

مجلة

المعهد القضائي



مجلة

المعهد القضائي العربي

مجلة علمية نصف سنوية تصدر عن المعهد القضائي
تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية والقضائية

- البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية
- فكرة ضرر الموت والتعويض عنه
- التعهد بنقل ملكية العقار
- وسائل محكمة الاحوال الشخصية في انهاء النزاع الاسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجا
- المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي
- محور مبادئ القضاء الدستوري
- محور مبادئ القضاء التمييزية
- محور مبادئ القضاء الاداري
- اشراقات قانونية

مجلة علمية نصف سنوية - العدد (٢) كانون الاول 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 (٢) كانون الاول لسنة ٢٠٢٣

رئيس التحرير: القاضي الدكتور فائق زيدان

مدير التحرير: فاتن محسن هادي

هيئة 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 الهلاي

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 (٢) كانون الاول لسنة ٢٠٢٣

الهيئة الاستشارية : القاضي كاظم عباس حبيب
القاضي محمد سلمان محمد
القاضي ناصر عمران طاهر
القاضي علي كمال جابر
القاضي إياد محسن ضمّد



مجلة

المجلة الإلكترونية للقضايا

مجلة علمية نصف سنوية - العدد (٢) كانون الاول لسنة ٢٠٢٣

وحدة ادارة المجلة

سكرتير التحرير : رائد عصام جلال

مسؤول العلاقات : محمد زنزل رعد

التدقيق اللغوي : د. حسن زهراو غانم

الترجمة : د. خنساء محمد جاسم علي

طبع : دار الوارث للطباعة النشر

التصميم والايخراج الفني : محمد عباس العامري

البريد الالكتروني للمجلة : institutemagazine@yahoo.com



IRAQI PRODUCT

ضوابط النشر في مجلة المعهد القضائي

تنشر (مجلة المعهد القضائي) البحوث والدراسات القانونية والقضائية باللغة العربية، وهي تعنى بنشر كل ما يتصل بمجال إهتمام المجلة، من بحوث ودراسات فضلاً عن التعليق على الاحكام القضائية، والمقالات المختصة بالمجال ذاته وفق القواعد الاتية:

اولاً : 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 الدراسة التي يرفد بها المجلة لم يسبق نشرها -ورقياً أو إلكترونياً- وألا تكون مقدمة للنشر إلى أية جهة أخرى.
٣. أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والاضافة الجديدة الى المعرفة القانونية.
٤. الإلتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق لمواد البحث.
٥. ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من أطروحة دكتوراه أو رسالة ماجستير تقدم بها الباحث، أو جزءاً من كتاب سبق نشره.
٦. لا يجوز نشر البحث في أية مجلة أخرى بعد إقرار نشره في مجلة المعهد القضائي.
٧. ترسل البحوث مطبوعة، بصيغة مستند وورد الى البريد الالكتروني للمجلة، مع مراعاة التصحيح الدقيق في النسخة المرسلة من قبل الباحث.
٨. أن يرفق الباحث سيرته الذاتية.
٩. أن يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود صفحة واحدة باللغتين العربية والأنكليزية.

ب. قواعد خاصة:

١. تخضع البحوث المرسلة للتقييم العلمي ولبرنامج الاستلال الالكتروني.
٢. يجب أن يكون خط البحث المرسل من قبل الباحث عربي من نوع (Simplified Arabic) بحجم ١٤ والهامش حجم ١٢. ويكون ترتيب الهوامش تسلسلياً في كل صفحة.
٣. النشر للبحوث المقبولة للنشر يجري بحسب اسبقية ورود البحث للمجلة.
٤. تخصص قائمة بالمراجع في آخر البحث، تتضمن جميع المراجع التي أشير إليها في المتن،

ضوابط النشر في مجلة المعهد القضائي

وتوضع في صفحات مستقلة، على أن ترتب المصادر-والمراجع بدءاً بالمراجع العربية ثم الأجنبية.

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

ثانياً : التعليق على الاحكام القضائية:

تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيماناً منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيله ونقده، من واقع الربط بين نظرية القانون وعلمه، وبين التطبيق العملي، وذلك على وفق القواعد الآتية:

١. ان يكون معد التعليق متخصصاً في القانون.
٢. أن يتناول التعليق حكماً نهائياً استنفذت طرق الطعن عليه.
٣. ألا يناقش التعليق إلا المبادئ التي أقام عليها الحكم دعائمه.
٤. عدم التعرض للهيئة والقضاة الذين أصدروه.

مسؤولية القاضي في احترام الدستور والقانون

القضاة هم الأمناء على حسن تطبيق القانون لضمان حماية الحقوق التي على أساسها يبني المجتمع وتسود العدالة، لذا ينبغي أن تكون سلوكيات القضاة سواء في عملهم الوظيفي أو خارجه على مستوى الأمانة المودعة لديهم، ويرتب القانون على القضاة التزامات كما هي واجبات الموظفين والمكلفين بالخدمة العامة في مختلف قطاعات الدولة باعتبار أن القاضي أيضاً مكلف بتقديم الخدمة العامة، هذا فضلاً عن أن المنصب القضائي يفرض وجوده المعنوي، وتام المسؤولية على شخصية القاضي التزامات تحقق ضماناً لشرف ونزاهة عمل القضاء، ومنها التزامه ببذل العناية الكافية لتجنب الخطأ، وإلا أصبح عرضة للمساءلة التي تعد الأساس الحقيقي للنظام القانوني وإلا ما قيمة القانون إذا لم يكفل مساءلة المخطئ. وفي الدول التي تحترم القانون فإن الجميع يخضعون لحكم القانون سواء من أعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية أو السلطة القضائية التي هي أولى من غيرها بالخضوع لحكم القانون باعتبارها المسؤولة عن تطبيقه إلا أن مساءلة القضاة بطبيعة الحال تختلف عن مساءلة أعضاء السلطتين التشريعية والتنفيذية بسبب طبيعة عمل القضاة، وما يجب أن يتمتع به القضاة من استقلال وحياد، لذا فإن آلية مساءلة القضاة عن الأخطاء التي يرتكبونها يجب أن لا تؤدي إلى المساس بهذا الاستقلال والحياد، لذا نجد أن القانون يوفر الحصانة للقضاة حيث نصت المادة (٦٤) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ على عدم جواز توقيف القاضي أو اتخاذ الإجراءات الجزائية ضده في غير حالة ارتكابه جنائية مشهودة إلا بعد استحصال إذن رئيس مجلس القضاء الأعلى، غير أن هذه الحصانة ليست مطلقة إذ يمكن مساءلة القضاة عن كل فعل يشكل مخالفة للدستور والقانون وأفعال الإهمال والتقصير التي قد تقع منهم عند مزاولتهم العمل القضائي وقد تصل عقوبة القاضي إلى إنهاء الخدمة بموجب أحكام المادة (٥٨/ثالثاً) من قانون التنظيم القضائي إذا صدر عليه حكم بات بعقوبة من محكمة مختصة عن فعل لا يأتلف وشرف الوظيفة القضائية، كما بينت المادة (٦١ / أولاً) من القانون المذكور أن لجنة شؤون القضاة تقرر إحالة القاضي على المحكمة المختصة إذا وجدت أن الفعل المنسوب إليه يكون جنائية أو جنحة، لذا نجد أن القاضي إسوةً بغيره من المواطنين يتعرض للمساءلة الجنائية عند ارتكابه أي فعل مجرم بمقتضى قانون العقوبات والقوانين الأخرى على سبيل المثال المادة (٢٣٤) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩، التي تعاقب القاضي بالحبس والغرامة إذا اُصدر حكماً ثبت أنه غير حق كذلك يخضع القاضي شأنه شأن الموظفين والمكلفين بخدمة عامة لأحكام المادة (١/ ٣٢٩) من قانون العقوبات إذا تسبب بحكمه تعطيل حكم نص دستوري أو قانوني

مسؤولية القاضي في احترام الدستور والقانون

نافذ، ويخضع لإحكام المادة (٣٣٠) من القانون المذكور إذا أُخْلَ عمداً بواجب من واجبات وظيفته، ونرى أن هذه النصوص القانونية وغيرها التي تطبق على القضاة عما يرتكبونه من أفعال مخالفة للدستور والقانون وتطبيقها بشكل جدي يساهم في تعزيز ثقة المواطن بالقضاء لأن المواطن حين يرى معاقبة القاضي لإرتكابه ما يخالف الدستور والقانون سوف تتعزز الثقة بعدالة القضاء، أما إذا كان القاضي في مأمن من عواقب مخالفته الدستور والقانون لمجرد كونه قاضياً فإن ذلك يؤدي إلى انحسار الثقة بالقضاء لأن القائمين عليه غير ملتزمين بحكم الدستور والقانون فكيف يمكن الثقة بتطبيقهم لإحكام الدستور والقانون على الآخرين؟

ويعد واجب (احترام الدستور والقوانين النافذة وتطبيقها بأمانة ونزاهة وحياد) هو الأساس الذي يستند عليه العمل القضائي، لذا نجد أن المشرع حرص على النص على هذا الالتزام في صيغة اليمين التي يؤديها القاضي قبل ممارسة عمله القضائي بموجب المادة (٣٧ / ثانياً) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ والمادة (٧) من الأمر رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ (قانون المحكمة الاتحادية)، وهنا أوجه دعوتي بمحبة وحرص إلى زميلاتي وزملائي السادة القضاة إلى أن يضعوا نصب أعينهم بأن العدل اسم من أسماء الله والقضاء قبس من نوره وتحقيق العدل أساس في رسالة الأنبياء والرسل الذين بعثهم الله بالكتاب والميزان، وبالقضاء تصان الدماء والأعراض والأموال، وان ولاية القضاء من أعلى الولايات قدراً وأعظمها شأنًا وأعزها مكاناً وأشرفها ذكراً، لذا يجب على جميع القضاة النأي بأنفسهم عن كل سلوك يخالف الدستور أو القانون.

القاضي الدكتور

فائق زيدان

رئيس التحرير

العدول القضائي ودوره في تطوير النصوص الدستورية

تترسخ أهمية القضاء الدستوري من كونه يلعب دوراً محورياً في بناء دولة القانون والحفاظ على مبادئ الديمقراطية من خلال حماية الحقوق والحريات العامة والخاصة إضافة للسعي الدائم في تحقيق عملية التوازن بين السلطات المكونة للنظام السياسي في الدولة ، لذا فان استقلال القضاء الدستوري يعد ضرورة لاحترام الدستور وتطبيق القانون وهذا يقتضي عدم جواز تدخل او تأثير اي سلطة اخرى فيما يصدر عن القضاء الدستوري من احكام .

والحكم القضائي الدستوري يصدر من محكمة اعضائها من القضاة الذين لهم ما للبشر من صفات الخطأ والقصور ومن ثم قد يشوب الحكم القضائي الدستوري بعض القصور عن مواكبة التطور في المجتمع من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، مما قد يدفع القاضي الدستوري في حالات وظروف وازمنة مختلفة الى العدول عن حكمه السابق لتصحيح بعض ماورد في هذه الاحكام وتطوير ما يحتاج منها الى تطوير في ضوء اختلاف المصلحة الدستورية الموجبة للعدول بشروط وضوابط تقتضيها تلك المصلحة فالحكم القضائي الدستوري في حالات معينة قد لايمكن تطبيقه مرة اخرى في ظل ازمة مختلفة وظروف مختلفة لان ما يكون عادلاً في ظرف وزمن معين قد لا يكون كذلك في غيره من الظروف واختلاف الزمان ومن هنا تبرز أهمية العدول في احكام القضاء الدستوري .

وقبل الخوض في هذا الموضوع لا بد لنا من التطرق الى تعريف العدول :-

التعريف اللغوي للعدول :

العدول في اللغة العربية من عدل يعدل عدلاً وعدالة وعدولة ومعناها اي انصف وكان عادلاً او عدل في الامر ، استقام فيه وعدل عن الطريق حاد او مال عنه عدل اليه اي رجع في المحمل اي ركب معه^[١].

التعريف الاصطلاحي للعدول :

العدول هو ان يعدل القاضي الدستوري ارادياً عن حكم سابق او تفسير لنص دستوري اذا وجد ان الحكم او التفسير السابق قد بني على اساس خاطئة او غير ملائم لظروف ومتغيرات المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية سواء كان العدول ايجابياً او سلبياً^[٢].

كذلك العدول في مجال القضاء يعني تفسير وجهة نظر المحكمة ازاء مسألة معينة اي التخلي عن توجه معين وصفته المحكمة في قرار صادر واتخاذ منهج جديد ازاء المسألة ذاتها .

العدول القضائي ودوره في تطوير النصوص الدستورية

بعبارة اخرى ان العدول يعني تخلي المحكمة عن حكمها القديم الذي كانت تتخذه كمنهج تسيير عليه الى حكم جديد لذلك عرف البعض العدول بأنه (الغاء المحكمة لسابقة كانت قد وضعتها وذلك اما بالنص في حيثيات حكمها الجديد على ذلك الالغاء او بالنص على ان الظروف التي وضعت فيها السابقة قد تغيرت)^[٣]. ويصنف العدول الى انواع متعددة من ناحيتين هما (الناحية الموضوعية والناحية الشكلية) فمن الناحية الموضوعية ينقسم العدول على عدول سلبي و عدول ايجابي ، من حيث الاثار التي يخلفها فاذا كانت تلك الاثار تصب في مصلحة الحقوق والحريات وتوسع منها فإنه يعد عدولاً ايجابياً وعلى خلاف ذلك يعد عدولاً سلبياً اذا كانت تتضمن تراجع في حماية الحقوق والحريات وينقسم ايضاً من الناحية الموضوعية على عدول واقعي و عدول قانوني ، بحسب السبب الذي ادى اليه فاذا كان سبب العدول هو تغيير في الواقع فإنه عدول واقعي واذا كان سبب العدول هو تغيير او تعديل يطرأ على القواعد القانونية فإنه عدول قانوني .

اما من الناحية الشكلية فينقسم العدول على عدول مفاجئ و عدول تدريجي وذلك بحسب الفترة الزمنية بين الحكم السابق والحكم الجديد الذي تضمن العدول .

وينقسم ايضاً الى عدول صريح و عدول ضمني ، بحسب الاعلان عن توجه المحكمة في الحكم الذي تضمن العدول فاذا اعلنت المحكمة عن توجهها في العدول عن الحكم السابق فان ذلك يعد عدولاً صريحاً واذا عدلت المحكمة دون الاشارة في الحكم الذي تضمن العدول فانه يعد عدولاً ضمناً وينقسم العدول كذلك الى عدول محدد و عدول غير محدد بحسب منهج المحكمة في بيان المسائل التي يشملها العدول فاذا حددت المحكمة المسألة التي يشملها توجهها الجديد فان ذلك يعد عدولاً محدداً بينما يعد عدولاً غير محدد اذا لم تبين المحكمة تلك المسائل^[٤].

العدول في احكام القضاء الدستوري :

العدول في احكام القضاء الدستوري هو احلال حكم جديد محل حكم سابق بسبب تغير الظروف او كون الحكم السابق كان مجافي للعدالة ، وللوصول الى النتيجة المرجوة من العدول ينبغي ان يكون لاسباب معينة كأن تكون بسبب ما طرأ على المجتمع من تغيرات سياسية او اقتصادية او اجتماعية ويشترط ايضاً ان يصدر العدول وفق طرق معينة بحسب وجهة نظر القاضي الذي عدل عن الحكم السابق .

وهذا قد يقودنا الى تساؤل في غاية الاهمية هو عندما يتم عدول المحكمة الدستورية عن قرار صدر عنها سابقاً ، هل يعد عدول المحكمة هذا تنصلاً عن الالتزام بأحكامها السابقة ام لا ؟ خاصة وان دساتير بعض الدول تنص صراحة على ان احكام المحكمة الدستورية تكون باثة وملزمة مثلما تم النص على ذلك في دستور جمهورية العراق لعام (٢٠٠٥)^[٥] .

وإذا تأملنا نص (م ٥/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا لسنة (٢٠٠٥) المعدل بقانون رقم (٢٥) لسنة (٢٠٢١) ونص (م ٣٦) من النظام الداخلي للمحكمة المذكورة رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ نجدها تسبغ على قرارات المحكمة اما وصف الالزام او وصف البتات لذا ماكان على مشرع دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) سوى الجمع بين الصفتين حين نص على (بتات القرارات والزاميتها للسلطات كافة) وهكذا تتصف قرارات المحكمة الاتحادية العليا بمميزات البتات ، والالزام والحجية المطلقة على السلطات كافة^[١] فالبتات يعني قطعية قرارات المحكمة الاتحادية اي لا تقبل اية وسيلة او طريق للطعن .

اما صفة الالزامية في قرارات المحكمة الاتحادية فتعني تطبيق القرار او الخضوع له او الاحتجاج بقراراته الحكيمة والمطالبة بتطبيقها ، ويكمن الهدف من الزامية قرارات المحكمة الاتحادية في توحيد تطبيق النصوص الدستورية بغية تحقيق المساواة بين الافراد المتمتعين بالمراكز القانونية ذاتها .

الاساس القانوني للعدول في ضوء قرارات المحكمة الاتحادية العليا :-

لو اردنا البحث عن الاساس القانوني للعدول قدر تعلق الامر بالقضاء الدستوري العراقي لوجدنا ذلك يتجلى بشكل واضح من خلال النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم (١) لسنة (٢٠٢٢) المادة (٤٥) منه (للمحكمة عند الضرورة وكلما اقتضت المصلحة الدستورية والعامه ان تعدل على مبدأ سابق اقرته في احدى قراراتها على ان لايمس ذلك استقرار المراكز القانونية والحقوقية المكتسبة) .

من خلال تحليل النص المذكور انفاً اشترط توفر شروط لكي يستطيع القاضي الدستوري ان يلجأ الى العدول منها تحقيق (المصلحة الدستورية) (وعدم المساس بالمراكز القانونية) والسؤال الذي يثار هنا ماهي المصلحة الدستورية التي تم الاشارة اليها في المادة اعلاه ؟

قد نجد مفهوماً للمصلحة الدستورية في ديباجة دستور جمهورية العراق لسنة (٢٠٠٥) حيث وردت في هذه الديباجة عبارات مثل (تحقيق العدل والمساواة والاهتمام بالمرأة وحقوقها والطفل وشؤونه والشيخ وهمومه واشاعة ثقافة التنوع ، ايضاً عبارة ان يُسنَّ من منظومة القيم والمثل العليا رسالات السماء ومن مستجدات علم وحضارة الانسان هذا الدستور الدائم ... الخ).

لو تمعنا في هذه العبارات لوجدنا ان كل واحدة منها تمثل مصالح دستورية يهدف الدستور من خلال القاضي الدستوري الى حمايتها واستقرارها كلما دعت الحاجة لذلك ، اضافة لذلك نجد ان معظم مواد الدستور المذكور انفاً تتضمن في فحواها مصالح دستورية غاية في الاهمية يسعى المشرع الدستوري لحمايتها في جميع الاوقات .

ونلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق اخذت بالعدول اثناء قيامها بفحص النصوص

العدول القضائي ودوره في تطوير النصوص الدستورية

الدستورية في القضايا المنظورة امامها يظهر ذلك جليا من خلال بعض القرارات الصادر عن المحكمة الاتحادية في الاعوام السابقة والتي تم العدول عنها صراحة بقرارات جديدة للمحكمة الاتحادية العليا حيث كان الدافع من ذلك هو سعي القاضي الدستوري لتحقيق المصلحة الدستورية المتجددة التي تواكب متغيرات الزمن واختلاف ظروف المجتمع وهذه المصلحة تكمن في الغاية الحقيقية التي ابتغاهها المشرع الدستوري عندما وضع النص الدستوري وهي بالتأكيد تكون لمصلحة عامة تتمثل في استمرار وديمومة الحياة في المجتمع وضمان حماية الحقوق والحريات الاساسية فيه^[٧].

كما بلورت المحكمة الاتحادية العليا في قرارها المرقم (١٥٨/اتحادية/٢٠٢٢) المؤرخ في (٢٠٢٢/٨/١٦) الضوابط الذاتية لعدول المحكمة الاتحادية العليا عن مبدأ سابق لها وهذه الضوابط تتمثل في (ان يكون العدول عن مبدأ قضائي سابق الى مبدأ قضائي جديد في ذات الموضوع ولم تشر المحكمة الى كون المبدأ الجديد يناقض او يتعارض مع المبدأ الاول وان لا تكون القرارات ذات طبيعة شخصية وان يكون العدول استجابة للظروف والمتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وان يكون هدف العدول تحقيق المصالح العليا للبلد ودعم الحقوق والحريات العامة وحماية الامن وتحسين وتقويم عمل السلطات الاتحادية وضمان حسن سير المرافق العامة للدولة)^[٨].

من ذلك نستنتج ان عدول المحكمة الدستورية عن قرار صدر عنها سابقاً يؤدي الى تطوير النص الدستوري او الى معايشة الدستور للواقع المستجد كون النصوص الدستورية قد تتقدم وبالمقابل هناك تطور مستمر للحياة بكافة جوانبها ، مما يجعل القاضي الدستوري يلجأ الى جعل النص الدستوري النافذ يواكب التطور وتغيير ظروف المجتمع خلال الحقب الزمنية المتتالية وذلك عن طريق العدول خاصة وان اجراءات تعديل الدستور بالغالب تكون صعبة وجامدة ، وايضاً لكي يتمكن القاضي الدستوري من الوصول الى فكرة الدستور الحي .

لذا يمكن القول بان العدول يعتبر وسيلة مهمة تفسح المجال امام القاضي الدستوري للاجتهد وفحص النص الدستوري وصولاً الى الغاية التي ارادها المشرع الدستوري كلما اقتضت الضرورة ذلك حسب متغيرات ومستجدات ظروف الحياة وواقع المجتمعات المتجدد يوماً بعد يوم مما يقتضي معه مواكبة النص الدستوري لهذه التطورات لسبب مهم وهو ان اساس وضع النص الدستوري هو

لخدمة افراد المجتمع وحماية الحقوق والحريات العامة وهنا يأتي دور القاضي الدستوري في البحث والاستنباط وصولاً للمصلحة الدستورية التي ارادها المشرع في ظل التطور المتجدد في المجتمع . وبهذا يكون العدول في الحكم الدستوري هو تطوير لمبدأ سابق اقرته المحكمة وذلك استجابة للاوضاع والظروف الدافعة للمحكمة في عدولها عن حكم سابق ويخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري الذي تحكمه مجموعة من القيود والضوابط بهذا الشأن^[٩].

فاتن محسن هادي مدير التحرير

الهوامش:

- ١- جبران مسعود ، الرائد ، معجم لغوي عصري بيروت / دار العلم للملايين / ط٨/١٩٩٦.
- ٢- سيف كريم جاسم / الاتجاهات القضائية في العدول عن احكام المحكمة الاتحادية العليا (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بغداد / ٢٠٢٢ .
- ٣- د. حسين جبر حسين الشوبلي/ قرنية دستورية التشريع / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت / ط١/٢٠١٨.
- ٤- حنان صبري ناهي الجبوري / العوامل المؤثرة في عدول القضاء الدستوري عن سوابقه (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية / بغداد/٢٠٢٢.
- ٥- دستور العراق ٢٠٠٥ / م ٩٤ (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باتة وملزمة للسلطات كافة) ونص قانون المحكمة الاتحادية العليا لسنة (٢٠٠٥) المعدل على ان قرارات المحكمة واحكامها باتة المادة (٥/ثانياً) منه كما تم النص في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ المادة (٣٦) منه على :-
(ان قرارات المحكمة باتة وملزمة للسلطات والاشخاص كافة ولا تقبل الطعن باي طريق من طرق الطعن ... الخ) .
- ٦- د. علي عطية الهلالي / النظرية العامة في تفسير الدستور واتجاهات المحكمة الاتحادية العليا في تفسير الدستور العراقي / منشورات زين الحقوقية / لبنان ٢٠١١.
- ٧- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالقضية المرقمة بالعدد (٩٠/اتحادية/٢٠١٩) المؤرخ في ٢٨/٤/٢٠١٩ .
- ٨- قرار المحكمة الاتحادية العليا بالقضية المرقمة بالعدد (٤٣/اتحادية/٢٠٢١) المؤرخ في ٢٢/٢/٢٠٢٢.
- ٩- احمد طلال عبدالحميد البدري / المحكمة الاتحادية العليا وضوابط العدول الذاتية عن الاحكام القضائية/ تعليق على قرارها المرقم (١٥٨/اتحادية/٢٠٢٢) في (١٦/٨/٢٠٢٢) مقال منشور في الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا.
- ٩- سيف كريم جاسم/ مصدر سابق .

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

القاضي
احمد عبيد جبر الكعبي

المستخلص

إذا ما تم تحليل القاعدة القانونية في أي بلد، فأنا سنجدتها تمتاز بالعمومية والتجريد من جهة ومن جهة اخرى، توجد تطبيقات فردية، تمنح الافراد الحقوق والحريات، كحق الإنسان في السكن وحق الإنسان في الملكية الفردية وحق التقاضي وغير ذلك من الحقوق الفردية، هذه الحقوق بمجملها القواعد القانونية تحميها، فالمرشع الوطني عند سن القاعدة القانونية يجب عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار، هذه الحقوق الفردية واعطاؤها امتياز واستثنائها وسيطرة لفرد على قيمة هذا الحق، فهذه الحماية القانونية هي عبارة عن سلوك يتواتر الناس على اتباعها، ثم يتم المحاكاة لها والتقليد بها، فهي تبدأ تارة بفرد أو مجموعة صغيرة، ومن ثم المرشع يقوم بتقنينها بصفة قاعدة قانونية عامة مجردة، هذه القواعد هي قواعد اخلاقية، فالقاعدة القانونية لها بعد اخلاقي من جهة التشريع، ومن جهة الالزام، فمن جهة التشريع فهي تستند الى القواعد الاخلاقية الموجودة في ذلك البلد، ومن جهة الالزام فهي تلزم الافراد على اتباع هذه القواعد الخلقية فالمرشع الوطني عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار القواعد الاخلاقية السامية في البلد وكذلك في البلدان التي تنتهج ذات النظام ذاته، والا سوف تسقط القوة الملزمة لهذه القواعد، اذ أن الاشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية لا يلتزمون فيما إذا لهم أي تطبيق إذا تعارضت الاعراف الاجتماعية التابعة لقواعد الاخلاق، هذا من جهة ومن جهة اخرى فإن القاعدة الاخلاقية تقوم بدور مكمل للقاعدة القانونية في حال فقدان النص اذ تنهض القاعدة الاخلاقية المتمثلة بالأعراف السائدة في المجتمع لتحكم الحالات غير المنصوص عليها، لأن القاعدة القانونية هي مجموعة من القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الاشخاص الخاضعين لسيادة هذه الدولة المخاطبين بتشريعاتها، وانها لم تخلق من العدم بل أنها جاءت نتيجة الصراعات وتغليب انتصاراتها، لأن المجتمع يعيش في صراع دائم من أجل سيادة القانون لأن هذا الصراع يكون بين الحق والخير والعدل والفضائل المتمثل في الشر والظلم، لأن الاول أقوى في المجتمع من الاخير والدليل على ذلك أن القاعدة القانونية في كل دول العالم لا تخالف العقل والعدل فإذا فرضنا أن الظلم كان أقوى من العدل في الحياة لأصبحت القوانين الوضعية محلاً للسلب والنهب والتعذيب والاستبعاد والمثالي على ذلك في الدول الاسلامية لا يجوز أن يسن أن أي قانون يعارض ما فرضتها الشريعة الاسلامية من مبادئ خلقية التي عبرت عنها بأنها محرمة لأنها تتنافى مع المبادئ الخلقية فلا يجوز سن قانون على سبيل المثال يجوز أو يعطي حق ما يسمى بالمثليين لأن الشريعة الاسلامية حرمت الزواج بالمثلي لأنه يتنافى مع القواعد الخلقية وتم تقنينها في مصادر الحكم الشرعي المتمثلة بالكتاب والسنة وبقيّة المصادر الاخرى للحكم الشرعي.

Abstract

When analyzing a legal rule in any country, one can observe that it is characterized by generality and abstraction on the one hand, while on the other hand, it includes individual applications that grant individuals rights and freedoms. These individual rights include the right to housing, individual property rights, the right to litigation, and various other individual rights. These rights, in their entirety, are protected by legal rules. Therefore, the national legislator, when enacting a legal rule, must consider these individual rights and give them privilege and control over the value of these rights. This legal protection is a behavior that people repeatedly follow, and then it is subject to trials and imitation. It sometimes begins with an individual or a small group, and then the legislator formalizes it as a general abstract legal rule. These rules are ethical rules because the legal rule has a moral dimension both in terms of legislation and in terms of obligation. In terms of legislation, it is based on the ethical rules existing in that country. In terms of obligation, it binds individuals to follow these ethical rules. The national legislator must take into account the noble ethical rules in the country and in countries that adopt the same system; otherwise, the binding force of these rules will be lost. The individuals addressed by the legal rule are not bound to follow it if it conflicts with the social norms that are part of ethical rules. On the other hand, ethical rules play a complementary role to the legal rule in case of missing text. Ethical rules, represented by prevailing customs, govern cases not explicitly covered, as the legal rule is a set of general imperative rules issued by the will of the state, regulating the behavior of individuals subject to the sovereignty of that state and addressed by its legislation. It did not emerge from nothing but resulted from conflicts and the predominance of its victories. Because society constantly lives in a conflict for the dominance of the law, this conflict is between right and good, justice and failure, represented by evil and injustice. The former is stronger in society than the latter, and the evidence for this is that the legal rule in all the world's countries does not contradict reason and justice. If we assume that injustice was stronger than justice in life, laws would become a haven for looting, robbery, torture, exclusion. An example of this is in Islamic countries; it is not permissible to enact any law that

contradicts the principles of ethics expressed as forbidden by Islamic law because it conflicts with ethical principles. It is not permissible to enact a law, for example, that allows or grants rights to homosexuals because Islamic law has prohibited same-sex marriage since it contradicts ethical rules and has been codified in the sources of Islamic jurisprudence represented by the Quran, Sunnah, and other sources of Islamic legal rulings.

المقدمة

ان للقاعدة الاخلاقية دور سن القواعد القانونية عند تشريعها، فالمشروع الوطني عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار القواعد الاخلاقية السامية في البلد وكذلك في البلدان التي تنتهج ذات النظام ذاته، والا سوف تسقط القوة الملزمة لهذه القواعد، اذ أن الاشخاص المخاطبين بالقاعدة القانونية لا يلتزمون فيما إذا لهم أي تطبيق إذا تعارضت الاعراف الاجتماعية التابعة لقواعد الاخلاق، هذا من جهة ومن جهة اخرى فإن القاعدة الاخلاقية تقوم بدور مكمل للقاعدة القانونية في حال فقدان النص إذ تنهض القاعدة الاخلاقية المتمثلة بالأعراف السائدة في المجتمع لتحكم الحالات غير المنصوص عليها، لأن القاعدة القانونية هي مجموعة من القواعد العامة الجبرية التي تصدر عن إرادة الدولة وتنظم سلوك الاشخاص الخاضعين لسيادة هذه الدولة المخاطبين بتشريعاتها، وانها لم تخلق من العدم بل أنها جاءت نتيجة الصراعات وتغليب انتصاراتها، لأن المجتمع يعيش في صراع دائم من أجل سيادة القانون؛ لأن هذا الصراع يكون بين الحق والخير والعدل والفضل المتمثل في الشر والظلم، لأن الاول أقوى في المجتمع من الاخير والدليل على ذلك أن القاعدة القانونية في كل دول العالم لا تخالف العقل والعدل فإذا فرضنا أن الظلم كان أقوى من العدل في الحياة لا صبحت القوانين الوضعية محللاً للسلب والنهب والتعذيب والاستبعاد والمثال على ذلك في الدول الاسلامية لا يجوز أن يسن أن أي قانون يعارض ما فرضتها الشريعة الاسلامية من مبادئ خلقية التي عبرت عنها بأنها محرمة لأنها تتنافى مع المبادئ الخلقية فلا يجوز سن قانون على سبيل المثال يجوز أو يعطي حق ما يسمى بالمتليين لأن الشريعة الاسلامية حرمت الزواج بالمتلي لأنه يتنافى مع القواعد الخلقية وجرى تقنينها في مصادر الحكم الشرعي المتمثلة بالكتاب والسنة وببقية المصادر الاخرى للحكم الشرعي.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

فما بُحِث في هذه الدراسة يحتاج الى مؤلفات لا حد لها حتى يتبين هذا الدور والذي يعيننا من هذه الدراسة هو ما يتبادر عند القارئ من تساؤلات اهمها:

- ما المقصود بالأخلاق؟
 - وهل أن الاخلاق هي تلك المبادئ السامية في المجتمع، فإذا كانت هكذا ماهي خصائصها وهل لها قوة الالزام في المجتمع؟
 - ما هي القاعدة القانونية ؟
 - وإذا كانت القاعدة القانونية هي تلك التي درسناها بكونها تعني قاعدة ذات طابع اجتماعي ومنظمة للسلوك عامة مجردة ملزمة تنظم الروابط بين الاشخاص في المجتمع تقترن بجزء مادي تفرضه السلطة على من يخالفها فماهي خصائصها، وماهي علاقتها بالأخلاق، وهل أبرزت التشريعات العربية محل الدراسة هذه العلاقة؟
- هذه الاسئلة تحتاج الى إجابات وافية سوف نجيب عليها في الدراسة المقدمة.

أولاً : اهمية البحث

تكمُن اهمية الدراسة في استظهار العمق التاريخي للدور الاخلاقي في تكوين القاعدة القانونية، وهذا العمق لم تختص به حقبة معينة من الزمن إنما كان على مر لعصور، هنالك ساحتان يبرز فيها [١] هذا العمق التاريخي، الاولى تتمثل في الفكر الغربي الذي تبنته الدول الغربية والدول الملحقة بها الذي كان سائداً فيه الفكر الكنسي الذي كان يدور فيه الدين والاخلاق في سن التشريعات، قبال ذلك الدين الاسلامي الحنيف الذي يربط بين التشريع والاخلاق من جهة، وبين الاخلاق والدين من جهة اخرى، وهاتان الجبهتان ولدتا اهمية في البحث في الموضوع لأن كلتا الفكرتان تستند الى حججهما فهما محل خلاف من جهة مما ادى الى ظهور عدة اتجاهات ونظريات قد تكون متفقة من جانب أو احدهما تكمل الاخرى أو متضادتان أحدهما تفند الأخرى حتى تطرح ما لديها من أفكار فمن جانبنا سوف نحلل هذه الافكار، ومن ثم نناقش الحجج، ومن هنا تبرز أهم ملامح المشكلات التي يثيرها البحث .

١- ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، علم اصول القانون، خلاصة محاضرات القيت على طلبة السنة الاولى كلية الحقوق في علم اصول القانون كمقدمة تمهيدية للدراسة القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده في مصر، ١٩٣٦، ص ١١.

ثانياً : إشكالية البحث

من المشكلات التي تحتاج الى حلول هي مشكلة الدور الاخلاقي للقاعدة القانونية والتي كانت محور نقاش و جدل عقيم بين الباحثين في مجال القانون، فمشكلة تحديد نطاق العلاقة بين القانون والأخلاق، ولم تكن وليدة اللحظة وكانت بداياته عند الفلاسفة الاولين وبداية ظهور الفلسفة ثم انتقلت الى الفكر الفلسفي المعاصر، ثم تنامى العصور الحديثة، بعد أن صدرت التشريعات التي تبيح بعض الأفعال المنافية للأخلاق، والتي كانت تعتبر من قبل محلاً للتجريم، كالإجهاض والبغاء والشذوذ الجنسي بين الذكور البالغين، ونشر المواد الإعلامية الفاضحة، وغير ذلك.

وقد جرت معالجة هذه المشكلة بأفكار متباينة فمنهم من نادى بإسباغ الحماية القانونية على القيم الخلقية، للحد من هذه الظواهر من خلال تقنين التجريم والعقاب حتى يشمل ما تعتبره الأخلاق فعلاً مستنكراً والرأي الاخر يجد أن لا تلازم بين القانون والأخلاق، وان إضفاء الحماية القانونية، تكون بحدود الأفعال التي تلحق الضرر العام أو تشكل خطراً على المواطنين واستبعاد كل فعل له علاقة بالأخلاق الشخصية. وهذا خلاف ما يتبناه الفكر القانوني الإسلامي الذي يستند في أسسه العامة وقواعده الكلية، ونظرياته الشاملة إلى أصول العقيدة والإيمان، وتقوم أحكامه التفصيلية كلها على مبادئ الدين الحنيف الذي هو أصل القيم الخلقية، ولذلك نجد قواعد الحماية القانونية، بما فيها الحماية الجنائية، يتسع مداها ليشمل كل القيم الخلقية.

لأن الإسلام هدفه بناء مجتمع سوي، يسوده الحق والعدل، وينشر الخير والفضيلة، على أساس العلاقات الإنسانية التي محورها المحبة والتعاون والتكافل، فإذا وضع نظامه أعلى أساس سياسة تشريعية عادلة ليصل الى الغايات النبيلة التي تجنب المجتمع من الجريمة والانحراف والرذيلة، وهو المنهج السوي الذي يربط الحياة الاجتماعية بالمبادئ الدينية، والقاعدة التشريعية بالقاعدة الخلقية، ومن ثم تتمحور مشكلة البحث حول فكرة مدى شمول أساسين مفادهما كشف مواطن الخلل أو الغموض أو القصور في التشريعات محل الدراسة، مما تسبب في بعدها من الجانب الاخلاقي بمقابل الكشف عن الجوانب الايجابية تمييز التشريعات فيما يتعلق بمراعاته الجانب الاخلاقي المستمد من التشريعات الاسلامية.

ثالثاً : فرضية البحث

تكمن فرضية البحث في المساعدة في بيان رؤيا واضحة للدور الاخلاقي للقاعدة القانونية من خلال الاهداف التي نتبناها حتى نصل الى حلول مناسبة، ومن ثم استعراض نماذج للتشريعات التي تخالف قواعد الاخلاق، وما هي النتائج المترتبة مجتمعياً من الناحية السلبية.

رابعاً : هدف البحث

تهدف هذه الدراسة الى تحديد نطاق العلاقة بين الاخلاق والقاعدة القانونية وإبراز أبعاد تأثير كلا منهما في الاخر.

خامساً : منهج البحث

سوف نتبنى في المنهج التحليل التاريخي المقارن بين تشريعات الدول العربية ولتحديد النطاق لهذه الدراسة تكون في القانون العراقي والمصري فقط والاشارة الى بقية الدول العربية إذا تطلب البحث.

سادساً : فهرست البحث

سوف نتطرق الى الدراسة من خلال مبحثين الاول: نستعرض فيه ماهية البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية، وذلك من خلال مطلبين، الاول نبين فيه مفهوم الاخلاق بتقسيمه الى فرعين الاول: نتطرق فيه التعريف بالقاعدة الاخلاقية، ثم نعرض الى خصائص القاعدة الاخلاقية في فرع ثان، ومن ثم نعرض الى المطلب الثاني: نبين فيه مفهوم القاعدة القانونية وسوف نتطرق في الفرع الاول: الى التعريف بالقاعدة القانونية، والثاني: نوضح فيه خصائص القاعدة القانونية، إما المبحث الثاني فخصصناه الى الاثار المترتبة على الدور الاخلاقي للقاعدة القانونية، ونقسمه الى مطلبين الاول: نستعرض فيه اثر البعد الاخلاقي في صياغة القاعدة القانونية، وذلك من خلال فرعين نبين في الفرع الاول: دور البعد الاخلاقي في مدونة الصياغة للقاعدة القانونية، وفي الفرع الثاني: نتطرق الى دور البعد الاخلاقي في اضعاف الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية، إما المطلب الثاني: سنبحث فيه اثر البعد الاخلاقي في تفسير القاعدة القانونية، وذلك من خلال فرعين الاول نبين فيه تأثير البعد الاخلاقي في تحديد انماط سلوك جديدة لتكون محل القواعد القانونية النافذة إما الفرع الثاني فسنبحث تأثير البعد الاخلاقي في تعديل الجزاء المترتب على القواعد القانونية النافذة .

المبحث الاول

ماهية البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية

أن البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية هو الهدف الاسمى في تنظيمها فهي التي تنشط الى امرين الاول المحذورات وهو الجانب التنظيمي للسلوك البشري فإيذاء الغير هو عمل محذور من الناحية الاخلاقية وكذلك السرقة وكذلك اغتصاب اموال الغير والقتل فهذه الافعال قد منعها القاعدة القانونية بل الاكثر منذ لك وضعت لها جزاء فرضه على المخالف وهذه جوانب اخلاقية الاصل، وكان للعرب قبل الاسلام بعض القواعد الاخلاقية مثل حرمة البيوت فكانوا يستأذنون عند دخول بيوت الغير، ولما خالف بعض الأعراب هذه القاعدة أنكر القرآن عليهم ذلك وأمرهم بالالتزام بالاستئذان فقال «لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها»^[١]، وقد قننت هذه القاعدة من الناحية القانونية من خلال وضع جزاء على انتهاك حرمة دخول المسكن، وكذلك ألزمت المخالف اضافة الى العقوبة المفروضة قانونا الى جزاء مادي تستلزم من يخالفها من خلال التعويض، وغير ذلك من القواعد الاخلاقية، فارتأينا أن نبحث في هذا المبحث ماهية البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية من خلال تجزئتها الى مفهوم الاخلاق في مطلب ثم نعرض الى مفهوم القاعدة القانونية في مطلب ثان، حتى يتسنى لنا بحث البعد الاخلاقي لأن من لا يعرف الاصل لا يعرف الشيء المترتب عليه.

المطلب الاول

مفهوم الاخلاق

تهتم القاعدة الاخلاقية بضمير الفرد وهذا ما يفرق بينها وبين القاعدة القانونية التي تحكم ضمير نشاط الفرد الخارجي، لأن القاعدة القانونية هي تصرفات أو اعمال الافراد بينما موضوع القاعدة الاخلاقية فهي نية أو قصد الافراد^[٢] ومن هذا المنطلق يجب أن نعرف الاخلاق في فرع ونعرج الى خصائص القاعدة الاخلاقية في فرع ثان.

الفرع الاول

التعريف بالأخلاق

الأخلاق من الناحية اللغوية جمع خلق وهو السجية والطبع^[٣] إما من الناحية الاصطلاحية

١- سورة النور: الآية ٢٧

٢- د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان وسط البلد، ٢٠١١، ص ١٨٧

٣- الطاهر احمد الزاوي، ترتيب القموس المحيط، ج٤ دار علم الكتاب، الرياض، ١٩٩٦.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

فكان تعريفها على اتجاهاين، الاول الاتجاه المادي، وهذا الاتجاه انصاره يبررون بأن الاخلاق يجب أن تظهر للوجود المادي، ولا عبرة بالكواامن الخفية في ضمير الفرد، فيرى البعض أن الاخلاق ذو اتجاه نفعي، وقد اختلفوا هل أن الاخلاق ذو منفعة عامة أم منفعة خاصة، فمنهم من يجد أن الاخلاق يجب أن تحقق منفعة عامة، والقياس في ذلك أن اخلاقية الفعل بنتائجها لا ببواعثها ويجب أن يقترن بجزء حتى يميز الخير عن الشر^[١]، إما الآخرون فيقرّون بوجود أن تكون المنفعة شخصية أن القرارات والقوانين يجب أن تتضمن صنع قرار فردي ومنفعة الفرد دون العامة^[٢].

اما الاتجاه الثاني يبحث في كواامن النفس التي لا تظهر الى الوجود المادي والتي يعمل على الضمير (ضمير الفرد) وقد تبنى هذا هم الفلاسفة المسلمين وهم على اتجاهاين، الاول عقلي ويعني أن الاخلاق يجب أن تكون في العقل، وغاية الاخلاق عقلية وان التصرفات هي عقلية ومقياسها الاسمي^[٣]، إما الثاني فكان هو اصلاحي من خلال معرفة النفس ونوازعها ورغباتها وتطهير القلب والتفاني بالإخلاص لله والزهد في جميع الاعمال^[٤].

١- هذا يسمى مذهب المنفعة العامة وهو في نظر الفلاسفة الغرب الذي ظهر العصر الحديث في اوربا الذي يدعو الى المنفعة العامة ومن الفلاسفة بنتام وجون ستيوارت مل وكذلك روبرت نوزيك الذي ظهر في نظرية التحرر في كتابه اللاسلطوية والدولة والبيوتوبيا الذي تبناه جون لوك في القرن السابع عشر الذي يذهب الى أي توزيع في الثروة حتى لو كان غير عادل فإنه يعتبر اجتماعيا عدلا طالما طبقت قواعد معينة للحفاظ على العدالة والحصول عليها بدون سرقة أو تعدي على حقوق الآخريين وعدم انتهاك حق الملكية باسم العدالة الاجتماعية ورفض اعادة توزيع الثروة، للمزيد من التفاصيل ينظر د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، ط١، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٧.

٢- ((ومن انصار هذا الاتجاه ايمانويل في نظريته الواجب على اعتبار المبدأ الاخلاقي احترام الآخر والفرد والاستقلالية وكذلك الفلاسفة اليونان ومن اشهرهم سقراط الذي عاش بين القرنين الخامس والرابع قبل الميلاد (٤٧٠-٣٩٩) وهو فيلسوف يوناني ولد في اثينا فحدث ثورة في الفلسفة بأسلوبه وفكره اسس علم الاخلاق، ودعا الى اللذة الحسية الفردية العاجلة وقال أن على المرء أن يستعجلها لأن تأخيرها يثير في النفس البؤس والشقاء والحرمان وان السلوك الذي يحقق هذه السعادة القائمة على تلك الذات هي سلوك اخلاقي والمبادئ السلوكية التي تحققها هي مبادئ اخلاقية للمزيد من التفاصيل ينظر د صلاح الدباغ ود احمد مسلم، مدخل الى فلسفة القانون، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٧، ص ٧٩.

٣- ((وقد تبنى هذا الاتجاه الفارابي (لقب بالمعلم الثاني) كذلك ابن سينا الذي تعمق بدراسة فلسفة ارسطو وكذلك ابن رشد وهو ابو الوليد محمد بن احمد سموه الغرب بالشارح نظرا لشرحه لارسطو وحاول التوفيق بين الشريعة والفلسفة للمزيد من التفاصيل ينظر د محمد سليمان الاحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، لبنان بيروت، ص ١٠٠.

٤- ويمثل هذا الاتجاه المتصوفون ومن ائمتهم (الجنيد بن محمد صوفي وزاهد بغدادي وتلقى العلوم على كبار منهم سفيان الثوري والسري سقطي للمزيد من التفاصيل ينظر، د مندر الشاوي،، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص ٢٢.

الفرع الثاني

خصائص القاعدة الاخلاقية

بحثنا سلفاً أن القاعدة الاخلاقية هي قواعد تعبر عن السلوك الاجتماعي تضيف صفة الالتزام على الأفراد ويجب احترامها والجزاء المترتب على مخالفتها سخط الناس، مما تهدف إلى افعال سامية منها فعل الخير والوفاء بالعهود وغيرها التي ترتقي المثل العليا في المجتمع، هذه القواعد لها جملة من الخصائص يمكن اجمالها بما يلي:

اولاً: باعتبار النشأة: القاعدة الاخلاقية تمتاز بالإبهام والغموض لأنها راسخة ومستقرة في ضمير الجماعة التي تؤدي الى الخير والشر [١].

ثانياً: باعتبار الحيز الذي يمكن تطبيقه فيها: فهي واسعة النطاق من حيث التطبيق فمن خواصها تحدد علاقة الإنسان بنفسه، كما في حالة اعتداء الإنسان على نفسه وكذلك تحفيز الإنسان على الوفاء بالعهود والنهي عن الكذب بصفة عامة، وذلك حماية لحق الإنسان ومصالحه [٢].

ثالثاً: باعتبار الالتزام: معناها ترتيب الآثار الوضعية على الأشخاص، بما يعتقدونه ويدينون به، كالإلزامهم بأحكام الشفعة، وبعض فروع البيع والميراث والطلاق. فمثلاً من اشترى شيئاً فالضمان يكون على من كان حائزاً له في حالة التلف، إما إذا كان في فترة الخيار فيلزم بالثمن أنه ضامن فيما اشتراه إذا تلف عنده وإن كان في أيام خياره فللمؤمن أن يلزمه بالثمن. فهنا قاعدة الإلزام ألزمهم بما ألزموا به أنفسهم.

رابعاً: باعتبار الاساس الذي انطلقت منه: أن القاعدة الأخلاقية تشابه القاعدة الشرعية من حيث تفرعاتها بين الوجوب والندب، والحرمة والكراهة، فإذا كان الشخص ذو اخلاق نبيلة وفاضلة بحيث لا تفرق بين واجب ومندوب، ولا بين محرم ومكروه، خلافاً بينه وبين القاعدة الشرعية وبالتحديد في العبادة فهناك فرقاً بين من عبد الله سبحانه وتعالى؛ لا شكراً لنعمه، بل رهبة من عذابه أو رغبة في ثوابه حيث تُقبل عبادته ويخرج بها عن عهدة التكليف الشرعي.

المطلب الثاني

مفهوم القاعدة القانونية

القاعدة القانونية ذات وجهين مزدوجين فهي فن من جهة وعلم من جهة اخرى، فهو علم كونه جزء من القانون الذي هو فرع من فروع علم الاجتماع لأنه يلبي الحاجات القانونية للفرد

١- ينظر، عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٩، ص ٦٦.

٢- ينظر علي كاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، المجلد الاول، ط١، مطبعة الآداب، النجف، ١٩٨٨، ص٢١.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

والمجتمع من خلال الوقائع الاجتماعية، وهو فن ممن جهة اخرى لأنه يتجسد في تطبيق معارف علمية مكتسبة مسبقا من أجل اعداد القوانين الملائمة من خلال دور المشرع في سن القاعدة القانونية تاركا التفاصيل للقاضي في تطبيق هذه القاعدة من خلال التفسير والتأويل، إما الفقه القانوني يقوم بدراسة هذه القواعد وتفسيرها والتعليق عليها^[١] لذا اقتضى تقسيم هذا المطلب الى فرعين الاول معنى القاعدة القانونية والثاني خصائص القاعدة القانونية

الفرع الاول

معنى القاعدة القانونية

يعرف القاعدة القانونية بأنها قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة تُنظّم الروابط بين الاشخاص في المجتمع^[٢].

وكذلك عرفت بأنها تلك القاعدة التي تُنظّم سلوك الافراد وعلاقاتهم ضمن المجتمع والمقترنة ضمن المجتمع والمقترنة بجزء يكفل احترامها توقع السلطة المختصة في الدولة على من يخالفها مما يقتضي بها القاعدة القانونية من سلوك واجب الاتباع^[٣].

فهي محور التنظيم التي يتكون منها القانون، وهي نظام الذي يسري عليه الوقائع في تنسيق مطرد الذي ينطبق على واقعة معينة في ظرف معينة، مما نستنتج أن الدولة بشكلها الحديث تنظر الى القاعدة القانونية بصورة عامة هي تلك التي تصدر عن السلطة التشريعية التي محورها التجريد والعمومية، ومن جانب آخر إذا نظرنا لها من ناحية الحقوق الفردية سميت بالحقوق كحق الفرد في الملكية أو تقاضي فرد آخر بالمطالبة بالتعويض^[٤]، ولكن فهذه العبارة هل أن القانون يشمل القواعد الاولى المذكورة أم المراكز الفردية الثانية المذكورة لأنها ضرورة لكل مجتمع، أم وجود احداها يغني عن الاخرى بمعنى يوجد القانون دون أن يوجد مراكز خاصة لكل فرد على حد التعبير، أم وجود المراكز الخاصة لكل فرد على جهة هو الذي يكون القاعدة القانونية في صور عدة كالامتياز والاستثناء وسيطرة فرد على قيمة معينة وهو ما يسمى بالحق؟

للإجابة نقول يجب البحث من خلال النظريات التالية:

اولاً: النظرية الاحادية: هذه النظرية سارت عليها حقبة من الزمن في المجتمعات البدائية التي

١- ينظر د. زهير شكر، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١، ص ٧٠

٢- ينظر عبد الباقي البكري و زهير البشير، مرجع سابق، ص ٢٢.

٣- ينظر وسام غياض، المنهجية في علم القانون، دار المواسم، بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٥ .

٤- ينظر، محمد قاسم، المدخل الى دراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٠.

كانت الجزء الاكبر من تاريخ البشرية، فهي كانت بصيغة أوامر التي تحدد ما هو مسموح من عدمه من حيث التصرفات، فكانت القواعد القانونية، هي مجموعة من الأوامر التي يغلب عليها الطابع الجنائي، الهدف منها حفظ النظام والهدوء داخل المجتمع، وهو الأثر الذي يترتب على القاعدة القانونية في الوقت الحاضر، وهذه الأوامر تحقق العدل على قدر متيقن منه، حتى يحقق النظام بمفهومه البسيط فهنا تذوب شخصية الفرد ازاء شخصية الجماعة، لأنها تكون عرضية نتيجة لتطبيقات الخاصة للأوامر التي قلنا عنها بأنها قواعد قانونية، فهي فكرة احدية لا تعرف إلا القواعد العمومية دون النظر الى القواعد الخاصة. وهذا واضح في القانون الروماني، فهو لا يعرف القواعد الخاصة إلا من خلال الخصومات الموجودة في الدعوى الخاصة، مما استتج البعض أن القانون الروماني لم يعرف الحق الشخصي الذي هو حق الدائن تجاه مدينه أو الحق العيني الذي يستأثر المالك على الشيء الذي يملكه لكنهم يعرفون اصطلاح الدعوى الشخصية والدعوى العينية [١].

ثانياً: النظرية الثنائية: استطاع الاوربيون والدول العربية المنتدبة لها في عصر النهضة أن يكرسوا فكرة المراكز الخاصة والتي سميت بالحق، باعتبار أن القانون مجموعة من الحقوق وليس للدعوى كما كرسها الرومان، فالدعوى هي وسيلة لإعطاء الحق وفرض قوته الملزمة وترتب جزاء عند المساس به فالقاعدة القانونية انتقلت من مرحلة القواعد العامة الى فكرة الحقوق، التي يستأثر بها كل شخص على حدة مما يوفر له الأمن والحرية، وظهرت ما يسمى النظرية الثنائية للقاعدة القانونية تتكون من عنصرين: الاول القواعد العامة والثاني الحقوق الخاصة، وأكدت هذه الافكار على يد فلاسفة العقد الاجتماعي (جون لوك وجان جاك روسو) لأنهم يرون السلطة للدولة لا على أساس الإلزام، ولكن هو اتفاق مبرم فيما بينهم، الافراد يتنازلون عن الحرية المطلقة لهم لقاء المحافظة على حقوقهم وحررياتهم الاساسية التي لا يجوز التنازل عنها [٢].

ثالثاً: النظرية الحديثة الاحدية (نظرية كلسن): وهذه النظرية جردت القواعد القانونية عن القواعد الاخلاقية أو أي قاعدة اخرى، ويرى أن القانون علم مجرد عن العوامل المحيطة به، وانطلق منها اساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، مما يكون هنالك تطابق بين القانون والدولة، فالدولة هي التي تُشَرع القواعد القانونية النافذة، وهي ليست على مستوى واحد فهي متدرجة يعلو بعضها على الاخر، في قمتها الدستور ثم التشريعات ثم العرف، وتستمد القواعد الادنى قيمتها من القواعد الاعلى منها في المرتبة، وكذلك القاعدة القانونية أو الأوامر هي مصدر للالتزام أو مرادفة له، فالقانون مجموعة من القواعد أو مجموعه من الالتزامات، ومصادر هذه القواعد هي ذات مصادر

١- ينظر د. سمير تنافو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٧٤، ص ٣١.

٢- ينظر د. احمد ابو الوفا، اصول المرافعات المدنية والتجارية، مصر، ط ١٠، ١٩٧٠، ص ٨٢.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

الالتزام، على سبيل المثال العقد هو مصدر للقانون وهو مصدر للالتزام، فالافراد عندما يبرمون عقدا فهم يساهمون في انشاء قاعدة قانونية خاصة يحكم العلاقة المبرمة بينهم وفي ذات الوقت يساهم في تكوين النظام القانوني القائم في الدولة، مما يعني بأنهم جهاز من اجهزة الدولة يتحقق عن طريق بعض النظام القانوني القائم فيها [١].

رابعاً: نظرية القانون والمراكز القانونية (نظرية الثنائية الحديثة): في هذه النظرية يميز بين نوعين من القواعد القانونية العامة الاول يؤدي الى نشأة بالمعنى التقليدي المعروف إما الثاني يؤدي الى نشأة شخصية تسمى المراكز القانونية، فهم ينظرون الى أن الحق يقابله واجب على عاتق شخص أو اشخاص اخرين باحترام هذا الحق فالواجب يحمي الحق ولا يتعارض معه، فالمراكز القانونية الخاصة تختلف عن المراكز القانونية الشخصية الطابع الذي يمتاز به هو الغرم والغنم كما في مركز المواطن في الدولة يفرض عليه اعباء الخدمة العسكرية واداء الضرائب وواجب التعليم المجاني وواجبات الخدمة العامة التي على عاتق المواطنين [٢].

الفرع الثاني

خصائص القاعدة القانونية

كما مر سلفاً بأن القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة تنظم الروابط بين الاشخاص في المجتمع مما يترتب لها عدة خصائص وهي:

اولاً: القاعدة القانونية اجتماعية السلوك: (قاعدة ذات طابع اجتماعي ومنظمة للسلوك):

يوجد قاعدة لاتينية مشهورة وهي اينما يوجد المجتمع يوجد القانون، فالعلوم المختلفة هي مجموعة من القواعد يتوصل اليها المختصون، وهذه القواعد تكتشف ظواهر معينة مختلفة وهذه الظواهر تفسر بمبدأ جوهرى وهو مبدأ السبب أو ما يسمى العلاقة السببية، ويعني الاخير لا يوجد نتيجة بلا سبب وكلما اكتشف السبب تم التوصل الى صياغة قاعدة علمية، فإن اكتشاف ترك الجسم في الهواء يسقط على الارض بسبب جاذبية الرض تسمى قاعدة الجاذبية أو قانون الجاذبية، هذه القاعدة هي قاعدة علمية وتختلف عن القاعدة القانونية لأنها ليست سلوك وهي قواعد تقريرية، لأنها تقررت من الواقع دون تغيير أو تأثير على حالة معينة، وهي قاعدة مضطربة لا يتصور أن تقع لها ادنى مخالفة ففي كل مرة يوجد فيها سبب يوجد فيه نتيجة فإذا اختلفت النتيجة فإن القاعدة غير موجودة أو غير صحيحة، هذا خلاف القاعدة القانونية هي قاعدة سلوكية أي قاعدة سلوك

١- ينظر د حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ٦٥.

٢- ينظر د زهير شكر، مرجع سابق، ص ٧٨.

اجتماعي، لأن القاعدة القانونية تحكمها إرادة الفرد، وهذه القاعدة تصدر أمراً الى هذه الارادة بحيث يكون على الارادة المخاطبة بحكم القانون أن تطابق سلوكها على مقتضى الامر الصادر إليها، فهي قواعد تقويمية لأنها تهدف الى تحديد ما ينبغي أن يكون لا يكتفي بتقرير بما هو كائن، فهي قاعدة سلوك تقويمية من حيث مضمونها إلا أنها ظاهرة اجتماعية من حيث وجودها، إما يقصد منها بأنها اجتماعية فهي تختلف من مجتمع الى آخر ومن زمن الى آخر فتعدد الزوجات مسموح في دولة ومرفوض في دولة اخرى، وهدف القاعدة القانونية دائماً تنظيم سلوك الافراد الخارجي^[١].

ثانياً: العمومية والتجريد: تعني العمومية بأنها لا تستهدف شخص معين بالذات بل تخاطب الاشخاص بالوصف والوقائع أو الشروط فإذا اجتمعت هذه الصفات طبقت القاعدة القانونية، فهي تطبق حتى ولو حددت شخص معين ولكن بصفته لا بشخصه، إما التجريد يعني القاعدة القانونية عند صياغتها لم تُشرّع لتطبق على شخص معين أو واقعة معينة، إنما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأي شخص أو بأي واقعة، فالتجريد يصاحب القاعدة القانونية عند صياغتها والعمومية هي الطريقة التي تتم فيها صياغة القاعدة فالعمومية والتجريد هي التي يجعلها قابلة للتطبيقات غير متناهية وغير محصورة، فالتصرفات الخاصة تستنفذ بمجرد انطباقها على حالة معينة إما القاعدة العامة فأنها لا تستنفذ بتطبيقها بل تظل تطبق لحالات اخرى غير متناهية^[٢]، ويترتب على القاعدة القانونية والتجريد أثران هما:

هدف القاعدة القانونية هو السير بشكل متمائل مطرد الذي تشيعه في المجتمع.

هاتان الصفتان تهديان الى تحقيق العدل دون العدالة إلا إذا كانت القاعدة القانونية في صورة دين، مما يؤدي الى المساواة بين الناس، لأن المساواة التي تقوم عليها العدل مساواة مجردة تعدد بالوضع الغالب دون الإكتراث بتفاوت الظروف الخاصة بالناس واختلاف الجزيئيات في الحالات المتماثلة إما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فهي مساواة واقعية تقوم على اساس التماثل في الاحكام المنصرفة الى الحالات المتماثلة شروطها أو الاشخاص المتشابهة ظروفهم متى تحقق التماثل بين هذه الحالات أو بين هؤلاء الاشخاص في جزيئيات المسائل والظروف التفصيلية الخاصة بفكرة العدل تعني المساواة المجردة إما فكرة العدالة تعني الأنصاف، والأنصاف يؤدي الى وضع حلول لسريانها على الاشخاص^[٣].

١- ينظر مشاعل عبد العزيز الهاجري، محاضرات في نظرية القانون، القاعدة القانونية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص ١٨.

٢- ينظر علي ابراهيم، منهجية البحث القانوني، بدون دار نشر، ط٢، بيروت، ٢٠٠١، ص ٨٧.

٣- ينظر حلمي الحجاز، المنهجية في القانون من النظرية الى التطبيق، بدون دار نشر، ط٢، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٤٦.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

ثالثاً: إلزامية القاعدة القانونية والجزاء المترتب على مخالفتها: هذه الخصيصة ترتبط بصفة الإلزام وهنالك نوعين من الجزاء المانع الذي هو منع الافراد من القيام بعمل ما إما الثاني ردعي فهو زجر المخالف وردع غيره مما يساعد على عدم تكرار اعمال مشابهة في المستقبل والجزاء انواع:

أ: الجزاء المدني وصوره:

البطلان : كما لو رسم القانون شكلاً معيناً وعدم الالتزام بالشكل الصحيح أو تخلف أحد الاركان الموضوعية .

الفسخ : في حالة عدم القيام لأحد الاشخاص بالالتزام المترتب عليه تجاه شخص آخر يترتب عليه إعادة الحال على ما هو عليه قبل التعاقد، والتحلل من الارادة العقدية .
التعويض وهو مقترن بالضرر الذي يصيب أحد الاشخاص بإلزامه بدفع مبلغ من المال عن الضرر الذي أصابه .

ب: الجزاء الجنائي : وصفاته

- يطبق لدى مخالفة أحد النصوص المنصوص عليها في القوانين الجزائية
- يقرر لمصلحة الجماعة .
- لا يجوز التنازل عنه لأن إرادة المتضرر ليست لها دور.

ج: الجزاء التأديبي: وهو الجزاء المترتب على مخالف القواعد الوظيفية.

د: الجزاء الدولي: وهو الجزاء المترتب على الدولة عند انتهاك احدى القوانين الدولية [١].

المبحث الثاني

الاثار المترتبة للبعد الاخلاقي للقاعدة القانونية

إن الاثر يكون من خلال النتائج المترتبة على البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية إما تعديل مركز قانوني أو انهائه أو انشاءه، فالأخير هو إنشاء الالتزام من خلال السبب الذي ينشئ الالتزام إما التعديل والانهاء يأخذ ذات المأل لذا يقتضي أن نقسم هذا المبحث الى مطلبين الاول أثر البعد الاخلاقي على صياغة القاعدة القانونية ونعرج على الثاني من خلال اثر البعد الاخلاقي في تفسير القاعدة القانونية.

١- ينظر د. زهير شكر، مرجع سابق، ص ٨٠.

المطلب الاول

اثر البعد الاخلاقي على صياغة القاعدة القانونية

ان البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية يؤثر على صياغة القاعدة القانونية من خلال ما طرِح، لذا سوف نبحث هذا المطلب من خلال فرعين الاول دور البعد الاخلاقي في مدونة الصياغة للقاعدة القانونية إما الثاني سوف نبحث دوره في اضافة الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية وسوف نبحثهما تباعا.

الفرع الاول

دور البعد الاخلاقي في مدونة الصياغة للقاعدة القانونية

القاعدة العامة من صفات القاعدة القانونية التجريد والعمومية كما قمنا ببحثها في الفروع السابقة وصفة التجريد تطغي على صفة العموم، والتي تعني بأن القاعدة مجردة عند صياغتها لم توضع لتطبيق على شخص معين أو واقعة معينة وإنما وضعت بطريقة مجردة عن الاعتداد بأي شخص أو بأي واقعة [١]، فالتجريد يصاحب القاعدة عند صياغتها، كون يجعلها قابلة للتطبيق في وقائع غير متناهية وغير محصورة، وبهذا تختلف عن القاعدة التي تتم في التطبيقات الخاصة والتي تتم عن طريق العقود أو احكام القضاء أو قرارات الادارة، فهذه التصرفات الخاصة تستنفذ اثرها بمجرد انطباقها على حالة محددة أما القاعدة العامة فأنها لا تستنفذ بتطبيقها، بل تظل صالحة لتطبيقات اخرى عديدة غير متناهية [٢]، وهنا يأتي دور البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في مدونة الصياغة، لأن قواعد القانون ينبغي أن تكون عامة ومجردة، حتى تحقق المساواة بين الناس امام القانون [٣]، ومن خلال القراءة المتعمقة نجد أن الفلاسفة أول من نادى بضرورة أن تكون القاعدة عامة ومجردة، فعلى سبيل المثال أرسطو أول من نادى بمبدأ سيادة القانون، وهذا المبدأ عن طريق صياغة القانون في قواعد مجردة، فالقانون إذا كان عاماً، فإنه يعبر عن العقل المجرد من الشهوات وهذا طبعاً يختلف فيما لو كان غير مجرد فالحكم يكون للحاكم يتصرف بكل حالة بقرار معين وخاص دون أن يتقيد بأي قاعدة قانونية عامة، وحتما لن يصيب الحكم العقل إنما للغريزة والاهواء [٤] وهذا أبرز دور للبعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في مدونة الصياغة للقاعدة القانونية،

١- ينظر د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص ٤٢.

٢- ينظر دويدار هاني، منهج الدراسة التطبيقية في مجال علم القانون، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٥٠.

٣- ينظر حلمي الحجاز، المنهجية في القانون من النظرية الى التطبيق، مرجع سابق، ص ٦٣.

٤- ينظر شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، مجلة الحقوق، العدد الاول والثاني، ١٩٦٤ و١٩٦٥،

ص ٣٣ و١٥٥.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

وهذه البذرة الاولى التي انطلقت منها، ومن ثم انتقلت الى رجال القانون، والتي رأينا أنها فكرة فلسفية، فاستقر لدى فقهاء القانون هذا البعد الاخلاقي والذي انطلق من خلال صفات القاعدة القانونية أو خصائصها وتبناه مجموعة من الفقهاء امثال الفقيه الروماني بانيان، هذا المبدأ اصطدم بمبدأ آخر على وجه الواقع في الفكر الروماني وهو مبدأ سيادة الامير أو النبيل أو الملك، وعلى مدى طويل من الزمن، وكانت أوامر الحاكم لا تصدر بصورة قواعد عامة إنما قرارات خاصة، والسبب في ذلك لم تكن الدولة في هذه الحقبة الزمنية دولة بالمعنى القانوني، إنما هي دولة بوليسية، ووجد هذا المبدأ أرضاً خصبة من خلال الدعامات والكتابات امثال توماس الأكويني قوله (ان الامير في الدولة القانونية مقيد بقواعد القانون مما يجعله في مركز اضعف من الحاكم الاستبدادي إما إذا تحرر الامير من القوانين فإن حكمته تستطيع أن تتصرف بحرية كما تفعل الحكمة الالهية)^[1]، وبعدها جاء فلاسفة الثورة الفرنسية ومن تبعهم (ان الملك لا يحكم إلا به ولا تكون له الطاعة ال باسم القانون) وهذا المبدأ هو الذي كرس سيادة القانون واستقراره وأبرز ظهور مبدأ المساواة امام القانون حتى يكون صياغة القاعدة القانونية بطريقة عامة مجردة^[2].

نستنتج من ذلك أن هاتين الصفتين لا ترتبط فقط بالمبدئين المذكورين (المساواة امام القانون وسيادة القانون) وإنما كان ذلك له أثر على أرض الواقع وهذا الأثر يتمركز بتعذر صدور قرارات خاصة تنظم سلوك كل فرد على حدة^[3]. مما يتيح لنا أن نفهم أن الواقع السياسي والفلسفي له اثر على الواقع العملي فعلى سبيل المثال في حالة اصدار قرار خاص لشخص معين بالذات فإن هذا القرار حتى يعد صحيحاً يجب أن يكون مماثلاً لقواعد القانون العامة وفي حال المخالفة يصيب هذا القرار بالعيب أياً كان نوعه^[4].

وكذلك لدى الولوج الى ما نادى له أصحاب النظرية الاحدية المارة الذكر التي تنادي بإنشاء مراكز خاصة سواء من الناحية الشخصية أو الموضوعية لا تعد قوانين خاصة، إنما هي تطبيقات خاصة وهي لا تعد قواعد قانونية وفق وجهة النظر المتقدمة، والسؤال هنا هل هذا يكون على سبيل الاطلاق؟

طبعاً لا يمكن أن يسري على اطلاقه سيما إذا طبقنا خصائص القاعدة القانونية إذا اطردت بصورة منتظمة ومستمرة وعلى وقائع عدة سينتهي حتما الى قاعدة قانونية عامة، فأحكام القضاء من الممكن أن تصبح قاعدة قانونية في حال توافر الخصائص المذكورة ويكون مصدرها ليس فقط الاحكام المتناثرة إنما الاحكام القضائية التي تنشر بصورة دورية والتي تكون متواترة وعبر عنها القانون المدني كمصدر للقانون وقد نص عليها القانون المدني العراقي على انه

١- د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، ط٣، بغداد، دار الحكمة، ١٩٩١، ص ٨٠.

٢- د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٦، ص ١٠٠.

٣- ينظر عبد الباقي البكري وزهير البشير، مرجع سابق، ص ٧٨.

٤- ينظر، عبد الفتاح الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٤، ص ٧٠.

١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.
٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد بمقتضى قواعد العدالة.
٣. وتسترد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.^[١]

ولدى البحث في القوانين العربية نجد أن جميع القوانين المذكورة هي ترجمة لهذه الخصيصة ولكن بعض الحالات الفردية تشرع بشخص معين بالذات أو واقعة معينة فقد يتم منح امتياز لشركة معينة في اختصاص معين مثل شركات تنقيب النفط، وهذه تعد قواعد قانونية من الناحية الشكلية والموضوعية لأنها تطبيق من تطبيقات القوانين وتصدر من السلطات المختصة^[٢].

وفق البحث المتقدم القاعدة الاخلاقية المتمثلة بالعمومية والتجريد التي تنتج من المساواة سواء المساواة بالمثل أمام القضاء والمساواة بالتطبيق هي تتعلق بصياغة القاعدة القانونية وهي الوسيلة اللازمة لتحقيق مبدأ فلسفي المتمثل لمبدأ سيادة القانون وتحقيق العدالة^[٣].

١- المادة من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل وكذلك مادة القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨- «١» تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

«٢» فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

٢- مضمون المادة ١ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أنه «في حالة عدم وجود أي تشريع معمول به، يقرر القاضي وفقاً للعرف ويفشل في العرف، وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية». كتابة النسخة الأولى من القانون المدني المصري في عام ١٩٤٩ تحتوي على ١١٤٩ مادة. الكاتب الرئيسي للقانون في عام ١٩٤٩ هو الفقيه القانوني عبد الرزاق السنهوري، الذي تلقى = مساعدة من العميد إدوار لامبرت من جامعة ليل. ربما بسبب تأثير لامبرت، اتبع قانون عام ١٩٤٩ نموذج القانون المدني الفرنسي كمرجع. يركز القانون على تنظيم الأعمال والتجارة، ولا يشمل أي أحكام تتعلق بقانون الأسرة. تجاهل السنهوري عمداً قانون الأسرة والخلافة لتمييزه عن القانون المدني التركي. وتنص المادة ١ من القانون على أنه «في حالة عدم وجود أي تشريع معمول به، يقرر القاضي وفقاً للعرف ويفشل في العرف، وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية. في غياب هذه المبادئ، يكون للقاضي اللجوء إلى القانون الطبيعي وقواعد الإنصاف». على الرغم من هذا الاحتجاج بالقانون الإسلامي، جادل أحد المعلقين بأن قانون عام ١٩٤٩ يعكس «المراوغة للعقيدة الاشتراكية والفقه الاجتماعي». كان القانون المدني المصري مصدر القانون والإلهام للعديد من الاختصاصات القضائية في الشرق الأوسط، بما في ذلك في ليبيا والعراق (وكلاهما صاغه السنهوري نفسه وفريق من الفقهاء الأصليين تحت إشرافه)، الأردن (اكتمل في عام ١٩٧٦، بعد وفاته) والبحرين (٢٠٠١)، وكذلك قطر (١٩٧١) (هذان الأخيران فقط مستوحى من أفكاره)، والقانون التجاري الكويتي (صاغه السنهوري). عندما صاغ السودان قانونه المدني في عام ١٩٧٠، تم نسخه إلى حد كبير من القانون المدني المصري مع تعديلات طفيفة. اليوم جميع الدول العربية المشرقية التي لديها قوانين مدنية حديثة، باستثناء المملكة العربية السعودية وسلطنة عمان، تعتمد كلياً أو جزئياً على القانون المدني المصري

٢- ينظر بديوي عبد الرحمن، مناهج البحث العلمي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط٣، ١٩٧٧، ص ٣٠.

الفرع الثاني

دور البعد الاخلاقي في اضعاف الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية

ليس فقط للقاعدة القانونية دور أو بعد اخلاقي في الصياغة ايضا يكون هذا الدور في الصياغة الجامدة، فهذا الدور يكون في القاعدة المرنة والجامدة على حد سواء.

فالقاعدة الجامدة هي قاعدة لا تكون للقاضي سلطة تقديرية في التطبيق هذا خلاف المرنة التي له مساحة واسعة في التطبيق، لأن عناصر القاعدة القانونية الفرض^[١] والحل، حتى ولو كانت العبارات التي تحتويها تتضمن افتراضية مباشرة كما في العبارات (إذا حدث أو عندما أم في حالة أو إذا فرض الخ) على سبيل المثال يعد بالغاً كل من أتم الثامنة عشر من العمر^[٢]، فالفرض هو من أتم الثامنة عشر والحل هو الرشد، فالقاعدة المرنة إذا كان الفرض مرناً أو كان الحل مرناً، لأن ما يمكن تطبيقه منها غير محدد تحديداً دقيقاً، بل مرناً فتشمل وقائع غير محددة^[٣]، وهذا المعيار نجد تطبيقه في القوانين العقابية من خلال وضع عقوبة تتراوح بين حدين أعلى وأدنى، فالقاضي يفرض العقوبة وفق سلطته التقديرية، آخذاً بنظر الاعتبار ظروف القضية، أما من الناحية المدنية على سبيل المثال لا الفرض نصت المادة ١٤٦/٢ من القانون المدني العراقي النافذ (على انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وان لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول أن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.) وعند تطبيق عناصر القاعدة القانونية من حيث الفرض والحل نجد انى الفرض هو (حوادث الاستثنائية العامة) وهي قاعدة مرنة، أما الحل فهو (رد الالتزام

١- الفرض يعنى شروط انطباق القاعدة القانونية إما الحل يتضمن الامر المقرر في هذه القاعدة للمزيد من التفاصيل ينظر د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص ٥٥.

٢- جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري خاصة برفع سن الرشد ما نصه (ومن التعديلات المهمة التي أدخلها المشرع رفع السن التي تنتهي فيها الولاية أو الوصاية من ثماني عشرة سنة إلى إحدى عشرين سنة، وهذا التعديل دفعت إليه التجربة، فإن الاختبار دل على أن سن الثماني عشرة المحدود لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية، غير كافية بالنظر إلى الأحوال الاجتماعية الحاضرة، فقد شوهد في كثير من الأحوال أن شبابا رفعت عنهم الوصاية، وسلمت إليهم أموالهم عند بلوغهم ثماني عشر عاما، فبددوها كلها أو معظمها في قليل من الزمن، ولهذا رأت الوزارة رفع السن التي تنتهي ببلوغها الوصاية من ثماني عشرة سنة إلى إحدى وعشرين، وقد أخذ القانون المصري ببدء اختبار القاصر في وقت الحجر عليه ونقصان أهليته للأداء والمعاملة كما جاء في قانون المجالس الحسبية ينظر نظرية العقد، د. عبد الرزاق السنهوري ج١/ ٣٢٣ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص ٢٧٣.

٣- ان العبارات المرنة هي العبارات المطاطة وتسمى كذلك الكاوتشوك وكذلك المعيار وهو مقتبس من اللغة القانونية الأنجليزية أو المؤلف في اللغة الفرنسية أو معيار المعقولة في الفقه العراقي ينظر د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص ٤٥.

المرهق، الخسارة الفادحة) فيها يملك القاضي السلطة التقديرية في اعتبار أي منها مرهق من عدمه أو خسارة فادحة من عدمه أو أنها حوادث استثنائية عامة من عدمه وكذلك (رد الالتزام الى الحد المعقول) [١].

