتقرار المعاملات وحماية حسـن النية وان هذا المبدأ هو نسـبي ولا يمكن تعميمه على جميع حالات ابطال القيد العقاري وفق ما اسـتقرت عليه محكمة 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 والمسيرة العلمية ومن اجل السـير في طريق الحفاظ على الحقوق وتحقيق العدالة ومن الله التوفيق.

Abstract

In the name of of Allah the Merciful

Title ((Invalidation of real estate registration and its impact on the stability of transactions))

The real estate registration 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 ratherHe 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 trendWhich 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 leftThe 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 العقاري ولكثرة حالاته وأثره على اسـتقرار المعاملات في الواقع العملي ونتيجة التنوع بالوقائع التي تعرض على المحاكم من دعاوى الإبطال ولقلة من تناول هـذا الموضـوع مـن الباحثين والشراح ولرغبتي في البحـث في هذا الموضوع لما يملكـه 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؟

خامساً:-خطة البحث:-

بعد الاتكال على الله عز وجل وبدعم وتوجيه من الأساتذة الافاضل والزملاء 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:

نتناول في الفرع الأول قيدالتسجيل العقاري ، وفي الفرع الثانيخصائص قيد التسجيل العقاري.

أما المطلب الثاني فنخصصه لبيان إبطال قيد التسجيل العقاري وأنواعه وعلى فرعين:

الفرع الأول إبطال قيد التسجيل العقاري، والثاني نتناول فيه أنواع إبطال قيد التسجيل العقاري.

أما المبحث الثاني فسنتناول فيه الآثار القانونية المترتبة على إبطال قيد التسجيل العقاري، وقد قسمت هذا المبحث على مطلبين تناولت في المطلب الاول الاثار القانونية للإبطال بالنسبة للأشخاص، 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.

الباحث

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على إبطال قيد التسجيل العقاري

قد رسم قانون التسجيل العقاري النافذ طريقتين لإبطال قيد التسجيل العقاري الذي تم بناءً على المخالفات والأخطاء، وأولهما الإبطال الإداري الذي يكون بقرار يصدره وزير العدل إذا كان التسجيل لم يكتسب شكله النهائي، وثانيهما الإبطال القضائي الذي يكون بقرار يصدر من المحكمة المختصة بناء على دعوى من المتضرر من ذلك التسجيل.

وبالتالي أن قرار الإبطال يترتب عليه جملة من الآثار الهامة ، حيث نصت المادة (١٣٩\٢) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ على: ((٢- إذا ابطل التسجيل يبطل

السـند تبعا له)) ، كما نصت المادة (١٤١) من القانون نفسـه على: ((١- عند إبطال التسجيل العيني تعاد الحقوق العينية الأصلية في العقار إلى الحالة التي كانت عليها قبل التسـجيل...٢- تعتبر جميع الحقوق العينية التبعية وإشارات الحجز الواقعة بعد التسجيل باطلة تبعاً لإبطال التسجيل العيني)) ، لـذا فـان إبطـال قيد التسـجيل العقاري بأي طريقة كان، سـواءًكان بطريق الابطـال الاداري ، أو بطريق الابطال القضائي فأن القانون قد رتب بناءً على ذلك بعض الآثار القانونية سـواءً كانت على الصعيد الشخصي او التعويض.

ولمـا يحملـه الموضـوع من أهمية كبيرة في سـياق هذا البحث لذا سـوف نقسـم هـذا المبحث على مطلبـين؛ الأول الأثـار القانونية للإبطال بالنسـبة للأشـخاص والثانـي نتناول فيه الأثـار القانون للإبطـال من حيث التعويـض وعلى مبدأ اسـتقرار المعاملات.

المطلب الأول

الآثار القانونية للإبطال بالنسبة للأشخاص

بعد أن يتم قيد التسجيل العقاري وتأشيره في دائرة التسجيل العقاري المختصه يتم إبطاله عند وجود سـبب من أسـباب الإبطال، وإذ ان الإبطال تترتب عليه أثار قانونية معينة وهي إبطال العقد او التصرف الذي تناوله قيد التسـجيل العقاري، ومن ثم انعدام ذلك التصرف او العقد و اثره منذ تاريخ ابرامه، اي ان هذا الأثر يمتد وبأثر رجعي إلى تاريخ ابرام العقد، وبناءً على ذلك اذا تم إبطال التسـجيل للتصرف العقاري سـواءً من قبل الوزير المختص أو بقرار قضائي حائز على درجة البتات فأن العقد المسـجل يعد كأن لم يكن، وعلى هذا الأسـاس فأن هذا العقد لا يعد له وجود قانوني، فلا يترتـب عليـه أثار قانونية، كـون البطلان الذي نص عليه القانون هو بطـلان مطلق ولا يعد بطلان نسـبي بـأي وجه من الوجـوه، ونتيجة لذلك يجب اعـادة الحال بين المتعاقديـن الى الحالة التي كان عليها قبل ابرام العقد.

وعـلى هذا الأسـاس قـد نص القانـون المدني العراقـي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ النافـذ في المادة (٢/١٣٨) منـه على((فـاذا بطل العقد يعاد المتعاقـدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مسـتحيلاً جاز الحكـم بتعويض معادل)).

وقد أوضح المشرع العراقي ان من أول اثار الإبطال ان يتم إبطال السند نتيجة لإبطال التسجيل، وهذا ما نص عليه قانون التسـجيل العقاري رقم (٤٣) لسـنة ١٩٧١ النافذ في المادة (٢\١٣٩) منه ((اذا ابطـل التسـجيل يبطل السـند تبعا له))، ويعني هذا النص أنـه إذا ابطل شيء بطل ما تضمنه،

وجاء هذا تجسيداً للقاعدة الفقهية التي نصت على ((ما بني على باطل فهو باطل)).

ومما تقدم نخلص ان إبطال قيد التسجيل العقاري تترتب عليه اثار قانونية من الجانب الشخصي، حيث قد ترتب بعض الآثار ما بين المتعاقدين، بالإضافة إلى امكانية ترتيب بعض الأثار الاخرى التي قد تنصرف إلى الغير، عليه ولكون اثار الإبطال تمتد إلى أطرافه وإلى الغير ايضاً، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين؛ الفرع الاول أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للمتعاقدين، والثاني نتناول فيه أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للغير.

الفرع الأول

أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للمتعاقدين

بعد أن يتم ابطال قيد التسجيل العقاري فأن له اثار قانونية منها ما يكون خاصاً بالمتعاقدين، وهذا يعني انعدام ذلك التصرف، وبالتالي يجب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف.

وبهذا الشأن قد نص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ في المادة (١٣٨\٢) منه على ((فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحال التي كان عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)) ، ومن هذا النص يتضح لنا انه اذا تم إبطال العقد فإنه تزول كل اثاره ويتوجب ارجاع كل شيء الى اصله متى ما كان هذا ممكناً، و اذا تعذر ذلك فعندها يجوز الحكم بالتعويض، وبناءً على ذلك إذا إبطل العقد فأن جميع اثارهتزول وبأثر رجعي، إذ يرجع كل شيء لحالته الاصلية.

فمثلا اذا كان عقد بيع عقار وتم تسجيله وفق القانون ثم إبطل فيعد هذا العقد كأن لم يكن بناءً على مقتضى القاعدة القانونية ((ما بني على باطل فهو باطل))، أي ان ما يبنى على البطلان يقع باطلاً.

حيث ان البطلان ينتج عنه بطلان ما يليه، ولا يمكن ان ينتج شيء اخر غير البطلان، إذ ان هذا البطلان يؤسس للبطلان وان العقد اذا كان قد إبطل من اثاره كواقعة وليس كعقد صحيح، وانما واقعة فيؤدي الى ان يعاد الطرفان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وعندها يعاد تسجيل العقار باسم مالكه السابق وتبطل القيود اللاحقة له، فالنسبة للحقوق العينية الاصلية فأنه عند إبطال قيد التسجيل العقاري تعود الى الحالة التي كانت عليها قبل التسجيل، حيث ان قانون التسجيل العقاري قد نص على: ((عند إبطال التسجيل العيني تعاد الحقوق العينية الاصلية في العقار

الى الحالة التي كانت عليها قبل التسجيل...)) [١] .

وكذلك ما قد نص عليه القانون المدني في المادة (١\٦٨) منه وهي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجازة الطويلة، وان هذه الحقوق العينية تعاد الى الحالة السابقة للإبطال.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارٍ لها جاء فيه ((... اذ تأيد أن المدعى عليهما المميزين باعا العقار المسجل باسمهما مناصفة الى المدعية/المميز عليها وسجل بأسمها بعد تسلمهما البدل البالغ أربعة وثلاثين مليوناً وخمسمائة الف دينار وتبين بعد ذلك أن العقار الذي كان مملوكا لشركة الصناعات الحربية / مصنع حطين قد تم تمليكه إلى احمد هادي عبدالله ثم انتقلت ملكيته إلى المدعى عليهما اللذين باعاه الى المدعية ثم تبين أن كتاب التمليك مزور وتم ابطال القيود الواردة على العقار واعيد تسجيله باسم الشركة ولإقرار المدعى عليهما باستلام البدل فيكون من حق المدعية المطالبة بإعادة البدل المستلم ولأنه اذا استحق المبيع في يد المشتري الاخير وحكم به للمستحق كان هذا حكما على جميع الباعة ولكل أن يرجع على بائعه بالضمان (المادة ٥٥٣ مدني) لذا تكون دعوى المدعية المميز عليها لها سندها القانوني واذ قضى الحكم البدائي بإجابتها وايده الحكم الاستئنافي المميز الذي جاء متفقاً وحكم القانون لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي و تحميل المميزين رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق استناداً للمادة (٢/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية في ٢٥\٨\٢٠٢١ م)) [٢] .

وكذلك في قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية فقد اكدت على ان اثر الابطال بين المتعاقدين هو اعادة الحال الى ما كان عليه والذي جاء فيه ((... وجد انه صحيح وموافق لأحكام القانون إذ طلب المدعي اعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد مع المدعى عليه بتاريخ ٢٠١٩/٩/٢٠ على شراء العقار المرقم ١/٨١٧١ مقاطعة ١٨ العامرية خارج مديرية التسجيل العقاري ببدل مائتين وسبعون مليون دينار ونتيجة المرافعة فقد اطلعت محكمة البداءة على عقد البيع والشراء الخارجي المحرر بتاريخ ٢٠١٩/٦/٢٥ والذي قام بموجبه الطرف الأول البائع /المدعي عليه ببيع الطرف الثاني المشتري /المدعي العقار المرقم ٨١٧١ مقاطعة ١٨ العامرية ببدل قدره مائتان وخمسة وسبعون مليون دينار مستلم منها مبلغ مائتان وسبعون مليون دينار والعقد مذيل بتواقيع تعزى الى طرفيه و الشهود وقد أقر المدعى عليه بصحة العقد امام محكمة البداءة في جلسة ٢٠٢١/٤/١٥ وحيث أن العقد المبرم بين الطرفين انصب على بيع عقار خارج مديرية التسجيل العقاري المختصة

١-انظر : نص المادة (١٤١) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

٢-قرار محكمة التمييز الاتحاديةبالعدد ٢٣٨٢ \ الهيئة الاستئنافية عقار\٢٠٢١ في ٢٥\٨\٢٠٢١ غير منشور .

وأن بيع العقار من العقود التي يستوجب شكلية معينة تتمثل في تسجيلها لدى مديرية التسجيل العقاري المختصة وبخلافها يعتبر العقد باطلاً والعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل _ المادة ١٣٨ من القانون المدني وبعد ان تأيد للمحكمة بطلان العقد المبرم بين الطرفين فقد قضت في حكمها المميز بإعادة الحال بينهما إلى ما قبل التعاقد فقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق عملا بأحكام المادة ٢/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية في ٢٠٢١/١٢/١٢ م)) [١].

أما بخصوص التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوصية مثلاً، فأنه إذا تم نقل ملكية عقار عن طريق الوصية وتم إبطال التسجيل بقرار قانوني أو حكم قضائي مكتسب درجة البتات، فأن العقار الموصى به يعاد تسجيله باسم الموصي وبالحالة التي كان عليها قبل تسجل الوصية، وكذلك الحالة بالنسبة للتصرفات المادية الواقعة على العقار ، فأنها تخضع لنفس الحكم ، فإذا افرز عقار مثلاً إلى عدة عقارات وكان الافراز مخالفاً للقانون ثم إبطل قيده بقرار من جهة مختصة قانوناً اوحكم قضائي حائز على درجة البتات ، فان التصرف المادي الذي يتمثل بإفراز العقار الى عدة عقارات يعد كأن لم يكن وتعاد الحقوق العينية في العقار الى حالتها قبل الافراز.

ومما سبق ذكره يتضح لنا ان العقد الباطل في بيع العقار بحكم قضائي لا يرتب اثر قانوني سوى اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها وقد اكدت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها والذي جاء فيه ((... ذلك ان محكمة البداءة اجرت تحقيقاتها الازمة في موضوع الدعوى وتايد لها من الوقائع والادلة أن المدعى عليه سبق وأن باع العقار موضوع الدعوى ببدل قدره ثمانية وعشرون مليون وسبعمائة وخمسون الف دينار مقبوض بالكامل وسجل العقار بأسم المدعي المشتري في دائرة التسجيل العقاري ثم جرت عليه بيوعات متعددة متتالية وأخيرا أبطل قيد العقار بحكم قضائي بات وأعيد تسجيل العقار باسم بلدية أبي غرق ثم جرت على العقار عدة تصرفات عقارية وان المميز المدعى عليه أقر باستلام كامل بدل المبيع وحيث ان العقد المبرم بين الطرفين بعد ابطال التسجيل اصبح باطلا لا يترتب اثرا قانونيا سوى اعادة المتقاعدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عملاً بأحكام المادة ١٣٨ من القانون المدني ويكون من حق المشتري استرداد الثمن ...))[٢] .

١- قرار محكمة التمييز الاتحاديةبالعدد ٥١٥٣ \ الهيئة الاستئنافية عقار\٢٠٢١ في ١٢\١٢\٢٠٢١ غير منشور.
٢- قرار محكمة التميزبالعدد ١٧١١ \الهيئة المدنية \٢٠١٨ في ٢٨\٢\٢٠١٨ ، المحامي فوزي المياحي ،نظرية العقد القسم الثاني، بغداد ، ٢٠١٨ ، ص ٧٣.

وحيث ان العقد اذا اصابه خلل يؤدي الى البطلان هذا ما بينت المادة (١٣٧\٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على انه ((٣- ويكون باطلاً ايضا اذا اختلت بعض اوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة او يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون)).

ويتضح من نص هذه المادة ان الإبطال يصيب العقد في حالة وجود خلل في اوصافه فان جميع صور الإبطال تترتب عليها اثار أياً كانت طريقة الإبطال ويترتب على قرار الإبطال سواء كان ادارياً ام قضائياً اثار عديده منها فيما يتعلق بإلغاء تسجيل المعاملة سواء استندت إلى عقد ام تصرف قانوني بإرادة منفرده أم تصرف فعلي واعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التسجيل المبطل، فإذا كان التسجيل المبطل يتعلق بمعامله بيع يعاد العقار إلىالبائع ويستلم المشتري الثمن[١] .

فقد نصت المادة (١٣٨ / ٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على انه ((فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)) يفهم من هذا النص انه إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثرله، وارجاع كل شيء إلىاصله وجاز الحكم بتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه، رد المشتري المبيع إلى البائع ويرد الثمن إلى المشتري، ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية وفي مقابل ذلك لا يلزم البائع بالفوائد من الثمن الذي يرده الا من وقت المطالبة القضائية وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد واسترداد كل متعاقد لما اعطى انما يكون على اساس استرداد ما دفع دون حق بعد ان تقرر بطلان العقد، علماً أن هنالك فرقاً ما بين البطلان والفسخ حيث ان البطلان يرجع إلى عيب في ركن من اركان العقد اما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحاً نافذاً لكنه غير لازم ثم لا ينفذ احد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الاخر، ولذلك لا يكون الفسخ الا في العقد الملزم للجانبين[٢] .

هذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارٍ لها والذي جاء فيه ((...وذلك أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه قانونا المادة (٥٠٨ /مدني) وكذلك ما اشارت اليه المادة (٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل. لذا فان العقد غير المستوف للشكلية القانونية يعد باطلاً وحيث أن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً

١- المستشار عبدالله غزاي سلمان العزاوي، إجراءات التسجيل العقاري، المصدر السابق، ص ٢٠٨ .

٢- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، ط٣ ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٠، ص ٥٣٤.

فـاذا أبطـل العقد يعـاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقـد المادة (١٣٨/ مدني) وبذلك يكون الدعوى المدعي /المميز عليه سـند من القانون في المطالبة باسـترداد بدل بيع العقارين المدفوع خـارج دائرة التسـجيل العقـاري بناء على العقد الباطل وحيث ان الحكـم المميز التزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة . لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٤/١/٢٠٢٢))[١].

إذ لا شك في ان العقد الباطل لا ينعقد لانعدام أحد أركانه أو لخلل اعترى هذا الركن أو إذا اختلت بعض أوصافه فيولد ميتاً وينعدم أثره فيما بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير أيضاً فهو إذن غير موجود ولا يرتب أثر منذ ولادته[٢] .

وفي قـرار آخـر لمحكمـة التمييـز الاتحادية اكـدت على انه في حالة عدم تسـجيل العقـد في دائرة التسـجيل العقاري المختصة يترتب عليه البطلان وان اثره يكون اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد والذي جاء فيه ((...ان عقد بيع العقار لا ينعقد الا اذا استوفى الشكل المنصوص عليه قانونا وتسجيله في دائرة التسجيل العقاري المواد (٣) من قانون التسجيل العقاري و(٥٠٨) مدني لذا فان العقد الغير مسجل يعد عقدا باطلا وان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلا فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد (المادة ١٣٨ مدني) ولإقرار المدعى عليه بصحة توقيعه على مقاولة البيع العرفية وكافة مندرجاتها وحيث ان الاقرار هو حجة قاصرة على المقر وأنه لا يصح الرجوع عن الاقرار (المـواد ٦٧ و ٦٨ / ثانيـا مـن قـانون الاثبات...))[٣] .

وعـلى أيـة حـال فإذا كان الاسـترداد مسـتحيلاً بأن هلك المبيـع مثلاً في يد المشـتري وبخطأ منه حكمت المحكمة بتعويض معادل، فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيريـة لا عـلى اسـاس العقد الذي تقـرر بطلانه والزام البائـع برد الثمن على اسـاس دفع غير مسـتحق[٤] ، عليه إذا تم إبطال التسـجيل للتصرف العقدي سـواء من قبل الوزير او بقرار قضائي او بقـرار قانونـي لـه قـوة الحكم القضائـي[٥] ،فان العقد المسـجل يعتبر كأن لم يكـن وما دام هذا العقـد ليـس له وجود قانوني فلا يترتب عليه اية اثار قانونية لان البطلان الذي ينص عليه القانون او يفهـم مـن احكامه يكون مطلقاً وليس نسـبياً لان قـرار الإبطال الصادر من الوزير بالنسـبة إلى

١- قرار محكمة التميزبالعدد ٥٧ \الهيئة المدنية \٢٠٢٢ في ٤\١\٢٠٢٢ ، غير منشور.

٢- القاضي موفق البياتي، شرح المتون، القسم الأول، مصادر الالتزام، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص١٤٢.

٣- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية بالعـدد ٥٧٧/مدنية /٢٠١٨ في ٢٣/١/٢٠١٨، القـاضي عدنان مايح بدر، دعاوى البـداءة واحكامها في القانون المدنـي العراقي،المكتبة القانونية ،بغداد،٢٠١٩ ص ٢٠٩.

٤- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق، ص ٥٨٩ .

٥- ينظر المادة (١٣٩) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١النافذ .

التسجيل الذي لم يكتسب شكله النهائي او الحكم القضائي بالنسبة إلى التسجيل الذي أكتسب شكله النهائي، لا بد ان يكون صادراً بسبب مخالفة التسجيل لأحكام القانون وعلى هذا الاساس إذا تقرر بطلان التسجيل زال كل أثر له واعيد الشي إلى اصله، الا ان الاستثناء الوارد في المادة (١٣٨ / ٢) من القانون المدني النافذ لا يخص دوائر التسجيل العقاري لان التسجيل يبطل حسب قرار الوزير او الحكم القضائي ويعاد تسجيل العقار المبيع باسم البائع، اما موضوع الخلاف بينهما واستحالة عودتهما إلىحالتهما التي كانت عليها قبل التسجيل، فالأمر يعود للقضاء ولا يؤخر ذلك تنفيذ قرار الإبطال من قبل دائرة التسجيل فإذا كان المشتري قد دفع الثمن كله او بعضه وجب على البائع رد ما قبضه منه، وعلى المشتري رد المبيع إلى البائع إذا كان قد استلمه منه، ونشير من جانب آخر إلى أنه إذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص اهلية احد المتعاقدين وإبطل عقده لنقص اهليته وكان الطرف الذي سلمه شيئاً تنفيذاً للعقد الذي إبطل بعد ذلك، قد طلب منه استرداد ما سلمه اليه كاملاً، عملاً بالقاعدة العامة فانه لا يحكم عليه الا برد القدر الذي استفادة [١] .

ويبدو ان العلة في هذا الاستثناء هو ان القاصر قد يبدد الثمن الذي يتقاضاه بأمور لا فائدة منها كلعب القمار مثلاً أو ارتياد سباق الخيل أو غير ذلك من أمور لا فائدة منها، ومن ثم فإن إلزامه بعد ذلك برد الثمن يعني تعجيزه عن طلب الإبطال وبذلك تصبح الحماية التي أسبغها المشرع له والمتمثلة بجواز إبطال العقد حماية صورية[٢].

والجدير بالذكر إن الذي يكلف بأثبات القدر الذي استفادة ناقص الأهلية هو الطرف الثاني ولا يكلف ناقص الاهلية بأثبات انه لم يستفد لان الاصل براءة الذمة ولان الاثبات لا يتوجه إلى النفي[٣] .

وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه ((... ذلك ان المميز المدعى عليه حضر بالذات في جلسة يوم ٢٠٢٠/١٢/٢٨ وأقر بقيامه ببيع العقار المرقم ٣٢٣/٤٨٥ بتاوين الى المميز عليه / المدعي واستلم منه مبلغاً مقداره ستمائة وثلاثة وستون ألف وثلاثمائة وتسعون دولار، ولا مانع لديه من اعادة البدل وحيث ان العقار المذكور وبعد تسجيله باسم المدعي في دائرة التسجيل العقاري تم إبطال قيده بحكم قضائي وأعيد تسجيله باسم مالكه الأصلي فيلزم المدعى عليه بإعادة البدل المستلم من قبله لأن ذلك يعد اثراء بلا سبب على حساب المدعي وحيث ان الاقرار حجة على المقر عملا بأحكام المادة ٦٧ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل فيكون للدعوى والحالية هذه

١- نصت المادة (١٣٨ / ٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذعلى ((ومع ذلك لا يلزم ناقص الاهلية إذا بطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.)).

٢- القاضي موفق البياتي، المصدر السابق ، ص١٤٣ .

٣- د. عبدالمجيد الحكيم واخرون، المصدر سابق ، ص ١٢٣ .

سـندها من القانون لذا قرر تصديق الحكم المميز)) [١].

ويتضـح من القـرار المتقدم ان الاثر القانوني بين المتعاقدين هو اعادة الحال اي اعادة تسـجيل العقار باسـم المالك واعادة البدل الى المشتري.

وقـد جـاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية بخصوص اثـر الابطال بين المتعاقدين ما يأتي ((... ذلك ان دعوى المدعي (المميز عليه) انصبت على طلب الزام المدعى عليه (المميز) باستحقاقه من بدل بيـع العقـار موضـوع الدعوى، وحيـث ان الثابت من التحقيقـات التي اجرتها المحكمـة بان المدعي وشريكهـا الأخـر (م . ف) سـبق لهما وان اشـتريا العقار موضوع الدعوى ببدل (سـتمائة وثمانية ملايين دينار) وسـجل بأسـهمهما وتم افرازه الى عقارين باسميهما الا انه تم ابطال القيود بموجب الحكـم الصادر مـن محكمة بداءة الكـرخ بالعـدد ١١٠٤\ب\٢٠١٦ في ٣٠\١١\٢٠١٦ والذي تم تأييـده اسـتئنافاً بالقـرار المرقـم ٩٠\س٢\٢٠١٧ في ١٩\١١\٢٠١٧ وبضمنهـا القيود الخاصة بالمدعي وشريكه والمنفذ في دائرة التسـجيل العقاري في الكرخ الاولى وحسـب كتابهم المرقم ٢١٩٠ في ١٨\١٢\٢٠١٨ ولإقرار المدعى عليه بالذات في جلسـة ٧\١\٢٠١٩ بصحة عقد البيع المبرم بينه وبين المدعي وشريكه المؤرخ ٣\١٢\٢٠١٢ ونسـبة توقيعه له واسـتلامه كامل البدل من المذكورين المدعي و(م . ف) وتم نقل الملكية لهما مناصفة ومما تقدم فإن ابطال القيد المسـجل باسـم المدعي يمنحه الحق بالرجوع على البائع الذي اقر باسـتلامه كامل البدل وبالتالي تكون دعواه لها سـند من القانـون وواجبـة الاجابة وهذا ما قضى به الحكـم البدائي وايدته محكمة الاسـتئناف في حكمها المميز...))[٢] .

مـن خـلال القرار اعلاه يتضح ان محكمة التمييز الاتحادية قد اكدت ما تم طرحه بإمكان اعادة الحـال مـا بين المتعاقدين لان الإبطال عاد بالطرفين الى الحالة السـابقة لعقد البيع وهي اعادة البدل كمـا مـر ذكره في القرار اعلاه وخلاصة القول انه عند ابطال التسـجيل العيني يتم اعادة المتعاقدين والحقوق العينية الاصلية والحالة المادية الى الحالة التي كانت عليها قبل التسـجيل المبطل، فاذا كان التسـجيل المبطـل يتعلق بمعاملة بيع يعاد العقار الى البائع ويسـتلم المشـتري الثمـن وفي الهبة يعاد تسـجيل العقار باسـم الواهب كذلك يعاد تسجيل العقار في الوقف عند الابطال باسم الواقف.

١- قـرار محكمـة التمييز الاتحادية المرقـم ١٠٦٧/الهيئة المدنية/٢٠٢٠ في ٢٠٢٠/٢/٩ منشـور في بحثالاثر القانوني المترتب على ابطال قيد تسجيل العقار مقدم من قبل القاضي غانم عبد الله زناد ، من متطلبات الترقية الى الصنف الاول من اصناف القضاة واعضاء الادعاء العام، لسـنة ٢٠٢١ ، ص ٤٧ .

٢-قرار محكمة التمييز الاتحاديةبالعدد ١٥٤٧ \ الهيئة الاستئنافية عقار \ ٢٠١٩ في ٢٦\٣\٢٠١٩ غير منشور .

الفرع الثاني

أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للغير

لا يكـون أثـر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين فقط بل قد يتجاوزون الى غير المتعاقدين، فاذا رتب المشـتري على العين التي اشـتراها حقا عينياً وصدر قرار الإبطال للقيد العقاري فأن البائع ونتيجة لقرار الإبطال يستعيد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار، كذلك لو باع المشتري العين الى اخر، فان البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني [١] .

ويرى البعض انه هناك قاعدتان قانونيتان يستند اليها سريان أثر تقرير البطلان في حق الغير، تقتضي الاولى بانه اذا زال حق الشـخص على شيء زال تبعا لذلك حق من تلقى هذا الشيء، وتقتضي الثانيـة بـأن الشـخص لا يسـتطيع أن ينقل الى غيره مـن الحقوق اكثـر مما يملك، ويعتـبر الفقهاء المسـلمون عن هذه القاعدة بقولهـم ((فاقد الشيء لا يعطيه)) [٢] .

مع ان البطلان يضر بمصالح اشـخاص اعتقدوا صحة العقد بحسـن نية وعولوا على التسـجيل العقاري ورتبوا شؤونهم على اساسه.

غـير ان المـشرع وازن بـين المصالـح في احترام القواعد الامـرة المتعلقة بـضرورة توافر شروط انعقاد العقود وصحتها من جهة وبين ضرورة حماية الاشـخاص حسني النية الذين اعتقدوا صحة العقد الباطل وتامين الاسـتقرار في التعامل بتثبيت المراكز الظاهرة ولو اتضح فيما بعد انها ليسـت مطابقة للقانون من جهة اخرى وذلك بتعلقيه إبطال التسـجيل العيني بعدم حصول تسـجيل عيني لا حق اذا في هذه الحالة يقتضي إبطال التسـجيل اللاحق بحكم او قرار مسـتقل وعدم ابطاله تلقائيا تبعـا لأبطـال التسـجيل الاول، وهذا واضح في نـص المادة (١٤١\١) من قانون التسـجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ النافذ ويبدو ان المشرع في المادة المذكورة اراد مجاراة الحكم الوارد في المادة (١٣٨\٢) من القانون المدني العراقي النافذ في تقدير استحالة او عدم استحالة اعادة المتعاقدين الى حالـة التـي كانا عليها قبل التصرف، او القيد المبطل بحكم قضائي، ويتضح ان الحكمة التي قصدها المشرع العراقي من وجوب صدور حكم مسـتقل يقضي بأبطال التسـجيل اللاحق اذا اتبع التسـجيل تسجيل عيني لاحق حتى لا يفاجئ صاحب التسجيل العيني بأبطال تسجيله اللاحق، وقد يصار الى ادخال اصحاب التسـجيل العيني اللاحق اشـخاصا ثالثة الى جانب المدعى عليه بناءً على طلب المدعي، ومـن ثـم اصدار الحكم المناسـب بإبطال القيـد الاول وباقي القيود اللاحقة واعادة تسـجيل العقار

١- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق ،ص ٥٩٣.

٢- د عبد المجيد الحكيم،الموجز في شرح القانون المدني،مصادر الالتزام ،المكتبة القانونية، بغداد،بدون ط،ص٢٨٥ .

باسـم المالك الاصلي وبهذا الاتجاه قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه ((...وجد ان الحكـم المميـز غير صحيح ومخالف للقانون وان المحكمة قد اصدرته قبل اسـتكمال تحقيقاتها ذلك ان دعـوى المدعي تضمنت طلب ابطـال القيود الواردة على العقار المرقم ٣\ ٥١٧٦ العروبةواعتبار قيـده المرقـم ٩٥ \ايار \٢٠٠٥ مجلد ١١٨ هو القيد الثابت الحكـم وان محكمة البداءة ومن بعدها الاسـتئناف اجرت تحقيقاتها تايد لها بان المدعى كان قد اشـترى العقار من مالكه السابق الذي كان مسـجل باسـمه في سجلات التسـجيل العقاري (ع. م.) والذي كان (ت) تنازل عنه الى مديرية بلدية النجف وسـجل باسـمها في سـجلات التسـجيل العقاري والذي قامت بتخصيصه ال كل من (ن. ك. ع.) بالتسـاوي ومن ثم جرت على العقار عدة تصرفات اخرها الناقلة الى الاشـخاص الثالثة بموجب القسـام الشرعي المرقم ١٧٣\١٩٨٥ في ٢٣\٥\ ١٩٨٥ الصادر من محكمة الاحوال الشـخصية في النجف ولم كان المالك السابق الذي تلقى المدعي العقار منه (ع. م) لم يكن ممثلاً في الدعوى، لذا كان عـلى المحكمة ادخاله شـخص ثالث في الدعوى للوقوف على اقوالـه فيما اذا كان قد تنازل عن العقار وفيمـا اذا كان تـصرف به بيعا الى المدعي وفي حالة صحـة تنازله التحقق عن كيفيه تصرفه بالعقار للمدعـي رغـم كون العقار لم يكن مسـجلاً باسـمه وعلى ضـوء تلك التحقيقات تصـدر الحكم الذي يتراءى لها وفق القانون ولما كانت قد اصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ذلك مما اخل بصحته لذا قرار نقضه ...)) [١] .

ولقـد اسـتثنى المـشرع من ذلك الحقـوق العينية التبعية في الفقـرة الثانية اذا عدهـا باطلة تبعا لإبطال التسـجيل العيني دون الحاجة الى صدور حكم مسـتقل بإبطاله كما هو الحال بالنسـبة الى الحقـوق العينيـة الاصليـة، ويتضح من ذلك انـه كان تطبيقا للقاعـدة الفقهيـة القائلة:(التابع تابع والتابـع لا ينفـرد بالحكـم) ، ولكون الرهـن التأميني والحيازي وحق الامتياز مـن الحقوق العينية التبعيـة، فأنهـا تبطـل حكما بإبطال الاصل، إذا كان الإبطال يرتب اثاراً بالنسـبة إلى المتعاقدين فأنه لا يقـف عنـد هذا الحد بل تنصرف آثاره أيضاً إلىالغير وان البطلان يجعل العقد الباطل عديم الأثر، بخـلاف العقـد الفاسـد الذي هو ما شرع بأصلـه لا بوصفه [٢] .

ان إبطـال التسـجيل العقـاري هو بطلان مطلق وليس نسـبي و لا يقتصر أثـره على طرفيه بل يتعـداه إلى غيرهما لان سـجلات التسـجيل العقـاري حجة على الناس كافه بمـا دون فيها ولا يجوز

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٦٢٩ \الهياة الاسـتئنافية \ العقار \ ٢٠٠٩ في ٢٩\١\٢٠٠٩ ،غير منشور .
٢- د. عبدالمجيـد الحكيـم واخـرون، الوجيز في نظرية الالتـزام في القانون المدني العراقـي ، ج١، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتـاب، مصر،القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١١٩ .

الطعـن فيهـا إلا بالتزويـر[١] ، كما لا يجوز الطعـن في التصرفات الجارية عليهـا بالصورية [٢] ، ولا يقتـصر أثرالبطـلان على العلاقة في مـا بين المتعاقدين بل قد يتجاوزها إلى غـير المتعاقدين فإذا رتب المشـترى على العين التي اشـتراها حقا عينيا وصدر قرار الإبطال للقيد العقاري فان البائع و نتيجة لقـرار الإبطال يسـتعيد العين خاليه مـن الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي رتبها المشـتري على العقـار ان المـشرع راعـى التـوازن بين المصالـح في احترام القواعـد الآمرة المتعلقة بـضرورة توافر شروط انعقاد العقود وبين حماية الأشـخاص حسـني النية الذي اعتقد صحة العقد الباطل وتأمين الاسـتقرار في التعامل لتثبيت المراكز الظاهرة، ولو اتضح في ما بعد انها ليسـت مطابقة للقانون من جهة اخرى وذلك بتعليق إبطال التسـجيل العيني لعدم حصول تسـجيل عيني لاحق له لأنه في هذه الحال يقتضي الامر إبطال التسجيل اللاحق بحكم قضائي او قرار مستقل وعدم ابطاله تلقائيا تبعا لإبطال التسجيل الاول [٣] .

وبهـذا الخصـوص ذهبت محكمة التمييز الاتحادية والـذي جاء فيه ((... ذلك ان محكمة البداءة كانت قد ابطلت كافه القيود السـابقة للعقار موضوع الدعوى على ان يعتمد القيد الخاص بالمدعين (المميـز عليهـم) ذي العـدد ٤٢ / حزيـران / ١٩٩٤ مجلد ٤٧٦ على اعتبار ان هـذا القيد كان القيد الاسبق للقيد المبطل ٩٤ تموز/ ١٩٩٤ جلد ٤٨٦ ومن بين القيود التي تم إبطالها القيدان ٢١ و ٢٢ مايـس /٢٠٠٥ جلـد ٦٩٨ و بما ان القيد ٢١ يخص معامله الانتقـال للعقار من المالكين (ع.ح.ف) و(م.ع.م) لوفاتهمـا الي ورثتهمـا كل مـن (م) و(ص) و(ز) و الذين بدورهم باعوا العقار إلىالمدعى عليهـا الرابعـة (ز.ف.ع) و سـجل البيـع بالقيـد ٢٢ مايـس /٢٠٠٥ وحيث ان الورثـة المذكورين (م) و(ص) و(ز) إذا لـم يخاصمـوا بالدعـوى البدائية ولم تنتبه محكمه البـداءة لهذا النقص فكان يتعين على محكمه الاسـتئناف اكماله بسـؤال المدعين (المستأنف عليهم) عما إذا كانوا يطلبون ادخال المذكورين اشـخاصا ثالثه إلىجانب المدعى عليهم اكمالا للخصومة من عدمه و من ثم تنظر الدعوى وتحسـمها وفقـا لأحـكام القانـون حيث لا يجـوز إبطال تصرف عقـاري اجراه احـد المالكين دون مقاضاتـه مما أخل بصحة الحكـم المميز لذا قرر نقضه ...))[٤] .

واكـدت محكمـة التمييز الاتحاديـة في قرار اخر على امكانية الرجوع على المسـؤول عن مسـبب

١- تنظـر المـادة (٢٢/أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسـنة ١٩٧٩ المعـدل، وللمزيد ينظر : د.فائز ذنون جاسـم ، أدلة الإثبات ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٤ ، ص٤١.

٢- تنـص المـادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ النافـذ على ((لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسـجيلها في دائرة التسـجيل العقاري .)).

٣- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، الجزء الثاني، المصدر السابق ، ص١٢٠ .

٤- قرار محكمه التمييز الاتحاديةالمرقم ٤٦٠ / الهيأة الاستئنافية عقار /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٢٢ ، غير منشور.

الخطأ والزامة بالتعويض والذي جاء فيه ((...وجد انه صحيح وموافق للقانون إذ ان المدعي المميز إضافة لوظيفته طلب في دعواه ابطال قيد العقار المرقم ١٦٥٧/١ م١٥ حجاجة وأم كبير لمخالفة المدعى عليها (س. ي. هـ)ضوابط التخصيص كون زوجها مستفيدا من القطعة ١٩٨٩٤/٩ ١٠ ج خ في الفلوجة وتبين من التحقيقات الجارية في الدعوى أن المدعى عليها تملكت العقار موضوع الدعوى بموجب كتاب مديرية بلدية الكرمة بالعدد ٢٣٠ في ٢٠٠٣/١/٣ وإنها قامت ببيعه إلى الشخص الثالث (ح. م. ح) وهو مسجل بأسمها بالقيد ١٤٣ أيلول ٢٠١١ وتأيد من الكشف الجاري بالإنابة ان الشخص الثالث شيدت داراً على العقار ولان قضاء هذه المحكمة قد استقر على مراعاة مبدأ استقرار المعاملات وحسن النية وعدم الاضرار بالمشتري الذي وثق بالمستندات الرسمية عند اقدامه على الشراء وان بإمكان المدعي المميز إضافة لوظيفته الرجوع على المدعى عليها بالتعويض لمخالفتها القرار ١٢٠ لسنة ١٩٨٢ ان كان لذلك مقتضى وتكون الدعوى واجبة الرد وهو ما قضى به الحكم المميز، لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتجميل المميز /إضافة لوظيفته رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق استنادا للمادة ٢/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية في ٢٠٢١/١٢/٢٩))[١].

فعلى سبيل المثال إذا رتب المشترى على العين التي اشتراها بقصد باطل حقا عينيا كحق المساطحة أو حق الانتفاع والارتفاق أو الرهن أو نحو ذلك، ثم تقرر إبطال تسجيل عقد البيع فان البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري ويحتج البائع على من كسب هذه الحقوق وهو الغير كذلك لو باع المشتري العين لآخر او وهبها له، فان البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني او الموهوب له[٢] .

وفي قرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه ((...وجد انه صحيح وموافق للقانون اذ تأيد من التحقيقات الجارية في الدعوى أن العقار المرقم ١٢٨٤/١٤ أبو رمانة تم تسجيله بأسم المدعى عليه الثاني استناداً إلى كتاب مزور لم يصدر عن المدعي إضافة لوظيفته ثم قام بالتصرف به بيعاً الى المدعى عليه الثالث الذي باعه الى المدعى عليه الرابع ولان التسجيل الاول باطل فان ما لحقه من تصرفات تعد باطلة لان ما بني على باطل فهو باطل وهو ما قرره الحكم المميز الذي جاء متفقاً وحكم القانون لذا قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز إضافة لوظيفته رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق استناداً للمادة ٢/٢١٠ من قانون المرافعات المدنية في ٢٠٢١/١٢/٢٩ م))[٣]

.

١-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٦٦٨/الهيأة الاستئنافية العقار/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٢٩،غير منشور.
٢- د. عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مطبعة البرلمان، بيروت، لبنان ، ١٩٥٣ ، ص٦٥.
٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٧٩٥/الهيأة الاستئنافية العقار/ ٢٠٢١ في ٢٠٢١/١٢/٢٩،غير منشور.

ومـن جانـب آخـر فإنـه ومن أجـل تأمين الاسـتقرار في التعامـل لتثبيـت المراكـز الظاهرة ولو اتضح فيما بعد انها ليسـت مطابقة للقانون من جهة اخرى؛ وذلك بتعليق إبطال للتسـجيل العيني بعـد حصول تسـجيل عيني لاحـق، إذ في هذه الحالة يقتضي إبطال التسـجيل اللاحق بحكم أو قرار مسـتقل وعـدم إبطالـه تلقائياً تبعاً لإبطال التسـجيل الأول والظاهر ان المشرع قصـد بذلك مجاراة الحكم الواردة في المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني النافذ لتقرير اسـتحاله أو عدم اسـتحاله عوده المتعاقدين إلى حالتهما التي كانا عليها قبل العقد المسجل المبطل بحكم قضائي و لكن استثنى المشرع من ذلك الحقوق العينية التبعية في الفقرة الثانية من المادة المذكورة، حيث اعتبرها باطله تبعاً لإبطال التسـجيل العيني بدون حاجة لصدور حكم بإبطاله كما هو الحال بالنسـبةللحقوق العينية الاصلية، ويبـدو أن ذلك تطبيـق للقاعدة الفقهية التي مفادها (التابع تابـع والتابع لا ينفرد بالحكم) ولكون الرهـن التأميني والحيـازي وحق الامتياز من الحقوق التبعية [١] ، فأنها تبطل حكماً بإبطال الأصل ومع ذلك عند الإبطال يتحول هذا الحق إلى حق شـخصي مثل اشـارات الحجز، ويمكن للغير حسـن النية الوصول إلى حقه بطريقه اخرى كإقامة الدعوى علي المالك الذي تقرر إبطال سجل ملكيته[٢] .

ومما يجـدر بنـا الإشـارة إليـه ان للإبطـال أثـر بالنسـبة للتصرفـات الصـادرة كذلـك الامـر بالنسبةللتصرف الصادر بإرادة منفردة كالوصية [٣] ، والوقف[٤] ، حيث يعاد تسجيل العقار باسم الموصى أو بأسـم الواقف، أما في حاله الافراز فيجب الغاء تسـجيلات الوحدات العقارية كافة واعادة العقـار الى الحالـة التـي كان عليها قبـل الافراز وفي التوحيد يبطل السـجل العقـاري الموحد وتعاد العقارات إلسـابق حالتها كلاً منها عقاراً مسـتقلاً، حيث ان متلقي الحق في التسـجيل المبطل إذا قام بترتيب حق من الحقوق العينية الاصلية كمالو باع العقار إلشخص جديد او رتب حق ارتفاق فان قرار الإبطال لا ينصرف الي التصرف المذكور إلا إذا نص عليه صراحة مما يقتضي اسـتحصال قرار إبطال لإبطاله، فعلى سبيل المثال سجل عقد بيع العقار باسم المشتري (أ) ثم قام المذكور ببيع العقار لـ (ج) و سجل باسمه ثم صدر قرار بإبطال التسجيل الأول عندما اشتراه (أ) فإن قرار الإبطال هذا

١- تنـص المـادة (٢/٦٨) مـن القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسـنة ١٩٥١ المعدل عـلى ((والحقوق العينية هي حق الرهـن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز)).

٢- مصطفـى مجيـد ، شرح قانون التسـجيل العقـاري، الجزء الثاني، العاتـك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سـنة نشر، ص١٢٠.

٣- عرفت المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل الوصية ((تصرف في التركة مضاف إلىما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض)).

٤- تنـص المـادة (الأولى / ٤) مـن قانون إدارة الأوقاف رقم (٦٤) لسـنة ١٩٦٦ المعدل عـلى ((هو العين التي كانت ملكا فوقفت إلىجهة من الجهات ويشـمل العقر الموقوف)).

لا يبطل التسـجيل اللاحق عندما اشـتراه (ج) وانما يتطلب اصدار قرار مسـتقل لإبطاله ولا شك أن القانون عندما يقرر هذه الاحكام فهو يرمي إلى حماية مصالح الأشخاص حسني النية الذين اقدموا على التعاقد اعتمادا على السـجل العقاري واعتقاداً منهم بصحته، فضلاً عن ذلك فإن جميع الحقوق العينية التبعية واشـارات الحجز الواقعة بعد التسـجيل وحتى صدور قرار الإبطال تعد باطله حيث يعـاد العقار إلىمالكه خالياً من جميع الحقوق التي ترتبت عليه بعد التسـجيل المبطل[١].

فمثلاً إذا قام المشتري بترتيب حق رهن على العقار او تم وضع اشارة الحجز على العقار بسبب ديون نشـأت بذمته ثم إبطل التسـجيل وأعيد العقار باسـم البائع فانه يعود اليه خالياً من اشـارة الرهن او الحجز و السبب في ذلك يرجع إلى ان الحق العيني التبعي حق غير مستقل بل هو تابع للحق العينـي الاصـلي ثم ان إبطاله لا يقتضي صدورقرار مسـتقل كما هو الحال بالنسـبةللحقوق العينية الاصليـة بل يبطل تلقائياً تبعاً لإبطال التسـجيل تطبيقا للقاعدة التـي مفادها(التابع تابع والتابع لا ينفـرد بالحكـم) والقاعدة التي تقضي بأن (المبني على الباطل باطل) بلا حاجة لاسـتحصال رأي أو موافقة الجهة الحاجزة، وعند إبطال التسجيل على وفق ما تقدم ذكره فإن المشتري يحل محل الدائن المرتهن بمقدار الدين الذي دفع اليه ويكون الحلول بصفة الدين نفسها وامتيازه ومرتبته[٢]، فمثلاً إذا بيـع عقـار مثقل برهن لقاء مبلغ خمسـون مليون دينار و دفع المشـتري ثمن العقار المتفق عليه إلىالبائـع محسـوماً منه مبلـغ الدين الذي دفعه إلىالدائن مباشرة فعند إبطال التسـجيل يعاد العقار باسـم البائع ويعادل الرهن و لكن لصالح المشـتري بصفة و مرتبة الدين نفسـها أو الرهن نفسـه الذي تم فسخه وهذا هو ما يسمى بالحلول القانوني الذي يحل المشتري محل الدائن المرتهن السابق وقصد المشرع من هذا الحكم هو حماية المشـتري حسـن النية ومنع أثراء البائع على حساب المشتري إذ ضمن المشرع حق المشـتري بالطريقة المذكورة [٣] .