اما القاعدة الجامدة فهي تلك التي يكون التطبيق فيها محدداً تحديداً دقيقاً بحيث عناصر القاعدة القانونية من حيث الفرض والحل كلاهما جامد، ولا يملك القاضي السلطة التقديرية في تطبيقها [٢]، ومنها القاعدة التي تحدد سن الرشد، فالقاعدة الفرض فيها هو الرقم (ثمانية عشر سنة) إما الحل اعتبار هذا الشخص كامل الاهلية، فهذه القاعدة هي قاعدة جامدة وعبر عنها بعض الفقهاء احلال الكم محل الكيف، لأن المشرع عندما شرعها أراد أن يكون هذا الرقم غير قابل للتبديل إلا إذا نص في نص معين على تغييرها أو استثناءها [٣]، بعد العرض المتقدم إذا أردنا أن نقارن بين القاعدتين :

من حيث الصياغة: القاعدة القانونية المرنة صياغتها تقوم على اساس تطبيق من قبل الشخص الذي له دراية في القانون، إما الجامدة فهي الصياغة التي تحدد غايتها من التحديد والوضوح بالتطبيق لا تترك خيار للتطبيق.

من حيث التعبير: المرنة تعبر عن اصطلاحات غير محددة و قابل للتغيير تبعاً للوقائع المتغيرة إما الجامدة فهي لا تعبر عن جميع الحقائق لأنها لا تؤمن بتغير الوقائع.

من حيث التطبيق: المرنة تطبق على مختلف الشرائح وتكون نطاق على حالات غير متناهية إما الجامدة فهي تطبق على الحد الغالب أو الحد المتيقن منها .

من حيث استقرار المعاملات: تؤدي المرنة الى عدم استقرار المعاملات لاختلاف تطبيقها إما الجامدة تؤدي الى استقرار المعاملات حتى ولو خالفت العدل، وذلك لأن من يطبقها يعلم سلفاً حكمها، وماذا سيتم تطبيقها إذ أن تطبيق هذه القواعد لا يقوم الشخص المذكور بأي مجهود عقلي ولا توجد أي سلطة تقديرية في تطبيقها.

١- والامثلة كثر منها معيار الخطأ في المسؤولية ومعيار التعسف في التعسف في استعمال الحق ومعيار الضرر غير المألوف للجوار ومعيار الجحود في الهبة ومعيار الهوى والطيش في الاستغلال لوقف العقد ومعيار نزع الملكية للمنفعة العامة وغيرها للمزيد من التفاصيل ينظر د عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص ٤٣.

٢- د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٠٠.

٣- الامثلة كثيرة على القاعدة الجامدة منها القواعد التي تلزم بدفع الضريبة محددة بنسب معينة من صافي الربح أو الدخل ولا تملك القضاء أي سلطة تقديرية بتدني هذه القواعد وكذلك الشروط الشكلية المنصوص عليها في قانون المراعات في اقامة الدعوى والتي يترتب على اغفالها ابطال عريضة الدعوى وكذلك مدد الطعن المنصوص عليها في القوانين الاجرائية للمزيد من التفاصيل ينظر

د. براهيم محمد عطا الله، اساسيات القانون الوضعي، ١٩٦٨، ص ٣٤.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

من حيث سهولة تطبيقها: القواعد الجامدة سهلة التطبيق حتى ولو كانت الاطراف متعددة ومتشابكة خلاف المرنة التي تكون صعبة التطبيق على الحالات المتعددة.

رغم المزايا المتقدمة ولكن توجد عيوب على القاعدة الجامدة ومنها عدم اعطاء سلطة تقديرية للقاضي في تطبيق القاعدة الجامدة لكن ما هو دور البعد الاخلاقي في اصفاء الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية ؟

هنا نجد هذا الدور أشار اليه بعض الفلاسفة أمثال ارسطو إذا ذكر أن الصياغة الجامدة صحيح إنها من الممكن أن تحقق العدل ولكنها لا تحقق الأنصاف بالرغم من أن الأنصاف هو نوع من العدل وهو افضل انواع أو درجات العدل لأن القاضي عند تطبيقه القاعدة عليه أن يراعي الظروف الواقعية حتى يحكم بمقتضى الأنصاف^[١]، والأخير عليه تطويع القواعد العامة على الحالات الخاصة وهذا لا يكون إلا إذا كانت القاعدة مرنة حتى تسمح للقاضي أن يستخلص منها الحكم المنصف للنزاع المعروض امامها.

والنقطة الثانية هي أن هدف القانون هو ليس فقط تحقيق العدل بل يحقق الأنصاف في الحالات الخاصة، فإنه من الواجب أن توجد إلى جانب القواعد الجامدة قواعد مرنة يمكن أن تطبق بطريقة تقديرية تحقق افضل درجات العدل.

ولكن هذا البعد الاخلاقي هل يتعارض مع المبادئ التي تبنتها القاعدة المذكورة؟

القاعدة الاولى: العمومية والتجريد: ذكرنا بأن القاعدة المرنة تؤدي الى تطويع الحلول من أجل تحقيق الملائمة للحالات المعروضة امام القضاء والتي فيها منازعات قضائية و لأول وهلة نجد أن القاعدة المرنة تخالف العمومية والتجريد بمحتوياتها كافة، ولكن هذا الأمر عار من الصحة لأن القاعدة القانونية سواء كانت مرنة أم جامدة عندما تطبق على حالة خاصة بأشخاص معينين بالذات لاتعد قاعدة قانونية، والتحليل المنطقي لذلك كما قلنا أن عناصر القاعدة القانونية هي الفرض والحل، فهما معيارين عاميين لا ينصرف بشخص بذاته أو الى واقعة معينة بذاتها بل تطبق على أشخاص غير معينين ووقائع غير محددة وحسب الاحوال، فالقاضي لا يملك سلطة مطلقة أو تحكيمية إنما هي سلطة تقديرية .

القاعدة الثانية: السلطة التقديرية وسيادة القانون : السلطة التقديرية للقاضي المعروض أمامه النزاع لا يطبقها بصفته كقاضي وفق السلطة الممنوحة له، إنما هذه السلطة التقديرية تطبيقاً

١- ينظر د. منذر الشاوي، مرجع سابق، ص ١٨٨.

لقاعدة قانونية مرنة وفي حدود هذه القاعدة وتخضع لمبدأ المشروعية^[١] أي سيادة القانون^[٢]، وهذه السلطة التقديرية خاضعة لرقابة المحكمة العليا محكمة الطعن حسب الاحوال^[٣]، حتى لا تكون هذه السلطة هي سلطة استبدادية مطلقة، فالمرجع يملك سلطة تقديرية في تشريع القوانين لكن يجب أن تتقيد بأحكام الدستور، ومراقبة من قبل المحكمة الدستورية أياً كانت تسميتها ففي العراق المحكمة الاتحادية العليا، وهذا لا يتعارض مع السلطة التقديرية بل هو تطبيق لمبدأ الملائمة بين الحق في استعمال هذه السلطة وما بين ضرورة أن تكون هذه السلطة في حدود مبدأ المشروعية ومبدأ سيادة القانون^[٤].

وكذلك الأفراد بموجب مبدأ سلطان الارادة يستطيعون إبرام ما يشاؤون من العقود ولكن أن يكونوا ضمن مبدأ المشروعية وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة. وكذلك الادارة لها الحق تستطيع أن تُشرّع القوانين واصدار التعليمات ولكن يجب أن لا يخالف مبدأ المشروعية.

١- مبدأ المشروعية يقصد بالمشروعية أن تخضع الدولة بهيئاتها وأفرادها جميعهم لأحكام القانون وأن لا تخرج عن حدوده، ومن مقتضيات هذا المبدأ أن تحترم الإدارة في تصرفاتها أحكام القانون، وإلا عدت أعمالها غير مشروعة وتعرضت للبطلان.

٢- قد يقصد بتعبير «سيادة القانون» أن يكون القانون هو السيد الأعلى، بحيث يعلو على الجميع، فلتلتزم به جميع السلطات والهيئات، ويخضع له كل الأفراد حكماً ومحكومين. وهذا الاصطلاح «سيادة القانون» يعد الأكثر استخداماً وشيوعاً في المجال السياسي، حتى إن بعض الدساتير تستخدم هذا الاصطلاح للتعبير عن تقريرها لمبدأ المشروعية، كالدستور المصري لعام ١٩٧١ حيث تنص المادة (٦٤) منه على أن: «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة»، والدستور السوري الدائم لعام ١٩٧٣؛ إذ ينص في المادة (٢٥٢) منه على أن: «سيادة القانون مبدأ أساسي في المجتمع والدولة». ومن ناحية أخرى يفرق بعض الفقهاء بين اصطلاح «المشروعية» التي يقصد بها احترام قواعد القانون القائمة فعلاً في المجتمع؛ أي المشروعية الوضعية، وبين اصطلاح «الشرعية»؛ وهي الفكرة المثالية التي يقصد بها تحقيق العدالة، حيث تتضمن قواعد أخرى يستطيع عقل الإنسان السليم أن يكشفها، ويجب أن تكون المثل الأعلى الذي يتوخاه المشرع في الدولة، ويعمل على تحقيقه؛ إذا أراد الارتفاع بمستوى ما يصدر عنه من تشريعات. ينظر أحمد المواقفي، المشروعية الاستثنائية، بلا دار نشر، ٢٠٠٤، ص ١٠٠.

٣- إن الدعاوى الإدارية المختلفة سواء دعوى الإلغاء أو دعوى التفسير أو دعوى الفحص أو دعوى التعويض وغيرها من الدعاوى الأخرى تمثل ضمانات أساسية لمبدأ المشروعية الإدارية. وتمكن جهة القضاء المختص من ممارسة رقابته على جهة الإدارة، ومن ثم التصريح في حال ثبوت الخرق بإلغاء القرار المطعون فيه أو إقرار مسؤولية الإدارة مع التعويض عن العمل الضار وغير ذلك من القرارات القضائية. وينظر القضاء الإداري في الدعاوى المرفوعة أمامه بصفة مستقلة فلا سلطان للإدارة وينبغي الإشارة أن الإدارة في كثير من الأنظمة القانونية قد تتناول على أحكام القضاء وتتمرد على تنفيذها رغم أن المشرع فتح السبيل القانوني أمام صاحب الحق في اللجوء للقضاء الجزائي. غير أنه ورغم فتح هذا السبيل، إلا أن الملاحظ في كثير من الأنظمة العربية أن الإدارة قد لا تمتثل لأحكام القضاء خاصة إذا تعلق الأمر بدعوى الإلغاء. وإذا كان القضاء العادي ممثلاً في المحاكم العادية والابتدائية وجهات الاستئناف وقضاء محكمة التمييز الاتحادية هو الآخر يصون مبدأ المشروعية بصفة عامة ويحفظ الحقوق المقررة قانوناً، وكذلك القضاء الدستوري المتمثل بالمحكمة الاتحادية العليا أو المحكمة الدستورية يتولى حماية مبدأ دستورية القوانين والأنظمة للمزيد من التفاصيل ينظر، د حافظ هريدي، اعمال السيادة في القانون المصري المقارن، ط١، القاهرة، ١٩٥٢، ص٨٧.

٤- ينظر د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١١، ص ٦٥.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

وهو كذلك للقاضي المعروض أمامه النزاع يستمد سلطته المطلقة من القانون، وإذا ما خالفت هذه السلطة القانون فإن الحكم الذي يصدر عرضة للنقض.

المطلب الثاني

اثر البعد الاخلاقي في تفسير القاعدة القانونية

لتفسير القاعدة القانونية عدة معايير تختلف حسب الفلسفة التي انطلقت منها مصادر هذا التفسير، فالقاعدة القانونية التي تحتاج الى تفسير فهي تلك التي يشوبها الغموض أو وردت في الفاظ قد تحتاج الى بيان أو الى ضبط المراد منها أو كانت القاعدة ناقصة جاءت بشيء من الايجاز أو هنالك قاعدتين متعارضتين بحيث يكون التطبيق من خلال ترجيح احدها على الاخرى أو شرح كيفية تطبيقها على الوقائع المتغيرة، ولكن هل البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية له علاقة في التفسير وكيف ذلك؟ للإجابة نقول سوف نتناول ذلك من خلال فرعين الاول منه تأثير البعد الاخلاقي في تحديد انماط سلوك جديدة لتكون محل القواعد القانونية النافذة إما الفرع الاخر فهو تأثير البعد الاخلاقي في تعديل الجزاء المترتب على القواعد القانونية النافذة.

الفرع الاول

تأثير البعد الاخلاقي في تحديد انماط سلوك جديدة لتكون محل القواعد القانونية النافذة هذه الجزئية بالتحديد تتعلق بمدارس التفسير من جهة ومن جهة اخرى تتعلق بمقارنة السلطة التقديرية بفكرة القانون الحر، إما الاولى وكيفية تطبيقها السؤال كيف يمكن أن تحدد الأنماط وعلاقته بالبعد الاخلاقي؟

للإجابة نقول من خلال انواع التفسير ومصادره وكيفية ذلك أن انواع التفسير يتمثل بما يلي:
التفسير التشريعي: وهو ذلك الذي يضعه المشرع حتى يبين القصد الذي من ورائه التشريع، فالقاضي المعروض امامه النزاع في حالة الغموض أو احتمال النص على أكثر من معنى يلجأ ما يصدره المشرع بما يسمى بالتشريع التفسيري أو القانون التفسيري، وان هذا التفسير إما يكون بصيغة قانون عادي أو تخويل لسلطات ادارية، ويعد ذلك ملزماً لجميع السلطات الملزمة بتطبيق القانون ويطبق على جميع الحالات المعروضة امام القضاء^[١].

التفسير القضائي: وهو ذلك الذي يقوم به القاضي المعروض أمامه النزاع تطبيقاً لقاعدة قانونية وهو وسيلة للعلاج في الحالات المعروضة أمامه وليس غاية التفسير ولا يكون له قوة بالإلزام

١- ينظر د زهير شكر، مرجع سابق، ص ١٠٢.

إلا في حالات معينة، وله تسميات عدة منها الاجتهاد القضائي^[١].

التفسير الفقهي وهو التفسير الذي يكون للفقهاء في القانون دور في ذلك اثناء مؤلفاتهم ودراساتهم للقاعدة القانونية فيغلب صفة التجريد على صفة النظر الى النتائج التي يترتب عليها، ففي العصور القديمة في القانون الروماني والفرنسي كان له الدور في الالزام، وهو دائماً ما يسبق التفسير القضائي ويلحق التفسير التشريعي^[٢].

اما مدارس التفسير يمكن إجمالها :

مدرسة التزام بالنص (مدرسة الشرح على المتون): وهذه المدرسة تتبنى فكرة أن التشريع هو المصدر الوحيد للقاعدة القانونية ودور القاضي المعروض إمامه النزاع يقتصر على تفسير النص، والفقهاء يفسره من خلال إرادة المشرع عندما وضع هذا التشريع حتى لو تغيرت الظروف، ومجمل ظهورها كان عندما سادت الافكار التي تبنتها الثورة الفرنسية عندما كانت تمتاز القاعدة القانونية بالقدسية والكمال، وقد تقيد الشراح بما ورد بالنص عند الغموض فقط، إما عند النقص فلا يمكن للتفسير أن يجد له مساحة في ذلك وظهرت قاعدة لا اجتهاد لمورد النص، وبالتالي منع تطبيق القاعدة خارج نطاقها، وكذلك مما يعيب على هذه المدرسة بأنها لا تتطور بتطور الازمان لأنه كما قلنا يبحث عن الفلسفة التي انطلق منها المشرع أو غايته من التشريع^[٣].

المدرسة الاجتماعية: وكان اول ظهور لها في المانيا، وكان ما تتبناه خلاف المدرسة الاولى لأن القانون عندما شرع ليس وليد اللحظة إنما يطبق الى حالات غير متناهية مستقبلاً لتشريعه، ويلبي حاجات المجتمع غير المتناهية فلو كانت هنالك قضية معروضة أمام القضاء فيتم تفسيرها على اساس الارادة المحتملة وليس الارادة الحقيقية عند وضع التشريع^[٤]، مما يجعل النصوص تساير التطورات الاجتماعية ولكن يؤخذ عليها بأنها تؤدي عدم الاستقرار وتخرج التفسير عن وظيفته الاساسية وتجعله تعديلاً أو الغاءً لنص أو خلقاً لقاعدة قانونية.

المدرسة العلمية : وظهرت في فرنسا ومؤسسها الفقيه الفرنسي جيني وحاول أن يجمع بين المدرستين انفا الذكر، وان هذه المدرسة تتبنى فكرة البحث عن الارادة الحقيقية للمشرع لأن التشريع هو عمل إرادي قامت به على صياغة إرادة لتحقيق غاية معينة لمعالجة مشكلة معينة^[٥].

١- ينظر د. قاسم محمد، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٦٧.

٢- د. عكاشة عبد العال، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ط ١، ص ٥١.

٣- د. علي ابراهيم، منهجية البحث القانوني، مصر، القاهرة، ص ٦٧.

٤- د. مسعد زيدان، مناهج البحث العلمي والنهجية، مطبعة دحلبي، الجزائر، ١٩٩٣، ص ٢٤.

٥- د. زهير شكر، مرجع سابق، ص ١٠٧.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

فذا القاعدة القانونية غير موجودة تذهب انصار هذه المدرسة الى تبني فكرة اللجوء الى مصادر القانون الاخرى وهي الفقه ويجب أن يطابق ما قصد منه المشرع من خلال عدة حقائق وهي :

أ. حقائق واقعية .

ب. حقائق تاريخية

ج. حقائق عقلية

د. حقائق مثالية

فالقاضي المعروض أمامه النزاع يلجأ الى النوع من التفسير لا يخلق قاعدة قانونية، إنما يخلق حلاً فردياً للنزاع مراعيًا الاعتبارات التي سيرا عليها المشرع فيما لو عرضت عليه المشكلة. فيأخذ على هذه المدرسة كيف يمكن للتفسير أن يصل الى إرادة المشرع وهو حل يؤدي الى عدم استقرار المعاملات.

ولكن كيف يمكن للقاضي المعروض أمامه النزاع أن يلجأ الى التفسير؟

للإجابة نقول يكون التفسير حسب الاحوال للنص:

الحالة الاولى في حالة النص المعيب: وهي حالة النص إذا كان خاطئاً أو نقص أو شابه الغموض أو كانت بعض احكامه متعارضة مع الاخرى يكون كالآتي :

أولاً: الخطأ المادي: فقد يكون النص خطأً في أصله أو في مسودته

ثانياً : حالة نقص النص: وذلك من خلال اغفال لفظ النص بحيث لا يستقيم الحكم بدونه وفي هذه الحالة يكون المفسر بإكمال النص بقصد المشرع وقد اتجهت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة في العراق في قرارها على أنه (لدى التدقيق والمداولة واستنادا للقرار الصادر من الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٩٥ / الهيئة العامة / ٢٠٠٧ في ٣٠ / ٦ / ٢٠٠٨ المتضمن بأن مفهوم الاستئناف الوارد في المادة ٧٠ من قانون البنك المركزي (في دعاوي الاستئناف الاحكام والوامر النهائية الصادرة من محكمة الخدمات المالية) ينصرف الى الطعن تمييزاً لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية وليس استئنافاً بصفتها الاصلية وان الطعن المقدم من قبل البنك المركزي وان وصفه بانه استئناف إلا أنه في حقيقته طعن تمييزي تختص بنظره محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية فقد وجد بأن الطعن التمييزي المقدم ضمن المدة القانونية فقرّر قبوله شكلاً.... الخ مدرجات القرار التمييزي) [١]

الحالة الثانية في حالة عدم وجود النص: في حالة عدم وجود قاعدة قانونية تنص على الحالة

١- القرار ذو العدد ٣٢٨ م/ ٢٠٠٨ الصادر في ١٦/٩/٢٠٠٨ منشور في القاضي موفق علي العبدلي، المختار في قضاء محكمة استئناف بغداد الرصافة التمييزية، مكتبة الصباح، ٢٠١٠، بغداد، ص ٢٥٩.

المعروضة على القضاء ففي هذه الحالة نُميّز بين القوانين الجزائية والمدنية، ففي حالة القوانين الجزائية فالتشريع هو المصدر الوحيد لهذه القواعد لأنه محكوم بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص مبدأ الشرعية الجنائية، هو أحد ركائز التشريع الجنائي، ويقصد به أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، مما يعني حصر الجرائم والعقوبات في القانون المكتوب وجعله دون غيره مصدراً للتجريم والعقاب؛ فلا يُجرّم فعلاً لم يجرمه القانون، ولا يُقضى بعقوبة دون ما نص عليها القانون، ومعنى ذلك أن تجريم الأفعال وفرض العقوبة المقرر لها لا يصدر إلا من السلطة المعينة بالتشريع (السلطة التشريعية) وهذه السلطة يتم تحديدها بموجب دستور الدولة. ورد هذه الهيئة كتاب رئاسة محكمة استئناف المثني الاتحادية / مكتب رئيس الاستئناف المرقم (٤٧٩٩/مكتب/٢٠١٩) في ٢٠١٩/١٢/٣٠ والذي تضمن بأن هناك حالات اختلاف بين الهيئات التمييزية في محاكم الاستئناف بخصوص تفسير نص المادة (٣٥/أولاً) من قانون المرور الجديد رقم لسنة ٢٠١٩ في حالة حدوث تصادم بين مركبتين ونتج عنه أضرار مادية فقط لاختلاف وجهات النظر فمنها من اعتبر الفعل خالٍ من العنصر الجزائي لعدم وجود نص يجرمه ومنها من ذهب إلى القواعد العامة بتكليف الفعل وفق المادة (١/٤٧٧) من قانون العقوبات والآخر توسع في تفسير مفردات النص ليشمل الحالتين الأضرار المادية والإصابات البدنية، ولغرض توحيد وجهات النظر القانونية فقد طلبت رئاسة الاستئناف أعلاه عرض الموضوع على قسم الدراسات في هذه الهيئة.

أولاً: إن الموضوع يتعلق بالحوادث المرورية التي ينتج عنها أضرار في المركبات فقط دون أن تكون مقترنة بإصابات بدنية أو حدوث وفيات لأن قانون المرور النافذ رقم لسنة ٢٠١٩ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٥٥٠) في ٢٠١٩/٨/٥ لم يتضمن نص صريح يعالج مثل هذه الحالات وتبين من صور القرارات التمييزية الواردة طي الكتاب (موضوع الدراسة) والصادرة عن الهيئات التمييزية في محاكم استئناف (المثني - ذي قار - البصرة) إن الهيئات المذكورة قد اختلفت في إعطاء التكليف القانوني للوقائع المشار إليها أعلاه، فمنها من ذهب إلى أن هذه الأفعال لا تنضوي تحت أي نص عقابي في قانون المرور ولا يمكن تكليف تلك الأفعال وفق أحكام المادة (١/٤٧٧) من قانون العقوبات ومنها من ذهب إلى أن خلو قانون المرور من نص عقابي يسري على الواقعة يعيد المحكمة إلى أحكام قانون العقوبات باعتباره قانون عام وان المادة (١/٤٧٧) منه تسري على هذه الوقائع، وهيئات أخرى ذهبت إلى تطبيق نص المادة (٣٥/أولاً) من قانون المرور على اعتبار أن مفردة (أذى) الواردة في النص تشمل الأذى الذي يصيب النفس أو المال قياساً على نص المادة (١/٢٣) من قانون إدارة المرور الملغى رقم (٨٦) لسنة ٢٠٠٤.

ثانياً: بيان النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع (محل الدراسة):

١. جاء في نص الفقرة (أولاً) من المادة (٣٥) من قانون المرور رقم لسنة ٢٠١٩ ما يلي: (أولاً: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار أو بكلتا العقوبتين كل من احدث بالغير أذى جسيم أو عاهة مستديمة بسبب قيادته مركبته دون مراعاة للقوانين والأنظمة والبيانات وتعليمات المرور أو بسبب عدم توفر شروط المتانة والأمان في المركبة) من مطالعة النص أعلاه يتبين بأنه لا يتضمن بشكل صريح معالجة حالة ما إذا نتج عن الحادث المروري إلحاق ضرر بالمركبات فقط وان هذا يعد نقصاً تشريعياً .

٢. نصت المادة (٤٧٧) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل على ما يلي: المادة (٤٧٧) مع عدم الإخلال بأي عقوبة اشد ينص عليها القانون :-

(١- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من هدم أو خرب أو اتلف عقاراً أو منقولاً غير مملوك له أو جعله غير صالح للاستعمال أو اضر به بأية كيفية كانت) .

ثالثاً: بعد بيان النصوص القانونية ذات الصلة بالوقائع (محل الدراسة) لا بد من بيان إن نص المادة (٣٥/أولاً) من قانون المرور النافذ رقم لسنة ٢٠١٩ لا تشير بشكل صريح لا لبس فيه ولا غموض إلى سريانه على الحوادث ينتج عنها أضرار مادية فقط (أضرار مركبات) وبذلك فقد ذهبت الهيئات التمييزية في محاكم الاستئناف في اجتهاداتها بخصوص هذه الوقائع إلى عدة اتجاهات منها:

١. شمول الواقعة بأحكام المادة (٤٧٧/١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل باعتباره القانون العام .

٢. تطبيق نص المادة (٣٥/أولاً) من قانون المرور وذلك بتفسير مفردة (أذى) الواردة في النص بأنها تشمل أذى النفس أو المال .

٣. إن هذه الوقائع لا تنضوي تحت أي نص عقابي في قانون المرور ولا يمكن تكييفها وفق أحكام قانون العقوبات .

وعن دراسة الآراء أعلاه فلا بد من البيان بأن حوادث المرور هي من (جرائم الخطأ) وينتفي فيها القصد الجرمي لأنه إذا توافر فيها قصد جنائي ستكون من الجرائم العمدية ومحكومة بقانون العقوبات وليس بقانون المرور، لذا فلا مجال لإعمال النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات على الحوادث المرورية التي ينتج عنها إلحاق اضرار بالمركبات فقط .

أما الذهاب إلى إن هذه الوقائع لا تنضوي تحت أي نص عقابي فإن هذا التفسير في غير محله لأنه نتج عنها إلحاق ضرر بالمال يتمثل بالإضرار الحاصلة في المركبات ولا بد من تعويض هذه

الإضرار لذا فلا بد من التوسع في تفسير نص المادة (٣٥/أولاً) من قانون المرور النافذ رقم لسنة ٢٠١٩ لسريانه على مثل هذه الوقائع لأن النص أعلاه والمشار إليه في (ثانياً/١) فيما تقدم قد تضمن ما يلي (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على مليون دينار أو بكلتا العقوبتين كل من احدث بالغير أذى جسيم أو عاهة مستديمة بسبب قيادته مركبته دون مراعاة للقوانين والأنظمة والبيانات وتعليمات المرور أو بسبب عدم توفر شروط المتانة والأمانة في المركبة) وان عبارة (أذى جسيم) الواردة في النص تحتمل هذا التفسير لأن مفردة (أذى) يمكن أن تشمل أذى النفس أو المال، لذا نرى بأن هذا التفسير هو الأصوب لمعالجة هذا الغموض في النص التشريعي في المادة (٣٥/أولاً) من قانون المرور النافذ .

رابعاً: الرأي الذي توصلنا إليه إن حوادث المرور هي من (جرائم الخطأ) التي ينتفي فيها القصد الجرمي فلا مجال فيها لإعمال النصوص القانونية الواردة في قانون العقوبات بما فيها المادة (١/٤٧٧) منه وجعلها تسري على الحوادث المرورية التي ينتج عنها إلحاق أضرار بالمركبات فقط . كما لا يمكن الذهاب بأن هذه الحوادث لا تنضوي تحت أي نص عقابي لأن هذه الحوادث ينتج عنها إلحاق ضرر بالمال وان اعتبارها أفعالا غير معاقب عليها سيؤدي إلى حرمان المتضرر من تعويضه عن الضرر الذي لحق به جراء الحادث، وبذلك فلا بد من التوسع في تفسير نص المادة (٣٥/أولاً) من قانون المرور النافذ رقم لسنة ٢٠١٩، بسريانه على مثل هذه الحالات لأن نص المادة المذكورة وان كان لا يشير بشكل قاطع لا لبس فيه إلى سريانه على الحوادث التي ينتج عنها أضرار بالمركبات فقط، إلا أن النص يحتمل هذا التفسير حيث نصت المادة أعلاه على ما يلي (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تزيد على مليون دينار أو بكلتا العقوبتين كل من احدث بالغير أذى جسيم أو عاهة مستديمة بسبب قيادته مركبته دون مراعاة للقوانين والأنظمة والبيانات وتعليمات المرور أو بسبب عدم توفر شروط المتانة والأمان في المركبة) لأن عبارة (أذى جسيم) تحتمل مثل هذا التفسير بأن يكون الأذى أصاب المتضرر هو في المال [١].

اما القضايا المدنية فقد وجد الحل في المادة من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل الذي نص على انه (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٣- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي

١- تفسير مادة قانونية (قانون المرور النافذ) ٢٠/دراسات /٢٠٢٠ من قبل لجنة الدراسات في هيئة الاشراف القضائي منشور في شبكة الأنترنيت <https://www.sjc.iq/view>.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية). وقد اقرت محكمة التمييز الاتحادية الموقرة هذا المبدأ من خلال (... وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للشرع والقانون لأن وكيل المميز اقر بالطلاق الواقع في ٢٣/٨/٢٠١٥ والذي تعزز بإقرار الشهود محل الطلاق الذين استمعت لهم المحكمة كما أن المميز عليها بينت بأنها في حالة طهر غير مواقع فيه فإن الطلاق استوفى الشروط الشرعية على المذهب الذي يقلده الطرفين... الخ) [١]، وكذلك القرار الذي اعتمد على تفسير القضاء على التفسير الذي اقره قضاء محكمة التمييز الاتحادية على انه (... وجد انه صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة ذلك أن الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية قد اصدرت قرارها المرقم ٤٠٤ / الهيئة العامة / ٢٠١١ في ٢٨/٢/٢٠١٢ المتضمن انه يجوز للشريك في العقار الشائع اقامة المشيدات دون موافقة باقي الشركاء باعتبار إن اقامة تلك المشيدات هو أحد اوجه الأنتفاع المنصوص عليها بالمادة ١٠٦٣/٢ من القانون المدني ويحق لباقي الشركاء في هذه الحالة المطالبة بأجر المثل أو إقامة أزالة الشيوخ... الخ) [٢].

الفرع الثاني

تأثير البعد الأخلاقي في تعديل الجزاء المترتب على القواعد القانونية النافذة

ان صفة الإلزام التي تتمتع بها القاعدة القانونية هي التي تميزها عن بقية قواعد السلوك الاخرى كالعادات الاجتماعية والتقاليد والاخلاق وغيرها، هذه الصفة إذا وجدت سميت قاعدة قانونية، إما إذا لم توجد في هذه الحالة عدت القاعدة مجرد نصيحة أو دعوة، وهذه الصفة (صفة الالزام) تستند على فكرة أخرى وهي فكرة الجزاء، فالإلزام لا يتصور وجوده ما لم تقترن القاعدة بجزاء يوقع على الشخص المخالف للأمر الوارد فيه، مما يعني بأن فكرة الجزاء هي فكرة متممة للإلزام المترتب على القاعدة القانونية، لأن مخافة بقية قواعد السلوك المذكورة لا يترتب عليها جزاء كما في الالزام الموجود في القاعدة القانونية، إنما هو يدعى استنكار أو غضب للرأي العام، إما القاعدة القانونية مخالفتها يكون بالزجر أو ما يسمى بالقهر العام الذي تباشره السلطة العامة في المجتمع وهي سلطة الدولة [٣]، والفلسفة التي ممكن أن تبرر ذلك بما أن القاعدة القانونية هي من شرعنت السلطة في الدولة فهي كفيلة بأن تكفلها بما تملك من وسائل القوة والاجبار والقهر.

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية الموقرة ذو العدد ٢٧٩٠ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠١٦ في ٢١/٤/٢٠١٦ المنشور في فوزي كاظم المياحي، القانون المدني فقها وقضاء الباب التمهيدي بغداد، مطبعة السيماء ص ٢٩.
٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية ١٣ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٢ في ٢٤/٢/٢٠١٢ منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد الاول السنة الخامسة، ص ٢٢٨.

٣- د. زهير جرنه، الامر الاداري ورقابة المحاكم القضائية له في مصر، ١٩٥٣، ص ١٠٠.

ولكن ما هو الفرق بين الإلزام والقهر والجزاء؟

القهر نوع من الجزاء تنفرد به القاعدة القانونية إما الجزاء فهو أوسع من القهر، فيشمل القهر الأنواع الخاصة بالسلوك الاخرى كافة، و هذه الخصائص الثلاث مرتبطة بعضها البعض الاخر ولا يمكن تفرقتها.

ولكن ما هو نوع القهر الذي تستخدمه السلطة للإلزام الموجود في القاعدة القانونية؟

للإجابة نقول إن السلطة يجب أن تكون سلطة ذات قوة مادية تملكها الدولة حتى تستطيع أن تمنع مخالفة القاعدة القانونية، وعن طريق اجهزتها المختلفة حسب الاحوال، والعقوبة هي عقوبة شخصية تُفرض على من خالف القاعدة القانونية بصورة مباشرة إما على شخصه عن طريق الزج في المؤسسات العقابية أو عن طريق التعويض من خلال الاجتزاء لأمواله، او عن طريق رفع المخالفة للقاعدة القانونية، كما لو اغلاق النشاط الذي يخالف بموجب القاعدة القانونية، أو اخراجه من المكان الذي يشغله بغير حق.

فهذا الاعتداء بالقاعدة القانونية سواءً كان يحمي فرد معين كما في حالة اعتداء جار على جاره، فالردع يكون عن طريق منع هذا التعدي باستخدام القوة المادية مع محو اثار الاعتداء، وقد يكون بصورة اعتداء على افراد المجتمع فيكون الردع من خلال الزج في المؤسسات الاجتماعية والتعويض. ويرى البعض أن القاعدة القانونية ليس فقط خصائصها الردع أو القهر ولكن إذا اتجهت الى القهر، وتعني أن هناك امكانية تطبيق القانون من خلال القوة والقهر^[١]، وهذا يعني أن هذه القاعدة القانونية من الممكن أن تطبق حتى ولو لم يكن هنالك ردعاً مباشراً لها، ولكن هنالك وسائل معينة تتجه نحو الردع واعتراض الرأيين المذكورين رأياً مخالفاً^[٢]، الذي يجد انه ليس من العدالة أن نغرق القاعدة القانونية ونقربها من الواجب والضمير بحيث لاتعد قاعدة قانونية بالمعنى الذي تم ذكر خصائصها لأن القهر هو الذي يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاخرى، ولكن هل أن القاعدة القانونية فورية التنفيذ؟ للإجابة نقول يجب التمييز بين الجانب المدني والجانب الجزائي، فالأخير فوري التنفيذ إلا في الحالات الاستثنائية، أما المدني يوجد تنفيذ اختياري وتنفيذ اجباري، فكل ما يتعلق بالسلطة العامة فهو تنفيذ جبري أما ما يخص الافراد إذا كان له جنب للمنفعة العامة فهو إجباري التنفيذ، أما خلافهم من الممكن أن يكون جبري التنفيذ أو اختياري التنفيذ حسب الاحوال، فالأخير لا يعني أن تفقد القاعدة القانونية خاصيتها بل الاكثر من ذلك أنها تعتبر دلالة على وجود الردع .

١- ينظر د. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٥، ص ١٦٦.

٢- ينظر د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مرجع سابق، ص ٥٥.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

وفي مدار البحث يجب التمييز بين القاعدة القانونية الامرة والقاعدة القانونية المفسرة أو المكملة، فالقاعدة الامرة فهي تلك التي لا تستطيع إرادة الافراد أن تتفق على مخالفتها، فالعلاقة بين الافراد وارادة المخاطبين يحكمها الخضوع التام واغلبية قواعد القانون هي من النوع الامر، إما القواعد المفسرة أو المكملة أو المقررة فهي التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وهذه القواعد لا تكون في القوانين العامة بل الخاصة.

ولكن هل تعد قاعدة قانونية بالمعنى الحقيقي؟

للإجابة نقول أن هذه القاعدة تفسر إرادة المتعاقدين بانهم لم يتفقوا على تطبيق الظاهر التي تنضوي تحت هذه القاعدة القانونية. معلى سبيل المثال القواعد الخاصة بالبيع والإيجار والوكالة وغيرها.

ولكن هل أن هنالك بعد اخلاقي في تعديل الجزاء المترتب على القاعدة القانونية ؟

للإجابة نقول أن ذلك يرتبط بفكرة النظام العام وكذلك ما يسمى بالأداب العامة، لأن الاخيرة تمثل الحد الأدنى في العادات الاخلاقية اللازمة مراعاتها في المجتمع، ويرجع في ذلك الى الاتجاهات الخلقية السائدة في المجتمع في ذلك الوقت، وهذه الأنماط من الممكن أن تقلل بعض العادات الخلقية تجاه الأخرى، وعلى مر التاريخ لوحظ بعض الظواهر منها ما جاء في القرن التاسع عشر في اوربا اذ أن المذهب الفردي السائد في ذلك الوقت كان رواده ينادون ويجعلون الاخلاقيات المتعلقة بالجنس ترتفع الى المقام الاول من اخلاقيات المسيحية السائدة على حساب بعض الاخلاقيات منها التي تدعو الى الزهد وتحارب جمع المال وانها لم تقف حائلا امام الارباح الضخمة والاخلاقيات في حصولها^[١]، ولو كان ذلك على أساس أستغلال أرباب العمل للعمال وغيرهما، مما حدا الى ظهور جانب معاكس من جانب الكنيسة الكاثوليكية الذي نادى بوجود قانون طبيعي أعلى واقدم من عقود العمل بأن يكون الاجر على قدر متيقن من المعيشة.

مما حدا ببعض الفلاسفة بأن القانون الطبيعي هو الاخلاقيات الموجودة في المجتمع مما ادى ظهور بعض الصراعات المتفرقة^[٢]، فإن افلاطون اعلن الوحدة بين القوة السياسية والفلسفة، إما هيجل الذي انكر دور الفلسفة على القوانين الوضعية، أما اهرنج يدعو الى نوع من الاخلاق العملية فهو يعتبر الصراع من أجل القانون واجبا للشخص نحو نفسه ونحو الاخلاق الواجب التسليم بها، أما نيتشه كان يرى أن الفيلسوف يجب أن يكون مشرع، إما في البلدان العربية كما في مصر والعراق فهي تتبنى بأن الفلسفة التي ينطلقان منها هي تؤمن بوجود الله عز وجل وبالعدل المطلق والرسالات السماوية.

١- ينظر د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص ٥٣.

٢- ينظر حسن كيرة، مرجع سابق، ص ٤٣.

الخاتمة

بعد البحث الموسوم دور البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية توصلنا الى النتائج التالية من أجل أن نمد بعض التوصيات التي من الممكن أن نجعلها بما يأتي :

اولاً: النتائج:

١. ان البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية هو الهدف الاسمى في تنظيمها فهي التي تنشطر الى امرين الاول المحذورات وهو الجانب التنظيمي للسلوك البشري فإيذاء الغير هو عمل محذور من الناحية الاخلاقية وكذلك السرقة وكذلك اغتصاب اموال الغير والقتل فهذه الافعال قد منعتها القاعدة القانونية بل الاكثر منذك وضعت لها جزاء فرضه على المخالف.
٢. الأخلاق من الناحية اللغوية جمع خلق وهو السجية والطبع إما من الناحية الاصطلاحية فكان تعريفها على اتجاهين، الاول: الاتجاه المادي، وهذا الاتجاه انصاره يبررون بأن الاخلاق يجب أن تظهر للوجود المادي، ولا عبرة بالكوامن الخفية في ضمير الفرد، فيرى البعض أن الاخلاق ذو اتجاه نفعي، وقد اختلفوا هل أن الاخلاق ذو منفعة عامة أم منفعة خاصة، فمنهم من يجد أن الاخلاق يجب أن تحقق منفعة عامة، والقياس في ذلك أن اخلاقية الفعل بنتائجها لا ببواعثها ويجب أن يقترن بجزء حتى يميز الخير عن الشر، إما الآخرون فيقررون بوجود أن تكون المنفعة شخصية، أن القرارات والقوانين يجب أن تتضمن صنع قرار فردي ومنفعة الفرد دون العامة؛ إما الاتجاه الثاني يبحث في كوامن النفس التي لا تظهر الى الوجود المادي والتي يعمل على الضمير (ضمير الفرد) .
٣. القاعدة القانونية ذات وجهين مزدوجين فهي فن من جهة وعلم من جهة اخرى، فهو علم كونه جزء من القانون الذي هو فرع من فروع علم الاجتماع لأنه يلبي الحاجات القانونية للفرد والمجتمع من خلال الوقائع الاجتماعية، وهو فن ممن جهة اخرى لأنه يتجسد في تطبيق معارف علمية مكتسبة مسبقاً من أجل إعداد القوانين الملائمة من خلال دور المشرع في سن القاعدة القانونية تاركاً التفاصيل للقاضي في تطبيق هذه القاعدة من خلال التفسير والتأويل، إما الفقه القانوني يقوم بدراسة هذه القواعد وتفسيرها والتعليق عليها.
٤. ان خصائص القاعدة القانونية هي اجتماعية السلوك : (قاعدة ذات طابع اجتماعي ومنظمة للسلوك) وعامة ومجردة و إلزامية القاعدة القانونية يوجد جزاء يترتب على مخالفتها.
٥. لتفسير القاعدة القانونية عدة معايير تختلف حسب الفلسفة التي انطلقت منها مصادر

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

هذا التفسير، فالقاعدة القانونية التي تحتاج الى تفسير فهي تلك التي يشوبها الغموض أو وردت في الفاظ قد تحتاج الى بيان أو الى ضبط المراد منها أو كانت القاعدة ناقصة جاءت بشيء من الإيجاز أو هنالك قاعدتين متعارضتين بحيث يكون التطبيق من خلال ترجيح احدها على الاخرى أو شرح كيفية تطبيقها على الوقائع المتغيرة.

٦. ان صفة الإلزام التي تتمتع بها القاعدة القانونية هي التي تميزها عن بقية قواعد السلوك الاخرى كالعادات الاجتماعية والتقاليد والاخلاق وغيرها، هذه الصفة إذا وجدت سميت قاعدة قانونية، أما إذا لم توجد في هذه الحالة عدت القاعدة مجرد نصيحة أو دعوة، وهذه الصفة (صفة الإلزام) تستند على فكرة اخرى وهي فكرة الجزاء، فالإلزام لا يتصور وجوده ما لم تقترن القاعدة بجزاء يوقع على الشخص المخالف للأمر الوارد فيه، مما يعني بأن فكرة الجزاء هي فكرة متممة للإلزام المترتب على القاعدة القانونية، لأن مخالفة بقية قواعد السلوك المذكورة لا يترتب عليها جزاء كما في الالزام الموجود في القاعدة القانونية، إنما هو يدعى استنكار أو غضب للرأي العام، أما القاعدة القانونية مخالفتها يكون بالزجر أو ما يسمى بالقهر العام الذي تباشره السلطة العامة في المجتمع وهي سلطة الدولة، والفلسفة التي ممكن أن تبرر ذلك بما أن القاعدة القانونية هي من شرعت السلطة في الدولة فهي كفيلة بأن تكفلها بما تملك من وسائل القوة والإجبار والقهر.

ثانياً : التوصيات

١. ان يكون أساس التشريعات عن تشريعها أن تأخذ بنظر الاعتبار البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية ومدى تأثيرها الاخلاقي في المجتمع .
٢. ان يكون البعد الاخلاقي هو العامل المؤثر في تفسير القاعدة القانونية .
٣. للبعد الاخلاقي أثر في الزجر الذي يترتب على الزجر الذي يفرض على مخالفة القاعدة القانونية

المصادر

١. د. احمد ابو الوفا، اصول المرافعات المدنية والتجارية، مصر، ط١٠، ١٩٧٠.
٢. د. بديوي عبد الرحمن، مناهج البحث العلمي، وكالة المطبوعات، الكويت، ط٣، ١٩٧٧.
٣. د. برهام محمد عطا الله، اساسيات القانون الوضعي، ١٩٦٨.
٤. د. حافظ هريدي، اعمال السيادة في القانون المصري المقارن، ط١، القاهرة، ١٩٥٢.
٥. د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، مطبعة العاني، ط١، بغداد، ١٩٧٥
٦. د. زهير جرنه، الامر الاداري ورقابة المحاكم القضائية له في مصر، ١٩٥٣.

٧. د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٧٤.
٨. د. عبد الرزاق السنهوري، علم اصول القانون، خلاصة محاضرات القيت على طلبة السنة الاولى كلية الحقوق في علم اصول القانون كمقدمة تمهيدية للدراسة القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده في مصر، ١٩٣٦.
٩. د. عبد المنعم فرج الصدة، اصول القانون، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٥.
١٠. د. عكاشة عبد العال، المنهجية القانونية، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٥، ط ١.
١١. د. علي ابراهيم، منهجية البحث القانوني، بدون دار نشر، ط ٢، بيروت، ٢٠٠١.
١٢. د. علي ابراهيم، منهجية البحث القانوني، مصر، القاهرة..
١٣. د. قاسم محمد، المدخل لدراسة القانون، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٧.
١٤. د. مالك دوهان الحسن، المدخل لدراسة القانون، بغداد، ١٩٧٢.
١٥. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ١، ٢٠١١.
١٦. د. محمد سليمان الاحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، لبنان بيروت.
١٧. د. محمد قاسم، المدخل الى دراسة القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
١٨. د. مسعد زيدان، مناهج البحث العلمي والمنهجية، مطبعة دحلب، الجزائر، ١٩٩٣.
١٩. د. مشاعل عبد العزيز الهاجري، محاضرات في نظرية القانون، القاعدة القانونية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
٢٠. د. منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، ١٩٩٦.
٢١. د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان وسط البلد ٢٠١١.
٢٢. د. منذر الشاوي، مذاهب القانون، ط ٣، بغداد، دار الحكمة، ١٩٩١.
٢٣. د. ويبيدار هاني، منهج الدراسة التطبيقية في مجال علم القانون، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٨.
٢٤. د. أحمد المواقي، المشروعية الاستثنائية، بلا دار نشر، ٢٠٠٤.
٢٥. د. حلمي الحجاز، المنهجية في القانون من النظرية الى التطبيق، بدون دار نشر، ط ٢، بيروت، ٢٠٠٣.
٢٦. د. صلاح الدباغ ود احمد مسلم، مدخل الى فلسفة القانون، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٧.

البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية

٢٧. د. عبد الفتاح الباقي، نظرية القانون، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٤.
٢٨. شمس الدين الوكيل، نظرات في فلسفة القانون، مجلة الحقوق، العدد الاول والثاني، ١٩٦٤ و١٩٦٥.
٢٩. الطاهر احمد الزاوي، ترتيب القموس المحيط، ج ٤ دار علم الكتاب، الرياض، ١٩٩٦.
٣٠. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٩.
٣١. فوزي كاظم المياحي، القانون المدني فقها وقضاء الباب التمهيدي بغداد، مطبعة السيماء.
٣٢. القاضي موفق علي العبدلي، المختار في قضاء محكمة استئناف بغداد الرصافة التمييزية، مكتبة الصباح، ٢٠١٠، بغداد.
٣٣. د. وسام غياض، المنهجية في علم القانون، دار المواسم، بيروت، ٢٠٠٧.
٣٤. د. زهير شكر، المنهجية في دراسة القانون، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١١.
٣٥. د. علي كاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، المجلد الاول، ط ١، مطبعة الآداب، النجف، ١٩٨٨.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

القاضي
عادل بدر علوان

المستخلص

تعتبر ضرر الموت من الأفكار التي اختلف فيها فقهاء القانون. وقد تشعبت تلك الاختلافات بين اعتبار الموت ضرراً أم لا. فالذين ذهبوا إلى نفي اعتبار الموت ضرراً، اختلفوا في طبيعة ما رُفِض من قبلهم، فمنهم من رفض فكرة كون الموت ضرراً أصلاً ومنهم من اعتبره ضرراً ولكنه رفض فكرة التعويض عنه، والفريق الثاني الراض ل فكرة التعويض انقسموا بين رافض لفكرة التعويض لأنتهاء الذمة المالية بالموت، وبين رافض لها لعدم تحديد التعويض بنص أو اتفاق مع المضرور. والسبب الاخير يقود إلى من يستحق التعويض عن ضرر الموت وهذا يقتضي الوقوف على تلك المسائل التي كانت منطلقاً للبحث في هذا الموضوع الشائك.

Abstract:

The concept of compensating for the damages resulting from death is a matter that has sparked varying opinions among legal scholars. These differences in perspectives have branched out into whether death should be considered as a harm or not. Those who argue against considering death as a harm have further disagreements regarding what exactly is rejected by their standpoint. Some of them reject the idea that death is harm in the first place, while others reject the idea of compensating for the harm of death.

The second group, who are against the concept of compensation, divides into those who oppose the idea of compensation due to the termination of financial liability upon death, and those who object to the lack of specifying compensation by text or agreement from the affected party. The latter reason leads to discussions about who deserves compensation for the damages caused by death. This necessitates an exploration of the foundational issues that have driven the research in this complex subject matter.

المقدمة

لا تقام المسؤولية المدنية سواءً كانت عقدية أم تقصيرية مالم يتحقق الضرر. وذلك لأنه أحد أركانها. فعند حدوث الخطأ، ونسبته إلى فاعل معين بذاته، وترتب ضرر للغير عليه، فإنه سوف يكون موجباً للتعويض. والضرر قد يصيب شخصاً بذاته، أو قد يصيب شخصاً من الأغير، وفي الحالتين يكون مستحقاً للتعويض. ففي الحالة الأولى كحدث أي ضرر للشخص فتقوم المسؤولية المدنية ويستحق المضرور بالذات تعويضاً عما لحقه من ضرر. وأما الحالة الثانية فهي أن يصيب الضرر شخصاً معيناً فيكون الغير هو المستحق للتعويض. وهذه الحالة يمكن أن تتحقق في فرضين، وأولهما في حالة الضرر المرتد، والفرض الثاني هو حالة ضرر الموت.

ونعني بضرر الموت هو ألم اللحظات التي يعاني بها المصاب، من لحظة وقوع الخطأ إلى حين تحقق الوفاة فعلاً. وهذا الموضوع كان وما يزال يثير جدلاً في الأوساط القانونية، بسبب تحقق الضرر لشخص المتوفى حقيقة فهو الذي يكون مستحقاً للتعويض، إلا أنه قد توفي فما مصير التعويض بعده؟ من هذا المنطلق جاء موضوع بحث ضرر الموت والتعويض عنه.

أولاً : أهمية البحث

تكمن أهمية بحث ضرر الموت والتعويض عنه في سببين:-

أولهما:- إن هذا البحث كان وما يزال مختلفاً عليه بين فقهاء القانون. فمنهم من يؤيد فكرة ضرر الموت. ومنهم من ينكرها أصلاً. ولكل من الفريقين أدلته التي يحتج بها على صحة موقفه.

ثانيهما:- إن الاختلاف الواقع بين الفقهاء حول ضرر الموت أدى إلى اختلافهم في القول باستحقاق المتوفى للتعويض، رغم المعاناة التي تحملها والآلام التي تجشمها. فالقائلون بضرر الموت أكدوا على وجوب التعويض. بينما المنكرون لهذا الضرر رفضوا فكرة التعويض.

وهذان السببان أعطيا البحث أهمية في البحث والدراسة لاتخاذ موقف من هذين الاتجاهين المتضادين وترجيح أحدهما. بل يعطيه زخماً حركياً في النقاش والاستنباط. لاسيما بالنسبة لعمل القاضي الذي لا بد أن يكون له الباع الأطول في حسم مثل هذه المواضيع الخلافية.

ثانياً : اشكالية البحث

تتمثل مشكلة البحث في التساؤلات الآتية:-

١. هل يعتبر الموت ضرراً مستقلاً؟
 ٢. إذا اعتبر الموت ضرراً مستقلاً فمن هو المستحق للتعويض عنه؟
 ٣. ماهي انواع الضرر؟
 ٤. هل يمكن أن تكتسب الذمة المالية حقاً بعد الموت؟
 ٥. هل ينتقل التعويض إلى الورثة باعتباره تركة أم تعويضاً مباشراً لهم عن وفاة مورثهم؟
- هذه مجموعة من الأسئلة تمثل المشكلة الرئيسية للبحث.

ثالثاً : فرضية البحث

هذه التساؤلات التي مثلت مشكلة البحث والتي كانت مثار جدل ونقاش من قبل فقهاء القانون المدني، لا سيما بعد تمسكهم بالتقسيم الثنائي للضرر. ألفت بظلالها على جانب من المسؤولية المدنية، حتى أصبح نطاق الضرر غير واضح المعالم.

هذا البحث يجيب على كل التساؤلات التي ذكرت، والتي شكلت المشكلة التي سوف يتم التعرض لها، وإعطائها الحلول المناسبة من خلال ما تم طرحه من قبل فقهاء القانون المدني.

رابعاً : هدف البحث

لما كانت دراسة ضرر الموت والتعويض عنه موضوعاً لم تستقر بشأنه آراء الفقه. ولم تحسمه قرارات القضاء، فقد كان حرياً بأن يبحث بحثاً دقيقاً للوصول فيه إلى حسم الجدل الدائر بشأنه، والوقوف منه على جادة الصواب. وذلك من خلال بحث كل ما قيل بشأنه من أفكار وما عرض من أدلة، سواء كانت مؤيدة لموضوع البحث أم معارضة له.

وتعتبر الآراء التي قيلت في موضوع البحث هي الأساس الذي يمكن الأنطلاق منه لوضع الحلول المطلوبة في هذا المجال. ومن هذه القاعدة الاساس التي وضعها الفقهاء على اختلاف توجهاتهم سوف ينطلق البحث في معالجة الموضوع.

خامساً : منهج البحث

لأهمية موضوع ضرر الموت والتعويض عنه، سواء في التشريع العراقي أو التشريعات المقارنة. فقد اعتمدنا اسلوب تحليل النصوص لبيان كيفية تطبيقها، ومناقشة الآراء الفقهية التي طرحت في هذا الموضوع. لتأييد بعضها، والاشكال على الآخر، وبيان ما يمكن أن يكون بديلاً عنه، بمنهج مقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري. فجاءت دراسة مقارنة تمزج بين فلسفة الفقه وواقع القضاء.

سادساً : خطة البحث

لقد تناولنا موضوع (ضرر الموت والتعويض عنه) من خلال مقدمة تطرقنا فيها إلى موضوع البحث وأهميته وأشكاله. ثم قسمنا موضوع البحث إلى مبحثين تكلمنا في الأول منها عن بيان حقيقة ضرر الموت وذلك في مطلبين خُصص أولهما إلى بيان حقيقة الضرر. من خلال فرعين كان أولهما للتعريف بالضرر وثانيهما لبيان شروط الضرر. واختص ثاني المطلبين ببيان حقيقة الموت من خلال فرعين عقد أولهما لتعريف الموت وخصص ثانيهما لبيان الطبيعة القانونية للموت. واختص ثاني المبحثين بالحديث عن التعويض عن ضرر الموت وذلك في مطلبين صير أولهما إلى بيان مدى اعتبار الموت ضرراً، من خلال فرعين كان أولهما مبيناً الاتجاه المعارض للتعويض عن ضرر الموت وثانيهما لبيان موقف الاتجاه المؤيد للتعويض عن ضرر الموت. واختص ثاني المطلبين ببيان التعويض عن الموت من خلال فرعين عقد أولهما للتعويض المادي وثانيهما لبيان التعويض المعنوي.

لننتهي بعد ذلك بخاتمة تتضمن أهم النتائج التي تم توصلنا إليها من خلال البحث، والوقوف على التوصيات التي خرج بها. سائلين المولى العلي القدير أن نكون قد وفقنا في ما قدمنا خدمة لرجال القانون وطلبة هذا العلم الجليل.

المبحث الأول

بيان حقيقة ضرر الموت

للقوف على حقيقة ضرر الموت لا بد من فهم حقيقة الضرر أولاً ضمن المفهوم العام للقانون المدني. ثم البحث في حقيقة الموت، وهل يمكن أن نعدّ الموت ضرراً ضمن مفهوم القانون المدني أم لا. وهذا يقتضي أن نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين نعدّ الأول منهما لبيان مفهوم الضرر والوقوف على حقيقته، ثم نخصص المطلب الثاني لبيان حقيقة الموت وبيان طبيعته القانونية ضمن مفهوم القانون المدني.

المطلب الاول

بيان حقيقة الضرر

يتوقف بيان حقيقة الضرر على أمرين لابد من الوقوف عليهما والتحقق منهما لإجلاء حقيقة الضرر على ما هي عليه، يتعلق أولهما ببيان مفهوم الضرر للوقوف على معناه الحقيقي والتعرف على أحكامه برؤية علمية، ثم نرى المصادق الذي ينطبق عليه هذا المفهوم القانوني من خلال الوقوف على شروط تحقق الضرر. وذلك من خلال فرعين، نبين في الأول منهما تعريف الضرر، ونوضح في ثانيهما شروط الضرر.

الفرع الاول

تعريف بالضرر

يعرف الضرر لغة بأنه " سوء الحال إما في نفسه لقلّة العلم والفضل والعفة، وإما في بدنه لعدم جارحة ونقص، وإما في حالة ظاهرة من قلة مالٍ وجاه. وقوله تعالى ﴿فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرِّهِ﴾ فهو محتمل لثلاثتها [١] والضرر " ضد النفع وبابه ردّ، وضارّه [٢] بالتشديد بمعنى ضرّه، والاسم الضرر" [٣]. كما عرف الضرر بأنه " اسم من الضّرّ، ويطلق على كل نقص يدخل على الأعيان، والضّرّ بفتح الضاد ضدّ النفع وهو النقصان، ويقال ضرّه إذا فعل به مكروهاً وأضرّ به" [٤]. ومن مجمل هذه التعريفات اللغوية للضرر نجده بانه نقص يدخل على الأعيان، أو ما أصاب منه الأبدان، أو ما بدا على ظواهر الحال من النقصان. وهو المعنى المطابق لمفهوم الضرر المادي الذي قال به الفقهاء. وقد قام فقهاء القانون بنقل معنى الضرر من المعنى اللغوي إلى المعنى الاصطلاحي، حيث أعطوا للضرر معنى يتناسب مع طبيعته مباحثهم. فعرفوا الضرر بأنه إخلال بمصلحة المضرور سواء كانت مالية أم غيرها [٥]. وعرف الضرر بأنه ما يصيب الإنسان في حق من حقوقه المالية، أو يصيبه في شعوره وعاطفته أو في كرامته أو في شرفه أو عرضه أو مركزه الاجتماعي أو غير ذلك من الأمور

١- الراغب الاصفهاني: مفردات الفاظ القرآن الكريم، منشورات الأعلمي، بيروت لبنان، ٢٠١٠، ص ٥٠٣.

٢- لفظ ضارّه متضمن لألف المفاعلة فلا يتم به الفعل إلا من طرفين فهو يعني ضرّ كل منهما الآخر، ومثاله (قتل وقاتل، وضرب وضارب).

٣- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، ١٩٨١، ص ٣٧٩.

٤- ابي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح، تحقيق د. اميل بديع يعقوب ود. محمد نبيل طريفي، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون ذكر سنة الطبع، ص ٧١٩. وكذلك ابن منظور: لسان العرب، ج ٨، دار صادر، بيروت لبنان، ١٩٩٠، ص ٤٤٤-٤٥٤.

٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار النشر للجامعات المصرية. ١٩٥٦. ص ٨٥٥ و ص ٨٦٤. وكان التعريف محاولة لجمع التعريفين للضرر المادي والأدبي للوقوف على تمامية تعريف الضرر.

ذات الأهمية المعنوية^[١]. وهذا التعريف لا يختلف عن سابقه إلا من حيث الإيجاز والاطناب. فالأمور غير المالية هي نفسها الشعور والعاطفة الكرامة والشرف والعرض والمركز الاجتماعي وكذلك الأمور ذات الأهمية المعنوية.

وقد يعرف الضرر بأنه هو الأذى الذي يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة لإنسان سواء بجسمه أو ماله أو عاطفته أو شرفه أو اعتباره^[٢]. وهو تعريف جامع لنوعي الضرر المادي والادبي. ولكن الاختلاف بين هذا التعريف وسابقه، هو أن التعريف الأول قد ميز بين البدن والحقوق المعنوية كالشعور والعاطفة وما إليها، حيث عطف أحدهما على الآخر بحرف العطف (أو). بينما هذا التعريف أطلق تعبير الحق أو المصلحة المشروعة للإنسان على نوعي الحق المادي والمعنوي. ومما تقدم يتبين إن الضرر هو إخلال أو نقص يصيب الشخص في حق له أو مصلحة مالية وهو المسمى بالضرر المادي، أو أن يصيب الفرد في شعوره أو عاطفته أو شرفه أو عرضه وهو المسمى بالضرر الادبي، أي الذي يصيب الفرد في غير مصلحة أو حق مالي. ولا بد من بيان كل من النوعين من الضرر بشكل مستقل. وبيان الشروط التي يتحقق بها الضرر.

الفرع الثاني

شروط الضرر وخصائصه

لابد لتحقيق الضرر بوجه عام من تحقق شروطه. ليكتمل مفهوم الضرر المتحقق. لذا فإن بحثها يستلزم بيان شروط الضرر. ولكي تتحقق المسؤولية المدنية بصورة عامة لابد من وقوع الضرر، إذ أن الخطأ لوحده لا يكفي لإقامة المسؤولية المدنية. فقد يكون الخطأ مدعاةً لإقامة المسؤولية الجزائية دون المدنية. لذا فإن حتمية تحقق الضرر لابد منها لقيام المسؤولية المدنية. وهذا يوجب تحقق شروط الضرر ليتم التعويض عنه. وتلك الشروط هي:

١- أن يكون الضرر محققاً.

لا تعويض إلا مع قيام الضرر وتحققه، ونقصد بتحقيق الضرر أي أن يكون حالاً بالفعل، وأن وقوعه قد تحقق وأصاب الشخص المضرور. أو أن يكون ضرراً مستقبلاً، أي أن وقوعه محقق في المستقبل.

ومثال الضرر الحال هو الاصابات والجروح وتلف الأموال والتشهير بالسمعة، لاسيما للتاجر

١- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني الجزء الأول في مصادر الالتزام، ط ٥، مطبعة النديم ص ٥٢٥٢٦ .

٢- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢٢٦ .

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

حيث يؤدي التشهير به إلى عزوف زبائنه وانصرافهم عنه.

أما الضرر المستقبل فهو ما تحقق سببه وتراخت آثاره [١]. ومثاله الاصابات التي تنشأ عن حوادث السيارات، إذ تشير التقارير الطبية عادة إلى نوع الاصابة ابتداءً. دون الاحاطة بتطوراتها، فقد تتطور حال المصاب وتؤدي تلك الاصابة إلى بتر عضو، أو تحقق عاهة مستديمة، أو وفاة. وهو (م) لا يمكن التكهّن به، أو تحديده في الحال. بسبب التراخي الذي تتحقق به تلك الاثار. وهو المسمى بالضرر المتغير وهو الذي لا يحتفظ بذاتيته ولا بقيمته إذ يكون عرضة للزيادة أو النقصان بعد وقوعه، وبذلك تتخذ فكرة الضرر المتغير إحدى صورتين أولهما أن يطرأ التغير على الضرر ذاته بما يؤثر في العناصر المكونة له فيختلف قدره سواء بالزيادة أو النقصان عما كان عليه وقت وقوعه، وهذا هو التغير الذاتي للضرر ويوصف بأنه تغيّر في مقدار الضرر. وثانيهما أن لا يتغير الضرر ذاته بل التغير يطرأ على قيمته معبراً عنها بالنقود [٢].

وضرورة كون الضرر أن يكون محققاً لازمة لكل دعوى تعويض عن المسؤولية التقصيرية. أما إذا كان الضرر غير محقق الوقوع مستقبلاً وإنما قائم على وهم وافتراس وقد يقع أو لا يقع فهو ضرر احتمالي الوقوع ولا يعوض عنه إلا إذا وقع فعلاً [٣]. أو صار وقوعه مؤكداً في المستقبل. وهذا النوع من الضرر يكون فاقداً لشرط التحقق وبذلك لا يعتبر وجوده أصلاً ليقال بالتعويض عنه.

وقد يكون الضرر يتمثل بتفويت فرصة ما على شخص معين، ويقصد بفوات الفرصة هو فوات مصلحة محتملة مشروعة بخطأ الغير [٤]. إذ قد يحرم شخص من فرصة تحقيق ربح أو تجنب خسارة. ويشترط لتحقيق لفوات الفرصة واعتباره ضرراً واجب التعويض وجود فرصة جديدة وحقيقية للكسب ثم ضياع هذه الفرصة مما يترتب على ذلك حرمان نهائي من الكسب بعد صيرورته مستحيلًا [٥]. وعليه فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن تفويت الفرصة لا يمكن عدّه ضرراً محتملاً، بل هو من الضرر المحقق.

١- د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق ص ٥٢٧.

٢- د. حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧، ص ١٨.

٣- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ط ١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، ٢٠١١، ص ٥٩٤.

٤- أحمد محمد مدلول: التعويض عن فوات الفرصة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٤، ص ١٢.

٥- د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض تفويت الفرصة، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، سنة ١٩٨٦، ص ٨٥. وكذلك احمد محمد مدلول: مصدر سابق، ص ٩.

ويذهب القضاء الفرنسي إلى إجازة التعويض عن تفويت الفرصة فقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية عام ١٩٦١ بالزام المسؤول عن تفويت الفرصة بتعويض المتضرر لأنه تسبب في قتل أحد كبار الموظفين في حادث سير مراعيةً عند تقديرها للتعويض فرصة الترقية التي كان سينالها القتل^[١].

وقد قضت محكمة النقض المصرية عام ١٩٥٣ بإلزام شركة سينمائية بدفع قيمة الضرر المعنوي الناتج عن تفويت الفرصة لأحد الممثلين كان يترقبها عند إظهاره في الأفلام المتعاقد عليها وهي ذبوع شهرته كممثل سينمائي^[٢].
ولهذا يتبين إن أول شروط الضرر كونه محققاً أي أما حالاً أو مستقبلاً أو تفويت فرصة على شخص معين، أما الضرر الاحتمالي فلا يدخل ضمن مفهوم الضرر الواجب التعويض عنه في المسؤولية.

٢- أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحةً ماليةً مشروعةً.

ومن شروط الضرر الواجب التعويض، أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحةً ماليةً مشروعة، وذلك بأن يكون الاعتداء على الشخص في نفسه أو حياته أو جسده أو ماله أو على شرفه وسمعته وعرضه.

وعطف الحق على المصلحة المالية إنما هو عطف تفسيري لأن الحق هو المصلحة المالية ولهذا فقد عرف الحق بأنه " مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد "^[٣]. فالضرر لا بد أن يصيب حقاً، بغض النظر عن طبيعة هذا الحق.

وقد لا يصيب الضرر الشخص بالذات، أي مباشرة بل يكون نتيجة إصابة شخص آخر كما يحدث في حالات القتل مثلاً. فالضرر يكون قد أصاب المورث ولكن الحق في التعويض سوف يكون للورثة لا باعتباره ضرر موت انتقل إلى الورثة، بل باعتباره ضرراً مباشراً عن وفاة عزيز عليهم. وقد يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة كأن يكون الشخص الذي وقع عليه الضرر من إصابة أو جرح قد أدى إلى وفاته أو عجزه عن العمل، وكان هذا الشخص معيلاً لمن لا تجب عليه نفقته، فالشخص المعال لم يتمتع بحق مكتسب في النفقة ولكن له مصلحة مالية في استمرار حياة

١- نقلاً عن د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط١، مكتبة الرواد للطباعة، بغداد، ١٩٩١، ص٣٣١.

٢- نقلاً عن د. عاطف النقيب: المسؤولية الناتجة عن الفعل الشخصي، من، ص٢٧٣، منشورات دار عويدات، بيروت، ١٩٨٤

٣- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، ص١٠٣.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

المضرور أو قدرته على الكسب، فالرأي الراجح في مثل هذا الفرض فقها وقضاء يذهب إلى إن مثل هذا الشخص إذا أثبت أن المتوفى أو المقعد عن العمل كان يعيله فعلاً، وعلى نحو مستمر، وإن فرصة استمراره في إعالته كانت أكيدة مثل هذا الشخص يستحق التعويض ويترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع [١]. وهذا هو ما يسمى بالضرر المرتد. ونعني بالضرر المرتد هو الضرر الذي يقع على غير من يقع عليه الفعل الضار مباشرة [٢].

٣- أن يكون الضرر مباشراً.

اشترطت المادة ٢٠٧ من القانون المدني العراقي أن يكون الضرر الواجب التعويض مباشراً. حيث نصت على أن (تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع). ومعنى كون الضرر يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع أي أن يكون مباشراً. وقد أعطى المشرع المصري معياراً للضرر المباشر في المادة ٢٢١ من القانون المدني بقوله (ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة المدين أن يتوقاه ببذل جهد معقول).

فلو استطاع الشخص المضرور أن يدفع الضرر بأي وسيلة معقولة وبجهد معقول كان ذلك الضرر غير مباشر وبالتالي لا يمكن التعويض عنه، لفقدانه شرط المباشرة. وبذلك لا يدخل ضمن غطاء الجبر في حكم المسؤولية التقصيرية. وهذا المعيار الذي وضعه المشرع المصري يجمع بين الدقة والمرونة [٣].

ولا يشترط في الضرر المباشر في المسؤولية التقصيرية أن يكون متوقفاً بل يكون التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقفاً أو غير متوقع.

المطلب الثاني

بيان حقيقة الموت

للقوف على حقيقة الموت لا بد من الوقوف على معنى الموت ابتداءً. على اختلاف الأقوال التي قيلت في حقيقته. ومن ثم بيان الطبيعة القانونية للموت، وما قيل فيها من آراء. لذا اقتضى البحث تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبين في أولهما تعريف الموت، ونوضح في ثانيهما الطبيعة القانونية للموت.

١- د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص ٥٣٠.

٢- د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨، ص ٢٦.

٣- د. عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٣٨٦.

الفرع الاول

تعريف الموت

اختلف العلماء في تعريف الموت فكل طائفة اتجهت نحو مفهوم معين رسمته عن الموت. فقد وضع اللغويون تعريفاً يتفق مع متبنياتهم في اللغة. وعلى هذا النهج سار المتكلمون، حيث صاغوا مفهوماً مختلفاً عن الموت. ومثلهم سار الفلاسفة في رسم مفهوم للموت، وهذا يقتضي أن نبين مفهوم الموت من خلال كل فهم وما وضعه كل فريق لهذا المفهوم، من خلال فقرة مستقلة.

اولاً:- تعريف اللغويين

الموت ضد الحياة ومات ويموت فهو ميّت أو ميّت أي بالتشديد والتسكين^[١]. كما عرف بأنه صفة وجودية خلقت ضدّاً للحياة^[٢]. وذهب آخر إلى تعريف الموت بأنه أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء، ومنه الموت خلاف الحياة^[٣]. وتعريف الموت بأنه ذهاب القوة ليس القوة من أي شيء بل لا بد أن تتكون تلك القوة في ما كان من شأنه أن يتصف بتلك القوة (الحياة). وعرفه آخر بأنه السكون، يقال مات سکن، وكل ما سكن فقد مات^[٤]. وقد فصل آخر في معنى الموت حيث ذهب إلى أن الموت يقع على أنواع بحسب الحياة فمنها ما هو بإزاء القوة النامية الموجودة في الحيوان والنبات، ومنه ذهاب القوة الحسية، ومنه زوال القوة العاقلة وهي الجهالة^[٥]. ومعنى الجهالة قد يطلق على الموت مجازاً لا حقيقة، وحيث أن العلوم تنأى بأساليبها عن استخدام المعاني المجازية فلا يمكن اعتماد هذا التعريف للموت في بحثنا.

وقد قيل بأن الموت ضد الحياة، ولم يقولوا نقيض الحياة. وذلك لاختلاف معنى النقيض عن الضد، فالضدان أمران وجوديان. إما النقيضان فهو وجود وعدم لذلك الوجود. وقد قال تعالى

١- محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان. ١٩٨١. ص ٦٣٩.

٢- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٨٣، ص ٧٢٣.

٣- ابي الحسين احمد بين فارس بن زكريا. معجم مقاييس اللغة، ج ٥، مكتب الاعلام الاسلامي ١٤٠٤هـ ص ٢٨٣.

٤- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الزبيدي، تاج العروس في جواهر القاموس، ج ٣٣، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ١٩٨٤، ص ٥٠٤. واما عبارته (وكل ما سكن فقد مات) بإطلاقها على نحو الموجبة الكلية فيه تجنّ واضح ان ليس كل ما سكن فقد مات والا فهل يعتبر الإنسان النائم ميتاً، فمن الممكن أن يكون توجيه عبارته على نحو القضية الموجبة الجزئية فنقول (وبعض ما سكن فقد مات). هذا إن كان مقصوده الحركة المادية إما أن كان مقصوده الحركة الجوهرية التي قال بها صدر المتألهين فإنها مستمرة مع كل مخلوق بانتقاله من قوة إلى فعل ومن فعل إلى قوة. ليستمر في نيل الكمالات في كلا الدارين.

٥- جمال الدين عبد الله بن منظور، لسان العرب، ج ٢، دار الفكر ودار صادر، ١٣٠٠هـ، ص ٩٢.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

(الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا)^[١]. فالموت مخلوق لله تعالى . واما العدم فهو غير مخلوق على الاطلاق وعليه فقد تحصل أن الموت والحياة ضدان وليسا بنقيضين^[٢]. وأغلب التعريفات اللغوية تهتم بالوضع اللغوي للفظ، وما وضع له من معنى بإزائه. لا بيان حد المعرف. وهذه التعريفات لم تتطرق إلى حقيقة الموت بل هي بيان لفظ بأخر قد يكون أجلى عند المتلقي. وهذا هو شأن التعريفات اللغوية. لذلك لا بد من التطرق إلى من عرّف الموت بذاته وحقيقته، ليستجلى المعنى وتتضح الرؤية عند طرح الخلاف.

ثانياً:- تعريف المتكلمين

ذهب المتكلمون إلى أن لوجود الأنسان في هذه الدنيا بُعدين. أولهما البعد المادي أو ما يسمى بالجسد. وثانيهما هو البعد الروحي والذي يسمى بالروح. وإن الذي يكون مناط الموت في هذه الدنيا هو البعد المادي فقط، دون البعد الروحي لأن الروح لا يعترىها الموت بل تنتقل من نشأة إلى أخرى. فالإنسان عندما يموت يفقد آثار الحياة ويكون حينئذٍ لا شيء، ويصبح معدوماً^[٣]. والعدم هنا يصيب البعد المادي تحديداً، فالعدم الذي يحل بالموت هو المتعلق بالجسد فقط دون البعد الروحي. إلا أن قوام الأنسان هو (الأنا) وهي قائمة بالبعد الروحي المنتقلة بالموت من هذه النشأة إلى نشأة أخرى تأتلف مع طبيعتها المجردة. والموت الذي نتحدث عنه هو انتزاع الجانب المادي من الجانب الروحي. فيكون مصير الاول العدم والثاني الانتقال إلى نشأة اخرى. ولما كان القانون يحكم العلاقات المادية في المجتمع فتكون أحكامه تتعلق بالبعد المادي فقط دون البعد الروحي. ولا يصل إلى البعد الروحي في الأنسان على الاطلاق. لذا فإنه ينظر إلى الموت بأنه ظاهرة عدمية. أي إن الموت في نظر القانون هو عدم الأنسان بعد أن كان موجوداً، وذلك لأن الأنسان قبل وجوده لا يسمى ميتاً. لذا لا بد للإنسان أن يكون موجوداً ثم يعدم ليعسمى ميتاً. أي إن الموت لدى المتكلمين هو انعدام الأنسان المشروط بسبق وجوده. فمع انعدام الشرط المذكور يعدم

١- سورة الملك الآية ٢.

٢- قال (ضداً للحياة) ولم يقل (نقيضاً للحياة) لأن الضدين امران وجوديان لا يجتمعان ولا يرتفعان إلا في ما لا تصح فيه تلك الملكة. إما النقيضان فهما امران وجود وعدم لذلك الوجود لا يجتمعان ولا يرتفعان ولا واسطة بينهما. ينظر الشيخ محمد رضا المظفر، المنطق، مطبعة حسام، بغداد، ١٩٨٢، ص ٥١ - ٥٢. وذهب ابو هاشم الجبائي واتباعه من المعتزلة والقاضي الجويني من الاشاعرة إلى أن الوجود والعدم لهما واسطة يرتفعان عندها واطلقوا عليها تسمية الحال. وما هي إلا شبهة دخلت عليهم ليس لها وجود أو تحقق. ينظر السيد رائد الحيدري، المقرر في شرح منطق المظفر، دار المحجة البيضاء، بيروت - لبنان، ٢٠٠١، ص ٣١.

٣- السيد كمال الحيدري، المعاد رؤية قرآنية، ج ١، مؤسسة الامام الجواد للفكر والثقافة، قم ايران، ٢٠١٠، ص ٨٣.

المشروط فلا يسمى موتاً، ومثاله إنسان لم يخلق أصلاً فلا يسمى ميتاً. كما إن ما لا تحله الحياة لا يسمى ميتاً أصلاً.

وقد رتب القانون كل أحكامه على هذا المعنى من الموت. وعلى تلك الحقيقة المنعدمة بعد وجودها. لأن طبيعة الأحكام القانونية تتعلق بالجانب المادي من الحياة. ولا يمكن له أن يتطرق إلى الجانب الروحي بالتنظيم على الإطلاق.