ويتضح مما تقدم أنه عند إبطال التسـجيل العيني يتم اعادة الحقوق العينية الاصلية الى الحالة التي كانت عليها قبل التسجيل المبطل، فإذا كان التسجيل المبطل يتعلق بمعامله بيع يعاد العقار الى البائع ويستلم المشتري الثمن وفي الهبة يعاد تسجيل العقار باسم الواهب كذلك يعاد تسجيل العقار في الوقف المبطل باسم الواقف وتبطل تلقائياً الحقوق التبعية تبعاً لإبطال الحقوق الاصلية لأن التابع تابع والتابع لا ينفرد بالحكم.

١- تنص المادة (٢/١٤١) من قانون التسـجيل العقاري رقم (٤٣) لسـنة ١٩٧١ المعدل على انه ((تعتبر جميع الحقوق العينية التبعية وإشارات الحجز الواقعة بعد التسجيل باطلة تبعا لإبطال التسجيل العيني)).

٢- تنـص المـادة (١٤٢) مـن قانون التسـجيل العقـاري رقم (٤٣) لسـنة ١٩٧١ المعدل عـلى انه ((إذا ابطل التسـجيل العقـاري وفقا للمواد المتقدمة فيحل المشـتري محل الدائن المرتهن وذلـك بمقدار ما ادى له ويكون الحلول بنفس صفة الدين وامتيازه ومرتبته)).

٣- المستشار عبدالله غزاي سلمان العزاوي ، إجراء ات التسجيل العقاري ، المصدر السابق، ص٢٠٨ وما بعدها.

المطلب الثاني

أثر إبطال القيد من حيث التعويض وأثر مبدأ استقرار المعاملات

لما كانت تترتب على إبطال قيد التسجيل العقاري اثار وان هذه الاثار أما تكون أصلية أو عرضية، والأصلية ترتب على العقد الباطل أثار، وهي التي تنتج عن العقد كما لو كان عقداً صحيحاً على الرغم من ابطاله، وهذا يعتبر خروجاً على القاعدة العامة التي اقتضت حماية القانون الظاهر الذي يطمئن إليه الغير ويتعامل معه على اساس حسن النية لكي يكفل ما يتطلبه الاستقرار في المراكز القانونية.

وعليه يتضح لنا ان هناك اثار قانونية للإبطال وتكون أما بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد أو الاتجاه الى التعويض وفقاً لصور التعويض وكذلك بيان تأثير مبدأ حسن النية ومبدأ استقرار المعاملات، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين؛ الأول أثر إبطال قيد العقار من حيث التعويض، والثاني نتناول فيه اثر إبطال قيد العقار على مبدأ استقرار المعاملات.

الفرع الأول

أثر إبطال قيد العقار من حيث التعويض

إن بطلان القيد العقاري يرتب اثر يؤدي الى تغير المراكز القانونية لأصحاب الحقوق التي تقرر ابطال قيدها، وقد يسبب ذلك لهم ضرراً فعند ثبوت الضرر تتحقق مسؤولية من تسبب به عن تعويضه، لذلك يكون من حق المتضرر من قرار الإبطال مطالبة المتسبب بالتعويض من اجل تحقق الموازنة والعدالة بجبر ذلك الضرر ويتم ذلك بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل الضرر، لأنه قد اهمل وقصر في واجبه لذلك يكون ملزما بالتعويض، وان غاية التعويض هي محو وجبر ما اصاب المتضرر من ضرر ان كان ذلك ممكناوللإحاطة بالموضوع لابد من تناول كيفية تقدير التعويض وبيان انواعه:

أولاً :- تقدير التعويض عن البطلان

والاصل في التعويض ان المحكمة تتولى امر تقديره والحكم به، ومع ذلك فلا مانع يمنع الطرفين (الفاعل والمضرور) في ان يقوما بتقدير التعويض بالاتفاق فيما بينهم واحيانا قد يتدخل المشرع ليتولى هو نفسه ام تقدير التعويض مقدما ، متى كان محل الالتزام مبلغا من النقود ومعلوم المقدار

وقت نشوء الالتزام [١] ، وان ما يمهنا في هذا الموضوع هو التعويض القضائي، حيث نصت المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ على ((...اذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد او بنص القانون فالمحكمة هي التي تقدره ...)) ، ويجب على المحكمة الحكم بتعويض المتضرر من قيد التسجيل العقاري عما لحقه من ضرر جراء خطأ المدعى عليه ما دام ذلك الضرر ناتج عن خطئه فما دامت هناك رابطة سببية بين الخطأ الذي جاء به المدعي علية وبين الضرر الذي نتج عن ذلك الخطأ واصاب المدعي، فمنها يكون الحكم بالتعويض واجباً ،ويتم تقدير التعويض القضائي عن طريق الاستعانة بالخبراء المختصين.

وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه :((... حيث ان القطعة موضوع الدعوى سبق وان خصصت من البلدية الى (و. س. خ.) ثم خصصت الى المدعي على الرغم من كونها مخصصة اصلا لشخص اخر وان الاخير اقام الدعوى البدائية المرقمة ٣٨٠\ب\٢٠٠٤ امام محكمة بداءة الحلة وصدر القرار فيما بتاريخ ٣١\٧\٢٠٠٤ بأبطال قيد القطعة واعادة تسجيلها باسم (و. س. خ.) واكتسب الحكم الدرجة القطعية هذا من جهة ومن جهة اخرى فان المميز لم يعوض المدعي بقطعة بديلة جراء خطأه المذكور لتحقق مسؤولية وفق المادة (٢٠٤) من القانون المدني ولزمه تعويض المدعي بما يعادل قيمة القطعة بتاريخ استحقاقها في ٣١\٧\٢٠٠٤ ، وقد قدر الخبراء مقدار التعويض وكان تقديرهم معللا وصالحا لاعتماده سببا للحكم بموجب المادة (١٤٠) من قانون الاثبات رقم (١٠٧) عليه تقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي ...))[٢] .

ثانياً :- أنواع التعويض عن البطلان

يعد التعويض عن البطلان كجزاء يتحقق عند ثبوت مسؤولية احد طرفي العقد الباطل، وهو يستند الى احكام المسؤولية العقدية والتقصيرية، وهذا التعويض قد يكون تعويضاً نقدياً او تعويضاً عينياً، الا ان التعويض النقدي هو الغالب دائماً لان الضرر الذي ينجم عن البطلان هو ضررا مادياً يصيب الذمة المالية لمتعاقد في عقد باطل، وهذا هو الاصل الذي يفرض حكما ان لم يكن مطلقا على القضاء تطبيقه لان التعويض العيني الناتج عن ابطال القيد العقاري يكون من اختصاص الجهات الادارية ذات العلاقة بتخصيص العقارات الى الموطنين، ولهذا فان التعويض عن البطلان يختلف في انواعه وحسب ما يأتي:

١- انظر : نص المادة (١٧١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ .

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد١٤٤٣\ الهيأة الاستئنافية \ العقار\ ٢٠٠٦ في ١٧\٨\٢٠٠٦ ،غير منشور .

١ - التعويض النقدي: ان هذا النوع من التعويض هو ما يهمنا في البحث لأنه هو التعويض المعمول فيه غالبا في المحاكم، ويقصد به المقابل الذي يراد به ازالة الضرر واصلاحه ويكون مبلغ من النقود يدفعه المسؤول عن الضرر الى المتضرر من ابطال قيد التسجيل العقاري تعويضا له عن الضرر الذي اصابه جراء خطأ المسؤول في المسؤولية العقدية او التقصيرية [١].

وتظهر أهمية التعويض النقدي في المسؤولية عن البطلان لعدم امكان التعويض عيناً عن ضرر البطلان في معظم حالاته لان طبيعة الضرر الذي يسببه البطلان مادياً ينحصر أثره في الذمة المالية مما يجعل التعويض النقدي الطريق الامثل لجبر الضرر وترضية المضرور، فالنقود وسيلة سهلة يمكن بها تقويم الضرر والوصول الى مقداره وحجمه الاحكام المتضمنة تعويضاً نقدياً، ويلاحظ ان التعويض في نطاق المسؤولية العقدية يكون عن الضرر المباشر المتوقع سببه ومقداره عند التعاقد، ام الضرر غير المتوقع فلا يعوض عنه المتضرر الا اذا نشأ عن خطا المدين الجسيم او غشه، وان سبب اختلافه عن التعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث يكون التعويض فيها عن الضرر المباشر بنوعية المتوقع وغير المتوقعلان ارادة الطرفين تتحكم في دائرة المسؤولية العقدية، فلا تجيز التعويض الا عن الضرر الذي يتوقعه المتعاقدان وقت التعاقد، ام اذا نشأ الضرر عن غش المدين او خطئه الجسيم فانه يخرج من دائرة المسؤولية العقدية ليدخل في دائرة المسؤولية التقصيرية، وفي المسؤولية التقصيرية يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقعالان القانون الزمة بالتعويض عن كل ضرر يعد نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع [٢].

ويلاحظ من ذلك ان المتضرر من إبطال قيد التسجيل العقاري له الحق ان يلجأ الى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به وعلى المحكمة ان تحكم بالتعويض المناسب اذا وجدت ان طلب المتضرر له سند من القانون وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه: ((... ذلك ان محكمة الموضوع اتبعت قرار النقص الاخير الصادر عن هذه المحكمة بالعدد ١٦٦\ الهيئة الاستئنافية \ عقار ٢٠١٦ في ٢٠١٦\١\١٢ وان الممثل القانوني لدائرة المميز دفع في جلسة المرافعة ليوم ٢٠١٦\٥\٩ بان دائرة موكله غير مستعدة للتعويض المميز عليه بقطعة ارض بديلة وفق احكام قرار مجلس الوزراء رقم ٥٨٥ لسنة ٢٠١٣ وحيث ان محكمة الموضوع اجرت تحقيقاتها اللازمة في الدعوى وقد اثبتت مقصرية دائرة المميز في تخصيص القطعة موضوع الدعوى الى الشخص الاول (خ. أ. م.) والذي استحصل على حكم يقضي بأبطال قيدها المسجل باسم

١- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول ، الضرر، ص ٢٧٣.

٢- د. عبد المجيد الحكيم ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، ص ٥٨.

المدعي الذي خصصت له القطعة ثانيا وابقاء قيدها المسجل باسمه وحيث ان التعويض المطالب به قدر بمعرفة خمسة خبراء في تقريرهم المؤرخ في ١٥\٥\٢٠١٦ والذي جاء معادلاً ولا مغالاة فيه مما يصلح ان يكون سببا للحكم طبقا لما نصت عليه المادة (١٤٠\ اولا) من قانون الاثبات لذا قرر تصديقه ...)) [١] .

وقد لا يكون هناك مبرراً قانونياً لطلب التعويض من الإبطال ، فليس شرطاً استحقاق التعويض بمجرد الابطال وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه ((... حيث ان توزيع الاراضي من قبل مديرية البلدية بناء على موافقات رسمية لتخصيص قطع اراضي للموطنين وفق الشروط التي تم وضعها في من تخصص له قطعة الارض وان سحب القطعة من المدعي لا يرتب له حق مطالبة المدعي عليه بالتعويض عن الضرر الذي اصابه لان سحب القطعة يكون بناءً على تخلف احد شروطها والضوابط الخاصة بتوزيع الاراضي وبذلك تكون دعوى المدعي دون سند من القانون ويستوجب ردها وهذا ما قضت به المحكمة المميز حكمها فقرر تصديقه ورد الطعون التمييزية ...))[٢].

وكذلك اكدت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بأحقية المطالبة بقيمة المنشأت لكونها تمت بزعم شرعي والذي جاء في القرار ((...اذ ان المدعي / المميز إضافة لوظيفته طلب إلزام المدعى عليهم بقيمة المشيدات التي أحدثها على العقار المرقم (٦٥٤٩/٥ م٢٢ صابيات) عندما كان مالكا له ثم ابطلت القيود الجارية على العقار بعد ثبوت ان انتقال الملكية للمدعو (ف. ف. كالمستملك منه) من مورث المدعى عليهم كان مستندا إلى إجراءات باطلة وصدر حكم قضائي بإعادة تسجيل العقار باسم مورث المدعى عليهم ولان احداث المنشأت كان بزعم شرعي لان المالك من حقه أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً وإن العقار قد اعيد تسجيله باسم مورث المدعى عليهم وبضمنه المنشأت التي أحدثها المدعى _ إضافة لوظيفته فيكون من حقه المطالبة بقيمة المنشأت استناداً للمادة (١١٢٠) من القانون المدني ولان تقرير الخبراء الخمسة عشر جاء مفصلاً ومناسباً ويصلح سبباً للحكم استناداً للمادة (١٤٠/ أولا) من قانون الاثبات لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز _ إضافة لوظيفته رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق استنادا للمادة (٢/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية في ٢١/١١/٢٠٢١ م .))[٣] .

٢ - التعويض العيني :ان مفهوم التعويض العيني يتجسد بإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٤٤٨ \الهيأة الاستئنافية \ ٢٠١٦ في ٣١\١٠\٢٠١٦ ، غير منشور.
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٤٢٠\م٢\٢٠٠٦ في ٣\٧\٢٠٠٦ ،غير منشور .
٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٥٦٢ /الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢١ في ٢١\١١\٢٠٢١ ، غير منشور.

وقـوع الـضرر اي إزالة الضرر الذي لحـق بالمضرور واعادته الى ذات الحالة التـي كان عليها وكأن الضرر لم يحدث [١] .

ويرى آخرون ان التعويض العيني يكون على سبيل الاستثناء في المسؤولية التقصيرية [٢]،وكذلك ويقصـد بـه ازالة الضرر ومحو اثاره عيناً من خلال اعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، وبشـكل يتحقق للمضرور ترضيه من جنس ما اصابه من الضرر وبطريقة مباشرة دون اللجوء الى الحكم له بمبلغ من المال، اي الوفاء بالالتزام الذي يقع على محدث الضرر عيناً [٣].

ويـرى آخـرون ان الاصل في التعويض ان يكون عينيـاً والتعويض العيني هو اعادة المتضرر الى الحالة التي كان عليهما قبل وقوعالضرر وهي وسيلة علاجية احتياطية وهو من افضل الطرق لأنه يـؤدي الى اصـلاح الـضرر اصلاحاً تاماً واعادة الحال الى ما كان[٤]، عليـه قبل إبطال القيد والقاضي ملزم بالحكم بالتعويض العيني اذا كان ذلك ممكنا ولا يوجد مانع من اعتماد التعويض العيني لجبر الضرر آيا كان نوعه سيما وان غالبية التشريعات تنص عليه صراحة، فقد نصت المادة (٢٠٩\٢) من القانون المدني العراقي على انه ((٢- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تامر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه او ان تحكم بأداء امر معين او برد المثل في المثليات، وذلك على سبيل التعويض)).

وان كانـت القاعـدة العامـة هـي التعويض العينـي، الا ان هناك حـالات اسـتثنائية يكون فيها التعويـض العينـي غير ممكن وفي جميع انواع الالتزام او صورة اي سـواء أكان محل نقل ملكية او اي حـق عينـي اخـر ،ام كان عملا او امتنـاع عن عمل فقد يكون التعويـض العيني غير ممكن كونه يدخل من ضمن اختصاص الجهات الادارية ذات العلاقة بالنسبة لموضوع الحقوق العينية العقارية كحـق الملكية وهو امر خارج عن ولاية القضاء؛ لان اسـتبدال العقـارات او تخصيصها يدخل ضمن اختصـاص الجهـات ذات العلاقـة (امانة بغداد والبلديـات) التي يقع العقار ضمـن منطقة اعمالها الادارية.

وذهبـت محكمـة التمييـز الاتحادية في قـرار جاء فيـه ((...لان المميز المدعـي وبعريضة الدعوة يطلـب اتمـام اجراءات تخصيـص قطعـة ارض مماثلة للقطعة المخصصة سـابقا مـن حيث الموقع

١-د. غنـي حسـون طـه ، الوجيـز في النظريـة العامـة للالتـزام ، الكتـاب الاول ، مصـادر الالتزام ، مطبعـة المعارف، بغـداد،١٩٧١ ،ص ٤١١ .

٢-د. محمـود سـعد الديـن شريـف ، شرح القانون المدنـي العراقي ، نظرية الالتـزام ، مطبعة العاني، بغـداد ، ١٩٥٥، ص٤٣ .

٣- د. حسن علي الذنون،المبسوط في شرح القانون المدني ،المصدر السابق ،ص ٣٦٣ .

٤- د. أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، مصر ، الاسكندرية ، ١٩٧٠ ، ص ٣٧٩ .

والمساحة وهذا غير جائز قانونيا، لان ذلك يتطلب حصول موافقات من قبل الجهات ذات العلاقة وفقا للإجراءات القانونية التي تسمح بذلك بموجب الضوابط الاصولية، ولا يمكن اجبار المميز عليه (مدير البلدية) اضافة لوظيفته على ذلك وبذلك تكون الدعوى موجبة للرد، وهذا ما قضت به المحكمة بحكمها المميز تصديقه ورد الطعن التمييزي ...))[1].

نخلص مما تقدم ان التعويض هو جبر الضرر، لذا ومما تجدر الاشارة اليه ان التعويض اذا توافرت شروطه افضل الطرق ؛ لأنه يؤدي الى اصلاح الضرر إصلاحا تاما بإعادة الحال الى ما كان عليه وعلى القاضي الحكم بالتعويض العيني اذا كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن او تقدم به المدين اما اذا تعذر ذلك يتجه الى التعويض النقدي ونرى ان يكون التعويض العيني اذا كان ذلك ممكناً وفي حالة التعذر نتجه للتعويض النقدي ونرى معالجة النقص التشريعي من خلال وايراد نص صريح في قانون التسجيل العقاري يعالج اليه احتساب التعويض في حاله إبطال قيد التسجيل العقاري ومقداره وتاريخ احتساب التعويض في وقت إبطال القيد من تاريخ انتقال القيد العقاري ويكون التعويض على غرار ما جاء بقانون قانون هيئة نزاعات الملكية رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠ ويكون النص وفق الصيغة الأتية (ويكون تقدير التعويض في حالة ابطال قيد العقار بتاريخ الكشف الاخير الذي تجرية المحكمة على العقار مع ملاحظة موقعه وشكله ومساحته ومشتملاته او مغروساته وأقيام العقارات المجاورة والقريبة والماثلة للعقار عند التقدير).

الفرع الثاني

أثر إبطال قيد العقار على مبدأ استقرار المعاملات

إن الغرض من مبدأ استقرار المعاملات هو المحافظة على المراكز القانونية، وهي نظرية مرتبطة بمبدأ حسن النية ، إذ ان القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١النافذ قد نص في المادة الاولى منه على ان ((١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة....)) ، ومن خلال ما تقدم من النص ان قواعد العدالة هي الاساس الذي اعتمدته محكمة التمييز الاتحادية في اقرار مبدأ استقرار المعاملات لبعض حالات إبطال قيد التسجيل العقاري والتي سارت عليه القضاء العراقي لذا لابد من توضيح ذلك

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٥٠٩\ الهيأة الاستئنافية \العقار\ ٢٠٠٨ في ١٦\١٠\٢٠٠٨ ، غير منشور .

فإن هذا المبدأ أو نظرية اســتقرار المعاملات تســتوجب منا معرفة ما معنى النظرية القانونية ابتداءً، حيــث قــد عرفها البعض بأنها مجموعة من النصوص القانونية التي تمثل قواعد قانونية التي تعنى بتنظيــم وجــه من اوجه معاملات الاشــخاص اليومية، وتؤلف النظريات نظامــاً موضوعياً في الفقه والتشريع [١] .

وقــد عرفــت ايضــاً بأنهــا " المفهوم الكلي الــذي يؤلف نظامــاً متكاملاً متحكمــاً في كل ما يتصل بموضوعــه كنظرية العقد والملــك والحق " [٢] .

ومن خلال التعريفين اعلاه للنظرية القانونية يمكننا القول بإمكانية تأسيس استقرار المعاملات الماليــة على اســاس كونها نظريــة قانونية، إذ ان النظريــة القانونية تعمل عــلى توضيح العلاقة بين الســبب والاثر وتفســير المتغيرات، وانهــا تتعلق في تنظيمها بجزئية محددة مــن القانون الذي ينظم اوجه النشاط كلها وينظم سير الحياة في المجتمع، ويصدق ما ذكر في القاعدة القانونية على النظرية القانونية .

أمــا اســتقرار المعامــلات الماليــة فأنه لا يعنــى بتوضيح ذلك، وانمــا يعنى بثبات الاثــار للوقائع الانســانية عبر تحديد الالتزامات لأطراف المعاملات المالية في القانون بمجمله، لا بجزئية محددة من القانــون والتــي تتمثل بالنظريــة القانونية ومهما كانت هذه الجزئيــة، إذ تبقى جزءً من كل، والذي يهمنــا هو اســتقرار الكل لا الجزء؛ وذلك ليحقق الطمأنينــة للمجتمع والثبات في الاثار.

خلاصة القول إنه لا يمكن تأســيس الاســتقرار على كونه نظرية قانونية، وإنما هو اكثر من ان يكون نظرية واكبر منها [٣] .

وقــد يختلــط مــع مبدأ اســتقرار المعاملات مبدأ اخر ألا وهــو الوضع الظاهر والــذي يحتاج منا لــشيء مــن التوضيح، حيث تعــد نظرية الوضع الظاهر مــن النظريات التي تعمل عــلى التوفيق بين الفلسفة النظرية والواقع العملي، وتقتضي هذه الفلسفة بالمبادئ القانونية على نحو قد يتعارض مع مقتضيات تطور الحياة، اذ لا يمكن للقانون أن يكون بمعزل عن الواقع، وإلا بقى القانون في جانب والحياة الاجتماعية في جانب آخر [٤] ، ويعد اصطلاح الظاهر من المصطلحات الغامضة التي تتضمن

١-الاستاذ مصطفى الزرقا، كتاب المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، المصدر السابق ، ص٩٦٦ .

٢- د. رمضــان عــلي الشرنبــاصي، النظريــات العامــة في الفقــه الاســلامي، نظرية العقد، الملــك، الحق، منشــأة المعارف، الاســكندرية، مــصر، ٢٠٠٠ ، ص ٥.

٣- علي حميد كاظم الشكريكتاب استقرار المعاملات المالية ا لجزء والصفحة : ص٥٥-٦١ شبكة الانترنت .

٤- سلامة عبد الفتاح حليبة، احكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية ، دار الجامعة الجديد للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٩٩ .

معاني متعددة ومتناقضة [١] .

فيعرف الظاهر بأنه حالة واقعية غير صحيحة وعدم صحتها مختفٍ تحت شكل مركز قانوني صحيح في الظاهر، وللظاهر معنيين مادي ومعنوي فالظاهر المادي غير متصور إلا لظاهرة مادية، أما الظاهر المعنوي فمجاله الحقوق أو المراكز القانونية، وبما انها معنوية فوصفها بالظاهر لا يقصد به المرئي وإنما يقصد به غير الموجود أو الوهمي الذي يعتقد في وجوده[٢].

ومن خلال ما تقدم يتضح جلياً ان الوضع الظاهر يتشابه الى حدٍ ما مع مبدأ استقرار المعاملات، حيث ان اوجه التشابه فيما بينهما في ان مبدأ استقرار المعاملات المالية مع نظرية الوضع الظاهر، في سلطة القاضي التقديرية الواسعة في اعتبار نفاذ التصرفات القانونية على الرغم من عدم استنادها لحكم القانون، فيحكم استناداً للواقع لا للقانون اذا توافرت للحالة الواقعية اركانها ومستلزماتها وقد يختلفان من حيث المفهوم، اذ يقصد بنظرية الوضع الظاهر هو اضفاء الحجية القانونية للتصرف القانوني الصادر من غير المالك لمركز لا يقرره القانون ولا يحميه، أما استقرار المعاملات المالية فيقصد به ثبات آثار الوقائع الانسانية في الاموال، بنفادها او انحلالها [٣] .

ويمكن القول ان مبدأ استقرار المعاملات يقتضي أن هناك وسائل يمكن الاعتماد عليها، وهي وسيلة فنية لاعتماد المراكز الفعلية والاعتداد بها والتعويل عليها وهي نظرية الوضع الظاهر، وبموجبها يتم الاعتداد بالتصرف الذي يبرم بين صاحب الظاهر والغير حسن النية الذي أقدم على التعامل مع هذا الشخص وهو يعتقد اعتقاداً مبرراً يسانده الواقع أنه يتعامل مع ذي صفة ومع صاحب الحق أو المركز القانوني الذي تم التعامل بشأنه ، فأصبح تصرف صاحب الظاهر صحيحاً ونافذاً في مواجهة صاحب الحق أو المركز القانوني الحقيقي لمصلحة الغير حسن النية [٤] .

وان الاساس القانوني للأخذ بالمبدأ اعلاه أي مبدأ استقرار المعاملات يرجع اصله الى القانون المدني العراقي النافذ في المادة (١) الفقرة (٢) منه والتي نصت على ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى

١- د. محسن عبد الحميد البيه ، نظرية الوارث الظاهر ، دار الجلاء الجديدة ، المنصورة ، مصر ، ١٩٩٣ ، ص ٧ .
٢-د. نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، مطبوعات المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة – مصر ، ١٩٧٧ ، هامش ص ٣ .
٣- علي حميد كاظم الشكريالمصدر السابق: ص٥٥-٦١ شبكة الانترنت.
٤- د. محمد سعيد عبد الرحمن ، نظرية الوضع الظاهر في قانون المرافعات دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١، ص١٤ .

قواعـد العدالة)) [١] .

ومن خلال النص الوارد ان من مصادر القانون هي قواعد العدالة أي انه اذا تعذر على المحكمة العثـور عـلى مـا يسـاعدها في الفصل في النـزاع المعروض امامهـا لا في النصـوص التشريعية ولا في العـرف ولا في مبـادئ الشريعة الاسـلامية فأنها تتجـه للعمل بمقتضى قواعـد العدالة وتعني قواعد العدالة عبارة عن اراء القضاة في المسـائل التي يسـتعصي معالجتها من التشريع والعرف والشريعة الاسلامية [٢].

وقـد اكـدت محكمة التمييـز الاتحادية في اكثر من قرار لها بخصوص مبدأ اسـتقرار المعاملات، ولكونهـا هـي الهيئة القضائية العليـا التي تمارس الرقابة القضائية على جميـع المحاكم، ولما تملكه محكمـة التمييـز الاتحادية مـن صلاحية فأنها تعد المراقب في تطبيق مثل هـذه المبادئ لما تملكه من نطاق واسـع في الرقابة والالزام.

ونلاحـظ مـن خلال التطبيقات القضائية لمبدأ اسـتقرار المعاملات في كثـير من القرارات لمحكمة التمييـز الاتحاديـة اتجهت إلى تطبيق هذا المبدأ، ومن هذه القـرارات قرارها الذي جاء فيه ((... لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحاديـة وجـد أن الطعنالتمييزي واقـع ضمـن المدة القانونية قرر قبوله شـكلا وبعد عطف النظر على الحكـم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وجاء اتباعاً لقرار النقض الصادر بالعدد ٥٣٨/هـ.اس.ع./٢٠١٦ في ٢٥/١/٢٠١٦ حيـث أن الثابـت حجة التخارج الخاصـة بالمميز / المدعي الأول قد أبطلت بقـرار محكمة الأحوال الشـخصية في الاعظميـة بالعـدد٢٢٣٤/ش/٢٠١٣ في ٣٠\٦\٢٠١٣ وانـه بموجـب الحكم المرقم ٧٦٥/ش/٢٠١٥ في ١٤/٤/٢٠١٥ تـم ابطال حجةالتخارج بالنسـبة لسـهام المميزة المدعية الثانية وحيـث سـبق للمدعـي الأول وان أقـام الدعـوى المرقمـة ١٩١٨ \ب\٢٠١٣بنفـس الموضوع وأن الدعوى ابطلت للصلح الواقع بين الطرفين بتاريخ ٢١/٩/٢٠١٤ وحيث ان الصلح يرفع الـ ويقطع الخصومة بالتراضي ولا يجوز لأحد المتصالحين الرجوع فيه (م ٦٩٨ و ٧١٢ مدني) لذا لا يجوز له اثارتـهُ مجـدداً وان دعواه تكون واجبة الرد وحيث ان سـهام المدعيين بيعت للأغيار واجريت عليها عـدة تصرفات التي تم ازالة شـيوع العقار بموجب الدعـوى المرقمة ٣٣٢/ب/٢٠١٣ واحيل بعهدة المشتري الشريك المدعى عليه الرابع – م. موسجل باسمه بموجب القيد ٤٨٠/تشرين الثاني/٢٠١٣ وكان ذلك قبل اقامة المميزة بتول محمد بو الدعوى المرقمة ٧٦٥/ش/٢٠١٥ بإبطال حجة التخارج بالقـدر المتعلق بسـهامها في العقـار المذكور وصـدور ال ابطال تلك الحجة بتاريـخ ١٤/٤/٢٠١٥

١- المادة (١) الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي , رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.

٢- المحامي فوزي المياحي ، المصدر السابق ، الباب التمهيدي ، بغداد،٢٠١٦ ، ص ٣١ .

وحيث ان المالك الاخير لم يكن ٢٠١٥/٤/١٤ وحيث ان المالك الاخير لم يكن طرفاً في الدعوى المذكورة وان الحكم لم يطعن فيه باي طريق من طرق الطعن القانونية ولضمان استقرار المعاملات وحيث ان العقار تم بيعه عن طريق لشيوع لذا فان دعوى المدعية الثانية تجاه المدعى عليها الاولى (أ.ز.ح) بخصوص سهامها التي تم موجب حجة التخارج تكون باطلة وبالتالي واجبة الرد، عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميزين رسم التمييز، وصدر القرار بالأكثرية في ٢٣/محرم/١٤٣٨ الموافق ٢٤\١٠\٢٠١٦)) [١] .

وفي قرار صادر عن الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه ((. . . وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان المدعية \ المميز عليها طلبت الحكم بأبطال معاملة بيع العقارالمرقم الخر بالنسبة لحصة زوجها مورثها واعادة تسجيلها حسب القسام الشرعيالمرقم٣٠ \ قسام /شرعي \٢٠١١ الصادر عن محكمة المواد الشخصية في الكرخ بتاريخ ٢٦\٥\٢٠١١ وإلزام المدعى عليه الخامس بتصحيح سجلاته وحيث تبين للمحكمة بعد اجرائها التحقيقات بالدعوى ان معاملة الانتقال الخاصة بالعقار موضوع الدعوى سجلت بالقيد ٥ ت ٢\٢٠١١ مجلد ٢٠٢٣بالاستناد الى القسام الشرعي عن محكمة المواد الشخصية في البياع بالعدد ٤٦\قسام شرعي \٢٠١١ في ٥\٢\٢٠١١ قبل ابطاله بقرار محكمة بداءة البياع بالعدد ٤٦\قسام شرعي \٢٠١١ في ٥\٢\٢٠١١ وحيث ان القسام الشرعي ٤٦\قسام شرعي \٢٠١١ صدر من المحكمة المشار اليها وان دائرة التسجيل العقاري المختصة اعتمدته بمعاملة الانتقال المذكور اعلاه و اعقبتها معاملة بيع بأسماء المشترين المدعى عليهم وذلك بالقيد المرقم ٦ت٢\٢٠١١ مجلد ٢٠٢٣ وحيث ان الثابت بأن المشترين \ المدعى عليهم قاموا بشراء العقار المذكور بحسن نيه وان اخفاء احد الورثة بعدم ذكر اسمه في القسام يتحمله الورثة انفسهم وبإمكان المدعية الرجوع عليهم بالتعويض اما القول بغير ذلك يخل بمبدأ استقرار المعاملات لذا لا يجوز ابطال قيد العقار لاستناد التسجيلالى قسام شرعي صادر من جهة رسمية في حينه وتكون الدعوى والحالة هذه خالية من السند القانوني وبالتالي واجبة الرد وحيث ان المحكمة ذهبت خلافا لوجهة النظر القانونية المتقدمة مما تكون واجبة الرد وعليه قرر نقض الحكم المميز و اعادة الدعوى الى محكمتها لأتباع ما تقدم . . .)) [٢].

وكذلك في قرار اخر ايضا جاء فيه ((... ذلك ان دعوى المدعية انصبت على طلب أبطال التسجيل الحاصل للعقار والذي بني على القسام الشرعي الخاص بالمتوفى ع ص والذي اغفل ذكر مورثة

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٨٣\الهيئة الموسعة المدنية \٢٠١٦ في ٢٤\١٠\٢٠١٦ غير منشور.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٦١\الهيئة العامة\٢٠١٦في ٢٧\١٢\٢٠١٦ ، المحاميان سفيان عبد المجيد ورعد طارش كعيد تطبيقات قضائية القرارات التمييزية العدد ٢٧ \٢٠٢١ ص ٣.

المدعية وبالتالي عدم ذكر المدعية من ضمن الورثة وقد قامت دعوى لتصحيح القسام المذكور بالعدد ٢٨ /ش /٢٠١٧ وتم تصحيح القسام وحسب الهامش المؤشر على القسام وبذلكفهي تطلب ابطال معاملة بيع العقار على القسام المذكور واعادة تسجيله حسب القسام الشرعيبعد التصحيح وحيث ثبت من خلال كتاب مديرية التسجيل العقاري في الكرخ الأولى بالعدد ٢٥٨٥ في ١٣\٢\٢٠١٨ بان العقار موضوع الدعوى مسجل باسم كل من (ز و ع و خو أ و س و خ و ت و أ) أولاد وبنات ع صثم جرت معاملة بيع من خ و ت و أ بنات ع صالى المشترين (هـ و ع و أ) (المميز عليه ٧ و ٨ و ٩) ولازال العقار مسجلاً بأسمائهم بالقيد ٣ شباط ٢٠١٤ جلد ٢٠٩٤ وحيث ان الثابت بأن المشترين المذكورين قاموا بشراء العقار المذكور بحسن نيه وان إخفاء أحد الورثة بعدم ذكر اسمه في القسام يتحمله الورثة انفسهم وبإمكان المدعية الرجوع عليهم بالتعويض اما القول بغير ذلك يخل بمبدأ استقرار المعاملات لذا لا يجوز ابطال قيد العقار الاستناد التسجيل الي قسام شرعي صادر عن جهة رسمية في حينه وتكون الدعوى والحالة هده خاليه من سندها القانون وواجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم المميز وما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية بقرارها بالعدد ٦١ الهيئة العامة /٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٢/٢٧ لذا قرر تصديق الحكم المميز ورا الطعن التمييزي وتحميل المميزة رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١١\٧\٢٠١٨)) [١] .

كما وجاء في قرار اخر لها ((...لأن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها بأن القطعة المرقمة ٣\٢٧٧٠٦ م٦١ جزيرة قد تم تسجيلها باسم المدعى عليها الثانية بموجب معاملة تمليك من قبل دائرة المدعي بالقيد العقاري ٧٨/ تموز/١٩٩٤ جلد ٦٧٣ وبعد اكتساب هذا القيد شكله النهائي تصرفت المالكة بالقطعة بالبيع إلى الغير ثم توالت على القطعة التصرفات القانونية بالبيع لأكثر من شخص إلى إن سجلت أخيرا معاملة بيع من البالغ (م.ع.ق) المدعى عليه السادس الى المشتري (ر.ع.ج) المدعى عليه السابع والذي سجلت باسمه بالقيد العقاري الثابت الحكم ٧٨/أيار/٢٠١٨ مجلد ٢٦٠، وبهذا فان مطالبة المدعى إضافة لوظيفته بأبطال هذه القيود العقارية ليس لها سند قانوني، لان القطعة موضوعة الدعوى قد جرت عليها عدة تصرفات قانونية وأن الاحتجاج بشمول المدعى عليها بأحكام القرار ١٢٠ لسنة ١٩٨٢بحجة استفادة زوجها بقطعة سابقة يتقاطع مع مبدأ استقرار المعاملات وهذا الأمر لا يريد على الغير حسني النية كما أن من سعى في نقص ما تم من جانبه فسعيه مردود عليه وتكون دعوى المدعي واجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم البدائي والذي تم تأييده استئنافاً بموجب الحكم المميز الذي جاء متفقا وإحكام القانون. وتأسيسا على ما تقدم

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٧٦٣\الهيئة الاستئنافية عقار \٢٠١٨ في ١١\٧\٢٠١٨ غير منشور

قـررت المحكمة تصديـق الحكم المميز ورد عريضة الطعن التمييزي مع تحميل المميز رسـم التمييز وصـدر القرار بالاتفاق في ٢٢\٨\٢٠٢١)) [١] .

وكذلـك في قـرار اخر والذي جاء فيـه ((... لدى التدقيق والمداولة لوحظ بـأن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شـكلا ولدي عطف النقر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافـق للقانـون كونه جـاء اتباعا لقرار النقـض الصادر من هذه المحكمة بالعـدد / ٢١٨٠ الهيئة الاسـتئنافية عقـار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٥/٦ الـذي اسـتكملت المحكمـة اجـراءات حسـم الدعـوى وتحقيقاتهـا وليت لها بأن القطعة موضوعة الدعـوى المرقمة ٥٣٠٤/١٦٢ ٢٨٠ العزيزية والحول وبعد أن تم سحبها من المدعي وإعادة تسجيلها باسم دائرة المدعى عليه مديرية بلدية الرمادي قامت هـذه الأخيرة بتمليكها إلى الشـخص الثالث إلى جانب المدعى عليـه خلال (ع. أ. م) والذي بدوره قام ببيعها وجرت عليها عدة تصرفات الى أن سـجلت باسـم مالكها الأخير (ع.ف.ع)والذي قام بأحداث بناء عليها ولان الاشـخاص الثالثة إلى جانب المدعى عليهم وقد تم تسـجيل القطعة بأسـمائهم وفقاً للإجـراءات الأصوليـة باعتبارهم مالكين وحماية الاسـتقرار المعاملات وحسـن النية فتكون دعوى المدعـي واجبـة الرد وهذا ما قضي به الحكم البدائي والذي تم تأييده اسـتئنافاً بموجب الحكم المميز الـذي جـاء متفقاً واحكام القانون للأسـباب اعلاه وليس للأسـباب الواردة فيه ويكـون بما آل اليه موافقا للقانون وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة الصديق الحكم المميز من حيث النتيجة وصدر القـرار بالاتفـاق وفق المادة (٢١٣) مرافعـات مدنية في ٢٩\٨\٢٠٢١ م)) [٢] .

وكذلـك في قـرار اخر والذي جاء فيه ((...اذ طلب المدعي المسـتأنف عليه المميز اضافة لوظيفته ابطال في العقار المرقم ٤٠٢٥٥/٣ حي الوفاء كون المسـتفيد الأول من التخصيص غير مرشـح عن طريق الاسكان العسكري مما يجعل التخصيص غير صحيح ولنتيجة المرافعة فقد ثبت للمحكمة أن العقار موضوع الدعوى كان قد خص اولا في المسـتفيد (م. ع. ن) المدعى عليه الثاني كونه مرشـح من قبل الاسـكان العسـكري وقام بسعة إلى المدعى عليها الثالثة (ن. ش) والتي قامت بعد ذلك بنقل ملكية العقار وتسـجيله باسـم الشـخص الثالث الى جانب المدعي عليهم (ع. ع) المستأنف المميز عليه وسـجل العقـار باسـمه بالقيـد ٢٧/نيسـان /٢٠١٩ رقم الجلـد ٣٧٤ وان القيد المذكـور هو القيد الأخير ولازال ثابت الحكم وحيث قضاء محكمة التمييز الاتحادية استقر على أن مخالفة التخصيص لا تنـصرف اثاره إلى المشـتري حسـن النية والذي سـجل العقار باسـمه بناء على إجـراءات أصولية والنسـب التسـجيل شـكله النهائي لان ذلك يخل بمبدأ اسـتقرار المعاملات العقارية وحسن النية في

١-قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٠٧٣\الهيئة الاستئنافية عقار \٢٠٢١ في ٢٢\٨\٢٠٢١ غير منشور .
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣١٥١\الهيئة الاستئنافية عقار \٢٠٢١ في ٢٩\٨\٢٠٢١ غير منشور.

التعامـل وللمدعـي المميز اضافـة لوظيفته الرجوع على المخالف لـشروط التخصيص بالتعويض أن كان له مقتضي وهذا ما ذهب إليه قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٦٣/٢٦٢/الهيئة الموسعة المدنيـة/٢٠١٩ في ٢٣/١٠/٢٠١٩ ممـا يجعل دعوى المدعي المميز عليه إضافة لوظيفته واجبة الرد وحيـث أن الحكـم المميز قـضى بردها لذا قرر تصديقـه ورد الطعن التمييزي تحميـل المميز إضافة لوظيفتـه رسـم التمييز وصدر القـرار بالاتفاق عملا بأحكام المـادة (٢/ ٢١٠) من قانون المرافعات المدنيـة في ٣٠\٨\٢٠٢١ م) ([1]).

وكذلـك في قـرار اخـر لمحكمة التمييز الاتحاديـة والذي جاء فيه ((... ذلـك أن محكمة الموضوع اجـرت التحقيقـات اللازمة في موضوع الدعـوى وثبت لها من الوقائع والأدلـة أن المدعيين المميزين طلبـوا أبطـال قيود التسـجيل الواردة على العقـار المرقم (٣٨٦٤/١٩م١٨) علـوة الفحل الذي كان مسجلا ملكا صرفا باسم مورثة الطرفين المتنازعين المتوفاة (ف.ع) والذي انتقل بعد وفاتها الى قسم من ورثتها بموجب القسام الشرعي الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الكوفة بعدد ٣١٢/ ق. ش/١٩٩٦ والذي لم يكن المدعيين/ المميزين من ضمن الورثة الداخلين فيه وقد جرت عدة عمليات تصرفيـه على العقار آخرها تسـجيله باسـم المالـك (ح. ك. م) وبعد تصحيح القسـام الشرعي بحكم قضائي وادخل المدعين/ المميزين ضمن الورثة الا أن ذلك لا يعد سبباً لإبطال قيد التسجيل العقاري من اسم المشتري الأخير حسن النية وان القول بخلاف ذلك يؤدي الى عدم استقرار المعاملات والحاق الضرر بالغير حسـن النية وبإمكان المدعين الرجوع على بقية الورثة للمطالبة باسـتحقاقاتهم المالية بدعوى مستقله وهذا ما استقر عليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٦١ / الهيئة العامة / ٢٠١٦ في ٢٧/١٢/٢٠١٦ وبذلك يكون سـند التسـجيل العقاري المسـجل عن اجراءات بيع أصولية حجة على الناس كافة ولا يطعن فيه الا بالتزوير عملا بأحكام المادة (١/ ١٠) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسـم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٢/٥/٢٠١٩م)) [2].

وقد يكون هناك حالات لا يمكن تطبيق مبدأ اسـتقرار المعاملات وهذا ماذا جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية والذي جاء فيه ((... ذلك أن القسام النظامي المرقم ٢٤\٢٠١٠ في ١٧\٥\٢٠١٠ والخاص بالمتوفي (ح. ع. م)جرى تصحيحه بالحكم البدائي المرقم ٥١٦\ب \٢٠١٩ في ٣\٧\٢٠١٩

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٤٠٠\الهيئة الاستئنافية عقار \٢٠٢١ في ٣٠\٨\٢٠٢١ غير منشور

٢- قـرار محكمـة التمييـز الاتحاديةبالعـدد ٢٩٦٣/الهيئـة المدنيـة /٢٠١٩ في ١٢/٥/٢٠١٩ ، القاضي قاسـم فحري الربيعـي ،مبـادئ محكمة التمييز الاتحادية القسـم المدني ،الجزء الثالـث ،دار الكتاب للطباعـة والنشروالتوزيع ،بغداد ،٢٠٢١ ، ص٢١٩.

وتصحيح المسالة الانتقالية لأصحاب حق الانتقال فيه ومن بينهم طرفي الدعوى الثابت من كتاب ملاحظيه التسجيل العقاري في الرميثة بالعدد ٣١٩ في ٩\٦\٢٠١٩ من ان هناك معامله انتقال جرت بموجب القسام النظامي المشار اليه انفا للعقار المرقم ٢٠٩ م ٨٩عجوير سجلت بالقيد المرقم ٣٨ وتاريخ ايار /٢٠١٦ مجلد ١٧١ ثم جرت معامله هبه غير مشروطه إلى الموهوب لهما المدعى عليهم ومنهم (المميزة) سجلت بالقيد المرقم ٣٩ وتاريخ ايار /٢٠١٦ وحيث ان معامله الانتقال والهبة وهي محصورة بين اصحاب حق الانتقال في القسام النظامي الذي جرى تصحيحه ولم تكن هناك معاملات للأغيار من الغير حسني النية الذين تلقوا الحقوق التصرفية بأي تصرف ناقل للملكية لذا فأنه لا يسري على موضوع الدعوى مبدأ استقرار المعاملات طبقا لما اتجهت اليه هذه المحكمة بقرارها ٦١ \هيئة علمة\٢٠١٦ في ٢٧\١٢\٢٠١٦ ويكون لدعوى المدعي سندها القانوني وهذا ما انتهى اليه الحكم المميز قرر تصديقه ورد العرضية التمييزية مع تحميل المميزة رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٣\١٢\٢٠١٩ م)) [١].

وقد ورد في احدث قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قد اكدت على مبدأ استقرار المعاملات والذي جاء فيه((... ذلك أن المدعي (مدير بلدية السيد العظيم إضافة لوظيفته المميز عليه) تطلب الزام المدعى عليهم (المميزون) بأبطال قيد العقار المرقم ٢٣/١٨٩٣ م٣١ام الكراسي وإعادة تسجيله باسمة وأن محكمة الموضوع اجابت دعوى المدعي خلافا لأحكام القانون ذلك أن العقار موضوع الدعوى وحسبما هو ثابت بكتاب ملاحظيه التسجيل العقاري في الخالص بالعدد ٦٧٨ في ٢١/٨/٢٠١٩ جرى تمليكه للمدعى عليه الأول بموجب القرار ١١٧ لسنة ٢٠٠٠ بموجب كتاب التخصيص الصادر عن المدعي بالعدد ٧٢٩ في ٦/ ٩/٢٠٠٥ وسجلت معاملة التمليك بالقيد المرقم ٩٥/ ايلول/ ٢٠٠٥ مجلد ٤٨٣ ثم جرت عليه معاملة بيع إلى المدعى عليه الثاني وسجلت المعاملة بالقيد المرقم ١٥٠ وتاريخ تموز ٢٠١٠ مجلد ٥٣٠ وحيث تبين بان التخصيص جرى خلافا للضوابط والتعليمات الخاصة بالتوزيع بموجب محضر اللجنة التحقيقية في دائرة المفتش العام وحيث أن تلك المخالفة لا تنصرف اثارها إلى المشتري الأخير حسن النية لان ذلك يخل بمبدأ استقرار المعاملات وحسن النية في التعامل وفي هذه الحالة يكون من حق المدعي اضافة لوظيفته المميز بدلا من المطالبة بأبطال قيد العقار الرجوع على المستفيد الأول بحق المطالبة بالتعويض طبقا لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها المرقم ٣/٢٦٢- الهيئة الموسعة المدنية ٢٠١٩ في ٢٣/١٠/٢٠١٩ وحيث أن الحكم المميز ذهب إلى خلاف ذلك مما أخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٧٧٩٢\ الهيئة المدنية \٢٠١٩ في ٢٣\١٢\٢٠١٩ غير منشور .