ثالثاً:- تعريف الفلاسفة

ذهب الفلاسفة إلى أن الموت يصيب الأنسان ببعده المادي فيفقد آثار الحياة. أما البعد الروحي فهو ينتقل من نشأة إلى أخرى^[١]. وقال تعالى في محكم كتابه (ثُمَّ قَضَىٰ أَجَلًا وَأَجَلٌ مُّسَمًّى عِنْدَهُ ثُمَّ أَنْتُمْ مَمْرُتُونَ)^[٢] ومن مجمل هذه الآية الكريمة يتبين أن المراد بالأجل والأجل المسمى هو آخر مدة الحياة. فتبين بذلك إن الأجل أجلان، أجل على إبهامه، والأجل المسمى عند الله تعالى . وهذا الذي لا يقع فيه تغييراً لمكان تقييده بقوله عنده بدلالة قوله (وَمَا عِنْدَ اللَّهِ بِأَقْبَلُ)^[٣]. فنسبة الأجل المسمى إلى الأجل غير المسمى نسبة المطلق المنجز إلى المشروط المعلق. فمن الممكن أن يتخلف المشروط المعلق عن التحقق لعدم تحقق شرطه الذي علق عليه، بخلاف المطلق المنجز فإنه لا سبيل إلى عدم تحققه البتة^[٤].

وبعد ذلك قام الفلاسفة بتقسيم أجل الموت باعتبار آخر إلى أجلين. أحدهما الأجل الطبيعي وثانيهما الأجل الاخترامي. والأجل الطبيعي يعني أنه لو بقي ذلك المزاج مصوناً من العوارض الخارجية لأنتهت مدة بقائه إلى الوقت الفلأني. وأما الأجل الاخترامي فهو أن يحصل بسبب من الأسباب الخارجية كالغرق والحرق والقتل^[٥]. وذلك لكي تترتب الاحكام على فاعله ومحدثه. وإلا فالموت الطبيعي لا يشكل أي مشكلة بالنسبة للقانون. ولا يترتب عليه أي أثر. وذلك لأن الموت الطبيعي ينتهي بالأجل المسمى عنده. الذي لا يعتريه تغيير ولا تبديل. أما الموت الاخترامي فهو الأجل المبهم غير المسمى. وهو مناط أحكام القانون بمختلف فروع.

١- السيد كمال الحيدري، المصدر السابق ص ٨٣.

٢- الآية ٢ من سورة الأنعام.

٣- الآية ٩٦ من سورة النحل .

٤- السيد محمد الحسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، ج ٧ مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت _ لبنان، ١٩٧١، ص ٩.

٥- محمد بن عمر بن الحسن البكري الملقب بالفخر الرازي، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان، ١٤٢٤هـ، ص ١٥٣.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للموت

يقسم الضرر في المسؤولية التقصيرية عادة لدى فقهاء القانون إلى ضرر مادي وآخر معنوي أو ادبي، فهل إن ضرر الموت يعتبر من الأضرار المادية، أم الأضرار الأدبية؟ هذا أمر هام لا بد من الوقوف عليه. كونه يتعلق بالنتائج التي توصل إليها الفقهاء وبني عليه اختلافهم في وجود ضرر الموت أم لا.

يعتبر الضرر مادياً إذا انعكس على ذمة المتضرر المالية ليصيب حقاً من حقوقه أو مصلحة مالية من مصالحه^[١]، ومن ذلك حالات إتلاف الأموال، أو حرق المزروعات، أو قتل الحيوانات كالمواشي والأغنام. كون كل ما ذكر يتعلق بالذمة المالية للشخص، ويؤثر فيها سلباً بالنقص والخسارة. ويشترط في الضرر أن يكون مباشراً سواء كان متوقفاً أو غير متوقع وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية هذا المبدأ بقولها "على المحكمة أن تحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر سواء كان متوقفاً أو غير متوقع"^[٢] وهو ما تقدم سلفاً.

وأما الضرر المعنوي فهو ما أصاب الإنسان في شعوره وعواطفه وكرامته وشرفه وغير ذلك من الامور ذات القيمة المعنوية. فهو لا يصيب حقاً أو عيناً مملوكة للمتضرر، بل يصيب ذات المتضرر في جانبه المعنوي الشعور والعاطفة والشرف والكرامة وما إلى ذلك من أمور الشخص المعنوية.

وقد اختلف في إمكان التعويض عن هذا النوع من الضرر فقال الرافضون لفكرة التعويض عنه كيف يمكن لضرر أصاب الجانب المعنوي في الإنسان أن يوضع موضع سلع تباع ليقبض بدلها ثمناً بخساً دراهم معدودة^[٣]، كما انه يتعذر على المحكمة تقدير التعويض عن الضرر الادبي. ويرد على ذلك الاستاذ السنهوري بقوله بأن القول بطبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وان تقدير التعويض فيه مستعص فمبني على لبس في فهم معنى التعويض إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالة وجوده، وإلا فالضرر الأدبي لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث الضرر لنفسه بديلاً عما أصابه من ضرر ادبي^[٤].

ولو رجعنا إلى الضرر الجسدي لوجدناه يعرف بأنه الضرر الذي يصيب الشخص في سلامة

١- استاذنا د. عزيز كاظم جبر، المصدر السابق، ص ٤٤.

٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢١٣/٢١٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨ في ١١/٧/٢٠١٨ منشور على موقع السلطة القضائية.

٣- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني الجزء الاول في مصادر الالتزام ط ٥ . مطبعة النديم . بغداد ص ٥٣٠.

٤- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ٨٦٧ .

جسمه كإتلاف عضو من أعضاء هذا الجسم أو إحداث جرح أو أي إصابة بدنية فيه^[١]. وبذلك فهو لا يحمل صفات نوعي الضرر المذكورين. فلا هو ضرر مادي كونه لا يصيب حقا ماليا ولا مصلحة مالية، ولا يتعلق بالذمة المالية للشخص أصلا. ولما كان الضرر المادي يصيب مفردات الذمة المالية من الحقوق والمصالح التي تعود للمضروب. فقد حكمنا بأن الضرر الجسدي ومنه ضرر الموت ليس ضرراً مادياً بأي حال من الأحوال. بالرغم من إمكانية تحقق أضرار مادية بسببه إلا أن تلك الأضرار نشأت عن ضرر الموت، وليست هي ذات الضرر الذي نقصده.

كما إن ضرر الموت ليس ضرراً أدبياً لأن الضرر الأدبي يصيب المضروب في شرفه أو في عرضه أو في كرامته أو في جوانبه المعنوية عموماً. وليس ضرر الموت مما يصيب الجوانب المعنوية في الإنسان بالنسبة لذات المضروب. كما إن ضرر الموت قد يصيب الغير بأضرار أدبية، ولكن تلك الأضرار لا تصيب ذات المضروب بضرر الموت لأنه بتحقيق الضرر يكون المضروب قد مات فلا يتعلق به ضرر أدبي. بل يتعلق بورثته ومن يعيّلهم وهو ضرر متحقق بالارتداد. بينما ضرر الموت متحقق بالمباشر لا الارتداد.

وبناءً على ما تقدم لا بد أن يكون ضرر الموت نوعاً آخر من الأضرار لأنه يصيب الإنسان في روحه وحياته. وحيث أنه يؤدي إلى مفارقة تلك الروح للبدن. لذا فهو من الأضرار التي تصيب جسد الإنسان فتتركه هامداً.

ويذهب البعض إلى أن الأضرار الجسدية ماهي إلا أضرار مادية. إذ يرون إن الأضرار المادية هي تلك الأضرار التي تصيب جانباً من الذمة المالية أو جسد المضروب ويمكن أن تترجم هذه الأضرار إلى مال^[٢]. وقد ذكرنا بأن الموت قد يحدث أضراراً مادية إلا أن هذه الأضرار المادية الناشئة عن الموت هي ليست ضرر الموت على الإطلاق، وشتان بين الاثنين.

ويذهب فريق آخر إلى أن الأضرار الجسدية والتي منها ضرر الموت هي أضرار أدبية ويذهب الاستاذ السنهوري إلى هذا الرأي الذي يعتبر الجرح والتشويه هي أضرار أدبية وقد تلحقها أضرار مادية من خلال ترتب نفقات العلاج ومصاريفه. أو قد تخلو من الضرر المادي فتبقى أضراراً أدبية تتمثل بالحزن والمعاناة والالام الناشئ عن تلك الجراح أو التشويه^[٣].

وقد ذهب محكمة التمييز الاتحادية إلى أن الفصل العشائري الذي هو ليس إلا تعويضاً عن ضرر الموت بدليل تقسيمه على الورثة كل حسب نصيبه في القسام الشرعي باعتباره تركة انتقلت

١- د. مراد علي الطراونة، التامين الالزامي من حوادث السيارات، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١. ص ٢٦٧.

٢- استاذنا د. عزيز كاظم جبر. المصدر السابق، ص ٥٢.

٣- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق. ص ٧٦٤.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

إليهم من مورثهم ما هو إلا ترضية لدرء الثأر بين الطرفين وذلك من خلال المبدأ الذي اعتمده في تفسير معنى الدية بقولها " إنَّ الفصل العشائري عبارة عن دية تدفعها عشيرة الجاني إلى عشيرة المجنى عليه لدرء الثأر ودفع الضرر وأن تحديد المستحقين لمبلغ الفصل العشائري يتطلب الاستعانة بأهل الخبرة وفقاً للأئمة الشرعية"^[١].

إلا إن النظرة المعمقة لموضوع الضرر الذي يصيب الجسم تظهر بوضوح بأن الضرر الجسدي ينشأ عنه ضرر معنوي ولكنه ليس هذا الضرر هو ذات الضرر الجسدي. ولا يقصد القائلون بأن ضرر الموت ليس ضرراً ادبياً يعني أنه ضررٌ مادي^[٢]. وذلك لأن قسمة الضرر إلى مادي وأدبي ليست قسمة عقلية دائرة بين النفي والاثبات كي تكون حاصرة. إنما هي قسمة استقرائية يمكن الإضافة إليها متى ما استجد نوع آخر^[٣]. فمتى ما استطاع الفكر الأنساني وهو فكر خلاق دائماً أن يجد أو يستنبط قسماً جديداً يمكن إضافته إلى القسمة الاستقرائية.

وعليه يبقى الضرر الذي يصيب الجسد، ومنه ضرر الموت نوعاً من أنواع الضرر. قائم بذاته بغض النظر عن الأضرار والاثار المترتبة عليه. ويستلزم تعويضاً عنه مستقلاً عن كلا نوعي الضرر المعروفين (المادي والأدبي). باعتباره هو القسم الثالث لقسمي الضرر المذكورين.

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية ٦٩٦/استحقاق/٢٠٠٨ في ٢٦/٨/٢٠٠٨ الذي جاء فيه لدى التدقيق والمداولة تبين أن الطعن التمييزي ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً وعند النظر في الحكم المميز ظهر أنه غير صحيح ومخالف للقانون، لأن الفصل العشائري عبارة عن دية تدفعها عشيرة الجاني إلى عشيرة المجنى عليه لدرء الثأر ورفع العداوة، وأن تحديد المستحقين لمبلغ الفصل العشائري ومقدار نصيب كل واحد منهم يتم وفق العرف المستقر لدى العشيرة مما يتطلب الاستعانة بأهل الخبرة من بين المطلعين على هذا الشأن لبيان فيما إذا كانت زوجة المجنى عليه تستحق نصيباً من الفصل العشائري من عدم ذلك وفي حالة أستحقاقها بيان مقداره من أصل مبلغ الفصل، ويجب إجراء التحقيقات اللازمة حول دفع المدعى عليهما المتضمن تسليم المدعية مبلغ مقداره مليوني دينار بواسطة والدها، لذلك قرر نقض الحكم المميز وإعادة إضبارة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها على ضوء ماتقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة، وصدر القرار بالاتفاق في ٢٥/شعبان/١٤٢٩هـ الموافق ٢٦/٨/٢٠٠٨ م. منشور على موقع السلطة القضائية.

٢- د. حسين عامر ود. عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط٢، ١٩٧٩، دار المعارف، ص٣٣٣.

٣- القسمة هي تجزئة الشيء وتفرعيه إلى اجزاء متباينة، والقسمة إما أن تكون عقلية أو استقرائية. والقسمة العقلية هي الدائرة بين النفي والاثبات حيث لا يوجد قسم ثالث بينهما وتكون قسمة حاصرة يمنع العقل من أن يكون لها قسم آخر وذلك مثل قسمة الكلمة لدى الاصوليين إلى ما يستقل بالمفهومية لذاته أو لا. والاول هو الاسم. وما لا يستقل بالمفهومية لذاته إما أن يكون مستقلاً بالمفهومية لغيره أو لا. والاول هو الفعل. وما لا يستقل بالمفهومية لا لذاته ولا لغيره هو الحرف. أو أن تكون القسمة استقرائية وهي التي لا يمنع العقل من فرض قسم آخر لها. وان قسمة الضرر إلى مادي وأدبي هو قسمة استقرائية وليس عقلية فيمكن إضافة اقسام إليها ومنها الضرر الجسدي.

المبحث الثاني

التعويض عن ضرر الموت

للقوف على أحقية التعويض عن ضرر الموت، لابد من معرفة هل يعتبر الموت ضرراً يستوجب التعويض؟ فإن تم لنا ذلك وثبت اعتبار الموت ضرراً بالمفهوم القانوني، انتقلنا للبحث في التعويض عن هذا الضرر المسمى ضرر الموت. وذلك يستلزم تقسيم المبحث إلى مطلبين نبحت في أولهما مدى اعتبار الموت ضرراً. ونتكلم في ثانيهما عن التعويض عن ضرر الموت.

المطلب الأول

مدى اعتبار الموت ضرراً

اختلف الفقه والقضاء حول اعتبار الموت ضرراً مستقلاً. وقد دار الموضوع بين مؤيد ومعارض. ولكل فريق منهم حجه وأنصاره لذا يقتضي أن نبين حجة كل من الطرفين من خلال فرع مستقل:

الفرع الأول

الاتجاه المعارض للتعويض عن ضرر الموت

ذهبت طائفة من فقهاء القانون المدني إلى عدم اعتبار الموت ضرراً مستقلاً. وبالتالي فلا يمكن التعويض عنه. مستندين في ذلك إلى أن الموت أمر محتوم في ذاته فكل نفس ذائقة الموت. وإن الحياة لا يمكن أن تقوم بالنقد بأي حال ليتمكن القول بالتعويض^[١]. إضافة إلى أن شخصية الإنسان تنتهي بالموت، فلا يعود صالحاً لاكتساب الحقوق. وهم بذلك ينقسمون إلى فئتين أولهما الفئة الراضية لكون الموت ضرراً بحد ذاته. والفئة الثانية ترفض فكرة التعويض عن الموت. دون الخوض فيما إذا كان الموت ضرراً أم لا. ولا بد من التطرق لحجج كل من الفئتين.

١- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، القسم الأول، مجلد ٢، الفعل الضار، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٧٢. وكذلك د. احمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها إلى شخص آخر غير المتضرر، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الاول، السنة ٢٢ و١٩٧٨، ص ٣٥. اشار اليه استاذنا د. عزيز كاظم جبر، المصدر السابق، ص ٤٧.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

١- حجة الرافضين لاعتبار الموت ضرراً

ذهبت الفئة الأولى القائلة بعدم اعتبار الموت ضرراً أصلاً إلى عدة حجج ولا بد من بيانها للوقوف

عليها ومعرفة النتائج المترتبة عليها وهي كما يأتي:

أ. تقوم هذه الحجة على وقت حصول الموت وترتب الضرر ووقت نشوء الحق في التعويض.

حيث يذهب الفقيه بلأنيول إلى أن الاموات لا يمكن أن يصابوا بالضرر لأنهم لم يعودوا

بشراً وإنما أصبحوا عدما فلا يمكن أن يكونوا أهلاً لأي حق^[١].

ب. كما ذهبوا إلى أن كل نفس ذائقة الموت إن عاجلاً أم آجلاً وهذا مقتضى فكرة القضاء

والقدر لذلك فالموت لا يشكل ضرراً قائماً بحد ذاته ليتمكن القول بالتعويض عنه. وذلك

لحتمية وقوعه لكل انسان. ولكل أجل كتاب^[٢].

ج. ومما احتجوا به إن المسؤولية لا يمكن القول بقيامها بدون تحقق الضرر وإن المصاب لم

يصبه ضرر بوفاته وبالتالي فلا ينشأ تعويض على الاطلاق^[٣].

إما الفئة الثانية وهي التي أنكرت التعويض عن ضرر الموت فقد احتجوا بما يأتي:-

أ. وأول الحجج في هذا المجال هي صعوبة تقدير ضرر الموت، وذلك لأن التحقق من عناصر

ضرر الموت يتطلب الغوص في أعماق الميت لمعرفة الألم الحقيقي الذي تعرض إليه الميت.

أو معرفة الكسب الذي فاته لو بقي حياً. ومدى العمر الذي سيحياه إن بقي. وهي أمور

خارج نطاق الوقوف على معرفتها. إضافة إلى صعوبة وضع أساس لتقدير التعويض على

أساسه لتحديد ضرر الموت.

ب. كما احتجوا بأن ضرر الموت هو ضرر أدبي. فهو لا يصيب مصلحة مالية للمضروب. وإن

الحياة ليست من العناصر المادية للذمة المالية، وحيث أن الضرر الأدبي لا يمكن المطالبة

به إلا بعد أن يصدر به حكم قضائي أو اتفاق بين المضروب ومحدث الضرر^[٤]. ولتعذر

ذلك لاحتمال فورية الموت فلا يمكن القول بالمطالبة بالتعويض عن ضرر الموت.

ج. وقد يفصل بين الموت الفوري الذي لا ينفصل زمان حدوثه عن وقت الاصابة. والموت الذي

يتراخى زمن حصوله عن وقت تحقق الاصابة. فالأول لا يمكن التعويض عنه لأنتهاء الذمة

المالية بالموت فلا تصلح بعد ذلك لاكتساب الحقوق. كما لا يمكن تعويض الموت المتراخي

١- نقلا عن د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١، ص ١٢٧.

٢- د. احمد شرف الدين : المصدر السابق، ص ٤٩.

٣- د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنينات العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٦٥.

٤- وهذا ما ذهبت اليه المادة ٣/٢٠٥ من القانون المدني العراقي.

لاحتمالية تحقق الضرر قبل حدوث الموت وبحدوثة تنتهي الذمة المالية فلا مجال للقول بالتعويض^[١].

إضافة إلى أن الورثة يستحقون التعويض عن الأضرار الشخصية التي لحقتهم بسبب الوفاة. أي أن استحقاقهم لهذا التعويض يكون بصفتهم الشخصية لا بصفتهم ورثة عن المبرور^[٢]. وهناك من اضاف حجة اخرى يمكن إضافتها إلى ما تقدم وهي خارج نطاق مذهب الفئتين مفادها إن المطالبة بالتعويض عن ضرر الموت يتنافى مع الأخلاق إذ أنه يفصح عن رغبة الورثة في التعجيل بموت مورثهم للحصول على تعويض يثرون به على حساب وفاة المورث^[٣]. ويمكن الرد على هذا الاتجاه بما يأتي :-

١. يمكن مناقشة الحجة التي ذهب اليها الفقيه الكبير بلأنيول بأن الأموات لم يصابوا بالضرر هذا صحيح لو قلنا إن الضرر لحق بالميت بعد موته. ولكن القايلين بضرر الموت يعتبرون تحقق الضرر قبل تحقق الموت. أي في اللحظات التي يعاني فيها المصاب من انتزاع الروح من البدن. وهذه هي لحظة تحقق ضرر الموت.
٢. إن قولهم بأن الموت أمر محتوم في ذاته. وإن كان هذا مما لا جدال فيه وهذا هو (الموت الطبيعي) الذي قال به الفلاسفة أو ما يسمى بالأجل المسمى. إلا أن الموت المقصود بالضرر هو ليس هذا النوع من الموت بل المقصود هو (الموت الاخترامي) الذي يكون بفعل فاعل ويقع قبل الأجل المحتوم. كما في القتل، أو الحوادث المميتة الأخرى كالموت الخاطئ، أو الضرب المفضي إلى موت. وهذه الحالات هي التي رتب القانون العقوبة على فاعلها. فلو كانت خاضعة لفكرة حتمية الموت لما رتب المشرع عليها عقوبة.
٣. أما قولهم بأن شخصية المتوفى تنتهي بوفاة فلا يعود صالحا لاكتساب الحقوق، فلا يستحق المتوفى عن الموت أي تعويض، لأنه في لحظة مفارقتة الحياة لم تعد له أي ذمة مالية لكي تكون وعاءً لاستحقاق التعويض. وهذا يناقش من جانبين أولهما أنه لا بد من مضي لحظة إفاقة مهما كانت قصيرة يحس فيها المصاب الذي لم يمته بعد. وفي هذه اللحظة بالذات ينشأ في ذمته المالية التي لا تزال قائمة حق التعويض ينتقل إلى الورثة باعتباره

١- د. احمد شرف الدين، المصدر السابق، ص ٥٠.

٢- د. طه عبد المولى، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الاشخاص، جامعة المنصورة كلية الحقوق، ٢٠٠٠، ص ١٠١.

٣- المصدر نفسه، ص ٩٠.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

عنصراً في موجودات التركة^[١]. وثانيهما بأن هذا القول فيه خلط صريح بين أهلية الاداء وأهلية الوجوب. فأهلية الأداء هي التي تنتهي بالوفاة فلا يعود المتوفى صالحاً لاستعمال الحقوق والالتزامات. إما أهلية الوجوب فلا تنتهي بالوفاة بل تبقى مستمرة حتى تصفية الذمة المالية للمتوفى من حقوق وأداء الديون^[٢]. فكما أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون. فكذلك بالنسبة للحقوق لا بد من استيفائها لدخولها ضمن التركة. ومن تلك الحقوق التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتوفى ومنها التعويض عن ضرر الموت.

٤. إذا قلنا بأن أهلية الوجوب تبقى ثابتة لحين تصفية الذمة المالية للمتوفى، فهذا يعني إن ديونه يجب أن تسدد وإن حقوقه يجب أن تستوفى لكي يتم توزيع الذمة المالية كتركة على الورثة، ولما كان التعويض من الحقوق التي تدخل الذمة المالية، فلا مناص من اعتبارها ضمن مفردات تركة المتوفى. وبهذا لا محل للقول بأن الورثة لا يمكن أن يحصلوا على التعويض باعتبارهم ورثة. بل يحصلون على التعويض وباعتبارهم متضررين بالمباشرة أو الارتداد.

٥. أما قولهم ما الغاية من تعويض شخص قد توفي. فهو قول مردود، لأن المتوفى كان قد عانى من ألم الموت. الذي هو ليس من سنخ آلام الدنيا، إضافة إلى الألم المادي. وقد يقال بأن الشخص قد مات فلا حاجة لديه للمال لكي يعوض. فنجيب بأن الإنسان إذا مات لا يحتاج إلى المال فلماذا يدخره. ثم إن التعويض يذهب إلى الورثة باعتباره تركة. وعليه فإن الغاية من التعويض هو إعادة التوازن لعناصر الذمة المالية للمصاب التي تأثرت بسبب الفعل الضار الذي أدى إلى وفاة المجني عليه، وينتقل هذا الحق في التعويض إلى الورثة. ولو وقعت وفاته قبل المطالبة بالتعويض من المسؤول عن جبر الضرر^[٣].

٦. أما حجة الذهابين إلى عدم إمكانية تقدير التعويض عن الموت لتعذره فإن هذا التعويض لا يختلف في تقديره عن التعويض عن الضرر الأدبي. والذي ذكرنا فيه عبارة الاستاذ السنهوري. وإن ذلك ليس بمستحيل حيث باستطاعة القاضي الاستعانة ببعض الظروف والعوامل التي تساعد على التقدير على فرض وجودها يجب أن لا تشكل سبباً لرفض إصدار الحكم لأن ذلك يشكل إنكاراً للعدالة^[٤].

١- د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ١٢٤.

٢- د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، دون ذكر السنة. ص ٣١٥.

٣- د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، المصدر السابق، ص ١٧٢.

٤- Viney. Traite de droit civile. Obligation. Le responsibility condition. Paris. 1982. P266-٤

٧. وأما قولهم في الاحتجاج بالمادة ٣/٢٠٥ من القانون المدني فهي مختصة بالتعويض عن الضرر الأدبي فقط. وأن محل النقاش الدائر هو التعويض عن ضرر الموت الذي هو ليس ضرراً أدبياً بل هو من سنخ الضرر الجسدي. فلا يبقى مجال للاحتجاج بنص المادة المذكورة.

٨. إن التعويض عن ضرر الموت لما تعذرت المطالبة به من قبل ذات المتوفى فلا بد من المطالبة به إذن من قبل الورثة باعتباره إرثاً يمر بذمة المورث المالية. ويكون توزيعه على الورثة بناء على نصيب كل منهم في القسام الشرعي.

وبهذا لا يمكن الاحتجاج بهذا الاتجاه لتهافت الحجج التي قام عليها أمام النقد. فلا يمكن اعتمادها سنداً لمذهب القوم. ويكون ضرر الموت هو القسم الثالث من أقسام الضرر التي تستوجب التعويض. ولكن هذا هو شأن الفكر الأنساني بين قابل ورافض. وهو أساس تقدم العلوم وتطورها.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد للتعويض عن ضرر الموت

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى وجوب الاعتراف للمتوفى بالموت الاخترامي بالحق في التعويض عن وفاته^[١]. وإن هذا الحق بالتعويض ينشأ قبل الوفاة وإن كان هذا الاعتداء قد أدى إلى حدوث النتيجة (الوفاة) فوراً. وذلك تأسيساً على إن الموت مادام نتيجة للفعل الضار فلا بد أن يكون السبب قد تقدم المسبب ويكون نشوء الحق سابقاً على حصول الوفاة^[٢]. ومن أهم الحجج التي يستند إليها هذا الفريق فيما ذهب إليه ما يأتي:-

١. إن الموت وإن كان المصير المحتوم لكل إنسان، وإن كان لا يستحق التعويض عنه إن وقع قضاء وقدرًا، ولم ينسب الموت كنتيجة إلى فاعل بذاته. إلا أن ذلك لا يمنع التعويض عنه إن كان بفعل فاعل لأن الاعتداء كان قد عجل بالوفاة، وسلب المتوفى الحياة^[٣]. أي إن الموت كان نتيجة لفعل ضار منسوب إلى فاعل. وهذا الضرر الناشئ عنه يكون موجباً للتعويض.
٢. أن الحياة هي أعلى ما يملك الإنسان باعتبارها مصدر قوته وعقله ونشاطه المالي، بل ما قام صراع بين بني الإنسان مثلما قام على الحياة، وشراء متع الدنيا. وإن الحرمان منها يعني الحرمان من كل متعة في الدنيا. من جاه أو ثروة أو سلطة. وهذا بحد ذاته يشكل ضرراً.

١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المصدر السابق، ص ١١٦٧.

٢- د. طه عبد المولى، المصدر السابق، ص ١٠٣.

٣- يتضح من هذه الحجة أن القائلين بها لم يعرفوا فكرة الموت الاخترامي أو على الأقل بالمعنى والاصطلاح.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

٣. يسبق الموت تحقق آلاماً مادية ومعنوية للمتوفي قد تفوق حد التصور، وهذه الآلام تستوجب التعويض. أما القول بأن التعويض عن هذه الأضرار يستوجب المطالبة بالتعويض قبل الوفاة، فهو قول مردود؛ لأن المستحق لهذا التعويض أصبح هو الوريث فهو الذي يتولى المطالبة.

٤. إن التعويض عن ضرر الموت لا يمكن الكلام عنه والمطالبة بالتعويض إلا بتحقيق نتيجته التي هي الموت الحتمي. وبخلافه تكون المطالبة بالتعويض عنه مطالبة بضرر لم يتحقق. وهو خلاف القواعد القانونية الحاكمة في موضوع التعويض عن الضرر في المسؤولية المدنية. لذا فلا بد من تحقق الموت أولاً ليتمكن المطالبة بالتعويض عنه.

٥. إن كان ضرر الموت لا يتحقق إلا إذا تحقق الموت فعلاً، فإن هذا التحقق الفعلي يبدأ من لحظة منازعة الروح للجسد حتى تنتزع الروح عن تمامها. وفي هذه اللحظات يتحقق ثبوت التعويض عن ضرر الموت.

المطلب الثاني

التعويض عن الموت

لما كان الموت ضرراً، شأنه في ذلك كباقي أنواع الضرر الأخرى، لذا فقد استوجب التعويض عنه. ولما كان التعويض يقسم إلى تعويض مادي وتعويض معنوي، ولما كان ضرر الموت ضرراً جسدياً فهو جامع للضررين معاً. إذن لا بد من التعويض عنه تعويضاً كاملاً جابراً للضرر. وهذا يقتضي أن نتطرق له في فرعين نذكر في الأول منهما التعويض عن الضرر المادي، ونتطرق في ثانيهما نذكر فيه التعويض عن الضرر المعنوي.

الفرع الأول

التعويض عن الضرر المادي

بعد أن بينا ماهية الضرر المادي، لا بد من الوقوف على تعويضه ضمن المفاهيم التي قصدها البحث ضرر الموت إذ يقتضي ذلك تحقق المسؤولية المدنية وتوافر شروطها، من تحقق الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. أي أن يكون ضرر الموت ناشئاً عن ذلك الخطأ. ولا يمكن القول بالتعويض ما لم تكتمل هذه الأركان.

والضرر المادي يتمثل في عنصرين هما ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب. وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢١/١ من القانون المدني المصري. وهو النص الذي لم يذكر في القانون المدني

العراقي كنص عام. بل ورد في مادتين الأولى وردت في عقد البيع في المادة ٢/٥٥٤ ونص المادة ٢/٩٦٧ التي وردت بخصوص عقد الوديعة. وهذان العنصران لا بد من جبرهما في التعويض. وأي ضرر أكبر من فقد الأنسان حياته، وقبل ذلك ما يعانیه من ألم ومنازعة.

وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية تطبيق صريح للنص المذكور إذ ذكر فيه " ويدخل في الكسب الفائت ما يأمل المضرور من الحصول عليه من كسب متى كان لهذا الأمل أسباب مقبولة وكان أمل الأبوين في بر ابنهما لهما رعاية بإحسانه إليهما، أمر قد جبلت عليه النفس البشرية منذ ولادته حياً دون انتظاره سنناً معينة"^[١].

وهذا الحكم الصادر عن محكمة النقض حدد الضرر المادي الذي يكون بمقتضاه أن يطالب المضرورون من الوالدين أو الزوجة أو الأولاد بالتعويض عن ضرر الموت باعتبارهم ورثة للمتوفى. كون الضرر أصاب المتوفى بالباشرة. أما الحق المباشر للورثة بالمطالبة بما أصابهم شخصياً من ضرر عن وفاة مورثهم فهو ضرر بالارتداد. ومنها حالة فقد المضرور للنفقة التي كان يحصل عليها ممن وقع عليه الضرر فأدى إلى قطع تلك النفقة^[٢].

ومن هنا يتضح إن الأضرار المادية أما أن تكون اعتداءً على المال أو الحقوق المالية، أو أن تكون اعتداءً على الكيان المادي للشخص. وهذا الأخير أما أن يكون في حالات الإصابة أو حالات ضرر الموت. وفي جميع الأحوال المذكورة فإن التعويض عن الضرر أما أن يكون نقدياً أو عينياً. والتعويض النقدي هو جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالنقد. أما عن كيفية تقدير الضرر فنرجع في ذلك إلى المعيار الذي ذكرته المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري وهو تعويض كل خسارة متحققة وربح فائت. ولكن هذا المعيار وإن كان معياراً جيداً في تقدير التعويض، إلا أنه لا يصلح معياراً لتقدير ضرر الموت. لأنه عبارة عن خسارة النفس وأي خسارة أعظم منها. لذلك لا بد من البحث عن معيارٍ آخر.

ومن خلال الرجوع إلى المادة ٢/١ من القانون المدني العراقي التي نصت على ما يأتي (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة)، ولأنعدام النص التشريعي والعرف في تقدير التعويض عن ضرر الموت، فلا بد من الرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية. حيث حددت الشريعة الغراء مقدار التعويض

١- الطعن المدني رقم ٤٧٩٧ جلسة ١٥ يناير ٢٠٠٧ القضية ٦٤. منشور على الصفحة"

www.cc.gov.ev/Ahkam-Nak-Madany-Hayka-

٢- د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٦. ص٧.

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

عن النفس الإنسانية من خلال فرض الدية^[١]. وليس أعلم بدية النفس من خالقها جلّ وعلا. وقد يقال كيف يحكم لغير المسلمين بحكم الشريعة الإسلامية خلافاً لما يدينون به، ويتمسكون به من أحكام؟ قلنا بأن القانون قد حدد هذا الحكم استناداً إلى نص تشريعي، ولا اجتهاد في مورد النص.

أما التعويض العيني فهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الاعتداء أيّاً كان نوع الأضرار والإصابات من خلال إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً^[٢]. وهذا النوع من التعويض لا يتألف بطبيعته مع ضرر الموت. لأن التعويض العيني يستوجب إعادة الحال إلى ما كان عليه. ولما كان ضرر الموت لا يتحقق إلا بتحقيق نتيجته الموت ولتعذر إعادة الحياة للمضروب لذا فلا يمكن أن يتألفا.

الفرع الثاني

التعويض عن الضرر المعنوي

وقد يصيب الضرر الموت أضراراً معنوية تتمثل بشعوره بالألم، ومنازعة الفراق بين الروح والجسد، وهو ضرر يستوجب التعويض عنه. ويثير أمر التعويض عن الضرر المعنوي إشكاليين لا بد من الإجابة عنهما. يتمثل أولهما في كيف يمكننا تقدير التعويض في الضرر الأدبي وهو لا يصيب مصلحة مالية لشخص المضروب؟ وثانيهما كيف ينتقل التعويض من المتوفى المضروب إلى ورثته؟ لقد انقسم الفقه الفرنسي في بادئ الأمر إلى فريقين ذهب الأول منهما إلى إن التعويض عن الضرر المعنوي متعذر لأن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض. وحتى لو كان قابلاً للتعويض فأن التعويض يكون مستعصياً على التقدير. بينما ذهب الفريق الثاني إلى وضع مائز بين ضرر يجوز تعويضه، وضرر معنوي لا يجوز تعويضه. ثم اختلفوا في الضرر الأدبي الذي يمكن التعويض عنه، فذهب البعض إلى أن الضرر الممكن التعويض هو الذي يجبر إلى ضرر مادي فيكون التعويض على هذا الضرر المادي، وغيره لا يقبل التعويض. وذهب البعض إلى أن الضرر الأدبي الواجب التعويض هو ما ينشأ عن جريمة جنائية^[٣].

إلا أن هذا الحال لم يدم إذ في الوقت الحاضر جميع الفقهاء سواء في العراق أو مصر أو فرنسا يقولون بالتعويض عن الضرر الأدبي، بجميع أنواعه وحالاته. وبهذا الإجماع المنعقد في فقه المدرسة

١- لما جاء في الآية ٩٢ من سورة النساء ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وُدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾
٢- د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني دراسة مقارنة، ج١، ط١، بغداد، ١٩٩١، ص٣٧٢.
٣- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصدر سابق، ص٨٦٦.

اللاتينية على التعويض عن كافة الأضرار الأدبية تنحل معضلة الاختلاف في التعويض وعدمه نحو جبر الضرر الادبي، وتعويض المضرور.

أما الإشكال الثاني الذي يثار في مسألة التعويض عن الضرر الأدبي حول كيفية تقدير التعويض، فهو لا يختلف إذ يتم تقديره من قبل المحكمة ولو بالاستعانة بالخبراء من المتخصصين في هذا المجال. كل ذلك من أجل إيصال الحق إلى مستحقه.

إلا أن إشكالاً يثار بخصوص التعويض الأدبي عن ضرر الموت، وهذا الإشكال يثار بعد التثبيت من وجوب التعويض الأدبي عن ضرر الموت. وهو إشكال حقيقي يقف حائلاً أمام إمكانية التعويض الأدبي لضرر الموت. وتقدير هذا الأشكال هو أن المادة ٣/٢٠٥ من القانون المدني العراقي عندما نصت على إنه (لا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي) والتي تقابلها المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني المصري حيث أكد هذا النص على عدم انتقال التعويض عن الضرر الأدبي من المضرور إلى الغير إلا بعد تحديد قيمته بموجب اتفاق بين المضرور ومحدث الضرر. ومن الغير هم الورثة. فإذا كان التعويض عن ضرر الموت لا يمكن انتقاله للورثة إلا باتفاق أو حكم نهائي، فكيف ينتقل التعويض الأدبي عن الموت إلى ورثة المتوفى؟ ويعتبر هذا أكبر إشكال يقف حائلاً أمام المطالبة بالتعويض الأدبي عن ضرر الموت، لأن المضرور كان قد مات قبل تحقق شروط المطالبة بالتعويض من قبل الورثة المتمثلة بحصول اتفاق على تقدير التعويض أو صدور حكم نهائي به.

وبناءً على ما تقدم فإن التعويض عن ضرر الموت ينحصر بالتعويض المادي فقط دون الأدبي حيث يكون التعويض عن الضرر الأدبي للورثة عما أصابهم من ألم وضرر نتيجة فقد مورثهم، وهذا التعويض ينحصر بالأزواج والأقربين من الأسرة فقط حسب ما نصت عليه المادة ٢/٢٠٥ من القانون المدني العراقي بقولها (ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الاسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب). والتي تقابل نص المادة ٢/٢٢٢ من القانون المدني المصري. والنص صريح بتحديد معالم الضرر كونه أصاب الأزواج أو الأقربين من الاسرة. أي لا الضرر الذي أصاب المتوفى.

الخاتمة

بعد هذا الخوض في موضوع ضرر الموت والتعويض عنه، لابد من وقفة نبين فيها أهم ما توصلنا إليه من نتائج خلال بحثنا هذا. وهي الغاية المتوخاة من هذه الدراسة.

أولاً النتائج :

١. يعتبر ضرر الموت نوعاً ثالثاً من الضرر فهو ليس الضرر المادي، ولا الضرر المعنوي، بل هو ضرر يتضمن الضررين معاً. ففيه معالم الضرر المادي وملامح الضرر الأدبي.
٢. انقسم الفقه إلى فريقين حول فكرة ضرر الموت فالفريق الأول رافض لفكرة اعتبار الموت ضرراً. وهذا الفريق انقسم بين رافض لفكرة ضرر الموت. وآخر رافض لفكرة التعويض عن ضرر الموت. أما الفريق الثاني فقد كان مؤيداً لفكرة ضرر الموت واعتبارها ضرراً متحققاً يجب التعويض عنه. وكل من الفريقين له حججه وأنصاره.
٣. اختلف الفقهاء في طبيعة ضرر الموت. هل هو ضرر مادي أم أدبي؟ فذهب إلى كل فريق. وكان هذا أحد مناشئ الاختلاف بين القائلين به والرافضين له. حتى الوصول إلى القول الفصل في هذه المسألة بأن ضرر الموت هو من الأضرار الجسدية لا الأدبية ولا المادية.
٤. ان قسمة الضرر إلى مادي وأدبي إنما هي قسمة استقرائية لا تمنع عقلاً من دخول أقسام جديدة فيها كالضرر الجسدي.
٥. يقسم الفلاسفة الموت إلى قسمين هما الموت الطبيعي والموت الاخترامي. والثاني هو مناط البحث بالنسبة لموضوع ضرر الموت. وهو الذي تبناه القانون بالتنظيم ووضع الأحكام. يمكن للمضروب أن يجمع أكثر من نوع من أنواع التعويض كالتعويض عن ضرر الموت باعتباره إرثاً، والتعويض عن الأضرار المادية والأدبية باعتبارها أضراراً مباشرة أو مرتدة.

ثانياً: التوصيات

وقد خرج البحث بعدة توصيات نذكرها كما يأتي:-

١. ندعو من خلال هذا البحث إلى الأخذ بالتعويض عن ضرر الموت باعتباره ضرراً متحققاً أصاب ما هو أهم من المصلحة المالية. ألا وهو جسد الإنسان.
٢. تعديل نص المادة ٣/٢٠٥ من القانون المدني العراقي بما يسمح بانتقال التعويض عن ضرر الموت إلى الورثة.
٣. المعالجة التشريعية الخاصة لضرر الموت لاختلاف طبيعته وتحققه عن الأضرار الباقية. وبهذا نكون قد أكملنا هذه الدراسة الموجزة عن ضرر الموت والتعويض عنه. سائلين المولى تعالى أن نكون قد وفقنا في عرض الفكرة والوقوف على النتائج التي خرجنا بها من البحث فما التوفيق إلا من عنده جلّ وعلا.

المصادر

أولاً : القرآن الكريم :

١. د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض تفويت الفرصة، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، سنة ١٩٨٦.
٢. ابن منظور: لسان العرب، ج ٨، دار صادر، بيروت لبنان، ١٩٩٠.
٣. ابي الحسين احمد بين فارس بن زكريا. معجم مقاييس اللغة، ج ٥، مكتب الاعلام الاسلامي ١٤٠٤هـ.
٤. ابي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح، تحقيق د. اميل بديع يعقوب ود. محمد نبيل طريقي، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون ذكر سنة الطبع.
٥. د. احمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وانتقال الحق في التعويض عنها الى شخص آخر غير المتضرر، بحث منشور في مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الاول، السنة ٢٢ و١٩٧٨،.
٦. د. أحمد محمد مدلول: التعويض عن فوات الفرصة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٤.
٧. جمال الدين عبد الله بن منظور، لسان العرب، ج ٢، دار الفكر ودار صادر، ١٣٠٠هـ.
٨. حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٧.
٩. د. حسن علي دنون، النظرية العامة للالتزامات، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٦.
١٠. د. حسين عامر ود. عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط ٢، ١٩٧٩، دار المعارف.
١١. الراغب الاصفهاني: مفردات الفاظ القرآن الكريم، منشورات الاعلمي، بيروت لبنان، ٢٠١٠.
١٢. رائد الحيدري، المقرر في شرح منطق المظفر، دار المحجة البيضاء، بيروت - لبنان، ٢٠٠١.
١٣. د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، ١٩٨١.
١٤. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في التقنيات العربية، القاهرة، ١٩٧١.
١٥. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، القسم الاول، مجلد ٢، الفعل الضار، مطبعة السلام، القاهرة، ١٩٨٨

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

١٦. د. طه عبد المولى، التعويض القضائي عن الاضرار التي تقع على الاشخاص، جامعة المنصورة كلية الحقوق، ٢٠٠٠.
١٧. د. عاطف النقيب: المسؤولية الناتجة عن الفعل الشخصي، من منشورات دار عويدات، بيروت، ١٩٨٤.
١٨. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار النشر للجامعات المصرية . ١٩٥٦.
١٩. د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، دون ذكر السنة.
٢٠. د. عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.
٢١. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني الجزء الأول في مصادر الالتزام، ط ٥، مطبعة النديم .
٢٢. د. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
٢٣. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ط ١، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل، ٢٠١١.
٢٤. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٩٨٣.
٢٥. كمال الحيدري، المعاد رؤية قرآنية، ج ١، مؤسسة الامام الجواد للفكر والثقافة، قم ايران، ٢٠١٠.
٢٦. محمد الحسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، ج ٧ مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت _ لبنان، ١٩٧١.
٢٧. محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان. ١٩٨١.
٢٨. محمد بن عمر بن الحسن البكري الملقب بالفخر الرازي، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج ٢، دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان، ١٤٢٤هـ .
٢٩. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الزبيدي، تاج العروس في جواهر القاموس، ج ٣٣، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ١٩٨٤.
٣٠. محمد حسين منصور: النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر،

الاسكندرية، ٢٠١٦.

٣١. محمد رضا المظفر، المنطق، مطبعة حسام، بغداد، ١٩٨٢.
٣٢. د. مراد علي الطراونة، التامين الالزامي من حوادث السيارات، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
٣٣. د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١، مكتبة الرواد للطباعة، بغداد، ١٩٩١.

ثانياً : القرارات التمييزية:

١. الطعن المدني رقم ٤٧٩٧ جلسة ١٥ يناير ٢٠٠٧ القضية ٦٤. منشور على الصفحة "www.cc.gov.ev/Ahkam-Nak-Madany-Hayka-
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢١٣/٢١٢/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٧/١١ منشور على موقع السلطة القضائية.
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية ٦٩٦/استحقاق /٢٠٠٨ في ٢٦/٨/٢٠٠٨ منشور على موقع السلطة القضائية.

ثالثاً : المصادر الاجنبية :

Viney· Trate de droit civile· Obligation· Le responsibility condition· Paris· 1982·

التعهد بنقل ملكية العقار

القسم الأول

دراسة حول بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري على ضوء القرارات المرقمين ١١٩٨
في ١١/٢/١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٣٦ في ٢١/٢/١٩٨٣

القاضي

وائل ثابت كاظم الطائي

المستخلص

تعتبر العقارات من الأموال الأكثر أهمية في الحياة الاقتصادية للأشخاص الخاصة وللأشخاص العامة وللحاجة إليها للسكن أو للتجارة أو مستلزمات العيش الأخرى بحسب أصناف العقارات . ان هذه الأموال تجري عليها كثير من التصرفات القانونية، ولكن التصرف الأكثر شيوعاً وأكثر أهمية هو البيع؛ لكونه ينطوي على أثر نقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري، وقد طلب المشرع لصحة التصرفات العقارية أن تُسجل لدى دائرة التسجيل العقاري، ومن ضمنها البيع ولما كان هذا التسجيل يحتاج إلى مجموعة من الإجراءات يستغرق وقتاً مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى إحداث مشكلة نتيجة لكون البائع عن البيع وامتناعه عن إقرار هذا التسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري، من أجل هذا ذهب المشرع إلى إصدار القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣ من أجل إعطاء مجال أوسع للبائع لاستيفاء حقه من خلال اللجوء للمحكمة وإقامة دعوى التمليك العقار أو دعوى المطالبة بفرق البدلية، وفي هذا البحث تنازلنا حيثيات وأحكام دعوى التمليك على ضوء القرارين المشار إليهما، ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة .

Abstract:

Real estate is considered one of the most significant assets in the economic lives of both private individuals and the public. They are essential for various purposes, such as housing, commerce, and other aspects of daily life, depending on the type of property. These assets are subject to various legal transactions, with property sales being the most common and crucial one. Property sales involve the transfer of ownership from the seller to the buyer.

To ensure the validity of real estate transactions, the legislator has mandated that they be registered with the Real Estate Registration Department, including sales. However, the registration process involves several steps and often takes a considerable amount of time. This sometimes leads to complications when sellers are unwilling to complete the registration, causing disputes. To address this issue, the legislator issued Decree No. ١١٩٨ in ١٩٧٧, later amended by Decree No. ١٤٢٦ in ١٩٨٣. These decrees provide sellers with a broader avenue to claim their rights

by resorting to the courts and filing lawsuits for property ownership or claims for price differences.

This study delves into the circumstances and provisions of property ownership claims in light of the aforementioned decrees. The importance of this study lies in understanding the legal mechanisms that govern property transactions outside the Real Estate Registration Department.

المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع الدراسة :

في عقد البيع، وبمقتضى المنطق السليم ووفقاً للمسار الطبيعي لتنفيذ الالتزامات التعاقدية، أن تنتقل ملكية العين المبيعة من البائع إلى المشتري لحظة حصول الاتفاق بينهما، وهذا هو الحكم العام في البيوع كافة، لكن لاعتبارات خاصة حالت دون تحقيق هذا الأثر تبعاً لخصوصية المال محل عقد البيع عندما يكون موضوع البيع مال عقار، في هذه الحالة يخرج حكم هذا التصرف القانوني عن الحكم العام الذي أشرنا إليه، حيث اشترط المشرع لإنعقاد مثل هذا العقد ونفاذه وترتيب آثاره شكلية معينة وهي التسجيل في دائرة التسجيل العقاري .

إن لهذا الحكم القانوني مبرراته نظراً لما للملكية العقارية من أهمية في حياة الناس وأثرها في الأمور الاقتصادية باعتبارها من الأموال ذات التأثير المباشر في تيسير معاشهم وتحسين مستوى قدراتهم المالية، واشتراط الشكلية الغاية منه أن يسود النظام والاستقرار في المعاملات بين الأشخاص، لهذا فرض القانون هذه الشكلية في التصرفات القانونية الجارية في هذا النوع من الأموال، وبتعبير أكثر إيضاحاً، إن هناك أهمية قصوى للتصرفات القانونية الجارية على العقار، وخصوصاً البيع، نظراً لحجم المعاملات العقارية وأقيامها ولغرض زيادة الثقة في التعامل قُدر وضع هذه الشكلية . إن ظهور الكثير من المشكلات العملية نتيجة لحالات النكول وعدم الالتزام بتنفيذ العقد لأسباب شخصية تعود إلى شخص المتعاقد الذي يقع تحت وطأة الطمع وخراب الذمة فحال دون احترامه للالتزامات التي وافق عليها عند الاتفاق، أو لأسباب ترجع إلى طبيعة نظام التسجيل العقاري المطبق في العراق والذي كَبَّلَ معاملة البيع بإجراءات روتينية وقيود كثيرة منعت إنجازها في وقت قصير من ذلك إلزام الشخص أثناء تنظيم معاملة البيع إلى مراجعة دوائر أخرى كالمبلدية ودائرة الماء ودائرة الكهرباء لغرض تسديد ديون هذه الدوائر دون أن تكون لهذه المراجعة علاقة بموضوع معاملة التسجيل وإنجاز التصرف وإنما اقتصر على استيفاء ديون لدوائر حكومية، وكأن هذه

الدوائر فاقدة القدرة على استحصال ديونها بطرق أخرى، بالإضافة إلى المعاملة الضريبية وإجراءاتها الصعبة، لهذه الأسباب وأسباب أخرى جعلت من تسجيل العقار هماً ثقيلاً لا يُزال عن كاهل المواطن إلا بعد إتمام معاملة البيع وحصول المشتري على سند العقار للدار أو قطعة الأرض أو أي عقار آخر قام بشرائه.

هذه المشكلات هي التي دفعت المشرع إلى التدخل لغرض إيجاد مخرج قانوني يُوازن بين ما يتطلبه القانون من شكلية وبين العمل على سيادة مبدأ الرضائية في العقود وتقليل العقبات التي تعترض التنفيذ العيني، فعمل على إصدار قرارين مهمين هما القرار رقم ١١٩٨ الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١١/٢ وتعديله القرار المرقم ١٤٢٦ في ١٩٨٣/١٢/٢١

إن هذا التشريع الجديد انبثقت منه دعوتين مهمتين أخذت جانباً كبيراً في مجال التطبيق في المحاكم وهما: (دعوى تملك العقار، ودعوى المطالبة بالفرق بين البدلين)، وفي هذه الدراسة سنتناول أحكام هذا التشريع الجديد، أي القرارين المشار إليهما .

ثانياً- أهمية الدراسة :

عقد البيع من أهم العقود المسماة وأكثرها شروعا في التعامل الحياتي بين الأشخاص فهو الوسيلة القانونية التي من خلالها تنقل ملكية الأموال من شخص إلى آخر من المالك إلى المشتري، وتزداد أهمية هذا العقد لكون محله مال عقاري نظراً للحاجة المتزايدة لهذا النوع من الأموال بالإضافة إلى التعامل التجاري الذي يتم من خلاله، فعقود بيع العقارات أصبحت نشاطاً تجارياً يمارسه الشخص العادي والأشخاص الآخرين من أصحاب الأموال، بمعنى إن البيوعات العقارية استمدت أهميتها من الحاجة الملحة للعقار حيث يستخدم في السكن ومتطلبات الحياة الأخرى كما إنه أصبح تجارة رائجة تدر بأرباحها على القائمين بهذا العقد، ومن هذه الأهمية تظهر الصفة المميزة لعقد البيع، في الوقت الحاضر، فهو عقد يمتاز بقيمته المالية العالية نظراً لارتفاع أثمان العقارات محل البيع .

وعطفاً على ذلك ونظراً لما يترتب على حالات النكول وعدم إكمال تسجيل العقار في الدائرة المختصة برزت المشكلات العملية وتصدرت الدعاوى الناشئة عنها لتكون من بين أكثر الدعاوى حضوراً في محكمة البداية، وازدادت أرقام الدعاوى المتعلقة بحالات تملك العقار وحالات النكول عن البيع والمطالبة بفرق البدلين بعد صدور القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، الذي أتاح من خلاله المشرع الفرصة للمشتري للمطالبة بتمليك العقار جبراً على البائع وإتاحة الفرصة لمطالبة الناكل عن عقد البيع بالتعويض وفق ما يسمى بدعوى فرق البدلين، من أجل ذلك كان اختيارنا لموضوع هذا الكتاب

ثالثاً- منهجية الدراسة :

من أجل إيصال المعلومة بشكل موجز ودقيق ولكي يستطيع القارئ الكريم أن يضع يده على الفقرات القانونية المتعلقة بهذه الدراسة عملنا جاهدين على إتباع منهجية تجمع بين طريقة الشرح على المتن، أي وضع النص القانوني والتطرق إلى ما يحويه من أحكام، وبين طريقة البحث الموضوعي من خلال تقسيم الدراسة، وفق خطة منهجية، إلى مباحث أو مطالب أو فروع وفق التنظيم الذي يختاره القائم بها .

وقد أثرتنا أن تكون هذه الدراسة كما تحوي شرح الأحكام وبيان الآراء الفقهية أن تكون مزودة بالتطبيقات القضائية لكي يستطيع القارئ أن يقف على الحكم القانوني والرأي الفقهي والتطبيق القضائي، ولا ننكر القول بأننا وجدنا في المجموعات القضائية الصادرة في فترة السبعينات والثمانينات من القرن الماضي وتحديداً النشرات القضائية ومجموعة الأحكام العدلية التي ضمت قرارات محكمة التمييز، قرارات أكثر توضيحاً لبيان الأحكام المطبقة في هذا الموضوع واجتهادات القضاء في الوقائع المعروضة عليه، بالإضافة إلى المجاميع القضائية الحديثة التي أعدها بعض من الزملاء القضاة والمحامين، فقد كانت لنا خير معين عند كتابة هذه الدراسة .

رابعاً - خطة الدراسة :

قسمنا هذه الدراسة إلى عدة مطالب تناولنا في المطلب الأول: بيع العقار خارج الدار في التسجيل العقاري ومن خلال هذا المطلب وقفنا عند تعريف عقد البيع وحرصاً ببيع العقار قبل التسجيل وبيع العقار من قبل دوائر الدولة، أما في المطلب الثاني: فقد خصصناه لدعوى تملك العقار وقد تضمن ثلاثة فروع من خلاله وقفنا عند تعريف دعوة تملك وشروطها والإجراءات القانونية الواجب إتباعها، وهذان المطلبان شكلا القسم الأول من الدراسة، أما القسم الثاني فكان يضم المطلب الثالث: عن دعوى فرق البدلين حيث تناولنا فيه تعريف هذه الدعوى والتعويض الممنوح وفق قرار ١١٩٨ المعدل وشروطه والإجراءات القانونية لإقامة هذه الدعوى، أما المطلب الرابع: فكان في موانع تطبيق أحكام القرار المذكور، والمطلب الأخير كان للأحكام التي انبثقت عن تشريع القرار وتحديداً المحكمة المختصة في نظر الدعوى وجهة الخصومة وصلة الدعاوى الناتجة من قرار المذكور بالإنفاذ المعجل مع بيان الأثر الرجعي لتطبيق القرار، وهذه المطالب الثلاثة الأخيرة (الثالث والرابع والخامس) هي القسم الثاني منه هذا الكتاب .

المطلب الأول

بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري

قسمنا هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول : التعريف بعقد البيع

النص القانوني :

نص المشرع العراقي في المادة (٥٠٦) على تعريف عقد البيع بأنه: (البيع مبادلة مال بمال) .

أولاً- تعريف العقد

وعقد البيع من العقود المسماة، والعقود المسماة هي العقود التي نصَّ القانون على تسميتها باسم معين ووضع لها أحكاماً خاصة بها كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد المقاوله، بالإضافة إلى شمولها بتطبيق الأحكام العامة للعقد^[١]، فتقسيم العقود إلى عقود مسماة وغير مسماة يعتمد عما إذا كان هناك تنظيم قانوني خاص للعقد، فيكون عقد مسمى أما إذا لم يتوافر هذا التنظيم التشريعي فيكون العقد غير مسمى .

وإن المشرع عندما يهتم بتنظيم أحكام عقد من العقود إنما يرجع ذلك لشيوع هذا العقد في المعاملات الحياتية بين الأشخاص الأمر الذي يدفعه إلى وضع أحكام خاصة به تبعاً لهذه الأهمية، أي ترجع أهمية هذا النوع من التصرفات كونها تصرفات قانونية شائعة ولها تأثيرها في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية للأشخاص العامة والأشخاص الخاصة .

ويعتبر هذا العقد، أي عقد البيع، من أكثر التصرفات القانونية أهمية لكثرة شيوعها في التعامل بين الأشخاص وتأثيرها في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية المتعلقة بهم .

ثانياً- خصائص عقد البيع

عقد البيع من التصرفات القانونية التي تمتاز بالخصائص الآتية :

١. عقد رضائي : الأصل العام في عقود البيع إنها عقود رضائية، والعقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لإنعقاده اتحاد القبول بالإيجاب دون الحاجة إلى شكلية خاصة، وبعبارة موجزة هو العقد الذي يخضع لمبدأ كفاية الإرادة وسلطانها خضوعاً كاملاً^[٢]، وهذا هو الأصل العام في عقود البيع إلا إذا نص القانون على فرض شكلية معينة حينها لا ينعقد

١-راجع تفصيل ذلك : أنور سلطان/النظرية العامة للالتزامات/الجزء الأول - مصادر الالتزام/دار المعارف/مصر/ طبعة ١٩٦٢/ص٥١-٥٢، و سعدون العامري/الوجيز في العقود المسماة/الجزء الأول/عقد البيع/الطبعة الثانية/ بغداد ١٩٧١/ص٥-١٠ .

٢- حسن علي ذنون/شرح القانون المدني/العقود المسماة - عقد البيع/مطبعة الرابطة بغداد/١٩٥٣/ص٢٠.

التعهد بنقل ملكية العقار

العقد إلا باستيفاء هذا الشكل وفقاً ما نصت عليه المادة (١/٩٠) من القانون المدني، حيث جاء فيها: (إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك).

٢. عقد معاوضة: يعتبر عقد البيع من عقود المعاوضة وذلك لأن البائع والمشتري كل واحد منها يأخذ عوضاً عن ما أعطاه، البائع يُعطي الشيء المبيع ويأخذ الثمن، أما المشتري يُعطي الثمن ويأخذ المبيع، وبهذه الخصيصة يختلف عقد البيع عن الهبة وعن الوصية حيث يقتصر التزام الواهب والموصي على إعطاء ما يمتلكه دون بدل .

٣. عقد ناقل للملكية: يمتاز عقد البيع بأنه عقداً ناقلاً للملكية حيث إن البائع يصبح مالكاً لبديل البيع والمشتري يصبح مالكاً للمال محل البيع وذلك عند انعقاد العقد بتوافر أركان وشروط انعقاده .

٤. عقد مُحدد: يمتاز عقد البيع بأنه عقد مُحدد لأن كل من طرفي العقد يستطيع أن يُحدد حال الاتفاق مقدار ما يُعطي وما يُأخذ، بمعنى إن كل من المتعاقدين يعرف التزاماته وحقوقه على وجه الدقة وليس على وجه الاحتمال .

٥. عقد ملزم للجانبين: يعتبر البيع عقد ملزم للمتعاقدين حيث يُنشأ لكل واحد منهما التزامات في ذمة الطرف الآخر فيصبح كل طرف دائناً ومديناً له حقوق وعليه التزامات. ونستطيع أن نبين وبشكل موجز التزامات البائع حيث إنه يلتزم بنقل الملكية (م/٥٣٥) مدني وتسليم المبيع (٥٣٦/٥٤٨) مدني، والتزام بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية (٥٤٩/٥٧٠) مدني، أما التزامات المشتري هي التزام بدفع الثمن (٥٧١/٥٨٢) مدني، التزامات بدفع المصاريف (٥٨٣/٥٨٦) مدني، والتزام بتسليم المبيع (٥٨٧) مدني^[١] .

الفرع الثاني: حكم بيع العقار قبل التسجيل

النص القانوني: نصت المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي:

(بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سُجِلَ في الدائرة المختصة وأستوفى الشكل الذي نص عليه القانون). ونصت المادة (١١٢٦) من القانون المدني العراقي: (العقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً) .

ونصت المادة من القانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١:

١- (التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو

١-راجع طارق عجيل/المطول في شرح القانون المدني/جزء ١/٢٤٠/جزء ٣/منشورات زين الحقوقية/بيروت/٢٠١٣.

التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة).

٢- (لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

يتبين لنا من النصوص القانونية أعلاه إن عقد بيع العقار، كغيره من التصرفات العقارية، يقتضي توافر ركن الشكلية لأنعقاده، فما هي الشكلية وما هي مبرراتها والفارق بينهما وبين الشكلية المطلوبة للإثبات بالكتابة هذا ما نتناوله في النقاط الآتية :

أولاً- المقصود بالشكلية :

ونقصد بالشكلية أن تسجل معاملة بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري المختصة، ومن هنا يتضح إن أركان عقد البيع، عندما يكون محله بيع عقار، يضاف إليها ركن آخر وهو الشكلية، فلا يكفي لإنعقاد البيع حصول التراضي بين الطرفين بل لا بد أن يُسجَل أقرار البائع والمشتري وبشكل رسمي في الدائرة المختصة، وهذا حكماً عاماً فيما يخص التصرفات العقارية التي يحتاج انعقادها إلى ركن آخر عدى (الإيجاب والقبول) وهو ركن الشكلية المنصوص عليه في المواد المنصوص ذكرها^[١]. إن الشكلية التي يتطلبها القانون تُعتبر من النظام العام حيث لا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على تخطيتها وعدم العمل بها فالمتعاقدان على بيع عقار حتى ولو أقرا بما أجراه من تصرف فإنه لا يأخذ صفة العقد لعدم توافر أحد أركانه، وقد قضت محكمة التمييز (لا تُثبت ملكية العقار بتصادق الطرفين، بل يجب التثبت من قيدها في دائرة التسجيل العقاري)^[٢].

إن عقد بيع العقار غير المسجل يعتبر بحكم القانون عقداً باطلاً والعقد الباطل هو الذي لا يصح أصلاً بالنظر إلى ذاته (أركانه) ولا يصح وصفاً للنظر إلى أوصافه الخارجية، وإن للبطلان أسباب كثيرة منها عدم استيفاء الشكلية المفروضة قانوناً، وإذا كان حكم العقد الباطل إنه لا يفيد حكماً ولا ينتج أثراً فيتربط على ذلك إن ليس هناك لزوم لصدور حكم لتقرير هذا البطلان، وبذلك قضت محكمة التمييز (بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري يعتبر باطلاً بحكم القانون ولا ينتج أثراً بين الطرفين ولا موجب لإقامة دعوى لإبطاله)^[٣].

فكل طرف يمكن أن يعتبر إن العقد غير موجود وكأنه لم يقع ويمكن للبائع استرداد المبيع إذا كان قد سلمه وله أن يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات ما دام في حيازته، وفي هذا السياق قضت

١- جميع التصرفات القانونية التي يكون محلها عقار لا تنعقد إلا باستيفاء الشكلية المقررة وذلك بتسجيلها في الدائرة المختصة وهي دائرة التسجيل العقاري، فمثلاً عقد هبة العقار - (٦٠٢) مدني، وكذلك القسمة الرضائية بين الشركاء في المال الشائع - (٢/١٠٧١) مدني، ونقل حق التصرف في الأراضي الأميرية (١٢٠٣) مدني، فهذه النماذج من التصرفات المتعلقة بالعقار تدخل الشكلية لتكون أحد أركانها بحيث لا تنعقد إلا باستيفاء .

٢- مجلة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الأول/السنة التاسعة/١٩٧٨/ص٥٢

٣- رقم القرار ١٧٠٦ في ١٧/٨/٢٠٠٨ (غير منشور) .

التعهد بنقل ملكية العقار

محكمة التمييز : (في العقود الباطلة لعدم إتمام الشكلية اللازمة لها لا يحال بين أحد المتعاقدين وبين طلب العودة إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد عملاً بالمادتين (٩٠ و ١٣٨) مدني) [١] .

إن ما بيناه يعتبر حكماً عاماً لكل البيوع العقارية التي لم تستوف الشكلية القانونية، أما إذا تحقق الركن الشكلي فإن هذه البيوع تكون صحيحة ونافذة وترتب آثارها وبذلك يمكن القول إن مصدر الحق العيني العقاري في النظام القانوني المعمول به في العراق يستند إلى الاتفاق بين البائع والمشتري وإلى تسجيل هذا الاتفاق في دائرة التسجيل العقاري المختصة حيث انتقال الملكية أمام هذه الجهة [٢] .

ثانياً- مبررات الشكلية ونتائجها :

إن الثقة والاستقرار في التصرفات القانونية هو المبدأ الذي ينبغي أن يسود في التعامل بين الأشخاص خصوصاً إذا كان محل هذه التصرفات متعلق بعقار، فمن المعروف إن المال العقاري عالي القيمة وتصل أسعاره إلى مبالغ كبيرة لها تأثيرها على المستوى الاقتصادي والاجتماعي لهذا كان لا بد من وجود ما يعزز الثقة لأطراف التصرف القانوني باستيفاء حقهم بما يعادل قيامهم بالتزامهم .

إن الملكية العقارية تعتبر من أسس الائتمان المهمة في الحياة الاقتصادية للأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية وإن التعامل بالعقار يحتل مساحة واسعة من بين التعاملات القانونية الأخرى، لذلك لا بد من أن يضع القانون الطريقة القانونية التي من خلالها تعزز هذه الثقة لدى المتعاقدين من جهة ويحقق العلم لدى الغير بأن هذا الشخص قد أكتسب ملكية هذا العقار أو أي حق عيني متعلق به، وهذه الطريقة القانونية ينبغي أن تكون واضحة وفي العلن وبمقدور أي شخص بواسطتها أن يعلم بما يقوم به للمتعاقدين، فما هي الطريقة التي تحقق هذه الثقة لتعزز هذا الاستقرار ؟

إن الطريقة القانونية التي عليها التشريعات هي فرض شكلية معينة عند إجراء التصرف هي تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري حيث يلجأ البائع والمشتري إلى الدائرة المذكورة ليقدموا معاملة من خلالها يتم تداول ملكية العقار ويثبت ذلك في السجلات الرسمية ويستخرج المشتري سند عقار باسمه من خلال القيام ببعض الإجراءات القانونية المطلوب انجازها لغرض هذا التسجيل .

١- رقم القرار ٣٨٩/٨٤-٨٥ تاريخ القرار ١/٥/١٩٨٥، مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/١٩٨٥ .

٢- إن انتقال الملكية في البيوعات العقارية ينجز بإقرار طرفي عقد البيع في دائرة التسجيل العقاري المختصة مكانياً، وبذلك نصت المادة (١/١٠٨) من قانون التسجيل العقاري النافذ رقم (٤٢) لسنة ١٩٧١ (يجرى الإقرار بالتصرفات العقارية أو أي معاملة أخرى خاضعة للإقرار في دائرة التسجيل العقاري التي يقع العقار ضمن منطقة اختصاصها ويجوز أن يتم خارجها ضمن منطقة الاختصاص بطلب يبين فيه العذر الذي يحول دون حضور المدعي).

إن هذه الشكلية وإن كانت تقيّد مبدأ الرضائية في عقد بيع العقار إلا إنها من جانب آخر وسيلة تحتمها الحاجة إلى الاستقرار في المعاملات وتعزيز الثقة وتيسير الائتمان العقاري، أما كيف نتخلص من آثارها السلبية فهذه المسؤولية تقع على عاتق المشرع والجهات التنفيذية المطبقة للقوانين من خلال تهذيب طريقة التسجيل وجعلها ميسرة وبسيطة وغير معقدة وغير متعلقة بأمور أخرى بحيث يمكن إنجازها في وقت قصير دون أعباء ومعوقات .

وتظهر أهمية الشكلية من خلال النتائج المترتبة عليها ذلك لأن المشتري لا تنتقل إليه ملكية العقار إلا من تاريخ التسجيل وتحويل ملكية المال العقار باسمه في دائرة التسجيل العقاري، فالمركز القانوني للمشتري بوصفه مالكا للعقار يُستمد مكانته وقوته من واقعة التسجيل حصراً وهذا هو الحكم العام .

إن بطلان بيع العقار لعدم تسجيله يرتب بعض الآثار القانونية العملية من ذلك الحق في إقامة دعوى معارضة لاسترداد المبيع من حيازة المشتري، وبذلك قضت محكمة التمييز: (بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل بحكم القانون ويعتبر عدم ولا ينتج أثراً بين الطرفين فلا يجوز المطالبة بإبطال العقد الباطل بحكم القانون وكان على المميز استرداد المساحة المباعة بالعقد الخارجي عن طريق دعوى منع المعرضة وتسليم المساحة المذكورة)^[١]، كما يجوز للمشتري إقامة دعوى استرداد المبلغ الذي دفعه للبائع وبذلك قضت محكمة التمييز: (المشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري حق استرداد ما دفعه من بدل بصرف النظر عن الناكث عن البيع من الطرفين)^[٢] .

المحصلة النهائية الحكم العام هو إن عقد البيع ينقل ملكية الشيء المباع ويُملك الثمن بقوة القانون، لتأكيد المبدأ الرضائية بين المتعاقدين التي بموجبها تنتقل ملكية المال المبيع إلى المشتري وثمرته إلى البائع إذا توافرت الشروط القانونية^[٣]، ولكن في عقد بيع العقار، يظهر الاستثناء، فالقانون المدني أوجب استيفاء ركن الشكلية لأنعقاد العقد وذلك بتسجيل الإقرار في دائرة التسجيل العقاري المختصة .

١- القرار رقم ١٧٠٦ في ١٧/٨/٢٠٠٨ (غير منشور)

٢- رقم القرار ٩٩٧/٣م/١٩٧٣ في ١٥/١٢/١٩٧٤/النشرة القضائية/العدد الرابع/س/٤/ص ٦٣ .

٣- إن نقل الملكية في عقد البيع يتطلب شروط معينة في محل البيع وهي أن يكون المبيع معيناً بالذات أو قابلاً للتعيين وأن يكون موجوداً أو ممكن الوجود ومما يجوز التعامل فيه وأن يكون مملوكاً للبائع، راجع تفصيل ذلك جعفر الفضلي/الوجيز في العقود المدنية/وزارة التعليم العالي-جامعة الموصل/طبعة ١٩٨٩/ص ٥٧ وما بعدها، وغني حسون طه/الوجيز في العقود المسماة/عقد البيع/بغداد/١٩٧٠/ص ٢٠٧ وما بعدها .

ثالثاً- الفارق بين الشكلية والإثبات بالكتابة :

ولا بد أن نبين إن هناك فارق بين الشكلية المطلوبة في انعقاد العقد وبين الإثبات بالكتابة، فالمادة (٧٧/ثانياً) إثبات وضعت حكماً عاماً وهو إن التصرف القانوني مهما كان نوعه بيعاً، إيجاراً، مقاولاً... الخ إذا كانت قيمته تزيد عن خمسة آلاف دينار، لا يمكن إثبات وجوده أو إثبات انقضائه إلا بالكتابة، عليه لا يجوز المشرع بمقتضى نص الفقرة أعلاه، إثباته بالشهادة وبذلك جاء النص: (إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك) .

فالعقد ينعقد بين الطرفين بتحقيق التوافق بين الإيجاب والقبول سواء كان مكتوباً أو شفويّاً، ولكن عند حصول النزاع لا بد من وجود دليل كتابي يُثبت التصرف ويُثبت حالة النكول . من هذه المقدمة يتضح لنا إن العقد الذي يحتاج إلى شكلية قانونية معينة كعقد بيع العقار لا يكفي أن يكون محرراً بورقة بين البائع والمشتري بل لا بد لأنعقاده استفتاء الشكلية المقررة بموجب نص القانون، وهذا هو الفارق بين الشكلية التي تعتبر ركناً من أركان العقد وبين الكتابة التي تعتبر وسيلة إثبات له .

رابعاً- إجراءات التسجيل في دائرة التسجيل العقاري :

إن عقد البيع، كغيره من التصرفات القانونية الواقعة على العقار، يقتضي ركناً آخر إلى أركانه القانونية، وركن الشكلية والذي يتحقق بتسجيل معاملة بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري المختصة، إن التسجيل من الناحية العملية يمر بمراحل عديدة ويستغرق فترة من الزمن، فابتداءً عند حصول الاتفاق الابتدائي بين مالك العقار والطرف الراغب في الشراء وفق الشروط المتفق عليها والمتعلقة ببديل البيع وتسليم المبيع ومقدار العربون والشروط الأخرى التي يتم غالباً تحريرها لدى مكتب أحد الدالين أو تحرر من قبل البائع والمشتري مباشرة .

بعد هذا الاتفاق الأولي يتم فتح بيان عند مراجعة دائرة التسجيل العقاري المختصة ويقوم الموظف المختص بأخذ إقرار ابتدائي يوقع عليه البائع والمشتري بعد أن يُدون البيانات الشخصية للطرفين كافة ويشرح ملخص عقد البيع فيثبت فيه بيان نوع العقار وجنسه والمبلغ المتفق عليه لإبرام هذا العقد، بعد أخذ هذا الاعتراف الابتدائي يتم مراجعة بعض الدوائر الأخرى كالمبلدية ودائرة الماء ودائرة الكهرباء ثم بعدها يُجرى الكشف الموقعي من لجنة مشكلة من ممثلين عن دائرة التسجيل العقاري ودائرة الضريبة تقوم بتقدير قيمة العقار وفقاً للأسعار السائدة، ثم تنتقل المعاملة لاستيفاء الضريبة ثم بعد ذلك ترجع مرة أخرى إلى دائرة التسجيل العقاري لأخذ الإقرار النهائي بعد دفع الرسم القانوني وبهذا الإقرار يكون التسجيل .

الفرع الثالث : بيع العقار من قبل دوائر الدولة

إن الجهات الرسمية القضائية، المتمثلة بالمحاكم، وغير القضائية كدائرة التنفيذ التابعة إلى وزارة العدل أو دائرة عقارات الدولة التابعة إلى وزارة المالية أو أي دائرة أخرى لها صفتها الرسمية قد تبيع العقارات العائدة لها أو المحجوزة لديها لغرض استيفاء الدين لمصلحتها أو لمصلحة غيرها من الجهات الحكومية الأخرى والجهات الخاصة، فما حكم هذا البيع ؟

إن البيع يكون على وجهين فقد يحصل عن طريق المزايدة العلنية، وهي الطريقة الشائعة، أو عن طريق البيع المباشر، وستتناول حكم هذه البيوع وكالاتي :

أولاً- البيع بالمزايدة العلنية

النص القانوني : نصت المادة (٨٩) من القانون المدني :

(لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بأفعال المزايدة دون أن ترسو على أحد هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى) .

إن البيع عن طريق المزايدة العلنية لأي مال مهما كان نوعه يعتبر، ومن الناحية القانونية، دعوة للدخول في مرحلة التفاوض، فإذا ما تقدم أحد المشاركين بعطاء فهذا التصرف يعتبر إيجاباً منه يحتاج إلى قبول، والقبول هو رسو المزايد عليه، إلا إن العطاء قد يسقط بتقديم عطاء يزيد مبلغ الشراء، فهذا العطاء الجديد أيضاً يعتبر إيجاباً وهكذا تتكرر الحالة حتى الوصول إلى العطاء الأخير الذي يعتبر قبولاً فترسو المزايدة عنده، وهذا هو الحكم الذي نصت عليه المادة (٨٩) مدني المشار إليها أعلاه .

والسؤال المطروح إذا كان محل البيع في المزايدة العلنية مال عقار فما هو الحكم، هل يعتبر عقداً صحيحاً أم يعتبر عقداً باطلاً إلى حين تسجيله في دائرة التسجيل العقاري؟

إن نص المادة (٨٩) مدني أعطت حكمها واعتبرت بيع المال بالمزايدة بيعاً صحيحاً بصرف النظر عما إذا حصلت المزايدة في المحكمة أو في أي دائرة رسمية أخرى، وهذا النص والحكم الذي جاء به يُمثل حالة استثنائية خارجة عن عقود بيع العقار، فالعقد يرسو بالمزايدة وغير خاضع لتقرير صحته أو نفاذه لاستيفاء الشكلية في دائرة التسجيل العقاري .

ثانياً- البيع بطريق مباشر :

قد يحصل البيع في دوائر الدولة عن طريق غير مزايدة العلنية بل عن طريق البيع المباشر وهذا البيع أيضاً يعتبر صحيحاً وناظراً ولا يحتاج إلى الشكلية لكي ينعقد، والعلة في هذا الحكم هو إن البيع قد حصل عن طريق دائرة رسمية، وقد يكون المال المباع عائد لها أو جرى البيع عن طريقها، وهي وفي الحالتين هذه الجهة محل ثقة واعتبار .

التعهد بنقل ملكية العقار

لكن من الناحية الواقعية إن تغيير أسم المالك في سجلات دائرة التسجيل العقاري المختصة يكون بكتاب موجه من المحكمة أو الدائرة التي حصل لديها البيع لإعلام دائرة التسجيل العقاري لتسجيل العقار باسم البائع الجديد بناءً على نتيجة المزايمة العلنية أو البيع المباشر الجاري على العقار، وهذا الإجراء الإداري لا يجرح التصرف القانوني (البيع) الذي أجرته الجهة الرسمية (المحكمة أو الدوائر الأخرى) لأن هذا التصرف التزم بالأحكام المقررة وهو نص قانوني خاص .

المطلب الثاني

دعوى تملك العقار

عندما يحصل الاتفاق ويقوم مالك العقار ببيعه إلى شخص آخر، في الغالب، يُحرر هذا الاتفاق في ورقة تتضمن الشروط المتفق عليها كافة، هذا الاتفاق هو عقد بيع عرفي جرى إبرامه بين البائع والمشتري لإثبات الحقوق والالتزامات المترتبة على كل طرف، ويثبت في هذا المحرر البيانات الشخصية لأطراف الاتفاق ومحل (أي العقار المباع) وبديل الشراء، والمسائل الأخرى المتعلقة بموضوع البيع . إن هذا البيع لا يمكن إجرائه مباشرةً في دائرة التسجيل العقاري نظراً للإجراءات الطويلة التي تتطلبها توثيق هذه المعاملة، حيث تمر معاملة التسجيل بعدة مراحل كالاقرار بالابتدائي ثم إجراء الكشف والحصول على موافقات من الدوائر الأخرى ثم استيفاء الضريبة المقررة قانوناً ثم العودة إلى دائرة التسجيل العقاري ودفع رسم التسجيل وأخذ أقرار طرفي المعاملة ضمن حلقات متسلسلة تتطلب وقتاً طويلاً.