تقدم على أن يبقى الرسم التمييزي تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠٢٢/١/٢٣ م.))[١] .

ونخلص مما تقدم من قرارات محكمة التمييز الاتحادية وما سبق ذكره يتضح ان هناك اتجاهين احدهما يتضمن الحكم بإبطال قيد العقار مهما تعددت التصرفات عليه ومهما طالت المدة ومنها حالات التزوير والسند في ذلك ان التصرف كان مخالفاً للقانون وان التصرف باطل وما بني على باطل فهو باطل ويؤدي هذا الاتجاه الى ابطال قيد العقار ولا يتجه الى التعويض وان اساسه القانوني ان المالك لا يجوز ان يحرم من ملكه الا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً.وكذلك في بعض الحالات من اسباب الابطال ومنها الخطأ في التخصيص ونرى ان نظرية استقرار المعاملات هي نظرية نسبة وغير محدده بروط او ضوابط معينه لكن ما جرى عليه العمل ومما تقدم من استعراض لبعض قرارات محكمة التمييز الاتحادية الموقرة وهي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميعالمحاكم مالم ينص القانون على خلاف ذلك ونلاحظ انها قد اكدت في العديد من القرارات في التطبيقات القضائية على مبدأ استقرار المعاملات عندما يكون هناك مبدأ حسن النية وتستخلصه المحكمة من خلال الوقائع الخاصة بكل دعوى لذا يكون مبدأ استقرار المعاملات هو مبدأ سبي ولا يمكن تعميمه على جميع حالات ابطال قيد التسجيل العقاري.

ونرى ان مبدأ استقرار المعاملات هو مبدأ يمكن تطبيقه في حالات ضيقة ولا يمكن التوسع فيه ويمكن التطبيق في حالة توفر مبدأ حسن النية ويمكن تطبيقه في بعض حالات الخطأ حيث يكون حسن النية عند انتقال العقار اليه بصورة مشروعةوقد يسبب ابطال القيد الى خسارة كبيرة ومن جانب اخر من وقع التزوير على عقاره يجب الاخذ بنظر الاعتبار انه صاحب الحق العيني للعقار ويستطيع ان يطلب بأبطال قيد العقار مهما انتقل العقار لأكثر من شخص لكون الانتقال قد تم بصورة غير صحيحه وما بني على باطل فهو باطل لذا نرى بعد ما تم استعراضه في ما تقدم من البحث من قرارات من محكمة التمييز الاتحادية الموقرة وما تبنته من توجهات فأنها اختطت طريقا لأبطال قيد التسجيل العقاري في حالات وفي حالات اخرى اصطدم ابطال القيد مع مبدأ استقرار المعاملات، وكذلك حماية الأشخاص حسني النية من خلال نصوص قانونية توضح وتحدد حالات خاصه عند ابطال قيد التسجيل العقاري وفق ما استقرت عليه محكمة التمييز الاتحادية وذلك من خلال تدخل تشريعي يتبنى الاتجاه التي سار عليها القضاء العراقي وما استقرت عليه محكمة التمييز الاتحادية.

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٥٤٠/ الهيئة المدنية / ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١/٢٣ ، غير منشور .

الخاتمــة

بعـد الانتهاء مـن كتابه هذا البحث المتواضع حاولنا بقدر الامكان أن نسـلط الضوء على مفهوم قيـد التسـجيل العقـاري وما يتميز بـه من خصائص وكذلـك الآلية المتبعة لإبطال القيـود العقارية وماهي الاثار القانونية المترتبة على الإبطال وأثر تلك على مبدأ اسـتقرار المعاملات وكلها تم تعزيزه بعدد من قرارات لمحكمة التمييز الاتحادية لما لها من أهمية في التطبيق العملي وفي التفسير القضائي لأحـكام القانون فأننا توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات التي سـيتم أيجازها وفق الآتي:

أولاً : النتائج:-

١. إن المفهوم الخاص بقيد التسجيل العقاري هو من السندات الرسمية وهو حجة على الناس كافة ولا يجوز الطعن فيه الا عن طريق التزوير لأن هذا الإدعاء يتناقض مع حجية سندات التسـجيل العقـاري ويجـب أن يصدر مـن دائرة مختصة وهـي دائرة التسـجيل العقاري المختصـة وفـق إجراءات رسـمها القانون والتـي لا يجوز تجاهلها كونها اجراءات شـكلية تطلبها القانون.

٢. إن النظام الخاص للتسـجيل العقاري هو نظام التسـجيل العيني الذي اعتمد في أساسه على العقـار التـي حددها المـشرع العراقي والتي تهدف المحافظة على اسـتقرار الملكية العقارية كونه مبني على أرضية راسـخه لكون خطواته مرسومه وفقاً للقانون.

٣. إن قيـد التسـجيل العقـاري لـه خصائص امتـاز بها وهي انـه حجة على النـاس كافة ولا يطعـن بـه إلاّ بالتزويـر وكذلك امتـاز بطابع العلانيـة ولا يعتد بالتقـادم في مواجهته ولا يدفع بالصورية اتجاه ما مثبت فيه وامتاز بالشكلية الخاصة به كون الشكلية هي للانعقاد وليس للأثبات.

٤. إن المـشرع العراقـي لم يذكر الأسـباب الخاصة بإبطال قيد التسـجيل العقاري على سـبيل الحصر بـل أورد نصوصاً عامة في قانون التسـجيل العقـاري بخصوص الإبطال الإداري تتمثل بمخالفة التسجيل الأحكام القانون تمتاز بالعموم لتشمل جميع حالات التسجيل غير الأصوليـة وإنْ لـم يرد فيهـا نص خاص، ومخالفة أحكام القانـون لا تقتصر على نصوص قانـون التسـجيل العقاري، وإنما تشـمل جميع القوانـين المنظمة للملكيـة العقارية وعالج المشرع في المادة (١٣٩) من قانون التسجيل العقاري النافذ مسألة إبطال القيد قبل اكتساب التسـجيل شـكله النهائي وبقرار إداري مـن وزير العدل ، وبعد اكتسـاب التسجيل شكله

النهائـي بحكـم قضائي مكتسـب درجـة البتات وهو النـوع الثاني للإبطـال وهو الأبطال القضائـي، وحسـناً فعـل المـشرع بالنص على ذلـك حتى لا يقحـم القضاء بدعـاوى كثيرة بخصوص إبطال القيود قبل اكتسـابها الشـكل النهائي مع إمكانيـة إبطالها إدارياً.

٥. إن إبطال قيد التسجيل العقاري تترتب عليه اثار قانونية منها ما يكون بالنسبة للأشخاص وهـو امـا يكون بالنسـبة للمتعاقديـن والمتمثل اعادة الحـال الى ما كان عليه قبـل التعاقد، وكذلك بالنسبة للغير اعادة الحال والحقوق العينية الأصلية والمادية حسب ما أوردة قانون التسجيل العقاري والقانون المدني.

٦. إن الأثـر المترتـب على ابطال القيد العقاري والمتمثـل بالتعويض النقدي هو أمر جائز طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية وكذلك المسؤولية التقصيرية التي حددها القانون المدني العراقي في حالـة توفـر شروطها وهـي الخطأ والضرر وعلاقة السـببية، اما بخصـوص التعويض العينـي فانـه أمر لا يمكن تحققه لأنه يصطـدم بعقبات خارجة عن اختصاص المحاكم لأنه يقع ضمن اختصاص الجهـات الادارية وفقاً لقوانين خاصة تحكمها.

٧. إن إبطـال قيد التسـجيل العقاري وما يرتبه من اثار من حيـث التعويض ومنها التعويض العيني والتعويض المالي ومدى تأثير الابطال بمبدأ استقرار المعاملات اتجاه محكمة التمييز الاتحادية قد حسـمت الامر بخصوص اقرار مبدا اسـتقرار المعاملات وحماية حسـن النية وان هـذا المبدأ هو نسـبي ولا يمكن تعميمه على جميـع حالات ابطال القيد العقاري.

ثانياً: المقترحات:-

١. إن يكون مدير التسجيل العقاري العام أو مديرو التسجيل العقاري من الموظفين المختصين الحقوقيين الذين لديهم خبرة في المجال المذكور لا تقل عن عشر سـنوات وممن يشـهد لهم بالنزاهة والكفاءة.

٢. إن تسـجيل التصرفـات العقاريـة مطولة جداً بـدءً من معاملة فتح البيـان وانتهاء بإصدار السـند ، لذا نرى أهمية اختزال تلك الإجراءات وذلك لتسـهيل مهمة الأشخاص في التصرف بالعقارات العائدة لهم وعن طريق الحوكمة الالكترونية وربط الدوائر ذات العلاقة بشبكة انترنت وعلى سبيل المثال، ربط دوائر التسجيل العقاري مع دوائر البلدية مع الهيئة العامة للضرائب ويكون لها مقر موحدة.

٣. تطوير الملاك الإداري المسـؤول عن تسـجيل التصرفات العقارية وذلك بإدخالهم في دورات تطويرية سـواء داخل البلد أم خارجه للتعرف على طبيعة تسـجيل التصرفات العقارية في

البلـدان العربية والأجنبية لما ينعكس ذلك على العمل في دوائر التسـجيل العقاري، واعتماد التقانة الحديثة في إجراء تلك التصرفات العقارية، وربط دوائر التسجيل العقاري مع جميع الدوائـر ذات العلاقـة بإصدار السـندات التي يقوم على أساسـها إجراء التصرفات بشـبكة معلومات موحدة للحيلولة دون الاسـتغلال.

٤. معالجة النقص التشريعي من خلال ايراد نص صريح في قانون التسـجيل العقاري يعالج اليه احتسـاب التعويض في حاله ابطال قيد التسـجيل العقاري ومقداره وتاريخ احتسـاب التعويض في وقت ابطال القيد من تاريخ انتقال القيد العقاري ويكون التعويض على غرار مـا جـاء بقانون قانون هيئـة نزاعات الملكية رقم (١٣) لسـنة ٢٠١٠ ويكـون النص وفق الصيغـة الأتيـة (ويكون تقدير التعويض في حالة ابطال قيد العقار بتاريخ الكشـف الاخير الـذي تجريـة المحكمـة على العقار مع ملاحظة موقعه وشـكله ومسـاحته ومشـتملاته او مغروسـاته واقيام العقارات المجاورة والقريبـة والمماثلة للعقار عند التقدير).

٥. حماية الأشخاص حسني النية من خلال نصوص قانونية توضح وتحدد حالات خاصةعند ابطـال قيد التسـجيل العقاري وفق ما اسـتقرت عليه محكمة التمييـز الاتحادية وذلك من خلال تدخل تشريعي يتبنى الاتجاه التي سـار عليها القضاء العراقي.

وفي الختـام نرجـو ان نكـون قد اعطينا موضوع البحث الحق والاهتمـام الوافي والكافي لما يخدم القانون والقضاء والمسـيرة العلمية ومن اجل السـير في طريق الحفاظ على الحقوق وتحقيق العدالة ومن الله التوفيق.

المصادر والمراجع

الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ النافذ

القوانين والتشريعات:

١. القانون المدنـــــي العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
٢. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة١٩٧١ النافذ.
٣. قانون الاثبات رقم(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ.
٤. قانون التسجيل العقاري اليمني رقم (٣٩) لسنة ١٩٩١.
٥. قرار مجلس قيادة الثورة المنحلرقم (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 هـ) الصحاح، بدون مطبعة.
٥. حمد بن ابي بكر الرازي ،مختار الصحاح ،الطبعة الاولى، دار الكتاب العربي، بيروت،١٩٦٧.
٦. الخليل ابن احمد الفراهيدي (ت ١٧٠ هـ)، منشورات محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ٧ ، بلا مطبعة وسنة طبع .
٧. الدكتور عبد الحكم فوده، الموسوعة 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. سعيد الخوري، اقرب الموارد في فصح العربية والشوارد، 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. الدكتورسعيد 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 مبار، موجز احكامقانون 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 المثنى للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٠ ، ص ٣٥٦، نقلا عن كتاب المحامي فوزي المياحي، نظرية العقد، القسم الثاني،بغداد ، ٢٠١٨.

١٦. الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي ،عناصر الالتزام في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربيةدون ذكر دار النشر اربيل ٢٠

١٧. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، الجزء الأول ،الطبعة الثانية ، ٢٠٠٨، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

١٨. عبد المجيد الحكيم ، دراسة في قانون التسجيل العقاري ، الجزء(١).

١٩. 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.

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 الاتحادية،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. المحامـي عـلاء صـبري التميمي، المجموعـة المدنيـة للسـنوات ٢٠٠٦٢٠٠٧٢٠٠٨، الطبعة الثانيـة، بغداد، ٢٠
٢٧. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ١٩٨١ .
٢٨. مصطفـى مجيـد، شرح قانـون التسـجيل العقاري رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧١ ، الجـزء الاول ، العاتـك لصناعة الكتـاب، القاهرة، الطبعـة الثانية ، ٢٠٠٨.
٢٩. مصطفـى مجيـد، شرح قانون التسـجيل العقاري رقم ٤٣ لسـنة ١٩٧١ ، الجـزء الثاني ، العاتـك لصناعـة الكتاب، القاهرة، الطبعـة الثانية ، ٢٠٠٨.

المنشورات

١. منشـور المختـار في قضـاء محكمة التمييـز الاتحادية/القسـم المدني ، إعـداد : دريد داود سـلمان ، الجزء الثاني ، بغـداد ، الكرادة.
٢. النـشرة القانونيـة العدد واحد وعشرون،٢٠١٠، بغداد مكتبة صباح،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 ٢٠٠٦٢٠٠٧٢٠٠٨ ، الطبعة الثانية، بغداد، ٢٠٠٩ .

البحوث والرسائل

بحث الطالب عمار رجب معيشر، المقدم الى مجلس المعهد القضائي ، لعام ٢٠١٨ م .

القرارات التمييزية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٥٥٤/الهيأة الاستئنافية العقار/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٧/١١ ، غير منشور.
٢. محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٧٢٠ /الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠١٨ في ٢٠١٨\٢\٦غير منشور .
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٧٦٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٧ غير منشور.
٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٤٢٣٥/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٩ في ١٨/ ٩/ ٢٠١٩ غير منشور. .
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد٩٤٤ \الهيئة المدنية \٢٠٢١ في ٩\٢\٢٠٢١ غير منشور.
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢٩٤٢/ الهيئة المدنية / ٢٠٢١ في ٩/٥/ ٢٠٢١غير منشور.
٧. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٧٣٢\الهيئة المدنية \٢٠٢١ في ١٤\٦\٢٠٢١ غير منشور.
٨. قرار محكمة التميز الاتحادية بالعدد ١٣٩١٩/الهيئة 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. قرار محكمة التمييز الاتحاديةبالعدد١٤٠/الهيئة المدنية / ٢٠٢٢ في ٩\١\٢٠٢٢ ، غير منشور.
١٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٢/٣/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٢في ٢٠٢٢/١/١٢ غير منشور.

مبادئ القضاء الدستوري

القاضي الدستوري ومبدأ المساواة بمفهومه السلبي والإيجابي

أ.د. أمين عاطف صليبا أستاذ وباحث في القانون الدستوري

مبدأ المساواة لطالما شكَّلَ الهاجس الأساسي للقاضي الدستوري، عندما ينظر بالطعن بدستورية القانون على أساس خرق مبدأ المساواة، الذي يعتبر من الأعمدة الأساسية التي تقوم عليها شرعة حقوق الإنسان، حيث أن دساتير العالم أجمعت على فرض هذا المبدأ على السلطات السياسية، والمعني بتلك السلطات كل من التشريعية والتنفيذية كونهما المعنيين بصياغة القوانين والأنظمة وإقرارها ووضعها قيد التنفيذ، حيث لا يمكن للقضاء العادي الدخول في مسألة دستورية القانون، حيث أقصى ما يمكنه فعله هو تطبيق مبدأ الدفع بعدم الدستورية وتطبيق النص الأعلى الذي هو الدستور بعينه. لذلك جاء القضاء الدستوري ليشُكِّل صمام الأمان لجهة تطبيق مبدأ المساواة، لإبطال كل النصوص التي تمس بهذا المبدأ من القانون. إنَّ المتابعة لاجتهادات القضاء الدستوري حول العالم، تؤكد بأن هناك قواسم مشتركة تجمع بين مختلف تلك الاجتهادات، التي أبقت على مفاعيل مبدأ المساواة الوارد في شرعة حقوق الإنسان، التي تُحظِّر التمييز على أساس الجنس – الدين – اللون – العرق – الرأي، لكنه قد يعترض المشترع خارج هذه الضوابط التي تُقرّ بها الدساتير كافة، مسائل تقضي بنوع من التمييز في المعاملة، وذلك لأسباب وجيهة وضرورية يُقدَّرها المشترع. ولذلك خرج الاجتهاد الدستوري بمفهومين يتعلقان بمبدأ المساواة: الأول التمييز السلبي والثاني التمييز الإيجابي! حيث كان واضحاً في رفضه للتمييز السلبي المبني على مخالفة الأسس الخمسة الواردة في شرعة حقوق الإنسان، أما التمييز الإيجابي فقد قَبِلَ به من دون تردّد، وقد تعاطى القاضي الأوروبي مع هذا التمييز بعقلية منفتحة لا سيما القاضي الفرنسي، الذي يضع نُصبَ عينيه أنَّ المادة الأولى من إعلان حقوق المواطن والإنسان الصادر عقب الثورة الفرنسية ١٧٨٩ قد تُوِّجت بهذا المبدأ، حيث رأى العلامة الفرنسي "بيار باكتيه –Pierre Pactet " أن القاضي الدستوري الفرنسي تعامل مع هذا المبدأ بطريقة جدّ مرنة، مع السهر على دِقَّة تطبيق مبدأ المساواة في الحقوق، وعمومية التطبيق، لكن مع الأخذ بنظر الاعتبار المعايير الموضوعية التي يستند عليها المُشرِّع، وهو يقبل باختلاف المعاملة عندما يتحقق من اختلاف المراكز القانونية، وكل ما يترتّب عن ذلك من تدابير تُجيز التمييز في المعاملة. هذا الاجتهاد أستند على قاعدة أساسية وهي أنَّ مبدأ المساواة ليس مُطلقاً بل هو يقوم على ثلاثة ضوابط أختصرها الفقه الدستوري بالتالي: "ضرورة تحقق التناسب (Proportionnalité) وتحقق العقلانية (Rationnalité) وتكون الضرورة قائمة (L'exigence de caractère raisonnable ،والقاضي الدستوري الألماني كان السباق في القبول بخرق مبدأ المساواة، حيث جاء في إحدى قراراته:" أنه من الممكن خرق مبدأ

المساواة من خلال نص قانوني خاص عند تحقق أسباب عقلانية متأتية عن طبيعة معالجة القانون للمشـكلة القائمة، لأن المشرع غايته تحقيق العدالة التي تكون مبنية على تمايز ظاهري جدي يؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشترع." كما هي الحال عندما يريد المُشرِّع إعطاء أفضلية لأصحاب الحاجات الخاصـة، عندمـا يُريد توظيفهم في الإدارة، بحيث لا يفـرض عليهم شروط توافر الصحة البدنية !!.

للمعترضـين على هـذه الآلية التي أعتمدها القاضي الدسـتوري في اجتهاداته في هذا المجال، نقول لم ولن تكن إعطاء نفسـه سـلطة تقديرية لتقييم مبدأ المسـاواة، دون الأخذ بنظر الاعتبار السـلطة التقديريـة للمشـترع في مجال التشريع وخاصة فيما يتعلق بمبدأ المسـاواة. لأن القضاء الدسـتوري لا يعمـل ضمـن فضـاء مغلق ومنعزل عـن غيره، لأنه أولاً بـأول مرتبط بالنص الدسـتوري، وثانياً أنَّ قراراتـه تبقـى تحـت أعين رجـال الفقه والقانون، وحتى وسـائل الإعلام التـي سرعان ما تنشر التعليقـات عـلى تلك القرارات. لذلك تصبح سـلطة القاضي الدسـتوري مُلزمة بـأن تأخذ بما تعتبره بقية السلطات الدستورية أنَّ هذا التشريع لا يخالف مبدأ المساواة، بحيث يتولد عن هذه التقاطعات في الرأي تقليصاً لهامش المناورة في سـلطة القاضي الدسـتوري التقديرية، وبالتالي فهو ملزم بعدم الخروج عن الأجواء السياسـية والاجتماعية التي يُجسِـدها الرأي العام في الفترة الزمنية التي صدر فيهـا القانـون دون الأخذ بمبدأ المسـاواة. حيث أنَّ السـلطة التفسـيرية للدسـتور الممنوحة للقاضي الدستوري، لا يمكن النظر إليها على إنه بإمكانه إحلال رأيه الشخصي محل رأي المُشترع، لأن القاضي الدسـتوري يُدرك بأنَّ غاية التفسـير في النهاية هي إعطاء المعنى الصحيح للنص الدسـتوري.

قياسـاً على النقاش الذي يدور حول السـلطة التقديرية للقاضي الدسـتوري، واعتراض البعض من رجال القانون على ذلك، نوضح بأن القاضي الدسـتوري إنما يتصرّف من خلال حدّين لا يخرج عنهما إلاَّ نادراً.

الأول: للقاضي الدسـتوري سـلطة تقديرية مُطلقة في اسـتبعاد أي تشريع يخرق مبدأ المساواة، كالتمييز على أساس العرق أو الدين.

الثانـي: للقاضي هامش تقديري يسـعى مـن خلاله ومن خلال العوامـل الظاهرة أمامه في متن النص، تكوين قراره النهائي بالمفاضلة بين تناقض قاعدتين دسـتوريتين من جهة وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى.

ولذلـك لا بُـدَّ من أن يبقى هناك سـلطة تقديرية لهذا القاضي، لكـي يتمكن من ضبط أي تشريع قد يخرق أي من الحقوق الدسـتورية للمواطن.

هذه السـلطة التقديرية للقاضي الدسـتوري في تقييمه لخرق مبدأ المسـاواة والقبول بما وضعه المـشرع مـن تمييـز، لا يمكن وضعـه ضمن معادلة واحدة تسـتند على مفهوم واحد لكـي يُعمل بها

بشكل قاعدة من قبل القاضي الدستوري، بل تبقى وليدة الحالة التي تُعالج مبدأ المساواة، وعلى سبيل المثال نجد أن هناك اختلاف في القضية الواحدة بين هذا القاضي الدستوري ونظيره في بلد متاخم له، إذ نرى أنَّ القاضي الدستوري الإسباني، قد أجاز للمُشرع باعتماد نظام تقاعدي مُبكِّر للمرأة قبل سن التقاعد للرجل، وبأنه لم يخرق مبدأ المساواة، بالمقابل نجد أن القاضي الدستوري الألماني قد قرّرَ أنَّ المشترع عندما أجاز للمرأة التقاعد في سن أبكر مما هو محدّد للرجل، فيه خرق لمبدأ المساواة، كون المرأة في مراحل خدمتها تستفيد من تقديمات وإجازات لا تُعطى لزميلها الرجل العامل معها، وبالتالي أبطل هذا القانون.

في نهاية هذا التقييم لكيفية تعامل القاضي الدستوري حيال مبدأ المساواة ومسألة خرق المشرع له وعدم ثبات الاجتهاد الدستوري على قاعدة واضحة، يمكننا أن نؤيد ما أنتهى إليه الفقه الدستوري من توافق في هذا المجال بالقول:" أن القاضي الدستوري لا يُبطِل إلاّ النصوص التي يترتب عليها تمييزاً تعسفياً واضحاً في المعاملة، والتي تكون غير مُبرّرة لأسباب موضوعية وضرورية لمعالجة المسألة المطروحة." ولذلك نجد أنَّ القاضي الدستوري الفرنسي لم يُبطِل تعديل قانون أصول المحاكمات الجزائية في فرنسا، عندما أقرَّ المشترع معاملة خاصة بمرتكبي الجرائم الإرهابية والمخدرات، لجهة تمديد مهلة منع التواصل مع محاميهم لمدة ٧٢ ساعة، خلافاً للقاعدة التي يُعامل بها مرتكبو الجرائم العادية.

ختام هذا البحث لا بُدَّ لنا من إضاءة ولو سريعة تتعلق بواقع الدستور العراقي، ودور المحكمة الإتحادية العليا في هذا المجال، إذ من المُلاحظ أنَّ الدستور العراقي قد مهّدَ الطريق أمام التمييز الإيجابي، لأنه رغم النص على مبدأ مساواة العراقيين (مادة ١٤ من الدستور) والذي توسَّع في فرض مبدأ المساواة بنص دستوري آمر، حيث أدخل ضمَّنه عناوين تتخطى ما هو وارد في شرعة حقوق الإنسان، لتصل إلى أحد عشر بنداً، نراه في المادة ٤٩ قد نصّ صراحة على مبدأ التمييز الإيجابي في البند (رابعاً) عندما فرض تضمين قانون الانتخابات نصاً يحفظ مقاعد للنساء في المجلس النيابي لا تقل عن ربع أعضاء المجلس، وبذلك يكون الدستور العراقي قد أرسى مفهوم هذا التمييز من خلال حفظ "كوتا نسائية" تُميزها عن الرجال وتخرق مبدأ المساواة. وبالتالي أتاح المجال للمحكمة الإتحادية العليا بإصدار قراراتها وفق روحية التفرقة بين التمييز الإيجابي والسلبي في معرض الدعاوى التي ستطرح أمامها سنداً لمبدأ المساواة.

تبقى كلمة تتعلق بقرارات المحكمة الإتحادية العليا في العراق، التي وإن كانت على حد علمنا لم تُطرح أمامها دعوى على أساس خرق مبدأ المساواة لوحده، لكن العديد من قراراتها تطرقت الى مبدأ المساواة بشكل جانبي في سياق تسبيبها للقرارات في معرض الدعاوى التي تُطرح أمامها بصدد مخالفات دستورية أخرى.

المبادئ المستخلصة من بعض قرارات المحكمة الاتحادية العليا

عرض القاضي الدكتور حيدر علي نوري

١- القرار المرقم بالعدد (٢٤٠ / اتحادية / ٢٠٢٢) في ٣١ / ١ / ٢٠٢٣ .

أ-المبدأ:

(تجـد المحكمـة الاتحادية العليا إن دعوى المدعين المطالـب بموجبها الحكم بإبطال قرار تكليف المرشح لرئاسة الوزراء محمد شياع السوداني، كونه مخالف لدستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وقانون أحكام الترشـيح لمنصب رئيس الجمهورية رقم (٨) لسـنة ٢٠١٢ ولقرار المحكمة الاتحادية العليـا رقـم (٨٩/اتحادية/٢٠١٩) ، واجبة الرد ، لعدم وجود ما يخل بصحة قرار تكليف المرشـح المذكور انفا لرئاسـة الوزراء ، لصدوره من رئيس الجمهورية ، لمرشـح الكتلة النيابية الأكثر عدداً، اسـتنادا الى احكام المادة (٧٦) من دسـتور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ التي نصت على انه (أولاً: يكلف رئيس الجمهورية، مرشـح الكتلة النيابية الأكثر عدداً، بتشـكيل مجلس الوزراء، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انتخاب رئيس الجمهورية. ثانياً: يتولى رئيس مجلس الوزراء المكلف، تسـمية أعضـاء وزارته، خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ التكليف).

ب-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن قرار تكليف المرشـح لرئاسـة الوزراء محمد شـياع السوداني الصادر من رئيس الجمهورية كان استناداً الى أحكام الدستور وضمن المدة المحددة بموجبه ، لتوافر شروط الترشيح فيه ، ولم يتضمن القرار المذكور آنفاً أي مخالفة دستورية ، الامر الذي يقتضي رد دعوى المدعين المقامة للطعن بعدم صحته) .

ج-المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن المرشـح لرئاسـة مجلس الوزراء محمد شياع السوداني اختار كابينته الوزارية خلال المدة المحدد بالفقرة (ثانياً) من المادة (٧٦) من الدستور، وإن مجلس النواب العراقي وافق عليها، بالأغلبية المطلقة لعدد اعضاءه في جلسته المرقمة (٧) المنعقدة في ٢٧/ ١٠/ ٢٠٢٢ وصدر المرسـوم الجمهوري رقم (٣٦) لسـنة ٢٠٢٢ بتشـكيل مجلس الوزراء، وإن المرشح المذكور التزم بالمدد المقررة دسـتورياً ، وبذلك فليس هنالك ما يخل بصحة قرار التكليف محل الطعن، ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا رد دعوى المدعين) .

٢- القرار المرقم بالعدد (٦/ اتحادية / ٢٠٢٣) في ١/ ٢/ ٢٠٢٣.

أ- المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن الحكم الصادر في الدعوى الدستورية سواء بدستورية النص المطعون فيه أو بعدم دستوريته مانعاً من نظر المحكمة للطعن في دستورية النص مرة أخرى لأن الحكم الصادر من المحكمة ذو حجية مطلقة ويسري في مواجهة الكافة سواء من الأفراد أو من سلطات الدولة استناداً الى أحكام المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥).

ب-المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن الحكم الصادر منها بعدم دستورية نص او دستوريته ، لا يقتصر أثره على الخصوم في الدعوى ، بل يتعدى ذلك الى كافة المخاطبين بهذا النص بما يستتبع إفادتهم من المركز القانوني الذي أوجده الحكم الدستوري سواء رتب مزايا أو حمل حقوقاً ، ومن ثم فلا مصلحة لمن يعيد الطعن مرة ثانية على ذات النص لأن مآل الحكم سيكون عدم القبول، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على هذه المعان في العديد من أحكامها وقراراتها) .

ج- المبدأ:

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن الدعاوى الدستورية بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها الى النصوص المطعون فيها بعيب دستوري، وتكون القرارات الصادرة بشأنها لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها وإنما ينصرف هذا الأثر الى الكافة وتلتزم بها جميع الجهات سواء أكانت هذه الأحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم الى دستوريته ، وذلك لعموم نص المادة (٩٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والمادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١، عليه تكون دعوى المدعي حرية بالرد لسبق الفصل في موضوعها) .

٣- القرار المرقم بالعدد (٢٦٩ / اتحادية / ٢٠٢٢) في ٢٩ / ١/ ٢٠٢٢.

أ- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن دعوى المدعي واجبة الرد لعدم وجود مخالفة دستورية ، ذلك إن المشروع موضوع الدعوى مشروع خاص (اهلي) تابع للقطاع الخاص ، لا يجوز لصاحب العمل أو المشروع إغلاقه أو إيقافه أو تصفيته إلا بعد استحصال موافقة وزير العمل ، استناداً الى أحكام المادة (٤٣/ ثالثاً) من قانون العمل رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ ، ولذا فإن قانون العمل انف الذكر وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم (٣٩) لسنة ١٩٧١ المعدل ، من الواجب تطبيقهما على المشروع الخاص) .

ب- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن التعارض بين القوانين غير موجب للحكم بعدم الدستورية ، ذلك إن المخالفة الدستورية تقتضي وجود مخالفة لأحكام ومبادئ دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، لا مخالفة احكام قانون لاحكام قانون اخر ، الامر الذي يقتضي رد الدعوى) .

٤- القرار المرقم بالعدد (٢٧٠ / اتحادية / ٢٠٢٢) في٨ / ٢/ ٢٠٢٣.

أ- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن الطعن واجب الرد شكلاً لعدم الاختصاص، ذلك أن اختصاصات وصلاحيات هذه المحكمة محددة استناداً الى أحكام المادتين (٥٢ و٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والمادة (٤) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١ والقوانين الخاصة الأخرى ولم تتضمن تلك المواد اختصاصاً للمحكمة الاتحادية العليا يتم بموجبه البت بدستورية التعليمات) .

ب- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن البت بالطعن بدستورية القوانين والأنظمة النافذة يعدُ اختصاصاً أصيلاً للمحكمة الاتحادية العليا بموجب أحكام المادة (٩٣/ أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والمادة (٤/ أولاً) من قانون المحكمة الاتحادية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٢١) .

ج- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن الطعن قد انصب على طلب البت بشرعية المواد (٩ و١٠ و١١) من تعليمات حفر الآبار المائية رقم (١) لسنة ٢٠١١ الصادرة استناداً إلى أحكام الفقرة (ثانياً) من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٢٢) في ٥/٦/ ١٩٨٤ والفقرة (١) من القرار رقم (٨٢٦) في ١٨/٧/ ١٩٨٤، خلافاً لاختصاص المحكمة الاتحادية العليا المتعلق بنظر الطعن بدستورية القوانين والأنظمة النافذة فقط، ولا يمتد ذلك الاختصاص الى البت بدستورية التعليمات أو البت بشرعيتها، الأمر الذي يقتضي رد الطعن لعدم الاختصاص) .

د- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا ، بخصوص قراري مجلس قيادة الثورة المنحل (٦٢٢ الصادر في ٥/٦/ ١٩٨٤، و٨٢٦ في ١٨/٧/ ١٩٨٤) المشار إليهما في لائحة الطعن بعبارة (والقرارين المذكورين) ، المتعلقة بالطعن بدستورية التعليمات الصادرة استنادا اليهما، إن تلك العبارة لا تكفي أن يكونا القرارين المذكورين آنفاً محلاً للطعن ، لعدم تطرق لائحة الطعن إليهما لبيان أوجه

المخالفة الدستورية في كل منهما إن وجدت مخالفة، وبالإمكان الطعن بدستوريتهما بصورة مستقلة اذا ما اقتضت الضرورة ذلك بعد بيان أوجه المخالفة الدستورية والنص الدستوري الذي تم مخالفته ، ولما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم برد الطعن شكلا).

٥- القرار المرقم بالعدد (٢٧٥ / اتحادية / ٢٠٢٢) في ١/ ٢/ ٢٠٢٣.

أ- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا من خلال تدقيق دعوى المدعي وطلباته إنها تنصب على المطالبة بالحكم بعدم دستورية توجيه رئيس الوزراء ، ولما كانت اختصاصات المحكمة الواردة في المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ متعددة ولكل منها إجراءاته وشروطه مما يقتضي مراعاة تلك الشروط والإجراءات عند إقامة الدعوى ، ولعدم مراعاة ذلك ، لذا فإن دعوى المدعي تكون واجبة الرد لعدم الاختصاص) .

ب- المبدأ :

(تجد المحكمة الاتحادية العليا إن دعوى المدعي مقامة استنادا الى اختصاص هذه المحكمة بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة فقط ، المنصوص عليه بالفقرة (أولاً) من المادة (٩٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ، وإن ذلك الاختصاص ، لا يتعدى الى البت بدستورية التوجيهات والقرارات والأوامر الديوانية وغيرها ، لذا تكون دعوى المدعي المقامة بالصيغة المذكورة آنفاً واجبة الرد لخروجها عن اختصاص المحكمة، ولما تقدم قررت المحكمة الحكم برد دعوى المدعي لعدم الاختصاص) .

مبادئ القضاء التمييزية

-١-

تشكلت الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ١١/ ربيع الثاني/ ١٤٤٠ هـ الموافق ٢٠١٨/١٢/١٨م برئاسة نائب رئيس محكمة التمييز الاتحادية السيد زيدون سعدون بشار وعضوية القضاة السادة صباح رومي ومثنى احمد وحجاب ابراهيم ونعمان كريم وكاظم عباس ومحمد قاسم وحسن فؤاد وعبدالوهاب عبدالرزاق ويحيى خضير وفيصل ابراهيم المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي :

المميز/ المميز عليه/ متقابل/ مدير عام ص.أ.ع / وكيلاه و.ك /م.ع/ر.خ.
المميز عليه/المميز/ متقابل/المدير المفوض م.أ.ع / وكيله المحامي أ.ع.خ.

ادعيت وكيلة المدعي لدى محكمة بداءة الكرادة انه بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٣ تم التعاقد بين دائرة موكلها(ص .أ. ع) و(م. أ.ع) بإيداع مبلغ قدره (١٥,٠٠٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسة عشر مليار دينار عراقي لمدة سنة واحدة لقاء فائدة والبالغة ٧٪ من مبلغ الوديعة وبمبلغ قدره (١,٠٥٠,٠٠٠,٠٠٠) مليار وخمسون دينار عراقي فقط ولانتهاء المدة القانونية للعقد وعلى الرغم من مطالبتهم للمصرف بإعادة مبلغ الوديعة وعدم رغبة دائرة موكلها تمديد الوديعة الا ان المصرف لم يستجيب لمطالبتهم لحد الان لذا طلبت دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بفسخ العقد واعادة المبلغ الوديعة البالغ (١٥,٠٠٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسة عشر مليار دينار عراقي لصالح دائرة موكلها والحكم بالفوائد والغرامات التأخيرية المنصوص عليها بالعقد من تاريخ الاستحقاق لحين التأدية الفعلية اصدرت محكمة الموضوع بالعدد (٢٧٠/ب/٢٠١٧) في ٢٠١٧/٣/١٦ حكماً حضورياً يقضي اولا/ بفسخ عقد الوديعة المبرم بين الطرفين والمؤرخ في٢٠١٥/٦/٢٣ والزام المدعى عليه المدير المفوض (م.أ.ع) اضافة لوظيفته بتأديته للمدعي مبلغاً قدره (١٥,٠٠٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسة عشر مليار دينار مع الفائدة القانونية ونسبة ٥٪ ومن تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠١٧/١/١٧ ولحين التأدية الفعلية . ثانياً/ الزام المدعى عليه (المدير المفوض / م.أ.ع/ اضافة لوظيفته) بتأديته للمدعي مبلغاً قدره (١,٠٥٠,٠٠٠,٠٠٠) مليار وخمسون مليون دينار عن الفائدة البالغة ٧٪ من مبلغ الوديعة. ثالثاً/ تحميل المدعى عليه الرسوم والمصاريف واجور محاماة وكيل المدعي , طعن المدعي اضافة لوظيفته بالحكم استئنافاً بلائحته المؤرخة ٢٠١٧/٣/٢٨ كما طعنت وكيلة المدعى عليه بالحكم استئنافاً بلائحته المؤرخة ٢٠١٧/٤/٢. اصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية

/ الهيئـة الاسـتئنافية الاولى بالعـدد ٧٧٨/٨١٦/س١/٢٠١٧ في ٢٨/١٢/٢٠١٧ حكمـاً حضورياً يقضي بفسـخ الحكم البدائي المستأنف الصادر من محكمة بداءة الكرادة بالعدد ٢٧٠/ب/٢٠١٧ في ١٦/٣/٢٠١٧ كلاً والحكـم بالـزام المدعـى عليه المدير المفـوض / م.أ.ع / اضافة لوظيفته بتأديته للمدعـي مديـر عـام / ص.أ.ع/اضافة لوظيفته مبلغ مقداره خمسـة عشر مليـار دينار عراقي عن مبلـغ الوديعـة اعلاه والزامه كذلك بتأديته للمدعي مبلغ مقداره ثلاثة مليار وسـبعمائة وخمسـون مليـون عراقـي عن مبلغ الغرامات التأخيرية ورد دعوى المدعي بطلب الفسـخ للأسـباب اعلاه ورد دعواه كذلك بالفوائد ورد الطعن الاسـتئنافي المرقم ٨١٦/س٣/٢٠١٧ والمقدم من قبل المسـتأنف / المدعى عليه المدير المفوض / م.أ.ع /اضافة لوظيفته وتحميل الطرفين المصاريف القضائية النسبية بمـا فيهـا المصاريـف الاسـتئنافية وتحميل كل طرف اتعـاب محاماة وكيل الطـرف الاخر . طعنت وكيلـة المسـتأنف المتقابل / مدير عـام ص.أ.ع / اضافة لوظيفته بالحكم تمييـزاً بلائحتها المؤرخة ١٧/١/٢٠١٨. أعيـد الحكم منقوضـاً بموجب قرار محكمة التمييز الاتحاديـة بالعدد ٣٤٩/الهيئة الاستئنافية منقول/٢٠١٨ في ٤/٢/٢٠١٨ واتباعاً للقرار التمييزي اصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافـة الاتحادية / الهيئة الاسـتئنافية الاولى بالعدد ٧٧٨/٨١٦/س١/٢٠١٧ في ٢٥/٣/٢٠١٨ حكماً حضورياً يقضي بفسـخ الحكم البدائي المرقم ٢٧٠/ب/٢٠١٧ في ١٦/٣/٢٠١٧ كلاً والحكم بالزام المستأنف عليه / اضافة لوظيفته بتأديته للمستأنف/ اضافة لوظيفته مبلغ قدره خمسة عشر مليار دينار عن مبلغ الوديعة والزامه ايضاً بتأديته مبلغ مقداره مليار وسـبعمائة وخمسـون مليون دينـار عـن الغرامات التأخيريـة ورد دعوى المدعي بطلب الفسـخ وبالفائدة ورد الطعن الاسـتئنافي المرقـم ٨١٦/س٣/٢٠١٧ المقـدم مـن قبـل المسـتأنف عليـه/ اضافـة لوظيفته وتحميـل الطرفين المصاريف النسبية بما فيها رسوم ومصاريف الطعون الاستئنافية وتحميل كل طرف اتعاب محاماة وكيـل الطرف الاخر , طعن وكيلا المسـتأنف بالحكم تمييزاً بلائحتهـم المؤرخة ١٦/٤/٢٠١٨ كما طعـن وكيل المسـتأنف عليه بالحكـم تمييزاً بلائحتـه المؤرخة ٢٣/٤/٢٠١٨ أعيـد الحكم منقوصاً بموجب قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٢٩٣/١٢٩٤/الهيئة الاسـتئنافية منقول/٢٠١٨ في ٦/٥/٢٠١٨ واتباعاً لقرار النقض اصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتاريخ ١٠/٧/٢٠١٨ وبعدد ٧٧٨/س٣/٢٠١٧ حكمـاً يقضي بفسـخ الحكم البدائـي كلاً والحكم بالزام المسـتأنف عليه بتأديته للمسـتأنف مبلغاً مقداره خمسـة عشر مليار دينار عن مبلغ الوديعة مع الفائدة القانونية بنسبة ٥٪ اعتبـاراً من تاريخ الاداء في ١٧/١/٢٠١٧ ولحين التأدية الفعلية والزامه ايضاً بتأديته مبلغ مقداره ثلاث مليارات وسـبعمائة وخمسـون مليون دينار عن الغرامات التأخيرية ورد دعوى المدعي بطلب الفسـخ ورد الطعـن الاسـتئنافي المرقم ٨١٦/س/٢٠١٧ وتحميل الطرفـين المصاريف . طعن وكيل

المستأنف بالحكم تمييزاً بلائحته المؤرخة ٢٠١٨/٨/٧ كما طعن وكيل المستأنف عليه بالحكم تمييزاً بلائحته المؤرخة ٢٠١٨/٨/٩.أعيد الحكم منقوضاً بموجب القرار التمييزي المرقم ٢٣٠١/٢٣٠٢/ استئنافي منقول/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/١٥ واتباعاً لقرار النقض التمييزي فقد اصدرت محكمة استئناف بغداد الرصافة بتاريخ ٢٠١٨/١٠/١٧ وبعدد ٨١٦/٧٧٨/س/٢٠١٧ حكماً حضورياً بفسخ الحكم البدائي المؤرخ في ٢٠١٧/٣/١٦ تعديلاً بالزام المدعى عليه المدير المفوض م.أ.ع / اضافة لوظيفته بتأديته للمدعي مدير عام ص.أ.ع / اضافة لوظيفته مبلغ مقداره خمسة عشر مليار دينار عن قيمة مبلغ الوديعة مع الفائدة القانونية بنسبة ٥٪ من تاريخ المطالبة القضائية في ٢٠١٧/١/١٧ ولحين التأدية الفعلية . ومبلغ مقداره ثلاثة مليارات وسبعمائة وخمسون مليون دينار عن قيمة الغرامات التأخيرية المنصوص عليها بالفقرة (١) من الشروط الجزائية الواردة في العقد... ورد دعوى المدعي/اضافة لوظيفته بباقي الطلبات وتحميل الطرفين الرسوم والمصاريف النسبية وتحميل كل طرف اتعاب محاماة وكيل الطرف الاخر واعتبارها شاملة لمرحلتي التقاضي بداءة واستئنافاً طعنت وكيلتا المستأنف بقرار الحكم تمييزاً طالبتا نقضه بلائحتهن المؤرخة ٢٠١٨/١١/٨ كما طعن وكيل المستأنف عليه بقرار الحكم تمييزاً طالباً نقضه بلائحته المؤرخة ٢٠١٨/١١/١٥ ولعلاقة الطعنين بموضوع واحد قرر توحيدهما .