ولما كانت البيوعات العقارية، في الحالات الاعتيادية، تستكمل إجراءاتها وتصل إلى محطاتها النهائية بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة مكانياً وبهذا التسجيل يكون العقد قد استوفى ركنه الشكلي وتحققت الغاية منه فأصبح البائع مالكاً لبديل البيع وأصبح المشتري مالكاً للعقار، إلا إن هذه المسيرة قد تتعثر عند حصول الخلافات بين الطرفين تحول دون انجاز وإكمال التسجيل، وأمام هذا التعثر وهذه الخلافات تظهر المشكلات وتبرز الدعاوى أمام القضاء .

أمام هذا الموقف يثار تساؤل حول الحكم القانوني وما هو الأثر المترتب على الاتفاق المبرم بين الملك للعقار وبين المشتري ؟

الإجابة عن هذه الأسئلة يشكل موضوع بحث هذا المطلب الذي خصصناه لدعوى تملك العقار، وكذلك موضوع بحث المطلب الآخر الذي خصصناه لدعوى فرق البديلين، وفي هذا المطلب سنتناول الدعوى الأولى وحسب التفصيل الآتي :

الفرع الأول : التعريف بدعوى تملك العقار

إن الإحاطة بهذه الدعوى يقضي معرفة ما يلي :

أولاً- التعريف والسند القانوني لهذه الدعوى :

الدعوى التي تقام أمام محكمة البداية من قبل المتعهد له / المشتري أو من يخلفه من الورثة يطالب فيها المتعهد / البائع أو ورثته بنقل ملكية العقار المباع له وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري متى ما توافرت شروط التملك التي نص عليها القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل مع عدم وجود المانع القانوني لإجابة الطلب .

إن المشرع العراقي في المادة (١١٢٧) من القانون المدني لم يضع حلاً ناجحاً لمشكلة النكول عن الاتفاق الحاصل بين بائع العقار والمشتري حيث اقتصر حكم المادة المشار إليها على المطالبة بالتعويض، وهذا الحكم بموجبه رتب المشرع، استثناءً، أثراً قانونياً على الرغم من كون التعهد من الوجهة القانونية لا يمكن وصفه بأنه عقد قانوني صحيح ناقل للملكية العقارية، وفقاً لنص المادة (١٢٦) مدني حث نصت :

١. تنتقل الملكية بالعقد بالمنقول والعقار .
 ٢. والعقد الناقل للملكية العقارية لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً .
- فهذه المادة كرست ركن الشكلية في عقد بيع العقار واعتبرته ركناً أساسياً بدونها لا ينعقد العقد، والحقيقة التي لا بد من بيانها إن هناك اتفاقاً أبرم بين الطرفين مالك العقار/البائع والمشتري الغاية من ورائه تنظيم العلاقة القائمة بينهما وإلى حين تسجيل العقد في دائرة تسجيل العقاري المختصة، ولما كان هذا الإجراء، أي التسجيل، يأخذ فترة من الزمن نظراً لما يحويه من مراحل وما يقتضيه المراجعة لدوائر أخرى ففي هذه الفترة تبقى العلاقة القائمة بين الطرفين هشّة وضعيفة لكون المشرع لم يضيف صفة العقد على الاتفاق المبرم بينهما لفقدانه ركن الشكلية، وأمام ارتفاع أسعار العقارات وزيادة حجم التعامل الاقتصادي بالبيع العقاري التي أصبحت وسيلة لادخار الأموال زادت حالات النكول وظهرت المشكلات، عندها تدخل المشرع وصادر القرار رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، الذي عدل بموجبه حكم القانون الوارد بنص المادة (١١٢٧) من القانون المدني، ومن ذلك يتبين إن الأساس القانوني لهذه الدعوى هو القرار المشار إليه في أعلاه حيث أعطى المشرع بموجبه الحق للمشتري (المتعهد له) بالمطالبة بتمليك العقار جبراً، أي إن المشرع أجاز التنفيذ العيني الجبري، بنقل ملكية العقار بحكم قضائي، ومن مجموع ما ذكرناه يمكن تعريف دعوى التملك بأنها : الدعوى التي تقام أمام محكمة البداية من قبل المتعهد له / المشتري أو من يخلفه من الورثة يطالب فيها المتعهد / البائع أو ورثته بنقل ملكية العقار المباع له وتسجيله باسمه في دائرة التسجيل العقاري متى ما توافرت شروط التملك التي نص عليها القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل مع عدم وجود المانع القانوني لإجابة الطلب .

ثانياً- التكييف القانوني للتعهد

إن ملاحظة نص القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل نجد إن المشرع استخدم مصطلح (التعهد) فيما يخص الاتفاق الجاري بين الطرفين ولم يطلق عليه مصطلح (العقد) مراعيًا بذلك حكم القانون المدني الذي يقتضي أن يكون عقد بيع العقار مسجل في الدائرة المختصة، فالتكييف القانوني لمثل هذا العقد يُصنف على أنه عقد باطل، وبذلك قضت محكمة التمييز في قرار صادر عنها جاء فيه: (بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري يعتبر باطل بحكم القانون ولا ينتج أثراً بين الطرفين ولا موجب لإقامة دعوى لإبطاله)^[١].

إن ترتيب بعض الآثار للعقد الباطل^[٢]، كما هو الحال في عقد بيع العقار غير المسجل، وجعله كالعقد الصحيح بحيث يستطيع المشتري من المطالبة بالتملك وإقامة دعوى بذلك أمام المحكمة المختصة يعتبر خروجاً عن الحكم العام الذي يقضي بكون العقد الباطل بمنزلة العدم لا ينعقد ولا يرتب أثراً، ولعل هذا الاستثناء عن الحكم العام هو الذي يحقق الاطمئنان بين الأشخاص ويجعلهم يقدمون على البيع والشراء وهم أكثر ثقة بعد أن يسعوا إلى تحقيق الشروط الواجبة للمطالبة بالتملك .

إن الأساس القانوني للتعهد المبرم بين مالك العقار والمشتري إنما يستند إلى القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، فالمشرع في هذا القرار راعى القصد الذي ابتغاه طرفي الاتفاق لأنه يعبر عن إرادة المتعاقدين واختيارهما، وكان هذا التشريع الوسيلة التي استخدمت للوقوف بوجه المشكلات الحاصلة عن حالات النكول ومحاولة للحد منها^[٣].

إن المشرع العراقي يقر بصحة التعهد بنقل ملكية العقار ولهذا نظم التزامات على البائع في حالة نكوله عن التسجيل من خلال ما أتاحه للمشتري من المطالبة بتملك العقار عند تحقق بعض

١- رقم القرار ١٧٠٦ في ٦/٨/٢٠٠٨ (غير منشور)

٢- ذهب الدكتور عبد المجيد الحكيم في معرض حديثه عن العقد الباطل وما ينتج من آثار أحياناً إلى القول (قد ينتج العقد الباطل آثاره الأصلية باعتباره تصرفاً قانونياً قصد إليه طرفان لا باعتباره واقعة مادية كما هو الحال بالنسبة للآثار العرضية، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء والأمثلة على ذلك كثيرة منها ما ينص عليها القانون التجاري انه إذا كانت الشركة باطلة وقضي بطلانها فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل طلب البطلان تجري وفقاً لشروط الشركة التي قضي بطلانها، وهو الحكم يحصل من عقد الشركة الباطل وينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً/ عبد المجيد الحكيم/ الموجز في شرح القانون المدني/ الكتاب الأول/ النظرية العامة للالتزامات/ الجزء الأول/ مصادر الالتزام/ شركة الطباعة والنشر الأهلية/ ص ٢٤٩ .

٣- يذهب الفقه في معرض بيان هذه المسألة المتعلقة بتفسير العقد إلى القول: (إن على قاضي الموضوع وهو بصدد تكييف عقد معين أن يعتد بإرادة الطرفين الحقيقية وما قصدوا تحقيقه من وراء إبرام العقد، ولا يجوز له أن يكون قناعته في تكييف العقد خارج نطاق العقد وظروف التعاقد/ طارق عجيل/ المطول في شرح القانون المدني/ منشورات زين الحقوقية/ بيروت/ الجزء الثالث/ الطبعة ٢٠١٣/ ص ١٣٥ .

الشروط التي نصل عليها تشريعاً أو المطالبة بالتعويض في حالات أخرى .
إن القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل مع كونه استثناء من الحكم العام، فيما يخص البيوع العقارية، إلا إن هذا الاستثناء له أثره في الواقع العملي لمعالجته الكثير من حالات النكول والنزاعات الدائرة بسببها، ومع ذلك فإنه لا يعطي للبيع الخارجي الغير المسجل صفة الصحة، بل يبقى اتفاق بين شخصين البائع والمشتري وفقاً للمنظور القانوني، لا يُوصف بأنه عقد وفقاً لما تنص عليه أحكام القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، فهو عقد باطل، والسبب إن القرار ١١٩٨ لم يتضمن منطوقه الصريح دلالة على تحويل هذا الاتفاق إلى عقد صحيح قانوناً .
ولا بد من الإشارة إن أثر هذا القرار محدد بالحكم العيني لتمليك الشيء المباع عند توافر الشروط أو الحكم بالتعويض إذا كان له مقتضى، ومن هذا الأثر وضعت المعالجة للمشكلات التي تحدث بسبب حالات النكول .

الفرع الثاني : شروط دعوى تملك العقار

النص القانوني : نصت الفقرة (أولاً/١) من القرار المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ ما يلي: (إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد وأحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار وحق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند، مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول، كل ذلك دون الإخلال بأحكام قانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦) .

من منطوق نص الفقرة أعلاه نبين الشروط التي حددها المشرع وهي :

أولاً- تعهد بنقل ملكية عقار :

١- وجود التعهد

يشترط المشرع أن يكون هناك تعهد بين البائع (مالك العقار) والمشتري بموجبه يترتب التزام بنقل ملكية العقار، وهذا التعهد في الغالب يكون محرراً أي مكتوباً باعتبار إن الكتابة وسيلة لإثبات الحق المطالب به وإن كانت لا تعتبر جزءاً منه، ولكن لا يشترط الكتابة في وجود التعهد ومن الممكن أن يكون الاتفاق شفويًا، وبذلك قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية : (إن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل لم يشترط وجوب أن يكون التعهد بنقل الملكية محرراً (مكتوباً) بل يكفي لتطبيق أحكام القرار وجود تعهد بنقل الملكية سواء كان تحريراً أو شفويًا وكان على مقتضى المحكمة التحقق من صحة الإجراءات بإتباع طرق الإثبات المتاحة في حالة

التعهد بنقل ملكية العقار

إنكار المدعى عليه ببيع العقار موضوع طلب التمليك [١].

إن التعهد المكتوب ينبغي أن يكون واضحاً في دلالاته على التزام المالك/المتعهد بنقل ملكية العقار العائد له، وأن تكون بنود التعهد صريحةً في معانيها ودلالاتها، ومع هذا فإن المحكمة لها كامل الصلاحية في تفسير مضمون الكتابة ومعرفة المقاصد، وفي هذا المسار قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية على اعتبار التنازل عن الحصة الأثرية بورقة عادية بمثابة تعهد بنقل ملكية عقار وجاء في نص القرار: (إن التنازل عن الحصة الأثرية في العقار بورقة عادية هو بمثابة التعهد بنقل الملكية المنصوص عليها في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١١/٢/١٩٧٧، ولذلك يستحق التنازل له التعويض طبقاً للقرار المذكور عند نكول التنازل عن تسجيل حصته الأثرية من العقار باسم التنازل له في دائرة التسجيل العقاري) [٢].

وكذلك ما قضت به محكمة استئناف الأنبار بصفتها التمييزية: (إذا أجرى الشريكان قسمة رضائية للدار المشتركة بينهما فيعتبر ذلك تعهداً لكل شريك بالتنازل عن سهامه لشريكه مقابل تنازل هذا الشريك عن سهامه لهم، وعند سكن الجزء المخصص له أن يطلب تملكه بموجب قرار مجلس قيادة الثورة ١٩٩٨ في ١١/٢/١٩٧٧) [٣].

٢- أن يكون التعهد صادراً من مالك العقار

إن هذا التعهد لا بد أن يصدر من المالك أو من يخوله قانوناً، وفي خلاف ذلك فلا موضع لتطبيق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل وبذلك قضت محكمة التمييز في قرار صدر عنها جاء فيه بأنه: (لا يسري قرار مجلس قيادة الثورة المرقم ١١٩٨ والمؤرخ في ١١/٢/١٩٧٧ على بيع العقار من غير مالكة) [٤]، ومن الأمثلة على هذه الحالة إن المشتري الذي سجل عقده في دائرة التسجيل العقاري وبموجب القانون يعتبر مالكاً للعقار من تاريخ التسجيل، فإذا قام البائع، وبعد واقعة التسجيل، ببيعه مرة أخرى وب عقد خارجي إلى شخص آخر وأسكنه الدار وأباح له إقامة منشآت فيه، وقد حصل هذا دون علم المشتري الأول (المالك الجديد) فإن المشتري الثاني يعتبر مشترياً من غير المالك

١- رقم القرار ٢١٩/حقوقية/٢٠٢٠ في ٢١/١٢/٢٠٢٠، حيدر عودة كاظم /مجموعة الأحكام القضائية/العدد التاسع/٢٠٢١/ص ٣٣٦ .

٢- رقم القرار ٢٦٢١/حقوقية/١٩٧٩ في ١٠/١٢/١٩٧٩، مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الرابع/س ١٠/١٩٧٩/ص ١٢٠ .

٣- رقم القرار ٣١١٥/حقوقية/١٩٨٠ في ٢٨/١٢/١٩٨٠ مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الرابع/١٩٨٠/ص ٨٧ .

٤- رقم القرار ٣٥٩/م/٢/١٩٧٨ في ٢٥/٦/١٩٧٨/مجموعة الأحكام العدلية/العدد الثاني/س ٩/وزارة العدل/ص ٢٠ .

ولا يستطيع المطالبة بتمليك العقار وفقاً للقرار ١٩٩٨ المعدل والعلّة في ذلك إن العقار موضوع هذه التصرفات قد انتقلت ملكيته إلى المشتري الأول وفق القانون، وبإمكان المشتري الثاني المطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية أو إقامة دعوى جزائية بالاحتيايل الحاصل عليه إذا كان لها مقتضى، وفي هذا المسار قضت محكمة التمييز: (بيع العقار من غير المالك لا تطبق بشأنه أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ والمتضرر حق المطالبة بالتعويض وفقاً لأحكام القانون المدني)^[١]، وقد قضت أيضاً: (لا يعتد بالتعهد بنقل ملكية العقار إذا لم يكن المتعهد مالكا للعقار أو سهام شائعة فيه أو مخول قانوناً ببيعه)^[٢]، وفي قرار آخر قضت: (..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد إن القضاء بإلزام المميز التعويض عن بيع المساحة التي باعها للمميز عليه لتعهده المؤرخ ١٩٧٩/٨/٣١ صحيح حيث إن التعهد بنقل ملكية هذه المساحة إلى المميز عليه دون أن يكون مالكا لها حسب الاستشهاد الصادر من دائرة التسجيل العقاري بالعدد ١٧٣٨٤ وتاريخ ١٩٨٠/٨/٣١ يخضع التعهد هذا لحكم المادة (١٥١) مدني ويجب عليه أن يعرض من تعاقد معه في ما إذا رفض أن يلتزم بما تعهد إليه)^[٣].

فالعقار إذا خرج من ملك البائع لأي سبب لا يمكن بعد ذلك المطالبة بتمليكه وإقامة الدعوى لهذا الغرض وقد قضت محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية المصادقة على الحكم الصادر عن محكمة بداءة النجف برد دعوى المدعي الذي طالب بتمليكه سهام من العقار الذي اشتراه من المدعى عليه وجاء في القرار التمييزي (إن سهام المدعى عليها في العقار موضوع الدعوى والتي يطلب المدعي تملكها وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل قد جرى بيعها تنفيذاً عن طريق المزايدة العلنية وأحيلت بعهددة المشتري (ف،ع) وحسبما هو ثابت من الاضبارة التنفيذية المسجلة أمام مديرية تنفيذ النجف، وقد قامت المديرية المذكورة بمفاتيحة مديرية التسجيل العقاري في النجف لتسجيل العقار باسم المشتري المذكور، وبذلك يكون العقار قد خرج عن ملك المدعى عليه وبالتالي فإن هناك استحالة في التنفيذ المادة (٤٢٥) مدني)^[٤].

إن التعهد إذا كان صادراً من المالك بتاريخ سابق لتاريخ تملكه العقار فإن النزاع الذي يحصل مع المشتري غير مشمول بأحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل وبذلك قضت محكمة استئناف بغداد - الكرخ بصفتها التمييزية: (إذا كان تعهد بنقل ملكية عقار قد حصل قبل انتقال ملكية

١- رقم القرار ١٩٤١ في ٢٠٠٨/٨/٤ (غير منشور)

٢- رقم القرار ٣٧/حقوقية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٣/٢ /مجلة العدالة/بغداد/العدد الثالث/ص ١٠٥.

٣- رقم القرار ٣٤٤٩/حقوقية/ ١٩٨٠ في ١٩٨١/١/٢١ /مجوعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الأول/١٩٨١/ص ٩٤.

٤- القرار رقم ٩٨/ت/حقوقية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٦/٢، نقلًا عن /جبار جعفر علي الفاضلي/المختار من قضاء محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية/القسم المدني/ج ١/الطبعة ٢٠١٦/ص ٥٥.

التعهد بنقل ملكية العقار

العقار إلى المتعهد فلا يسري على هذا التعهد أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل إذ إن من شروط تطبيق هذا القرار أن يكون المتعهد بنقل ملكية العقار مالكا له^[١].

إن البيع قد يحصل من خلال وكيل عن البائع ولكي يكون هذا البيع صحيحاً لا بد أن تتضمن الوكالة صلاحية للوكيل لإجراء مثل هذا التصرف، وهذا ما قضت به محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية: (يكون البيع صادراً من غير المالك إذا لم تتضمن الوكالة المصدقة من كاتب العدل والممنوحة للوكيل تفويضاً خاصاً لبيع السهام وفق ما تنص عليه المادة (٢/٥٢) من قانون المرافعات المدنية)^[٢]، وفي قرار آخر قضت أيضاً: (إذا كانت الوكالة لا تخول الوكيل سوى مراجعة الدوائر الرسمية لذا فإن عقد البيع والشراء لا ينصرف أثره على مورث المدعى عليهم لعدم صدور منه مباشرة أو عن طريق إنابة الغير بموجب وكالة رسمية مصدقة أصولياً وبهذا لا يمكن إعطاء الحقوق للوكيل أكثر مما ورد بالوكالة الممنوحة له)^[٣].

وقد يحصل، إن من باع العقار، قبل أن يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، توفى وأصبح ورثته، بحكم القانون، هم المالكين فهنا حق المشتري اتجاه البائع ينتقل ليكون في مواجهة الورثة، فإذا نكلوا وامتنعوا عن تسجيل العقار ولم يقرروا بالتصرف الذي أجراه مورثهم، فإن المشتري من حقه إقامة دعوى تملك ضدهم لكي يحصل على قرار بذلك متى ما توافرت شروط قبول دعوى تملك، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط فبإمكانه مطالبة الورثة بالتعويض، وفي ذلك قضت محكمة التمييز بحق للمشتري أن يطالب ورثة البائع بالشرط الجزائي المتفق عليه في عقد البيع لنكلهم ومورثهم عن البيع ويكفي في ذلك توجيه إنذار إلى ورثة المشتري دون مورثهم لأن الوارث المورث بحكم الشخص الواحد^[٤].

أما إذا توفى المشتري قبل أن يسجل العقار بأسمه أيضاً، ففي هذا الفرض، يمكن لورثته إقامة دعوى تملك ضد البائع أمام محكمة البداية المختصة متى ما توافر سبباً صحيحاً للتملك، وعلى المحكمة عند التحقيق من توافر السبب أن تصدر حكماً بتسجيل العقار بأسم المشتكي المتوفى (المورث) لكي يكون حق التملك شاملاً لكل ورثته، وفي هذا السياق أصدرت محكمة استئناف بابل

١- رقم القرار ٧١١/حقوقية/٢٠١٢ في ٢٩/١١/٢٠١٢ /مجلة التشريع والقضاء/السنة الخامسة/العدد الثالث/ سنة ٢٠١٣/ص ١٨٤

٢- رقم القرار ١٤١/ت/حقوقية/٢٠١٦ في ٢٤/٢/٢٠١٦، رحيم العتابي/التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/ص ٥٢.

٣- رقم القرار ٣٢٥/ت/حقوقية/٢٠١٤ في ٦/٧/٢٠١٤، رحيم العتابي/التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/ص ٥٥.

٤- رقم القرار ٨٧٩/صلحية/١٩٤٦ في ٧/٦/١٩٤٦ قضاء محكمة التمييز/المجلد الثاني/ص ٦٠.

بصفتها التمييزية بالقرار الآتي : (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزية مقدم في مدته القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد إن محكمة الموضوع وإن اتبعت ما ورد بالقرار التمييزي المرقم ١٥٦/ت/حقوقية/٢٠١٩ والمؤرخ في ١٠/٩/٢٠١٩ إلا إن الفقرة الحكمية التي تضمنها الحكم البدائي والذي أيدته ذات المحكمة في الدعوى الاعتراضية المطعون بحكمها بموجب لائحة المميزين تضمنت طعنة قانونية ذو أثر بين على صحته، وحيث إن محكمة الموضوع قررت تملك المدعي إضافة للتركة ولأن هناك ورثة آخرين لمورث المدعي وحسب القسام المبرز في الدعوى فكان على محكمة الموضوع إصدار حكماً بالتملك باسم المشتري طالما إن شراء السهام كان من قبله حال حياته وأضيف للتركة بعد وفاته ليكون التملك شاملاً لجميع الورثة حسب سهامه سيما وأن عريضة دعواه تضمنت طلب التملك للمدعي وباقي الورثة، عليه واستناداً للمادة (٢١١) من قانون المرافعات المدنية المعدل، قرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة لإتباع ما تقدر على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للمدين وصدر القرار بالاتفاق استناداً للمادة (٣/٢١٠) من القانون أعلاه في ٢٩/جماد الأول/١٤٤٢ هـ الموافق ١٤/١/٢٠٢١ م [١].

إن التعهد المنسوب إلى المتعهد (البائع) وإن كان لا يعتبر تصرفاً قانونياً صحيحاً لكونه فاقداً لركن الشكلية، إلا إن المشرع رتب على وجود هذا التعهد بعض الآثار القانونية وخصوصاً بعد صدور القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، حيث أصبحت دائرة الآثار المترتبة على المتعهد أوسع وتسمح للمتعهد له المطالبة بالتملك عند وجود السبب الصحيح أو المطالبة بالتعويض (فرق البدلين)، لهذا كان من اللازم على المدعي - المتعهد له - إثبات صدور التعهد أمام المحكمة بالأدلة القانونية المعتمدة، وهذا الإثبات يخضع للأحكام الواردة في قانون الإثبات النافذ شأنه شأن أي تصرف قانوني آخر .

٣- إثبات التعهد

إن التعهد ببيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري، ووفقاً للمنظور القانوني، يعتبر اتفاقاً ابتدائي بين مالك العقار/البائع والمشتري، ولعدم إضفاء الشكلية التي يتطلبها القانون أُعتبر عقداً باطلاً لا يرتب أثر، إلا إن المشرع واستثناءً من الحكم العام وبعد إصدار القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل رتب بعض الآثار لحل المشكلات التي ظهرت جراء وقائع النكول، ولأهمية هذا التعهد حيث يحتاجه الطرف الذي يلجأ إلى القضاء لإثبات حقه في طلب التملك أو في طلب التعويض، لا بد من إثباته فكيف يتم إثبات هذا التعهد ؟

إن أطراف التعهد، غالباً ما يقومون بتحرير الاتفاق المبرم بينهم ويحددون بدل الشراء ومحل

١- رقم القرار ٧/ت/حقوقية/٢٠٢١ في ١٤/١/٢٠٢١، حيدر عودة/مجموعة الأحكام القضائية/وزارة العدل/العدد التاسع/ص ٣٤٠ .

التعهد بنقل ملكية العقار

البيع نوع العقار ومقدار المبلغ المسدد والشروط الأخرى المتفق عليها، فمكاتبة البيع الخارجية هذه يمكن اعتبارها دليل إثبات كونها محرراً كتابياً ذلك لأن الكتابة ليس باعثاً ولا شكلاً لا يتم التعهد بدونها وإن منطوق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل، الذي هو الأساس في طلب التمليك والتعويض أو طلب التعويض، لم يشترط أن يكون التعهد مكتوباً .

عند إقامة الدعوى على البائع قد ينكر توقيعه المنسوب إليه على ورقة البيع الخارجية، وهذا الفرض يحصل كثيراً، عندها تقوم المحكمة باللجوء إلى خبرة العاملين في الأدلة الجنائية لإثبات أو لنفي التوقيع، كما تكلف المحكمة المدعي/المشتري بتقديم مقياس للتطبيق وفي خلافه يكون المدعي عاجزاً عن الإثبات، ومما قضت به محكمة استئناف بابل بصفقتها التمييزية: (كان على المحكمة المضي بإجراء المضاهاة بعد إراءة مقياس للتطبيق وبعد أن أكد الشاهدان حضورهما التوقيع على مقابلة البيع)^[١] .

وفي قرار آخر قضت محكمة استئناف بغداد الكرخ بصفقتها التمييزية: (..... لدى عطف النظر على الحكم المميز المؤرخ ٢٠١٥/٦/١٦ وجد إنه غير صحيح وسابق لأوانه إذ كان المقتضى على محكمة الموضوع استكمال تحقیقاتها في الدعوى وصولاً إلى الحكم العادل فيها وذلك بمفاتيح محكمة المواد الشخصية في الكراة ومديرية السفر والجنسية وكذلك دائرة أحوال الكراة الشرقية لبيان عما إذا كان هناك تواقيع مثبتة على مستندات رسمية موجودة لديهم عائدة للمدعي عليهم لغرض اتخاذها مقياساً للتطبيق لإجراء المضاهاة مع نموذج التوقيع المنسوب إليهم المثبت على مقابلة البيع المؤرخ ٢٠١٣/٦/٧ لمعرفة خبراء مديرية تحقیق الأدلة الجنائية، وكذلك اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراها ملازماً لكشف الحقيقة تقرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمتها لإتباع ما تقدم وصدور القرار بالاتفاق في ١٥/رمضان/١٤٣٦ هـ الموافق ٢٠١٥/٧/٢)^[٢] .

وفي قرار آخر للمحكمة ذاتها جاء فيه: (..... لدى عطف النظر على الحكم المميز المؤرخ ٢٠١٤/٨/٣ وجد إنه غير صحيح وسابق لأوانه إذ كان من المقتضى على محكمة الموضوع مفاتيح مديرية التسجيل العقاري المختصة لبيان فيما إذا كان اضبارة العقار موضوع الدعوى تحتوي على نماذج حية لتواقيع وبصمة إبهام البائع المميز عليه لاتخاذها مقياساً للتطبيق لإجراء المضاهاة

١- رقم القرار ١٢٩/ت/حقوقية/٢٠١٧ في ٢٠/٨/٢٠١٧، رحيم العتابي/التمليك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/ص ١٤٥ .

٢- رقم القرار ٤٢٢/حقوقية/٢٠١٥ في ٦/٨/٢٠١٥، رحيم العتابي/التمليك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/١٥١ .

..... تقرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمتها لإتباع ما تقدم وصدور القرار بالاتفاق في ١٨/شوال/١٤٣٥ هـ الموافق ١٤/٨/٢٠١٤^[١].

إن التعهد كما يثبت بالكتابة يمكن إثباته بأدلة الاثبات الأخرى، حيث يمكن إثباته بالإقرار أو بالشهادة أو باليمين مع مراعاة الأحكام العامة المتعلقة بالإثبات من حيث موانع الشهادة وجوازها والمسائل القانونية الأخرى ذات الصلة بالأدلة المقررة قانوناً، ومما قضى به القضاء العراقي إثبات التعهد باليمين الحاسمة للطرف المنكر عملاً بنص المادة (١١٨/إثبات) فقد جاء في نص القرار الصادر من محكمة استئناف التأميم بصفتها التمييزية (لدى التدقيق والمداولة تبين من وقائع الدعوى إن المدعى عليه قد تعهد بتاريخ ٣/١٢/١٩٨١ بنقل ملكية العقار موضوع الدعوى وقد ثبت ذلك للمحكمة بنكول المدعى عليه عن أداء اليمين الموجه إليه بطلب من المدعي وفق الصيغة المحررة ضبطاً)^[٢].

إن دعوى التملك تقام على ورثة البائع عند وفاته، وفي مثل هذه الحالة يكلف المدعي أيضاً بإثبات صدور البيع من خصمه فإذا ما عجز عن الاثبات له أن يوجه يمين عدم العلم وهذا ما قضت به محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية: (..... إن محكمة البداية استعانت بخبراء الأدلة الجنائية لإجراء المضاهاة على بصمة الإبهام المنسوبة لمورثة المدعى عليهم في مقابلة البيع الخارجية وتبين بأن بصمة الإبهام لا تحتوي على ميزات واضحة وكافية لبيان عائديتها لمورثة المدعى عليهم من عدمه وعجز المدعي عن إثبات البيع ومنحته المحكمة حق توجيه عدم العلم وفق أحكام المادة (١١٧/إثبات) ورفض المدعي (المميز) توجيهها فيكون خسر ما توجهت به اليمين وتكون دعواه واجبة الرد تأسيساً على ما تقدم، قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية)^[٣].

إن دعوى تملك يكون مصيرها الرد عندما يعجز المدعي عن إثبات حصول البيع وتعهد المدعى عليه بنقل ملكية السهام العائدة له في العقار موضوع الدعوى، وإن المحكمة عند نظرها مثل هذه الدعاوى تطبق الأحكام الواردة في قانون الاثبات آخذةً بالاعتبار إن التعهد ينبغي أن يكون إثباته بالكتابة إذا كانت قيمته لا تسمح بإثباته بغير هذا الدليل، وقد يثبت التعهد بالشهادة أو بالإقرار أو بالأدلة الأخرى ضمن دائرة أحكام قانون الاثبات.

١- رقم القرار ٣٩٠/ت/حقوقية/٢٠١٤ في ١٤/٨/٢٠١٤، رحيم العتابي/ التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/ مصدر سابق/ص١٥٣.

٢- رقم القرار ١٣٢/تمييزية/١٩٨١ في ١٤/٣/١٩٨١، مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الأول سنة ١٩٨١/ص٩٧.

٣- رقم القرار ١٦٧/ت/حقوقية/٢٠١٧ في ٢٨/١٢/٢٠١٧، رحيم العتابي/ التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/ مصدر سابق/ص١٢٧.

التعهد بنقل ملكية العقار

مما تقدم يتبين لنا إن المشرع لم يشترط إثبات التعهد بالكتابة وأنه لو أراد ذلك لنص عليه صراحةً ضمن منطوق القرار رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بإرادته كانت مغايرة لهذا التوجه وبناء على ذلك تطبق الأحكام الواردة في قانون الاثبات، ومما يؤكد ذلك إن المشرع عندما عرض شروط طلب سبب التملك وضع مانعاً لعدم وجود معارضة تحريرية من قبل المتعهد ولم يأخذ بأن تكون المعارضة شفوية، وهذا يعزز التوجه الذي عرضناه من كون إثبات التعهد يتم بطرق الاثبات كافة المقررة قانوناً، فلو أراد الاثبات بالكتابة حصراً لنص على ذلك .

إن وجود التعهد هو شرط أساسي لإقامة دعوى التملك فبدونه يكون مصير الدعوى الرد وهذا ما قضت به محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية: (..... لدى عطف النظر على الحكم المميز المؤرخ ١٧/٥/٢٠١٥ وجد إنه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها حيث تأيد من وقائع الدعوى وأدلتها الثبوتية بأنه لا يوجد ما يشير إلى تعهد المدعى عليها/ المميز عليها ببيع نصف سهامها في العقار المرقم ٥/٢١٦٣/مقاطعة ١٨/العامرية إلى شقيقها المدعي/المميز حسب ما جاء بادعائه، وإنما هناك واقعة مديونية بينهما لذا فإن شروط تطبيق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل غير متوافرة في الدعوى وإن ادعاء المدعي يشكل موضوعاً لدعوى أخرى على فرض صحته، قرر تصديق الحكم ورد الطعن التمييزي و صدر القرار بالاتفاق في ٨/رمضان/١٤٣٦ هـ الموافق ٢٥/٦/٢٠١٥) [١] .

ثانياً- محل التعهد (العقار أو حق التصرف فيه)

إن الأموال يمكن تقسيمها^[٢] إلى مال عقار ومال منقول، وإن المادة (١/٦٢) من القانون المدني أوردت تعريفاً للعقار فنصت: (١- العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية) .

فطبيعة الشيء هي أساس التصنيف إلى مال عقار أو مال منقول، ذلك لأن العقار وبحكم

١- رقم القرار ٣٤٤/ت/حقوقية/٢٠١٥ في ٢٥/٦/٢٠١٥، رحيم العتابي/ التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/ مصدر سابق/ص ١٧١-١٧٢ .

٢- المال هو كل حق له قيمة مادية (٦٥) مدني، وهذا التعريف هو الذي عليه الفقه أيضاً، حيث ورد بتعريف المال بأنه كل شيء يمكن أن ترتب للإنسان عليه حقوق ذات قيمة مالية، راجع محمد كامل مرسي/الأموال/الطبعة ٢/القاهرة/ص ٥، السنهوري/الوسيط/حق الملكية/مجلد ٨/ص ٩ .

وقد ميز المشرع العراقي في القانون المدني بين المال والثيء، فالمال هو الحق ذو القيمة المالية، أي المادية سواء كان حقاً عينياً أم حقاً شخصياً أم حقاً من الحقوق الأدبية أو الفنية أو الصناعية، أما الشيء هو محل ذلك الحق سواء كان مادي أو غير مادي فالدار تعتبر شيئاً وحق الملكية المتلبس بها هو المال، راجع : سعيد مبارك/شرح القانون المدني العراقي/ الحقوق العينية الأصلية/ دار الحرية للطباعة/بغداد ١٩٧٣ .

طبيعته المادية، أي حسب تكوينه، له استقرار وثبات بحيث لا يمكن تحويله من موضع إلى موضع آخر ولا يمكن نقله إلى مكان غير مكانه الذي كان فيه دون حصول تلف أو ضرر، ويتبين إن التمييز بين المال للعقار والمال المنقول يعتمد على صفة الاستقرار الدائمة وهذه الصفة تتحقق في المال إذا كان له قرار في الأرض وإن كان معد لفترة زمنية مؤقتة كالدور والأبنية الأخرى، لهذا فإن المباني التي ليس لها عمقاً وقراراً في الأرض لا يمكن اعتبارها مال عقار، ومثال ذلك الخيام والأكشاك المصنوعة من الخشب أو مادة السندويج بنل (bbc) أو أي مادة أخرى .

ومن خلال تعريفنا للعقار يتبين لنا ما هو المنقول والذي عرفته المادة (٢/٦٢) من القانون المدني: (المنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة) .

إن صفة الاستقرار والثبات الدائمة والتي من خلالها يصنف المال إلى مال عقار أو مال منقول هي صفة نسبية لكونها قابلة للتغيير، ولو في مجال محدود، نتيجة للتطور العلمي، ومثال ذلك الأشجار والنخيل في السابق لا يمكن تحويلها من مكان إلى آخر بدون تلف فإذا ما تم قلعها تصبح أخشاب، وهي بهذا الوصف وبذلك الفترة الزمنية يمكن أن نعتبرها عقار ولكن اختراع المكائن الحديثة أصبح بإمكان نقل الأشجار مع جذورها دون حصول التلف في مثل هذا الحال يمكن تصنيفها على أنها مال منقول، ولكن يبقى المعيار الذي اشرنا إليه، أي الاستقرار وعدم التعرض للتلف، هو المعيار المعتمد في تحديد نوع المال .

وإن للعقار أصناف كثيرة منها الدار، والدار هو المكان المخصص للسكن ويشمل الأرض وما عليها من بناء وفق ما هو متعارف عليه لذلك عندما نطلق لفظة الدار نعني بها محل السكن، وقد أشارت محكمة التمييز إلى ذلك حيث قضت: (إذا كان المبيع في سند البيع الخارجي داراً وإن السند لم يفرد المنشآت في البيع، فيكون البيع قد شمل الأرض والبناء نظراً لأن كلمة الدار باللفظة المطلقة تعني الأرض والبناء، وإن البائع لا يستحق بدل البيع بسبب بطلان عقد البيع لعدم تمام الشكلية المقررة لها في القانون)^(١)، فالعقارات ليست صنفاً واحداً بل أصناف مختلفة حسب الغرض منها فمنها عقارات مخصصة للسكن كالدور والفنادق وأخرى للزراعة كالأراضي الزراعية والبساتين وهناك عقارات أخرى لإغراض تجارية أو صناعية، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن، هل هذه الأنواع بجملتها تطبق عليها أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل ؟

إن منطوق نص القرار المشار إليه لم يُقيد تطبيق أحكامه بالعقارات المخصصة للسكن أو

١- رقم القرار ٦٨٧ مدنية منقول ١٩٨٤-١٩٨٥ في ٢١/٥/١٩٨٥، إبراهيم المشاهدي/المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز/القسم المدني/مطبعة الجاحظ /بغداد

التعهد بنقل ملكية العقار

للزراعة بل جاء مطلقاً، على الرغم من إن لها الأولوية في حالات التطبيق لكونها أكثر العقارات عدداً وتعاملاً، وهذا يعني إن الأنواع الأخرى من العقارات التجارية أو الصناعية تكون مشمولة في أحكام تطبيق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل إلا إذا وجد مانع قانوني يُحتم خلاف ذلك، وهذا ما توجه إليه القضاء حيث قضت محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية: (..... تبين إن المحكمة ردت الدعوى لحجة إن القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل يسري على العقارات السكنية والزراعية فقط وإن العقارات الصناعية والتجارية غير مشمولة بأحكامه، ووجهت النظر هذه غير صحيحة ومخالفة لأحكام القانون ذلك لأن القرار المذكور لم يتضمن نصاً يقضي سريان أحكامه على العقارات السكنية والزراعية من دون العقارات الأخرى وإن ما جاء به النص مطلقاً بنقل ملكية العقار أو حق التصرف فيه والمطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقيد بنص أو بالاتفاق مما كان مقتضى بالمحكمة النظر بدعوى المدعي من الناحية الموضوعية والتحقق من توافر شروط القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الاضبارة إلى محكمتها لإتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠/ رمضان/ ١٤٣٦ هـ الموافق ٢٠١٥/٧/٧ م) [١] .

أما حق التصرف فهو من الحقوق العينية الأصلية م (٦٨) مدني، وأحكام هذا الحق نظمت من ضمن (الحقوق المتفرعة عن حق الملكية)، وهذا الحق مرتبط بالأراضي الأميرية المفوضة بالطابو وهي أراضي تعود رقبته للدولة ومصنفة إلى أنواع ثلاثة^[٢]، وإن هذا النوع من الأراضي وإن كانت ملكيتها تعود للدولة ولكن حق التصرف في بعض أنواعها يمكن أن يفوض للأشخاص ولكن ببدل سمي بالطابو^[٣] .

١- رقم القرار ٣٦٨/حقوقية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٧/٧، رحيم العنابي/التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/ص٨٣ .

٢- بنص ما جاء بالمادة من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١: (الأراضي الأميرية هي التي تعود رقبته للدولة وتكون على ثلاثة أنواع :

أ- الأراضي الأميرية الصرفة هي التي تعود رقبته وجميع حقوقها إلى الدولة .

ب- الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو هي الأراضي التي فوض حق التصرف فيها إلى الأشخاص وفق أحكام القوانين، وتعتبر الأراضي الموقوفة وفقاً غير صحيح التي يقتصر وقفها على الرسوم أو الأعشار أو كليهما بحكم الأراضي الأميرية المفوضة بالطابو .

ج- الأراضي الأميرية الممنوحة باللزمة هي الأراضي التي منح حق التصرف فيها إلى الأشخاص حسب أحكام قانوني التسوية واللزمة.

٣- الطابو كلمة تركية أو فارسية معناها سند التفويض للتصرف بالأراضي الأميرية، وهي أجرة كتابة السند، ولهذا سمي السند باسمها (سند الطابو)، علي الحيدر/شرح قانون الأراضي/طبعة قديمة/ص٣٦، نقلاً عن مصطفى مجيد/شرح قانون التسجيل العقاري/الجزء الأول/ص٢٣ .

إن هذا الحق يخول الشخص حق الانتفاع بالأرض الممنوحة له وكذلك له الحق أيضاً بإجراء جميع التصرفات القانونية الجائزة بما في ذلك الحق في البيع، وهذا الحق ينتقل إلى الورثة بعد الوفاة ويطلق عليهم أصحاب حق الانتقال، وفي كل الأحوال، تبقى الأرض رقبته مملوكة للدولة لهذا يلاحظ في سندات التسجيل العقاري لمثل هذا النوع من الأراضي يكتب في حق المالك عبارة (مملوكة للدولة) وحق التصرف بها إلى الأشخاص (يذكر أسمائهم) .

بداية نشوء هذا الحق كانت عن علاقة إيجار بين مالكة الأرض وهي الدولة وبين من خول الانتفاع بها مقابل بدل نقدي يسمى الخراج (الخراج) واستمر الحال إلى أن وصل الحكم إلى الدولة العثمانية التي عملت على تركيز هذا الحق من أجل الحصول على موارد اقتصادية من خزنتها فأجازت انتقال هذا الحق عن طريق الإرث إلى ورثة المتصرف في طريقة قانونية سميت بـ (الانتقال)، ومن ذلك الحين أصبحت في دائرة التسجيل العقاري نوعين من الأراضي، الأراضي المملوكة ملكاً صرفاً للأشخاص وهؤلاء يمتلكون الأرض وحق الانتفاع بها ولهم القيام بجميع تصرفات المالك، أما النوع الثاني هي الأراضي المفوضة بالطابو وهي المخول أصحابها حق التصرف بها والانتفاع بالرقبة، أي الأرض، التي تبقى مملوكة للدولة، ولكن حق التصرف ينتقل للورثة باعتباره حقاً قانونياً خالصاً، وقد أصبح حق التصرف تبعاً لذلك مثل حق الملكية وهو من الحقوق العينية الأصلية^[١].

إن العقار قد لا يكون مملوكاً لشخص واحد، بل مملوكاً على الشيوع لعدة أشخاص ففي مثل هذا الفرض إذا باع أحد الشركاء حصته في هذا المال فإن المشتري تنتقل إليه هذه الحصص متى ما توفر سبباً صحيحاً للتمليك حتى وإن ذكر في مسودة التعهد بيع مساحة من هذا المال حيث يصار بعدها إلى معرفة ما يعادلها من الحصص وبذلك قضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية: (..... لدى عطف النظر على القرار المميز وجد إنه صحيح وموافق للقانون إذ ثبت للمحكمة توافر شروط التمليك بموجب القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل لإقرار المدعى عليه بمقاولة البيع التي استند إليها المدعي لإثبات دعواه والمتضمنة بيعه خمسة دونم للمدعى عليه، وللتحقيقات التي أجرتها المحكمة والتي تؤكد من خلالها أحداث المدعي لغراس في القطعة موضوع الدعوى، أما إدعاء المدعى عليه بأن الجزء المقصود للبيع ليس هو الجزء الذي يقصده المدعي إنما هو جزء ثاني في نفس القطعة فهو دفع مردود لأن ملكية القطعة موضوع الدعوى هي ملكية شائعة وإن الملاك المشتاعين يملكون في كل ذرة من ذرات المال وإن الحكم بالتمليك في مثل هذه الأحوال إنما يقع على السهام المباعة من قبل المدعى عليهم والمقدرة بالتعهد ولا يقع على مساحة بعينها من العقار الشائع وحيث

١- نظم المشرع في القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠٠ لسنة ١٩٥١ في الباب الثاني منه (الحقوق المتفرعة عن حق الملكية) وفي الفصل الأول وفي الفرع الثاني منه حق التصرف وفي المواد (١١٦٩ وما بعدها) .

التعهد بنقل ملكية العقار

إن المحكمة التزمت الوجهة القانونية المبسوطة وانتخبت خبيراً لتقدير ما يعادل من المساحة المباعة من سهام القطعة وحكمت بالتملك عن ضوء ما تقدم لذا يكون حكمها صحيحاً قرر تصديقه ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق وفقاً لأحكام القرار ١٩٩٨/ ثانياً لسنة ١٩٧٧ المعدل في ٢٩/ربيع الأول/١٣٥٤ هـ الموافق ٢٠١٤/١/٣٠ [١].

من ذلك يتبين إن العقار أو حق التصرف كما يملك بكامله فمن الممكن أن يقع التملك على سهام شائعة فيه فلا يوجد مانع قانوني يحول دون ذلك ما دامت شروط التملك متوافرة في الطلب المقدم إلى المحكمة، وهذا هو توجه القضاء، ومما قضت به محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد إنه غير صحيح حيث إن أحكام قرار مجلس قيادة الثورة الرقم ١١٩٨ الصادر بتاريخ ١١/٢/١٩٧٧ لم تستثن التعهدات بنقل ملكية السهام المشاع في العقارات بل جاءت أحكامه مطلقة، لذلك كان على المحكمة المضي في رؤية الدعوى والتحقق عن السبب الذي يستند إليه المدعي بطلب تملكه العقار استناداً لأحكام البند (أولاً/ب) منه، ومن ثم إصدار القرار على ضوء ما يترأى لها بالنتيجة، عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما ذكر أعلاه على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٩/٩/١٩٨٠ [٢].

ثالثاً- تحقق حالة السكن أو البناء والمنشآت أو زرع المغروسات

إن المتعهد له / المشتري عندما يتوجه نحو القضاء وبطالب بتمليكه العقار محل التعهد لا بد من أن تتحقق لديه واحدة أو أكثر من الحالات الثلاث الآتية :

الحالة الأولى : السكن

السكن يعني إشغال العقار محل البيع والأنتفاع به والتصرف به تصرف المالك من حيث استخدامه وبدون أي معارضة تحريرية من البائع، وقد أوضحت محكمة استئناف التأميم بصفتها التمييزية المقصود من السكن الذي بموجبه ترفع دعوى تملك العقار فقضت: (يقصد من سكن العقار المبيع خارج دائرة التسجيل العقاري بدون معارضة تحريرية من المتعهد، الوارد في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١١٩٨ والمؤرخ في ١١/٢/١٩٧٧ التصرف بالعقار المذكور [٣].

إن زهاب المشرع إلى اشتراط توافر السكن ذلك لأنه من الضروريات الأساسية التي لها دخل

١- حيدر عودة كاظم/المختار من قضاء محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص٦١ .

٢- رقم القرار ٢٣٩٢/حقوقية/١٩٨٠ في ٢٩/٩/١٩٨٠، مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الثالث/س١١/سنة ١٩٨٠/ص٩٦ .

٣- رقم القرار ١٢٩/تمييزية/١٩٧٨ /مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الثالث /سنة ١٩٧٨/ص٢٠٩ .

مباشر في حياة الأفراد، فالإنسان لا بد له من مكان يسكن فيه ويختلف إليه طلباً للراحة بعد عناء العمل وجلب الرزق، وهو بهذا الوصف لا يحتاج إلى كثير البيان لأن معناه مفهوم .

إن واقعة السكن تتعلق بنوع معين من العقار وهي (الدار أو المنزل) باعتبار إن استخدام هذا النوع لهذا الغرض، ويترتب على ذلك إن العقار إذا كان غير مخصص لغرض السكن فلا يكون مشمولاً بدعوى التملك وفي هذا قضت محكمة التمييز :

(إذا كانت القطعة مخصصة لغير السكن وإنما لأغراض أخرى تكون وقائع الدعوى مستثناة من أحكام القرار ١١٩٨ الصادر بتاريخ ١١/٢/١٩٧٧ الذي يقتصر أحكامه على دور السكن والأراضي المعدة للسكن...)^[١]، فلا بد من مراعاة خصوصية كل نوع من أنواع العقار من حيث استخدامه العرفي .

إن المطالبة بالتملك قد ينصب على جزء من الدار وليس الدار كلها كأن تكون المطالبة بالنصف أو الجزء الذي يسكنه المشتري وفي ذلك قضت محكمة استئناف بغداد بصفقتها التمييزية بتملك المشتري نصف الدار وفي الجزء الذي يسكنه وجاء في نص القرار الآتي : (راجع الأحكام العدلية العدد ١ لسنة ١٩٧٩ ص ١٦٢) .

إن شرط السكن يجب أن يكون متحققاً عند إقامة دعوى التملك، وقد يحصل أن يكون المشتري ساكناً العقار سابقاً بصفة مستأجر أو بأي صفة قانونية أخرى، ثم أشتراه من البائع وظل مستمراً في السكن فإنقلبت صفته في الإشغال من صفة المستأجر إلى صفة المشتري للعقار في مثل هذه الحالة أيضاً يكون شرط السكن متحقق، وإن على محكمة الموضوع التحقق من ثبوت هذا الشرط وكون المشتري طالب التملك شاغلاً للعقار وذلك من خلال قيامها بالكشف والمعاينة بدلالة خبير مساح.

ولكن قد يحدث إن المتعهد له الساكن في العقار سابقاً لا يستطيع الاستمرار في السكن لعذر اضطره إلى الانتقال إلى مكان آخر، ففي مثلها الفرض ذهب القضاء في عدة أحكام صادرة عنه على اعتبار المشتري للعقار والذي كان ساكناً فيه متحقق لديه شرط السكن، ومما قضت به محكمة استئناف بغداد بصفقتها التمييزية : (لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون حيث أستند إلى العقد الابتدائي المنظم بين المميز وورثة المشتري المميز عليهم الذي باع فيه المميز الدار المشار إليها والذي أقر به وكيل المميز في الجلسة المؤرخة ١٣/٣/١٩٧٩، وإن مورثة المدعين قد سكنت الدار فعلاً لفترة من الزمن ثم انتقلت إلى قضاء (عانة) بصحبة ولدها الذي نقل بحكم وظيفته إلى القضاء المذكور وذلك ما تأيد من البيئة الشخصية التي استمعت إليها المحكمة،

١- رقم القرار ١٩٥٧/١٩٧٩/حقوقية/١٦/٩/١٩٧٩ /مجموعة الأحكام العدلية/العدد الثالث/س/١٠/١٩٧٩/ وزارة العدل/ص ٩ .

التعهد بنقل ملكية العقار

فعليه يكون مورثة المدعين قد سكنت الدار فعلاً ثم اضطرت إلى الانتقال بسبب نقل ولدها واستمرت على التصرف بها بإيجارها إلى الغير، وعليه يكون ذلك سبباً يبيح لورثتها المطالبة بتملك الدار استناداً للفقرة (ب) من البند (أولاً) من قرار مجلس قيادة الثورة رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وعليه وللأسباب المتقدمة قرر تصديق الحكم المميز ورد الاعتراضات التمييزية مع تحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٧٩/١٢/٥^[١]، وفي قرار آخر قضت محكمة استئناف التأميم بصفقتها التمييزية: (المشتري العقار خارج دائرة التسجيل العقاري أن يطالب ورثة البائع بتسجيل العقار بأسمه إذا كان قد سكن فيه، ولو أجره بعد ذلك للغير بسبب انتقاله إلى مدينة أخرى وسجل الورثة العقار بأسمائهم في الدائرة المختصة)^[٢].

إن البيع الخارجي إذا كان قد حصل لصالح أكثر من شخص واحد وسكن بعضهم الدار، موضوع التعهد، دون البعض الآخر فهذا السكن يكفي سبباً للتملك وهذا ما قضت به محكمة استئناف نينوى بصفقتها التمييزية: (إن سكنى بعض المشتريين في الدار المباعة خارج دائرة التسجيل العقاري يكفي سبباً لمطالبة المشتريين جميعهم بتمليكهم السهام المباعة لهم من قبل مورث المدعى عليهم وتشعر المحكمة دائرة التسجيل العقاري لتسجيل السهام المباعة بأسم المشتريين دون أن تلزم المدعى عليهم بالحضور في الدائرة للتقرير نظراً لقبض مورثهم بدل البيع^[٣]، ومن هذه الأحكام يمكن القول إن هناك سكن حقيقي وسكن حكمي، فمن يسكن الدار موضوع الدعوى بنفسه وبشكل مباشر دون أن يعترض صاحب العلاقة، فهذا السكن هو سكن حقيقي، وفي حالات أخرى قد يكون السكن حكماً أي إن هناك طرفاً آخر يسكن الدار ولكن بأذن وبموافقة المتعهد له / المشتري سواء كان هذا الإشغال ببديل كالمستأجر أو بغير بدل بإباحة أو موافقة، فهذا هو السكن الحكمي، وهذا ما يحصل عندما يكون الساكن أحد أقرباء المتعهد، في مثل هذا الفرض ذهب القضاء إلى اعتبار شرط السكن متحقق في طلب التمليك والحقيقية إن هذا التوجه يتلاءم مع الواقع، ويحقق العدالة، وهذا ما أوضحناه سابقاً، و ما قضت به محكمة استئناف بابل بصفقتها التمييزية وجاء في نص القرار: (إن شرط السكن الذي تطلبه تطبيق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل متوافر في دعوى المدعين لأن السكن إما أن يكون حقيقةً أو حكماً وإن منح الإذن الموافقة من قبل المدعية لشقيقتها بالسكن

١- رقم القرار ٢٥٠٢/حقوقية/١٩٧٩ في ١٩٧٩/١٢/٥ / مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الرابع/ لسنة ١٩٧٩/ص١١٦ .

٢- رقم القرار ٧٧/تمييزية/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٨/٢٩، مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الثالث/لسنة ١٩٧٩/ص١٠٧ .

٣- رقم القرار ٢٨/ت/ب/١٩٧٩ في ١٩٧٩/٨/٨، مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الثالث/لسنة ١٩٧٩/ص١٠٦ .

المقترن بعدم معارضة المدعى عليه (البائع) دليل دامغ على السلطة العينية للمدعية على العقار باعتبارها مالكة وان تسكنه حكماً بالواسطة^[١].

الحالة الثانية : إحدات بناء ومنشآت

أعتبر المشرع في القرار قم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ قيام المشتري بالبناء في العقار موضوع البيع سبباً صحيحاً للمطالبة بالتمليك والعدة في ذلك مراعاةً لما قام به المشتري من بذل أموال أثناء أحداث البناء والمنشآت الجديدة، وما بذله من جهد وما استغرقه من وقت .

ولكن ما هو البناء وما هي الإنشاءات التي يمكن اعتمادها سبباً للتمليك ؟

الإجابة على هذا السؤال متروك لمحكمة الموضوع بموجب الصلاحية التي تمتلكها تقدر عما إذا كان البناء أو المنشآت المحدثه ترتقي لتكون سبباً لطلب التمليك من عدمه، فمثلاً لا يمكن اعتبار صبغ الدار أو استبدال الأبواب أو تصليح السياج الخارجي من أعمال البناء التي تستوجب التمليك لكونها تعتبر أعمال ثانوية، وهذا ما قضت به محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية: (..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد إنه صحيح وموافق لأحكام القانون وذلك لعدم توافر الشروط الموضوعية التي تطلبها القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل في دعوى المدعي، حيث لم تقم الميزة بالسكن في العقار موضوع الدعوى كما إنها لم تحدث أي مشيدات أو أبنية في العقار وإن قيامها بتبديل أبواب وصبغ العقار لا يعتبر من قبيل المشيدات التي قصدتها المشرع في القرار ١٩٩٨ لسنة ١٩٧٧ لغرض التمليك، لذا قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل الميزة رسم التمييز وصدور القرار بالاتفاق وفق أحكام المادة ٢/٢١٠ من قانون أحكام المرافعات المدني في ٢٧/ذي الحجة/١٤٣٣هـ الموافق ١٢/تشرين الثاني/٢٠١٢ م)^[٢].

إن تقدير عما إذا كان البناء المحدث يصلح سبباً لإجابة دعوى التمليك يخضع لتقدير محكمة الموضوع، فهي صاحبة الصلاحية لتقييم الحالة التي شاهدها أثناء الكشف والمعاينة، لهذا فإنه في حالات قد يقوم المدعي / المشتري بالقيام بإنشاءات في نظر المحكمة غير كافية لتحقيق السبب، وفي هذا السياق قضت محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية: (.....إن المحدثات الذي يستند إليه المدعي في دعواه عبارة عن بناء لحد البتلو بمساحة ٢٠ متر مربع حسب ما تبين خلال الكشف الجاري من قبل المحكمة وتقرير الخبير المنتخب وإن هذه المحدثات بالوصف المذكور لا يمكن أن

١- رقم القرار ٩٨/ت/حقوقية/٢٠١٣ في ١٥/٤/٢٠١٣، حيدر عودة كاظم/المختار من قضاء محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص ٣٥ .

٢- رقم القرار ٣٤٨/ت/حقوقية/٢٠١٢ في ١٢/تشرين الثاني/٢٠١٢، حيدر عودة كاظم/المختار من قضاء محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص ٥٠ .

التعهد بنقل ملكية العقار

تكون سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار على وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣، عليه قرر تصديق القرار المميز ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة (٢/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية في ١٩/ربيع الثاني /١٤٣٩هـ الموافق ٢٠١٨/١/٧^[١].

أما إذا قام المشتري ببناء غرفة أو أكثر أو قام بترميم شامل للدار أو أي عمل آخر يدخل ضمن هذا العنوان أي، البناء والإنشاءات، ففي مثل هذا الفرض يمكن للمحكمة أن تعتبر ما قام به سبباً للتمليك، وفي خلاف ذلك يكون سبب التملك غير قائم وترد الدعوى المقامة بهذا الخصوص وفي هذا السياق قضت محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية :

(إن الثابت من محضر المعاينة وتقرير المهندس الفنية إن العقار عبارة عن خربة وإن المدعية لم تسكن العقار ولم تحدث فيه أبنية أو منشآت بعد شرائها العقار بموجب مقاوله البيع الخارجية المؤرخة في ٢٠١٠/١/٢، وبالتالي فإن شروط القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل غير متحققة في دعوى المدعية)^[٢].

وجاء في قرار آخر بأن المحكمة لم تذكر تفاصيل البناء والمنشآت المشيدة على العقار بما كان سبباً للنقض حيث قضت محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية بأن:(الثابت من محضر المعاينة التي أجرته المحكمة على العقار بمعرفة الخبراء المهندسين الثلاثة بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٠ ذكرت فيه بأن العقار مع عقارين آخرين منشأ عليهم فندق وادي العقيق ومؤلف من أربع طوابق إضافة إلى الطابق الأرضي وسرداب والطابق الأول يحتوي على عشرين غرفة دون أن تذكر تفاصيل المنشآت أو ماهيتها والتي يُستند إليه في طلب التملك والتي تمثل المحور والسبب الصحيح لإيجابه الطلب، كما إن تقرير الخبراء المهندسين الثلاثة المؤرخ ٢٣/١١/٢٠١٤ جاء هو الآخر مبهماً، ولم يذكروا فيه تفاصيل المنشآت أو ماهيتها، كما إن ملحق تقريرهم المؤرخ في ١٠/٣/٢٠١٥ جاء مبنياً على توقعهم هم وليس وفقاً لشروط الخبرة الهندسية مما لا يصح معهم قانوناً اعتبار تقريرهم سبباً للحكم، فكان على المحكمة إجراء الكشف المفصل على العقار وبمعرفة خبراء مهندسين من ذوي الاختصاص والخبرة في أعمال الهندسة المدنية، وحيث إن المحكمة لم تراعى كل ما تقدم، تقدم مما إنعكس على صحة قرارها المميز، عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير

١- رقم القرار ٢/ت/حقوقية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١/٧، رحيم العتايبي/التمليك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مكتبة القانون المقارن/الطبعة الأولى/٢٠٢١/ص٧٤.

٢- رقم القرار ٨٠/ت/حقوقية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٤/٢٨، نقلًا عن جبار جعفر الفاضلي/المختار من قضاء محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص٥١.

فيها وفقاً لما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق بتاريخ ١٦/ذي الحجة/١٤٣٦هـ الموافق ٣٠/٩/٢٠١٥م [١].

الحالة الثالثة : المغروسات

إن أحداث المغروسات يخص نوع من العقارات وهي البساتين والأراضي الزراعية، وقد اعتبر المشرع قيام المتعهد بواقعة الغرس سبباً لقبول دعواه في طلب التملك، إلا إن هذا الأمر يبقى غير منضبط ويترك تقديره للمحكمة وصلاحتها وفق ما تراه عند إجراء الكشف الموقعي، فهناك بعض الوقائع لا يمكن اعتبارها من المغروسات من ذلك زراعة شتلات الزينة، وهذا ما ذهب إليه محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية التي عرض عليها الحكم الصادر عن محكمة بداءة الكفل والذي قضى برد دعوى المدعي وجاء في منطوق القرار إذا كان جنس العقار بستان فإن المغروسات البالغ عددها عشرة وهي عبارة عن شتلات زينة والتي قام بها المدعي لا ترتقي إلى مفهوم المغروسات المنصوص عليها في القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل في القرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ وبالتالي فإن طلب التمديد غير وارد قانوناً [٢].

يستفاد مما تقدم بيانه إن غرس المغروسات الذي يعتبر سبباً في التملك هو أحداث يقوم به المشتري على الأرض الزراعية موضوع الاتفاق بينه وبين البائع، وهذا السبب ينبغي على المحكمة أن تتحراه من وقائع الدعوى فإذا وجدت إن المشتري لم يحدث أي مغروسات أو إن المغروسات التي يدعيها لا ترتقي إلى مفهوم أو اصطلاح هذه الكلمة فينبغي أن ترد دعواه، وهذا ما قضت به محكمة استئناف النجف في إحدى قراراتها التي جاء فيها: (إن الثابت من استمارة صورة السجل العقاري للعقار موضوع الدعوى إن جنس العقار بستان وأشجارها محدثة قبل النشر وإن القطعة مملوكة للدولة وإن المدعى عليه يملك حق التصرف وبالتالي فإن شروط تملك هذا الحق، هو أحداث المتعهد له مغروسات أو منشآت، تتلائم وطبيعة هذا الحق، وحيث إن المدعي لم يحدث ذلك الأمر الذي تكون معشروط القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل في القرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ غير متحققة في دعوى المدعي [٣].

لكن في قرار آخر لمحكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية صدقت فيه قرار محكمة بداءة

١- رقم القرار ١٩٠/ت/حقوقية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٣٠٩، نقلًا عن جبار جعفر الفاضلي/المختار من قضاء محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص ٧٤.

٢- رقم القرار ٤٥/ت/حقوقية/٢٠٢١ في ٢٠٢١/٣/٩. نقلًا عن حيدر عودة كاظم /مجموعة الأحكام القضائية/العدد ٩/لسنة ٢٠٢١/ص ٣٣٧.

٣- رقم القرار ٥٧/ت/حقوقية/٢٠١٥ في ٢٠١٥/٣/٢٢، نقلًا عن جبار جعفر الفاضلي/المختار من قضاء محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص ٤٧.

التعهد بنقل ملكية العقار

المنازرة الذي بموجبه ملكة المدعي السهام التي اشتراها من القطعة المرقمة ٥٢/مقاطعة ١٠/ المحجر بموجب عقد بيع خارج مؤرخ في ١٠/٥/٢٠١٢ بمبلغ خمسة ملايين دينار مقبوض نقداً لتوافر السبب وجاء في منطوق القرار التمييزي: (إن الثابت في محضر الكشف الذي أجرته محكمة الموضوع على القطعة ومن البينة الشخصية المستمعة موقعياً وتقرير الخبير الفني المختص بأن المدعي قام بغرس أشجار النخيل والسدر وأعمارها كان ذلك بعد تاريخ عقد البيع المؤرخ ١٠/٥/٢٠١٢ حسب تقرير الخبير الزراعي)[١].

إن هذه الحالات الثلاث سكن العقار أو أحداث بناء ومنشآت أو زرع المغروسات هي وقائع مادية ينبغي على محكمة البداية المختصة في نظر دعوى تملك العقار أن تتحقق من توافرها وتتأكد من صحتها لكي تكون سبباً صحيحاً لإجابة دعوى المدعي، كما ينبغي على المحكمة أن تتحقق من كون هذا البناء والمحدثات الجديدة قد تم أحداثها بعد حصول الاتفاق وتحرير التعهد وليس قبل هذا التاريخ، وفي خلاف ذلك يعتبر الشرط القانوني لطلب التملك غير قائم والدعوى المقامة واجبة الرد لهذا السبب، وهذا ما قضت به محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية: (.....) وجد بأنه صحيح وموافق للقانون ذلك إن المحكمة أجرت تحقيقاتها المقتضية في الدعوى وتبين عدم توافر شروط التملك وفق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٢، إذ إن القرار المذكور يشترط أن يكون المتعهد له بنقل حق التصرف في العقار ليكون سبباً صحيحاً للتملك إحداهن أبنية ومنشآت أخرى أو مغروسات ويجب أن تكون تلك المحدثات قد تم إحداثها بعد إبرام عقد البيع وحيث لم يثبت قيام المدعي بذلك إذ إنه أقر ببناء الدار قبل خمس سنوات، وإن البيع حصل عام ٢٠١٤، ولم تكن هناك أي مغروسات محدثة عليه، عليه قرر تصديق القرار المميز ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق استناداً لأحكام المادة (٢/٢١٠) من قانون المرافعات المدنية في ١١/جمادي الآخرة /١٤٣٩هـ الموافق ٢٨/٢/٢٠١٨)[٢].

إن تملك العقار يتطلب أن تكون الأبنية والمحدثات التي يقوم بها المتعهد له تتلاءم مع طبيعة طبيعة العقار ونوعه، فإذا كان بينهما خلاف فإن سبب التملك لا ينهض ولا يمكن الاعتماد على هذه الأبنية والمحدثات لإقامة دعوى تملك، ومما ذهب إليه القضاء في هذه المسألة ما قضت به محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية في قرار لها: (.....) وجد بأنه صحيح وموافق للقانون

١- رقم القرار ٧٤/ت/حقوقية/٢٠١٥ في ١٦/٤/٢٠١٥، نقلًا عن جبار جعفر أفاضلي/المختار من قضاء محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص ٤٩.

٢- رقم القرار ٤٠/ت/حقوقية/٢٠١٨ في ٢٨/٢/٢٠١٨، رحيم العتابي/التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/ص ٨٨.

من حيث النتيجة ذلك إن البيع انصب على قطعة ارض زراعية مشيد عليها محل تجاري متخذ لبيع الدجاج وإن المدعي (المميز) يدعي بأنه قام بأحداث بعض الترميمات عليه واستغلاله وحيث إن القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار ١٤٢٦ لسنة ١٩٨٣ اشترط سكن العقار أو أحداث الأبنية أو المغروسات ليكون سبباً صحيحاً لتملك العقار أو حق التصرف فيه فلا بد أن تكون تلك الأبنية أو المحدثات التي يقوم بها المتعهد له متفكّة مع طبيعة العقار المباع الذي هو ارض زراعية ، لذا فإن أحكام القرار المذكور لا تنطبق على دعوى المدعي، وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بقرارها بالعدد ١٥٦/ت/حقوقية ٢٠١٧ في ٢١/١١/٢٠١٧، فتكون دعوى المدعي واجبة الرد للسبب المذكور وحيث إن محكمة البداية قد ردت الدعوى لسبب آخر ويكون قرارها صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة، قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية^[١] .

ولا بد من الإشارة إن السكن والبناء وزرع المغروسات كلها وقائع مادية لا يمكن أن يقوم بها الشخص إلا بعد أن يتمكن من المال العقار ويكون تحت سيطرته مع القدرة على القيام بجميع التصرفات عليه، وهذا يكون من خلال تسليم العقار إلى المشتري بإرادة البائع واختياره لتكون الحيازة صحيحة، (فإذا كان المشتري قد سكن الدار دون علم البائع أو أحدث بناء فيه أو زرع مغروسات فلا يمكن اعتبار كل ذلك أو بعض منه سبباً قانونياً بدعوى تملك باعتبار إن التسليم غير صحيح^[٢]، وإلى هذا المعنى أشار قرار محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية: (ليس للمدعي أي سلطة فعلية للعقار للظهور بمظهر المالك إذا لم يحدث أي مغروسات أو مشيدات لتكون سبباً للملك)^[٣] .

إن السبب الصحيح للمطالبة بتملك العقار وفق ما اشترطه القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧، لا بد أن تتحقق واقعة السكن أو واقعة البناء أو واقعة الغراس، فوجود أي واحدة منها ينهض سبباً صحيحاً لتطبيق حكم الفقرة (أولاً/ب) من القرار المذكور، ولعل السبب الذي دفع المشرع إلى اختيار هذا الشرط كون هذه الوقائع الثلاثة تُظهر المشتري بمظهر المالك للعقار وله سلطة عينية تمكنه من

١- رقم القرار ٣٥/ت/حقوقية/٢٠١٨ في ١١/٢/٢٠١٨، رحيم العتابي/التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مكتبة القانون المقارن/الطبعة الأولى/٢٠٢١/ص٧٦-٧٧ .

٢- إن التسليم يختلف عن التسجيل، فالتسجيل يعني به إجراء لدى دائرة التسجيل العقاري يُثبت من خلاله واقعة البيع وتنتقل بموجبه ملكية العقار من البائع إلى المشتري، وهو ركن في عقد بيع العقار ينبغي استيفائه، فإذا ما سجل العقار ترتب في ذمة البائع التزام آخر وهو تسليم العقار إذا لم يكن قد سلمه سابقاً، لهذا لا يعتبر المشتري مستلماً للعقار بمجرد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لأنه بالتسجيل يتم البيع ولكن لا يتم التسليم، وبعبارة أكثر وضوح إن التسجيل لا يغني عن التسليم كما إن التسليم لا يغني عن التسجيل .

٣- رقم القرار ٧٢/ت/حقوقية/٢٠١٩ في ١٦/٤/٢٠١٩، رحيم العتابي/التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/ص٨٠ .

التعهد بنقل ملكية العقار

التصرف به، وإلى هذا ذهب محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية فقضت: (إن المغروسات التي يتمسك المدعي بقيامه بغرسها تمت بعد إقامة دعوى تملك وهذا غير كافي لطلب التملك إذ يقتضي أن يظهر المشتري مظهر المالك وله سلطة عينية على العقار موضوع الدعوى قبل إقامتها وليس بعدها)^[١]، كما يستشف من منطوق القرار المشار إليه إن المحكمة أخذت بالاعتبار الزمن الذي قام به المشتري بالمغروسات فسبب التملك ينبغي أن يكون متحققاً قبل إقامة الدعوى .

إن هذه الحالات الثلاث المشار إليها سابقاً (السكن - البناء والمنشآت - الغراس) التي أشرطتها القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧ المعدل في الفقرة (أولاً/ب) هي حالات حصرية أتاحتها المشرع للمشتري لكي تكون سبباً لنجاح مطلبه في تملك العقار، ويكفي أن تتحقق واحدة أو أكثر للمطالبة بالتملك، ويلاحظ إن المشرع بنص الفقرة (أولاً/ب) من القرار المشار إليه قد فسخ المجال للتنفيذ العيني للالتزام وأعطى صلاحية للقضاء بنقل ملكية العقار/المبيع جبراً على مالكة الناقل عن تنفيذ التزاماته بتسجيل العقار بأسم المشتري رضاً .

وكما بينا إن هذه الوقائع السكن والبناء والغراسية هي من الوقائع المادية لهذا يكون إثباتها من خلال قيام المحكمة بإجراء الكشف والمعاينة على العقار والاستماع إلى البيئة الشخصية موقعياً والاستعانة بخبير مساح للدلالة وخبير أو أكثر لتقديم المشورة الفنية عما تستفهم المحكمة عنه، وهذا الإجراء ضروري ومهم في مسيرة الدعوى لأنه يكشف حقيقة وجود الشرط وتحقق سبب التملك، وفي أحياناً كثيرة تكتشف المحكمة عدم تحقق أي واقعة مادية من الوقائع المشار إليها في نص القرار ١١٩٨ المعدل، ويكون ذلك من خلال معاينتها لموقع العقار وهذا الأمر يكون سبباً لرد الدعوى، ومما قضت به محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية في هذا المجال: (إن المحكمة أجرت الكشف الموقعي على العقار والمساحة محل البيع ووجدت بأنها خالية من المشيدات والبناء ويوجد فيها فسائل نخيل عدد ١٢ فقط واحدة منها مثمرة ووجود كوخ من الخشب وخلياً نحل متروكة وإن ذلك لا يعد سبباً صحيحاً يبيح للمدعي /المميز تملك السهام المباعة لعدم توافر شروط القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل قرر تصديق القرار المميز ورد اللائحة التمييزية)^[٢] .

الفرع الثالث : الإجراءات القانونية في دعوى التملك

إن صاحب الحق الذي يختار اللجوء إلى المحكمة والمطالبة بحقه عليه أن يعتمد على مجموعة

١- رقم القرار ٣٠٧/٣٠٨/ت/حقوقية/٢٠١٣ في ١٢/كانون الأول/٢٠١٣ م، حيدر عودة كاظم/المختار من قضاء محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية/الجزء الأول/مصدر سابق/ص٣٩ .

٢- رقم القرار ١٣٤/ت/حقوقية/٢٠١٧ في ١٠/٩/٢٠١٧ . رحيم العتابي/التملك وفق أحكام القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل/مصدر سابق/ص١٧٤ .

إجراءات ينبغي إتباعها للوصول إلى الحق المدعى به وهذه الإجراءات تمثل البوصلة التي نستخدمها للوصول إلى ما نريد، ومن هذا يتعين معرفة هذه الإجراءات بشكلها العام والتي تمثل أدوات منظمة للدعوى المدنية .

إن الدعوى المدنية ما هي إلا وسيلة قانونية وضعها المشرع بيد من يدعي حقاً له على آخر وهي تمر بمراحل عديدة ابتداءً من جمع الأسانيد الثبوتية ومروراً برفع الدعوى وإقامتها أمام المحكمة المختصة، فالترافع فيها إلى حين إصدار الحكم، ثم مرحلة الطعن بالأحكام .
والذي يعيننا في هذا المطلب مرحلة إعداد الدعوى وإقامتها أمام المحكمة، وهذا ما يحصل من خلال إتباع الخطوات الآتية :

أولاً- تحرير عريضة الدعوى

نصت المادة (١/٤٤) مرافعات (على المدعي أن يقيم الدعوى بعريضة) الشخص الذي يريد رفع أمره إلى القضاء للمطالبة بحقه لا بد له من حيازة السندات الرسمية أو العادية ووسائل الإثبات الأخرى كافة ليعتمدها في إثبات دعواه ثم ويسبق ذلك تحديد موضوع الدعوى، قبل أن يبدأ في كتابة الدعوى سواء كانت هذه الكتابة بنفسه أو بواسطة شخص آخر من له دراية أو معرفة قانونية أو من خلال توكيله لمحامي .
اشترط القانون بنص المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ في عريضة الدعوى احتوائها على البيانات الآتية :

١- أسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها :

وهذا يعني إن الدعوى لا يجوز إقامتها عن طريق الإدارة بل تقام أمام القضاء وهذا الاختصاص حصرياً لهذه الجهة .

٢- تاريخ تحرير العريضة :

إن هذا الشرط لا يمكن اعتباره شرطاً أساسياً على الرغم من أن المشرع قد نص عليه والعلة في ذلك هو إن الدعوى تعتبر مقامة من تاريخ دفع الرسم وتسجيلها في سجل الأساس .

٣- أسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل إقامته، فإن لم يكن للمدعى عليه محل إقامة معلوم فأخر محل إقامة كان به :

هذه الفقرة تحدد نطاق الخصومة في الدعوى، أي أطرافها، مع اشتراط وضع البيانات التعريفية المتعلقة بشخص المدعي وشخص المدعى عليه لتكون معلومة لدى المحكمة.

٤- بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ، إن على المحكمة في أول جلسات المرافعة وعند حضور أطراف الدعوى أن تطلب منهما المحل المختار لغرض التبليغ عملاً

بنص المادة (٥٨) من قانون المرافعات المدنية^[١] .

٥- بيان موضوع الدعوى، فإن كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمه وأوصافه، وإن كان عقار ذكر موقعه وحدوده أو موقعه أو تسلسله .

إن هذه الفقرة تحدد موضوع الدعوى سواء كانت متعلقة بمال منقول أو متعلقة بمال عقار مع ذكر التفاصيل كافة عن نوعية المال بما يرفع الجهالة عنهم .

٦- وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأساليبه :

لا بد من أن تحتوي عريضة الدعوى على الوقائع ولذلك أهمية في تحديد الاختصاص ابتداءً مع إتاحة الفرصة للمدعى عليه لإعداد دفوعه .

ثانياً- إقامة الدعوى :

إن المقصود بإقامة الدعوى هو رفع النزاع أمام المحكمة المختصة للنظر فيه، ويكون ذلك بطريقة مكتوبة بعريضة وفق ما نصت عليه المادة مرافعات على أن تتضمن البيانات التي سبق الإشارة إليها، وبعد ذلك تؤشر من القاضي المختص وتحال لغرض دفع الرسم القانوني الواجب دفعه عند إقامة الدعوى وتسجل في سجل الأساس .

إن العريضة تقدم بنسخ بعد المدعى عليهم وتبقى النسخة الأصلية المؤشر عليها من القاضي والمختومة بختم المحكمة في اضبارة الدعوى، أما النسخ الأخرى فترسل لغرض تبليغ الخصوم وإعلامهم بموضوع الدعوى المقامة عليهم، ويفضل أن يحتفظ المدعي بنسخه له ليتمكن من مراجعتها أثناء المرافعات الجارية أمام المحكمة .