القرار // لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيأة الموسعة المدنية لمحكمة التمييز الاتحادية لوحظ بان الطعنين التمييزيين مقدمان في مدتهما القانونية . قرر قبولهما شكلاً ولوحدة الموضوع قرر توحيدهما ونظرهما معاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون . لأن المدعي / مدير عام (ص.أ.ع) اضافة لوظيفته قد اوضح بعريضة دعواه البدائية بأنه بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٣ قد تعاقد مع المدعي عليه/ المدير المفوض (م.أ.ع) اضافة لوظيفته وذلك بقيامه بإيداع مبلغ قدره خمسة عشر مليار دينار عراقي لمدة سنة واحدة لقاء فائدة قدرها ٧٪ من مبلغ الوديعة وبمبلغ قدره مليار وخمسون دينار عراقي ورغم انتهاء مدة العقد الا ان المدعى عليه امتنع عن اعادة مبلغ الوديعة لذا طلب فسخ العقد واعادة مبلغ الوديعة والحكم له بالفوائد والغرامات التأخيرية في العقد من تاريخ الاستحقاق ولحين التأدية الفعلية ولأن الثابت من اوراق الدعوى بأن المدعي قد استند بالمطالبة بدعواه على عقد ايداع مبلغ لدى (م.أ.ع) المبرم مع المدعى عليه والذي تصادق الطرفان عليه والمحرر بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٣ المتضمن التزام المدعي على ايداع مبلغ قدره خمسة عشر مليار دينار عراقي في مصرف المدعى عليه كوديعة ثابتة لمدة سنة اعتباراً من تاريخ الايداع قابلة للتجديد باتفاق الطرفين وفعلاً نفذ المدعي التزامه وقام بإيداع المبلغ اعلاه في المصرف بتاريخ تحرير العقد . أما التزامات المدعى عليه (م.أ.ع) فهي اعادة مبلغ الوديعة بعد

انتهاء مدة العقد وتسـديد مبلغ قدره مليار وخمسـون مليون دينار عن قيمة الفائدة البالغة ٧٪ من قيمة مبلغ الوديعة وعلى شـكل دفعة واحدة مقدماً في يوم الايداع كما تضمن العقد شرطاً التزم به المدعي عليه (م.أ.ع) وقد جاء فيه (تفرض غرامة تأخيرية على الطرف الثاني وبمبلغ (٢,٠٠٠,٠٠٠) مليونـي دينـار عراقي عن كل يوم تأخير في حالة تعثـر (م.أ.ع) بإعادة المبلغ عند انتهاء المدة البالغة سنة واحدة من تاريخ ايداع المبلغ او بعد مدة فسخ العقد وتضاعف كل عشرة ايام بشكل تراكمي) . ولأن دعوى المدعي/اضافة لوظيفته قد طلب فيها ثلاثة طلبات اولها طلب فسـخ العقد المبرم مع المدعي عليه ولان هذا العقد قد حددت مدته باتفاق الطرفين لمدة سنة واحدة وقد انتهى بمضي هذه المـدة بتاريـخ ٢٠١٦/٦/٢٤ اي قبل اقامة المدعي لدعواه ولـم يتم تجديد هذا العقد من قبل طرفيه ولان العقـد عنـد انتهـاء مدته لا يرد عليه الفسـخ فتكون مطالبة المدعي بفسـخ العقد لهذا السـبب واجبة الرد أما بخصوص مطالبة المدعي بمبلغ الوديعة البالغ خمسة عشر مليار دينار عراقي فأنها ايضـاً واردة قانونـاً لأنـه بعد ثبوت قيامـه بإيداع المبلغ اعـلاه وديعة في مصرف المدعـي عليه فان (م.أ.ع) ملزم بعد انتهاء مدة العقد البالغة سـنة واحدة من تاريخ الايداع بإعادة المبلغ اعلاه رضاء وفي حالـة رفضـه وامتناعه من ذلك يجبر قضاء . اما بخصوص مطالبة المدعي بمبلغ الفائدة البالغة مليار وخمسون مليون دينار والفائدة القانونية ومبلغ الغرامات التأخيرية . فتجد هذه المحكمة بأن المدعي بواسـطة وكيله قد اقر صراحة امام محكمة الاسـتئناف في محضر جلسـة ٢٠١٧/٨/٨ بأنه قد اسـتلم مبلغ الفائدة البالغ ٧٪ وبمبلغ قدره مليار وخمسـون مليون دينار عند توقيع العقد من المدعـى عليه اضافة لوظيفته وذلـك بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٣ وبهذا تكون مطالبة المدعي بهذا المبلغ لا سـند لها من القانـون. أما بخصوص مطالبة المدعي بمبلغ الفائـدة القانونية وفق المادة (١٧١) من القانون المدني ومبلغ الغرامات التأخيرية التي التزم المدعى عليه اضافة لوظيفته بتسديدها للمدعي البالغة مليوني دينار عن كل يوم عند تأخر المدعى عليه بإعادة مبلغ الوديعة فأن هذه المحكمة ترى بأنه لا يجوز الحكم للمدعي بالفائدة القانونية ومبلغ الغرامات التأخيرية معاً لأن حقيقة التعويض عن طريق الفائدة القانونية وفلسـفة الاخذ بها من قبل المشرع العراقي في المادة (١٧١) مدني تنبع مـن كراهيـة المشرع للربا مما جعله يتدخل لتحديد سـعر للفوائد من خلال وضع حد اقصى لسـعر الفائدة القانونية وبنسـبة ٤٪ في المسـائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية عند سكوت المتعاقدين عن تحديدها على هذا الاسـاس قد لا نعدو الحقيقة بأن مرجعية الفوائد القانونية ومرتكزها هي فائدة اتفاقية ثم تقنين نسبتها من المشرع. ولأن الثابت من العقد بان طرفي الدعوى قد اتفقا بموجبه على التزام المدعى عليه بدفع غرامة تأخيرية للمدعي. لذا فأن حقيقة هذا الاتفاق يعتبر فائدة قانونية ملزم المدعى عليه بتسديدها عند تأخره عن ارجاع مبلغ الوديعة وذلك استناداً لأحكام المادة (١/١٧٢) من

القانون المدني والتي نصت (يجوز المتعاقدين ان يتفقا على سعر أخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فاذا اتفق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة ويتعين رد مـا دفـع زائداً على هذا المقـدار). ومن تحليل هذا النص فأن تطبيقـه والاخذ به من قبل المحكمة تنفيـذاً للاتفـاق الحاصل بين طرفي الدعوى والتزام المدعى عليه بتسـديد غرامة تأخيرية يحتم عليها بوجوب عدم الحكم بالفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) مدني لان المادة (١٧٢) من القانون المدني هي الواجبة التطبيق والتي منحت لإرادة الطرفين حيزاً برفع سعر الفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) مدني وبما لا يتجاوز ٧٪ ولأن ارادة طرفي الدعوى في العقد المبرم بينهمـا قـد ذهبت الى تعويض المدعي عـن طريق فرض غرامات تأخيرية تبدأ من تاريخ تعثر المدعى عليـه بإعـادة مبلـغ الوديعة بعد انتهـاء العقد وهذه الغرامـات التأخيرية هي الوجـه الاخر للفائدة القانونيـة المنصوص عليها في المادة (١/١٧٢) مـن القانون المدني ولأن الحكم بالغرامات التأخيرية المتفـق عليهـا يعتبر تعويض للمدعي عـن تأخر المدعى عليه في اعادة مبلـغ الوديعة بموعدها المحدد بالعقـد وبهـذا لا يمكن الحكم للمدعي مرة ثانية بالفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) مـن القانـون المدني والبالغة ٥٪ من تاريخ المطالبة القضائية كمـا جاء في الحكم المميز اذ ان المدعي في هـذه الحالـة قد حصـل على تعويض لمرتين عن فعل واحد وهو امتناعه عن اعادة مبلغ الوديعة في وقتهـا المحدد بالعقـد وهذا لا يجوز قانوناً لان التمييز بين الفائدة القانونية والغرامة التأخيرية على فـرض صحتـه لا يمكـن ان يفرض هذا التمييـز منحهما معاً عن واقعة قانونيـة واحدة وهي تأخير المدعـى عليـه بإعادة مبلغ الوديعـة والقول بخلاف ذلك يخالف المنطق القانوني السـليم لأنه يجمع بين فائدة قانونية وفائدة قانونية اخرى تأخذ شكل ومسمى الغرامة التأخيرية. وصفوة القول مما سـلف ذكره فان المدعي اضافة لوظيفه يسـتحق من دعواه مبلغ الوديعة البالغ خمسـة عشر مليار دينـار مـع مبلـغ الغرامات التأخيرية وبمـا لا يتجاوز ٧٪ وفق احكام المـادة (١/١٧٢) من القانون المدني من تاريخ الاسـتحقاق. ولا يسـتحق المدعي الفائدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٧١) من القانون المدني ولما كان الحكم المميز قد صدر خلاف ذلك وان محكمة الاستئناف قد اصرت على حكمهـا المنقـوض ولم تتبع ما جاء بقرار النقض الصـادر من هذه المحكمة بالعدد ٢٣٠١/٢٣٠٢/ الهيئـة الاسـتئنافية منقـول/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٨/١٥ فيكون الحكم المميز حرياً بالنقض للأسـباب المذكورة سـلفاً وتأسيسـاً على ما تقدم قررت المحكمة نقض الحكم المميز واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتهـا للسـير فيها وفقاً للمنوال المتقدم شرحه على ان يبقى رسـم التمييـز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية في ١١/ ربيع الثاني/١٤٤٠هـ الموافق ٢٠١٨/١٢/١٨م .

-٢-

تشـكلت الهيئـة الاسـتئنافية عقار في محكمة التمييـز الاتحادية بتاريـخ ٢٠٢٢/٦/٢٢م برئاسـة نائـب الرئيس السـيد كاظم عباس وعضوية القضاة السـادة صبـاح رومي وعبد الوهـاب عبـد الـرزاق ويحيـى خضـير وشـهاب احمـد المأذونين بالقضاء باسـم الشـعب واصدرت القـرار الآتي :ـ

المميز /المميز عليه/ م.ب اضافة لوظيفته/ وكيلته الحقوقية / ل.ف

المميز /المميز عليه/ ر.م.ق.أ / اضافة لوظيفته/ وكيله الحقوقي/ع.ح

المميز عليهم/١- و.ع / اضافة لوظيفته ٢- م.ك.م

ادعـى المدعي(م.ب/اضافـة لوظيفتـه) لدى محكمة بـداءة الزبير بان دائرته قد شـيدت العقار المرقم (١٧٧٤/الكوت) والبالغة مسـاحته(١٠٤٦م٢) والعائد للإدارة المحلية دار تشـغيلية للقضاء بأموال الدولة باسم دار السيد الحاكم وبحيازة م.ق.أ (الحائز الفعلي) وتم اشغاله من قبل القاضي المتوفي(ك.م..م) بصفته قاضي منسـب الى محكمة بداءة الزبير والارض عائدة الى بلدية الزبير حسـب محضر التقدير وبعد وفاته شغل العقار من قبل ولده (م.ك) دون سند قانوني والذي قام بتسجيل العقـار مجددا باسـمه مدعياً عند الطلب احـتراق كافة الاوليات وتلفها في دوائر التسـجيل العقاري واصـدر رئيـس لجنـة تثبيـت الملكية قـراراً لا يحمل رقـم ولا تاريخ بتسـجيل العقار اعلاه باسـم (م.ك.م) بإجراءات غير قانونية دون الالتفات ان العقار مسجل بسجل الاساس باسم الإدارة المحلية وان هـذا الاشـغال يعد غصبـا لأموال الدولـة. عليه طلب دعـوة المدعى عليهـم(م.ك.م) و (و.ع) و مدير عام (ت.ع) وملاحظ التسـجيل العقاري في الزبير /اضافة لوظائفهم للمرافعة الحكم بإبطال قيد العقار المذكور والمسـجل باسـم (م.ك.م) بالعدد ٧٢/أ ب/٢٠١٥ مجلد (٤٣٣) واعادة تسـجيل العقار باسم الادارة المحلية وانه يقدر قيمة العقار بمبلغ(مليار دينار) وتحميلهم الرسوم والمصارف واتعـاب المحامـاة . ادخلت المحكمة (ر.م.ق.أ) / اضافة لوظيفته شـخصاً ثالـث اختصامي وابطلت عريضـة الدعوى بحق المدعى عليهم مديـر عام (ت.ع) وملاحظ (ت.ع) في الزبير اضافة لوظيفتهما . اصـدرت محكمـة الموضوع بالعدد ٣٤/ب/٢٠٢١ في ٢٠٢٢/٥/١٢ حكما حضوريا قضى بإبطال قيد العقار المذكور اعلاه والمسـجل باسـم المدعى عليه الاول (م.ك) واعادة تسـجيله باسم الشخص الثالث الاختصامي واعتبار قيده ثابت الحكم والاشـعار الى ملاحظية (ت.ع) في الزبير بتأشـير ذلك بعـد اكتسـاب الحكم الدرجـة القطعية ورد دعوى المدعـي وتحميل وكيل الدعوى عليهما الرسـوم والمصاريـف واتعـاب محاماة. الشـخص الثالث. طعن المدعـى عليه الاول بالحكم البدائي اسـتئنافاً

بلائحة وكيله المؤرخة٢٦/٥/٢٠٢٢.كما طعن المدعي بالحكم البدائي استئنافاً بلائحة وكيله المؤرخة ٢٩/٥/٢٠٢٢. اصدرت محكمة استئناف البصرة بالعدد ٣٧٧/٣٧٣/س هـ ١/٢٠٢٢ في ١٥/٦/٢٠٢٢حكما قضى بفسخ الحكم البدائي تعديلاً والحكم برد دعوى المدعي والشخص الثالث الاختصامي/ اضافة لوظيفتهما وتحميلهما الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة. طعن المستأنف/المدعي بالحكم الاستئنافي تمييزاً بلائحة وكيلته المؤرخة ١٩/٦/٢٠٢٢ وسجل الطعن بالعدد ٣٤٦٧/ س.ع/٢٠٢٢ كما طعن المستأنف عليه / الشخص الثالث بالحكم الاستئنافي تمييزاً بلائحة وكيله المؤرخة ١٥/٦/٢٠٢٢ وسجل الطعن بالعدد ٣٤٦٨/س.ع/٢٠٢٢.

القـــرار // لدى التدقيق والمداولة لوحظ بان الطعنين التمييزيين مقدمان ضمن المدة القانونية قرر قبولهما شكلاً ولوحدة الموضوع قرر توحيدهما ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف للقانون لان الثابت من اوراق الدعوى ومستنداتها الرسمية بان العقار المرقم (١٧٧٤/ الكوت) والبالغ مساحته(١٠٤٦م٢) قد تم وضع اليد عليه من قبل القاضي (ك.م.م) وقام بإشغاله بالسكن مع عائلته باعتباره يعمل في محكمة بداءة الزبير وقد تم تأشيره في سجل اساس المحلة بان العقار هو (دار السيد الحاكم) وقد ثبت بانه كان يدفع بدلات الايجار لخزينة الدولة وبعد وفاته استمر ورثته بالإشغال . ووفقا لهذه المعطيات فان العقار هو من املاك وزارة العدل السابق ولان مجلس القضاء الاعلى قد حل حلولا قانونيا محل وزارة العدل بعد تشكيله سنة ٢٠٠٣ ومن ثم صدور قانون مجلس القضاء الاعلى رقم(٤٥) لسنة ٢٠١٧ الذي اكد على استقلال القضاء العراقي استقلالا تاما ولان المادة (٥) من امر سلطة الاتلاف المنحلة رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٤ قد حسمت وبشكل قاطع ملكيه العقارات التي شغلت قبل سنة ٢٠٠٤ من قبل المحاكم او دور سكن القضاة او اي استعمال يتعلق بالشأن القضائي الى مجلس القضاء الاعلى وان تسجيلها باسم مجلس القضاء الاعلى تنفيذاً للنص القانوني يعتبر كاشفا لحالة تملك مجلس القضاء الاعلى لهذه العقارات وليس منشئاً . ولان تسجيل العقار باسم المدعى عليه الاول (م.ك.م) وهو ابن القاضي (ك.م) الذي توفى بأجله الموعود عن طريق اجراءات التسجيل المجدد وهذه الاجراءات تعتبر معدومة لأنها قد انصبت على عقار يعود ملكيته للدولة فقط . لذا فان مثل هكذا اجراءات لا يمكن ان تكون سبباً قانونياً يصلح اعتماده للتسجل العقار باسم المدعى عليه الاول ولان من مخرجات هذه الاجراءات المعدومة هو وجود القيد العقاري المرقم ٢٧ /أ ب/ ٢٠١٥ جلد (٤٣٣) باسم (م.ك.م) ولان هذا القيد يعتبر باطلاً لأنه استند الى اجراءات معدومة مما يقتضى ابطاله استناداً لصراحه نص المادة(١٣٩) من قانون التسجيل العقاري وتسجيل العقار باسم المميز (ر.م.ق.أ) ولما كان الحكم المميز قد صدر خلاف ذلك مما اخل بصحته وتأسسا قررت المحكمة واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها للسير فيها وفقاً للمنوال المتقدم شرحه على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٢/٦/٢٠٢٢ .

-٣-

تشـكلت محكمة استئناف ذي قار بصفتها التمييزية بتاريخ ٢٠٢٢/٦/٩ برئاسة القاضي محمـد حيـدر حسـين وعضوية القاضيين نائبي الرئيس السـيدين حسـن عبـد علي حتاي وعدنان حميد جلاب المأذونين بالقضاء باسـم الشـعب اصدرت قرارها الاتي :-

المميـــز /ف.ر.ح/وكيله المحامي ((م.ك.ر)).

المميز عليهما/ ز.ج.ع/ قرار منفذ عدل قلعة سكر.

قـرر السـيد قاضي محكمة بداءة قلعة سـكر بصفتـه المنفذ العدل في مديريـة (تنفيذ قلعة سكر) بالإضبارة التنفيذية المرقمة٢٠٢٢/٢٤ في٢٠٢٢/٥/١٠ والمتضمن حبس المدين لمدة شـهر ، ولعـدم قناعة (المميز) بالقـرار بادر وكيله الى الطعن به تمييـزاً أمام هذه المحكمة طالبـاً تدقيقية ونقضه للأسـباب الـواردة بلائحتـه التمييزية المؤرخـة في ٢٠٢٢/٥/١٨ وسـجل الطعـن التمييزي بالعدد أعلاه بعدها وضعت الاضبـارة موضع التدقيق والمداولة وصدر القرار الاتي/-

القرار// لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية ومشتملاً عـلى اسـبابه قرر قبوله شـكلاً ولدى عطف النظـر على القرار المميز وجد انـه غير صحيح ومخالف لأحـكام القانـون كون المديـن المميز((ف.ر.ح)) لازال زوجـاً للدائنـه ((ز.ج.ع)) والعلاقة الزوجية مسـتمرة بينهما ولا يوجد في الاضبارة التنفيذية ما يشـير الى انتهاء تلك العلاقة او الرابطة الزوجية وبالتالي يكون مشمولاً بأحكام المادة((٤١/ثالثاً)) من قانون التنفيذ رقم٤٥ لسنة١٩٨٠ المعدل التي منعـت حبـس المدين اذا كان مـن اصول الدائن او فروعه او فروعه او اخوتـه او زوجاته مالم يكن الديـن نفقـة محكوم بها وان الديـن المنفذ هو((المهر المؤجل)) وليس نفقة وان غاية المشرع من ذلك المنع هو حرصا منه على الحفاظ على اواصر والروابط العائلية وان المشرع عندما اجاز حبس المدين عند امتناعه عن تقديم كفيل ضامن لتسديد الدين استناداً للتسوية التي يقررها المنفذ العدل استناداً لأحـكام المادة(٣٢/ثالثاً)من قانون التنفيذ انـف الذكر فأن ذلك يكون مقيداً بموانع وليس الواردة في نـص المادة(٤١منه) كونها جاءت على سـبيل الحصر ولـكل واحد منها غايات واهداف واعتبارات قصـد منهـا المشرع تحقيقها فإذا كان المدين زوجاً للدائنة فان قصد المشرع منع حبسـه هو للحفاظ عـلى الروابط العائليـة بينهما وعدم تصدعها كذلك ان تلك الموانع جـاءت لغرض مراعاة الاعتبارات الانسـانية والاقتصاديـة والاجتماعية للمديـن وتحقق التوازن بين مصلحـة الدائنة في الحصول على حقهـا المـشروع وبـين مصلحة المدين في ان لا يؤخذ من امواله او يعتـدي على حريته دون وجه حق

وهي تمثل الاسس التي جاء بها قانون التنفيذ في المادة (٢) منه عليه ، ولكون القرار المميز قد خالف وجهه النظر المتقدمة لذا ، يكون غير صحيح ، لذا قرر نقضه واعادة الاضبارة التنفيذية الى مديريتها لاتباع ما تقـدم وصدر القرار بالاتفاق في٩/ذو القعدة/١٤٤٣هـ الموافق ٢٠٢٢/٦/٩م.

القاضي

محـمد حيدر حسين

رئيس محكمة استئناف ذي قار الاتحادية

٢٠٢٢/٦/٩

-٤-

تشكلت محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية بتاريخ ٢٠٢٢/٥/٢٢ برئاسة القاضي الرئيس السيد احمد هادي حسين وعضوية نائبي الرئيس القاضيين السيدين رشيد حمزة محل و راسم رحيم حسين المأذونين بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الاتي.

المميز/ أ.م.ع.ع ك / وكيله المحامي/ ح.ع.ح .

المميز عليه/ ث.م.ن .

أصدرت محكمة جنح كربلاء بتاريخ٢٠٢٢/٣/٣١ قراراً بالعدد ٦٤٢/ج/٢٠٢٢ قضى الحكم حضورياً على المجرم (ث. م. ن. ص) بغرامة مالية قدرها (مليون دينار) استنادا لأحكام المادة (١/٤٥٩) من قانون العقوبات وبدلالة المادة (٢/ب) من قانون تعديل الغرامات رقم(٦) لسنة(٢٠٠٨) المعدل وفي حالة عدم الدفع حبسه لمدة(أربعة اشهر) وعدم اعطاء الحق للمشتكي بمراجعة المحاكم المدنية للمطالبة بالتعويض لتنازله عن الشكوى امام محكمة تحقيق كربلاء بتاريخ ٢٠٢٠/٢/٢٦ حيث ان الساقط لا يعود ... ولعدم قناعة المميز بالقرار هذا فقد طعن به تمييزاً بتاريخ ٢٠٢٢/٤/١٧ وسجل الطعن بالعدد ٣٥١/ت/جزائية /٢٠٢٢ وقدم السيد المدعي العام في كربلاء مطالعته بشأن الدعوى طالباً فيها(نقص كافة القرارات الصادرة في الدعوى استناداً لأحكام المادة (٢٥٩/أ/٨) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) المعدل) ووضعت الاضبارة موضع التدقيق والمداولة وصدر القرار الآتي ...

القـــرار// لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد أنه جاء صحيحاً وموافقاً للقانون ، لما استند اليه من اسباب قانونية صحيحة، ذلك ان وقائع هذه القضية تشير الى ان المتهم (ث. م. ن) سبق وأن حرر الصك المرقم (٠٠٠٠٠٣٤) المسحوب على مصرف الرافدين فرع العباس الى المشتكي (أ. م. ع) بمبلغ (مائة وعشرون مليون دينار) وهو يعلم بعدم توافر رصيد له في المصرف المسحوب عليه بتاريخ السحب حسبما جاء بالاستشهاد الصادر عن مصرف الرافدين فرع العباس ذي العدد(٤٠٢٥/٣٧٥) في٢٠١٩/١١/١٨ الامر الذي يعد دليلاً على توافر سوء النية لديه وتحقق أركان جريمة إعطاء صك من دون رصيد ، وان تمزيق الصك (الاصلي) من قبل المتهم (واعترافه بذلك صراحةً) وادانته على ذلك الفعل في الدعوى الجزائية المرقمة ١٣/ج هـ ٢٠٢٢/١ وفقاً لأحكام المادة (١/٣٠٠)من قانون العقوبات لا ينفي جريمة الصك من دون رصيد ، ذلك ان جريمة الصك من دون رصيد أنما تولد

وتتحقـق وتصبح قائمة من تاريخ تحريره وعلم الســاحب بأنه ليـس لديه مقابل وفاء ومن ثم فأن هــلاك الصــك او ضياعه بــأي كيفية كانت لا تجرد مالكه من الحقــوق الممنوحة له بمقتضى القانون وهذا ما يفهم ضمناً من نص المادة(١٦٣/أولاً) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة (١٩٨٤)المعدل ، اذ أن الغايــة التــي توخاها المشرع من تجريم فعل اعطاء صك من دون رصيد أنما هي حماية الصك وتعزيز الثقة به كأداة وفاء تقوم مقام النقود في التعامل وليس حماية المستفيد بالدرجة الاساس ، لــذا يكــون قرار تجريم المتهم وفقاً لأحكام المادة (١/٤٥٩) من قانون العقوبات رقم (١١١) لســنة (١٩٦٩) المعــدل صحيــح وموافق للقانون، كما ان العقوبة المفروضة بحق المتهم هي الاخرى جاءت متناســبة وفعــل المتهم وان عدم اعطاء الحق للمشــتكي بمراجعة المحاكم المدنيــة لتنازله صراحةً في مرحلة التحقيق أنما هو تطبيق سليم لنص المادة (٩/ح) من قانون اصول المحاكمات الجزائية بعد ان أسقط المشتكي حقه وتنازل عن كافة حقوقه الجزائية والمدنية وان هكذا تنازل مستوفٍ شرائطهِ القانونية لا يمكن التغاضي عنه ولا ســبيل للمشــتكي للتنصل عنه كون الساقط لا يعود حسبما وهو منصوص عليه في المادة(٢/٤) من القانون المدني رقم(٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل ... لذا قرر تصديق القــرار المميــز ورد اللائحة التمييزية وصدر القرار بالاتفاق اســتنادا لأحكام المادة (٢٥٩/أ/١) من قانــون اصــول المحاكمــات الجزائية رقــم (٢٣) لســنة (١٩٧١) المعدل وبدلالة القرار(١٠٤) لســنة (١٩٨٨) المعدل في ٢٠/شــوال/١٤٤٣ هــ الموافق ٢٠٢٢/٥/٢٢ .