إن إقامة الدعوى والالتجاء إلى القضاء رخصة للشخص وله مطلق الحرية في استعمالها، فهذا الأمر اختياري بالنسبة إليه كما له أن يختار الوقت الذي يرفع الدعوى وله أن يتنازل عن حقه في إقامة الدعوى ويبتعد عن الخصومة، وفي كل الأحوال لا بد أن لا يسيء استعمال هذا الحق بمباشرة دعوى بقصد الأضرار بالخصم أو الكيد له، وإلا وقع تحت طائلة المسؤولية القانونية .

إن الدعوى تتكون من أركان ثلاثة، المدعي والمدعى عليه والمدعى به، أما المدعي فهو الذي يقوم برفع الدعوى أمام القضاء سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً واحداً أو أكثر من شخص، أمام المدعى عليه فهو من تقام عليه الدعوى ويكون منكراً لحق أو منازعاً فيه، والمدعى والمدعى عليه لا بد أن تتوافر عليهم الأهلية القانونية ليكوناً أهلاً للخصوم، أما المدعى به فيشكل موضوع الدعوى وطلب المدعي من القضاء .

١- وإلى ذلك إشارة المادة (٤٥) من القانون المدني العراقي .

في دعوى تملك تتبع نفس الإجراءات المشار إليها سابقاً، وإن أطراف الدعوى لا يخرجون عن الفروض الآتية :

١. المدعي / المتعهد له شخصياً وخصمه المدعى عليه/المتعهد الذي باع العقار شخصياً.
 ٢. ورثة المدعي، إذا توفي المتعهد له بعد إجراء التعهد فيكونون هم الخصوم ويحلون محله في الدعوى المقامة على البائع .
 ٣. المتعهد له، في حالة وفاة المتعهد تقام الدعوى على ورثته ليكونوا هم الخصوم وبمركز المدعى عليهم .
 ٤. إذا توفي المتعهد والمتعهد له بعد البيع الخارجي يكون لورثتهما الحق في الخصومة، وباستثناء الفرض الأول فإنهم في حالة الوفاة تقام الدعوى إضافة للتركة .
- إن توجه القضاء هو رد الدعوى إذا لم تقام على الورثة بالإضافة إلى تركة مورثهم سواء كان المتوفي هو البائع/المتعهد أو المشتري/المتعهد له، أي عندما تقام بصفة شخصية من الورثة أو عليهم، والحقيقة رغم أهمية أن تكون ذمة المتوفي محللاً للخصومة لكن نجد إن التوجه نحو رد الدعوى فيه تعقيد وعدم تبسيط للشكلية حيث بالإمكان تصحيح ما جاء بعريضة الدعوى بذكر عبارة (إضافة إلى التركة) وفي ذلك تجنباً للخسارة في المال والجهد والوقت، مما يساند هذا الرأي إن الوارث وبحكم المادة (١١٠٦) من القانون المدني تنتقل إليه أموال المورثة^[١] .

ثالثاً-جلسات المرافعات والوصول إلى الحكم

بعد أن تعقد المحكمة جلساتها التي يترافع من خلالها الخصوم عليها ابتداءً الاستماع إلى المدعي وما يقدمه من دفوع والاطلاع على المستندات والأوراق التي يعتمدها في الإثبات، ثم تنتقل بعد ذلك إلى سماع جواب ودفوع المدعى عليهم، وفي دعوى تملك العقار يتم ما يلي :

١. إثبات وجود التعهد بين بائع العقار والمشتري، وتطبق بذلك الأحكام الواردة في قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ .
٢. إذا تأيد للمحكمة وجود هذا التعهد تنتقل إلى مرحلة ثانية وهي التثبت من تحقق شروط التملك، التي سبق أن سبق أشير إليها، وهذا يمكن الوصول إليه من خلال الكشف والمعينة والاستماع إلى البينة الشخصية موقعياً .
٣. تدقيق الدفوع التي أدلى بها طرفي الخصوم .
٤. تقرر ختام المرافعة وتهيأ الدعوى لإصدار الحكم .

١- نصت المادة (١/١١٠٦) مدني: (يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة).

المصادر

أولاً- القرآن الكريم

ثانياً - المعاجم

١. محمد أبو بكر الرازي/ مختار الصحاح/ دار الرسالة - الكويت/ طبعة ١٩٨٠
٢. أحمد فتح الله/ معجم ألفاظ الفقه الجعفري/ دار المرتضى - بيروت/ الطبعة الثانية
- ثالثاً- الكتب القانونية :
 ١. إبراهيم المشاهدي/ المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز/ القسم المدني/ مطبعة الجاحظ/ بغداد .
 ٢. أحمد عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط/ الجزء الثاني.
 ٣. أحمد فتح الله/ معجم ألفاظ الفقه الجعفري/ دار المرتضى - بيروت/ الطبعة الثانية .
 ٤. أنور سلطان/ النظرية العامة للالتزامات/ الجزء الأول/ مصادر الالتزام/ دار المعارف/ مصر/ طبعة ١٩٦٢ .
 ٥. آدم وهيب النداوي/ شرح المرافعات المدنية/ جامعة بغداد/ كلية القانون/ ٢٠٠٦ .
 ٦. جبار جعفر علي الفاضلي/ المختار من قضاء محكمة استئناف النجف بصفتها التمييزية/ القسم المدني/ الجزء الأول/ الطبعة ٢٠١٦.
 ٧. حسن علي ذنون/ شرح القانون المدني/ العقود المسماة/ عقد البيع/ مطبعة الرابطة/ بغداد/ ١٩٥٣ .
 ٨. حيدر عودة كاظم* مجموعة الأحكام القضائية/ العدد التاسع/ بغداد/ ٢٠٢١ .
 - *المختار من قضاء محكمة استئناف بابل بصفتها التمييزية/ كربلاء/ دار الوارث/ ٢٠١٦/
- الجزء الأول
 ٩. سعدون العامري/ الوجيز في العقود المسماة/ الجزء الأول/ عقد البيع/ بغداد/ الطبعة الثانية/ ١٩٧١ .
 ١٠. سعيد أحمد شعلة/ قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض/ منشأة المعارف/ الإسكندرية ٢٠٢٢ .
 ١١. سعيد مبارك/ شرح القانون المدني العراقي/ الحقوق العينية الأصلية/ دار الحرية للطباعة/ بغداد/ ١٩٧٣ .
 ١٢. طارق عجیل/ المطول في شرح القانون المدني/ الجزء الأول- الجزء الثاني- الجزء الثالث/

- منشورات زين الحقوقية/بيروت - لبنان/٢٠١٣ .
١٣. عبد الرزاق القيسي/كيف تقيم الدعوى بنفسك/مكتبة المعارف-بغداد/الطبعة الثانية .
- ١٤- عبد المجيد الحكيم/ *الموجز في شرح القانون المدني/ النظرية العامة للالتزامات/ الجزء الأول/
- مصادر الالتزام / شركة الطبع والنشر الأهلية/بغداد/الطبعة الثانية .
- *الموجز في شرح القانون المدني/ النظرية العامة للالتزامات/الجزء الثاني/أحكام الالتزام/ شركة الطبع والنشر الأهلية/بغداد/الطبعة الثانية .
١٥. عبد المجيد الحكيم وآخرون/النظرية العامة للالتزامات .
١٦. عصمت عبد المجيد/تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية/منشورات زين الحقوقية/ زين - لبنان/الطبعة الأولى ٢٠١٧ .
١٧. فريد فتیان/ * مصادر الالتزام/مطبعة العاني - بغداد/١٩٥٧ .
- *نظام التقاضي على درجتين/بحث مقدم للمؤتمر السادس لإتحاد المحامين العرب/ القاهرة ١٩٦١.
١٨. ١٨- مرتضى جمال الدين/القواعد الفقهية الميسرة/مكتبة ابن فهد الحلي/كربلاء المقدسة/ طبعة ١٣٣٤هـ
١٩. مصطفى مجيد/شرح قانون التسجيل العقاري/الجزء الأول
٢٠. وائل ثابت الطائي/دراسات في القانون المدني/مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع/ الطبعة الأولى ٢٠٢٣ .

رابعاً - المجلات :

- مجلة العلوم القانونية/بغداد/١٩٨٤

خامساً - المجاميع القضائية :

١. مجلة الأحكام العدلية/العدد الأول/وزارة العدل/١٩٧٨
٢. مجلة الأحكام العدلية/العدد الثاني/وزارة العدل/١٩٧٨
٣. النشرة القضائية/العدد الرابع/س٤/١٩٧٤
٤. مجلة الأحكام العدلية/العدد الأول/وزارة العدل/١٩٧٩
٥. مجموعة الأحكام العدلية/وزارة العدل/العدد الرابع/١٩٧٩ .
٦. مجموعة الأحكام العدلية/العدد الثالث/سنة ١٩٨٠
٧. مجلة الأحكام العدلية/العدد الأول/وزارة العدل/١٩٨٠

٨. مجلة الأحكام العدلية/العدد الأول/وزارة العدل/١٩٨١
٩. النشرة القانونية/العدد السابع والأربعين/إعداد دريد داوود سلمان
١٠. مجموعة الأحكام العدلية/العدد الثاني/سنة ١٩٨١

سادساً - القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩
٣. قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١
٤. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

القاضي
سلام زيدان

المستخلص

ان الحياة الاجتماعية والعلاقات الأسرية في العراق في تطور مستمر تبعاً لمتغيرات الحياة الاقتصادية السياسية والثقافية، وبالتالي فإن الأسرة العراقية المحافظة أصبحت تواجه الكثير من المتغيرات الاجتماعية وانعكاساتها السلبية، وليس من السهولة التخلص من هذه المتغيرات، ووجدنا من خلال البحث والدراسة زيادة ملحوظة في اعداد دعاوى الشخصية، وبالتالي زيادة كبيرة في اعداد المشكلات والخلافات الزوجية في الموصل بشكل خاص، والعراق بشكل عام، أن للمحاكم دور فعال وبارز في إنهاء الخلاف الأسري، كما لا يمكن إغفال الدور المهم للباحث الاجتماعي في تلقي الصدمة الاولى من المشكلة المعروضة عليه اولاً، وبالتالي كان هذا البحث محاولة للجمع بين الجانبين النظري والتطبيقي لمثل هذا الحالات.

Abstract:

Social life and family relationships in Iraq have been continuously evolving in response to economic, political, and cultural changes. Consequently, conservative Iraqi families are facing numerous social changes and their associated negative consequences. Dealing with these changes is not an easy task. Through research and study, we have observed a significant increase in personal lawsuits and consequently, a substantial rise in marital problems and disputes in Mosul, specifically, and Iraq, in general.

The courts play a vital and prominent role in resolving family disputes. It is also crucial not to overlook the significant role of social researchers in initially understanding the issues presented to them. As a result, this research aims to integrate theory and practice in addressing such cases.

المقدمة

تشكل الأسرة الخلية الأولى في بناء المجتمع، والبحث في مجال الأسرة وتكوينها وطرق المحافظة عليها وحمايتها من العنف والتفكك يعد من أهم البحوث الأنسانية، وقد أولى النظام القانوني العراقي الأسرة الكثير من العناية والاهتمام، وبين المشرع العراقي بالتفصيل ما يتعلق بها من أحكام، مستمداً نصوصه ومبادئه من القوانين العراقية القديمة منذ أور نمو واشنونا وحمورابي ومروراً بمبادئ الشريعة الاسلامية واحكامها الفقهية الرصينة، وانتهاء بالقوانين المدنية الحديثة . إن الخلافات الزوجية معول هدم للأسرة والمجتمع، ووجودها يؤدي إلى عدم تحقيق المقصد الشرعي الرئيس من الزواج القائم على المودة والرحمة، وارتباطها الوثيق بمقاصد الشريعة الإسلامية، وتعارض الخلافات الزوجية مع تحقيق هذه المقاصد السامية المتمثلة في حفظ الدين والنفس والنسل والحفاظ على مصالح العباد ودفن الضرر عنهم .

ان لمحكمة الاحوال الشخصية السلطة والصلاحيية الكافية لإنهاء النزاع الاسري باستخدام الوسائل المتاحة في النظام القانوني، منها الصلح، والابطال، والحكم الفاصل، والتنفيذ وغيرها . و يعد إنهاء النزاع الأسري في المجتمع العراقي والعربي والاسلامي من الموضوعات الهامة التي باتت الحاجة ماسة الى دراستها والبحث فيها في الوقت الحاضر، لذا اخترناها موضوعاً للدراسة والبحث، ومن الاهمية بمكان معرفة كيفية عمل المحكمة المختصة بالمسائل العائلية الشخصية وتأسيسها والقانون الواجب التطبيق لإنهاء النزاع العائلي، ومعرفة الاليات المتبعة في المحاكم العراقية، ومنها محاكم الموصل لسنة ٢٠٢٢، واساليبها في إنهاء الدعاوى المعروضة عليها وبشكل عملي، ويهدف هذا البحث إلى بيان الأحكام العملية والنظرية المتعلقة بإنهاء العنف المتعلق في نطاق الأسرة، ذلك أن الخلافات الزوجية لها اثار سلبية، و تنعكس على الأسرة، وبالتالي على المجتمع والنظام فيه بصورة عامة .

أولاً : أهمية الدراسة

يكتسب موضوع هذه الدراسة أهمية متزايدة بسبب زيادة المشكلات الزوجية والتي قد تؤدي الى تفكك الأسرة وضرورة إنهاء هذه النزاعات القائمة، إذ أن النزاع بين الزوجين ينتقل الى الاسرة ثم العائلة، وقد يصل للعشيرة ايضاً، كما أن لموضوع هذه الدراسة أهمية نظرية وعملية لكونه يمس كثيراً من مصالح المجتمع، كما تظهر أهميته في تحديد مصادر المخاطر التي تهدد الكيان الاجتماعي في المجتمع العراقي عامة، والموصلي المحافظ خاصة، كما تظهر أهمية الدراسة من خلال التعرف على الاتجاهات التشريعية الحديثة لحماية الاسرة والمجتمع .

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

ثانياً : إشكالية الدراسة

ان التطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ووسائل التواصل الاجتماعي خلقت نوعاً من المتغيرات الثقافية وبالتالي زيادة نسبة المشكلات الزوجية والأسرية والعائلية والمطالبية بسرعة حسم النزاع خشية تطورها الى ابعاد مدى من العنف المجتمعي، ان ازدادت نسبة الخلافات الزوجية في مدينة الموصل بعد احداث سنة ٢٠١٤، بشكل لافت وخطير حيث سجلت محكمة الاحوال الشخصية في الموصل على وجه التحديد، عدداً كبيراً من الدعاوى يربو نحو (١٧) سبعة عشر الف دعوى في سنة ٢٠٢٢، فضلا عن أن مدينة الموصل هي مركز محافظة نينوى، وتعد ثاني أكبر مدينة في العراق من حيث عدد السكان والمساحة بعد بغداد العاصمة، حيث يبلغ تعداد سكانها حوالي مليوني نسمة في داخل مركز القضاء وحده ومجموع سكان المحافظة حوالي اربعة ملايين نسمة حسب احصاء سنة ٢٠٢٢،

كما تُثار إشكالية أخرى تتعلق بظهور اساليب البحث الاجتماعي والطب النفسي وضرورة ادخالهما بشكل اوسع في العمل القضائي في ظل الفراغ التشريعي بخصوص التنظيم القانوني لهذا النوع من الاساليب في التشريع العراقي.

ثالثاً : فرضية الدراسة

اختيار مدى إمكانية معالجة المشكلة بالأهداف المزمع وضعها للوصول إلى وضع الحلول فيها وبيان ما طبيعة المشكلات العملية والقانونية التي تثيرها النزاعات العائلية ومدى ملائمة القواعد القانونية التقليدية في التشريع العراقي في معالجة المشكلات الناجمة عن النزاع العائلي وبيان ما هو الإطار القانوني لإنهاء الدعوى الشرعية المنظورة وحسمها، و ما هو التدخل المناسب الذي يجب على المشرع العراقي القيام به بخصوص مواجهة النزاع الأسري والعنف الأسري المصاحب له نفسياً وبدنياً، والحلول التشريعية والعملية للحد من المشكلات الناجمة عن زيادة ظاهرة الخلاف بين الأزواج في مدينة الموصل عينة البحث لسنة ٢٠٢٢ .

رابعاً : هدف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى التعريف بماهية محكمة الاحوال الشخصية المعنية بقضايا الاسرة في مدينة الموصل والمشكلات الإجرائية والموضوعية التي تثيرها و كذلك تهدف إلى المساهمة في إيجاد الحلول للمشكلات العملية والقانونية في النزاع العائلي و كيفية مواجهتها من خلال التشريعات

القانونية العراقية .

كما تهدف الدراسة إلى اكمال النقص التشريعي الذي يهدف إلى مجابهة العنف المتزايد بين الازواج والعوائل، والحد منه للحفاظ على كيان الاسرة والمحافظة بشكل غير مباشر على المجتمع وامنه في وجه التطور لسريع للحياة الاجتماعية.

خامساً : منهج الدراسة

سأتبع المنهج الوصفي، مع الاستعانة بالمنهجين التحليلي والتطبيقي من خلال إيراد النصوص ذات العلاقة بموضوع الدراسة في التشريع العراقي وتحليلها ومقارنتها للوصول إلى نتائج وتوصيات تجيب على أوجه النقص التشريعي لدى المشرع العراقي بخصوص مواجهة تحديات ومشكلات زيادة النزاع الاسري مع إيراد احكام قضائية متعددة تتعلق بالعنف المنزلي واساليب انهاءه .

وسوف اقسم البحث على مبحثين، سأتناول في المبحث الاول منه محكمة الاحوال الشخصية وصلاحياتها القانونية، أما في المبحث الثاني سأتناول فيه اليات المحكمة العملية لإنهاء النزاع، في هذه الجزئية المتمثلة بالنزاع الأسري نجد بأن لمحكمة الموضوع السلطة والصلاحيه للبت بالنزاع وانها مع ضرورة اعطاء دور أكبر لمؤسسة البحث الاجتماعي القائمة حديثاً في العراق، و منحها السلطة الكافية لإنهاء النزاع مع ضرورة اشراك الاطباء النفسانيين في معالجة الحالات المستعصية أن اقتضت الضرورة، ثم نختم البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي وصل اليها الباحث؛ ومن الله التوفيق.

المبحث الاول

محكمة الاحوال الشخصية وصلاحياتها القانونية

تختلف تسمية المحكمة المختصة بإنهاء النزاع الأسري ومسائل الأحوال الشخصية من دولة عربية الى اخرى، فمثلا تسمى في مصر وسوريا محكمة الاسرة، وفي المغرب محكمة الاسرة والقضايا الاجتماعية، وفي العراق والسعودية والامارات وغيرها محكمة الاحوال الشخصية وهكذا؛ سوف نتناول بعد نظرة موجزة عن القضاء، تأسيس المحكمة في الموصل والقانون الواجب التطبيق فيها في مطلبين.

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

المطلب الاول

تأسيس المحكمة والقانون واجب التطبيق

من الاهمية معرفة كيفية تأسيس المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى الشرعية والقانون الذي تستند إليه في حكمها لإنهاء النزاع الاسري، لذا سأتناول الموضوع في فرعين؛ نتطرق في الفرع الاول تأسيس المحكمة، وسنتناول في الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق.

الفرع الاول

تأسيس المحكمة

اصبح العراق جزءاً من الدولة العثمانية منذ عام ١٥٣٤م، واصبحت القوانين والأوامر والتشريعات العثمانية نافذة فيه، كانت الدولة العثمانية تطبق احكام الشريعة الاسلامية والاحكام الفقهية مع تغليب الفقه الحنفي السني باعتباره المذهب الرسمي للدولة، وكانت المحاكم الشرعية هي المختصة أصلاً في الفصل في جميع الخصومات المعروضة عليها بغض النظر عن طبيعتها، وهي محاكم الأصل، وقد بقي العمل جار ضمن اطار الاحكام الشرعية الى أن صدر الخط الهمايوني في عام ١٨٥٦ م، حيث اعلن فيه ادخال الاصلاحات والأنظمة في أرجاء الدولة العثمانية مقتبسة من النظم والتشريعات والقوانين الغربية، و تم وأسست المحاكم المدنية للفصل في الخصومات الجزائية والمدنية والتجارية، وبموجب الاصلاحات التي ادخلت على النظام القضائي، أصبحت المحاكم النظامية على نوعين: محاكم الحقوق، ومنها الشرعية ومحاكم الجزاء^[١]، واصدرت الدولة العثمانية قانون حقوق العائلة سنة (١٣٣٦ هـ / ١٩١٧ م) وجرى العمل به في سوريا ولبنان إلا أن العراق بقي يطبق الأحكام الفقية للمذاهب الاسلامية المختلفة مع سيادة المذهب الحنفي باعتباره المذهب الرسمي للدولة العثمانية،

وبعد الاحتلال البريطاني للعراق اصدر الحاكم العسكري بيان تأسيس المحاكم رقم (٦) لسنة ١٩١٧، ثم نظام المحاكم المدنية رقم (٤) لسنة ١٩١٨، ثم نظام تعديل نظامات المحاكم لسنة ١٩٢١، وبالمجمل، اصبحت بموجبها (المحاكم الشرعية) مختصة بنظر مسائل الاحوال الشخصية لمذهب اهل السنة فقط، وفي سنة ١٩١٨ اسس مجلس تمييز شرعي لتدقيق الاحكام الصادرة عن المحاكم الشرعية السنية، إما مسائل الاحوال الشخصية لغير اهل السنة من العراقيين أي لتابعي المذهب الجعفري وغير المسلمين فقد أنيط اختصاص النظر فيها للمحاكم المدنية (محاكم البداية) بعد أن تحال الدعوى

١-- فتحي عبدالرضا الجوارى، تطور القضاء الجنائي العراقي، مركز البحوث القانونية، بغداد م ١٩٨٦، ص ٣٢

الى أحد العلماء الروحانيين اطلق عليهم (نواب الجعفرية) وتخضع قراراتهم لتأييد حاكم المحكمة المدنية، وفي سنة ١٩٢٣ صدر قانون المحاكم الشرعية، والذي شكلت بموجبه المحاكم الشرعية الجعفرية ومجلس تمييز شرعي جعفري الى جانب المحاكم الشرعية السنية، ومجلس التمييز السني، وكانت المحاكم الشرعية السنية تطبق فقه المذاهب السنية الاربعة مع الغلبة للفقهاء الحنفي باعتبارها معتمداً بشكل اساسي في العراق، وتطبق المحاكم الشرعية الجعفرية، المذهب الامامي الاثني عشري مع فتاوى المراجع الدينية للطائفة [١]

وأشار القانون الأساسي (الدستور) لسنة ١٩٢٥ الى المحاكم الشرعية وذكرت المادة (٧٥) منه على انه: تقسم المحاكم الدينية الى: ١-المحاكم الشرعية ٢- المحاكم الروحية الطائفية؛ ونصت المادة (٧٦) منه على انه: تنظر المحاكم الشرعية وحدها في الدعاوى المتعلقة بأحوال المسلمين الشخصية والدعاوى المختصة بإدارة أوقافهم؛ ونصت المادة (٧٧) منه ((يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية، بموجب أحكام قانون خاص، ويكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له، مع بقاء القاضيين السنيين والجعفريين في مدينتي بغداد والبصرة.)) كما تطرقت المواد (٧٨ و ٧٩ و ٨٠) منه، الى المحاكم الروحية واختصاصاتها، وكانت هذه النصوص تكرر مبدأ الحكم وفق مذهب المتقاضين والعودة إلى الأحكام الفقهية، وفتاوى المرجعيات الدينية لكل طائفة ومذهب ودين.

ولغرض إنهاء النزاع القائم بين المحاكم من حيث الاختصاص أصدرت السلطات التشريعية في العهد الملكي القانون رقم (٨) لسنة ١٩٢٩ الخاص بتعين المرجع بين المحاكم الدينية والمحاكم المدنية، أو بين محكمة دينية وأخرى بسبب الدين أو المذهب وغيرها من الحالات إذا حصل التنازع السلبي أو الايجابي بين المحاكم، وتشكلت محكمة تمييز في بغداد سنة ١٩٢٥، بعد أن كانت في الاستانة، ثم اصبح الاختصاص بتعين المرجع يعود الى الهيئة العامة في محكمة التمييز بموجب المادة (١١) من قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ - الملغى - والتي اعادت تشكيل المحاكم ودرجاتها واختصاصاتها.

ونصت المادة (٩) منه، على المحاكم المدنية منها المحاكم الشرعية [٢]، وقد صدر قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ في ١٠/١٢/١٩٧٩، وقد وضع التشكيلات الاخيرة للمحاكم وعملها كافة، ومازال القانون المذكور سارياً لحد الآن.

١- المحامي عبدالحميد كبه، التنظيمات القضائية والحركة التشريعية في العراق، مطبعة دار التضامن -بغداد- ١٩٧٣

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

وتطرقت المادة (٥) من القانون الى (جعل جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية، محافظة على النظام العام أو مراعاة للأداب أو لحرمة الأسرة وعلى منطوق الحكم علناً)؛ ونصت المادة (١١) من القانون تكون أنواع المحاكم كما يلي: خامساً - محاكم الاحوال الشخصية، و نصت المادة (٢٦) منه على تشكل محكمة احوال شخصية أو اكثر في كل مكان فيه محكمة بداءة؛ كما نصت المادة (٢٧) منه لـ (رئيس مجلس القضاء الاعلى) بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة أحوال شخصية للنظر في نواع واحد أو أكثر من الدعاوى.

اما المادة (٢٨) نصت على: (اولاً - تنعقد محكمة الاحوال الشخصية من قاض واحد، وتختص بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية وفقاً لأحكام القانون؛ ثانياً - يعتبر قاضي محكمة البداءة (المسلم) قاضياً لمحكمة الاحوال الشخصية، أن لم يكن لها قاض خاص).

اقتصرت المحاكم الرسمية في الموصل، منذ خضوعها لسيطرة الدولة العثمانية في مطلع القرن السادس عشر، على المحاكم الشرعية واستمر الحال على ذلك حتى أواسط القرن التاسع عشر، حيث تأسس مجلس للقضاء في سنة ١٨٣٧ سمي (الاحكام العدلية)، ومنذ ذلك الحين ظهرت محاكم جديدة في الدولة العثمانية عرفت بـ (المحاكم النظامية) وكانت تنظر في القضايا الخارجة عن اختصاصات المحاكم، الشرعية والتجارية، واستمرت المحاكم الشرعية، ومحاكم الطوائف غير الاسلامية في مواصلة اعمالها إلا أن اختصاصاتها حصرت في قضايا الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والميراث وما شابه ذلك، كما أسست محاكم في القضاء عرفت بـ (مجلس القضاء واخرى في اللواء سميت بـ مجلس اللواء) وثالثة في الولاية دعيت بـ (مجلس الولاية)، و كان قاضي المحكمة على المذهب الحنفي طيلة تلك الفترة وهو بمنزلة أعلى سلطة قضائية رسمية في الموصل، وكان القاضي على رأس الجهاز القضائي، ويأتي في المرتبة الثانية بعد الوالي، وبصورة عامة انقسم قضاة العراق الى صنفين رئيسيين اولهما: القضاة الذين كانت الحكومة العثمانية تعينهم وهم على وجه التحديد من اتباع المذهب الحنفي، وثانيها قضاة المذاهب الأخرى^[١].

وعلى الرغم من أن الموصل أصبحت ولاية قائمة بذاتها منذ سنة ١٨٧٩، فإنها خلت من وجود محكمة استئناف فيها حتى سنة ١٨٩٩، عندما شكلت محكمة استئناف في الموصل وهكذا كانت الأحكام التي تصدرها المحاكم في الموصل تستأنف لدى محكمة استئناف بغداد التي كانت تنظر في القضايا المستأنفة من انحاء العراق المختلفة .

وكانت المحكمة الشرعية والمحاكم الاخرى تقع في بناية مستقلة عن سرأي الحكومة و تقع في

١- نخبة من الباحثين العراقيين، موسوعة الموصل الحضارية، المجلد الرابع، دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل، الطبعة الاولى - ١٩٩٢، ص ٢٠٣

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

محلة باب لكش في مدينة الموصل القديمة، ثم انتقل مقرها فيما بعد الى مبنى يقع قبالة مديرية الشرطة في حي الدواسة وبقيت كذلك حتى الاحتلال البريطاني للموصل في سنة ١٩١٨، حينما تداعى المبنى وعرض للبيع، ثم تم أنشاء مقر لمحاكم الموصل كافة في مقرها الحالي في الجانب الايمن من مدينة الموصل مقابل حديقة الشهداء في منطقة الدواسة، وجرى افتتاحها في العهد الملكي أول مرة سنة ١٩٤٨ من الوصي عبد الإله^[١]، وبقي العمل في مبنى رئاسة الاستئناف والمحاكم اخرى في الجانب الايمن من مدينة الموصل جارياً حتى شهر حزيران سنة ٢٠١٤، حيث لحق الدمار المباني كافة عند سيطرة تنظيم داعش الإرهابي على المحافظة.

وأعيد افتتاح مبنى رئاسة محكمة استئناف نينوى والمحاكم العاملة فيها ثانية، يوم السبت الموافق ١٩ / ٢ / ٢٠٢٢، بعد اعادة تأهيلها بعد سنوات من تعطل العمل في مبناها التاريخي، وكانت محكمة الاحوال الشخصية في الموصل تتشكل من قاض واحد ومقرها في مقر الرئاسة، وان عمل المحكمة حالياً في الموقع البديل في بنايات الجانب الايسر من مدينة الموصل الى حين تأهيل البناية الخاصة بالمحكمة في موقع مجاور لمقر الاستئناف في الجانب الايمن من المدينة، وبعد أن توسع عمل المحكمة وازداد عدد الناس، وبالتالي زيادة الدعاوى المنظورة ازداد عدد القضاة فيها، حتى وصل عددهم الى اثني عشر قاضياً سنة ٢٠٢٢، وانقسمت المحكمة الى قسمين: قسم ينظر في المعاملات وعقود الزواج والحجج الشرعية، والقسم الثاني ينظر الدعاوى والخصومات القضائية، وحسب الاحصائية الرسمية المقدمة من المحكمة الى مجلس القضاء الاعلى لسنة (٢٠٢٢)، بلغ عدد الدعاوى المنظورة (١٧٥٦٣) سبع عشرة الف وخمسمائة وثلاث وستين دعوى، وبلغ عدد المعاملات مثل عقود الزواج وحجج الوصاية والولاية والتخارج والقسمات الشرعية والحجر والقيمومة وغيرها منها (٢٢٩٥٨) اثنتان وعشرين الف وتسعمائة وثمان وخمسين معاملة منجزة.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق

بدا التقنين الحديث لمسائل الاحوال الشخصية في البلاد الاسلامية بالدولة العثمانية التي حاولت منذ منتصف القرن السابع عشر الأخذ بالأنظمة والتشريعات المعاصرة، وصدر أول قانون في هذا الصدد سمي بقانون حقوق العائلة العثمانية سنة ١٩١٧، المستمدة أحكامه من الفقه الحنفي، ثم سارت على اثره القوانين المصرية المتفرقة والمتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والمختارة من

١- نخبة من الباحثين العراقيين، موسوعة الموصل الحضارية، ص ٢٠٥

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

الفقه الاسلامي بشكل عام وبالمذهب الحنفي عند الاختلاف حيث جرت محاولات شتى، منذ صدور القانون رقم (٢٥) لسنة [١] ١٩٢٠، واستمرت ومازالت القوانين تعالج بعض الحالات، ولم يظهر قانون موحد للأحوال الشخصية في مصر لحد الآن و أنشئت سنة ٢٠٠٤ محكمة الأسرة في مصر، طبقاً لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، أما في الاردن فصدر قانون حقوق العائلة لسنة ١٩٥١، وفي سوريا قانون الاحوال الشخصية لسنة ١٩٥٣، وفي تونس مجلة الاحوال الشخصية لسنة ١٩٥٦، وفي المغرب مدونة الاسرة لسنة ٢٠٠٤، وفي السودان قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٦٧، وفي الجزائر قانون الاسرة لسنة ١٩٨٤، وفي السعودية صدر نظام الاحوال الشخصية لسنة ٢٠٢١، والامارات لسنة ٢٠٠٥، والكويت لسنة ١٩٨٤، وفي قطر قانون الاسرة لسنة ٢٠٠٦، وفي موريتانيا مدونة الاحوال الشخصية لسنة ٢٠٠١، وهكذا معظم البلاد العربية سارت بأوضاع متشابهة من حيث النشأة والتأسيس.

ولا شك في أن فكرة توحيد القوانين العربية أثمرت عن مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي، والذي لا تزال مسودته مكونة على رفوف جامعة الدول العربية مع ملاحظة أن قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين في البلاد العربية وهم الأغلبية لا يحتاج في توحيد الى جهود كبيرة وكانت أهم التوصيات المتعلقة بتوحيد قوانين الأحوال الشخصية التي خلصت إليها ندوة اتحاد الحقوقيين العرب المنعقدة في بغداد في شباط ١٩٧٦ هي التوصية رقم (١) والقاضية الى توحيد قوانين الأحوال الشخصية باعتبار مصدر التشريع في هذا القانون في البلدان العربية هي الشريعة الإسلامية والتوصية رقم (٣) والخاصة بتوحيد تسمية النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية، وجمعها، وترتيبها في قانون يدعى (قانون الأحوال الشخصية) بدلاً عن التسميات الأخرى مثل قانون الأسرة أو قانون العائلة، وخلصت الأمانة العامة بجامعة الدول العربية الى القول بأن قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد هو من أقوى وأنجع القوانين في الوطن العربي لأسباب منها أن القرآن والسنة هما المصدران المباشرين لهذا المشروع، وان الإسلام هو دين غالبية الشعب العربي، وان معظم الدول العربية تجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً مهماً في المعاملات المدنية بعد التشريع^[٢]. أن ما سارت عليه قوانين البلاد العربية للأحوال الشخصية وان تقدمت بعضها مثل مصر و تأخر البعض الاخر مثل السعودية، إلا أن جميعها قد تكون بذات المنحى والغاية لأن الاسرة والعائلة

١- محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٥٧، ص ١٠

٢- نحو قانون عربي موحد، بحث أعدته الأمانة العامة لاتحاد الحقوقيين العرب، منشور في مجلة الحقوقي العربي،

الأعداد (٨٠٩، ١٠) سنة ١٩٨٨، ص ١٩٣ [١٩٢].

هي الهدف الاول لحماية القانون وإنهاء النزاع فيها والحفاظ على الحقوق وحماية الاسرة والطفل، ولأغراض البحث والدراسة سنتناول بعض المواضيع ذات الصلة في العراق والمتمثلة بقانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

يشتهر العراق بتعدد اتباع الاديان والمذاهب، فإضافة الى المسلمين، الذين ينقسمون الى السنة والشيعية الجعفرية و الذين يشكلون غالبية السكان، هناك (١٧) سبع عشرة طائفة دينية معترف بها في العراق حسب نظام رعاية الطوائف الدينية رقم (٣٢) لسنة ١٩٨١ وملحقه لسنة ١٩٨٢، فبعد تأسيس الدولة العراقية الحديثة سنة ١٩٢١، كانت المحاكم الشرعية قبل أن يتغير اسمها الى محاكم الأحوال الشخصية لاحقاً، تعتمد المذهب الشخصي للمسلمين المتداعين وتصدر قرارها وفقاً لما تنص عليه فتاوى ومقررات هذا المذهب عبر العودة الى النصوص المدونة في الكتب الفقهية والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها. ويستعان في اغلب الأحيان بالمراجع الدينية لهذه المذاهب أو بالعودة الى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية، كما كانت في محكمة التمييز هيئة تمييزية سنوية وأخرى جعفرية فيما يخص دعاوى الأحوال الشخصية وهذا ينسحب على عمل المحاكم الشرعية التي تقضي وفقاً لمذهب المتداعين، والتي تتحدد في المناطق الجغرافية وتعمل على تكريس المذهبية واللجوء الى التحايل على المذاهب بين المتداعين لذا حاول رجال القانون تشريع قانون موحد للأحوال الشخصية للعراقيين كافة، ففي سنة ١٩٣٣ جرت محاولة لإصدار القانون، قام بها

لجنة التدوين القانوني ووضعت لائحة لهذا المشروع غير أنها تعثرت، وفي سنة ١٩٤٥ جرت محاولة أخرى عندما أصدرت وزارة العدل العراقية أمراً بتشكيل لجنة مكونة من أربعة أعضاء عهدت أليها وضع لائحة قانون الأحوال الشخصية وأنجزت هذا المشروع إلا أن اللجنة لم تتمكن من تجاوز المادة (٧٧) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ - الملغى - التي تنص على (أن القضاء في المحاكم الشرعية إنما يجري وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية)؛ لذا فإنها أخذت الفقه الاسلامي أساساً لمشروعها كوحدين أساسيتين: هما المذهب السني والمذهب الجعفري، فدونت ما أمكن الاتفاق عليه، ولم يقدر لهذا المشروع أن يصبح قانوناً يعمل به، حيث واجه معارضة المرجعية الدينية (الشيعية) على وجه التحديد التي أبدت امتعاضها، منه ومارست شتى الضغوط لحجبه والحيولة دون تشريعه.

استمر القضاء الشرعي في العهد الملكي خاضعا للمذهبيين الرئيسيين حتى أواخر خمسينات القرن الماضي، وفي القانون المقارن فإن العمل وفق هذا النظام مازال معمولاً به في مملكة البحرين^[١]،

١- القاضي رحيم حسن العكيلي، دروس في تطبيقات القوانين، المكتبة القانونية في بغداد ومكتبة ابو ليث في النجف الاشرف، الطبعة الاولى - ٢٠١١، ص ١٩٣.

وسائل محكمة الأحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

وفي العراق بعد إعلان الجمهورية، شكلت لجنة في وزارة العدل وانتهت من صياغة القانون في ضوء الابحاث السابقة، والذي أشتمل على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث.

صدر قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، والذي شملت أحكامه جميع المسلمين وغيرهم إلا من استثنوا بقوانين خاصة وهم المسيحيون واليهود، (المادة الثانية / الفقرة ١ من القانون)، ولقد كانت غاية القانون هو تحقيق الاستقرار في الحياة الأسرية وإنهاء الارتباك و التناقض في أحكام القضاء الشرعي مستنداً في صياغة أحكامه على أحكام الشريعة الإسلامية و فقه المذاهب الإسلامية دون تحيز مستنداً بذلك على ما هو متفق عليه من أقوال الفقهاء و ما هو متلائم والمصلحة الزمنية. فيما كان القضاء الشرعي يستند في صدور أحكامه الى النصوص المدونة في كتب الفقه والى الفتاوي في المسائل المختلف عليها والى القضاء في البلاد الإسلامية (الاسباب الموجبة للقانون)، فيما "وقد وجد في تعدد مصادر القضاء و اختلاف الأحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة و حقوق الفرد غير مضمونة، فكان هذا دافعاً للتفكير بوضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليها (الاسباب الموجبة للقانون)، على أن تعدد مصادر القضاء و اختلاف الأحكام مما يهدد استقرار العائلة العراقية، وأن تشكل عرضة لانتهاك حقوق المواطنين وتقويض لأسس العدل والمساواة.

لقد ظل القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ساري المفعول على الرغم من التعديلات العديدة التي جرت عليه في ثمانينات القرن الماضي، والتي قد خصت مسألة التفريق بين الأزواج بشكل خاص لأهميتها ودعماً لحق الزوجة من إنهاء الرابطة الزوجية أن تحققت الاسباب الموجبة لها، ورغم إجراء تلك التعديلات، خاصة بالمواد التي تتعلق بحقوق المرأة والوصول الى مرحلة متقدمة لا تتمتع بها المرأة في عموم العالم العربي، إلا أن القانون أصبح محل جدل و صراع بين الدولة بمؤسساتها ذات العلاقة بالتشريع وبين المرجعية الدينية، والتي لم تكتفِ مطالباتها إلا بإلغاء القانون بعد سنة ٢٠٠٣^[١]، والعودة الى ما كانت عليه الاحكام الشرعية في العهد الملكي في العراق، وقد تم فعلاً ادراج المادة (٤١) في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥: والتي تنص (العراقيون احرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون) إلا أنه لم يصدر قانون بذلك لحد الآن لمعارضة معظم مكونات الشعب العراقي

١- حيدر حسين كاظم الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبدل، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، السنة الخامسة - العدد السابع - سنة ٢٠٠٨، ص ١٩٧ وما بعدها.

ومنظمات المجتمع المدني^[١].

ان قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، ساري المفعول في محافظة نينوى مثل باقي المحافظات العراقية، ومن ضمنها محافظات اقليم كردستان، وهو القانون الذي يسري على جميع العراقيين الساكنين في مدينة الموصل حسب الاختصاص المكاني والحدود الادارية للمدينة، وخلال التطبيق العملي واحصاء الدعاوى المسجلة في محكمة الاحوال الشخصية في الموصل لسنة ٢٠٢٢، تم اللجوء الى القانون النافذ في الخلاف والنزاع العائلي مع مراعاة أن الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة تكون معرضة لإتباع طرق الطعن التي نص عليها قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

المطلب الثاني

اختصاص وصلاحيّة المحكمة بإنهاء النزاع الاسري

من أجل قيام المحكمة المختصة بنظر الدعوى أو المعاملة أو الطلب المقدم إليها يجب أن تكون هذه المحكمة مختصة بنظرها مكانياً ونوعياً، كما يلزم أن تكون هذه المحكمة مختصة بنوع الطلب أو الدعوى المقدمة إليها وظيفاً، وان صدور أي قرار أو حكم من محكمة غير مختصة يجعل قرارها أو حكمها باطلاً، لذا سنتناول في هذا المبحث صلاحية المحكمة في الفرع الاول وسنتناول في الفرع الثاني اختصاص المحكمة قانوناً على التوالي.

الفرع الاول

صلاحية المحكمة

مفهوم الاختصاص أو الصلاحية، للمحاكم المدنية ومنها محكمة الاحوال الشخصية هو تعيين السلطة القضائية التي خولها القانون للفصل في المنازعات أو هي قواعد الاختصاص التي تحدد المنازعات التي تدخل في ولاية كل محكمة^[٢].

١- القاضي سلام زيدان، اثر الشريعة الاسلامية على القانون العراقي بعد عام ٢٠٠٣، مطبعة صباح صادق، بغداد -٢٠١٧، وفيه احاطة كافية بالتفصيل عن مراحل تطبيق قانون الاحوال الشخصية في العراق ولحد الآن . وفي سياق المحاولات هذه، سعى السيد عبد العزيز الحكيم نجل السيد (محسن الحكيم) وأثناء ترأسه لمجلس الحكم لشهر كانون الاول ٢٠٠٣ الى الغاء القانون و ذلك بإصداره القرار المرقم (١٣٧) إلا أن هذا القرار قد واجه معارضة نسائية وليبرالية عربية وكردية، داخل المجلس وخارجه، حتى ألغي قرار الإلغاء بعد تصويت الأثرية في مجلس الحكم ضده.
٢- القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية بغداد، الطبعة الرابعة ٢٠١١، ص ٤٢.

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

والاختصاص هو سلطة المحكمة بمقتضى القانون في دعوى معينة واختصاص محكمة ما يعني نصيبها من القضايا التي يجوز لها الفصل فيها [١].

و بشكل عام تناول قانون المرافعات المدنية اسلوب التقاضي امام المحاكم وتناول الاختصاص المتعلق بالوظيفة وبنوع الدعوى، وقيمتها، والصلاحيه المكانية للمحكمة في المواد (٢٩ الى ٤٣) منه، وكذلك الاشخاص الذين يسري عليهم القانون، سنتناول هذه الاختصاصات والصلاحيات الادارية والتنظيمية بشكل مبسط وبقدر تعلق الامر بموضع البحث والدراسة:

١- الاختصاص الوظيفي أو الولائي:

تناولته المادة (٢٩) من القانون بالنص (تسري ولاية المحاكم، المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في المنازعات كافة إلا ما استثنى بنص خاص) وهو ذات نص المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي.

أي الاختصاص المتعلق بولاية المحاكم وهي تسري على جميع الاشخاص الطبيعية أي على الأنسان، وعلى الاشخاص المعنوية أي الدولة والادارات، والمحافظات، والاقواق، والشركات، وكل مجموعة من الاشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية وفقاً للمادة (٤٧ مدني) وهذا الاختصاص يعد من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافه أو صرف النظر عنه قانوناً و (الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز ابدؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى) حسب احكام المادة (٧٧ مرافعات مدنية) .

٢- الاختصاص النوعي والقيمي أو الوظيفي:

يقصد بهذا النوع من الاختصاص تحديد ولاية كل محكمة في نظر نوع معين من المحاكم، وهذا النوع من الاختصاص من النظام العام، ويعني أن المحاكم ملزمة بمراعاة قواعده، وليس لها الخروج عليها كما لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها، ويقع باطلاً كل اتفاق من هذا القبيل [٢]. الاختصاص النوعي هو توزيع الاختصاص بين المحاكم المدنية حسب انواع القضايا مثلا دعوى إزالة الشيوخ في العقار أو في المنقول من اختصاص محاكم البداة اما الدعاوى المتعلقة بالحياة الزوجية والأسرة والطفل مثل الزواج والفرقة والنفقة فتنتظرها محكمة الاحوال الشخصية

١- وكانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ يعرف الاختصاص بانه (أهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون) ينظر الدكتور ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، طبعة ٢٠٠٦، ص ٧٦.

٢- الدكتور آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ٨٨.

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

والقضايا المتعلقة بالمسائل التجارية تنظرها المحكمة التجارية والمسائل الرياضية المحكمة المختصة بها، وكذلك مسائل النشر والاعلام وغيرها، ويعني كذلك تعيين اصناف المحاكم، ودرجاتها، واختصاص كل منها في رؤية نوع معين من انواع الدعاوى، إما لطبيعتها أو تبعاً لقيمتها، فلكل محكمة من المحاكم ولاية محددة لنظر نوع أو أكثر من الدعاوى ولا تستطيع تخطي هذه الولاية^[١]، وسوف نتناول اختصاصات محكمة الاحوال الشخصية بشكل مفصل في المطلب الثاني.

٣- الاختصاص المكاني:

الغرض من هذه الصلاحية هو توزيع الدعاوى توزيعاً جغرافياً تبعاً لاختلاف المكان أو المحل أو الموقع أي تحديد الدائرة الجغرافية لكل محكمة، واصبحت المحاكم تنتشر في معظم مدن العراق على مستوى الناحية والقضاء والمحافظات، ويتحدد الاختصاص المكاني تبعاً للتقسيمات الادارية لكل منها، حسب احكام المادة (٤٣) من قانون المرافعات المدنية (يحدد الاختصاص المكاني تبعاً للتقسيمات الادارية). لذا يلزم مراعاة هذه التقسيمات الادارية وفقاً لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨^[٢] الذي يحدد محافظات واقضية ونواحي العراق كافة، ويراعي المشرع العديد من الاعتبارات لتحديد المحكمة المختصة مكانياً بنظر الدعوى اهمها:

تحقيق موازنة عادلة بين الخصوم في الدعوى. فهو في الوقت الذي يكفل للمدعي اختيار الوقت الذي يرفع فيه دعواه وفي سقف زمني رحب يعد فيه مستنداته، يضمن للمدعى عليه عدم تحمل المشاق في الدفاع مما يستلزم أن ترفع الدعوى إلى المحكمة القريبة منه ولأن الأصل براءة الذمة. توخي نظر الدعوى من قبل القاضي الذي يكون بإمكانه أكثر من غيره الإحاطة بتفاصيل موضوع الدعوى لقربه منه. وقد يعطي المشرع للمدعي خيارات متعددة في إقامة الدعوى لاعتبارات إنسانية كما في دعاوى الأحوال الشخصية^[٣].

الاختصاص المكاني بوصفه قاعدة عامة في مسائل وامور الاحوال الشخصية (تسري على جميع الدعاوى ومنها الشرعية في محكمة محل اقامة المدعى عليه) حسب احكام المادة (٣٠٢) / المرافعات المدنية، الاستثناءات :-

١. يجوز أن تقام دعوى الطلاق والزواج بمحكمة محل العقد .
٢. يجوز أن تقام دعاوى الفرقة والطلاق في محكمة محل العقد ومحكمة محل اقامة المدعى عليه (٣٠٢ / مرافعات مدنية)

١- عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مطبعة العاني - بغداد، الجزء الاول والثاني، ص ٤٠٧.

٢- جريدة الوقائع العراقية، العدد: ٤٠٧٠ تاريخ: ٣١/٠٣/٢٠٠٨.

٣- الدكتور ادموهيب النداوي، المصدر السابق، ص ١٠٠

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

ومن القواعد العامة في مسائل الاحوال الشخصية والامور المتعلقة بها:

١. تقام دعاوى النفقة للأصول أو الفروع أو الزوجات في محل اقامة المدعى عليه أو المدعي (٣٠٤ / مرافعات مدنية)
 ٢. الاذن بالزواج من زوجة ثانية يعطى من قِبَل المحكمة التي يقيم فيها طالب الاذن ولا يوجد نص قانوني يحدد الاختصاص المكاني فيها، وترى بعض محاكم الموصل انه يحدد الاختصاص في هذه الحجة بعقد الزواج الاول ومحل اصداره.
 ٣. تعيين القيم على المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت أو الاعدام يكون من قِبَل المحكمة التي يقع في منطقتها محل إقامة المحكوم عليه (المواد / ٩٨-٨٧ / قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩).
 ٤. تختص محكمة محل اقامة المتوفى الدائم بإصدار القسام الشرعي ولا يعتد بالقسمات الشرعية الصادرة عن محكمة أخرى (١ / ٣٠٥ / مرافعات مدنية).
 ٥. دعاوى تصحيح القسام الشرعي يكون من قِبَل المحكمة التي اصدرت القسام الشرعي الاول المطلوب تصحيحه، وكذلك اصدار حجج التخارج المتعلقة بالقسام (٣٠٥ / مرافعات مدنية).
 ٦. نصب القيم للمفقود أو الاسير و الغائب يكون من اختصاص محكمة محل اقامة المفقود أو الاسير والغائب ويجوز للمحكمة التي يردها طلب من جهة رسمية أن تقوم بذلك ولو لم يقع ضمن منطقتها
 ٧. تجرى تصفية التركة في محل اقامة المتوفى الدائم مع مراعاة اختصاصات المحاكم الأخرى بشأن ما لديها من أموال المتوفى طبقاً لما هو منصوص عليه في قانون ادارة أموال القاصرين (٣٠٥ / ٣ و ٢ / مرافعات مدنية)، وغيرها من الدعاوى والحجج الشرعية والمعاملات.
- عليه فإن قواعد الاختصاص المكاني لا تعد من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها، ويجب الدفع به قبل التعرض لموضوع الدعوى من قبل الخصوم وليس المحكمة (الدفع بعدم الاختصاص المكاني يجب ابدائه كذلك قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق فيه)، (٧٤ / مرافعات مدنية) وتختص محكمة الاحوال الشخصية في الموصل بالاختصاص المكاني والتقسيم الجغرافي للمدينة الذي يحده من الشمال محكمة الاحوال الشخصية في تليكيف، ومن الشرق محاكم بعشيقية والحمدانية، ومن الجنوب محاكم حمام العليل و القيارة، ومن الغرب محاكم زمار وتلعفر وهكذا تختص كل محكمة بنظر الدعاوى الداخلة في اختصاصها المكاني ويتم الإحالة بين المحاكم حسب الاختصاص المكاني (إذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي أو المكاني، وجب

عليها أن تحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية حسب احكام المادة (٧٨/مرافعات مدنية).

٤- الاختصاص الشخصي لمحاكم الاحوال الشخصية:

ويقصد به سريان القانون من حيث الاشخاص، ولا يمكن تناول الموضوع بشكل مفصل لسعته وعدم جدواه في موضوع البحث والدراسة^[١]، وبشكل مجمل نصت الفقرة (١) من المادة (٢) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ على ما يأتي: (تسري احكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص) وبشكل عام يسري القانون الموضوعي على:

١. المسلمون من العراقيين.
٢. غير المسلمين (من العراقيين) الذين ليس لديهم احكام فقهية مكتوبة ومنتشرة مثل اليزيديين والصابئة.
٣. الاجانب المسلمون يطبق عليهم قانون الاحوال الشخصية العراقي إذا كان قانون بلادهم يطبق احكام الشريعة الاسلامية والاحكام الفقهية، إما المسلمين الاجانب من غير هؤلاء فيطبق عليهم القانون المدني العراقي.
٤. يطبق قانون الاحوال الشخصية إذا كان أحد الزوجين عراقياً. حسب احكام القانون (في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده) حسب المادة (١٩/٥ مدني).

الفرع الثاني

اختصاص المحكمة

كان اختصاص المحكمة الشرعية قديماً غير محدد بمسائل معينة وإنما تنظر في الدعاوى التي تعرض عليها وفق اختصاصها الشامل الى أن صدر قانون اصول المرافعات الشرعية العثماني في سنة ١٩١٧، والذي اصبح ساري المفعول في العراق بعد إقراره من مجلس الوزراء في العهد الملكي سنة ١٩٢٢، والمقترن بالإرادة الملكية، وكانت المحاكم الشرعية تنظر في دعاوى اتباع المذهب السني من المسلمين وهي العديد من الاختصاصات مثل الوقف، والتولية، والايتام، والحجج الشرعية، والنكاح والافتراق والنفقة والتركة والاذن بالأولياء والوصية وغيرها.

١- ينظر جمعة سعدون الربيعي المحامي، احكام الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية في العراق، مطبعة الجاحظ - بغداد، ١٩٩٥

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

اما الدعاوى الخاصة بأصحاب المذهب الجعفري واتباع الديانات الاخرى فكانت خارجة عن اختصاص المحاكم الشرعية وداخلة ضمن اختصاص المحاكم المدنية بموجب المادتين (١٦ و١٧) من بيان تأسيس المحاكم رقم (٦) لسنة ١٩١٧، وبعد أن تقام الدعوى لديها يحيلها القاضي الى عالم روحاني، وهذا يتخذ قراراً على ضوء الأحكام الشرعية وفق المذهب الجعفري، والعرف المرعي في الزمن الذي وقعت فيه الحادثة بين الطرفين، وبعد صدور قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣، اصبحت المحاكم الشرعية تنظر في دعاوى المسلمين السنة والجعفرية وتتعدد المحكمة من قاضي واحد إما أن يكون سنياً أو جعفرياً حسبما يراه وزير العدالة بالنظر للاحتياجات المحلية، وبالنسبة لوجود الأكثرية من أحد المذهبين عدا مدينتي بغداد والبصرة فيجوز تعيين قاضيين احدهما جعفري والاخر سني ووجب القانون اتباع قانون المرافعات الشرعية في جميع الدعاوى المقامة في المحاكم الشرعية، وقد اوضح القانون كيفية إحالة الدعوى على العالم الديني السني أو الجعفري أو الاحالة الى الأخذ برأي أحد المذاهب الاربعة إذا اتفق الطرفان على ذلك وكيفية الحصول على الرأي فيها [١].

وبعد صدور قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ تم الغاء مجلس التمييز الشرعي السني والجعفري وجاء في الاسباب الموجبة للقانون (ان اهم القواعد والمبادئ الاساسية الجديدة التي تضمنتها هذه اللائحة هي :

١. إنها ألغت مجلسي التمييز الشرعي السني والجعفري واستعاضت عنهما بهيئة جديدة استحدثت في محكمة تمييز العراق للنظر في مواد الأحوال الشخصية والشرعية اذ تبين أن تشكيل هذه الهيئة هو أكثر تمشياً مع التطور القضائي الذي تسير اليه البلاد وأجدى من ذينك المجلسين اللذين أصبحت الفائدة من وجودهما تكاد تكون في حكم المدومة، خاصة بعد صدور القانون رقم (٨) لسنة ١٩٣٤ الذي منحت مادته الاولى لوزير العدل حق الطلب الى أحد المجلسين اعادة النظر في القرار الذي يصدره عند وجود سبب من أسباب القانون وهو مبدأ لم يكن منسجماً مع القواعد القانونية والاحوال المرعية التي تتمشى ومبدأ استقلال القضاء ذلك من جهة ومن جهة أخرى فحيث أن الدولة قد قبلت مبدأ ضم الاحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية وتقنينها في قانون خاص هو قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وهو كبقية القوانين الاخرى التي تطبقها المحاكم – وتشرف على تطبيقها محكمة التمييز – فيكون والحالة هذه من قواعد العدالة وانسجام الاحكام أن يعطي حق الاشراف على تطبيق هذا القانون محكمة التمييز أيضاً).

واصدرت وزارة العدل العراقية بتاريخ ٢٧/٢/١٩٧٢ البيان رقم ك / ١ جاء فيه (بناءً على

١- المحامي عبدالحميد كبه، المصدر السابق، ص ٢١٩.

مقتضيات المصلحة العامة وتجاوزاً للاعتبارات القديمة والضيقة قرر ما يلي:

دمج محكمتي شرعية الرصافة السنية والجعفرية ببعضهما واعتبارهما محكمة واحدة تسمى محكمة شرعية بغداد الرصافة.

دمج محكمتي شرعية الكرخ السنية والجعفرية ببعضهما واعتبارهما محكمة واحدة تسمى محكمة شرعية بغداد الكرخ.

تسهيلاً لمهام تحرير التركات ولرجحان المركزية في رؤيتها ومعالجة شؤونها من جهة واحدة، وتخفيفاً من العبء الملقى على كاهل المحاكم الشرعية فقد قررنا استحداث محكمة لهذا الغرض تسمى محكمة تحرير التركات ويكون مقرها في مدينة بغداد الرصافة).

كما ألغى قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ بصدور قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩، ونصت المادة (١١) منه، على أنواع المحاكم، ومنها رابعاً: محاكم الاحوال الشخصية ونصت المادة (١٣) على هيئات محكمة التمييز ومنها (د) هيئة الاحوال الشخصية وتختص بالنظر في الاحكام والقرارات الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية طبقاً لأحكام القانون، كما نصت المادة (٢٦) منه على تشكل محكمة احوال شخصية أو أكثر في كل مكان فيه محكمة بداءة وفي المادة (٢٧) منه لرئيس مجلس القضاء الاعلى بناءً على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة احوال شخصية للنظر في نوع واحد أو أكثر من الدعاوى، ونصت المادة (٢٨) /اولاً): تنعقد محكمة الاحوال الشخصية من قاضي واحد وتختص بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية وفقاً لأحكام القانون؛ ثانياً: يعتبر قاضي محكمة البداءة المسلم قاضياً لمحكمة الاحوال الشخصية أن لم يكن لها قاضي خاص.

تم الاعداد لقانون عام يكون مرجعاً لقوانين المرافعات والاجراءات في المسائل الشرعية والمدنية والتجارية كافة وتم صدور قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ الساري المفعول حالياً، والذي اوضح اختصاص الوظيفي لمحكمة الاحوال الشخصية.

وهي المعمول بها في المحاكم العراقية كافة في العديد من المواد من المادة (٢٩٩) ولغاية المادة (٣١٨) منه نذكر منها المادة (٢٩٩) جاء فيها (تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية فإن لم يوجد نص تطبق أحكام المرافعات المبينة بهذا القانون بما يتلاءم مع طبيعة الدعوى الشرعية) والمادة (٣٠٠) التي تنص على: (تختص المحكمة الشرعية بالنظر في الأمور التالية: ١- الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر أمور الزوجية؛ ٢- الولاية والوصاية والقيومة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته والاذن له بالتصرفات الشرعية والقانونية؛ ٣- التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

الخيرى أو المشترك؛ ٤- الحجر ورفعها واثبات الرشد؛ ٥ - اثبات الوفاة وتحرير التركات وتعيين الحصص الارثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة؛ ٦- المفقود وما يتعلق به) .

مادة ٣٠١: (تنظم المحكمة الشرعية حجج الوصايا والوقف والحجج الأخرى التي تختص بها وتسجلها وفق القانون وتصادق على الوكالات المتعلقة بالدعاوى التي تقام لديها).

مادة ٣٠٢: (تختص المحكمة الشرعية بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة موقته أو بتعيين أمين على محضون متنازع على حضانتهم يقوم برعايته والحفاظة عليه إذا قام لديها من الاسباب ما يخشى منه خطر عاجل على طالب النفقة أو على بقاء المحضون تحت يد حاضنه حتى يبيت في أساس الدعوى كما تختص بغير ذلك من الأمور المستعجلة).

مادة ٣٠٥: (١ - تختص محكمة محل اقامة المتوفى الدائمي بإصدار القسام الشرعي؛ ٣ - تجرى تصفية التركة في محل اقامة المتوفى الدائم مع مراعاة اختصاصات المحاكم الأخرى بشأن ما لديها من أموال المتوفى طبقاً لما هو منصوص عليه في قانون ادارة أموال القاصرين).

مادة ٣٠٦: (١ - لا تقام الدعوى على المتولي نيابة عن ذوي العلاقة بالوقت إلا بعد الاذن الشرعي؛ ٢-الخصم في دعوى الوصية هو ذو الحق الشرعي في المال الذي تتعلق به الوصية)

مادة ٣٠٧: (١ - للقاضي ايقاع الحجر متى توافرت اسبابه دون خصومة أحد؛ أما الخصم في رفع الحجر فهو القيم).

مادة ٣٠٩: (١ - الاحكام الصادرة على بيت المال أو الأوقاف أو الصغار أو الغائبين أو المجانين أو المعتوهين أو غيرهم من ناقصي الأهلية والاحكام المتضمنة فسخ عقد الزواج أو التفريق أو الطلاق وكذلك الحجج المعتبرة بمثابة الاحكام كالحجج المتعلقة باستبدال الاوقاف والاذن بالقسمة الرضائية إذا لم تميز من قبل ذوي العلاقة فعلى القاضي ارسال الاضبارة في أقرب وقت ممكن إلى محكمة التمييز لأجراء التدقيقات التمييزية عليها .

٢ - لا تنفذ الأحكام والحجج المذكورة في الفقرة السابقة ما لم تصدق من محكمة التمييز .

٣ - أوامر القاضي التي يصدرها في حدود اختصاصه الولائي بالنسبة لغير ما ذكر يتبع فيها حكم الأوامر على العرائض كما هو مبين في المواد (١٥١ - ١٥٣) من هذا القانون).

وتتوزع الاختصاصات انفة الذكر بين خصومات ومنازعات تنظرها المحكمة في مواجهة الخصوم للفصل في النزاع المعروف عليها وبين معاملات وإجراءات وطلبات تقدم للمحكمة وتنظرها ضمن الاختصاص الولائي للمحكمة.

وغيرها من الاختصاصات التي تنص عليها القوانين والأنظمة الفرعية مثل قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠، وقانون الرعاية الاجتماعية رقم (١٢٦) لسنة ١٩٨٠، وقانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ وغيرها.

وتختص محكمة الاحوال الشخصية في الموصل بقسميها، الاول تختص بالنظر في الدعاوى والخصومات الناشئة عنها مثل دعاوى (اثبات الزواج والفرقة بأنواعها والمطواعة و الرجعة والنفقة والحضانة والمشاهدة) وغيرها كثير، إما القسم الثاني من المحكمة فتختص بالعقود والحجج الشرعية مثل عقود الزواج الجديدة والقديمة والحجج الشرعية على اختلافها من القسامات الشرعية وحجج الوصاية والقيومة والتخارج من القسام والاذن بالزواج وغيرها، وتقع هذه المحاكم في الجانب الايسر من مدينة الموصل حالياً ولضيق المكان وقدم الابنية هناك مشروع لنقل هذه المحاكم الى بناية مجاورة لمجمع المحاكم في بناية مقر محكمة استئناف نينوى في الجانب الايمن من مدينة الموصل.

المبحث الثاني

آليات المحكمة بإنهاء النزاع الأسري

ان النزاع الأسري المعروف للقضاء العراقي يمر بسلسلة من الإجراءات الشكلية والتنظيمية الميسرة تبدأ من كتابة عريضة الدعوى، ثم تقديم هذه العريضة أمام القاضي الذي بدوره يتولى مهمة توجيه الدعوى بإصدار أوامر على العرائض ضمن سلطته في القضاء الولائي، ومن ضمن هذه الأوامر احالة الدعوى إلى الباحث الاجتماعي، وهو ما سنتناوله في المطلب الاول، وبعد انتهاء مهام الباحث الاجتماعي تعرض الدعوى على القاضي المختص للبت بالدعوى وفقاً للقانون، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا الفصل.

المطلب الاول

دور الباحث الاجتماعي في إنهاء النزاع الاسري

يلعب الباحث الاجتماعي دوراً حيوياً ومهماً في التقريب بين وجهات نظر المختلف فيها بين الزوجين في بعض مسائل الاسرة، يعد دور الباحث الاجتماعي دوراً إنسانياً أكثر مما هو قانوني حيث ينظر في دعاوى اجتماعية تخص الأسرة والطفل والمتعلقة بقضايا اجتماعية واسرية خاصة إن العراق يقف في طليعة الدول العربية التي استعانت بالباحث الاجتماعي في المنظومة العمل القضائي، حيث أن وزارة العمل والشؤون الاجتماعية عيّنت سنة ١٩٥٤م عدداً من الموظفين من خريجات فرع الخدمة الاجتماعية للعمل بصفة باحثات اجتماعيات وكان عملهن يقتصر على حالات الطلاق فقط^[١].

١- القاضي ضياء كاظم الكتاني، دور الباحث الاجتماعي في الحد من ظاهرة الطلاق، منشور على موقع مجلس القضاء

الاعلى، <https://www.sjc.iq/view>

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

وفي سنة ١٩٨٥ أُستحدثت هيئة للبحث الاجتماعي، ومن خلال ذلك أُستحدث مكتب للبحث الاجتماعي في كل محكمة من محاكم الأحوال الشخصية، ويكون إحالة دعوى الطلاق إليه، اذ صدرت التعليمات رقم (٤) لسنة ١٩٨٥ الصادرة عن وزير العدل استناداً الى قانون وزارة العدل رقم (١٠١) لسنة ١٩٧٧ - الملغى^[١]، بشأن انشاء مكاتب البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية. الا أن عمل الباحث الاجتماعي كان عملاً مهنيًا أكثر مما هو إنساني، وأنَّ القاضي المختص وحينما ينظر الدعوى كان يقرر إحالة الزوجين إلى مكاتب البحث الاجتماعي أثناء جلسة المرافعة؛ وكانت قلما تحال الى المكتب لعدة اسباب، منها عدم وجود آليات محددة للعمل، وعدم انتشار المكاتب في المحاكم كافة، حيث كانت محاكم الاقضية والنواحي تخلو من هذه المكاتب ومن المختصين، وعدم بذل الجهد الكافي من العاملين عليها في حينه، حيث يحدد موعد لحضور الزوجين أمام الباحث الاجتماعي ويحدد موعداً آخرًا لحضورهما أمام المحكمة لحضور المرافعة، بمعنى أنَّ إجراءات البحث الاجتماعي كانت لاحقة لإجراءات التقاضي، وأن البحث الاجتماعي كان مقيداً بعامل الوقت أي أنه كان ملزماً بتقديم تقريره إلى القاضي قبل موعد المرافعة.

إلا أن عمل الباحث الاجتماعي اخذ دوراً أكثر فعالية، منذ تاريخ ١٥ / كانون الثاني / ٢٠٠٨، اذ أصدر مجلس القضاء الأعلى قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ تضمنت عدة قواعد لتنظيم العمل، وشكلت القواعد نقطة تحول في أداء البحث الاجتماعي في العراق بعد أن تحرر الباحث الاجتماعي من عامل الوقت الذي كان مقيداً به فيما سبق وأصبح الباحث يمارس دوره المهني والإنساني. وحيث أن القواعد المذكورة قد صدرت استناداً الى الأمر رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ والأمر رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٤ الذي بموجبه سُكِّل مجلس القضاء الأعلى وتشكيلاته، وبعد الغاء الأمر رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ بموجب المادة (١٠) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (٤٥) لسنة ٢٠١٧، جرى إصدار (قواعد تنظيم البحث الاجتماعي) في مكاتب البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧، وهي القواعد السارية المفعول و المعمول بها حالياً وهي ما سيتم الاشارة الى اهمها قدر تعلقها بالموضوع تفصيلاً.

وحسب قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧ ولغرض تنظيم اعمال البحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية ومحاكم الاحداث المرتبطة بمجلس القضاء الأعلى تقرر اصدار القواعد الاتية:(سيتم الاشارة الى النصوص المتعلقة بموضوع البحث حصرًا)

١- نشرت هذه التعليمات في جريدة الوقائع العراقية العدد (٣٠٦٢) في ٩/٩/١٩٨٥.

(يشكل مكتب للبحث الاجتماعي في كل محكمة من محاكم الاحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية ومحاكم الاحداث، ويتكون المكتب من باحث اجتماعي أو أكثر وعند تعددهم يرأسهم الباحث الاجتماعي الاقدم .

- يرتبط منتسبو مكتب البحث الاجتماعي ادارياً بالقاضي الأول في المحكمة وفنياً بهيأة البحث الاجتماعي^[١].

الشروط الواجب توافرها في الباحث الاجتماعي

وفي الفقرات الاتية من القواعد يشير المشرع العراقي الى الشروط الواجب توافرها في الباحث الاجتماعي بقوله: ((خامساً: يشترط فيمن يعين أو ينسب الى العمل في مكتب البحث الاجتماعي: ١. أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية اولية أو شهادة من المعاهد الفنية في اختصاص الخدمة الاجتماعية وعلم النفس وعلم الاجتماع: ٢. أن لا يقل عمره عن ٢٥ سنة ويفضل أن يكون متزوجاً؛ ٣. أن يكون مؤهلاً لأعمال البحث الاجتماعي ولديه استعداد شخصي لذلك .

سابعاً: تتولى مكاتب البحث الاجتماعي في المحكمة ما يأتي: ١. القيام بالبحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية في دعاوى الطلاق، التفريق^[٢] (ما عدا التفريق قبل الدخول)، المطاوعة، النشوز، الحضانة، معاملات الأذن بالزواج من زوجة اخرى والزواج المبكر (حجة ضرورة قصوى والدعاوى والمعاملات الاخرى التي ترى المحكمة احواله على البحث الاجتماعي وفقاً لسلطتها التقديرية.

ثامناً: تحال الدعاوى والمعاملات المذكورة بالفقرة (١) / (سابعاً) اعلاه على مكتب البحث الاجتماعي ولا تؤثر في سجل اساس الدعاوى، وإنما في سجل خاص يمسك من قِبَل الباحث الاجتماعي في المحكمة أو أحد الموظفين فيها لغرض المتابعة باستثناء دعاوى تصديق الطلاق الخارجي (سواء كان طلاقاً رجعيًا أو بائناً) أو المخالعة حيث تسجل في سجل اساس المحكمة ويبلغ طرفي الدعوى بموعد المرافعة ويقرر القاضي في الجلسة الأولى احوال الطرفين على البحث الاجتماعي.

تاسعاً: يجري تبليغ اطراف الدعوى غير المسجلة في سجل اساس دعوى المحكمة بالحضور امام الباحث الاجتماعي من قِبَل قاضي محكمة الاحوال الشخصية التابع له مكتب البحث الاجتماعي ويتم البت بصحة تلك التبليغ من عدمه من نفس القاضي، وليس من قِبَل الباحث الاجتماعي.

عاشراً: في حالة عدم حضور اطراف الدعوى غير المسجلة في سجل اساس المحكمة امام الباحث

١- الفقرة ثانياً وثالثاً من قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧.

٢- (ما عدا التفريق قبل الدخول) لأن الحياة الزوجية لم تكتمل بعد بالدخول وبإمكان الباحث الاجتماعي تدليل العقبات النفسية والاجتماعية قدر المستطاع ومن اليسر تجاوزها في هذه المرحلة بين الزوجين.

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

الاجتماعي في الموعد المقرر لإجراء البحث الاجتماعي معهم رغم تبلغهم اصوليا ومضي مدة عشرة ايام من تاريخ تبلغهم تحفظ لدى الباحث الاجتماعي المختص.

حادي عشر: تقتصر جلسات البحث على طرفي الدعوى بالذات.

ثاني عشر: يقدم المكتب توصية في موضوع الدعوى أو المعاملة موضوع البحث الاجتماعي المسجلة في سجل اساس المحكمة الى المحكمة أو القاضي المختص مع مراعاة أن يحدد عمل الباحث الاجتماعي بسقف زمني وفق الحالة المعروضة.

ثالث عشر: بعد تقديم المكتب توصيته في موضوع الدعوى أو المعاملة موضوع البحث الاجتماعي الى المحكمة أو القاضي المختص تسجل الدعوى في سجل اساس الدعاوى ويحدد موعد نظرها وفقاً للأصول بالنسبة للدعاوى غير المسجلة في سجل اساس المحكمة.

رابع عشر: على الباحث الاجتماعي اجراء البحث الاجتماعي الميداني عند ضرورة ذلك.

خامس عشر: تتولى رئاسة محكمة الاستئناف في كل منطقة تهيأت المكان المناسب والمستلزمات

الضرورية لعمل مكتب البحث الاجتماعي^[١].

هذه اهم قواعد عمل الباحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية في العراق، ومنها الموصل، وقد قدم اعضاء الادعاء العام في محكمة الاحوال الشخصية في الموصل مطالعة متعلقة بعمل الباحث الاجتماعي الى هيئة الاشراف القضائي في مجلس القضاء الاعلى، والتي قدمت مقترحاتها بهذا الخصوص ولأهميتها نتناولها بشكل مفصل: زيارة مكتب البحث الاجتماعي في الموصل من هيئة الاشراف القضائي^[٢].

وجاء في دراسة هيئة الاشراف القضائي في مجلس القضاء الاعلى ما يأتي :

- تضمنت تقرير الزيارة المذكورة بخصوص القضايا المتعلقة بالطلاق والتفريق بأن من اهم

اسباب الخلافات الزوجية :

١. عدم التكافؤ بين الزوجين واختلاف المستوى الاجتماعي والثقافي بينهما .

٢. تدخل ذوي الزوجين في حياة أولادهم الزوجية .

١- قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧.

٢- (إشارة الى المطالعة المقدمة من قبل قسم المتابعة في هذه الهيئة المتضمنة بيان الرأي بشأن ما ورد بالمقترحات المقدمة من قبل نيابة الادعاء العام امام محكمة الأحوال الشخصية في الموصل اثناء الزيارة الجارية من قبل نائبي الادعاء العام السيدين (زاهر حمزة مجيد ومجيد نايف حسن) لمكتب البحث الاجتماعي في محكمة الأحوال الشخصية في الموصل وما تمخضت عنه الزيارة من اللقاء بالعاملين فيه والاطلاع سجلات المكتب وبيان السلبيات والمعوقات التي تواجههم والنتائج التي تم التوصل اليها، تم تقديم الدراسة رقم ١٢٢/دراسات/٢٠١٨ منشورة بتاريخ ٢٤/٢/٢٠٢١، على

موقع مجلس القضاء الاعلى في العراق على الرابط <https://www.sjc.iq/view>

٣. ضعف الحالة المادية للزوج وعدم قدرته على توفير كل مستلزمات الزواج .
٤. استخدام الموبايل ووسائل التواصل الاجتماعي بشكل عشوائي وعبثي .
٥. الزواج المبكر لكلا الزوجين وعدم قدرة الطرفين على تحمل مسؤولية الزواج .
٦. ما خلفه داعش الاجرامي من اثار اجتماعية وانسانية على المدينة وافرارات تلك الحقبة المظلمة التي

عاشها أهل مدينة الموصل وتأثيراتها النفسية عليهم .

والمقترحات التي خلصوا لها من كل ذلك وهي:

١. عدم الجدوى من احالة دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة الى المكتب المذكور حيث أن الطلاق قد وقع فعلا وان دور المحكمة في هكذا دعاوى يقتصر على اصدار الحكم بتصديق الطلاق أو برد الدعوى .
٢. اعداد دورات خاصة لرفع كفاءة ومهارة الباحثين الاجتماعيين .
٣. مفاتحة نقابة المحامين لغرض توجيه المحامين لضرورة الالتزام بسياقات سلوك المهنة وعدم التدخل
٤. إعمال مكاتب البحث الاجتماعي .
٥. تهيئة مكان مناسب لعمل مكتب البحث الاجتماعي تتوفر فيه أسباب نجاح عمل المكتب .
٦. مفاتحة المنظمات الإنسانية ومنظمات المجتمع المدني بقصد تكثيف الجهد وتقديم النصح والارشاد بخصوص ما خلفه تنظيم داعش الارهابي وما ترتب على ذلك من اثار نفسية واجتماعية .

وبعد وضع المقترحات المشار إليها موضوع التدقيق والتأمل كونها مقترحات محل تقدير وثناء في اغلبها و بناءً على ذلك نبين الاتي بشأنها:

١. فيما يتعلق بموضوع عدم احالة دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة إلى مكتب البحث الاجتماعي بحجه عدم جدوى ذلك لأن الطلاق وفقا للمقترح المذكور قد وقع وان دور المحكمة في هكذا دعاوى يقتصر على إصدار الحكم بتصديق الطلاق أو برد الدعوى هو مقترح مع شديد الاحترام محل نظر لأن مكاتب البحث الاجتماعي ليس دورها فقط تقريب شقة الخلاف ما بين الطرفين عند حصول خلاف بينها، إنما من أهم واجباته دراسة أسباب الخلافات الزوجية التي تحصل بينهما وأسباب الطلاق ولماذا أقدم الزوج على الطلاق وهل هناك تقصير ومن هو المقصر وهو أمر يساعد المحكمة في حسم الدعوى وفي بيان المقصر خصوصا إذا ما حصلت مطالبة من قبل الزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لذا فإن

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

ما ورد بقواعد البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧ بالفقرة (سابعاً/١) والمتضمن القيام بالبحث الاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية في دعاوى الطلاق والتفريق (ماعدًا التفريق قبل الدخول) المطاوعة، النشوز، الحضانة معاملات الاذن بالزواج من زوجه أخرى والزواج المبكر (حجة ضرورة قصوى) والدعاوى والمعاملات الأخرى التي ترى المحكمة احوالها على البحث الاجتماعي وفقاً لسلطتها التقديرية هي الاوفق والأفضل تحقيقاً لأهداف ومضامين مكتب البحث الاجتماعي وبالتالي يتوجب احوال دعاوى الطلاق الواقع خارج المحكمة على مكتب البحث الاجتماعي.

٢. اما ما ورد بالمقترح الثاني والمتضمن اعداد دورات خاصة لرفع كفاءة الباحثين الاجتماعيين ومهارتهم فهو أمر بالغ الأهمية لما يقوم به الباحث الاجتماعي من دور كبير في أحيان كثيرة جداً من ايجاد حلول للطرفين المتخاصمين قبل اصدار حكم في الدعوى سواء كان في دعاوى الحضانة أو في دعاوى المطاوعة وحتى في دعاوى تصديق الطلاق ففي أحيان كثيرة يتم التوفيق بين الطرفين ويحصل الاتفاق بينهم على عوده الحياة الزوجية، وان هذا الأمر يحتاج الى باحث اجتماعي يتمتع بقدر كبير من المعرفة والثقافة القانونية والاجتماعية ولديه علم كافٍ بأساليب البحث الاجتماعي الحديث، وان هذا الأمر لا يحصل إلا من خلال اخضاع الباحثين الاجتماعيين لدورات تطويري؛ وبشكل دوري في معهد التطوير القضائي أو المعهد القضائي لتلقي العلوم الإنسانية المتخصصة بشأن البحث الاجتماعي من قبل مختصين بهذا المجال.

٣. أما ما ورد بالمقترح الثالث بشأن توجيه المحامين لضرورة الالتزام بسياقات سلوك المهنة وعدم التدخل بأعمال مكاتب البحث الاجتماعي فهو أمر بالغ الأهمية إذ لا دور للمحامين بشأن ما يجري في مكتب البحث الاجتماعي كون الباحث الاجتماعي ليس قاضياً يفصل بالمنازعات حتى يتم مناقشته من قبلهم أو تقديم الدفوع إليه إذ أن دور المحامي فقط ينحصر بإحضار موكله لمكتب البحث الاجتماعي ولا يتدخل بالمناقشات التي يجريها الباحث الاجتماعي مع موكله أو حتى خصم موكله.

٤. أما ما جاء بالمقترح السادس والمتضمن مفاتحة المنظمات الإنسانية ومنظمات المجتمع المدني بقصد تكثيف الجهد وتقديم النصح والارشاد بخصوص ما خلفه تنظيم داعش الارهابي، وما ترتب على ذلك من اثار نفسية واجتماعية هو أمر لا يتلاءم وطبيعة العمل القضائي ومؤسسات مجلس القضاء الأعلى في الاعتماد على هكذا منظمات انسانية ان ينأى مجلس القضاء الأعلى عن الارتباط هكذا تعاون والذي قد تفسر من الآخرين بأن فيه نوع

من التدخل لاسيما وان مجلس القضاء الأعلى فيه من الامكانيات الجيدة لدعم عمل هذه المكاتب دون الاعتماد على هذه المنظمات الإنسانية .
التوصيات التي توصلت إليها من هيئة الاشراف القضائي: استناداً لما تقدم من نتائج نوصي ما يلي:
إشعار رئاسة محكمة استئناف نينوى الاتحادية بما يلي:

١. اشعار محاكم الأحوال الشخصية في الموصل وكذلك مكاتب البحث الاجتماعي التابعة لها بضرورة التقيد بقواعد البحث الاجتماعي الصادرة عن مجلس القضاء الأعلى رقم (١) لسنة ٢٠١٧ لما فيها من أهمية كبيره في تقريب شقة الخلاف ما بين الطرفين عند حصول خلاف بينها وبيان ودراسة أسباب الخلافات الزوجية التي تحصل بينهما وأسباب الطلاق ولماذا أقدم الزوج على الطلاق وهل هناك تقصير ومن هو المقصر وهو أمر يساعد المحكمة في حسم الدعوى وفي بيان المقصر خصوصا إذا ما حصلت مطالبة من قبل الزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

٢. إعداد دورات خاصة لرفع كفاءة الباحثين الاجتماعيين ومهارتهم في معهد التطوير القضائي أو المعهد القضائي لتلقي العلوم الإنسانية المتخصصة بشأن البحث الاجتماعي من قبل مختصين بهذا المجال لتطوير قابلياتهم بالعلوم الإنسانية والقانونية المتعلقة بأمور البحث الاجتماعي.

٣. مفاتحة نقابة المحامين لغرض توجيه السادة المحامين بضرورة الالتزام بسياقات سلوك المهنة وعدم التدخل بأعمال مكاتب البحث الاجتماعي، كون الباحث الاجتماعي ليس قاضياً يفصل بالمنازعات حتى يتم مناقشته من قبلهم أو تقديم الدفوع اليه إذا أن دور المحامي فقط ينحصر بإحضار موكله لمكتب البحث الاجتماعي ولا يتدخل بالمناقشات التي يجريها الباحث الاجتماعي مع موكلة أو حتى أو خصم موكله.

٤. تهيئة مكان مناسب لعمل مكتب البحث الاجتماعي تتوفر فيه أسباب نجاح عمل المكتب.

٥. تكليف السادة نواب الادعاء العام امام محكمة الأحوال الشخصية بضرورة اجراء الزيارات الميدانية لمكاتب البحث الاجتماعي المرتبطة بمحاكم الأحوال الشخصية وتقييم عملها وبيان أي سلبيات أو معوقات تظهر اثناء العمل والاشعار بذلك لمجلس القضاء الأعلى هيئة البحث الاجتماعي وكذلك رئاسة محكمة الاستئناف بغية ايجاد الحلول المناسبة لها.

وحسب احكام القانون فإنه لا يحق للمحامي الحضور في جلسات البحث الاجتماعي أو تقديم الدفوع والاقوال فيها أو طلب الامهال أو تقديم لوائح لأن مكتب البحث الاجتماعي ليس مكانا للتقاضي وإنما جهة استماع للطرفين ومحاولة لإعادة الحياة الزوجية الى مجاريها، اذ نصت الفقرة

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

(٢) من المادة {٣٤} من قانون الأحوال الشخصية على أنه: (٢) - لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم في ايقاع الطلاق).

ومن خلال احصائية الدعاوى والمعاملات المحالة الى مكتب البحث الاجتماعي في محكمة الاحوال الشخصية في الموصل لسنة ٢٠٢٢ [١].

نجد دور الباحث الاجتماعي فعالا وبارزا في انهاء الخصومة في النزاع العائلي والاسري ونجح في ايقاع الصلح بين الطرفين في (٩٤٤) تسعمائة واربع واربعين حالة وهو عدد جيد من لسنة واحدة فقط، كما أبطل (٧٢٩) سبعمائة وتسع وعشرين حالة من خلال ترك الزوج أو الزوجة المشكلة واعطاء الفرصة لأنفسهم مجددا للتفكير سواء باستئناف الحياة الزوجية أو الابقاء على المشكلة دون حسم.

ومع هذا النجاح فإن الباحث الاجتماعي فشل في وإحالتها (٤٤٨٧) اربعة الاف واربعمائة وسبع وثمانين حالة، ولم يتم بذل الجهد الكافي مع الطرفين وإحالتها الى القضاء لأنهاتتها وفقا للقانون، ولا ننسى أن مكتب البحث الاجتماعي في الموصل، منح (٧٧١) سبعمائة وإحدى وسبعين حالة اذنا بالزواج من زوجة ثانية خلال السنة ذاتها والتي تشير الى حالة القبول بواقع الزوجة الثانية دون اللجوء الى القضاء في انهاء المشكلة الزوجية حيث أن اغلب الحالات تدون اقوال الزوجة الاولى امام الباحث بالموافقة على لجوء زوجها الى الزواج من ثانية وبدون نزاع [٢].

نماذج مختارة من تقارير مكتب البحث الاجتماعي في الموصل لسنة ٢٠٢٢

نموذج رقم (١)

نوع الدعوى تفريق

اسم المدعية: خ س م / تولد ١٩٩٨ / المهنة: ربة بيت / محل الإقامة: الموصل / دجه بركة التحصيل الدراسي : امية / عدد مرات الزواج: مرة واحدة / عدد الأبناء: اثنان درجة القرابة: لا يوجد قرابة / السكن مستقل. تاريخ عقد الزواج: ٢٠١٨ / ٥ / ٢٢ .

اسم المدعى عليه: ع ح ع / تولد: ١٩٨٤ المهنة: كاسب / محل الإقامة بالموصل / الاربحية / التحصيل العلمي: ابتدائية / باقي البيانات مشتركة .

ملخص الحالة: عقدت جلسة البحث الاجتماعي بحضور الطرفين وتبين الاتي / من خلال المقابلة

١- تم الاعتماد على الاحصائيات الرسمية لمحكمة الاحوال الشخصية في الموصل لسنة ٢٠٢٢ والتي تم ارسالها الى مجلس القضاء الاعلى.

٢- لا يمكن حصر اسباب الخلافات الزوجية وقد حاول بعض الباحثين الاجتماعيين في الموصل ذكر بعضها، عمر العلي، رحلة قصيرة بين عشرة اسباب للطلاق، دار مشكين -العراق - الموصل، طبعة الاولى ٢٠٢٢.

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

مع المدعية وحسب اقوالها أن مدة الزواج اربع سنوات ونصف وان مدة الهجر كانت شهر بسبب أن الزوج قام بالتلفظ عليها بالكلمات غير اللائقة مما سبب لها ضرر يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية وانها مصرة على التفريق، أما من ناحية المدعى عليه وحسب اقواله أن سبب مشكلتهم أن الزوجة هي التي بادرت بالتجاوز عليه بكلمات نابية وانها حاولت الأنتحار إلا انه منعها وانه موافق على التفريق، ورغم توجيه النصح والارشاد من قبل مكتب البحث الاجتماعي إلا انه لم يحصل الصلح مع التقدير.

نموذج رقم (٢)

نوع الدعوى مخالعة

اسم المدعية: ن ح ع / العمر: ٢٠٠٤ / المهنة: ربة بيت / محل الإقامة: الموصل حي البكر
التحصيل العلمي: ابتدائية / تاريخ عقد الزواج: ٢٠٢٠/٤/٢٢ / عدد الأبناء: لا يوجد / درجة
القرابة: لا يوجد / عدد مرات الزواج: مرة واحدة / نوع السكن: مستقل
اسم المدعى عليه: س س ي / العمر: ٢٠٠٠ / المهنة: كاسب / محل الإقامة: الموصلحي المزارع
/ التحصيل العلمي: متوسطة (باقي البيانات مشتركة)

ملخص الحالة: عقدت جلسة البحث الاجتماعي بحضور الطرفين وتبين الاتي / من خلال
المقابلة مع الطرفين وحسب اقوالهم أن مدة الزواج سنة ونصف السنة وانا مدة الهجر ستة اشهر
كانت بسبب عناد الزوجة وتدخل والدة الزوج والاهل في الحياة الزوجية مما ادى الى خلافات
ومشكلات وإصرارهم على المخالعة، وتم تقديم النصح والارشاد من قبل مكتب البحث الاجتماعي
وتم الاتفاق على الصلح، وان ترجع الزوجة الى الحياة الزوجية بدون عناد مع التقدير.

نموذج رقم (٣)

نوع الدعوى مخالعة

اسم المدعى: ع ا ح / العمر: ١٩٨٩ / المهنة: كاسب / محل الإقامة: الموصل / حي فلسطين
/ التحصيل العلمي: ابتدائية / تاريخ عقد الزواج: ٢٠١٤/٣/١١ / عدد الأبناء: لا يوجد / درجة
القرابة: يوجد / عدد مرات الزواج مرة واحدة / نوع السكن: مشترك.
اسم المدعى عليها: ح ا ع / العمر: ١٩٩٧ / المهنة: ربة بيت / محل الإقامة: الموصل / حي
المقدس / التحصيل العلمي: ابتدائية / (باقي البيانات مشتركة)

ملخص الحالة: عقدت جلسة البحث الاجتماعي بحضور الطرفين وتبين الاتي / من خلال
المقابلة مع الطرفين، تبين وحسب اقوال الطرفين انا مدة الزواج ثمانية سنوات وان سبب الهجر
كانت بسبب أن الزوجة لها رغبة كبيرة في انجاب الاطفال وأن زوجها ضعف حالته المادية و يرفض

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

المراجعة الى الاطباء وقال الزوج أن فحوصات الطرفين سليمة ولا توجد لديهم مشكلة صحية واصرت الزوجة على المخالعة لرغبتها بأنجاب الاطفال تم توجيه النصح الارشاد للزوجة بأن معالجة المشكلة صحيا افضل من الدخول في المشكلات المجتمعية وان طلاقها لا تحل المشكلة لا سيما وان سنهما قارب للثلاثين عامو من الصعب عليها ايجاد زوج بعمرها يبحث عن الأطفال ويتزوج مطلقة ليس لديها اطفال، وبعد النصح من مكتب البحث وافقت على تأجيل الجلسة للتفكير بالصلح، وحضر اليوم الزوج و ابلغنا بحصول الصلح بيت الطرفين وأنه سوف يبذل قصارى جهده لمراجعة الاطباء معالتقدير.

نموذج رقم (٤)

نوع الدعوى تفريق

اسم المدعية: ر ه د / العمر: ١٩٧٩ / المهنة: موظفة / محل الإقامة: الموصل: حي الفلاح /
التحصيل العلمي: بكالوريوس / تاريخ عقد الزواج: ٢٠١١/٢/٢٢ / عدد الأبناء: اثنان درجة
القرابة: لا يوجد / عدد مرات الزواج مرة واحدة / نوع السكن: مستقل .
اسم المدعى عليه: أ ف ع / العمر: ١٩٧٩ / المهنة: موظف / محل الإقامة: الموصل حي المعلمين
/ التحصيل العلمي: دبلوم طبي / (باقي البيانات مشتركة) .

ملخص الحالة/ عقدت جلسة البحث الاجتماعي بحضور الطرفين وتبين الاتي / من خلال
المقابلة مع المدعية وحسب اقوالها أن مدة الزواج اثنا عشر سنة، وان مدة الهجر خمس سنوات كانت
بسبب مشكلات وخلافات وتدخّل الاهل واختلاف طباع الطرفين و قد اقام زوجي دعوة مطاوعة
ونشوز في هذه المحكمة ورفضت الرجوع الى دار الزوجية لاستحالة استمرار الحياة معه، ورغم
توجيه النصح والارشاد من قبل مكتب البحث الاجتماعي إلا أن المدعية مصرّة على التفريق، إما من
خلال المقابلة مع المدعى عليه، حسب اقواله أنه قد حاول ارجاعها إلى دار الزوجة وبكل الطرق
المتاحة للإصلاح إلا أنها ترفض وان المشكلات والخلافات بسيطة ولا تستوجب التفريق وتمسك
بالحياة الزوجية مع التقدير.

المطلب الثاني

اجراءات المحكمة في انتهاء النزاع الاسري

بعد انتهاء الباحث الاجتماعي من عمله وعدم تمكنه من انتهاء المشكلة رغم محاولته الجادة
في ذلك، يقدم الباحث تقريره متضمناً أن كل طرف مصرّاً على رائيه في المشكلة، فالزوجة مثلاً
ترفض العودة لدار الزوجة وتصر على التفريق لقيام الزوج بإقامة علاقات مع الفتيات أو لبخله أو

لقيام الزوج بضربها أو إيذاؤها نفسياً بالسب أو الشتم أو تدخل الاهل في حياتهما أو رفضه مواصلة الدراسة أو غيرها من الاسباب وهي لا تعد فكل حالة لها خصوصيتها، وان الزوج مصرٌّ على رائيه كون زوجته لا تطيعه أو لا تقوم بالواجبات الزوجية أو ترفض السكن مع اهله أو مصابة بمرض نفسي أو سليطة اللسان أو لديها خيانة زوجية وغيرها من الاسباب.

رسم النظام القانوني العراقي الطريق القويم في إنهاء النزاع الاسري المعروف على القضاء مع الاشارة الى انه لا يجوز امتناع القاضي عن نظر الدعوى^[١].

ان النظام القانوني في العراق فتح المجال رحباً أمام قاضي الاحوال الشخصية ليجد الحل الذي ينطبق وواقعة الدعوى المعروضة عليه، ويصدر الحكم الذي يراه موافقاً للقانون استناداً الى التسلسل الوارد في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩؛ أن طرق انتهاء الدعوى متعددة تعدد الدعوى على اختلافها وخصوصية كل دعوى وكل طرف من الاطراف، فما ينفع مع أحد الاشخاص قد لا ينفع مع الاخر وما ينجح مع احدهن قد لا ينجح مع الاخرى وهكذا طبيعة وظروف كل شخص وكل حالة تختلف عن الاخرى، واساليب المحكمة مقيدة بنص القانون فلا تستطيع المحكمة اللجوء الى اساليب غير قانونية والا كان قراره معرضاً للأبطال والنقض تمييزاً، أن اساليب المحكمة في إنهاء النزاع العائلي عديدة ومن اهمها:

الترك والابطال

الحكم بالرد

الحكم وفق الادعاء (الطلب)

التحكيم (ولأهميته قد نخصص لها بحثاً مستقلاً حيث قد تستمر الحياة الزوجية مع وجود الخلافات والمشكلات الزوجية فتتجه المحكمة الى التحكيم لإنهاء النزاع الاسري)

وسوف نتناول كل حالة من الحالات- بشي من الايجاز- لأن كل حالة بحاجة الى بحث كامل لا اهمية لذكرها هنا، لذا سنتناولها تباعاً:

١- وجاء نص المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية متضمناً (لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقضه أو الإغداد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق .يعد أيضاً التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق) والحكمة من هذا الالزام هي بسبب وظيفة القاضي وليس مصدره حقاً شخصياً للخصم تجاه القاضي وقد رسمت المادة الاولى من القانون الاحوال الشخصية حلافي حال خلو النص القانوني للدعوى المعروضة على القضاء: (١-تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.٢-إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.٣-تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

١- الترتك والابطال:

كما أن للمدعي الحق في إقامة الدعوى أو عدم إقامتها من حيث الاساس، فإن له الحق أن يترك دعواه رغم اجراء البحث الاجتماعي وتسجيل الدعوى ودفع الرسوم المقتضية بموجب القانون، وحالات الابطال كثيرة، سوف نذكر اهمها، ان تنص المادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية على (١) - إذا وجد خطأ أو نقص في البيانات الواجب ذكرها في عريضة الدعوى من شأنه أن يجهل المدعى به أو المدعى أو المدعى عليه أو المحل المختار لغرض التبليغ بحيث لا يمكن اجراء التبليغ بطلب من المدعى اصلاحه خلال مدة مناسبة والا تبطل العريضة بقرار من المحكمة؛ ٢ - تقرر المحكمة ابطال عريضة الدعوى، إذا تعذر تبليغ المدعى لتكليفه بما ورد في الفقرة ١ من هذه المادة)، و حسب احكام القانون تنص المادة (٥٤) من قانون المرافعات المدنية على: (١) - تترك الدعوى للمراجعة إذا اتفق الطرفان على ذلك، أو إذا لم يحضرا رغم تبليغهما أو رغم تبليغ المدعي . فإذا بقيت الدعوى كذلك عشرة ايام ولم يطلب المدعى أو المدعى عليه السير فيها تقرر المحكمة ابطال العريضة؛ ٢- إذا جددت الدعوى بعد تركها للمراجعة تجرى المرافعة فيها من النقطة التي وقفت عندها؛ ٣- إذا لم يحضر الطرفان للمرة الثانية فلا تترك الدعوى للمراجعة وانما تقرر المحكمة ابطال عريضتها؛ ٤- لا يمنع ابطال العريضة من اقامة الدعوى مجدداً، وان نتيجة ترك الدعوى للمراجعة بعد عشرة ايام لا تبقى متروكة وانما تبطل بحكم القانون والابطال هو النتيجة النهائية لها.

كما أن للمدعي الحق في إقامة الدعوى أو عدم إقامتها من حيث الاساس، فإن له الحق بطلب إبطالها بعد أن يكون قد أقامها ولكن ضمن سقف زمني محدد قانونياً. فقد نصت المادة (٨٨) من قانون المرافعات على أنه (١) - للمدعي أن يطلب إبطال عريضة دعواه إلا إذا كانت قد تهيأت للحكم فيها؛ ٢- يكون ذلك بعريضة يقدمها للمحكمة ويؤيدها أمامها مع تبليغها إلى الخصم الآخر أو بإقرار يصدر منه في الجلسة ويدون بمحضرها؛ ٣- لا يقبل من المدعى عليه أن يعترض على هذا الطلب إلا إذا كان قد دفع الدعوى بدفع يؤدي إلى ردها؛ ٤- يترتب على إبطال عريضة الدعوى اعتبارها كأن لم تكن؛ ٥- القرار الصادر بإبطال عريضة الدعوى يكون قابلاً للتمييز).

الفقرات الخمس من هذه المادة تناولت بالإيضاح القواعد الخاصة بإجراءات ابطال عريضة الدعوى والمرحلة التي يمكن تقديم الطلب فيها، وموقف المدعى عليه من ذلك وطرق الطعن في قرار الإبطال، إن طلب إبطال عريضة الدعوى لا ينصرف إلى التنازل عن الحق المطالب به في عريضة الدعوى وإنما هو يطلب التنازل عن المحاكمة وإجراءاتها، ويتحمل بذلك المصاريف التي دفعها من رسوم وأجور محاماة فيما يتعلق به وبأجور محاماة خصمه، إلا أن ذلك لا يمنع من إقامة دعوى جديدة بعد دفع رسم أما عن موقف المدعى عليه من هذا الطلب فهو يستطيع أن يعترض عليه فيما

إذا كان قد قدم دعواً دفاعاً يؤدي إلى رد الدعوى كدفعه بعدم التطبيق أو انكار الضرر بالزوجة أو عدم الخيانة في دعوى التفريق وغيرها، أما الآثار القانونية التي تترتب على إبطال عريضة الدعوى فهي اعتبار الدعوى كأن لم تكن وهذا يعني أن الإجراءات كافة التي اتخذتها المحكمة تعتبر ملغاة، وإذا تعدد المدعى عليهم، فللمدعي الحق أن يطلب إبطال عريضة دعواه بالنسبة لبعضهم وتعتبر الدعوى مستمرة بالنسبة للباقيين، ويحق للمحكمة في أحوال خاصة أن تمتنع عن قبول إبطال عريضة الدعوى دون طلب من المدعى عليه، بسبب طبيعة الدعوى المنظورة أمامها، ففي بعض المسائل الشرعية المتعلقة بولاية القاضي العامة كمسائل الحسبة والطلاق أو بطلان الزواج بسبب موانع الزواج لأنها متعلقة بالحل والحرمة لا يجوز للمحكمة أن تقبل إبطال عريضة الدعوى ما لم تربط بحكم الدعوى لأن نص المادة (٢٩٩) مرافعات قد نص على تطبيق قانون المرافعات على الدعوى الشرعية بما يتلاءم وطبيعة الدعوى الشرعية.

وقرار المحكمة الصادر بإبطال عريضة الدعوى يكون قابلاً للطعن فيه تمييزاً أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية حسب التعديل الأخير لقانون المرافعات المدنية رقم (١٠) لسنة ٢٠١٦ التي تنص على:

(يكون الطعن تمييزاً في القرارات المنصوص عليها في الفقرة (٢) من المادة (٢١٦) من القانون، لدى محكمة استئناف المنطقة، سواء كانت صادرة من محكمة البداية أو محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية، ويكون الطعن فيها تمييزاً، أمام محكمة التمييز الاتحادية إذا كانت صادرة من محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية، أمام محكمة التمييز الاتحادية إذا كانت صادرة من محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية، ويكون القرار التمييزي الصادر نتيجة الطعن باتاً).^[١] وحسب الاحصائية الرسمية لمحكمة الاحوال الشخصية في الموصل لسنة ٢٠٢٢، فإنه قد ابطلت (٢٩٤٣) الفين وتسعمائة وثلاث واربعين دعوى خلال السنة، وبقيت (٦٥) خمس وستين دعوى متروكة للمراجعة لعدم اتمام المدة القانونية للأبطال البالغة عشرة ايام منها (١٢٥) مائة وخمس وعشرين دعوى من دعاوى طلب الطلاق، و(٢٥٨) مائتان وثمانين وخمسين دعوى من دعاوى طلب التفريق سواء اكان الزوج أو الزوجة من مقدمي الطلب، و(٦٥) خمس وستين دعوى من دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة^[٢]، وبالتالي فإن الابطال يعد طريقاً من طرق اثناء

١- القرار رقم (٩) في ١٢/٤/٢٠١٦ الخاص بتعديل قانون المرافعات المدنية رقم (١٠) لسنة ٢٠١٦ منشور في الوقائع العراقية العدد ٤٠٤٤ في ٩/٥/٢٠١٦.

٢- تم الاعتماد على الاحصائيات الرسمية لمحكمة الاحوال الشخصية في الموصل لسنة ٢٠٢٢ والتي تم ارسالها الى مجلس القضاء الاعلى.

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

النزاع القضائي بين الازواج وان كان طريقاً غير مباشر أو تأجيباً لحسم النزاع مؤقتاً أو عودة للحياة الزوجية .

٢-الحكم برد الدعوى:

القضاء المدني كما هو معلوم قضاء مطلوب وليس تلقائي التحرك، أي أن قاضي الاحوال الشخصية لا يباشر نشاطه القضائي إلا بسبق دعوى ويقصد بالدعوى التصرف الإداري المكتوب الذي يلزم التقدم به إلى القاضي كما يتمكن من توفير الحماية القضائية لمن يطلبها من الخصوم [١]، تعتبر الدعوى القضائية طريقة قانونية لحماية الحقوق للأشخاص وذلك في حال تعرضهم للظلم بما يضمن الحقوق الكاملة لهم عن طريق اتباع طرق معينة وفق الأحكام القانونية بما يؤدي إلى تحقيق العدالة في المجتمع.

لكن يجب عند تقديم دعوى أمام محكمة الاحوال الشخصية مراعاة القواعد القانونية التي حددها القانون لقبول الدعوى شكلاً وموضوعاً، وذلك لأن أي ارتكاب أي خطأ في تقديمها ممكن أن يتسبب برد الدعوى قانوناً.

ويعتبر رد الدعوى طريقة من الطرق السليمة التي تتم في نهاية الخصومة، عندما يتعرض المدعى عليه للظلم من قبل المدعي؛ وبالتالي تعتبر من الطرق الشرعية التي يمكن استخدامها من الخصم، وفي الواقع عند رفع الدعوى القضائية فإنها تمر بمراحل عديدة، وقد حدد القانون مجموعة من الشروط من أجل تقديم الدعوى بطريقة صحيحة وحتى تكون مقبولة ولا يرفضها القاضي ويردها، وبالتالي حتى يقبل القاضي الدعوى المقدمة من قبل المدعي وعدم ردها فيجب عليه أن تتوافر الشروط الشكلية والموضوعية في الدعوى .

أسباب رد الدعوى شكلاً

أن يتم رد الدعوى بسبب يتعلق بالإجراءات وليس له علاقة بأصل الحق أو موضوع الدعوى. مثل تقديم الاعتراض على الحكم الغيابي بعد مضي المدة القانونية أو اقامة الدعوى من غير الخصم مثل العم أو الخال أو ابن العم وغيرها من الحالات .

ورد الدعوى شكلاً يتم قبل البدء بالنظر بموضوع الدعوى، وفي حال رُدَّت الدعوى شكلاً فهذا لا يعني إنهاء النزاع القائم، حيث أن رد الدعوى شكلاً لا يمس أصل الحق الدعوى حيث يمكن إعادة رفع هذه الدعوى من قِبَل المدعي، وذلك بعد مراعاته لرفعها وفق الإجراءات القانونية الصحيحة

١- ادم وهيب الندوي، المصدر السابق، ص ١٠٤.

لقبولها شكلاً عندما يقوم القاضي برد الدعوى المقدمة من قبل المدعي، فيجب على القاضي أن يستند على أسباب حددها له القانون.

هناك أسباب موضوعية تتصل بموضوع الدعوى بالإضافة إلى أسباب شكلية تمكن القاضي من رد الدعوى. مثلاً رد الدعوى لعدم وجود بينة شخصية واليمين الحاسمة.

إن رد الدعوى لعدم وجود البينة الشخصية هو من الأسباب الموضوعية التي تجعل المحكمة ترد الدعوى فالبينة الشخصية قد تكون الدليل الذي يقوم القاضي ببناء حكمه عليه فهي تدور بشكل عام حول طرق الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

فعندما تقوم المدعية بإقامة دعوى التفريق للضرر ضد زوجها المدعى عليه وفقاً لأحكام المادة ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية، يجب أن تتوافر في دعواها أحد أو بعض الاسباب المنصوص عليها في النص ذاته، ففي حالة إنكار المدعى عليه الحق المدعى به، على المدعية أن تقدم دليلاً بوجود شهود أو مستنداً كتابياً أو تقريراً طبياً أو غير ذلك، وفي حال عدم اقتناع المحكمة بما قدمته المدعية من الناحية القانونية تعتبر المحكمة المدعية عاجزة عن إثبات دعواها ووفقاً لأحكام المادة (١١٨) من قانون الإثبات: (إذا عجز الخصم عن اثبات ادعائه أو دفعه فعلى المحكمة أن تسأله عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه، فإن طلب ذلك وكان الخصم حاضراً بنفسه حلفته المحكمة، وفي حالة غيابه جاز لها اصدار الحكم غيابياً معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض بناء على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة.) ووفقاً لأحكام الفقرة ثانياً من المادة (١١٤) - (اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى.) عليه يقوم القاضي برد الدعوى. وما يسري على هذه الدعوى يسري على جميع الدعاوى وحسب ادلتها المعتبرة قانوناً.

وحسب احصائية محكمة الاحوال الشخصية في الموصل لسنة ٢٠٢٢ وفيما يخص دعاوى طلب الطلاق امام المحكمة فأنها ردت (٦٠) ستين دعوى من مجموع (٨٣١) ثمانمائة وإحدى وثلاثين دعوى، وبخصوص دعاوى طلب التفريق سواء اكانت من الزوج أو الزوجة فإن المحكمة ردت (٢٤٣) مائتان وثلاث واربعين دعوى من مجموع (١٣٩٥) الف وثلاثمائة وخمس وتسعين دعوى منظره امامها لسنة واحدة فقط، إما بخصوص دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة، فأنها ردت (٤٢) اثنتان واربعين دعوى من مجموع (٦٢٠) ستمائة وعشرين دعوى منظورة في سنة (٢٠٢٢).

ان الحكم برد الدعوى قد يكون عنواناً لإنهاء النزاع وعودة الحياة الزوجية إلا أنها من الحالات القليلة اثناء العمل القضائي، ويمكن أن يكون الرد بداية لموضع نزاع جديد والبحث عن سبب

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

آخر لأسباب المشكلة، وإعادة البحث فيها، كما يمكن أن يكون رد الدعوى سبباً لتأجيل النزاع بين الطرفين والوصول الى نهاية النفق واللجوء الى وسائل اسرع في إنهاء المشكلة تتمثل إما بإيقاع الزوج للطلاق أو لجوء الزوجة الى المخالعة أو التراضي على إنهاء النزاع بالاتفاق وهكذا فلا يعد رداً الدعوى حلاً نهائياً لموضع النزاع .

نموذج رقم (١)

نوع الدعوى : نزع الحضانة

(ان زواج الام لا يمنع من حضانتها طالما محتفظة بشروط الحضانة وإن المحضونات لازلن بعمر بحاجة ماسة الى رعاية والدتهن)^[١]

المميز / المدعي / ع ص ج - وكيله المحامي / م ق

المميز عليها / المدعى عليها / س ه ق

ادعى المدعي بواسطة وكيله لدى محكمة الأحوال الشخصية في بعشيقة بأن المدعى عليها مطلقته وبحضانتها الأطفال كل من (ن و أ) ولكونها غير قادرة على إدارة شؤونهما ورعايتهما لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بنزع حضانة الأطفال المذكورين أعلاه منها وتسليمهما له احيلت الدعوى الى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل أصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً يقضي ببرد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف والاعتاب طعن وكيل المدعي بالحكم تمييزاً.

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون وذلك لكون المحضونات لازلن قاصرات وبسن الحضانة وان زواج والدتهن لا يمنع من حضانتها طالما محتفظة بشروط الحضانة وإن المحضونات لازلن بعمر بحاجة ماسة الى رعاية والدتهن المدعى عليها لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في ٢٥ جمادي الآخرة / ١٤٤٤هـ الموافق ٢٠٢٣ م / ١٨/١ .

نموذج رقم (٢)

نوع الدعوى :تفريق للهجر

(على الزوجة اثبات واقعة الهجر لتستند اليها في دعوى التفريق)

المميزة / المدعية / س م ا / وكيلتها المحامية / ل اش

المميز عليه / المدعى عليه / ف ب

١- قرار محكمة التمييز الاتحادي الرقم ١٠٤٦ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٣/ في ١٨/١/٢٠٢٣ (غير منشور)

ادعت المدعية بواسطة وكيلتها لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل بأن المدعى عليه زوجها ولقد قام بهجرها منذ تاريخ ٨/١٠/٢٠١٩ لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق للهجر وتحميله الرسوم والمصاريف والاتعاب أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٧٠١٨/ش/ ٢٠٢٢ حكماً حضورياً يقضي برد دعوى المدعية طعن وتكيلة المدعية بالحكم تمييزاً^[١].

القرار / لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند اليها سيما وان المحكمة رجحت البين البينة الشخصية للمدعى عليه واعتبرت المدعية عاجزة عن الاثبات ومنحتها المحكمة حق توجيهها بصيغتها في محضر جلسة ١٣/١١/٢٠٢٢ ولرفض المدعية توجيه اليمين خسرت ما توجهت به اليمين الحاسمة "عملاً بأحكام المادة ١١٩/ ثالثاً من قانون الاثبات فيكون رد دعوى المدعية للمطالبة بالتفريق للهجر لا سند لها من القانون لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالاتفاق في ١٨ / جمادى الآخرة / ١٤٤٤ هـ الموافق ١١/١/٢٠٢٣م^[١].

نموذج رقم (٣)

نوع الدعوى : نفي نسب

(لا يمكن نفي نسب شخص لم يطعن بنسبه من والديه)

المميز / المدعي / ب ا ب إضافة/ لتركة/ مورثه ا ب - وكيله المحامي / ا

المميز عليها / المدعى عليها / و م ا

ادعى المدعي بواسطة وكيله لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل بأن المدعى عليها هي مطلقة مورث المدعي (ا ب) وقد قامت سابقاً بتسجيل القاصرة (اميرة) باسم مورثه خلافاً للشرع والقانون لذا طلب دعوتها للمرافعة والحكم بنفي نسب القاصرة أعلاه من مورث المدعي (ا ب) وتحميلها الرسوم والمصاريف والاتعاب أصدرت محكمة الموضوع بعدد ٨٦٠٤/٢٠٢٢ في ٣٠/١١/٢٠٢٢ حكماً حضورياً يقضي برد دعوى المدعي وتحميل المدعي / إضافة لتركه مورثه الرسوم والمصاريف والاتعاب قدم وكيل المدعي لائحة تمييزية .

القرار / لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٧٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢٣ / في ١١/١/٢٠٢٣ (غير منشور)

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

والحيثيات التي استندت إليها المحكمة عند اصدار حكمها المميز ذلك أن المتوفى والد المدعي قد اقر بأبوته للطفلة (اميرة) حال حياته وبقي على اقراره لغاية وفاته وانه لم يتراجع عن هذا الإقرار كما أن المدعى عليها اكدت أن الطفلة المذكورة هي بنتها من رحمها ومن صلب المتوفى (ا ب) طليقتها وبذلك تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد، وحيث أن المحكمة قضت بذلك فيكون حكمها صحيحاً، لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز و صدر القرار بالاتفاق في ١٨ / جمادي الاخرة / ١٤٤٤ هـ الموافق ٢٠٢٣ / ١ / ١١ م^[١]

٣-الحكم وفق الادعاء (الطلب):

تضم الخصومة القضائية مجموعة من الإجراءات القضائية تبدأ من إقامة الدعوى وحتى انتهائها بصدر حكم فيها، وعليه يكون الحكم القضائي إجراء من الإجراءات الذي يلزم أن تنتهي به الدعوى كسياق عام، انه غاية الدعوى وهدفها الرئيسي. ومن خلال الحكم يجيب القاضي على السؤال الذي طرح عليه من قبل الخصم وهو لمن يعود الحق في الدعوى وبالتالي فإنه من خلال هذه الإجابة يزيل القاضي حالة التجهيل التي كانت تكتنف الحق موضوع النزاع. والقاضي لا يتمكن من إصدار هذا الحكم إلا بعد استنفاد مخزونه الثقافي وقدراته على استيعاب وتفهم وتقييم لما تم طرحه أمامه من وقائع وما دار بشأنها من مناقشات. ومن اهم الخطوات في الحكم اعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة حتى يمكن تطبيق النص القانوني أو القاعدة القانونية عليها، اذ إن إصدار الحكم يمر عبر مجموعة من الإجراءات لا اهمية لذكرها^[٢].

من اهم شروط الحكم القضائي أن يكون مسببا تطبيقاً لأحكام المادة (١٥٩) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على (١- يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها وان تستند الى أحد أسباب الحكم المبينة في القانون.٢- على المحكمة أن تذكر في حكمها الأوجه التي حملتها على قبول أو رد الادعاءات والدفع التي اوردها الخصوم والمواد القانونية التي استندت اليها)٠

ومن اهم اثار الأحكام التي يترتب على صدور الحكم فيها من وقت النطق به في الجلسة انتهاء الدعوى النتائج التالية: ١- انتهاء النزاع، تستمد المحكوم فيه من تلاوة الحكم يخرج النزاع الذي قضى من ولاية القاضي الذي أصدره، فلا يملك القاضي إحداث تغيير أو تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك بعد سلوك إحدى طرق الطعن التي يقرها القانون)، فالقاضي بعد الحكم يستنفذ ولايته في

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٥٢٥/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠٢٣ في ٢٠٢٣ / ١ / ١١ م (غير منشور)

٢- عبدالرحمن العلام، المصدر السابق، ص ٤١١

الحكم، فلا يحق له العودة ثانية إلى مباشرة سلطته التي استنفذها والعدول عما قضى به، ولو تبين له عدم عدالة أو عدم صحة ما قضى به، والسلطة التي يستنفذها القاضي في هذا الخصوص هي سلطته القضائية وليس غيرها، إذ أن الاستنفاذ لا يكون إلا نتيجة للنطق بالحكم والحكم القضائي لا يكون إلا استعمالاً للسلطة القضائية.

٢ - حسم النزاع بشأن الحق موضوع الدعوى، الحكم وسيلة يكشف القاضي عن طريقها عن عائدة الحق المدعى به في الدعوى التي أقيمت أمامه، فنزيل حالة التجهيل التي كانت تكتنف الحق، والأصل في الأحكام أنها كاشفة عن الحقوق وليست منشئة لها، لأن القاضي عندما يقضي في النزاع إنما يكشف عن الحقوق المتنازع فيها ولا ينشئ لأطراف الدعوى حقوقاً جديدة في واقع الأمر، فإذا قضت المحكمة بتأييد حضانه الام للأطفال فهي تكشف عن حقها فيه ولا نستبدل به حقاً جديداً متولداً عن قضائها ولذلك يبقى الحق القائم أصلاً سببه ووصفه ويحتفظ بآثاره وبضماناته، وإذا قضت بالحكم بالدعوى فإنها بذلك تقرر حالة قانونية موجودة وهي صحة الحق الذي ادعته المدعية، وهناك فرق بين إنشاء الحقوق وإنشاء المراكز القانونية، فقد يكون الحكم منشئاً لحالة قانونية لم تكن موجودة قبل صدوره مثل مطالبة الزوجة بالنفقة الماضية والمستمرة أو المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي أو المطالبة بحق الزوجة المطلقة بالسكنى أو غيرها.

٣ - حجية الأمر المقضي فيه، وهذه قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس مؤداها أن الحكم صدر صحيحاً من الناحيتين الشكلية والموضوعية، لذلك فهو يعتبر حجة فيما قضى به، وتكون للحكم حجية ولو كان بالإمكان الطعن فيه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً، وهذه الحجية تبقى ولا تزول إلا إذا أبطل أو عدل أو فسخ أو نقض.

٤ - مصاريف الدعوى: إن إقامة الدعوى تتطلب رسوماً ومصاريف أخرى وهذه النفقات تدفع من قبل المدعي بالحق ابتداءً على أن يتحملها المحكوم عليه، أي أن من يخسر الدعوى يتحملها انتهاءً، سواء أكان هو المدعي أم المدعى عليه، وتحكم بها المحكمة على المحكوم عليه من تلقاء نفسها، وقد نصت أحكام المادة (١٦٦) من قانون المرافعات المدنية على: (١ - يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها مصاريف الدعوى على الخصم المحكوم عليه

٢ - يدخل في حساب المصاريف أجور المحاماة ومصاريف الخبرة ونفقات الشهود وأجور الترجمة المقتضاة. ٠٠٠٠) وهناك دعاوى يتحمل فيها المدعي مصاريف الدعوى ابتداءً وانتهاءً وذلك لعدم وجود محكوم عليه وهو خاسر ورابع في موضوع الدعوى كدعوى الطلاق لعدم إمكان اعتبار أحد الزوجين خاسراً فيها، لأن الطلاق شُرِعَ بيد الزوج من دون التوقف على رضاء الزوجة وقد أوقعه الزوج بإرادته، ولا يمكن اعتبار الزوجة خاسرة في هذه الحالة.

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

وحسب احصائية محكمة الاحوال الشخصية في الموصل لسنة ٢٠٢٢ وفيما يخص دعاوى طلب الطلاق امام المحكمة فأنها حكمت في (٨٣١) ثمانمائة وواحد وثلاثين دعوى من مجموع (١٠٤٨) الف وثمان واربعين دعوى؛ وبخصوص دعاوى طلب التفريق سواء اكانت من الزوج أو الزوجة فإن المحكمة قضت في (١٣٩٥) الف وثلاثمائة وخمس وتسعون دعوى من مجموع (١٩٩٠) الف وتسعمائة وتسعين دعوى منظرة امامها لسنة واحدة فقط، إما بخصوص دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة، فإنها قضت في (٤٧٨) اربعمائة وثمان وسبعين دعوى من مجموع (٦٢٠) ستمائة وعشرين دعوى منظورة في سنة ٢٠٢٢؛ وهذا يدل على أن الحكم في موضوع الدعوى هو من اهم اساليب المحكمة في انهاء النزاع العائلي، وقد يقتنع الطرفان في عدالة المحكمة وصحة اتجاهها في الدعوى المنظورة وقد تعود المياه الى مجاريها في الحياة الزوجية وتعود الاسرة الى سابق عهدها من الأنسجام والألفة وقد يكون سلوك الطعن بالحكم تمييزاً هو المنفذ الاخير للخصوم وبعدها يكون الحكم عنواناً للحقيقة في مواجهة الطرفين، مع أن الحكم قد لا يكون نهائياً للحياة الزوجية فبعد الحكم بالتفريق مثلاً وهو بائن بينونة صغرى كثيراً ما يقوم الزوج بإعادة زوجته الى عصمته بعقد جديد ومهر مستأنف.

نموذج رقم (١)

نوع الدعوى: مطاوعة

(في حال توافر الشروط الشرعية والقانونية في الدار المهياة فإن الزوجة تلزم بمطاوعة زوجها قانوناً)

الميزة / المدعى عليها / ا خ ح / وكيلها المحامي / ل ص

المميز عليه / المدعي / ع ا ح

ادعى المدعي بواسطة وكيله لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل أن المدعى عليها زوجته شرعاً وقانوناً وقد تركت دار الزوجية دون عذر مشروع لذا طلب دعوتها للمرافعة والزامها بالمطاوعة وتحميلها المصاريف أصدرت محكمة الموضوع بعدد ١٥٠٦٦/ش / ٢٠٢٢ وتاريخ ١٤/١٢/٢٠٢٢ وحكماً حضورياً يقضي بإلزام المدعى عليها بمطاوعة زوجها المدعي في الدار المهياة من قبله في منطقة القادسية على القطعة المرقمة ١/٢٤٩١ م ٤٤ حشمية وتحميلها المصاريف والأتعاب طعن وكيل المدعى عليها بالحكم تمييزاً

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند اليها وبعد أن ثبت من تحقيقات المحكمة أن الدار المهياة للمطاوعة مستوفية للشروط الشرعية والقانونية وان المدعي لم يكن "متعسفا بطلب المطاوعة لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٧/ رجب / ١٤٤٤هـ الموافق ٢٩/١/٢٠٢٣^[١].

١- قرار محكمة التمييز الاتحادي المرقم ١٥٨٨ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢٣ في ٢٩/١/٢٠٢٣ م (غير منشور).

نموذج (٢)

نوع الدعوى: حضانة

(تكون الام احق من غيرها بتربية أولادها ورعايتهم عملاً بأحكام المادة السابعة والخمسون /
١ من قانون الأحوال الشخصية)

المميز / المدعى عليه / م ع ن / وكيله المحامي / م ا

المميز عليها / المدعية / اسق

ادعت المدعية بواسطة وكيلتها لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل أن المدعى عليه زوجها وبحضانتها الطفل (امجد) وقد قام المدعى عليه بأخذه عنوة منها ودون وجه حق لذا طلبت دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بنزع حضانة الطفل المذكور وتسليمه لها، وتحمله كافة المصاريف؛ أصدرت المحكمة بالعدد ٧٣٧٩/ش/ ٢٠٢٢ وتاريخ ١٩/١٢/٢٠٢٢ حكماً حضورياً يقضي بحضانة المدعية للطفل (امجد) والزام المدعى عليه بتسليمه لها، وتحمله الرسوم والمصاريف والرسوم، طعن وكيل المدعى عليه بالحكم تمييزاً.

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند إليها كون المحضون امجد تولد ١٠/١١/٢٠١٦ وتكون المدعية احق بتربية أولادها ورعايتهم عملاً بأحكام المادة السابعة والخمسون / ١ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل. لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحمل المميز م التمييز و صدر القرار بالاتفاق ٢٥/ جمادي الآخرة/ ١٤٤٤ الموافق ١٨/١/٢٠٢٣ م^[١].

نموذج (٣)

نوع الدعوى: تفريق لعدم الأنفاق

(امتناع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها رغم امهاله مدة ستون يوماً من قبل مديرية التنفيذ يعد سبباً للتفريق)

المميز / المدعى عليه / م ع م

المميز عليها / المدعية / ن م ع

ادعت المدعية بواسطة وكيلها لدى محكمة الأحوال الشخصية في الموصل بأن المدعى عليه زوجها وامتناعه عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها رغم امهاله مدة ستون يوماً من قبل

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية الرقم ١٠٤٩ / هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢٣ / في ١٨/١/٢٠٢٣ م (غير منشور)

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

مديرية التنفيذ، لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما وتحمله المصاريف والاعتاب أصدرت محكمة الموضوع بعدد ١١٠٧٤/ش/ ٢٠٢٢ وتاريخ ٢٠٢٢/١٢/٨ حكماً حضورياً يقضي بالتفريق بين المتداعين واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى واقعاً للمرة الثانية بحيث لا يحل احدهما للأخر إلا بعقد ومهر جديدين وعلى المدعية التزام العدة الشرعية البالغة ثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الحكم وليس لها التزوج من رجل آخر لحين انقضاء عدتها واكتساب الحكم الدرجة القطعية وتحمله الرسوم والمصاريف والاعتاب طعن المدعى عليه بالحكم تمييزاً.

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للشرع والقانون للأسباب التي استند إليها بعد أن ثبت من تحقيقات المحكمة توفر شروط التفريق وفق احكام المادة (الثالثة والأربعين أولاً /٩) من قانون الأحوال الشخصية لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحمل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٧ / رجب / ١٤٤٤هـ الموافق ٢٩ / ١ / ٢٠٢٣ م [١].

الخاتمة

ان الحياة الاجتماعية والعلاقات الأسرية في تطور مستمر تبعاً لمتغيرات الحياة الاقتصادية السياسية والثقافية، وبالتالي فإن الأسرة اصبحت تواجه الكثير من المتغيرات وانعكاساتها السلبية على البنية الاجتماعية للأسرة، وليس من السهولة التخلص من هذه المتغيرات، ووجدنا من خلال البحث والدراسة زيادة ملحوظة في اعداد الدعاوى، وبالتالي زيادة كبيرة في أعداد المشكلات والخلافات الزوجية في الموصل بشكل خاص والعراق بشكل عام، أن للمحاكم دور فعال وبارز في انهاء الخلاف العائلي كما لا يمكن إغفال الدور المهم للباحث الاجتماعي في تلقي الصدمة الاولى من المشكلة المعروضة عليه أولاً، وقد توصلنا الى اهم النتائج والتوصيات للبحث وتتمثل بالاتي:

اولاً: النتائج:

١. شهد العراق تطوراً ملموساً في عمل الباحث الاجتماعي، بصدور قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، والقواعد رقم (١) لسنة ٢٠١٧، اذ انشأت هذه القواعد فعلاً مكتب للبحث الاجتماعي في كل محكمة من محاكم الاحوال الشخصية والمواد

١- قرار محكمة التمييز الاتحادي المرقم ١٥٢٦ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢٣ / في ٢٩ / ١ / ٢٠٢٣ م (غير منشور).

الشخصية ومحاكم الاحداث في عموم العراق، واصبح الباحث الاجتماعي يمارس دوره الأنساني والمهني من خلال اللقاء بالزوجين قبل تسجيل الدعوى وفي مواضيع متعددة، ومحاولته الجادة في إنهاء النزاع العائلي.

٢. ان عمل الباحث الاجتماعي بحاجة ماسة الى التطوير في الكثير من الجوانب من الناحيتين اللوجستية والموضوعية من أجل رفع مستوى كفاءة العاملين عليها ونوعية الدعاوى المحالة اليها، إذا تظهر العديد من جوانب النقص خلال ممارسة العمل المهني.

٣. ان القرار والحكم القضائي الذي تصدره المحكمة، تبقى من اهم الوسائل الكفيلة بإنهاء النزاع العائلي حيث تتصدى المحاكم الى الالاف من الدعاوى سنويا وتمارس المحكمة دورها الفاعل في الرد والابطال والحكم وفق الطلب، مع مراعاة موضوع كل دعوى والدفوع المقدمة من كل طرف من اطراف النزاع.

ثانياً: التوصيات:

معظم المشكلات الزوجية لا تخلو من جنبه نفسية مهمة على أحد الزوجين أو كلاهما ٠ لذا نقترح إضافة (اطباء نفسين ومعالجين نفسيين) الى مكاتب الباحث الاجتماعي، أسوة بما يجري عليه العمل في مصر بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، حيث تشكل محكمة الأسرة من القاضي وخبيران أحدهما من الاخصائيين الاجتماعيين والاخر من الاخصائيين النفسيين يكون أحدهما على الأقل من النساء، فيتم اضافة اخصائي نفسي الى مكتب الباحث الاجتماعي، و يتم اضافة هذه المقترحات الى قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧.

ان معظم العاملين في مكاتب البحث الاجتماعي حالياً، ليسوا من المختصين من خريجي الكليات المختصة المشار إليها في قواعد تنظيم عمل الباحث الاجتماعي، وانما يتم منح صلاحية البحث الاجتماعي للموظفين الخريجين من الكليات والمعاهد الاخرى، ويمكن منح درجات وظيفية للخريجين من المختصين في علم النفس، وعلم الاجتماع، والخدمة الاجتماعية، بعد وضعهم في اختبارات تؤهلهم للعمل في المحاكم وممارسة الاختصاص، وان يتم إدخال الباحثين الاجتماعيين في دورات وورش عمل مستمرة للتطوير المهني.

يظهر من خلال العمل القضائي وقواعد تنظيم الباحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧، أن الباحث الاجتماعي يلتقي بطرفي النزاع ويتم كتابة البحث خلال فترة وجيزة وقد لا يستغرق من الوقت سوى بضع دقائق، في دعوى تنهي الحياة الزوجية ويودي الى عواقب سلبية على الاطفال أو انحرافهم النفسي والشعور بالنقص والحرمان من الاسرة، ومن الاهمية أن اقتضت الحالة منح الطرفين فرصة لمدة مناسبة لا تتجاوز ستة اشهر (سقف زمني) حسب واقع كل دعوى و تأجيل

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

البحث وكذلك الاستماع الى ذوي الطرفين واشراكهم و فسخ المجال امام بوادر الصلح واصلاح ذات البين وان كان من الغير مثل رجل دين أو شيخ أو أحد المؤثرين عليهم، ومن الضرورة أن يكون الباحث الاجتماعي متزوجاً أو سبق له الزواج، لأهمية ذلك وخبرته في الحياة الزوجية، وان يتم اضافة هذه المقترحات الى قواعد البحث الاجتماعي، وتعديل ما يلزم تعديله.

أن الباحث الاجتماعي يلتقي بطرفي النزاع في غرفة في بناية المحكمة، لذا نقترح فصل مكاتب البحث الاجتماعي عن بناية المحكمة وتخصيص بناية خاصة لها وتهيئة مكان خاص للباحث ويتم البحث الاجتماعي بشكل مفصل مع الاطراف بعيداً عن المحاكم والاجواء السلبية المتمثلة بالخصومات القضائية، وهي من الامور اللوجستية البسيطة في الوقت الحاضر، ويمكن توفيرها في مركز كل مدينة.

ان يتم لجوء الطرفين الى مكاتب البحث الاجتماعي مسبقاً قبل اللجوء الى المحكمة، أي قبل المراجعة القضائية، حيث يظهر في العديد من الحالات عدم إحالة الطرفين للبحث الاجتماعي إما سهواً أو محاولة من الخصوم إهمال ذلك وعدم وجود نص في القانون يحدد هذه الدعاوى باستثناء قواعد الباحث الاجتماعي، إذ لا تسجل الدعوى الشرعية دون ربط تقرير الباحث الاجتماعي، وان تستقبل مكاتب البحث الاجتماعي الطرفين مسبقاً وفق آليات محددة، ويتم تطبيق هذا المقترح من خلال إدراج الأمر في القواعد النافذة بتنظيم عمل الباحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧، بحيث يتعذر تسجيل دعوى دون ربط تقرير الباحث الاجتماعي.

ان يتم توسيع عمل الباحث الاجتماعي بحيث يغطي دعاوى الاحوال الشخصية كافة مثل النفقة والمشاهدة، والطلاق الخارجي، والتعويض عن الطلاق، والمتسبب فيه وغيرها وليس الاكتفاء ببعض الدعاوى دون الاخرى فما يمكن للباحث من معالجته يصب في مصلحة الاسرة والطفل وبالتالي على المجتمع وان تعذر ذلك فالمحكمة سلطان وعمل في إنهاء النزاع العائلي وهو من صلب عملها الوظيفي. ان اجراءات التبليغ للحضور امام مكتب الباحث الاجتماعي تكون في الوقت الحاضر من قاضي الاحوال الشخصية، مما يتعذر على الشخص مراجعة الجهة المقصودة لأن المحاكم متعددة واختصاصاتها كثيرة، ونقترح أن يكون التبليغ من مكتب الباحث الاجتماعي حصراً ويقوم بالتوقيع والتوجيه الباحث الاجتماعي الاقدم بنص قواعد البحث الاجتماعي، وتضمينها قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧.

يظهر من خلال العمل القضائي حاجة المحكمة الى المزيد من الادلة أو الاجراءات لحسم الدعوى، منها امكانية اعادة البحث الاجتماعي للطرفين رغم تقديمه مسبقاً وكذلك احالة أحد الطرفين أو كلاهما الى لجنة طبية نفسية وتقييم مستواه العقلي والنفسي وهل يقدر مسؤولية

تصرفاته وافعاله، أو إحالة الطرفين إلى رجل الدين إذ أمكن ذلك لمعالجة الامر شرعاً حيث يظهر في العديد من الدعاوى عدم وضوح الفتوى بشأن معين مثلاً حالة ايقاع الطلاق في حالة عصبية من عدمه أو في حالة تعدد الطلقات أو الفتوى بإعادة الزوجة والرجعة و مدة العدة وهكذا، لذا نجد عدم مخالفة تلك الإجراءات للقانون وامكانية منح المحكمة هذا الدور الايجابي، رغم عدم تضمينها نصوص قانونية محددة، ونقترح الأخذ بها من المحكمة لحسم النزاع المعروض عليه، وتضمينها ايضاً قواعد تنظيم البحث الاجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠١٧.

اتمنى في الختام أن يكون البحث قد قدم صورة واضحة للعمل القضائي في محكمة الاحوال الشخصية في الموصل، وكيفية معالجة حالات النزاع العائلي في المنطقة، ومحاولة المحكمة في إنهاء النزاع وفقاً لأحكام الشرع والقانون.

المصادر

اولاً: الكتب القانونية:

١. الدكتور ادم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، طبعة ٢٠٠٦ .
٢. جمعة سعدون الربيعي المحامي، احكام الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية في العراق، مطبعة الجاحظ - بغداد، ١٩٩٥ .
٣. القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية بغداد، الطبعة الرابعة - ٢٠١١ .
٤. محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ١٩٥٧ .
٥. القاضي سلام زيدان، اثر الشريعة الاسلامية على القانون العراقي بعد عام ٢٠٠٣، مطبعة صباح صادق، بغداد - ٢٠١٧ .
٦. المحامي عبدالحميد كبه، التنظيمات القضائية والحركة التشريعية في العراق، مطبعة دار التضامن، بغداد - ١٩٧٣ .
٧. عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مطبعة العاني - بغداد، الجزء الاول والثاني بدون سنة طبع .
٨. عمر العلي، رحلة قصيرة بين عشرة اسباب للطلاق، دار مشكين - العراق - الموصل، طبعة الاولى، ٢٠٢٢ .
٩. فتحي عبدالرضا الجواربي، تطور القضاء الجنائي العراقي، مركز البحوث القانونية، بغداد - ١٩٨٦ .
١٠. القاضي رحيم حسن العكيلي، دروس في تطبيقات القوانين، المكتبة القانونية في بغداد

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري مدينة الموصل لسنة ٢٠٢٢ أنموذجاً

ومكتبة ابو ليث في النجف الاشرف، الطبعة الاولى - ٢٠١١ .

ثانياً: البحوث والدراسات:

١. بحث أعدته الأمانة العامة لاتحاد الحقوقيين العرب، نحو قانون عربي موحد، منشور في مجلة الحقوقي العربي، الأعداد (٨،٩،١٠) سنة ١٩٨٨ .
٢. المدرس المساعد حيدر حسين كاظم الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبدليل، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، السنة الخامسة - العدد السابع - ٢٠٠٨ .
٣. نخبة من الباحثين العراقيين، موسوعة الموصل الحضارية، المجلد الرابع، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، الطبعة الاولى، ١٩٩٢ .
٤. القاضي ضياء كاظم الكناني، دور الباحث الاجتماعي في الحد من ظاهرة الطلاق، منشور على موقع مجلس القضاء الاعلى / <https://www.sjc.iq/view/>

ثالثاً: القوانين العراقية:

١. قانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١
٢. قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩
٣. قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣ (ملغي)
٤. قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩
٥. قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩
٦. قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩

رابعاً: جريدة الوقائع العراقية:

١. جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٣٠٦٢) في ٩/٩/١٩٨٥
٢. جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٧٠) في ٣١/٣/٢٠٠٨
٣. جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٠٤٤) في ٩/٥/٢٠١٦

خامساً: قرارات محكمة التمييز الاتحادية (غير المنشورة):

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٤٥ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢٣ / في ٢٢/١/٢٠٢٣
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٤٦ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢٣ / في ١٨/١/٢٠٢٣
٣. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٥٠ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية / ٢٠٢٣ / في ٢٢/١/٢٠٢٣

٤. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٥٨٨ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /
٢٩/١/٢٠٢٣ في /٢٠٢٣
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٤٩ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /
١٨/١/٢٠٢٣ في /٢٠٢٣
٦. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٥٢٦ / هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية
/ ٢٩/١/٢٠٢٣ في /٢٠٢٣ /

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

القاضي

علي عبد اليمه جعفر

المستخلص

اقتضت منا الدراسة في موضوع المحقق القضائي البحث في النصوص والمبادئ القانونية التي تناولت صلاحيات المحقق القضائي وما توصل اليه علم التحقيق الجنائي وما سارت عليه الممارسة العملية، وما يعوق ممارسة هذه الصلاحيات في الواقع العملي وما يعترضها من صعوبات فهذه الصلاحيات تتوقف ممارستها على إمكانيات شخصية وأخرى موضوعية كما تتوقف على معالجة معوقات ممارستها التي قد ترتبط بالمحقق القضائي أو ترتبط بالأجهزة الساندة لعمله، ولذلك تناولنا الامكانيات الشخصية والموضوعية للمحقق القضائي مع بيان ما ينمي ويطور هذه الامكانيات، وركزنا في ذلك على نقطة جوهرية تمثلت بمدى الموازنة بين الجانب النظري والجانب العملي لموضوع البحث.

The Judicial Investigator: A Comparative Analysis of Theoretical Frameworks and Practical Realities

Abstract:

This study delves into the legal doctrines and principles that delineate the authority of the judicial investigator, exploring insights derived from the field of criminal investigation and the practical dynamics at play. It scrutinizes the challenges impeding the exercise of these investigative powers in real-world scenarios, addressing both personal and objective factors that influence their implementation. Emphasis is placed on the nuanced interplay between the personal and objective capabilities of the judicial investigator, elucidating mechanisms for the development and enhancement of these competencies. A pivotal aspect of our investigation centers on assessing the concordance between theoretical perspectives and the actual operational landscape of the research subject.

مقدمة

تقتضي دراسة موضوع المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي بيان أهميته، وتحديد اشكاليته، فضلاً عن منهجية بحثه، والخطة المرسومة له على وفق الآتي:

أولاً: أهمية البحث:

يعد موضوع المحقق القضائي من المواضيع النظرية والعملية المهمة في علم القانون الجنائي، إذ يتجاذبه الكثير من العلوم الجنائية المساعدة كعلم النفس الجنائي وعلم الاجتماع الجنائي والأدلة الجنائية والطب العدلي وعلم التحقيق الجنائي وغيرها والقوانين الإجرائية كقانون أصول المحاكمات الجزائية، وهو محل اهتمام السلطة القضائية والباحث على تظافر الجهود التنسيقية بين مجلس القضاء الأعلى والوزارات الأخرى في سبيل تطوير ودعم مكاتب التحقيق القضائي، لما شهدته هذه المكاتب من نجاح في تسهيل مراجعة المواطنين وسرعة في حسم القضايا الجزائية بفضل الجهود المبذولة من قبل مجلس القضاء الأعلى، مما يقتضي هذا الجانب من الدراسة البحث في المبادئ والقواعد القانونية في ضوء احكام قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ المعدل والقوانين الأخرى ذات العلاقة، والمبادئ القضائية التي افرزتها الممارسة العملية.

ثانياً: إشكالية البحث:

يشغل موضوع المحقق القضائي نطاقاً لا يستهان به من مواضيع علم التحقيق الجنائي، فهو الأداة التنفيذية لتطبيق القانون وهو بهذا يمتلك سلطات وصلاحيات منحت له من قبل المشرع لهذا الغرض، إذ ان سلامة تطبيق القانون لا تتحقق الا بحسن اختيار منفذيه، ولهذا فان إشكالية البحث تتجسد فيما يجب ان يتمتع به المحقق القضائي من إمكانيات في سبيل أداء رسالته، وماهية السلطات أو الصلاحيات الممنوحة له وما يقف بوجهه من معوقات عند استعماله لصلاحياته القانونية مع بيان أسباب نشوئها وسبل معالجتها، فالمشكلة تتركز بنقطة جوهرية وهي مدى تحقق المواثمة بين الجانب النظري والجانب العملي لموضوع البحث.

ثالثاً: منهجية البحث:

البحث في علم التحقيق الجنائي بصفة عامة وفي موضوع المحقق القضائي بصفة خاصة يقوم على أساس من التحليل والمناقشة في القواعد والاحكام والآراء التي لكل منها حجج وأسانيد، والباحث فيه يستنبط ويحلل ويؤيد ويرجح، وقد يكون صاحب رأي جديد يؤيد ما سبقه من رأي أو يفنده أو يعارضه أو ينتقده، وسوف نتبع في بحثنا لموضوع المحقق القضائي المنهج التحليلي الاستدلالي فهو منهج يقوم على جمع المعلومات وتحليلها علمياً ثم استنتاج النتائج التي يبرهن

ويستدل بها على الحقيقة العلمية، يبدأ فيه من قضايا مُسَلَّم بها ويسير إلى قضايا أخرى تنتج عنها بالضرورة، وإتباع هذا المنهج يستلزم من الباحث التأصيل كلما كان لذلك محل، وهذا المنهج يعطي للباحث الحرية في الفكر بما يتيح له الإتيان بحلول مناسبة للمشاكل التي يثيرها البحث.

رابعاً: فهرست البحث:

طبقاً لمنهجية البحث نتناول موضوعاته وفقاً لخطة علمية نقسمها إلى مطلبين في كل منهما فرعين وننتهي بخاتمة تتضمن خلاصة لأهم نتائج البحث ومقترحاته وكما يلي:

المطلب الأول: الامكانيات الشخصية والموضوعية للمحقق القضائي، ونحاول فيه بيان أهمها وكيفية اكتسابها، وهذا ما نتناوله في فرعين.

المطلب الثاني: الصلاحيات القانونية للمحقق القضائي، ونحاول فيه بيانها وتحديد صعوبات ممارستها ومحاولة تذييلها، وهذا ما نتناوله في فرعين، وبعد ليس لنا إلا أن نسأل الله سبحانه وتعالى أن يسد خطانا ويتقبل أعمالنا أنه على ما يشاء قدير.

المطلب الأول

الامكانيات الشخصية والموضوعية للمحقق القضائي

المحقق القضائي هو الموظف الذي يقوم بالتحقيق في جميع أنواع الجرائم تحت اشراف قاضي التحقيق لأثبات حقيقة وقوع الجريمة وكيفية ارتكابها ومدى علاقة المتهم بها^[١]، وقبل التطرق الى المؤهلات أو الامكانيات الشخصية والموضوعية التي يجب توافرها في المحقق القضائي نعرض نبذة مقتصرة عن القوانين العراقية التي تناولت موضوع المحقق القضائي، فكان أول ورود لعنوان المحقق في الفقرات (١ و٢ و٣) من المادة (الخامسة) من قانون ذيل قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي رقم (٤٣) لسنة ١٩٣١ الملغي وكان قبل هذا يستعمل عنوان نائب عمومي للدلالة على الشخص الذي يقوم بالتحقيق بالإضافة الى واجبات الادعاء العام، وبموجب المادتين الخامسة والسادسة من القانون المذكور فصل بين وظيفة المحقق وسلطة الادعاء العام فبعد ان نصت المادة الخامسة على وظيفة المحقق جاءت المادة السادسة لتنص على سلطة الادعاء العام التي اودعها الى المدعي العام ونوابه، وفي قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ فقد ورد عنوان المحقق في الكثير من نصوصه وفي اغلبها بشكل مرافق لعنوان قاضي التحقيق بدأ من تحريك الدعوى الجزائية في المادة (١) الفقرة (١) منه بوصفه احد الجهات التي تحرك امامها الدعوى

١- د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الاجرامي، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ص١٣.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

الجزائية، وبرزها نص المادة (٥١) التي نصت بفقرتها (أ) على (يتولى التحقيق الابتدائي قاضي التحقيق وكذلك المحققون تحت اشراف قضاة التحقيق) والفقرة (هـ) التي نصت على (يعين المحقق بأمر من رئيس مجلس القضاء الأعلى على ان يكون حاصلًا على شهادة في القانون معترف بها أو حاصلًا على شهادة دبلوم الإدارة القانونية من هيئة المعاهد الفنية، ويجوز منح ضباط الشرطة ومفوضيها وموظفي مجلس القضاء الأعلى القانونيين سلطة محقق بأمر من رئيس مجلس القضاء الأعلى) والفقرة (و) التي نصت على (لا يمارس المحقق أعمال وظيفته لأول مرة الا بعد اجتيازه دورة خاصة في المعهد القضائي لا تقل مدتها عن ثلاثة اشهر اذا كان حاصلًا على شهادة في القانون معترف بها ولا تقل عن سنة تقويمية كاملة اذا كان حاصلًا على شهادة دبلوم في الإدارة القانونية من هيئة المعاهد الفنية، وحلفه امام رئيس محكمة الاستئناف اليمين الاتية: (اقسم بالله ان أؤدي أعمال وظيفتي بالعدل وأطبق القوانين بأمانة)؛ هذا وقد صدرت قرارات لمجلس قيادة الثورة المنحل خول بموجبها وزير العدل منح ضباط الشرطة أو ضباط الامن سلطة محقق منها القرار رقم (٧٦٣) في ٢٩/٩/١٩٨٧ المعدل بالقرار رقم (١٢) في ١٦/١/١٩٩٥، وبخطوة من المشرع العراقي تشير الى ابراز أهمية دور المحقق صدر قانون امتيازات المحققين القضائيين رقم (٨) لسنة ٢٠١٢ الذي بين فيه ما يستحقه المحققين القضائيين من مخصصات مالية وامتيازات وظيفية بما يتناسب مع واجباتهم حيث ورد في الاسباب الموجبة لتشريعهم (بغية الاهتمام بعمل المحققين القضائيين وللخاطر التي يتعرضون لها ولإعطائهم الامتيازات التي تغنيهم عن أي عمل اخر لا ينسجم مع أعمال وظيفتهم)؛ بعد هذا العرض سنتناول في هذا المطلب بيان الامكانيات الشخصية للمحقق القضائي في فرع اول، وبيان الامكانيات الموضوعية في فرع ثاني:

الفرع الأول

الامكانيات الشخصية للمحقق القضائي

أي عمل في الحياة البشرية يحتاج لغرض اتقانه الى مهارات معينة تتناسب مع طبيعته، ولا تأتي هذه المهارات الا عندما يكون القائم عليه يتمتعون بإمكانيات تؤهلهم للقيام به، وهذه الإمكانيات بعضها شخصية لصيقة بشخص القائم بالعمل أي موجودة لديه بالفطرة ولكن مع ذلك فان وجودها هذا لا يكفي وانما تحتاج الى ما هو ضروري لتحفيزها ليجعلها بالشكل الذي تستطيع ان تؤدي فيه وظيفتها التي وجدت من اجلها، وبعضها الاخر موضوعية يكسبها الشخص من محيط العمل الذي يقوم به يدخل في تحصيلها الى حد كبير الفرضية والتجربة والخبرة، وفيما يتعلق بالإمكانيات الشخصية للمحقق القضائي سنتناول أهمها وفقا للآتي:

أولاً: الذكاء:

لكي يتمكن المحقق القضائي من أداء دوره الفعال في عمله والمتمثل بكشف الحقيقة الغائبة من خلال ربط المعطيات المتوفرة لديه والمتجسدة بقرائن وأدلة الإثبات التي حصل عليها بالفرضيات أو الاحتمالات الملائمة لطبيعة الدعوى التي يجري فيها عمله التحقيقي ومن ثم استنتاج النتيجة المنطقية فانه في ذلك ينبغي ان يتوافر لديه نوع معين من أنواع الذكاء وهذا النوع من الذكاء هو الذكاء المنطقي اذ يسمح هذا النوع من الذكاء للشخص بالعد والحساب وتصور العلاقات والتواصل بين الأفكار أو الأشياء بل هو أيضاً وراء التفكير والمهارات الاستنتاجية، وتنمية هذه الامكانية من الذكاء توجد في حل الالغاز والمعادلات الرياضية وقراءة الروايات الغامضة من نوع (من الجاني) اذ يجد من يتوافر لديه هذا النوع من الذكاء تسليية في ممارسة هذه الأمور، بالإضافة الى أنواع أخرى من الذكاء يمكن للمحقق ان يحيط بوحدة أو اكثر منها والتي لا شك انها تعينه في أداء مهمته، اذ يرى المختصين بدراسة الذكاء الإنساني بأن البشر لديهم أنواع متعددة من الذكاء يتمتع بها الجميع بنسب متفاوتة الا ان كل شخص يكون لديه نوع واحد مهيم على باقي أنواع الذكاء، ومن المحتم اكتشاف أنواع أخرى^[١]، وللفادة نستعرض هذه الأنواع من الذكاء إضافة الى الذكاء المنطقي الذي سبق بيانه محاولين توظيف ما يتناسب منها مع طبيعة عمل المحقق القضائي:

١. الذكاء اللفظي اللغوي:

يتمثل بالقدرة على التفكير في الكلمات واستخدام اللغة للتعبير عن المعنى، وهو ما يتيح للأشخاص التواصل مع بعضهم البعض، وعادة ما يكون لدى الكتاب والصحفيين والمترجمين الفوريين ذكاء لغوي قوي، وتجد تنمية هذا النوع من الذكاء في حل الكلمات المتقاطعة، والقراءة وحكي القصص أو تعلم لغة جديدة، ويحتاج المحقق الجنائي هذه الامكانية من الذكاء في اختيار الكلمات أو الجمل التي تثير مشاعر الافراد كالمتهم ومن ثم ملاحظة ما يطرأ عليه من اضطرابات كما هو الحال في أسلوب اختبار تداعي الالفاظ^[٢]، كما يحتاج الى هذه الامكانية عند مخاطباته لمختلف الجهات التي يفتاحها في عمله بدء من تقديم مطالعته الى قاضي التحقيق وتنظيمه لمحاضر الضبط ومحاضر الكشف على محل الحادث ووصفه كتابة وتنظيمه لسير التحقيق ومخاطبة الدوائر الأخرى.

٢. ذكاء الإيقاع الصوتي أو الموسيقي:

يتمثل هذا النوع من الذكاء بالقدرة على تمييز النغمة والايقاع والنبرة، وكذلك التعرف على البنية الصوتية، وهذه الامكانية من الذكاء يحتاجها المحقق الجنائي في ملاحظة النبرة أو البنية

١- د. هاوارد غاردنر، جامعة هارفارد؛ لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع الالكتروني WWW.alarabiya.net

٢- د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص ٢٣١.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

الصوتية بشكل عام لدى المتهم أو الشاهد أو المشتكي التي تكشف عن حالته اثناء سماع أقواله فقد تعبر النبرة أو البنية الصوتية عن الحزن أو الندم أو الانكسار أو التبجح أو الغرور أو الانتقام والى غير ذلك من المشاعر، والتي قد تتغير تبعا للموقف الذي يمر به الشخص المستمع اليه، والمحقق الذي تتوفر لديه هذه الامكانية من الذكاء يستطيع التمييز بين ما يكون تغييرا حقيقيا وما هو تغيير مفتعل حيث ان بعض الأشخاص يعمد الى افتعال نبرة أو بنية صوتية معينة كأن يعمد الى رفع صوته أو تخفيضه دون ان يكون ذلك انعكاس لحقيقة مشاعره^[١].

٣. الذكاء البصري المكاني:

وهو القدرة على التفكير أو التصوير ثلاثي الابعاد، كما انه يدعم التنسيق بين اليد والعين والشعور بالاتجاه، وتجد تنمية هذا النوع من الذكاء بطريق الاشتراك في دراسة فنية، والقيام بعمل متاهات أو بانوراما الالغاز، ورسم الأشياء ثلاثية الابعاد أو تخيل ما سيكون عليه مكان ما ويحتاج المحقق هذه الامكانية من الذكاء عند فحص مسرح الجريمة من خلال إعادة تكوين الحادث حيث يسعى المحقق الى ربط وقائع الجريمة والتحري عن الحلقات المفقودة التي تثير الشك أو تذهب معالم الجريمة أو الأثر الذي تركه الجاني أو التناقض في أقواله عند محاولة انكاره ارتكاب الجريمة، ويتم ذلك بالتعرف على طريقة ارتكاب الجريمة وبيان الخطوات المتعاقبة التي اتخذت في ارتكابها، حيث يقوم الجاني عادة بإخفاء ومحو اثار جريمته وطمس معالمها وتتوقف قدرة المحقق في اكتشاف الجريمة على درجة تصوير الكيفية التي وقعت بها ولا يتم ذلك الا عن طريق الحصول على ما يمكن جمعه من الأمور الرئيسية لتكوين السلسلة بالشكل الذي وقعت به الجريمة لتكون الصورة اقرب ما يمكن من الحقيقة. وتقوم مكاتب التحقيق في بعض الدول ومنها فرنسا بعمل تسجيل فيديو في كيفية ارتكاب الحوادث المهمة يراعى فيها إعادة محل ارتكاب الجريمة الى وضعيته الاصلية السابقة لوقوع الجريمة، ومن ثم القيام بالتجارب المتطلبية واحداث التغييرات التي حدثت فيها اثناء وقوع الجريمة لاكتشاف الحلقات المفقودة واكتشاف جميع جوانب الجريمة، مثال ذلك في جريمة السرقة توضع الأموال المسروقة أو المماثلة لها في موضعها الأصلي وتعاد مواقع المحل الذي تصرف به الجاني الى أوضاعها الاصلية سيما مداخل ومخارج المحل التي استعملها الجاني في تنفيذ جريمته، ومن ثم تجري عملية وتمثيل كيفية وقوع الجريمة من قبل الجاني ممثلا دوره وكيفية ارتكابه الجريمة مع استعمال الآلات المستعملة

١- محمد سلمان العطار، الاجرام والمؤسسات العقابية، ط٢، دار التضامن، بغداد، ١٩٦٣، ص٣٦، د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في المحقق الجنائي، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠ ص٧٧، د. عمار عباس الحسيني، مدى مشروعية التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي، مجلة اهل البيت عليهم السلام ص ١٧٧.

في الجريمة أو اخرى مماثلة لها، وملاحظة الاثار التي تترك وتطابق وتقارن مع تلك التي خلفتها الجريمة^[٢].