القاضي

أحمد هادي حسين

رئيس الهيأة

مبادئ القضاء الاداري

تعليق على قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد
(١٤٠/ موحداتها ١٤١ /اتحادية/اعلام/٢٠١٨)
عرض الاستاذ الدكتور علي فوزي الموسوي

أقيمت الدعوى بالعدد(١٤٠/اتحادية/٢٠١٨) من (السيد رئيس مجلس الوزراء اضافة لوظيفته) للطعن ببعض مواد قانون مجلس النواب رقم(١٣) لسنة ٢٠١٨، وما يعنينا بالبحث في ذلك هو الطعن المقدم بصدد البند (ثالثاً) من المادة (٥٠) منه التي اوجدت آلية جديدة لتعيين المستشارين ، اذ بموجبها يعين المستشارين بأمر نيابي وبموافقة المجلس بناءً على اقتراح الرئيس بالتوافق مع نائبيه، وعدّ المستشارين المعينين في مجلس النواب والصادر بتعيينهم مرسوم جمهوري قبل نفاذ هذا القانون مستشارين لأغراض تنفيذه، ووجد وكيل المدعي ان الحكم المذكور يتعارض مع الدستور ، الذي حدد آلية لتعيين اصحاب الدرجات الخاصة تتمثل باقتراح من مجلس الوزراء وموافقة مجلس النواب ، اذ أن وظيفة مستشار تعد من الوظائف الخاصة على وفق القرار التشريعي رقم (١٠٧٧) لسنة ١٩٨١ كما يضيف الاثر الرجعي للتعيينات اعباء مالية على خزينه الدولة دون استحصال موافقة الحكومة .

وقد اجاب وكيل المدعى عليه (رئيس مجلس النواب اضافةً لوظيفته) ان الآلية المتضمنة في المادة(٨٠/خامساً) من الدستور من آلية التعيين لأصحاب الدرجات الخاصة المطلوب استيفائها كقاعدة عامة في تعيين كل من يصدق عليه انه من اصحاب الدرجات الخاصة في اطار السلطة التنفيذية لا ان يتعدى ذلك الى غيرها من السلطات كالسلطة التشريعية والقضائية فعبارة (أصحاب الدرجات الخاصة) من الفاظ العموم يراد بها الخصوص ، لذا فان ما ذهب اليه مجلس النواب في القانون من تعيين المستشارين بأمر نيابي بناءً على اقتراح من الرئيس ونائبيه وموافقة مجلس النواب وصدور مرسوم جمهوري بذلك يكون منسجماً مع ما استقر عليه قضاء المحكمة الاتحادية الموقرة في قرارها المرقم(١٩/اتحادية/٢٠١٧) في١١/٤/٢٠١٧ وامام كلا الدافعين المقدمين من وكيلي المدعي والمدعى عليه رأت المحكمة ان النص يأتي تطبيقاً سليماً لأحكام المادة(٤٧) من الدستور ولا تعارض بين المادة(٥٠/ثالثاً) من القانون مع احكام الدستور دون ان تدخل في تفاصيل مسببة لحكمها ، بل ان المحكمة كررت تسبيبها هذا بالقول بعدم تعارض البند(اولاً) من المادة (٥٠) مع الدستور وهو يتحدث على اعداد المستشارين في مجلس النواب .

تتضمن المادة (٤٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ النص(تتكون السلطات الاتحادية

مـن السـلطات التشريعية والتنفيذية والقضائيـة، تمارس اختصاصاتها ومهماتها على اسـاس مبدأ الفصل بين السلطات ، وتتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء) ، وتنـص المواد(٤٧)و(٦١/خامساً-ب/ج)و(٨٠/خامسـاً) مـن الدسـتور عـلى ان يمارس مجلس الوزراء صلاحية التوصية الى مجلس النواب بالموافقة على تعيين وكلاء الوزرات والسفراء واصحاب الدرجـات الخاصـة ، ورئيس اركان ومعاونيه ومن هـم بمنصب قائد فرقة فما فوق، ورئيس جهاز المخابرات الوطني ورؤساء الاجهزة الامنية) ليصار من بعدها الى استحصال موافقة مجلس النواب على تعيينهم .

وبالرجـوع الى احـكام النصـوص آنفة الذكر نـرى انها جاءت بحكم مطلـق لا يمكن تخصيصه بموظفي الدرجات الخاصة في السـلطة التنفيذية فحسـب ، واذا كان الامر متعلقاً بمبدأ الفصل بين السـلطات فيمكن للسبب ذاته القول بأن السـلطة التشريعية لا يمكن لها التدخل بتعيينات الدرجات الخاصة في السـلطة التنفيذية للعلة ذاتها ، اذ ان الدسـتور لم يقر مبدأ الفصل بين السـلطات بشكل مطلق لا سـيما التنفيذية والتشريعية بل هناك توازن وتعاون فيما بينها ، هذا من جهة ، ومن جهة اخـرى ان قـرار المحكمـة الاتحاديـة العليا رقـم (١٩/اتحاديـة/٢٠١١) في ٢٠١٧/٤/١١ ، الذي تذرع به وكيل المدعي كان متعلقاً بوظائف قضائية غير تلك الوظائف التي حددتها المواد(٨٠ و٦١) مـن الدسـتور ، ومـن ثم فهـي بالفعل اضافة على اختصاصـات مجلس النواب المحددة في الدسـتور وعـلى العكـس من ذلك قضت المحكمة بقرارهـا بالعدد(١٠٤/اتحاديـة/٢٠١١) في ٢٠١٢/١/٣٠، بأن اعطاء حق الترشـيح والمصادقة عليه لجهة واحدة يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السـلطات ، فمبدأ الفصل بين السـلطات يهدف الى توزيع وظائف الحكم الرئيسية (التشريعية والتنفيذية والقضائية) بصـورة متسـاوية حتـى لا تتركز السـلطة بيد واحـدة ، وفي السـياق ذاته الدعـوى بالعدد (١٠٥/ اتحاديـة /٢٠١١) حيـث قضت ان المادة (٤/اولاً) من قانون هيأة النزاهة رقم (٣٠) لسـنة ٢٠١١ غـير دسـتورية وأيدت دفـع رئيس مجلس الـوزراء من حيث ان المـادة مخالفة للدسـتور الذي أقر نظاماً برلمانياً قائماً على مبدأ الفصل بين السـلطات ومن ثم فهي تخالف مبدأ الفصل بين السـلطات والمادة (٦١/خامساً – ب) والمادة (٨٠/خامساً) من الدستور ، اذ ان مهمة مجلس النواب التصويت فقط على هؤلاء أي المصادقة على الترشـيح من المؤهلين للمناصب المذكورة ، لذا لا يجوز اعطاء حق الترشـيح والمصادقة عليه لجهة واحدة ، اذ ان ذلك يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السـلطات الذي نصت عليه المادة (٤٧) من الدسـتور ، وقد أيدت المحكمة الدفع المقدم من مجلس الوزراء وذهبت المحكمة الى القـول بـأن (.... المـادة (٤٧) من الدسـتور قد نصت عـلى مبدأ الفصل بين السـلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وقضت بأن تمارس كل سلطة اختصاصاتها ومهامها على اساس مبدأ الفصل

بين السـلطات ..... وان المادة (٤/١/اولاً) هي تجاوز على اختصاص السـلطة التنفيذية مما يقتضي الحكم بعدم دسـتورية المادة(٤/١/اولاً) من قانون هيأة النزاهة رقم (٣٠) لسـنة ٢٠١١ .

كمـا أن للمحكمـة الاتحادية العليـا قرار صريح بهذا الشـأن بالعـدد (٤٣/اتحادية/٢٠٠٩) في ٢٠٠٩/٧/٢٠ خلصـت فيـه المحكمـة الى ان رئيـس مجلس الـوزراء هو المسـؤول التنفيذي المباشر عـن السياسـة العامـة للدولة والمتكونة من السـلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وسـند ذلك المـادة (٧٨) والمـادة(٤٧) مـن الدسـتور ، وان المشرع لو اراد اسـتثناء الدرجـات الخاصة في ديوان رئاسـة الجمهورية ومجلس النواب من ترشـيح وتوصية مجلس الوزراء لنص على ذلك صراحة في المادتين (٦١) و(٧٣) من الدسـتور ، كما فعل في المادة (٩١/ثانياُ) منه، عندما أناط ترشـيح رئيس واعضـاء ومحكمة التمييز الاتحاديـة ورئيس الادعاء العام ورئيس هيأة الاشراف القضائي بمجلس القضـاء الاعـلى ، لذا فـان صلاحية مجلس الوزراء في الاقتراح للتعيـين في الوظائف المنصوص عليها في الفقرة (ب) من البند (خامسـاً) من المادة (٦١) من الدسـتور ومن بينها المستشـارين تنصرف الى الدوائـر المرتبطـة بديوانه والـوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة ، كمـا تنصرف تلك الصلاحية للتعيين في الدوائر المرتبطة بمجلس النواب ورئاسـة الجمهورية ، وان كان اتجاه المحكمة الجديد في امكانية ترشـيح وتعيين مستشـاري مجلس النواب من المجلس ذاته يعد عدولاً عن قراراتها السابقة فـان حكـم المادة (٤٥) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم(١) لسـنة ٢٠٢٢ قيد حكم العدول بالضرورة وتحقيق المصلحة الدسـتورية والعامة شرط ألا تمس اسـتقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسـبة ولا مصلحة دسـتورية في ان يتم التمييز بين اصحاب المراكز المتماثلة بان يجري تعيين مستشاري مجلس الوزراء ورئاسة الجمهورية والوزارات بناءً على توصية من مجلس الوزراء ويعفـى مستشـارو مجلـس النـواب مـن ذلـك ، ولا مصلحة عامـة في ان يجرد مجلس الـوزراء من صلاحياته الدسـتورية ، اذ مارس مجلس النواب بالفعل صلاحية تعيين موظفين بدرجة خاصة في المجلس بإصدار القرار النيابي المرقم (٤٢) لسنة ٢٠٣٢ ، بصورة منفردة دون التوصية من مجلس الوزراء مستندين بحكم المادة (٦١/خامساً – ب) من الدستور ، وهي تقضي بإناطة صلاحية تعيين الدرجـات الخاصـة بمجلس النواب ، لكونها مشروطة (باقـتراح مجلس الوزراء) متغاضياً عن حكم النـص الدسـتوري بالاعتماد على حكم المادة(٤٨) من قانون مجلـس النواب النافذ ، والتي بموجبها منـح رئيـس المجلس ونائبيـه صلاحية مجلس الـوزراء وصلاحية رئيس مجلس الـوزراء في كل ما يتعلق بموظفي وتشكيلات المجلس مجرداً صلاحية مقررة لمجلس الوزراء بموجب احكام الدستور ومتجاوزاُ على مبدأ الفصل بين السـلطات ومعدلاً لنصوص الدسـتور بنص قانوني .

وقـد تكـرر النـص محـل البحث بالمفهـوم ذاته ضمن احـكام قانـون تنظيم عمل المستشـارين

رقـم(٣) لسـنة ٢٠٢٢ في المـادة (١/ثالثـاً) منه بالنص عـلى ان (يعين المستشـار في مجلس النواب بمرسوم جمهوري بناءً على موافقة مجلس النواب على توصية رئاسة مجلس النواب بتعيينه) ، واذا فرضنا تقديم طعن امام المحكمة الاتحادية العليا بحكم النص الاخير وحكم المحكمة بعدم دستوريته فسـتبقى نصوص قانون مجلس النواب رقم(١٣) لسـنة ٢٠١٨ التي تجوز تعيين الدرجات الخاصة في المجلس دون المرور بالآلية الدسـتورية ودون توصية مجلس الوزراء نافذة وان صح منح رئيس مجلـس النـواب ونائبيـه صلاحية مجلس الـوزراء فيما يتعلـق بموظفيه بنـص قانوني فهل يصح بالمقابـل منـح مجلس الـوزراء صلاحية مجلس النواب بنص تشريعي ايضـاً . واخيراُ، ندعو المشرع والمحكمـة الاتحاديـة العليـا الى معالجة هذا الخلل والتعدي على نصوص الدسـتور واعادة صلاحية مجلـس الوزراء الى نصابها الصحيح .

اشراقات قانونية

الأستاذ (ضياء شيت خطاب)

بقلم الدكتور (جليل الساعدي)
كلية القانون/جامعة بغداد

- ولد الاستاذ القاضي (ضياء شيت خطاب) في مدينة الموصل سنة ١٩٢٠ , وهو من أسرة دينية شريفة النسب , يتصل نسبه إلى الامام الحسن بن الامام علي بن ابي طالب (عليهم السلام) .
- اكمل دراسته الثانوية سنة ١٩٣٨ في مدينة الموصل , ثم التحق بكلية القانون في (بغداد) وتخرج منها سنة ١٩٤٢, وبعدها التحق بجامعة جورج واشنطن في (الولايات المتحدة الاميركية) فنال منها درجة الماجستير في القانون المقارن سنة ١٩٦٣،ومارس مهنة المحاماة لبضعة أشهر , بعدها أصبح معاونا قضائيا في محاكم بغداد بين سنة ١٩٤٥- ١٩٥٥.
- عُين في سنة ١٩٥٥ قاضيا في محكمة الاستئناف العراقية , وبعدها انتدبه وزير العدل كقانوني في ديوان التدوين القانوني الذي يعرف اليوم بـ (مجلس الدولة).في سنة ١٩٦٤ عين قاضيا في محكمة تمييز العراق وفي السنة ذاتها عين رئيسا لديوان التدوين القانوني وفي السنة ذاتها شغل منصب نائب رئيس محكمة العراق واستمر بمنصبه حتى سنة ١٩٧٩, عندها شغل منصب رئيس محكمة تمييز العراق واستمر بهذا المنصب حتى سنة ١٩٨٣.
- نال منصب عضو لجنة التحكيم الدولية في مدينة لاهاي.له مجموعة من المؤلفات القانونية لعل اهمها (شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٦٧) و (الوجيز في قانون المرافعات العراقي سنة ١٩٧٣).
- درس في الجامعات والمعاهد العراقية لسنوات طويلة منذ سنة ١٩٥٩ وعمل استاذا محاضرا في كلية القانون – جامعة بغداد , وفي كلية الحقوق – جامعة النهرين , كما درس ايضا في المعهد القضائي .
- نال عضوية ثلاثة مجامع علمية في العراق والاردن ومصر .
- توفي في يوم الاثنين الموافق٩ نيسان سنة ٢٠١٢ رحم الله الاستاذ ضياء شيت خطاب وأسكنه فسيح جناته.

المحتويات

الترشيح والتكليف دستورياً

القاضي الدكتور فائق زيدان..... ١١

إضاءة إبداعية يتبناها المعهد القضائي

فاتن محسن هادي..... ١٣

البحوث

أحكام تشغيل العمال الأجانب في التشريع العراقي

القاضي احمد محمود عبد التميمي ١٥

المستخلص ١٦

المقدمة..... ١٧

المبحث الأول : تعريف العمالة الأجنبية وشروط استقطابها الى العراق واجراءاته ١٨

المطلب الأول : تعريف العمالة الأجنبية واعتبارات تشغيلها..... ١٩

المطلب الثاني : شروط استقدام العمالة الأجنبية واجراءاته..... ٢١

المبحث الثاني : مخاطر العمالة الأجنبية والجزاء المترتب على مخالفة ٢٧

المطلب الأول : مخاطر استقدام العمالة الأجنبية على العراق..... ٢٨

المطلب الثاني : جزاء مخالفة أحكام تشغيل عمل الأجانب والمحكمة المختصة في فرضه ٣٣

الخاتمة..... ٣٧

المصادر ٤٠

تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية

القاضي احمد عبيد الكعبي ٤٢

المستخلص ٤٣
المقدمة..... ٤٥
المطلب الأول : التعريف بتجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية..... ٤٨
الفرع الاول : مدلول تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية..... ٤٨
الفرع الثاني : نطاق تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية ٥٠
المطلب الثاني : أحكام تجديد القوة التنفيذية للأحكام القضائية..... ٥٤
الفرع الاول : سقوط القوة التنفيذية للحكم بسبب مرور الزمان..... ٥٤
الفرع الثاني : (تقادم الحق) ٦٢
الخاتمة ٦٧
المصادر ٧٠

فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية

القاضي عواد حسين ياسين العبيدي..... ٧٥
المستخلص ٧٦
المقدمة..... ٧٧
المبحث الأول : مفهوم فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية..... ٧٩
المطلب الأول : تعريف فساد الاستدلال وأنواعه في المنطق القضائي ٧٩
المطلب الثاني : تحديد مدلول فساد الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية وتمييزه عما يشتبه به..... ٨٤
المبحث الثاني : صور عيب الفساد في الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية والرقابة القضائية عليها . ٨٩
المطلب الأول : صور عيب الفساد في الاستدلال ٩٠
المطلب الثاني : الرقابة القضائية على الفساد في الاستدلال في تسبيب الاحكام القضائية ٩٧
الخاتمة..... ١٠١
المصادر ١٠٢

الحماية الجنائية للطفل في القانون العراقي

القاضي رشا عبد الباقي ضاحي ١٠٦
المستخلص ١٠٧
المقدمة ١٠٨
نطاق الحماية الجنائية للطفل ١١٠
المطلب الأول : أثر صغر السن في المسؤولية الجزائية ١١١
المطلب الثاني : الحماية الجزائية للطفل بإعتبارهِ فاعلاً للجريمة ١١٩
المطلب الثالث : الحماية الجنائية لحقوق الطفل المجني عليه ١٣٧
الخاتمة ١٤٦
التوصيات ١٤٧
المصادر ١٤٧

الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة في القانون العراقي

القاضي سلام زيدان ١٥٥
المستخلص ١٥٦
المقدمة ١٥٧
المبحث الأول : العدول عن الخطبة في قانون الأحوال الشخصية ١٥٨
المطلب الاول : طبيعة الخطبة قانوناً ١٥٨
المطلب الثاني : الآثـار الناجمة على العدول عن الخطبة في القانون ١٥٩
المبحث الثاني : العدول عن الخطبةلغير المسلمين من العراقيين ١٦٦
المطلب الاول : الخطبة وفسخها لدى الطائفة الموسوية ١٦٨
المطلب الثاني : الخطبة وفسخها في الشريعة المسيحية ١٧١
الخاتمة ١٧٧

المصادر ١٧٩

الآثار القانونية المترتبة على سلب وإيقاف الولاية وموقف القضاء العراقي

القاضي صفا عبد علي حسين ١٨١

المستخلص ١٨٢

المقدمة..... ١٨٣

المبحث الاول : تعريف الوِلاية وسلبها وايقافها وشروطها ١٨٦

المطلب الاول : تعريف الوِلاية وسلبها ١٨٦

المطلب الثاني : الفرع الاول : شروط سلب الوِلاية ١٩٠

المبحث الثاني : الاثار القانونية المترتبة على سلب وايقاف الولاية وموقف القضاء العراقي.. ٢٠٠

المطلب الاول : آثار سلب الوِلاية وإيقافها ٢٠١

المطلب الثاني : موقف القضاء العراقيّ من سلب الوِلاية وإيقافها ٢١٠

الخاتمة..... ٢٣٠

المصادر ٢٣٣

الطعن لمصلحة القانون وفقاً لأحكام قانون الادعاء العام النافذ رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٧

القاضي لطيف حسين عبيد ٢٣٨

المستخلص ٢٣٩

المقدمة..... ٢٤٠

المبحث الاول : الشروط القانونية للطعن لمصلحة القانون ٢٤١

المطلب الاول : إختصاص الإدعاء العام بالطعن ٢٤٢

المطلب الثاني : الشروط الشكلية للطعن لمصلحة القانون..... ٢٥١

المطلب الثالث : الشروط الموضوعية للطعن لمصلحة القانون..... ٢٥٧

المبحث الثاني : إجراءات الطعن لمصلحة القانون..... ٢٦٢

المطلب الاول : الجهة المختصة بتقديم الطعن ٢٦٣
المطلب الثاني : الجهة المختصة بنظر الطعن ٢٦٩
المطلب الثالث : آثر الطعن لمصلحة القانون ٢٧٤
الخاتمـــــــة ٢٧٩
المصادر والمراجع ٢٨٢

الآثار القانونية لجائحة كورونا على العقود الحكومية

الطالب: محمد شاكر محمود حسن المعهد القضائي – الدورة (٤٢) الجزء الثاني ٢٨٦
المستخلص ٢٨٧
المبحث الثاني : الآثار القانونية لجائحة كورونا على مراحل العقد الحكومي ٢٩٠
المطلب الأول : أثر جائحة كورونا على انعقاد العقد وتنفيذه ٢٩٠
الفرع الأول : أثر جائحة كورونا على انعقاد العقد الحكومي ٢٩٠
الفرع الثاني : أثر جائحة كورونا على تنفيذ العقد الحكومي ٢٩٥
المطلب الثاني : أثر جائحة كورونا على انتقال العقد وانتهائه ٣٠٤
الفرع الأول : أثر جائحة كورونا في انتقال العقد الحكومي ٣٠٤
الفرع الثاني : أثر جائحة كورونا على انتهاء العقد الحكومي ٣٠٨
الفرع الثالث : دعوى المسؤولية الناشئة عن جائحة كورونا ٣١٨
الخاتمة ٣٢٣
المصادر ٣٢٦

إبطال القيد العقاري وأثره على استقرار المعاملات

بحث تقدم به الطالب هاشـم يوسف كطان (الدورة ٤٢) الجزء الثاني ٣٣١
المستخلص ٣٣٢

المـقـدمـة ٣٣٣
المبحث الثاني : الآثار القانونية المترتبة على إبطال قيد التسجيل العقاري ٣٣٥
المطلب الأول : الآثار القانونية للإبطال بالنسبة للأشخاص..... ٣٣٦
الفرع الأول : أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للمتعاقدين ٣٣٧
الفرع الثاني : أثر إبطال قيد العقار بالنسبة للغير ٣٤٤
المطلب الثاني : أثر إبطال القيد من حيث التعويض وأثر مبدأ استقرار المعاملات..... ٣٥٠
الفرع الأول : أثر إبطال قيد العقار من حيث التعويض..... ٣٥٠
الفرع الثاني : أثر إبطال قيد العقار على مبدأ استقرار المعاملات ٣٥٥
الخاتمـــة ٣٦٥
المصادر والمراجع ٣٦٧

المبادئ

مبادئ القضاء الدستوري ٣٧٢
القاضي الدستوري ومبدأ المساواة بمفهومه السلبي والإيجابي ٣٧٣
المبادئ المستخلصة من بعض قرارات المحكمة الاتحادية العليا..... ٣٧٦

مبادئ القضاء التمييزية..... ٣٨٠
-١- ٣٨١
-٢- ٣٨٦
-٣- ٣٨٨
-٤- ٣٩٠
مبادئ القضاء الاداري..... ٣٩٢
عرض الاستاذ الدكتور علي فوزي الموسوي ٣٩٣
اشراقات قانونية ٣٩٧
الأستاذ (ضياء شيت خطاب)..... ٣٩٧