٤. الذكاء النفسي الذاتي:

وهو القدرة على فهم الشخص لنفسه، وملاحظة مشاعره بشكل جيد وتتجلى هذه القدرة لدى الشخص من خلال اهتمامه بأحوال الناس من حوله، أي قدرة الشخص على التعرف على مشاعرة الشخصية وادرتها بشكل سليم في علاقته مع الاخرين، وتجد تنمية هذه القدرة بالتأمل، وعيش أحلام اليقظة حول الأهداف المستقبلية، والعمل الصحفي أو ذهاب الشخص في رحلة وحدة لبعض الوقت^[٣]، وتوافر هذه الامكانية امرا ضروريا بالنسبة للمحقق القضائي حيث ان من اهم وأول الأمور التي يجب على المحقق معرفتها عندما يشرع بالتحقيق بشكل عام وعند استجواب المتهم بشكل خاص هو ان يعرف المحقق مشاعره النفسية أي يلاحظ مشاعرة هو هل انه في حالة توتر، مرهق، متشائم، منتقم، هل انه في حالة جوع، نعاس، الى غير ذلك من المشاعر النفسية، فان كان يعيش احدى المشاعر السلبية فعليه ان لا يبدا بالتحقيق الا بعد ان يصبح في وضع طبيعي لأنه اذا ما باشر التحقيق وهو يعيش احدى المشاعر النفسية السلبية سوف يؤثر سلبا على إجراءات التحقيق وبحرفها الى وجهة مغايرة للحقيقة.

٥. الذكاء بين الأفراد:

يتمثل بالقدرة على فهم الاخرين ويظهر كمهارة ممتازة في التعامل معهم، وهذه الامكانية من الذكاء تمكن صاحبها من التواصل بشكل جيد والاحساس بالحالات النفسية واحتياجات الاخرين ويمكن من خلالها فهم وربط العديد من جهات النظر المختلفة، وتجد هذه الامكانية من الذكاء تنميتها في قضاء الكثير من الوقت مع الناس والانضمام الى شبكات التواصل الاجتماعي، ولعب بعض الألعاب التفاعلية^[٤]، وهذه الامكانية من الذكاء مهمة جدا بالنسبة لعمل المحقق القضائي فهو يحتاجها في الكثير من الأمور المتعلقة بوظيفته، ومنها فهم الموقف النفسي لأطراف الدعوى الجزائية من متهم أو مشتكي أو شاهد فمثلا بالنسبة للمتهم يمكن للمحقق الذي تتوافر لديه هذه الامكانية

١- د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص٦٨، د. تميم طاهر احمد، و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، أصول التحقيق الجنائي، ط١، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠١٣، ص٢٩.

٢- د. عماد كنعان، الذكاء العاطفي، دراسة تحليلية تأصيلية وفق المنهج التربوي الإسلامي، مجلة Bahar 168 (2016) FSM limi Arastirmalar insan ve Toplum Bergisi-7، د. تغريد اديب، الذكاء الشخصي وعلاقته بالتقويم المعرفي لدى طلبة الدراسات العليا، مجلة الفلسفة كلية الآداب المستنصرية، العدد ١٧، ٢٠١٨، ص١٣٩.

٣- د. جابر عبد الحميد جابر، الذكاءات المتعددة والفهم تنمية وتعميق، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٨.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

من الذكاء ان يتواصل ومن خلال الأسئلة التي يوجهها الى كسب ثقة ذلك المتهم به وذلك بعد ان يفهم المحقق وجهة نظر المتهم يستطيع ان يوجه اليه ما يراه من الأسئلة الملائمة لوجهة نظره وبعد بناء هذا الرابط من الثقة بين المتهم والمحقق يستطيع المحقق ان يحصل على حقيقة ارتكاب الجريمة من خلال ما يبوح به المتهم الى موطن ثقته، فمن المسلمات في علم النفس ان كل ما يكتمه المرء من أمور تشكل ثقل على النفس البشرية (النفس اللوامة) مما يدفعها الى التخلص من هذا الثقل من خلال البوح بالمكتوم وهي لا تفعل ذلك الا بعد ان تتحقق لها أسباب اطمئنانها من المخاطر المترتبة على عدم الكتمان.

ثانياً: الملاحظة:

هي قدرة الشخص على ملاحظة التغيرات البسيطة والتفاصيل الموجودة في محيطه، وينبغي ان يتمتع المحقق القضائي بقوة الملاحظة لكل ما يتعلق بعمله من تفاصيل الأشياء التي تقع تحت حواسه، اذ ان نجاحه في أداء وظيفته يتوقف على قدرته على استيعاب الأمور مهما كانت دقيقة ومهما بدت تافهة لأول وهلة، وهذه الامكانية أي قوة الملاحظة ترتبط بما يتمتع به الشخص من ذكاء بصري مكاني الذي سبق بيانه، وقوة الملاحظة تختلف لدى الأشخاص تبعاً لاختلاف تكوينهم الشخصي وتجاربهم وميولهم ورغباتهم ومهنتهم، فمثلاً المهندس المعماري لا يثير انتباهه الا الأبنية وهو اقوى من غيره من الأشخاص في ملاحظة ركائز البناء وخرائطه والمواد المستعملة فيه، والصبغ تجلب انتباهه الألوان اكثر من غيرها من الأشياء وهو اقوى من غيره في ملاحظة تشكيلها، والرسام اقوى من غيره في ملاحظة خطوط الرسم، والسيدات لا يجلب انتباههن الا الأزياء ومواد التجميل، والأطفال لا يجلب نظرهم الا الألعاب^[١]؛ اما المحقق فيجب ان يكون سريعاً دقيقاً في ملاحظة جميع الأشياء التي تقع تحت حواسه مع تمكنه من استحضارها فيما بعد ، خاصة عند اجراء الكشف على محل الحادث أو القيام بالتفتيش (فقد ورد في احدى القضايا ان المتهم الحدث ذكر بأقواله بانه قام بأطلاق العيارات النارية على المجني عليهما وارداهما قتيلين عند حضورهما اما باب داره حيث قام بأطلاق النار بواسطة بندقية من اعلى سطح الدار واثناء اجراء كشف الدلالة للمتهم لوحظ ان سطح الدار كان محاط بجدار (ستارة) يبلغ ارتفاعه مترين وهو اعلى من طول المتهم الحدث الذي ذكر بانه لم يستخدم أي شيء للتسلق على الجدار أو أي منفذ اخر، وهذه الملاحظة كانت هي المفتاح لثبوت عدم صحة اعتراف المتهم، وفي قضية أخرى واثناء اجراء الكشف على محل الحادث عثر المحقق على قطعة بلاستيكية صغيرة اعزى عائديتها الى احدى السيارات قام بضبطها مستعينا بقوة ملاحظته

١- د. تميم طاهر احمد، ود. حسين عبد الصاحب عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص ١٥، عبد اللطيف احمد، التحقيق

الجنائي العملي، بغداد، ١٩٥٧، ص ٢٠.

وذاكرته، فقد ورد بإفادات المتهمين بأنهما قاما بقتل المجني عليه في منطقة شبه صحراوية نائية بعد ضربه على رأسه بقضيب حديدي وبعد فقدة للوعي قام احدهما بدعسه بواسطة سيارة يقودها ذهاباً وإياباً فوق جسده حتى فارق الحياة، وبعد اجراء الفحص تبين بان القطعة البلاستيكية المضبوطة تعود للمصدة (الدعامية) الخلفية للسيارة المضبوطة بحوزة المتهمين، فهذه الملاحظة كانت سبب في توافر قرينة تفيد صحة اعتراف المتهمين؛ وتجد هذه الامكانية تنميتها في ممارسة التمارين العقلية وفي مقدمتها التأمل وذلك من خلال ملاحظة الشخص لكل محتويات الأماكن التي يمر بها من أشياء كالأثاث وغيرها مما يوجد في المكان من ساعة جدارية مثلا أو مزهرية أو كابسة أوراق ومن ثم محاولة تذكرها ومطابقتها على الواقع، فمثلا بالنسبة للمحقق عندما يدخل في مخزن لمواد مضبوطة وفي سبيل تنمية ملاحظته عليه ان يركز على محتويات ذلك المخزن بأنواعها واشكالها والوانها، وبعد خروجه يستريح لبعض الوقت ويغمض عينيه ويبدأ باستذكار ما لاحظته ويثبت ذلك في ورقة ثم يعود ويقارن بين ما لاحظته وثبته وبين ما موجود على ارض الواقع^[١].

ثالثاً: الذاكرة:

وهي قدرة الشخص على حفظ ما ادركه بحواسه من معلومات أو مشاهدات واحضارها وقت الحاجة اليها، ولقوة الذاكرة دورا مهم في ربط الحوادث بعضها ببعض، وتجد تنمية هذه القدرة من خلال ممارسة التمارين العقلية والنوعية الغذائية، كما هو الحال في الملاحظة وذلك بأن يقوم الشخص باستعادة الحوادث السابقة بعد ان ادركها حيث ان الذاكرة تقوى بالممارسة والتمرين وعلى العكس فأنها تضعف بالكسل والإهمال، وهي تمكن المحقق من استظهار التباين في اقوال المتهم أو الشاهد أو المشتكي أو بين اقوال عدد من المتهمين أو الشهود أو المشتكين حول موضوع معين، وغالبا ما يحصل في العمل ان يحضر امام المحقق شخص للأداء بأقواله بصفة شاهد أو مشتكي أو لمراجعة معينة، فيتبين له من خلال قوة ذاكرته بأن ذلك الشخص مطلوب إحضاره في قضية أخرى مما يساعده ذلك في تيسير الإجراءات التحقيقية^[٢].

رابعاً: سرعة الخاطر (البديهية):

هذه الامكانية ترتبط ارتباط وثيق بأنواع الذكاء التي سبق بيانها، وهي تختلف من شخص الى اخر بل تتباين قوة وضعفا لدى الشخص نفسه تبعا لدرجة ذكائه التي ترتفع وتنخفض بحسب ما يمر به من ظروف نفسية وفسولوجية، كما تلعب التجارب السابقة دورا مهما في تقويتها، فهي تقوم على تيقظ ذهن الانسان وادراكه السريع لما يدور حوله ويصادفه من الحوادث

١- د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص ١٥ .

٢- د. احمد فؤاد عبد المجيد، التحقيق الجنائي القسم العلمي، ط٥، القاهرة، ١٩٣٩، ص ١٢.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

وحسن تصرفه الفعلي والقولي بما يناسبها وفي حين وقوعها، وهي غالباً ما تتوافر لدى الناجحين من القادة الميدانيين، وهذه الامكانية تجد تنميتها في القيام بتجارب تتطلب من القائم بها ان يتخذ مواقف ارتجالية، وفي كثير من الأحيان ما يجد المحقق نفسه في ظروف حرجة لا ينقذه منها الا سرعة خاطره فالتباطؤ في الفهم يؤدي به الى ضياع جهود كبيرة وقد يؤدي الى تعريضه للخطر، فمن الضروري ان يكون المحقق سريع البديهة قادراً على اتخاذ القرار والاجراء المناسب في الوقت المناسب بما يتلاءم مع طبيعة القضية قيد التحقيق^[١].

خامساً: الشجاعة:

الشجاعة هي القدرة على الوقوف بوجه المخاطر دون خوف أو وجل؛ فطبيعة عمل المحقق الجنائي تقتضي منه ان يتصف بالشجاعة حيث انه يحتك بفئات اكثر خطورة غالبيتهم من المجرمين أو المتنفذين لاسيما بعد اتساع نطاق عصابات الجرائم المنظمة والفساد الإداري، فان لم يكن المحقق متمتعاً بالقدر المناسب والكافي من الشجاعة لن يستطيع القيام بعمله، وهنا ينبغي ان نميز بين الشجاعة والتهور الذي يجب ان لا يقع فيه، فالمحقق الشجاع على خلاف الشخص المتهور اذ يتحرك في مجال مؤمن ومن ثم اقدمه على مواجهة الاخطار الى جانب اعتماده على نفسه ليتمكن من ارتياد الأماكن التي يستوجب عليه الذهاب اليها واقتحامها من اجل كشف الحقيقة، وهذه القدرة تجد تنميتها بممارسة تمارين استشعار الشجاعة من خلال برمجة العقل الباطن ويتم ذلك بإغماض العينين ومن ثم أخذ نفس عميق واسماع الشخص لنفسه بعض الكلمات التي تشعره بالشجاعة وبصورة متقطعة كما تجد تنميتها في الاقدام على كل ما هو جديد ونافع وبالتعامل مع مختلف الأشخاص وباكتساب مهارات جديدة^[٢].

سادساً: ضبط النفس (الهدوء النفسي):

وهي قدرة الشخص على الثبات بوجه المؤثرات الخارجية وان لا يدع لهذه المؤثرات أي سلطان عليه، وتلعب التجربة والخبرة السابقة دوراً مهماً في تنمية هذه الامكانية، فكثير ما يصادف المحقق اثناء قيامه بعمله عوامل تؤثر عليه كالشعور بالشفقة عند سماعه البكاء والعويل من ذوي المجني عليه أو الشعور بالخوف من ان يعتدى عليه احد المتصلين بالواقعة التي يحقق فيها فعليه ان يحافظ على قوة اعصابه وهدوءه النفسي، كما ان هناك من الظروف التي تؤثر لا شعورياً على المحقق ان ينتبه اليها وان لا يقع تحت تأثيرها، فعندما تتشابه ظروف المتهم مع ظروف تحيط بالمحقق أو أحاطت به في الماضي فانه سوف ينحاز اليه لا شعورياً مما يجعله يميل الى تحشيد ادلة البراءة على

١- د. عبد الستار الجميلي، التحقيق الجنائي قانون وفن، ١، بغداد، ١٩٧٣، ص ٢٣.

٢- د. تميم طاهر احمد، ود. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، مرجع سابق، ص ١٦.

حساب ادلة الإدانة، اما اذا تشابهت ظروف المحقق أو الظروف التي أحاطت به في الماضي مع ظروف المجني عليه، انحاز لا شعورياً اليه مما يجعله يميل الى تحشيد ما يرد من ادلة ضد المتهم على حساب ادلة براءته، فالمحقق بذلك يتعاطف مع احد طرفي الدعوى الذي تتشابه ظروفه مع ظروف المحقق في الحاضر أو الماضي وبحكم التشابه في الظروف يضع شخصه موضع الخصم الذي يشاطره ظروفه ويدمج شخصه في شخصه وهو حينها يقوم له بإجراء التحقيق وكأنما يقوم بذلك لنفسه دون ان يشعر، وهي ظاهرة نفسية تعرف بظاهرة التقمص أو الاندماج أو المشاطرة، وقد يكون الباعث على ميل المحقق اللاشعوري مصلحة ذاتية كامنة في نفسه، أو مصبحة أدبية أو عاطفة اجتماعية تعد بذاتها فضيلة، كالعاطفة الوطنية والنزاعات القومية، مما يجعله يميل الى القيام بالإجراءات التحقيقية التي فيها مصلحة لمن انحاز اليه، وعدم القيام أو التقاعس بما يكون منها ضده^[١].

سابعاً: الصبر والرزانة:

الصبر قدرة الشخص على حبس النفس عن الجزع أو التسخط أو الشكاية، وتنمي هذه القدرة بالمصابرة أي الإقامة على الصبر، والمقاومة والثبات ولزوم باب القلب لئلا يدخله ما يثنيه عن عزمته، وهو امرا ضروري للمحقق فينبغي ان تكون لديه المقدرة على تحمل المشاق والمتاعب دونما كلل أو ملل فلا يضجر أو يميل أو يستولى عليه اليأس لمجرد عدم التوصل الى النتائج التي يروم الوصول اليها عند اتخاذه الإجراءات التحقيقية، وانما عليه ان يتأبر في تحقيقاته الى ان يصل الى كشف الحقيقة ، وفي كل الأحوال ان يتصف بالرزانة أي وقوراً هادئاً ذا هيبه في تصرفاته الفعلية والقولية مبتعداً عن كل ما يبعث في تصرفاته من التسرع أو الخفة أو الطيش أو الرعونة^[٢].

الفرع الثاني

الإمكانات الموضوعية للمحقق القضائي

هذه الامكانيات يكسبها الشخص من المحيط الخارجي الذي يعيش فيه ويدخل في تحصيلها الى حد كبير الفرضية والتجربة والخبرة، ويمكن ان نبين أهمها:

أولاً: معرفة القوانين:

ينبغي بالمحقق ان يكون على معرفة كافية بفروع القانون بصفة عامة وبالجنائية منها بصفة خاصة، ان هي اداته التي يعمل بها فهي تمكنه من التمييز بين ما يعد من الأفعال جرائم تدخل في نطاق عمله وبين ما يعد منها غير ذلك والتي غالباً ما تدخل في نطاق القوانين الأخرى والتي تخرج

١- د. احمد محمد خليفه، علم النفس الجنائي والقضائي، بغداد ، ١٩٤٩، ص ٨٨ .

٢- د. احمد فؤاد عبد المجيد، مرجع سابق، ص١٤ : د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص١٦.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

عن نطاق عمله، هذا من جانب ومن جانب آخر فان معرفته بالقوانين الجنائية تمكنه من اخيار الطرق التي يجب عليه ان يسلكها منذ اتصال علمه بوقوع الجريمة والى حسم القضية التحقيقية .

ثانياً: معرفة علمي النفس والاجتماع الجنائيين:

يبحث علم النفس الجنائي في العوامل النفسية للجريمة، من خلال نظريات المذهب النفسي التي أعطت أهمية للأمراض النفسية والاضطرابات العاطفية والعقد والتخلف النفسي في وقوع السلوك الاجرامي، وعلم الاجتماع الجنائي يبحث في العوامل الاجتماعية من خلال نظريات المذهب الاجتماعي في تفسير ظاهرة الجريمة بوصفها ظاهرة اجتماعية تتصل بتكوين المجتمع وطبيعة الحياة الاجتماعية^[١]؛ إضافة الى هذين العلمين علم البيولوجيا الجنائي الذي يبحث في دراسة العوامل البيولوجية للجريمة الناشئة عن بعض الاختلالات في التكوين العضوي للإنسان ووظائفه الحيوية^[٢]، والمحقق الجنائي لا يمكنه التآلق بعمله مالم يتمكن من فهم شخصية المتهم وسلوكياته وحالته النفسية والعقلية فظلا عن ان دراسة علم الاجتماع الجنائي تساعده في معرفة اسباب الجريمة وتحديد.

ثالثاً: المعرفة بالطب العدلي:

من الضروري ان يكون المحقق القضائي على معرفة عامة في الموت وعلاماته واسبابه والتغيرات التي تطرأ على الجثة بعد الوفاة والجروح وانواعها والأدوات المستعملة في احداثها والسموم وتأثيرها ان تمكنه هذه الأمور من معرفة الكثير مما يستدل من خلاله على بيان كيفية وقوع الجريمة وغيرها من موضوعات الطب الشرعي التي يجب على المحقق الامام بها بغية تمكنه من تحديد موضوع الفحص الذي يطلب من الطبيب العدلي اجراءه وتمكنه أيضا من فهم المصطلحات أو التقارير الطبية^[٣].

رابعاً: المعرفة بفنون البحث الجنائي والإسعافات الاولية:

لابد وان يكون المحقق على معرفة بقواعد واصول البحث عن الجرائم الذي تطور اليوم بحيث اصبح لا يترك شيئا للمصادفات أو الى ما يسوقه الحظ في طريق المحقق بل يعتمد على كل ما هو جديد في مجال البحث العلمي، خاصة بعد ان استعان المجرمون بمختلف جوانب العلم والمعارف الإنسانية، وبعد ان استفادوا من تجارب الماضي ومن خبرات غيرهم من المجرمين في الداخل والخارج،

١- د. اكرم نشأت إبراهيم، علم الاجتماع الجنائي، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩، ص ١٥.

٢- د. محمد إبراهيم زيد، مظاهر التكامل بين العوامل البيولوجية والعلوم القانونية والعقابية في المجال التطبيقي العملي، المجلة الجنائية القومية، مجلد ٧، عدد ٢، القاهرة، ١٩٧٧، ص ١٩.

٣- د. وصفي محمد علي، الوجيز في الطب العدلي، المكتبة القانونية، بغداد، ص ٧.

فبعد ان يسجل المحقق ساعة وصوله الى محل الحادث وتثبيت حالة الجو أو الطقس ودرجة الإضاءة والرؤية يلقي نظرة سريعة وشاملة على المكان بأسره مع اتخاذ الإجراءات السريعة والضرورية المناسبة لكل حالة مثل القيام فوراً بضبط كاميرات المراقبة القريبة من محل الحادث لمنع اخفائها أو حذف محتوياتها أو تغييرها أو القيام بإطفاء أي نار تكون مشتعلة خاصة اذا كان ذلك في أوراق أو مستندات وبالطريقة العلمية التي تمكن بعد ذلك من فحصها وقراءتها وكذلك فتح النوافذ للتهوية مع غلق محابس الغازات اذا ما لوحظ وجودها في المكان وكذلك النظر في دورات واحواض المياه للبحث عن أي دليل مادي يكون قد وضع بها ويمكن إنقاذه قبل ضياعه، وكذلك البحث عن وجود أي رائحة مميزة لدخان أو بارود أو روائح عطرية أو مواد كيميائية أو دوائية أو ما شابه ذلك مع تسجيل كل ذلك حسب القواعد والأصول الفنية لعمليات الكشف على محل الحادث والوصف^[١].

وفضلاً عن كون القيام بإسعاف المصابين في محل الحادث واجب انساني تفتضيه الفطرة الإنسانية فإنه واجب قانوني على المكلفين به ومنهم المحقق الجنائي حيث انه مكلف بالمحافظة على ادلة الجريمة فمن خلال اسعاف المصابين سوف يتمكن من الحصول على الافادات والمعلومات من اشخاص شاهدو الجريمة لاسيما ما يتعلق بمرتكبها وبكيفية وقوعها؛ فمثلاً اذا كان المصاب يعاني من اختناق فان الخطوات التي يقوم بها المسعف من اجل اسعاف المجني عليه تتمثل بالوقوف خلف الشخص المختنق ثم يضع ذراعه خلف خصر الشخص ويميله جيداً الى الامام ثم يضم قبضته ويضعها فوق سرة بطن الشخص مباشرة ثم يضع المسعف يده الأخرى الى اعلى ثم يضغط بكلتا يديه الى الخلف على بطن المصاب وفي حركة قوية الى اعلى حتى خمس مرات ثم النظر اذا كان الانسداد لا يزال موجود ، كل هذا مع السرعة القصوى في نقل المصاب الى اقرب مركز صحي لأجراء العلاج^[٢].

خامساً: علم الفراسة ولغة الجسد:

يقدم علم الفراسة للمحقق عدد من المعايير الشكلية التي يمكن الاعتماد عليها في تصنيف الناس ضمن فئات مشتركة بالمشاعر والطباع الشخصية من خلال النظريات والقواعد التي يقوم بدراستها، فهو يقدم تحليلاً اولياً للشخصية وطباعها، معتمداً على المشاعر بالدرجة الأولى، وبالدرجة الثانية يتم الاعتماد على نمط شكل الوجه والتعبيرات الصادرة عنه، ويرتبط علم الفراسة مع لغة الجسد بهدف

١- د. زين العابدين سليم، طريقة مقترحة للكشف عن الجرائم في مرحلة الاستدلال، المجلة الجنائية القومية، العدد ١، المجلد ١٣، ١٩٧٠، ص ٦٨.

٢- لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع الالكتروني: <https://www.webteb.com/articles> ؛ د. وصفي محمد علي، مرجع سابق، ص ٩.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

واحد حيث ان تفهم مشاعر الأشخاص واختيار انساب أساليب التعامل المناسبة لهم، هو هدف كل من علم الفراسة ولغة الجسد، لذلك يعد اتقان بعض المهارات المتعلقة بفهم مشاعر وصفات الآخرين من الأمور المهمة، كقراءة تعابير الوجه التي تتطلب دقة في الملاحظة وسرعة في الاستجابة^[١]، ولا يخفى أهمية ذلك بالنسبة للمحقق القضائي حيث ان نجاحه في أداء مهمته يتوقف على مدى دقة ملاحظته للاضطرابات التي تظهر على المتهم اثناء استجوابه، وكذلك الحال بالنسبة لبقية اطراف الدعوى كالمشتكي والشاهد للتأكد من مدى صدق شهادته.

سادساً: مواكبة تطور وسائل وأساليب الاجرام:

من الضروري ان يكون المحقق على دراية بأساليب ووسائل الاجرام التي يستخدمها المجرمون في ارتكاب جرائمهم، فكل مجرم يختار الأسلوب والوسيلة التي تناسب مهارته في ارتكاب الجريمة وهو لا يغير أسلوبه الا اذا اضطرت الظروف الى ذلك، وغالبا ما يستدل من خلال أسلوب ووسيلة ارتكاب الجريمة على شخصية الجاني، فعندما تكون جثة المجني عليه مقطعة الى أجزاء بطريقة فنية يستدل ان الجاني جزاراً أو جراحاً، وعندما تقع جريمة السرقة عن طريق فتح الأبواب أو النوافذ دون كسر يستدل ان الجاني حرفياً قد يكون نجاراً أو حدادا، الى غير ذلك من أساليب ووسائل الاجرام التقليدية التي اخذت تتطور في الوقت الحاضر حيث احتلت أساليب وسائل التقنيات الالكترونية نطاق واسع في محيط الجريمة^[٢]، مما ينبغي معه ان يكون المحقق على مواكبة لهذا التطور واطلها ان يكون المحقق على معرفة بأجراء العمل الفني بوضع بعض الهواتف وصفحات التواصل الاجتماعي وغيرها تحت المراقبة ومعرفة مواقعها وعائديتها والأشخاص المستخدمين لها فعلاً، الامر الذي يفرض على الجهات الإدارية تدريب المحققين الجنائيين وبشكل دوري من خلال شمولهم بدورات تطويرية دورية في الخارج والداخل.

سابعاً: عموميات:

هناك جملة من الأمور العامة التي ينبغي بالمحقق القضائي ان يكون على قدر من المعرفة أو الالمام بها، ومنها الحذر من الوقوع تحت تأثير ايحاءات الرأي العام لأنها قد تحرف التحقيق عن مساره الصحيح، والموضوعية في التصور والابتعاد عن التصور الخيالي الذي يكون بعيداً عن الواقع، وان يكون على قيافة وحسن المنظر وقوي الشخصية وحسن الاخلاق فهذه الأمور من شأنها كسب ثقة اطراف الدعوى به وهو امر مهم في التحقيق، وينبغي بالمحقق على معرفة بالحدود الإدارية لمنطقة اختصاصه وتكوينها الجغرافي وطرقها الرئيسية والفرعية ومواقع المنشآت فيها وطبيعة

١- د. إبراهيم الفقي، احتراف فن الفراسة، الحياة للدعاية والاعلان، ٢٠١٠، ص ١٣.

٢- د. اكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٢٩.

سكانها ولهجاتهم المحلية، وان يكون على قدر من المعرفة باللغة الأخرى كالإنكليزية واستعمال الأسلحة النارية والسباحة وقيادة المركبات والعمل على أجهزة الكمبيوتر وفن مخاطبة الجهات ذات العلاقة بعمله، كذلك من الضروري تأمين الاتصال الفوري بالجهات الأمنية كمراكز الشرطة أو مديرية الأدلة الجنائية أو مديرية الدفاع المدني أو قسم الطوارئ في المستشفى الواقع في منطقة اختصاصه حيث غالباً ما يحتاج الى السرعة في مفاتحة هذه الجهات عند تلقيه اخبار عن وقوع جريمة مشهودة^[١].

المطلب الثاني

الصلاحيات القانونية للمحقق القضائي وصعوبات ممارستها

هناك الكثير من الصلاحيات التي خول القانون المحقق القضائي القيام بها في سبيل سرعة حسم القضايا التحقيقية ومعاونة قضاة التحقيق لاسيما في مكاتب التحقيق القضائي، ولكن نجد في ذات الوقت جملة من المعوقات التي تحول دون استعمال هذه الصلاحيات لاسيما على مستوى الواقع العملي، ولغرض الوقوف على هذه الصلاحيات ومعوقاتها سنقسم هذا المطلب على فرعين سنخصص الأول لبيان صلاحيات المحقق القضائي، وفي الثاني لبيان صعوبات استعمالها وكالاتي:

الفرع الاول

الصلاحيات التحقيقية

تبنى قانون أصول المحاكمات الجزائية قاعدة عامة تجسد صلاحية المحقق القضائي في اجراء التحقيق يمكن ان نرجع اليها جميع الصلاحيات الجزئية الأخرى، وهذه القاعدة العامة تضمنتها المادة (٥١/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ان نصت (يتولى التحقيق الابتدائي قاضي التحقيق وكذلك المحققون تحت اشراف قضاة التحقيق)؛ واكدتها المادة (٥٢/أ) ان نصت (يقوم قاضي التحقيق بالتحقيق في جميع الجرائم بنفسه أو بواسطة المحققين وله ان ينيب احد أعضاء الضبط القضائي لاتخاذ اجراء معين) وانطلاقاً من هذه القاعدة العامة نبين بإيجاز الصلاحيات التحقيقية للمحقق القضائي:

أولاً: تلقي الاخبارات والشكاوى:

على المحقق القضائي استقبال الاخبارات والشكاوى التي تقدم اليه من المواطنين أو الجهات الإدارية أو الادعاء العام واتخاذ الاجراء القانوني المناسب بشأنها، ونجد هذه الصلاحية للمحقق

١- د. سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص ٢٥.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

القضائي في المادة (١ / أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية التي نصت عليها بصورة صريحة حيث نصت (تحرك الدعوى الجزائية بشكوى شفهية أو تحريرية تقدم الى قاضي التحقيق أو المحقق أو أي مسؤول في مركز الشرطة أو أي من أعضاء الضبط القضائي من المتضرر من الجريمة أو من يقوم مقامه قانونا أو أي شخص علم بوقوعها أو بأخبار يقدم الى أي منهم من الادعاء العام مالم ينص القانون على خلاف ذلك...) وكذلك الحال في المادة (١ / ٤٧) التي نصت (لمن وقعت عليه جريمة ولكل من علم بوقوع جريمة تحرك فيها الدعوى بلا شكوى أو علم بوقوع موت مشتبه به ان يخبر قاضي التحقيق أو المحقق أو الادعاء العام أو احد مراكز الشرطة) فواضح من نص هاتين المادتين انهما جعلتا المحقق القضائي في المرتبة الثانية بعد قاضي التحقيق من الجهات التي تحرك امامها الدعوى الجزائية، ولكن ما نلمسه ان هذه الصلاحية مهمشة على ارض الواقع فنجد عمليا ان الاخبارات أو الشكاوى اما ان تقدم مباشرة الى قاضي التحقيق أو تقدم الى مركز الشرطة، ويرجع ذلك الى أسباب سوف نبينها عند تناولنا لمعوقات استعمال صلاحيات المحقق القضائي؛ كذلك نصت المادة (٤٩) الأصولية على صلاحية المحقق في تلقي التقارير الخاصة بالاخبارات المقدمة من قبل المسؤول في مركز الشرطة، وبالإضافة الى استقبال الاخبارات والشكاوى فمن صلاحية المحقق القضائي استقبال طلبات التدخل في الدعوى الجزائية التي تقدم من قبل المدعي بالحق المدني والمسؤول مدنيا عن فعل المتهم حيث نصت على هذه الصلاحية المادة (١٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية ان نصت (لمن لحقه ضرر مادي أو ادبي من اية جريمة ان يدعي بالحق المدني ضد المتهم والمسؤول مدنيا عن فعله مع مراعات ما ورد في المادة التاسعة بعريضة أو طلب شفوي يثبت في المحضر اثناء جمع الأدلة أو اثناء التحقيق الابتدائي أو امام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية في اية حالة كانت عليها حتى صدور القرار فيها ولا يقبل ذلك منه لأول مرة عند الطعن تمييزا) فهذه المادة نصت بصورة غير مباشرة على صلاحية المحقق القضائي ان جعلت تقديم الطلب واثباته في المحضر اثناء التحقيق الابتدائي ومن المسلمات ان المحقق القضائي يقوم بالتحقيق الابتدائي تحت اشراف قاضي التحقيق^(١)؛ اما بالنسبة لصلاحية المحقق في قبول طلب التدخل الذي يتقدم به المسؤول مدنيا عن فعل المتهم فقد نصت عليها بصورة غير مباشرة المادة (١٤) الأصولية (للمسؤول مدنيا عن فعل المتهم ان يتدخل في الدعوى الجزائية في أي وقت قبل صدور القرار فيها ولو لم يكن فيها مدع بحق مدني).

١- المادة (٥١/أ) الأصولية.

ثانياً: الانتقال الى محل الحادث وتكليف اعضاء الضبط القضائي بمواصلة التحقيق:

على المحقق القضائي إن ينتقل فوراً إلى محل الحادث إذا أُخبر عن جريمة مشهودة أو اتصل علمه بها وله ان يكلف اعضاء الضبط القضائي من ضباط الشرطة ومفوضيها وغيرهم من أعضاء الضبط القضائي ممن ذكرتهم المادة (٣٩) الأصولية بإكمال ما قاموا به في محل الحادث من إجراءات تحقيقية تنفيذاً لواجباتهم^[١]، وصلاحيه المحقق في الانتقال الى محل الحادث نلمسها من مضمون المادة (٤٦) الأصولية حيث ان مهمة عضو الضبط القضائي في محل الحادث تنتهي بحضور قاضي التحقيق أو المحقق أو ممثل الادعاء العام، حيث أراد المشرع بنص هذه المادة إعادة التحقيق الابتدائي الى صاحب الاختصاص الأصلي عند حضوره الى محل ارتكاب الجريمة وهو قاضي التحقيق أو المحقق واستثناء لمثل الادعاء العام، حيث نصت المادة المذكورة على (تنتهي مهمة عضو الضبط القضائي بحضور قاضي التحقيق أو المحقق أو ممثل الادعاء العام الا ما يكلفه به هؤلاء)، كذلك المادة (٥٢/ب) الأصولية ان نصت (يجري الكشف من قبل المحقق أو القاضي على مكان وقوع الحادثة لاتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٤٣) ووصف الآثار المادية للجريمة والاضرار الحاصلة بالمجني عليه وبيان السبب الظاهر للوفاة ان وجدت وتنظيم مرتسم للمكان) وفي كل الأحوال سواء كانت الجريمة مشهودة أو غير مشهودة فللمحقق ان يكلف عضو الضبط القضائي القيام بأجراء أو أي عمل يفيد التحقيق حيث ان أعضاء الضبط القضائي مكلفون قانوناً بمساعدة قضاة التحقيق والمحققين^[٢]، ويتحمل الممتنع عن تقديم المعونة المسؤولة الجزائية حيث نصت المادة (٢٤٢) من قانون العقوبات العراقي على (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع بغير عذر عن المعاونة الواجب عليه تقديمها لمحكمة أو قاض أو محقق تنفيذاً لواجباته القضائية أو لموظف أو مكلف بخدمة عامة تنفيذاً لواجبات عمله بعد ان طلب منه تلك المعونة)^[٣]، وللمحقق القضائي ان يصدر امر للمسؤول في مركز الشرطة للقيام بأجراء التحقيق في اية جريمة وبناء على هذا الامر يكون للمسؤول في مركز شرطة سلطة محقق^[٤].

١- د. فخري عبد الرزاق صلبي الحديثي، أبحاث في القانون الجنائي، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨، ص ٢٧٠؛

د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٤٥.

٢- المادة (٤١) الأصولية .

٣- عدل مبلغ الغرامة بموجب قانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ حيث اصبح مبلغ الغرامة في المخالفات لا يقل عن خمسون الف دينار ولا يزيد على مئتي الف دينار وفي الجرح لا يقل عن مائتي الف دينار وواحد ولا يزيد على مليون دينار وفي الجنايات لا يقل عن مليون وواحد دينار ولا يزيد على عشرة ملايين دينار.

٤- المادة (٥٠) الأصولية.

ثالثاً: منع اطراف الدعوى الجزائية من حضور إجراءات التحقيق أو عدم الاذن لهم بالكلام اثناء التحقيق:

خول المشرع المحقق القضائي صلاحية منع اطراف الدعوى الجزائية من متهم ومشتكي ومدعي بحق مدني ومسؤول مدنيا ووكلائهم من حضور إجراءات التحقيق لضرورة قدرها فقد تقتضي سلامة التحقيق منع اطراف الدعوى من حضور الإجراءات التحقيقية وفي حالة عدم منعهم من الحضور له ان لا يأذن لهم بالكلام اثناء التحقيق وعليه في كل ذلك ان يبين الأسباب التي دفعته الى اتخاذ هكذا اجراء وان يبيح لهم الاطلاع على التحقيق بمجرد زوال السبب الذي اضطره الى ذلك^[١]، هذه الصلاحية نصت عليها بصورة صريحة المادة (٥٧/أ) الأصولية ان نصت (للمتهم والمشتكي والمدعي بالحق المدني والمسؤول مدنيا عن فعل المتهم ووكلائهم ان يحضروا إجراءات التحقيق، وللقاضي أو المحقق ان يمنع أياً منهم من الحضور اذا اقتضى الامر ذلك لأسباب يدونها في المحضر على ان يبيح لهم الاطلاع على التحقيق بمجرد زوال هذه الضرورة ولا يجوز لهم الكلام الا اذا اذن لهم، واذا لم يأذن وجب تدوين ذلك في المحضر).

رابعاً: تحديد الوصف القانوني للواقعة الجرمية:

من صلاحيات المحقق القضائي ان يقوم بتكليف الفعل المنسوب للمتهم وتحديد الوصف القانوني له، ببيان المادة القانونية المنطبقة على الواقعة المنسوب ارتكابها للمتهم عند تقديم مطالعاته الى قاضي التحقيق أو في حالة اصدار ورقة تكليف بالحضور أو في الأحوال الأخرى^[٢]؛ ان نجد ان هذه الصلاحية قد وردت ضمناً في نصوص متفرقة منها المادة (٤٩/أ) الأصولية التي بينت ما يجب على مسؤول مركز الشرطة اتخاذه من إجراءات عند وصول اخبار اليه عن جناية أو جنة مشهودة، فالمسؤول في مركز الشرطة عند وصول اخبار اليه عن واقعة جرمية وفي سبيل قيامه باتخاذ الاجراء القانوني المناسب عليه ان يحدد أولاً الوصف القانوني لهذه الواقعة ليتسنى له اتخاذ ما الزمه به القانون من اجراء، اما الفقرة (ب) من المادة المذكورة فقد بينت ذلك بصورة صريحة ان نصت (اذا كان الاخبار واقعا عن مخالفة فعلية تقديم تقرير موجز عنها الى المحقق أو قاضي التحقيق يتضمن اسم المخبر واسم الشهود والمادة القانونية المنطبقة على الواقعة) وفي كل ذلك يكون للمسؤول في مركز الشرطة سلطة محقق بموجب المادة (٥٠/ب) الأصولية: (يكون

١- د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية نظريا وعمليا، ط٢، مطبعة تبايي، أربيل، ٢٠١٥، ص ١١٠؛ د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٣٠.

٢- د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص ٣٧١.

للمسؤول في مركز الشرطة في الأحوال المبينة في هذه المادة والمادة ٤٩ سلطة محقق)؛ كذلك الحال بالنسبة لورقة التكليف بالحضور التي يصدرها المحقق لمن له علاقة بالدعوى حيث تتضمن ورقة التكليف بالحضور جملة من البيانات وهي اسم المطلوب تبليغه وصفته في الدعوى واسم المتهم والمجني عليه والمحكمة ورقم الدعوى ونوع الجريمة والمادة القانونية المنطبقة عليها والوقت الذي يجب فيه الحضور^[١].

خامساً: تحليف الشهود وتدوين افاداتهم والاذن بسؤال الشاهد وملاحظة ما يبدو عليه مما يؤثر على اهليته لأداء الشهادة أو تحملها:

يقوم المحقق باستدعاء الشهود وتدوين إفاداتهم في الدعوى الجزائية في جميع الجرائم عدا الشهادات المهمة في الجنايات حيث يكون تدوينها من قبل قاضي التحقيق، ويقوم المحقق بذلك بعد ان يحلف الشاهد اليمين القانونية اذا كان قد اتم الخامسة عشر من عمره^[٢]، حيث يمكن ان نستجلي صلاحية المحقق في تحليف الشاهد اليمين بأن يشهد بالحق والصدق من نص المادة (٢٥٩) من قانون العقوبات العراقي اذ نصت على (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من؛ ١- امتنع عن حلف اليمين القانونية بأن يقرر الحقيقة بعد ان طلبها منه قاض أو محقق أو موظف أو مكلف بخدمة عامة وفقاً لاختصاصه القانوني)، وللمحقق صلاحية الاذن لأطراف الدعوى بتوجيه الأسئلة الى الشاهد^[٣]، ويجب على المحقق في ذلك ان يثبت ملاحظاته على الشاهد مما يؤثر على اهليته وقت الادلاء بالشهادة أو وقت ادراكها بإحدى حواسه فقد تتأثر اهلية الشاهد للشهادة بعوامل عضوية أو عقلية أو نفسية^[٤]، ولأهمية الشهادة في الدعوى الجزائية باعتبارها احد ادلة الاثبات فيها، فقد منح المشرع المحقق صلاحية الانتقال الى محل الشاهد لتدوين شهادته اذا قام لديه عذر يمنعه من الحضور^[٥].

سادساً: نذب الخبراء:

للمحقق صلاحية انتداب خبير أو أكثر بحسب موضوع الدعوى لأبداء الرأي العلمي فيما له علاقة بالجريمة المرتكبة فله مثلا ان يرسل السلاح المضبوط الى خبير الأسلحة لغرض بيان فيما اذا كان صالحا للاستعمال من عدمه واخر تاريخ لاستعماله، أو يعرض العجلة المضبوطة على البراد

١- المواد (٥٩/أ) و(١٤٣/ب) و(١٨٧/ب) الأصولية.

٢- المواد (٥٩/أ) و(٦١/د) و(٦٣/ا) الأصولية.

٣- المادة (٦٤/أ) الأصولية .

٤- المادة (٦٥) الأصولية .

٥- المادة (٦٧) الأصولية؛ جمال محمد مصطفى، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٥، ص ٦١.

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

الالبي لبيان سبب الحادث، أو يرسل المواد الغذائية المضبوطة الى قسم الصحة لبيان فيما اذا كانت صالحة للاستهلاك البشري من عدمه، أو يرسل المواد المضبوطة لبيان فيما اذا كانت مخدرة من عدمه، أو يرسل المجني عليه الى الطب العدلي لغرض بيان نوع الإصابة ودرجة العجز الناتجة عنها أو ارسال جثة المجني عليه لبيان سبب الوفاة والى غير ذلك من الأمور التي تخرج عن التخصص العلمي للمحقق وتحتاج الى بيان الرأي العلمي لصاحب الاختصاص فيها^[١]، وهذه الصلاحية للمحقق سواء قام بها من تلقاء نفسه أو بناء على طلب احد الخصوم، وللمحقق ان يحضر اثناء قيام الخبير بأجراء عمله، وله أيضا في سبيل اجراء الفحص ان يرغب المتهم أو المجني عليه في جنابة أو جنحة على تمكين الخبير من الكشف على جسمه واخذ تصويره أو بصمة أصابعه أو انموذج من دمه أو شعره أو اظافره أو غير ذلك مما يفيد التحقيق^[٢].

سابعاً: اجراء التفتيش:

يقوم المحقق في الاحوال العادية بأجراء التفتيش بناء على امر من قاضي التحقيق فله بناء على هذا الامر تفتيش أي شخص أو تفتيش منزلة أو أي مكان تحت حيازته، وله في حالة الضرورة ان يقوم بتفتيش أي مكان دون حاجة الى امر من قاضي التحقيق كطلب المساعدة ممن يكون في داخل المكان أو في حالة حدوث حريق أو غرق^[٣]، كذلك للمحقق ان يقوم بتفتيش الشخص المقبوض عليه دون حاجة الى امر من قاضي التحقيق في الأحوال التي يجوز له القبض عليه قانوناً، وكذلك له تفتيش منزل المتهم في جنابة أو جنحة مشهودة أو أي مكان تحت حيازته^[٤]، وللمحقق عند اجراء التفتيش ان يضبط ماله علاقة بالجريمة وله ان يطلع على الرسائل أو الأوراق أو أي أشياء شخصية أخرى كبيانات هاتف المتهم، واذا كانت الأشياء المضبوطة عبارة عن أوراق مختومة أو مغلقة فللمحقق فضها والاطلاع عليها واذا تبين له عدم علاقتها بالدعوى فله ان يعيدها الى صاحبها^[٥].

١- د. حسن جوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٣، ص ٢٦٥.

٢- المادتين (٦٩) و (٧٠) الأصوليتين؛ د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، أبحاث في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

٣- المادتين (٧٢) و (٧٣) الأصوليتين؛ د. طلال عبد حسين البدراني، اسراء يونس هادي، التفتيش واحكامه في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد ١١، العدد ٤١، ٢٠٠٩، ص ٢٥٨.

٤- المادة (٧٩) الأصولية.

٥- المادة (٨٤) الأصولية.

ثامناً: اصدار ورقة تكليف بالحضور:

للمحقق ان يصدر ورقة تكليف بالحضور للمتهم أو الشاهد أو أي شخص اخر له علاقة بالدعوى، فله ان يكلف احد افراد الشرطة أو احد المبلغين في المحكمة أو المختار أو أي شخص يكلف بذلك وفقاً للقانون لغرض تبليغ الشخص المطلوب بالحضور، الا ان ما نجده في المجال العملي ان المحقق لا يصدر ورقة تكليف بالحضور الا بعد صدور قرار من قاضي التحقيق بذلك بالرغم من الجواز القانوني، الامر الذي يؤدي الى كثرة اعمال قاضي التحقيق وعدم الاقتصار في الوقت والإجراءات مما يفضي بالنتيجة الى تأخير حسم الدعوى^[١].

تاسعاً: القبض على المتهم:

للمحقق ان يقبض على المتهم الذي صدر بحقه امر بالقبض، كما له صلاحية القبض على المتهم في جنابة أو جنحة مشهودة^[٢]، واتخاذ الاجراءات القانونية بحقه، فله ملاحقته في سبيل القبض عليه واذا اشتبه في وجوده أو اختفائه في مكان ما فله تفتيش ذلك المكان كما له ان يطلب ممن يكون في هذا المكان مساعدته في القبض على المتهم^[٣].

عاشرأ: توقيف المتهم واطلاق سراحه بكفالة:

يجب على المحقق في الاماكن النائية عن مركز دائرة القاضي ان يوقف المتهم في الجنايات سواء القي القبض عليه بالجرم المشهود أو سبق صدور امر قبض بحقه وتم القبض عليه في مكان نائي عن مركز دائرة قاضي التحقيق، اما الجرح فيجب عليه ان يطلق سراح المتهم بكفالة وينظم صك الكفالة وفق للأصول المعمول بها قانوناً، وعلى المحقق في كل الاحوال ان يعرض الامر على القاضي بأسرع وسيلة ممكنة كالاتصال به هاتفياً وتنفيذ ما يقرره في ذلك^[٤]، وعند صدور القرار بأطلاق سراح المتهم بكفالة فللمحقق قبول الكفالة اذا اقتنع باقتدار الكفيل على دفع مبلغها اما اذا لم يقتنع باقتدار الكفيل على دفع مبلغ الكفالة فله رفضها وتكليف المتهم بإحضار كفيل اخر^[٥]، وهذه الصلاحية في التوقيف واطلاق السراح بكفالة من قبل المحقق معطلة في المجال العملي ويرجع ذلك الى عدة اسباب منها ان هذه الصلاحية منحها القانون للمحقق بصفة مؤقتة واستثنائية بحيث اذا كان بوسع المحقق الاتصال بقاضي التحقيق فعليه ان يفعل ذلك ويعمل بما يقرره، وفي الوقت الحاضر فان اغلب الاماكن لا تتوفر فيها صفة النئي بسبب توافر خدمة الاتصال الهاتفي.

١- المادتين (٥٩) و(٨٧) الأصوليتين.

٢- المادتين (٧٩) و(١٠٢) الأصوليتين.

٣- د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٢، دار ابن الاثير، الموصل، ٢٠١٠، ص ١٧١.

٤- المادة (١١٢) الأصولية: د. براء منذر كمال عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٧٥.

٥- المادة (١١٤) الأصولية.

احد عشر: حسم رغبة المتهم بتوكيل محامي:

نصت على هذه الصلاحية المادة (١٢٣/ج) الاصولية المعدلة بموجب مذكرة سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٣) القسم (٤/ج) ان نصت (على قاضي التحقيق أو المحقق حسم موضوع رغبة المتهم في توكيل محام قبل المباشرة بالتحقيق، وفي حالة اختيار المتهم توكيل محام فليس لقاضي التحقيق أو المحقق المباشرة بأي اجراء حتى توكيل المحامي المنتدب). فمهمة المحامي تتمثل بمراقبة المحقق لاجتناب كل اساءة استعمال للسلطة، وكل سؤال مبهم أو وعد خلاب مما قد يترتب عليه الحصول على اعتراف المتهم، ومهمته ايضا تنبيهه الى ضرورة تدبير حقيقي ينفعه، أو تنبيهه الى الاعتراض على اتخاذ بعض التدابير غير القانونية^[١].

اثنا عشر: استجواب المتهم:

على المحقق ان يستجوب المتهم خلال اربع وعشرين ساعة من حضوره بعد التثبت من شخصيته واحاطته علما بالجريمة المنسوبة اليه، ويدون اقواله بشأنها مع بيان ما لديه من ادلة لنفيها عنه وللمحقق ان يعيد استجواب المتهم اذا كان ذلك ضروريا لاستجلاء الحقيقة، ويثبت ذلك في محضر يوقع من قبل المحقق والمتهم^[٢].

ثلاثة عشر: اصدار امر بإحالة المتهم في المخالفة على محكمة الجنح:

للمحقق ان يصدر امر بإحالة المتهم في المخالفة على محكمة الجنح لأجراء محاكمته بدعوى موجزة اذا كان قد وقع فيها طلب بالتعويض أو برد المال^[٣]، وهذه الصلاحية التي اجازها القانون للمحقق القضائي معطلة في المجال العملي بالرغم من اهميتها في تخفيف زخم العمل على قاضي التحقيق والاقطار في الوقت والسرعة في حسم الدعاوى حيث تشكل جرائم المخالفات نسبة كبيرة من الدعاوى المعروضة امام محاكم التحقيق.

ونوه الى انه وبالرغم من اتساع سلطة المحقق في التحقيق فثمة قيود يتعين مراعاتها وهذه القيود ليست هي فقط نصوص القانون الامرة، بل عليه ان يعمل في ضوء روح القانون واحكامه العامة، فقد يستعمل المحقق سلطته التقديرية بشأن اوامر الاحضار أو القبض أو التوقيف أو التفيتش، في مثل هذه الحالات يتعين عليه ان يهدف بها الى مجرد اظهار الحقيقة، فان قصد بها غرضا شخصيا فعمله يتجرد من المشروعية، وعليه ان يقف محايدا بين اطراف الدعوى^[٤].

١- د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، أبحاث في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

٢- المادتين (١٢٣) و(١٢٨) الأصوليتين؛ د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، أبحاث في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٧٩.

٣- المادة (١١٤) الأصولية؛ د. براء منذر كمال عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢١٩.

٤- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٣٣١.

الفرع الثاني

صعوبات ممارسة صلاحيات المحقق القضائي ومحاولة تذليلها

بالرغم من الصلاحيات القانونية الواسعة الممنوحة للمحقق القضائي الا ان ممارستها على ارض الواقع نجده شبه معدوم بالنسبة لبعضها ومعدوم بالنسبة للبعض الاخر، والسبب الرئيسي في ذلك يرجع الى عرف عملي تم تغليبته على القواعد القانونية، فمن غير الملائم تغليب قاعدة عرفية على قاعدة تشريعية مكتوبة منصوص عليها في القانون، وهذا العرف بوصفه السبب الرئيسي في عدم ممارسة صلاحيات المحقق القضائي يرجع الى عدة اسباب فرعية منها التجاهل لدى بعض السادة المحققين لدورهم في التحقيق أياً كان السبب الذي يقف وراء هذا التجاهل سواء كان الرغبة لدى المحقق في عدم تحمل المسؤولية أو التهرب من القيام بواجباته أو عدم الجد والنشاط لديه أو لعدم توافر الدعم اللوجستي أو المعنوي لممارسة صلاحياته.

ومن الاسباب الفرعية الاخرى هو الرغبة لدى بعض السادة قضاة التحقيق في الهيمنة على التحقيق في كل كبيرة وصغيرة وعدم الاكتفاء بالأشراف والتوجيه، وفي الغالب نجد هذه الرغبة لدى قضاة التحقيق ترجع الى عدم ثقة في غير محلها تؤدي الى نتائج سلبية منها تضعيف الحيوية العملية والدور الايجابي لدى المحقق من جانب ومن جانب اخر تنمي روح التقاعس والبلادة لديه وشعوره بانه مجرد آلة لا يتحرك الا بناء على امر من قاضي التحقيق، الامر الذي يتنافى مع ما يجب ان يتمتع به المحقق القضائي وما تتميز به الدعوى الجزائية من ذاتية تقتضي السرعة في اتخاذ الاجراءات التحقيقية، وفي المقابل نجد هذه الثقة ممنوحة لبعض ضباط التحقيق بالرغم من عدم تخصصهم، في حين العكس من ذلك ينبغي على قاضي التحقيق اشعار المحقق بالثقة به وتنمية هذه الثقة لديه لما يترتب على ذلك من نتائج ايجابية في التحقيق بالإضافة الى ان تمكين المحقق من ممارسة صلاحياته القانونية سوف يساهم في تهيئة وتعزيز الكوادر القضائية هذا من جهة^[١].

ومن جهة اخرى فان من النتائج السلبية هي ان حصر التحقيق في كل صغيرة وكبيرة بقاضي التحقيق يؤدي الى مشكلة عملية تكاد تعاني منها غالبية محاكم التحقيق في الوقت الحاضر والمتمثلة بزخم العمل وتزاحم المراجعين وعدم الدقة والتأخير في حسم القضايا التحقيقية، بينما اسناد بعض الاعمال التحقيقية للمحققين القضائيين ضمن صلاحياتهم القانونية سوف يؤدي الى تخفيف زخم العمل والسرعة في حسم القضايا التحقيقية بالإضافة الى التخفيف عن كاهل اطراف الدعوى.

١- عبد العليم فيصل عزاوي، الارتقاء بعمل مكاتب التحقيق القضائي، بحث منشور على الموقع الالكتروني WWW.

hjc.iq؛ رحيم العكيلي، دور المحقق بين سعته قانونا ومصادره عرفا، بحث منشور على الموقع الالكتروني WWW.

nazaha.iq

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

ومن الاسباب الفرعية ايضا هو استنزاف وقت عمل المحقق القضائي في قضايا بسيطة نتيجة كثرة طلبات تسجيل فقدان المستمسكات الرسمية التي يتقدم بها المواطنين والتي أضحت تستغرق نسبة عالية من ساعات العمل حيث يمكن تقديم مثل هذه الطلبات الى مراكز الشرطة وعدم اشغال المحقق القضائي بمثل هذه الطلبات، ومن الاسباب الفرعية ايضا هو عدم توافر الامكانيات الموضوعية أو الشخصية لدى بعض المحققين القضائيين وفي مقدمتها عدم الوعي القانوني بالصلاحيات الممنوحة، سواء كان ذلك راجع الى تدني المستوى العلمي القانوني لديهم أو لأسباب اخرى، لذا ندعو الى مراعات الدقة في اختيار المحققين القضائيين وان يكونوا على مستوى علمي جيد ومن جامعات علمية رصينة، وندعو الى مواكبة التطور التقني في رفع وتطوير مستواهم العلمي من خلال شمولهم بدورات علمية في جميع العلوم ذات العلاقة باختصاصهم الوظيفي وخاصة في مجالات الطب العدلي والبصمة الوراثية والادلة الجنائية واقامة ورش متخصصة بالجرائم المعلوماتية وتتبع الادلة الرقمية والتحقيق في الدعاوى الخاصة بها.

كما ندعو الى تفعيل دور المحقق القضائي في اجراء التحقيق وجعله العنصر الفعال بعد قاضي التحقيق كما هو منصوص عليه في القانون بدلا من اسناد التحقيق الى ضباط الشرطة وهم اشخاص غير متخصصين بذلك وحصر دور ضباط الشرطة في تنفيذ اوامر قاضي التحقيق والمحقق القضائي وقصر مباشرة ضباط الشرطة للإجراءات التحقيقية في الاحوال الاستثنائية التي لا يتواجد فيها المحقق القضائي، كما ندعو الى توسيع الصلاحيات القانونية الممنوحة للمحقق القضائي وعلى سبيل المثال بالنسبة لإحالة الدعوى الى محكمة الموضوع بأمر من المحقق القضائي جعله شاملا للمخالفات والجرح غير المهمة وعدم قصره على المخالفات فقط وان يكون حسم المخالفات التي لم يقدم فيها طلب بالتعويض أو برد المال بأمر من المحقق وبأشراف من قاضي التحقيق وذلك بتعديل نص المادة (١٣٤) الاصولية فلا شك ان ذلك سوف يوفر الوقت والجهد لقاضي التحقيق ويسمح له بالتفرغ للقضايا المهمة، ونقترح لذلك تعزيز الامكانيات المادية والمعنوية للمحقق القضائي التي يستعين بها في تنفيذ واجباته القانونية بتوفير مفارز من ضباط وافراد الشرطة مع الاليات والاسلحة الكافية لتنفيذ اوامر قاضي التحقيق والمحقق القضائي، ووحدة لتخزين المبارز الجرمية حيث لوحظ تأخير مراكز الشرطة في ارسال المبارز الجرمية المضبوطة الى مديرية الادلة الجنائية لغرض فحصها، وتوفير وحدة اتصال مباشر بكافة الجهات الامنية والادارية ذات العلاقة بعمل المحقق القضائي كمديرية الاستخبارات ومكافحة الارهاب أو مديرات الامن الوطني أو الطب العدلي، وفي الوقت الذي ندعو فيه الى تفعيل وتوسيع صلاحيات المحقق القضائي نقترح تعديل شروط تعيين المحقق القضائي بتعديل نص المادة (٥١) الاصولية بان يكون اقل مستوى علمي للشخص المراد تعيينه كمحقق قضائي هو بكالوريوس في القانون من جامعة علمية رصينة بعد إخضاعه لدورة تأهيلية في مجال التحقيق واجتيازه لاختبار علمي في ذلك كما نوصي بعدم التوسع في منح سلطة محقق

لضباط الشرطة أو الموظفين وحصر حالات منح سلطة محقق بالمعاونين القضائيين الذين لديهم خدمة في محاكم التحقيق دون غيرهم من الموظفين أو ضباط الشرطة ومفوضيها.

الخاتمة

نقتصر في هذا الجزء من البحث على بيان موجز لأبرز الاستنتاجات والمقترحات ذات الصلة بموضوع البحث.

أولاً: الاستنتاجات:

تبين لنا من خلال البحث أهمية دور المحقق القضائي في مرحلة التحقيق الابتدائي باعتباره العنصر الفعال في التحقيق بعد قاضي التحقيق، كما تبين لنا بأن ممارسة المحقق القضائي لدوره في التحقيق يتوقف على توافر إمكانيات شخصية وموضوعية لا بد من المحافظة على تطويرها وتنميتها. استشعاراً من المشرع بأهمية دور المحقق القضائي فقد وضع نظرية بين فيها الكيفية التي من خلالها يتم تعيين المحقق القضائي والسلطات الممنوحة له والاشراف على اعماله.

الا ان ما استنتجناه من خلال البحث ان هنالك فارق بين النظرية التي وضعها المشرع وبين ما يجري عليه التطبيق العملي نتيجة لعرف يرجع في نشوؤه الى عدة اسباب شخصية وموضوعية منها ما يتعلق بالمحقق القضائي ومنها ما يتعلق بالسلطات والأجهزة الساندة لعمله، حيث بينا ذلك من خلال التطرق الى صعوبات ممارسة الصلاحيات القانونية الممنوحة للمحقق القضائي.

ثانياً: المقترحات:

ندعوا الى تفعيل دور المحقق وفقاً لما نص عليه القانون والتوسع في هذه الصلاحيات بما يتلائم وطبيعة الدعوى الجزائية التي تقتضي السرعة في اتخاذ الإجراءات التحقيقية، وعدم اشغال المحقق القضائي بكثرة طلبات تسجيل فقدان المستمسكات الرسمية التي يتقدم بها المواطنين والتي أضحت تستغرق نسبة عالية من ساعات العمل حيث يمكن تقديم مثل هذه الطلبات الى مراكز الشرطة .
نقترح بصدد ذلك تعديل بعض نصوص القانون سواء ما تعلق منها بكيفية تعيين المحقق القضائي أو ما تعلق منها بممارسة صلاحياته وتنمية امكانياته الشخصية والموضوعية وتطويرها وكما تطرقنا اليه في موضوع البحث.

ندعوا الى اسناد التحقيق في القضايا الجزائية لا سيما المهمة منها وبشكل تدريجي وحسب الإمكانيات المتوفرة الى مكاتب التحقيق القضائي لما شهدته هذه المكاتب من نجاح في عملها بفضل الجهود المبذولة من قبل مجلس القضاء الأعلى والتي ندعوا الى تعزيزها ومساندتها من جانب سلطات وأجهزة الدولة الأخرى، ولهذا نقترح زيادة عدد المحققين القضائيين وكذلك زيادة مكاتب التحقيق القضائي بغية نقل العملية التحقيقية وبشكل تدريجي من مراكز الشرطة الى مكاتب التحقيق القضائي .

المصادر

أولا : الكتب

١. د. احمد محمد خليفه، علم النفس الجنائي والقضائي، بغداد، ١٩٤٩ .
٢. د. احمد فؤاد عبد المجيد، التحقيق الجنائي القسم العلمي، ط٥، القاهرة، ١٩٣٩.
٣. د. إبراهيم الفقي، اعتراف فن الفراسة، الحياة للدعاية والاعلان، ٢٠١٠ .
٤. د. اكرم نشأت إبراهيم، علم الاجتماع الجنائي، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٩.
٥. د. براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط٢، دار ابن الاثير، الموصل، ٢٠١٠.
٦. د. تميم طاهر احمد، و د. حسين عبد الصاحب عبد الكريم، أصول التحقيق الجنائي، ط١، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠١٣.
٧. د. جابر عبد الحميد جابر، الذكاءات المتعددة والفهم تنمية وتعميق، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٣.
٨. جمال محمد مصطفى، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الزمان، بغداد، ٢٠٠٥.
٩. د. حسن جوخدار، التحقيق الابتدائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٣.
١٠. د. سلطان الشاوي، أصول التحقيق الاجرامي، ط١، المكتبة القانونية، بغداد.
١١. د. عبد الستار الجميلي، التحقيق الجنائي قانون وفن، ط١، بغداد، ١٩٧٣.
١٢. د. عبد اللطيف احمد، التحقيق الجنائي العملي، بغداد، ١٩٥٧ .
١٣. د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
١٤. د. فخري عبد الرزاق صليبي الحديثي، أبحاث في القانون الجنائي، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨.
١٥. د. محمد سعيد نمور، أصول الإجراءات الجزائية، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.
١٦. محمد سلمان العطار، الاجرام والمؤسسات العقابية، ط٢، دار التضامن، بغداد، ١٩٦٣.
١٧. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.

١٨. د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية نظريا وعمليا، ط٢، مطبعة تبايى، أربيل، ٢٠١٥.
١٩. د. وصفي محمد علي، الوجيز في الطب العدلي، المكتبة القانونية، بغداد.

ثانيا: البحوث:

١. د. تغريد اديب، الذكاء الشخصي وعلاقته بالتقويم المعرفي لدى طلبة الدراسات العليا، مجلة الفلسفة كلية الآداب المستنصرية، العدد ١٧، ٢٠١٨.
٢. رحيم العكيلي، دور المحقق بين سعته قانونا ومصادرته عرفا، بحث منشور على الموقع الإلكتروني WWW.nazaha.iq
٣. د. زين العابدين سليم، طريقة مقترحة للكشف عن الجرائم في مرحلة الاستدلال، المجلة الجنائية القومية، العدد ١، المجلد ١٣، مطابع الاهرام، القاهرة، ١٩٧٠.
٤. د. طلال عبد حسين البدراني، اسراء يونس هادي، التفتيش واحكامه في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١١، العدد ٤١، ٢٠٠٩.
٥. عبد العليم فيصل عزاوي، الارتقاء بعمل مكاتب التحقيق القضائي، بحث منشور على الموقع الإلكتروني WWW.hjc.iq
٦. د. عماد كنعان، الذكاء العاطفي، دراسة تحليلية تأصيلية وفق المنهج التربوي الإسلامي، مجلة SM limi Arastirmalar insan ve Toplum Bergisi:7 2016
٧. د. عمار عباس الحسيني، مدى مشروعية التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي، مجلة اهل البيت عليهم السلام، العدد ٨، ٢٠٠٩.
٨. د. محمد إبراهيم زيد، مظاهر التكامل بين العوامل البيولوجية والعلوم القانونية والعقابية في المجال التطبيقي العملي، المجلة الجنائية القومية، مجلد ٧، عدد ٢، القاهرة، ١٩٧٧.

ثالثا: القوانين

١. قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي رقم (٤٢) لسنة ١٩٣١.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.
٣. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١.
٤. قانون امتيازات المحققين القضائيين رقم (٨) لسنة ٢٠١٢.
٥. قانون امتيازات ومخصصات موظفي السلطة القضائية رقم (٤) لسنة ٢٠١٥.

رابعا : المواقع الالكترونية

www.alarabiya.net .1

<https://www.webteb.com>

مبادئ القضاء الدستوري

كيف تطور فعالية القضاء الدستوري؟

أ.د. أمين صليبا / باحث في القضاء الدستوري.

بداية نوضح بأن القضاء الدستوري هو سلطة دستورية مستقلة عن السلطة القضائية في غالبية الأنظمة الدستورية (فرنسا - لبنان - العراق)، وبالتالي علينا أن لا ندخل في جدال حول طبيعته، كونه وُجِدَ لحماية الدستور وما يتضمن من مبادئ، وعليه لا يهيم الباحث الدستوري طبيعة هذا القضاء، التي تطرقت لها كتابات في السابق في معرض الجدل حول توصيفه هل هو فعلاً قضاء، أم هيئة سياسية! هنا أتمنى حسم هذا الجدل كونه لغاية تاريخه لا أزال أواجه بعض الباحثين يسعون لجعله بمنزلة ما بين الهيئة السياسية والهيئة القضائية. لأقول عفى الله عن كل النظريات السابقة، إذ أننا اليوم أمام سلطة دستورية أوكل إليها المشرع الدستوري سلطة غير مسبوقة لأي سلطة من السلطات الدستورية الثلاث في كل الأنظمة (برلمانية - رئاسية - شبه رئاسية) بحيث جعل قراراتها مُلزمة لكل السلطات، كونها تهدف الى تجذير دولة القانون، وإخضاع السلطات الدستورية قبل المواطن لنص الدستور والمبادئ المشتقة عنه. لم يعد القضاء الدستوري موضع شك حول أهميته ودوره في إنتظام الحياة الدستورية، ففي فرنسا وُجِهت له عند تأسيسه عام ١٩٥٨ إتهامات لا يقبلها العقل ولا العقلانية القانونية، بحيث أُتَهَمَ بأنه "الكلب الحارس الأمين للسلطة التنفيذية" ليُصبح اليوم حامي الدستور وموضع إحترام كافة الإتجاهات السياسية، والدليل على ذلك أن قراره الذي صدر بمعرض الطعن بتمديد سن التقاعد في آذار ٢٠٢٣ لم تعترض عليه الإتحادات العمالية واليمين الفرنسي، بل كان إعتراضها على قرار مجلس الوزراء.

القضاء الدستوري الذي قد يكون قائماً على قاعدة "مجلس دستوري" وفق تطبيق فرنسا ولبنان، وقد يكون على قاعدة "محكمة دستورية" وفق تطبيق مصر أو "محكمة إتحادية عليا" وفق تطبيق العراق. حيث لكل دولة شروطها المتعلقة بالأختيار ومن له الحق بالتسمية، كذلك بالنسبة الى مدة الولاية، الى من له الحق بمراجعة هذا القضاء، وآلية تقديم المراجعات والطعون. هنا في معرض هذه الدراسة يتضح لنا خصوصية التعيين ومدة الولاية، إذ من الملاحظ أن غالبية الدول أشرتت وجوب التبدل الدوري مثلثة أم مناصفة، بهدف إبقاء أعضاء قُدامى في المجلس أم المحكمة الدستورية، لكي يتألف العضو - أو الأعضاء - الجديد مع خصوصية عمل هذا القضاء المختلف تمام الإختلاف عن آلية بت دعاوى أمام القضاء العادي، كما لمسنا وجود إستثنآت على هذا التبدل الدوري، وهذا ما هو واقع في تسمية أعضاء المحكمة العليا الأميركية المناط بها دور القاضي الدستوري، حيث يكون التعيين مدى الحياة، لكن الباحث سرعان ما يتأكد من أن التبدل الدوري يحصل في أميركا بسبب الوفاة، وبالتالي يُسمّى القاضي البديل ليدخل مع زملائه القدامى، لكن بالمقابل

مبادئ القضاء الدستوري

وجدنا أن هذا التبدل غير مُتحقق في المحكمة الإتحادية العليا في العراق، إذ وفق قانونها (المادة ٦ يبقى العضو في موقعه لغاية بلوغه سن التقاعد المحدد بـ (٧٢ سنة) وهذا يعني صعوبة إدخال أعضاء جُدد الى عضوية المحكمة للتمرس في آلية عمل تلك المحكمة، مع الأعضاء القدامى الذين مضى على وجودهم سنوات في هذه العضوية. هذا التمايز في تسمية الأعضاء في العراق يقتضي العمل على تداركها، وجعل التبدل مداورة كل ٤ سنوات لكي يتمازج النهج الدستوري المُتمرس به العضو القديم مع النهج الجديد الآتي من عالم القضاء فيما يخص الأعضاء الجدد.

هذا الإقتراح نُؤكّد عليه، لأن إجتهد القضاء الدستوري في معرض الطعون التي تُقدّم أمامه لا يمكن أن تتطابق مع الأصول الإجرائية المحددة بشكلٍ عام في قوانين الإجراءات والمرافعات امام القضاء العادي، حيث من المفترض أن تكون هناك نصوصاً مختلفة تتعلق بالطعن أمام القضاء الدستوري، الذي يُشكّل عالماً مستقلاً على سبيل المثال لا الحصر، أن القاضي الدستوري عندما ينظر بدستورية قانون لا يُمكن تقييده بما يطلبه الطاعن أمامه، حيث يُشكّل هذا الواقع نقطة بارزة في الإختلاف بين صلاحيات القاضي العادي والقاضي الدستوري، حيث أن الأول لا يمكنه إلا أن يتقيد بمطلب الجهة المدعية والمدعى عليها دون توسع من قبله.

على هذا الأساس وقبل أن أدخل في توضيح آلية إصدار قرارات القضاء الدستوري، من خلال ما هو شبه متوافق عليه في عالم هذا الإجتهد، أتمنى على كليات الحقوق في عالمنا العربي، أن تسارع الى فصل القضاء الدستوري وإجتهاداته في برامج التدريس في مرحلة الإجازة - البكالوريوس - عن مادة "الأنظمة السياسية والقانون الدستوري"، ومن ثم تخصيص مقرّر خاص بها في مرحلة الدراسات العليا. لأن القضاء الدستوري هو كيان مختلف، وهو الأفق القانوني الجديد الذي من خلاله يسعى الفقهاء لتحسين دولة القانون، وبالتالي لا يجوز أن تبقى دراسة دور ومهام ومستقبل القضاء الدستوري، كجزء مُكَمَّل لمادة القانون الدستوري، هو عالم قانوني جديد تقتضي مواكبته في مراحل الإجازة، لكي يُدرك قضاة المستقبل والمحامين أهمية هذا القضاء ودوره وأساليب عمله المختلفة تمام الإختلاف عن قرارات وأحكام القضاء العادي.

ولأن ضيق المجال لن يسمح لنا بالتوسع في مدى التمايز بين دعوى عدم الدستورية ودعوى أخرى أمام القضاء العادي، لذا سأسعى قدر الإمكان إختصار هذا التمايز بالنقاط التالية:

١. دعوى عدم الدستورية هي دعوى يُخاصم المتضرر النص (قانون - مرسوم - القرار...) بصورة موضوعية أي أنه يُخاصم النص المخالف للدستور، حيث في غالبية دول العالم لا يكون هناك مدعى عليه عند تقديم الطعن الذي يُحصّر بالنص المخالف للدستور، حيث تتولى الدائرة القانونية في السلطة المُصدرة للقانون أو المرسوم بإبداء دفاعها عما صدر عنها، ثم

يضطلع القاضي الدستوري بتدقيقه في الدعوى واضعاً لنفسه حداً هو نص الدستور والمبادئ الدستورية العامة، ومن خلال مقارنته يصدر قراره بالمطابقة أو بالمخالفة ويكون قراره ملزماً لكل الأطراف والسلطات المعنية.

٢. لقاضي الدستوري يختلف تفسيره للقانون موضوع الطعن من زاوية النص الدستوري، وبالتالي لا يتقيد بمطلب الجهة الطاعنة، التي قد تكون لغاية في نفسها تخطت مادة أخرى مخالفة للدستور لكنها تخدم مصالحها، ولذلك يطرح القاضي الدستوري كافة مواد القانون للتأكد من المطابقة للدستور، وهذا ما يُعرف بتقنية (Utra Petita) أي أنه غير مُقيد بلائحة الطعن. ولهذا يختلف دوره عن دور القاضي العادي، الذي هو مُلزم بتطبيق النص القانوني على القضية المطروحة عليه، وعليه يجب أن لا يُصدر أحكامه بمثابة أوامر وتنظيم من خارج نص القانون!! لكن القاضي الدستوري يُصدر قرارات مُلزِمة - أي أمره - لكل السلطات.

٣. القاضي الدستوري لديه خصوصية في إصدار قراراته التي وفق ما هو متعارف عليه في الفقه الدستوري تكون على وفق التالي:

- قرار إبطال القانون موضوع الطعن برمته لمخالفته الدستور.
- قرار بالإبطال الجزئي لبعض مواد القانون شرط أن لا تؤثر على تكامل القانون.
- قرار رد الطعن لأن النص غير مُخالف للدستور.
- قرار بأن النص مطابق للدستور بشرط أن يُكون القانون وفق النص التالي..... حيث يُلزم من هو معني بتطبيق القانون، الإلتزام بالنص الذي حدده القاضي الدستوري، وهذا ما هو متعارف عليه في فقه القضاء الدستوري بـ "التفسير البناء". حيث لا ضرورة لتعديل القانون مجدداً.

إنطلاقاً من هذا الإختصار لقرارات القاضي الدستوري، هل هناك أي توافق مع ما يُصدره القاضي العادي في حسمه للقضايا المطروحة أمامه؟ طبعاً هذا الأمر غير ممكن للقاضي العادي!

٤. هناك مسائل يتصدى لها القاضي الدستوري، وهي تتعدى مسألة عدم دستورية بعض النصوص، والتي قد لا تكون مخالفة للدستور. لكن القاضي الدستوري سرعان ما يتصدى لها ويُبطلها إستناداً الى تقنية أصبحت قاعدة أساسية يُطبّقها القاضي الدستوري حول العالم، وذلك منذ سبعينات القرن الماضي. تقنية هذا الإبطال تقوم على معادلة تقضي بمنع إدخال أي مواد لا تأتلف مع نص القانون الأساسي!! وهي تعرف بنظرية "الفرسان"!

مإذا تعني هذه النظرية التي وصل تطبيقها الى القاضي الدستوري اللبناني، من خلال نظرية

مبادئ القضاء الدستوري

"فرسان الموازنة" هذه النظرية التي يعتمدها القاضي الدستوري تقضي بإبطال أي مادة يُدخلها المشرع في نص قانون الموازنة الذي صوت عليه البرلمان، ولا يكون لها علاقة بقانون الموازنة، على سبيل المثال كإدخال مادة على الموازنة تتعلق بتحديد ساعات الدوام الرسمي! هذه المادة يُبطلها القاضي الدستوري كونها لا يجوز أن تكون في هذا القانون لأنها تعتبر من "فرسان الموازنة" (Cavalier Budgétaire).

كما أن القاضي الدستوري الأوروبي تحديداً - لأنه في لبنان لغاية اليوم لم يعتمد هذه الآلية المجلس الدستوري - يُبطل المواد التي تُعرف بـ "فرسان التشريع". أي أن قانون التجارة العامة يتضمن مادة تتعلق بإدارة البلديات، يُريد المشرع تمريرها في قانون لا علاقة له بها، وبالتالي تُبطل هذه المادة بسبب أنها من "فرسان التشريع" (Cavalier Législatif).

لقد تشدّد القاضي الدستوري الأوروبي - لا سيما الفرنسي - منذ قرار هذا الأخير بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٢٩. بإبطال كل مادة تدرج تحت هذا العنوان، وقد قرّرَ القاضي الدستوري الفرنسي من خلال قراره رقم ٢٠٠٦/٥٣٢ تاريخ ٢٠٠٦/٣/٣٠ على وجوب فرض قاعدة سمّاها بالفرنسية (L'entonnoir) أي [القاعدة الوجوبية] التي تُفرض على المشرع عدم اللجوء الى مبدأ "فرسان التشريع".

بالإضافة الى ذلك هناك نوع آخر من أنواع الفرسان يُبطلها القاضي الدستوري، وهي المعروفة والأكثر شيوعاً في أوروبا، بفرسان "الضمان الاجتماعي" حيث يسعى المشرع لخدمة مصالحه السياسية تمرير مواد تتعلق بالضمان الإجتماعي في معرض إصداره لقانون يتعلق بالوظيفة العامة، حيث لا يتردد القاضي الدستوري في إبطال تلك المادة كونها من "فرسان الضمان الاجتماعي" Cavalier Social

هذه المبادئ التي أوردناها، تُرى هل يمكن للقاضي العادي أن يتطرق اليها، ويُقرّر إستبعاد تطبيقها على القضية المطروحة عليه؟ بالطبع الجواب هو النفي لأن القاضي العادي لا يناقش مضمون القانون بل يُطبّقه!

على هذا الأساس كتبنا هذا الشرح المختصر، لنؤكد - ولنطرح النقاش حوله مع فقهاء القانون الدستوري - على أهميتها، وبالتالي أن يكون القاضي الذي سيدخل الى هذا العالم الخاص والمستقل عن القضاء العادي، مُدرِكاً مسبقاً أنه أمام نطاق دستوري يختلف تمام الإختلاف عن كيفية إصدار القرارات في معرض الطعون الدستورية ولا يوجد أي تشابه مع الدعاوى العادية.

أختم هذه الدراسة والذي أنصح من خلالها الوسط القضائي والقانوني السعي المتواصل من أجل دعم إستمرارية المحكمة الإتحادية العليا في العراق، لأنها تعتبر خط الدفاع الأول عن النظام

الدستوري والسياسي على وفق ما ينص عليه دستور ٢٠٠٥، وأنا على يقين بأن هذه المحكمة التي تسهر على ضمانة توزيع الصلاحيات والسهر على دستورية القوانين، لن تُقدِّم على تخطي صلاحياتها التي أناطها بها الدستور، وخير دليل على ذلك عشرات القرارات التي أصدرتها مؤخراً ببرد دعاوى لعدم صلاحياتها في هذا الشأن، والمثال الناطق هو المتعلق بالدعوى التي قدِّمها ما يلامس الألف مدعي (نواب - حقوقيين - محامين) لكي تصدر المحكمة الإتحادية حكمها بحل البرلمان خلال الأزمة السياسية التي حلَّت بالعراق أواخر العام ٢٠٢٢. حيث قرَّرت المحكمة بصورة واضحة أنها لا تمتلك هذه الصلاحية!!!

دراسة حول القرار التفسيري رقم ١٢١ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٧ تاريخ ٢٠١٧/١١/٥ أ.د. أمين صليبا أستاذ في القانون الدستوري

صدر هذا القرار يومها بناءً على الطلب الموجه من:

مجلس النواب / الامانة العامة / الدائرة البرلمانية. من المحكمة الاتحادية العليا بكتابها المرقم (شزل. ١٩٣٨/٩/١) المؤرخ في ٢٠١٧/١٠/٣١ وفق الطلب الآتي:

"بيان الرأي عن إمكانية توجيه السؤال الخطي الى سيادة رئيس الجمهورية استناداً الى احكام المادة (٦١/ثانياً) من الدستور التي نصت على (يختص مجلس النواب بما يأتي: ..ثانياً – الرقابة على أداء السلطة التنفيذية) باعتبار أن رئاسة الجمهورية أحد شقي السلطة التنفيذية استناداً الى المادة (٦٦) من الدستور؟

وقد جاء القرار كالتالي:

"تجد المحكمة أن توجيه سؤال خطي الى رئيس الجمهورية بالأستناد الى أحكام المادة (٦١) /ثانياً) من الدستور يتعارض مع أحكام المادة (٦١/سادساً) منه التي تختص بالعنوان موضوع طلب التفسير، وهذا النص نص خاص به، وحيث أن النص الخاص يقيد النص العام وما يسبقه، لذا فإن توجيه سؤال خطي الى رئيس الجمهورية يتعارض مع نص المادة (٦١/سادساً) من الدستور. صدر القرار بالأتفاق في ٢٠١٧/١١/٥.

أولاً: بداية نقول لقد أصابت المحكمة في قرارها التفسيري أعلاه لجهة عدم جوازية توجيه سؤال خطي لرئيس الجمهورية، لكن من خلال تفسير غير دقيق للنص الدستوري، من وجهة نظر الفقه الدستوري في هذا المجال، لأن التفسير الدستوري يختلف تماماً عن مسألة التفسير من قبل المحاكم العادية، إذ أن الأخيرة مُلزَمة بالتفسير المحصور نطاقه في القوانين الوضعية وصولاً عند الإقتضاء الى النص الدستوري، أما التفسير من قبل القضاء الدستوري لا حدود له، سوى ما تفرضه المبادئ الدستورية العامة على القاضي الدستوري.

وهذا ما سنعمل على شرحه من خلال النقاط التالية:

١. الدستور هو وحدة متكاملة لا تجزئة ولا تصنيف في نصوصه، كونها قواعد دستورية تتصف بالعمومية وتعالج مبادئ دستورية مُحدّدة. وقواعده لا تتضارب بين بعضها البعض، والفقه الدستوري مُجمع على أن تلك القواعد المختلفة هي متساوية في الموقع القانوني، وبالتالي يسعى القاضي الدستوري لإختيار الأنسب وفق تقديره للمفاضلة بين نص وآخر لوضعه موضع التطبيق. وعليه تكون المحكمة في قرارها التفسيري أعلاه، قد

جانبت التفسير الصحيح، وذلك عندما رأت أن المادة (٦١/سادساً) هي نص خاص برئيس الجمهورية، وبالتالي تحجب حكماً نص البند ثانياً من المادة عينها لأنها نص عام!!
 لمإذا نقول بأن التفسير لم يكن في موقعه الصحيح، لأن المحكمة أستندت الى مبادئ القانون لجهة التفسير والتطبيق، عملاً بالمبدأ القانوني القائل بأن "الخاص يحكم العام" وهنا جاء التسبب في غير موقعه الصحيح، لأن هذه القاعدة تطبق عندما يواجه القاضي نصين الأول عام والثاني خاص واردين في قانونين مختلفين، حيث يلتزم القاضي بإحلال النص الخاص وإستبعاد العام، ويحكم بالقضية وفقاً للخاص. والخطأ واضح في التسبب لأن النصين (المادة ٦١ هي مادة وحيدة/ثانياً وسادساً) من الدستور عينه، ولا مجال لإعمال هذه القاعدة. لأن الفقرتين وردتا في مادة وحيدة في الدستور.

٢. ولأن المحكمة الاتحادية العليا مُلزمة بإجابة الطلب، الذي كنا نُفضل أن لا يصدر عن المجلس النيابي - الدائرة القانونية - لأنه لزوم ما لا يلزم، إستناداً الى المبادئ الأساسية القائم عليها النظام البرلماني حول العالم، وفي طليعتها ثنائية السلطة التنفيذية، المؤلفة من: رئيس مجلس وزراء والوزارة المسؤولين امام البرلمان، ورئيس جمهورية غير مسؤول تجاه البرلمان، إلا في حالة خرق الدستور والخيانة العظمى. وبالتالي كنا نتوقع أن تكون الدائرة القانونية على معرفة تامة لا تقبل التشكيك بهذه الأصول البرلمانية، حيث من خلالها لا يمكن للنائب أن يوجه سؤالاً الى رئيس الجمهورية، لأنه - بغض النظر بأنه غير مسؤول - هو أيضاً لا علاقة له بالسلطة التنفيذية التي يتولاها مجلس الوزراء كما هو مطبق في العراق.

وعليه كان من الأجدى أن يكون التسبب لقرارها، مستنداً الى روحية الدستور والنظام البرلماني، والذهاب الى القول بأن السؤال البرلماني الذي يوجهه النائب الى الوزارة أو الى وزير معين، القصد منه تحريك المسؤولية السياسية في ضوء الجواب، وتحويل السؤال الى استجواب الذي قد يؤدي الى طرح الثقة بالوزارة مجتمعة أو بوزير محدد، وإسقاط الحكومة. إذن غاية السؤال البرلماني معروفة، وبالتالي كان يقتضي على المحكمة الاتحادية يومها، أن تؤسس تسببها على هذا الأساس، الذي يتوافق مع روحية الدستور، الذي يؤكد بأن الحكومة قابلة للسقوط بسحب الثقة منها، بينما رئيس الجمهورية لا تطاله هذه الآلية الرقابية، لأنها لن تصل الى ما هو محدد لها من غاية رقابية تتعلق بتوازن السلطات وتعاونها ورقابتها المتبادلة. وبالتالي لا لزوم لتقديم مثل هذا الطلب التفسيري الى المحكمة الاتحادية!

٣. لذلك نتمنى أن يكون التفسير من قبل المحكمة الاتحادية مستقبلاً مبنياً على روحية الدستور

مبادئ القضاء الدستوري

والغاية التي يُراد تحقيقها من هذا النص أو ذاك، وهنا نقول أن القضاء الدستوري هو عالم قضائي منفصل عن تطبيقات القاضي العادي، إذ يمكنه الغوص في روحية واهداف النص الدستوري، حتى أنه بأستطاعته أن يُخلِّق في معرض تفسيره للنص الدستوري، الى المبادئ العالمية المنبثقة عن شرعة حقوق الأنسان وميثاق الأمم المتحدة، وإتفاقيات وقرارات الأمم المتحدة، حيث أن الفقه الدستوري مُتفق على أنه لا حدود لتفسيراته تلك، سوى ما يفرضه المنطق القانوني والعدالة الحقيقية، وبالتالي لا يمكن أن يحصر تفسيره بمبادئ مستمدة من المبادئ القانونية النافذة، والتي هي، شئنا أم أبينا لا يمكن إنسحابها على النص الدستوري، لأن الدستور موقعه فوق النص القانوني، عملاً بقاعدة تسلسل قواعد القانون، وهذا ما يجب اخذه بعين الإعتبار خاصة في مجال التفسير. هذه الصلاحية هي على قدر عالٍ من الخطورة، والتي إذا تبادت فيها بعض المجالس والمحاكم الدستورية حول العالم، قد ينتج عن ذلك نظرة حذرة من دور القضاء الدستوري، خاصة من قبل الطبقة السياسية، التي لا تكن الود لهذا القضاء، الذي جاء للحد من إقرارها للقوانين الهادفة الى تحقيق مصالحها، على حساب المواطن، وقد أتهمَ هذا القضاء في بعض الدول بأنه يقوم بدور المُشرِّع الرديف من خلال تفسيراته للنصوص الدستورية، ويقوم بإحلال تقديراته وتفسيراته القانونية محل تقديرات المشرع، وبالتالي وعلى أساسها تصدر قراراته بإبطال القوانين التي جهد البرلمان لإصدارها وفق صلاحياته الدستورية. حيث قراراته تكون باهة وملزمة لكل السلطات، لا بل أن المشرع لا يمكنه الإلتفاف على تلك القرارات من خلال تشريعات بصياغة جديدة، إذ ستكون عرضة للإبطال مُجدداً، وهذا ما حصل في بعض الدول الاوروبية، لكن القاضي الدستوري كان بالمرصاد، مدعوماً من رأي عام يسانده بقوة، وهذا ما نتمناه في العراق لكي تتصلب المحكمة بقراراتها الهادفة الى تثبيت مبدأ سمو الدستور، وبخضوع الحاكم قبل المحكوم للمبادئ الدستورية !

نعم سلطة التفسير - في معرض طلبات التفسير، أم في معرض الطعون - المُعطاة للمحكمة الإتحادية العليا هي سيف ذو حدين، من جهة يتمكن القاضي الدستوري من إبطال أي قانون من شأنه المساس بحقوق المواطن وحياته، ومن جهة أخرى إذا لم يُحسن التفسير ستوجّه اليه سهام النقد التي تكون سقوفها عالية جداً، ومنها على سبيل المثال، إتهام القضاء الدستوري بأنه يسعى من خلال تفسيراته الى تجسيد مفهوم "حكومة القضاة" التي هي مرفوضة من قبل الفقه الدستوري، لأن تجذير هذه الفكرة في العقل القانوني والسياسي لدى المواطنين، قد تُمهّد لإضعاف وتقويض دور القضاء الدستوري في ظل دولة القانون، إذ من دون هذا الدور الريادي للقضاء الدستوري، وعدم

فعاليته تكون قد عدنا تلقائياً الى مفهوم الدولة القانونية، التي تعني بالدرجة الأولى أن الجميع يخضع لنص القانون الذي يُقره البرلمان من دون التوقف امام الضمانات الدستورية، لا سيما منها تلك التي تحمي المواطن من تعسف السلطة السياسية، خاصة عندما تكون الحكومة القائمة تستند الى اقلية موصوفة داخل البرلمان.

ختاماً نؤكد على صوابية القرار لجهة عدم إمكانية توجيه سؤال الى رئيس الجمهورية، لكن كان من الأجدى الوصول الى هذه النتيجة من خلال تسبيب مختلف على وفق ما شرحناه أعلاه، لكي يبقى القاضي الدستوري يعمل في فلك النص الدستوري وشرعة حقوق الإنسان وما يتفرع عنها من معاهدات وإتفاقيات دولية في هذا المجال. أي أن يبقى خارج الفلك السياسي الذي يُترك للسلطتين التشريعية والتنفيذية في النظام البرلماني، ويبقى في فلك القانون والعدالة لأنه الأنسب له.

ولاية القاضي الدستوري التكميلية في خلق اجراءات الرقابة على الدستورية قرار المحكمة الدستورية العليا بالقضية ١٦٠ لسنة ٢٠١٦ نموذجاً

أ.د. علي هادي عطية الهلالي

يمارس القضاء الدستوري اختصاصاته على وفق ما يرسمه الدستور ويوضحه القانون ، وتبقى تفاصيل اصول رقاوبته التي يرتكن فيها الى القواعد العامة المقررة بموجب قوانين المرافعات (الاجراءات) ، ولكن تلك القواعد تحكم اصول التقاضي العامة ، لذا تبقى ذاتية التقاضي امام القاضي الدستوري والخصومة ونتائج الدعوى الدستورية تتطلب انشاء أو خلق قواعد خاصة لضبط اجراءات التقاضي في تلك الدعوى ، مما يحتم أن تمتد ولاية القاضي الدستوري التكميلية الى انشاء قواعد رقاوبته واصولها في كل مناسبة يجد فيها أن القواعد العامة لا تسعفه أو لا تنسجم مع ذاتية الدعوى الدستورية .

ولايضاح الفرضية المتقدمة نجد أن المحكمة الدستورية العليا المصرية قد اسست اصولا اجرائية عدة في القضية رقم (١٦٠) سنة ٢٠١٦^[١] ، مما يتطلب عرضها ومناقشة موجباتها وعللها ونتائجها: حيث قضت المحكمة الدستورية : ((لا تثريب على المدعين إن هم أضافوا مناعي جديدة إلى المناعي التي تضمنتها صحيفة الدعوى الدستورية شريطة أن تنصب هذه المناعي على النصوص الداخلة في نطاق الدفع المبدئى أمام محكمة الموضوع وفي الحدود التي قدرت فيها جديته))^[٢] وهنا توجب المحكمة الدستورية هذا المبدأ "الاجرائي" بشرط أن تتصل الدعوى التي حركها من دفع بعدم الدستورية و قدرت محكمة الموضوع جديته دفعه بالمحكمة الدستورية اتصالاً سليماً وأن تكون الدفوع الجديدة منصبة على النصوص القانونية نفسها التي وجه اليها دفعه بعدم الدستورية التي ابداهها أمام قاضي الموضوع ابتداء وليست نصوصاً قانونية جديدة لم تكن قد شملها نطاق قناعة محكمة الموضوع بجديته الدفع ، على اعتبار أن لا مجال لاحظ شرط الارتباط بين الدعوتين الدستورية والموضوعية بوصفه شرطاً للقناعة بجديته الدفع ؛ كما يظهر أن المبدأ المتقدم قد فتح الباب أمام (المدعين) أن يضيفوا اوجها جديدة للطعن ، وبالنتيجة لا فرق بين أن يقدم الدفوع الجديدة الخصم الذي دفع أمام محكمة الموضوع بعدم الدستورية و قدرت المحكمة جديته دفعه أو خصمه طالما لم يخرجوا عن حدود قناعة قاضي الموضوع بجديته الدفع ، وبالمأل فان المحكمة الدستورية تمهد الطريق للخصم الذي لا تنهياً له فرصة الطعن بقرار محكمة الموضوع بتقرير جديته الدفع واستئثار الدعوى الموضوعية الى حين حسم الدعوى الدستورية^[٣] .

وبموجب تحريك الدعوى الدستورية بألية الدفع من احد الخصوم بالدعوى المنظورة امام

أحدى المحاكم والقناعة بجدية الدفع بموجب النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا^[٤]، فإن المبدأ الذي رسمته المحكمة الدستورية المصرية ممكن تطبيقه في ظل تطبيق النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا وبخاصة أن أوجه الطعن التي سيثيرها أي من خصوم الدعوى سواء أكان الذي دفع بعدم الدستورية أم خصمه الآخر لن تخرج من دائرة ارتباط الدعوتين الموضوعية والدستورية التي كانت سبباً في قناعة محكمة الموضوع بجدية الدفع .

كما قررت المحكمة مبداءً اجرائياً وموضوعياً آخر حين قضت : " ... فإن استيثاق هذه المحكمة من استيفاء النصوص التشريعية المطعون فيها للأوضاع الشكلية المقررة دستورياً، يعد أمراً سابقاً بالضرورة على خوضها في عيوبها الموضوعية"^[٥]، وهنا تقرر المحكمة خطوات رقابتها واصولها التي تبدأ ببحث دستورية القانون الطعين من زاوية استيفاء شكلية واجراءاته كما مقرر دستورياً ثم تبحث في مدى دستورية مضامينه ، ولكن رغم أن الطعن بعدم الدستورية في القضية ، مدار التعليق، قد تضمن مطاعن ترتبط بشكلية واجراءاته فضلاً عن مضامينه مما أوجب على المحكمة الدستورية بحث الشكل والمضمون ووزنهما بميزان الدستورية ؛ بيد أن الظاهر لنا من المبدأ الذي تقرره المحكمة أن بحثها في شكلية اصدار القانون الطعين واجراءاته مقدمة على بحث مدى دستورية مضامينه بقطع النظر أن تكون المطاعن في شكلية القانون واجراءات اقراره قد وجهها الطاعن بالدستورية ضدها أم لا ، كون المحكمة الدستورية قد قررت المبدأ مستندة الى سبب وعلّة واضحة : أما سبب المبدأ فإن المحكمة لا تتردد من ولايتها في عرض النصوص المطعون بعدم دستوريته على نصوص الدستور جميعها التي اوردها الطاعن وغيرها كما قضت في القرار محل البحث^[٦] فضلاً عن امكانية ذلك بالبحث بألية التصدي^[٧]، وأجد أن سبب المبدأ ملبياً لدورها في حماية الدستور ؛ أما علّة المبدأ في بحث المحكمة الدستورية العليا في شكلية القانون واجراءاته قبل البحث في موضوعه ومضامينه تكمن في كون نتيجة تدقيق دستورية الشكل والاجراءات من شأنها أن تلغي القانون ككل ومن ثم تستغني عن البحث في دستورية مضامينه المطعون بها وغيرها . ويستوعب معنى "التحقيقات" الوارد لبيان آلية عمل المحكمة الاتحادية العليا بموجب نظامها

الداخلي^[٨] للدعاوى والطلبات المبدأ الذي اقرته المحكمة الدستورية العليا المصرية ، إذ يمكنها البحث في شكلية اصدار القانون واجراءاته بحثاً يتقدم المناعي أو أوجه الدفع التي يثيرها الخصوم في تجريح القانون الطعين ، حيث يتطابق ذلك مع دورها في حماية نصوص الدستور التي حكمت شكلية اصدار القوانين واجراءاتها ، فضلاً عن كونها تستطيع التصدي لأي نص آخر لم يكن مطعوناً به ابتداءً^[٩] .

مبادئ القضاء الدستوري

وبينت المحكمة نطاق ولايتها على النصوص المترابطة حين قضت: "...وحيث إنه نظرا للارتباط الذي لا يقبل الفصل أو التجزئة بين نصي الفقرتين الأولى والثانية من المادة العاشرة من القانون المر ذكره، وإذ انتهت المحكمة فيما تقدم إلى عدم دستورية نص الفقرة الأولى من هذه المادة، فمن ثم يترتب على ذلك سقوط الفقرة الثانية منها ، وهو ما يتعين القضاء به." [١٠] ، ومن ثم يغدو الترابط بين النص المطعون بدستوريته وغيره موجبا عليها لتقرير دستوريته بالتبعية ، فلا يمكن بقاء نص يرتبط بنص آخر تتوصل المحكمة الى عدم دستوريته رغم ارتباطهما ارتباطاً موضوعياً ، مما يوجب على المحكمة الدستورية امتداد ولايتها في تقرير دستوريته عليه رغم أنه لم يكن قد طعن بدستوريته فضلا عن كونه لم يكن داخل في اطار تقدير محكمة الموضوع جديّة الدفع .

وتستند المحكمة الدستورية العليا في تقرير المبدأ المتقدم الى علة ظاهرة مؤداها: أن دورها في حماية الدستور موجب لتقرير قواعد اصولية كلما اقتضت حماية الدستور ذلك فضلاً عن عدم جواز الاكتفاء بتوجيه السلطة التشريعية الى الغاء النصوص المخالفة للدستور طالما توصلت ببحثها القضائي الى عدم دستوريته ، فضلاً عن أهمية تبسيط اجراءات التقاضي وتقليل المنازعات .

وتستوعب رخصة التصدي المنوحة للمحكمة الاتحادية العليا [١١] المبدأ المتقدم ، فالمحكمة تستطيع أن تلغي أي نص آخر يتعلق في النص المطعون فيه وإن لم يكن النص المتصدى له قد وجهت اليه المطاعن بعدم الدستورية ، حيث يكفي أن يكون مرتبطا به ارتباطاً موضوعياً بوحدة الموضوع أو ارتباطاً اجرائياً بوصفه لازماً في تطبيق النص المطعون فيه لزوماً اجرائياً بتبيان آلية تطبيقه مثلاً .

يتضح مما تقدم أن ولاية القاضي الدستوري التكميلية تمتد لتخلق قواعد اصولية تنظم اجراءات التقاضي وآلية البحث القضائي ، ويرجع ذلك الى ذاتية الدعوى الدستورية وأهميتها ونتائجها المتميزة ، فالقواعد العامة الاجرائية في قوانين المرافعات أو الاجراءات قد لا تكون كافية لحماية متكاملة للدستور .

الهوامش:

- (١) القضية رقم (١٦٠) سنة ٢٠١٦ المنشورة في الجريدة الرسمية بالعدد (٥٠) في ١٥ ديسمبر ٢٠١٦ ص ١٣ .
- (٢) القضية رقم (١٦٠) سنة ٢٠١٦ نفسها .
- (٣) مثلما هو مقرر في النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ في المادة/١٨ رابعا وخامسا ، الذي لم ينص على الطعن بموافقة محكمة الموضوع على الدفع لقناعتها بجديّة واعتبار الدعوى المنظورة امامها مستأخرة .
- (٤) المادة/١٨ ثانياً من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ .

- (٥) القضية رقم (١٦٠) سنة ٢٠١٦ نفسها .
- (٦) حيث قضت : " ... فإذا ما اتصلت الدعوى الدستورية اتصالاً صحيحاً بالمحكمة الدستورية العليا جالت المحكمة ببصرها في النصوص المعروضة عليها، وعرضتها على نصوص الدستور جميعاً.. " القضية رقم (١٦٠) سنة ٢٠١٦ نفسها .
- (٧) المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل النافذ ، ويقابلها المادة ٤٦ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٢٢ .
- (٨) المادة م / ٤٢ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا نفسه .
- (٩) م / ٤٦ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا نفسه .
- (١٠) القضية رقم (١٦٠) سنة ٢٠١٦ نفسها .
- (١١) م / ٤٦ من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا نفسه

مبادئ القضاء التمييزية

- ١ -

تشكلت الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٦/رمضان/١٤٣٩ هـ الموافق ١١/٦/٢٠١٨م برئاسة نائب الرئيس السيد سعدي صادق احمد وعضوية القضاة السادة د. محمد رجب وصباح رومي ومثنى احمد وحجاب ابراهيم ونعمان كريم وكاظم عباس ومحمد قاسم وحسن فؤاد ومحمد عبد علي المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي :

المميزان / ١- (ع) و (م.ج) اولاد (ج.ك) / وكيلهم المحامي (ت.ع) .

٢- مدير بلدية النجف الاشرف / اضافة لوظيفته وكيله الحقوقيان (أ.ج) و (ك.ن)

المميز عليه / رئيس ديوان الوقف الشيعي / اضافة لوظيفته وكيله الحقوقي (ز.أ) .

ادعى وكيل المدعي / رئيس ديوان الوقف الشيعي / اضافة لوظيفته / لدى محكمة بداءة النجف انه نظراً لصدور قرار من المحكمة المذكورة بالعدد / ٩١٩ / اعترض الغير / ٢٠٠٢ / وتم تأييده استئنافاً بموجب قرار محكمة استئناف النجف المرقم / ١٨ / س / ٢٠٠٣ / في ٢٧ / ١ / ٢٠٠١ و المصدق تمييزاً بقرار محكمة التمييز بالعدد / ٦٧٣ / هيئة مدنية اولى عقار / ٢٠٠٣ / في ١٩ / ٤ / ٢٠٠٤ والمتضمن الحكم بأبطال القرار الصادر بأبطال حجة الوقف الخيري الصادرة من المحكمة الشرعية في النجف المرقم / ١٠٣ / ١٩٧٢ / في ٢ / ١٠ / ١٩٧٢ واعطاء الحق للمعتز اعترض الغير اقامة دعوى ابطال القيود الجارية استناداً لقرار الحكم بابطال الحجة بدعوى مستقلة لذا طلب دعوى المدعى عليهما (مدير التسجيل العقاري العامة / اضافة لوظيفته و (ع) و (م.ج) ولدي (ج.ك.ع) للمرافعة والحكم بأبطال القيود الجارية واعادة العقار (١٢٨٢) عمارة الى قيده الصحيح وفقاً خيراً بأسم الواقف (ج.ك.ع) ليكون حسينية لاقامة الشعائر الدينية وتحميلهم اجور المحاماة ومصاريف الدعوى ويقدر المنفعة السنوية للعقار بمبلغ مائة مليون دينار وبعد ادخال الاشخاص الثلاثة / ١- (ج.ك.ع) / وورثته بعد وفاته (م.ك) و (ح) و (ع) و (س) و (س) و (ص) و (أ) اولاد (ج.ك) / ٢- السيد وزير العدل / اضافة لوظيفته اكمالاً للخصومة اصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ ٢٧ / ١٠ / ٢٠١٥ وعدد ٧٤٤ / ب / ٢٠٠٥ حكماً حضورياً بحق المدعى عليهما كل من (ع) و (م.ج) ولدي (ج.ك) وبحق الشخص الثالث والثاني وغيابياً بحق بقية الاشخاص الثلاثة يقضي برد دعوى المدعي السيد رئيس ديوان الوقف الشيعي وتحمله الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة وكلاء المدعى عليهم والشخص

مبادئ القضاء التمييزية

الثالث مبلغاً وقدره خمسون الف دينار توزع بينهم بالتساوي استأنف وكيل المدعي اضافة لوظيفته الحكم طالباً فسخه بلائحته المؤرخة في ٤/١١/٢٠١٥ اصدرت محكمة استئناف النجف الاتحادية بتاريخ ١٣/١٢/٢٠١٧ وعدد ١٣/س/٢٠١٦ حكماً حضورياً يقضي فسخ قرار محكمة البداية بالعدد ٧٤٤/ب/٢٠٠٥ في ٢٧/١٠/٢٠١٥ والحكم اولاً / ابطال القيد المرقم ٨/ت/١٩٩٤/٢٠١٣/ب/٧٤٤ والذي تم بموجبه اعادة تسجيل العقار المرقم ١٢٨٢/ع/١٩٩٤ في ٢٨/٩/١٩٩٤ . ثانياً / ابطال القيد المرقم ٤٣/ايلول/١٩٩٧/٨١٠ والذي تم بموجبه تسجيل بيع حكم بموجب قرار التمليك ١٤٧٤/ب/١٩٩٦ في ٣٠/٩/١٩٩٦ . ثالثاً/ ابطال قيد التسجيل العقاري المرقم ٢٥ و٢٦/اذار/٢٠٠٠/٨٦١ والذي تم بموجب افراس العقار الى عقارين الاول ١/١٢٨٢/ب/١٩٩٤ باسم (ع) و (م.ح) اولاد (ج.ك) والثاني بالرقم ٢/١٢٨٢ بلدية النجف . رابعاً/ ابطال القيد المرقم ٣١/اذار/٢٠٠٠/٨٦١ والذي تم بموجبه تسجيل معاملة بيع فضاء رصيف بأسم (ع) و (م.ح) ولدي (ج.ك) . خامساً / ابطال قيد العقار المرقم ٣٢/اذار/٢٠٠٠/٨٦١ والذي تم بموجبه توحيد العقار مع فضاء الرصيف المرقم ٢/٢١٤٤ ليحمل الرقم ٢/١٨٨٢/ع/٢٠٠٠ . سادساً / ابطال معاملة القيد ٣٠/اذار/٢٠٠٠/٨٦١ والذي تم بموجبه تسجيل العقار باسم بلدية النجف واعتبار العقار مسجل بموجب القيد ٩٣/حزيران/١٩٧٣/٧ بأمس الواقف (ج.ك.ع) وفقاً خيراً مؤبداً واعتبار القيد المذكور هو القيد الحقيقي للعقار وتأشير ابطال القيود المذكورة في سجلات دائرة التسجيل العقاري بعد اكتساب القرار درجة البتات وتحميل المدعي عليهم الرسوم والمصاريف واجور المحاماة وكلاء المدعي / المستأنف مبلغ قدره مائة وخمسون الف دينار توزع بينهم حسب النسب المعمول به في دائرتهم ولعدم قناعة وكيل المستأنف عليهما بالحكم طعن تمييزاً طالباً نقضه للأسباب الواردة بلائحته المؤرخة في ٢٤/١٢/٢٠١٧ كما طعن وكيل الشخص الثالث (مدير بلدية النجف اضافة لوظيفته) بالحكم تمييزاً طالبين نقضه للأسباب الواردة بلائحتهم المؤرخة في ٤/١/٢٠١٨ .

القرار:

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية لمحكمة التمييز الاتحادية لوحظ بأن الطعنين التمييزيين مقدمان في مدتهما القانونية قرر قبولهما شكلاً ولوحدة الموضوع قرر توحيدهما ولدى عطف بنظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون لأن المدعي / المميز عليه / اضافة لوظيفته قد طلب في عريضة دعواه البدائية ابطال القيود العقارية المتعلقة بالعقار المرقم ١٢٨٢/ع/١٩٩٤ واعدته الى القيد الصحيح وفقاً خيراً بأمس الواقف (ج.ك.ع) وقد ثبت من خلال التحقيقات التي اجرتها محكمة الاستئناف بأن العقار المرقم ١٢٨٢/ع/١٩٩٤ عمارة كان قد تم

تسجيله بأسم المالك (ج.ك.ع) بالقيود المرقم ٢١/مايس/١٩٧٢ مجلد ٧ بعد شرائه له من المالكين وبعد ذلك قام المالك اعلاه مورث المدعى عليهم / المميزين بوقف العقار وقفاً خيرياً بموجب حجة الوقف الصادرة من محكمة شرعية النجف بالعدد ١٠٣/١٩٧٢ في ٢/١٠/١٩٧٢ وقد سجلت معاملة الوقف بالقيود المرقم ٩٢/حزيران/١٩٧٣ مجلد ٧ واكتسب هذا التسجيل شكله النهائي ولأن الواقف قد اوقف العقارات العائدة له الاولى وقفاً خيرياً المرقمان ٢/٤٦ عمارة و٢/٤٧ عمارة بموجب حجة الوقف اعلاه والعقار المرقم ١٢٨٣ عمارة بموجب حجة وقف اخرى . وقد تم توحيد العقارات (١٢٨٢ و١٢٨٣/٢ و٢/٤٦ و٢/٤٧) عمارة وبعقار واحد المرقم ١٢٨٢/عمارة وقد سجلت معاملة التوحيد بالقيود المرقم ٩٣/حزيران/١٩٧٣ مجلد ٧ وقد اكتسب هذا القيد شكله النهائي وبقي على هذا الحال لغاية سنة ١٩٩٤ اذ اقام الواقف دعواه امام محكمة بداءة النجف بالعدد ٢١١٣/ب/١٩٩٤ وطلب فيها ابطال حجة الوقف الخيري؛ وقد اصدرت محكمة البداءة بتاريخ ٢٨/٩/١٩٩٤ حكماً قضي بابطال حجة الوقف الخيري وتأشير الابطال في سجلات محكمة الاحوال الشخصية وسجلات التسجيل العقاري واستناداً الى هذا الحكم القضائي والذي تم تنفيذه في دائرة التسجيل العقاري في النجف تم اعادة تسجيل العقار ١٢٨٢/العمارة بأسم (ج.ك.ع) بالقيود المرقم ٨/٢/١٩٩٤ مجلد ٧٤٨ وبهذا القيد بدأت سلسلة الاخطاء المتوالية في القيود اللاحقة بعد أن جرت على العقار معاملة بيع حكومي استناداً لقرار محكمة بداءة النجف بالعدد ١٤٧٤/ب/١٩٩٦ في ٣٠/٩/١٩٩٦ والذي بموجبه تم تملك العقار ١٢٨٢/عمارة الى المشتريين المدعين (ع) و(م.ح) اولاد (ج.ك) مناصفة وسجل التملك بالقيود المرقم ٤٣/ايلول/١٩٩٧ مجلد ٨١٠ ثم جرت بعد ذلك معاملة افراز للعقار ١٢٨٢ الى العقارين ١/١٢٨٢ و٢/١٢٨٢ / عمارة لذات المالكين اعلاه وسجلت بالقيدين (٢٥ و٢٦/اذار/٢٠٠٠ مجلد ٨٦١) ثم جرت معاملة بيع فضاء الرصيف بالعدد ٣١/اذار / ٢٠٠٠ مجلد ٨٦١ وكذلك معاملة توحيد العقار ١٢٨٢/٢ عمارة مع فضاء الرصيف المرقم (٢/٢١٤٤) بعقار واحد يحمل الرقم ٢/١٢٨٢ بأسم (ع) و(م.ح) اولاد (ج.ك) مناصفة وسجلت هذا المعاملة بالقيود المرقم ٣٢/اذار/٢٠٠٠ مجلد ٨٦١ ولأن القيود المتعلقة بالعقار الذي تم وقفه وقفاً خيرياً لما بعد سنة ١٩٩٤ قد استندت على الحكم الصادر بالدعوى ٢١١٣/ب/١٩٩٤ والذي لم تمثل فيه دائرة الاوقاف في حينه وقد اقتضت اقامة الدعوى على متولي الوقف ولأن الحكم اعلاه ماساً بدائرة الوقف فقد اقامت الدعوى اعتراض الغير بالعدد ٩١٩/اعتراض الغير/٢٠٠٢ امام بداءة النجف والتي اصدرت قرارها المؤرخ ٢٩/١٢/٢٠٠٢ والذي قضي بأبطال الحكم الصادر بالعدد ٢١١٣/ب/١٩٩٤ في ٢٨/٩/١٩٩٤ والذي تضمن ابطال حجة الوقف الخيري الصادرة من المحكمة الشرعية في النجف بالعدد ١٠٣/١٩٧٢ في ٢/١٠/١٩٧٢ واعطاء الحق للمعترض

مبادئ القضاء التمييزية

اعتراض الغير بأقامة دعاوى ابطال القيود الجارية بدعوى مستقلة وقد اكتسب هذا الحكم الدرجة القطعية بتأييده استثنافاً بموجب الحكم الصادر من محكمة استئناف النجف بالعدد ١٨/س/٢٠٠٣ في ٢٠٠٣/٣/٦ المصدقة تمييزاً بموجب قرار هذه المحكمة بالعدد ٥٧/موسعة مدنية/٢٠٠٥ في ٢٠٠٦/١/٢٥ وبهذا فأند دعوى المدعي رئيس ديوان الوقف الشيعي اضافة لوظيفته والذي حل حلوياً قانونياً محل وزارة الاوقاف والشؤون الدينية المنحلة وارداً قانوناً لأن الحكم الصادر بالدعوى ٢١١٣/ب/١٩٩٤ قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص النوعي ويعتبر والحالة هذه معدوماً لأن حجة الوقف بالعدد ١٠٣/١٩٧٢ في ١٩٧٢/١٠/٢ قد صدرت من محكمة الاحوال الشخصية في النجف وهذه المحكمة فقط ينعقد لها الاختصاص النوعي حصرياً بنظر دعوى ابطال حجة الوقف الخيري ولا ولاية لأي محكمة اخرى منها محكمة بداءة النجف بالتصدي لدعوى ابطال حجة الوقف الخيري لأن احكام قانون مرسوم جواز تصفية الوقف الذري رقم ١ لسنة ١٩٥٥ لا يسري على الوقف الخيري وتسري احكامه فقط على الوقف الذري والمشارك ولما كان العقار موضوع الدعوى قد تم وقفه وقفاً خيرياً مؤبداً من قبل مالكة مورث المدعى عليهم بموجب حجة وقف صادرة من محكمة الاحوال الشخصية المختصة ونفذت هذه الحجة في سجلات التسجيل العقاري وعلى هذا الاساس لا يمكن المساس بالعقار الموقوف بعد وقفه وتسجيله بأي تصرف آخر ينفي عنه صفة كونه عقاراً موقوفاً وقفاً خيرياً لأن المالك بقيامه بوقف العقار وقفاً خيرياً مؤبداً قد خرج الملك عنه الى ملك الله سبحانه وتعالى ولا يجوز الرجوع عن الوقف الخيري لهذا السبب كما لا يمكن التعكز على قرار الحكم الصادر بدعوى التمليك بالعدد ١٤٧٤/ب/١٩٩٦ في ١٩٩٦/٩/٣٠ برد دعوى المدعي كما ذهب ذلك محكمة البداءة في ردها للدعوى بحجة أن الحكم البدائي اعلاه قد تم تنفيذه في سجلات التسجيل العقاري ويتعذر ابطال القيد إلا عن طريق الطعن بالحكم البدائي بطرق الطعن القانونية وهذا الاحتجاج مردود قانوناً لأن القيد الذي بموجبه سجلت معاملة تملك العقار تنفيذاً لحكم التمليك اعلاه والقيود اللاحقة لها قد جاءت من مخرجات القيد المرقم ٢٨/ت/١٩٩٤ مجلد ٧٤٨ وهو قيد ابطال حجة الوقف الخيري . استناداً لقرار محكمة البداءة بالعدد ٢١١٣/ب/١٩٩٤ في ١٩٩٤/٩/٢٨ والذي يعتبر معدوماً والحكم المعدوم لا وجود قانوني له وغير قائم ولا يترتب أي اثر قانوني كونه صدر خلافاً لقواعد الاختصاص النوعي وما يترتب على ذلك انسحاب وشمول الأندعام الى كافة القيود اللاحقة لأن ما بني على الأندعام يعتبر معدوماً لا وجود له مما يقتضي ابطال كافة القيود العقارية وهذا ما قضى به الحكم الاستثنائي والذي جاء متفقاً وحكم القانون وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد اللائحة التمييزية مع تحميل المميزين رسم التمييز المدفوع من قبلهما وصدر القرار بالاتفاق في ٢٦/ رمضان/١٤٣٩ هـ الموافق ١١/٦/٢٠١٨ م .

- ٢ -

تشكلت هيئة تعيين المرجع في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٢٠٢٣/٢/١٥ م برئاسة الرئيس القاضي السيد د. فائق زيدان وعضوية نواب الرئيس القضاة السادة زيدون سعدون وكاظم عباس وحسن فؤاد والمستشارين السادة د. كريم خميس خصباك و د. عبداللطيف نايف عبداللطيف و د. رياض محسن مجول المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصلت القرار الاتي :-

طالبة تعيين المرجع / محكمة بداءة المناذرة

ادعى وكيل طالبين الكشف المستعجل (ح.ن.ح. وجماعته) لدى محكمة بداءة (المناذرة) بانه سبق لمدير بلدية المناذرة - اضافة لوظيفته وان قام بتوزيع قطع اراضي خلاف التعليمات والضوابط حيث سبب ذلك بحرمان موكليني من الأنتفاع لذا طلبوا دعوته للمرافعة واجراء الكشف المستعجل على العقار المرقم اعلاه ومخاطبة التسجيل العقاري لايقاف تسجيل تلك القطع وتحميله الرسوم والاعتاب، قررت محكمة القضاء الموضوع بتاريخ ٢٠٢٢/١١/٦ وبعدد (٤ / كشف / ٢٠٢٢) احالة الدعوى الى محكمة القضاء الاداري حسب الاختصاص قررت محكمة القضاء الاداري بتاريخ ٢٠٢٢/١١/٢١ وبعدد (٤٨١٩ / ق / ٢٠٢٢) رفض الاحالة واعادة الدعوى الى محكمة بداءة المناذرة قررت محكمة بداءة المناذرة احالة الدعوى الى هيئة تعيين المرجع في محكمة التمييز الاتحادية لتحديد المحكمة المختصة .

القرار:

لدى التدقيق والمداولة من قبل هيئة تعيين المرجع وجد بأن تنازعا سلبياً حصل في الاختصاص الوظيفي بين محكمة بداءة (المناذرة) ومحكمة القضاء الاداري في نظر طلب الكشف المستعجل المقدم من قبل طالبي الكشف المستعجل ضد المطلوب الكشف المستعجل ضده (مدير بلدية المناذرة - اضافة لوظيفته) والمتضمن صراحة بأن المطلوب الكشف المستعجل ضده قام بتوزيع قطع اراضي خلافاً للتعليمات والضوابط مما تسبب ذلك بحرمانهم من الأنتفاع والاستفادة اذ أن التعليمات مخالفة لما معمول في توزيع قطع الاراضي اذ أن التعليمات التي اصدرتها لجنة التوزيع تنص على تحديد نسبة (٢٠%) من القطعة المرقمة (١/٨٩٧ م ٧ حصوة الخورنق) والاولية لهم أي لطالبي الكشف المستعجل وخشية ضياع حقوقهم طلبوا اجراء الكشف المستعجل على القطعة اعلاه ومخاطبة التسجيل العقاري لايقاف تسجيل القطع وترى كل من المحكمتين بأنها غير مختصة

مبادئ القضاء التمييزية

بالنظر والفصل في موضوع الكشف وترى الاكثرية في هذه الهيئة بأن طالب الكشف المستعجل لم يطلب الغاء أي قرار اداري في عريضة طلبه وجاء صريحاً بطلب اجراء الكشف المستعجل على قطعة ارض وبهذا يعتبر هذا الطلب من قبيل القضاء المستعجل وصورة من صورة المنصوص عليها في المادة (١٤٤) من قانون المرافعات المدنية ولأن الاختصاص في نظر القضاء المستعجل ينعقد اصلاً الى محكمة البداية وذلك استناداً لنص المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات المدنية والتي جاء فيها (تختص محكمة البداية بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق) ومن صراحة هذا النص لا يمكن أن ينعقد الاختصاص لمحكمة اخرى غير محكمة البداية في نظر المسائل المستعجلة اذ لا اجتهاد في مورد النص لأن الاختصاص الوظيفي والنوعي يتعلق بالنظام العام وما يترتب على ذلك عدم القبول باخراج الاختصاص في نظر القضاء المستعجل من محكمة بداية الى محكمة اخرى ومنها محكمة القضاء الاداري مع غياب النص القانوني الذي يبيح ذلك باستثناء حالة واحدة نصت عليها المادة (٢/١٤٠) من قانون المرافعات المدنية والتي بمافيها (تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل إذا رفعت اليها بطريق التبعية اثناء السير في دعوى الموضوع) ومن تحليل هذا النص فإنه قد عقد الاختصاص لمحكمة الموضوع التي تنظر اصل النزاع للمسائل المستعجلة بشرط تقديم مثل هكذا مسائل مستعجلة ومنها الكشف الى محكمة البداية أو أي محكمة اخرى غيرها بنظر النزاع بطريق التبعية واثناء السير في دعوى قائمة تتعلق بذات النزاع وما جاء بالفقرة (٢) من المادة (١٤١) مرافعات مدنية هي استثناء وخروج عما جاء بالفقرة (١) من ذات المادة ولا يمكن تطبيق الفقرة (٢) من المادة (١٤١) واللجوء اليها إلا إذا كان نظر المسائل المشمولة بالقضاء المستعجل بطريق التبعية ولأن الثابت بأن طالبي الكشف المستعجل قدموا طلبهم بصورة مستقلة وليس بطريق التبعية فتكون محكمة بداية المناذرة هي المختصة وظيفياً بنظر طلب اجراء الكشف المستعجل واجابته أو رده ووفقاً لما تأول اليه النتائج والمعطيات لمحكمة البداية بوجود سند قانوني لذلك من عدمه وتأسيساً على ماتقدم قررت الهيئة تعيين محكمة بداية (المناذرة) هي المحكمة المختصة بنظر طلب الكشف المستعجل المقدم من قبل طالبي الكشف وارسال اضبارة الكشف لحسمها اليها وفقاً للقانون واشعار محكمة القضاء الاداري بذلك وصدر القرار بالاكثرية في ١٥/٢/٢٠٢٣ م .

- ٣ -

تشكلت محكمة استئناف نينوى الاتحادية بصفتها التمييزية بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٢٣ برئاسة القاضي السيد سالم محمد نوري وعضوية نائبي الرئيس القاضيين السيدين تحسين اسماعيل حسن وعامر مرعي الربيعي المأذونين بالقضاء بأسم الشعب أصدرت قرارها الآتي :-

الميزة : ن.ع.ح / وكيلها المحامي م.ع.أ .

المميز عليه : قرار محكمة بداءة الموصل المؤرخ في ٢٠٢٢/٣/٧ .

أصدرت محكمة بداءة الموصل قرارها المؤرخ في ٢٠٢٢/٣/٣ المتضمن رفع طلب وكيل المستملك منهم المؤرخ في ٢٠٢٢/١/١٣ في الدعوى البدائية المرقمة ٢٠/إستملك/٢٠١٢ المتضمن توزيع بدل الإستملاك المودع في صندوق المحكمة بين الشركاء لحين تسديد كامل بدل الإستملاك، ولعدم إقتناع الميزة بالقرار المذكور تظلمت منه بعريضتها المؤرخة في ٢٠٢٢/٣/٧ طالبة إلغاءه، فأصدرت المحكمة المذكورة قرارها المؤرخ في التاريخ ذاته المتضمن رفض التظلم وتأييد القرار المتظلم منه المؤرخ في ٢٠٢٢/٣/٣، ولعدم اقتناع الميزة بالحكم المذكور طعننت فيه تمييزاً بعريضتها المؤرخة في ٢٠٢٢/٣/٩ طالبةً نقضه للأسباب المذكورة فيها. وقد سجل الطعن بالعدد اعلاه ووضعت اضبارة الدعوى موضع التدقيق، ثم أصدرت المحكمة القرار الآتي :-

القرار:

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً. ولدى التأمل وإمعان النظر في القرار المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام القانون حيث أن الثابت من اضبارة الدعوى ٢٠/إستملك/٢٠١٢ أن العقار العائد للمستملك منهم يمر فيه مجسر المثنى حسب ماهو ثابت في محاضر الكشف ومرتسم المساحين المرفق بالدعوى وأن بدل الإستملاك يبلغ واحد وعشرون مليار وخمسمئة وإثنان وثلاثون مليون دينار يوزع بين المستملك منهم على التفصيل الوارد في قرار الحكم وأن محافظة نينوى الدائرة الادارية والمالية أرسلت الى محكمة بداءة الموصل بكتابها المرقم ٩٠٢٨ في ٢٩/١٢/٢٠٢١ مبلغاً قدره ستة عشر مليار وخمسمئة مليون دينار عن جزء من بدل الإستملاك وأعلمت المحكمة أنها سوف ترسل المبلغ المتبقي عند إعداد خطة تنمية الاقليم لعام ٢٠٢٠ وقد قرر السيد القاضي الاول لمحكمة البداءة بوصفه المنفذ العدل بتاريخ ٩/١/٢٠٢٢ انتخاب خبير حسابي لإحتساب ما يصيب كل واحد من المستملك منهم من المبلغ وقدم الخبير تقريره المؤرخ في ١١/١/٢٠٢٢ ثم قدم وكيل المستملك منهم طلباً مؤرخ في ١٣/١/٢٠٢٢

مبادئ القضاء التمييزية

يطلب فيه تقسيم المبلغ المودع في صندوق المحكمة بين الشركاء المستمك منهم وإستمع السيد القاضي الأول لمحكمة البداية الى أقوال الممثل القانوني لدايرة المستمك وكلاء المستمك منهم في المحضر المؤرخ في ٢٠٢٢/٢/٨ الذي أوضح فيه وكيل المستمك إضافة لوظيفته بأن المبلغ المتبقي البالغ خمسة مليارات وإثنان وثلاثون مليون دينار سوف تسدده دائرة موكله حال إقرار موازنة ٢٠٢٢ وبين وكلاء المستمك منهم موافقتهم على استلام المبلغ الوارد للمحكمة والإنتظار لحين إقرار موازنة ٢٠٢٢ لإستلام المبلغ المتبقي وعدم ممانعتهم من تسجيل العقار بإسم دائرة المستمك وتعهدوا بعدم إقامة الدعوى بطلب إلغاء الإستملاك وصدق السيد القاضي الأول أقوال وكلاء الطرفين وأفهم ختام المحضر وقرر تكليف الخبير الحسابي بتقديم ملحق لتقريره ثم قرر مفاتحة الهيئة العامة للضرائب وتم ربط كتب الهيئة العامة للضرائب فرع نينوى الأيسر بالعدد ٤٠١٨ في ٢٢/٢/٢٠٢٢ المتضمن براءة ذمة العقار من الضريبة لغاية ٢٠٢٢/٦/٣٠ وبالأعداد ٣٨٢٥ في ٢١/٢/٢٠٢٢ و٣٩٤٥ و٣٩٤٦ في ٢٢/٢/٢٠٢٢ المتضمنة براءة ذمة المستمك منهم من ضريبة الدخل بإستثناء (م. ح. غ) و(ب. ز. ج) ثم قرر القاضي الاول لمحكمة البداية بتاريخ ٢٠٢٢/٣/٣ رفض طلب وكيل المستمك منهم المؤرخ في ٢٠٢٢/١/١٣ مسبباً قراره بأن إتفاق وكلاء الطرفين لا يمنع المستمك منهم من إقامة دعوى طلب إلغاء الإستملاك وتظلم المستمك منهم من القرار، فأصدر السيد القاضي الأول لمحكمة البداية قراره المميز المتضمن رفض التظلم، ولما تقدم وحيث أن الثابت من إضبارة الدعوى أن العقار المستمك يمر فيه مجسر المثنى - وهو من الأمور التي يفترض علم الكافة بها - وهو من مشاريع البنى التحتية الإستراتيجية في مدينة الموصل وأن محافظة نينوى سددت مبلغاً يعادل ٧٥٪ تقريباً من بدل الإستملاك وأعلمت محكمة البداية أنها سوف ترسل المبلغ المتبقي حال إقرار موازنة ٢٠٢٢ وأن المستمك منهم وافقو على إستلام المبلغ المودع والإنتظار لحين إقرار موازنة ٢٠٢٢ لإستلام المبلغ المتبقي وأن رفض تسليم المبلغ المودع بإعتبار أن إتفاق وكلاء الطرفين لا يمنع من إقامة دعوى إلغاء الإستملاك مستقبلاً إجتهدا في غير محله وينطوي على تأويل معيب لأحكام القانون ويتقاطع مع مايفترض عليه أن يكون للقضاء من دور ايجابي في حماية المال العام لأن تخير المستمك منهم بالإنتظار لحين إكمال تسديد بدل الاستملاك لكي يتم صرف المبلغ المودع البالغ نسبته ٧٥٪ من البديل أو إقامة الدعوى بطلب إلغاء الاستملاك سوف يؤدي الى هدر كبير في المال العام في حال أقام المستمك منهم تلك الدعوى يتمثل بالمبالغ الكبيرة التي صرفت على إنشاء الجسر وتكبيد دائرة المستمك مبالغ إضافية تتمثل بالتعويض عن الحرمان من منفعة العقار للمدة من إنشاء الجسر الى حين قرار الإلغاء والتعويض عن التأخير في تسليم المبالغ المودعة فضلاً عن تعذر إلغاء الإستملاك من الناحية العملية لأن الجسر تم تنفيذه بصورة كاملة وهو من مشاريع

البنى الاستراتيجية المهمة التي حققت النفع العام وساهم في فك الاختناقات المرورية في المدينة ولا يمكن إلغاؤه مطلقاً، فضلاً عن أن الإلغاء إن حصل جداً ستضطر دائرة المستمك الى اقامة الدعوى بطلب استملاكه مجدداً مع ما في ذلك من فروقات كبيرة بسبب فروقات الاسعار بالإضافة الى أن القرار المميز يخالف أسس قانون التنفيذ في تحقيق التوازن بين مصلحة الدائن في الحصول على حقه المشروع وفي مصلحة المدين في إن لا يؤخذ من أمواله دون وجه حق الى جانب أنه لا يوجد نص في قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ يمنع اتفاق المستمك - إضافة لوظيفته مع المستمك منهم على تسديد بدل الاستملاك بقسطين أو أكثر، لذا قرر نقض القرار المميز وإعادة الإضبارة الى السيد القاضي الأول لمحكمة البداية بوصفه المنفذ العدل لإصدار القرار بتوزيع المبلغ المودع من بدل الاستملاك في صندوق المحكمة بين الشركاء المستمك منهم على وفق التفصيل الوارد في تقرير الخبير الحسابي وملحقه بإستثناء الشريكين (م. ح. غ) و(ب. ز. ج) لحين ربط ماثبت براءة ذمتها من ضريبة الدخل وإيداع حصة المفقود (ف. غ. ي) الى مديرية رعاية القاصرين في نينوى وبعد إكمال بدل الاستملاك مفاتحة مديرية التسجيل العقاري في الزهور لتسجيل العقار بإسم المستمك - إضافة لوظيفته. و صدر القرار بالاتفاق إستناداً لأحكام المواد ١٥ من قانون الاستملاك و ٢ من قانون التنفيذ و ٢/٢١٢ من قانون المرافعات المدنية في ٢٠/شعبان/١٤٤٣هـ الموافق ٢٣/٣/٢٠٢٢ م .

- ٤ -

تشكلت محكمة استئناف دىالى الاتحادية بصفقتها التمييزية بتاريخ ٣/٤/٢٠٢٢ برئاسة نائب رئيس الاستئناف السيد القاضي حسين مصطفى وعضوية نائبي رئيس الاستئناف السيدين القاضي عبد الرزاق كاظم شكر وادريس حسن خلف المأذونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت المحكمة قرارها الاتي:-

المميز / المدعى عليها (م. ر. ع) / وكلاهما المحاميان (ب. س) و(ز. ش)

المميز ضده / المدعية (ك. ج. د)

ادعت المدعية (المميز عليها) امام محكمة بداءة بعقوبة أن المدعى عليها سبق وان قامت ببيع العقار المرقم ٢/١٠٣٥٠م ٣٩م كاطون ببديل مقبوض (سبعة وعشرون مليون دينار) بموجب عقد بيع مؤرخ في ١٤/٧/٢٠١٧ والمتبقي بذمتها سبعة وعشرون مليون دينار تدفع على شكل اقساط الى المصرف العقاري ولكون المدعى عليها ممتنعة عن تحويل العقار رغم المطالبة وان المدعية شغلت العقار واقامت فيه منشآت وطلبت دعوتها للمرافعة والحكم بتملك العقار، قررت المحكمة المذكورة بتاريخ ٢٩/١٢/٢٠٢١ وبالمدعى المرقمة ١٩٧٦/ب٢/٢٠٢١ الحكم بتملك المدعية (ك، ج، د) تمام العقار المرقم (٢/١٠٣٥٠م ٣٩م كاطون) مثقلاً بأشارة الحجز، ولعدم قناعة الميزة بالقرار بادرت ال الطعن به تمييزاً بلائحة وكلاهما المؤرخة ٢٧/١/٢٠٢٢، سجل التمييز بالعدد ٧١/هـ/ حقوقية/٢٠٢٢ ووضعت الهيئة الاضبارة موضع التدقيق والمداولة واصدرت قرارها الآتي :

القرار:

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون لأن دعوى المميز عليها (المدعية) تضمنت طلب الحكم بتملكها الدار المشيدة على القطعة المرقمة (٢/١٠٣٥٠م ٣٩م كاطون) العائدة الى الميزة (المدعى عليها) والذي اشترته بموجب مقاوله البيع الخارجية المؤرخة ١٤/٧/٢٠١٧ بمبلغ اربعة وخمسون مليون دينار وسلمتها مبلغ عربون قدره سبعة وعشرون مليون دينار على أن يسدد بقية المبلغ الى المصرف العقاري كأقساط لقاء عقد الرهن الذي ابرمته الميزة على العقار عن مبلغ القرض البالغ أربعون مليون دينار وحيث أن الميزة أقرت بواسطة وكيلها بجلسة المرافعة المؤرخة ٥/١/٢٠٢١ بصحة عقد البيع والتوقيع وبصمة الابهام المذيل به العقد وبيعه العقار وحيث أن الاقرار حجة قاطعة وقاصرة على المقر ويلزم المقر باقراره ولا يصح الرجوع عنه عملاً بأحكام المواد (٦٧ و٦٨) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ فلا

يسمع دفعها بالأنكار بعد صدور الاقرار منها إلا أنها دفعت أن مبلغ العربون الذي استلمته كان ستة عشر مليون دينار وليس كما ورد بالعقد وان البيع كان لابن المميز عليها (أ. ف. أ) الذي استمعت المحكمة لاقواله بصفته شخص ثالث لاستيضاح ولم تجري المحكمة تحقيقاتها بشأن الدفع المذكور والمقتضى تكليفها باثباته ببينة قانونية معتبرة كما لم تلاحظ المحكمة أن وكيل الشخص الثالث المصرف العقاري الجهة المرتهنة لم توافق على تدوير الدين واشترطت تسديده كما هو ثابت بكتاب المصرف المذكور كما أن وكلاء المميز عليها اوضحوا أن موكلتهم سددت عدة اقساط من مبلغ القرض والمقتضى بيان المبالغ المدفوعة منها الى المصرف ومقدار المبلغ المتبقي من القرض وتكليف المميز عليها بايداع بقية بدل البيع في صندوق المحكمة لعدم جواز مطالبة المميز عليها بتمليكها العقار واشعار الدائرة المختصة بتسجيله باسمها الابعد تسديد كامل البدل وان طلب وكيلها بالحكم بتمليكها العقار مثقلاً بالرهن دون تسديد بقية بدل البيع لا سند قانوني له لأن اصدار المحكمة الحكم بتمليك المشتري العقار المباع خارج الدائرة المختصة مثقلاً بالحجز أو الرهن يكون عن دين يعود لدائنين اخرين وان المشتري ملزم بتسديد بقية البدل وايفاء التزامه لأن التمليك وفق القرار ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل جاء استثناءً عن القواعد العامة، عليه قرر نقض القرار المميز واعادة الدعوى لمراعاة ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة. وصدر القرار بالاتفاق في ٢ / رمضان / ١٤٤٣ هـ الموافق ٣ / ٤ / ٢٠٢٢ م .

مبادئ القضاء الاداري

تعليق على قرار قضائي صادر من هيئة تعيين المرجع حول تكييف علاقة التدريسي العامل في الكليات الاهلية

عرض الاستاذ الدكتور علي فوزي الموسوي

خلاصة الدعوى هي أن أحد السادة التدريسيين وهو بمنصب مساعد رئيس جامعة) في احدى الجامعات الاهلية معارة خدماته الى الجامعة نفسها وان مدة الاعارة هي خمس سنوات، وأنهى تكليفه دون سابق انذار وطالب بموجب عريضة الاستدعاء بالتعويض عن الاضرار المادية والمعنوية التي حصلت له جراء ذلك، وكذلك المستحقات المالية المترتبة بذمة الجامعة الاهلية وان الدعوى أقيمت امام محكمة عمل بغداد / الكرخ.. والاخيرة احوالت الدعوى الى محكمة قضاء الموظفين للنظر فيها حسب الاختصاص النوعي استنادا لأحكام المادة (٧٨) من قانون المرافعات المدنية.. والبند تاسعا ١/ من المادة (٧) من قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٣ والتي حددت اختصاصها بالنظر بالدعاوى التي يقيمها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة من قانون الخدمة المدنية أو القوانين أو الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف وبين الجهة التي يعمل فيها قررت محكمة قضاء الموظفين بتاريخ ٢٠٢١/٤/٢٧ وبعدد ٧٧٥/م/٢٠٢١/ رفض تلك الإحالة وإعادة الدعوى الى محكمتها عمل (بغداد) والأخيرة أرسلت تلك الدعوى الى محكمة التمييز الاتحادية الهيئة الموسعة) لتحديد الاختصاص الوظيفي استنادا لاحكام المادة /١٣ اولا ي) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، فقررت محكمة التمييز الاتحادية اعادة اضبارة الدعوى الى محكمة العمل ... واتباعا للقرار التمييزي قررت محكمة عمل بغداد عرض الدعوى المذكورة على هيئة تعيين المرجع لتحديد المحكمة المختصة للنظر في الدعوى استنادا لنص البند ثاني عشر من المادة (٧) من قانون مجلس الدولة المذكور آنفا، والتي تختص بتحديد تنازع اختصاص محكمة القضاء الاداري أو محكمة قضاء الموظفين مع اختصاص محكمة مدنية ومن اعضاء ستة (٣) ثلاثة يختارهم رئيس محكمة التمييز الاتحادية من بين اعضاء المحكمة و (٣) ثلاثة اخرون يختارهم رئيس مجلس شوري الدولة من بين اعضاء المجلس وتجتمع الهيئة برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية ويكون قرار الهيئة الصادر بالاتفاق أو بالأكثرية باتاً وملزماً.

وضعت تلك الهيئة اضبارة الدعوى موضوع التدقيق والمداولة، وانتهت الى قرارها بالأكثرية الى أن النقطة الواجبة الحل ابتداء هي اعطاء التكييف القانوني السليم للاتفاق المبرم بين طرفي الدعوى، فهل هو عقد مسمى أي عقد عمل يخضع لقانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ أو عقد غير مسمى يخضع للقواعد العامة في العقود التي نص عليها القانون المدني العراقي.

مبادئ القضاء الاداري

وركنت تلك الهيئة وهذا هو وجه التأمل والاشارة الى انه لا يمكن اعتبار عمل الاستاذ الجامعي أو المحاضر في جامعة اهلية بموجب الاتفاق المبرم بينها (عقد عمل) سواء كانت الاعمال والمهام الموكلة اليه علمية أو ادارية وذلك لفقدانه الركن الاساسي المتمثل ب الاشراف والرقابة من قبل رب العمل على العامل واستطردت تلك الهيئة أن الاولوية الكامنة والقول لها في جوهر الاتفاق بين الاستاذ الجامعي والجامعة الاهلية هو تقديم خلاصة علمية في مجال تخصصه أو خبرته في ادارة المنظومة العلمية.. وهو يمارسها بلا شك بحرية تامة دون رقيب.

يتضح من الوقائع أن المنازعة فيها شقان:

الشق الأول: يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع هل هو قانون العمل أو القواعد العامة في العقود أو قانون اخر.

والشق الثاني: تبعا لذلك ما هي المحكمة المختصة بنظر النزاع، هل هي محكمة العمل أو محكمة البداية. حددت هيئة تعيين المرجع بقرار بالأكثرية وقد خالف فيه السادة المستشارين اعضاء مجلس الدولة توجه السادة رئيس واطباء محكمة التمييز الاتحادية، وحيث أن عدد القضاة اربعة والمستشارين ثلاثة صدر القرار بالأكثرية بترجيح السيد رئيس محكمة التمييز الاتحادية.

ان التدريسيين الذين يعملون في الكليات الاهلية هم من فئتين، إما أن يعين ابتداء بعقد ان لم يسبق له أن تعين في كلية حكومية مسبقا أو من الذين تعار خدماتهم من التدريسيين العاملين في الجامعات الحكومية بناء على شروط منصوص عليها في البند اولا من المادة (٤٧) من قانون التعليم الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ والتي جاء فيها (للوزير بناء على توصية مجلس التعليم العالي الاهلي الموافقة على اعارة خدمات التدريسيين من الجامعات الرسمية الى الجامعات والكليات والمعاهد الاهلية لإشغال وظيفة رئيس جامعة أو عميد كلية أو عميد معهد أو رئيس قسم علمي أو عضو هيئة تدريسية مدة (٥) خمس سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة) وبموجب البند ثالثا من المادة ذاتها اشترطت في من تقرر الوزارة اعارة خدماته أن تتوافر فيه شروط التعيين في الوظيفة المراد اشغالها في الجامعات والكليات والمعاهد الاهلية بموجب قانون وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٨.

والذي اريد أن أركز عليه هو أن التدريسي محل المنازعة من التدريسيين المعارة خدماتهم الى الكلية الاهلية وهو بذلك يحتفظ بمركزه القانوني كموظف خدمة جامعية، وقد جاء في البند ثامنا من المادة ذاتها بأن الكلية الاهلية تتكفل بدفع اجورهم بما لا يقل عن نظرائهم في الكليات الحكومية وتتكفل باستقطاع التوقيفات التقاعدية والضريبة وارسالها الى الجهات المختصة، ومن النص يفهم:

ان التدريسي المعارة خدماته يخضع في مركزه القانوني لقانون الخدمة المدنية وقانون انضباط موظفي الدولة عدا فقرة المستحقات المترتبة على عمله في الكلية الاهلية فإنها تكون بالاتفاق بينه وبين الكلية الاهلية التي تتحمل دفع رواتبه كونها الجهة المستفيدة من خدماته وان المشرع وضع حدا لا يمكن تجاوزه هو أن المستحقات المدفوعة للمعارة خدماته لا تقل عن مستحقات نظرائهم في الكليات الحكومية وهو ما يسمح بدفع مستحقات اعلى من الممنوحة لنظرائهم في الكليات الحكومية وبذلك فإن فقرة تحديد المستحقات تخضع للاتفاق وهذه هي النقطة التي جعلت محاكم البداية من وجهة نظر السادة القضاة هي المختصة بالنظر في فقرة تخضع للاتفاق باعتبار أن محاكم البداية هي المختصة بنظر العقود في العراق لا القضاء الاداري الذي يختص بموجب المادة السابعة من قانون مجلس الدولة فقط بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الادارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها ولا يختص كذلك قضاء محكمة العمل بالنظر بالنزاع المعروض فالتدريسي المعارة خدماته وبالرغم من تنظيم مركزه القانوني بالإعارة في قانون التعليم الاهلي بنص خاص لكنه من جهة اخرى يخضع لنص المادة (٣٨) من قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠ التي نظمت اعارة خدمات الموظف بنص جوازي الى خارج ملاك الحكومة لمدة معينة لا تتجاوز خمسة سنوات بموافقة الموظف التحريرية وهو بذلك قطعاً يخضع للنص العام في القانون المشار اليه ولقانون التعليم الاهلي بنصه الخاص في ما يتعلق بالشروط وتحديد مقدار الراتب الذي يستحقه بالاتفاق ولا يخضع لقانون العمل مطلقاً وهذا التحليل لمن يعمل في الكليات الاهلية من المعارة خدماتهم وبذلك بحسب رأينا تكون محكمة قضاء الموظفين هي المختصة بالمنازعة إلا انه ينبغي القول ومن باب التحليل العلمي أن ما ذهب اليه هيئة تعيين المرجع في قرارها يكون صحيحاً عندما يكون التدريسي ليس موظفاً وتعاقد مع الكلية الاهلية للعمل بها بمعنى انه يعمل في الكلية الاهلية لأول مرة بنظام العقد ولم يكن موظفاً على ملاك الدولة عندها يكون قرار الهيئة صحيحاً موافقاً للقانون لا بل أن الهيئة انصفت التدريسي وبقرارها المذكور كرمته اذ لم تساوي خدماته بخدمات العامل الخاضع لرقابة واشراف وتوجيه رب العمل وجعلت له مركزاً قانونياً متميزاً دون اشراف وتوجيه واساس هذا النظر هو أن منازعات العقود بشكل عام سواء كانت مدنية أو ادارية تكون من اختصاص محكمة البداية صاحبة الاختصاص الاصيل من حيث المبدأ العام إلا ما استثنى بنص طبقاً لما جاء في المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية والتي نصت على ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص.

وحيث أن المنازعة قد استبعدت من الخضوع لنصوص قانون العمل النافذ وبذلك تخضع لولاية

محكمة البداء وهو ما انتهت اليه هيئة تعيين المرجع بقرارها. خلاصة الكلام أن منازعة التدريسي المتعاقد مع الكلية أو الجامعة الاهلية تكون خاضعة لاختصاص محكمة البداء إما التدريسي المعارة خدماته فهو يخضع في تكييف علاقته بالوظيفة الى اختصاص محكمة قضاء الموظفين وحالة التدريسي مثار المنازعة هي من هذا النوع وكان المفروض أن يتجه قرار هيئة تعيين المرجع صوبها ومن اثار هذا التكييف أن تحكم محكمة قضاء الموظفين باستحقاقه كأثر من اثار هذا التكييف وليس بصفة اصلية أو أن يترك امر تحديد مستحقته بدعوى مستقلة ترفع امام محكمة البداء واعتقد أن الهيئة رات أن ذلك يفضي الى تجزئة المنازعة وتشيتها لذلك حسمت الموضوع صوب محكمة البداء لكن ما يوجه الى هذا النظر هو أن القرار لم يكن قد اوضح التفاصيل التي بينها، ونامل أن تكون هذه الملاحظات إسهامه في لغت نظر المعنيين بدراسة موضوع الاعارة وتوجيه الدراسات القانونية المتخصصة نحوه وكذلك بيان نظام الأنتداب وهل يلتقي مع الاعارة أو يخالفه كما نتمنى للجميع التقدم والازدهار ومن الله التوفيق.

اشراقات قانونية

اشراقة قانونية بقلم ا. د. جليل الساعدي- كلية القانون – جامعة بغداد الاستاذ ناجي السويدي

- ولد الاستاذ ناجي السويدي سنة ١٨٨٢، وتوفي سنة ١٩٤٢، وترجع اصوله الى عشيرة (البو مدلل) والتي تنسب الى جدهم الاكبر العباس بن عبد المطلب عم الرسول الكريم ولقبت عائلته بالسويدي نسبة الى جده عبد الله السويدي.
- وناجي السويدي هو شقيق توفيق السويدي رئيس وزراء العراق في العهد الملكي، والقاضي عارف السويدي والطبيب شاكِر السويدي.
- حصل الاستاذ ناجي السويدي على شهادة الحقوق من جامعة اسطنبول سنة ١٩٠٥.
- وهو اول نقيب لنقابة المحامين العراقيين" حيث تولى رئاسة النقابة منذ تأسيسها سنة ١٩٣٣ الى سنة ١٩٣٤ وقد كان الاستاذ المحامي داود السعدي نائباً له.
- شغل الاستاذ ناجي السويدي منصب القضاء في لواء البصرة وبغداد.
- وتولى منصب الادارة المركزية في بلدة الكاظمية المقدسة سنة ١٩١١، وفي النجف الاشرف سنة ١٩١٣.
- شغل الاستاذ ناجي السويدي مناصب متعددة بعد تأسيس المملكة الهاشمية العراقية حيث شغل منصب عضوية البرلمان العراقي ثلاث مرات في المدة الواقعة بين ١٩٢٥ - ١٩٣٢.
- كما شغل منصب رئيس الوزراء في الفترة الواقعة بين ١٨ تشرين الثاني حتى ٣ اذار ١٩٣٠.
- كما شغل منصب وزير العدل لمرتين "الاولى سنة ١٩٢٣ والثانية في سنة ١٩٢٥.
- والاستاذ ناجي السويدي هو أحد واضعي الدستور العراقي في العهد الملكي (القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥)
- وقد وصفه الدليل الرسمي للمملكة الهاشمية العراقية الصادر سنة ١٩٣٦ بأنه (من ساسة العراق البارزين وأعظم رجاله القانونيين).

المحتويات

٩	ضوابط النشر في مجلة المعهد القضائي.....
	مسؤولية القاضي في احترام الدستور والقانون
١١	القاضي الدكتور فائق زيدان رئيس التحرير.....
	العدول القضائي ودوره في تطوير النصوص الدستورية
١٣	فاتن محسن هادي مدير التحرير.....
	البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية في التشريعات العربية
١٨	القاضي احمد عبيد جبر الكعبي.....
١٩	المستخلص.....
٢٢	أولاً : اهمية البحث
٢٣	ثانياً : إشكالية البحث.....
٢٤	ثالثاً : فرضية البحث
٢٤	رابعاً : هدف البحث.....
٢٤	خامساً : منهج البحث.....
٢٤	سادساً : فهرست البحث.....
٢٥	المبحث الاول ماهية البعد الاخلاقي للقاعدة القانونية
٢٥	المطلب الاول مفهوم الاخلاق
٢٥	الفرع الاول التعريف بالأخلاق.....
٢٧	الفرع الثاني خصائص القاعدة الاخلاقية
٢٧	المطلب الثاني مفهوم القاعدة القانونية
٢٨	الفرع الاول معنى القاعدة القانونية
٣٠	الفرع الثاني خصائص القاعدة القانونية
٣٢	المبحث الثاني الاثار المترتبة للبعد الاخلاقي للقاعدة القانونية.....

المحتويات

المطلب الاول اثر البعد الاخلاقي على صياغة القاعدة القانونية.....	٣٣
الفرع الاول دور البعد الاخلاقي في مدونة الصياغة للقاعدة القانونية.....	٣٣
دور البعد الاخلاقي في اصفاء الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية.....	٣٦
المطلب الثاني اثر البعد الاخلاقي في تفسير القاعدة القانونية.....	٤٠
الفرع الاول تأثير البعد الاخلاقي في تحديد انماط سلوك جديدة لتكون محل القواعد القانونية النافذة.....	٤٠
الفرع الثاني تأثير البعد الأخلاقي في تعديل الجزاء المترتب على القواعد القانونية النافذة.....	٤٦
الخاتمة.....	٤٩

فكرة ضرر الموت والتعويض عنه

القاضي عادل بدر علوان.....	٥٣
المستخلص.....	٥٤
المقدمة.....	٥٥
أولاً : أهمية البحث.....	٥٥
ثانياً : اشكالية البحث.....	٥٦
ثالثاً : فرضية البحث.....	٥٦
رابعاً : هدف البحث.....	٥٦
خامساً : منهج البحث.....	٥٧
سادساً : خطة البحث.....	٥٧
المبحث الاول بيان حقيقة ضرر الموت.....	٥٧
المطلب الاول بيان حقيقة الضرر.....	٥٨
الفرع الاول تعريف بالضرر.....	٥٨
الفرع الثاني شروط الضرر وخصائصه.....	٥٩
المطلب الثاني بيان حقيقة الموت.....	٦٢
الفرع الاول تعريف الموت.....	٦٣
الفرع الثاني الطبيعة القانونية للموت.....	٦٦

٦٩	المبحث الثاني التعويض عن ضرر الموت
٦٩	المطلب الاول مدى اعتبار الموت ضرراً
٦٩	الفرع الأول الاتجاه المعارض للتعويض عن ضرر الموت
٧٣	الفرع الثاني الاتجاه المؤيد للتعويض عن ضرر الموت
٧٤	المطلب الثاني التعويض عن الموت.....
٧٤	الفرع الاول التعويض عن الضرر المادي.....
٧٦	الفرع الثاني التعويض عن الضرر المعنوي
٧٨	الخاتمة.....
٧٩	المصادر

دراسة حول بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري

٨٢	القاضي وائل ثابت كاظم الطائي.....
٨٣	المستخلص
٨٤	المقدمة
٨٧	المطلب الأول بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري
٩٤	المطلب الثاني دعوى تملك العقار
١٢٠	المصادر

وسائل محكمة الاحوال الشخصية في إنهاء النزاع الأسري

١٢٣	القاضي سلام زيدان
١٢٤	المستخلص
١٢٥	المقدمة.....
١٢٧	المبحث الاول محكمة الاحوال الشخصية وصلاحياتها القانونية.....
١٢٨	المطلب الاول تأسيس المحكمة والقانون واجب التطبيق.....
١٢٨	الفرع الاول تأسيس المحكمة

المحتويات

الفرع الثاني القانون الواجب التطبيق	١٣١
المطلب الثاني اختصاص وصلاحيه المحكمة بإنهاء النزاع الاسري	١٣٥
الفرع الاول صلاحية المحكمة	١٣٥
الفرع الثاني اختصاص المحكمة	١٣٩
المبحث الثاني آليات المحكمة بإنهاء النزاع الأسري	١٤٣
المطلب الاول دور الباحث الاجتماعي في انهاء النزاع الاسري	١٤٣
المطلب الثاني اجراءات المحكمة في انهاء النزاع الاسري	١٥٢
الخاتمة	١٦٤
المصادر	١٦٧

المحقق القضائي بين النظرية والواقع العملي

القاضي علي عبد اليمه جعفر	١٧٠
المستخلص	١٧١
مقدمة	١٧٢
المطلب الأول الامكانيات الشخصية والموضوعية للمحقق القضائي	١٧٣
الفرع الأول الامكانيات الشخصية للمحقق القضائي	١٧٤
الفرع الثاني الإمكانيات الموضوعية للمحقق القضائي	١٨١
المطلب الثاني الصلاحيات القانونية للمحقق القضائي وصعوبات ممارستها	١٨٥
الفرع الاول الصلاحيات التحقيقية	١٨٥
الفرع الثاني صعوبات ممارسة صلاحيات المحقق القضائي ومحاولة تذليلها	١٩٣
الخاتمة	١٩٥
المصادر	١٩٦

مبادئ القضاء الدستوري

- ١٩٩ كيف تطور فعالية القضاء الدستوري؟
- ٢٠٤ دراسة حول القرار التفسيري. رقم ١٢١/اتحادية/ اعلام/٢٠١٧
- ٢٠٨ ولاية القاضي الدستوري التكميلية في خلق اجراءات الرقابة على الدستورية

مبادئ القضاء التمييزية

- ٢١٣ -١-
- ٢١٧ -٢-
- ٢١٩ -٣-
- ٢٢٢ -٤-

مبادئ القضاء الاداري

- ٢٢٥ تعليق على قرار قضائي

اشراقات قانونية

- ٢٣٠ اشراقة قانونية بقلم ا. د. جليل الساعدي- كلية القانون - جامعة بغداد

